# Reader

## Stichtingen, verenigingen en coöperaties

**Voor- en nadelen van alternatieve ondernemingsrechtsvormen**

**Donderdag 20 februari 2020**
**BCN Utrecht CS**

Bekijk ons cursusaanbod op www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu

Actualiteitenspecial

# Stichtingen, verenigingen en coöperaties**

## Voor- en nadelen van alternatieve ondernemingsrechtsvormen

© Sdu Opleidingen & Events, Den Haag 2020

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s) redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

**Inhoudsopgave**


Welkomstbrief 5
Programma 6

**Bijdrage Louis Houwen**

- G.J.C. Rensen, Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht, WPNR 2015/7072 8
- M. Koelemeijer, De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?, TvOB 2016/1 26
- C.H.C. Overes, Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!, Ondernemingsrecht 2015/103 34
- L.G.H.J. Houwen, Perspectiefwisseling voor toezichthouders van maatschappelijke organisaties, Jaarboek Corporate Governance 2015-2016 43
- M.J.G.C. Raaijmakers, Meavita: van 'wanbeleid rechtspersoon' naar aansprakelijkheid bestuurders/commissarissen?!, AA 2016/3 59
- M.J. van Uchelen -Schipper, Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot sectorale regels en governancecodes voor stichtingen, MvO 2019 nummer 3 69
- F.E. Keijzer, Governancecodes in permanente ontwikkeling, TvOB 2019-4 78
- Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de rebound, Privaatrecht Actueel januari 2019 85
- L.G.H.J. Houwen, 'Handhaving van governancecodes: de vrijblijvendheid voorbij?', TvOB 2019-2 89
- L.G.H.J. Houwen, ' Normen en (morele) waarden van de Governancecode Zorg', Ondernemingsrecht 2020/3 97
- Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, Tweede Kamer 2018-2019 34491 108
- Ondernemingskamer 21 september 2018, JOR 2019, 8 122
- Rechtbank Gelderland 11 juni 2019, RO 2019, nr. 64 126
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 september 2019, JOR 2020, nr. 2 133
- Governance Code Cultuur 2019 Nederland 152
- Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019 0701 189

**Bijdrage Ger van der Sangen**

- G.J.H. van der Sangen, 'Heino Krause (HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 nt. Ma)', in: I. Giesen & J. Vranken, De Hoge Raad binnenste buiten, Boom juridische uitgevers 2003, p. 157-169 198
- P.C. S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij: houdstercoöperatie of concerncoöperatie', Ondernemingsrecht 2010-3, p. 130 e.v. 207
- P.J. Dortmond, 'De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?', in: G.J.H. van der Sangen e.a. (red.), De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm, Boom juridische uitgevers 2007, p. 1-9 217
- G.J.H. van der Sangen, 'Grensoverschrijdende reorganisaties van coöperaties', in: G.J.H. van der Sangen e.a. (red.), De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm, Boom juridische uitgevers 2007, p. 69-87 243
- G.J.H. van der Sangen, 'De evolutie van de coöperatie en haar financiering', in: G.J.H. van der Sangen e.a. (red.), De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm, Boom juridische uitgevers 2007, p. 145-175 262
- H. Koster, 'De rechtsvorm van de coöperatie: verleden, heden en toekomst', RM Themis 2013-2, p. 62-69 286
- G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness', themanummer 'Coöperatie', Ondernemingsrecht 2012/81, p. 1-18 294
- G.J.H. van der Sangen, 'Aspecten van vermogensbescherming bij de coöperatie' 312
- G.J.H. van der Sangen, 'De rol van principles in het coöperatierecht', TvOB 2019-2 336

**Literatuurlijst**

**Bijdrage Louis Houwen**


- Consultatiedocument voorontwerp Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2015, GJ 2015/67 (HPV Zorg)
- Rechtbank Limburg 12 november 2014, JOR 2015/322 nt. L.G.H.J. Houwen (Stichting Gehandicaptenzorg Limburg)
- OK 29 april 2010, JOR 2010/187 nt. L.G. Verburg (Zorgcentra De Betuwe)
- OK 7 juli 2015, ARO 2015/158 (Maartenskliniek)
- Rechtbank Rotterdam 24 juli 2013, JOR 2013/271 nt. R. de Mol (Mayflower)
- OK 2 november 2015, JOR 2016/61 nt. P. van Schilfgaarde (Meavita)(niet bijgevoegd)
- Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126 (Hestia)
- Rechtbank Oost-Brabant 20 november 2013, JOR 2014/90 nt. Y. Borrius (Servatius)
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013, JOR 2014/156 nt. J.B. Wezeman (De Wieden)
- Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, JOR 2014/126 nt. U.B. Verboom (Servatius)
- Rechtbank Noord-Nederland 10 juni 2015, JOR 2016/2 nt. S.L. Rive (Diogenes)
- Governancecode Woningcorporaties 2015
- Code Goed Onderwijsbestuur VO 2015
- Governancecode Zorg 2017


**Bijdrage Ger van der Sangen**


- Ambtelijk voorontwerp Wetsvoorstel invoering monistisch bestuursmodel bij coöperatie en onderlinge waarborg maatschap en bij behorende Memorie van Toelichting
- Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:597 (Coöperatie Trends-in-center-aalsmeer U.A.) / (TICA). JOR 2014/160 m.nt. G.J.C. Rensen/Ondernemingsrecht 2015/98, m.nt. F. Eikelboom
- Rb. Zeeland-West-Brabant, 8 januari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:290; Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2777; Hof 's-Hertogenbosch 13 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4437 (Kruisvereniging West-Brabant)
- HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601 (Drentse Overijsselse Coöperatie Kaas B.A.)
- HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1172
- HR 12 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2653

Maanweg 174
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 378 98 96
**www.sdu.nl/opleidingen**

Abn-Amro 43 61 48 315
Postbank 30 77 29
Handelsregister Den Haag 27193898

Aan de deelnemers van de actualiteitenspecial
**Stichtingen, verenigingen en coöperaties**

Geachte deelnemer,

Hierbij ontvangt u het cursusmateriaal behorende bij de actualiteitenspecial **'Stichtingen, verenigingen en coöperaties.'**

Tijdens deze cursus krijgt u van experts in het vak een compleet en goed overzicht van alle voor- en nadelen en (on)mogelijkheden die de stichting, vereniging of coöperatie bieden. Tevens zullen de belangrijkste actuele ontwikkelingen en jurisprudentie rondom deze rechtsvormen samen met u worden doorgenomen. De vele praktische informatie en tips die u deze dag krijgt te horen kunt u de volgende dag meteen toepassen in de praktijk.

**Mocht u studiepunten van de NOvA of KNB willen ontvangen, verzoeken wij u zowel bij aankomst als bij vertrek de presentielijst te tekenen. Deze lijst ligt bij de inschrijfbalie van Sdu Opleidingen & Events. Circa 2 weken na de cursus ontvangt u uw deelnemerscertificaat.**

**Na de cursus ontvangt u van ons een mail met daarin een link naar het digitale evaluatieformulier. Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u een moment de tijd wilt nemen om het formulier in te vullen.**

Wij wensen u een plezierige en leerzame dag.

Met vriendelijke groet,
Sdu Opleidingen & Events

drs. Crescens Akkermans
Congresmanager

**Programma**

09:00 – 09:30 uur
*Ontvangst en inschrijving*

09:30 – 11:00 uur
**De stichting**

- Nieuwe (sector)wetgeving en governancebeleid overheid
- Modernisering governancecodes corporatie-, onderwijs- en zorgsector
- Bestuursmodellen en one-tier board
- Inrichting intern en extern toezicht
- Beperking aantal toezichtfuncties
- Waarneming bij belet en ontstentenis
- Ontslag stichtingsbestuurder en quasi-enquête
- Wetgeving en jurisprudentie enquêterecht: Meavita
- Aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders

*prof. mr. L. (Louis) Houwen*

11:00 – 11:15 uur
*Pauze*

11:15 – 12:45 uur
**Actuele ontwikkelingen wetgeving en praktijk**

- Herzieningswet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen:
  - Wettelijke grondslag toezichthoudend orgaan
  - Uniformering gedragsnormen bestuur en toezicht
  - Algemene tegenstrijdig belangregeling
  - Harmonisering interne en externe aansprakelijkheid
  - Uitbreiding ontslagvoorziening bestuurders en toezichthouders
- Concernverhoudingen, joint ventures en herstructurering:
  - Uitkerings- en ledenverbod
  - Stichting versus flex-BV
  - Opmars coöperatie

*prof. mr. L. (Louis) Houwen*

12:45 – 13:30 uur
*Lunch*

13:30 – 15:00 uur

**De vereniging**

- Oprichting en statutaire inrichtingsvrijheid
- Organen van de vereniging
- Bestuur, vertegenwoordiging en aansprakelijkheid
- Rekening en verantwoording en financiële verslaglegging
- Vormgeving van het lidmaatschap
- Rechten en verplichtingen verbonden aan het lidmaatschap
- Ledencontracten
- Beëindiging van het lidmaatschap
- Complexe verenigingsstructuren (federatie, ondernemende vereniging)
- Samenwerking, fusie en ontbinding van de vereniging

*mr. dr. G. (Ger) van der Sangen*

15:00 – 15:15 uur

*Pauze*

15:15 – 17:45 uur

**De coöperatie**

- Oprichting en statutaire inrichtingsvrijheid
- Juridische kenmerken van de coöperatie
- Inrichting en governance van de coöperatie
- Bestuur, vertegenwoordiging en aansprakelijkheid
- Rekening en verantwoording en financiële verslaglegging
- Financiering van de coöperatie door leden
- Opleggen van verplichtingen (contributies, naheffingen voor balans- en exploitatie tekorten
- Financiering van de coöperatie door niet-leden/investeerders
- Uittreedvoorwaarden
- Mededingingsrechtelijke, effectenrechtelijke en fiscale aspecten
- Fusie en reorganisatie van coöperaties

*mr. dr. G. (Ger) van der Sangen*

# WPNR 2015(7072) Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht



| | |
|---|---|
| **Publicatie** | Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie |
| **Aflevering** | 146 afl. 7072 |
| **Paginanummers** | 673-686 |
| **Publicatiedatum** | 08 augustus 2015 |
| **Auteurs** | Mr. G.J.C. Rensen, Kandidaat-notaris te Amsterdam, als onderzoeker verbonden aan het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit Nijmegen, redacteur van het WPNR. (Gunther.Rensen@AllenOvery.com) |



## Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht

### 1. Inleiding

Het is alweer enige tijd geleden dat in het WPNR aandacht is besteed aan ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht.[1] Hoogste tijd dus voor een update van deze, voor elk notariskantoor, relevante rechtsgebieden. In deze bijdrage ga ik in op trends en ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie van de afgelopen tien jaar in het verenigingen- en stichtingenrecht. In een blik op de toekomst besteed ik verder kort aandacht aan het voorontwerp wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen. Dit voorontwerp is in het voorjaar van 2014 ter consultatie gelegd en belooft belangrijke wijzigingen voor verenigingen en stichtingen.

### 2. Wet- en regelgeving

#### *2.1. Terugblik*

Hoewel er de afgelopen tien jaar geen grote veranderingen zijn geweest in het verenigingen- en stichtingenrecht zoals opgenomen in Boek 2 BW, wil ik een aantal kleinere wijzigingen niet onbesproken laten. Voor de nabije toekomst staan grotere wijzigingen overigens wél op stapel, daar kom ik in paragraaf 2.2 op terug.

Een voor de verenigingspraktijk belangrijke wijziging betrof de invoering in 2007 van de mogelijkheid tot elektronisch uitnodigen (oproepen) van leden voor de algemene vergadering.[2] Dit is neergelegd in art. 2:41 lid 5 BW, dat onder meer vereist dat het lid met deze wijze van oproeping heeft ingestemd en daarvoor zijn adres aan de vereniging heeft gegeven. Hoewel de wettekst lijkt uit te gaan van oproeping via e-mail, zijn de bewoordingen techniekneutraal geformuleerd en is oproeping via een ander (hedendaags of toekomstig) elektronisch middel dus denkbaar. De statuten hoeven niet te voorzien in deze wijze van oproeping om er gebruik van te kunnen maken, maar ze kunnen elektronische oproeping wel uitsluiten. De wet die in elektronische oproeping voorzag, bracht ook de mogelijkheid tot elektronisch stemmen in en deelnemen aan de algemene vergadering. Daarvoor is wél een statutaire basis noodzakelijk, zo blijkt uit art. 2:38 lid 6 BW. Van deze mogelijkheden lijkt nog maar weinig gebruik te worden gemaakt, waarschijnlijk omdat er nog geen goede (betrouwbare) infrastructuur in de markt wordt aangeboden om elektronisch stemmen tegen een reële prijs te faciliteren. Maar ik verwacht dat dit slechts een kwestie van tijd zal zijn. Deze vooruitstrevende bepalingen in het verenigingenrecht staan in schril contrast met een bepaling zoals art. 2:42 lid 2 BW, dat gaat over bijzondere oproepingsvereisten voor een algemene vergadering waarin over statutenwijziging wordt besloten. Hierin staat dat het voorstel tot statutenwijziging '[...] op een daartoe geschikte plaats voor de leden ter inzage leggen [wordt gelegd]'. Dit ademt nog de sfeer van een papieren voorstel dat op het verenigingskantoor (of clubhuis) kan worden ingezien.[3] Ik meen dat in de huidige tijd, zeker bij verenigingen waarin allerlei verenigingsaangelegenheden via de website worden geregeld, deze bepaling zo uitgelegd kan worden dat publicatie van het voorstel op de website van de vereniging kan voldoen.

Een andere wetswijziging van de afgelopen jaren betreft de verplichting voor verenigingen om duidelijk kenbaar te maken op welke wijze een lid zijn lidmaatschap kan opzeggen (art. 2:35 lid 6 BW).[4]

De informatie daarover moet eenvoudig kunnen worden geraadpleegd. De wet is daarover heel specifiek, want het: 'wordt in ieder geval opvallend vermeld op de hoofdpagina van de website en op bladzijde 1, 2 of 3 van het ledenblad, indien een vereniging gebruik maakt van deze communicatiemiddelen'. Het gaat om informatie over de manier waarop kan worden opgezegd, het (e-mail)adres waar de opzegging naartoe moet worden gezonden, de opzegtermijn en informatie waar de individuele opzegdatum opgevraagd kan worden; eventueel kan worden volstaan met een link naar deze informatie.[5] Overigens bevat de wet geen sanctie indien de vereniging deze verplichting tot informatieverschaffing over opzegging niet nakomt.[6]

Sinds 1 januari 2013 kent de wet een beperking van het aantal toezichtfuncties dat een bestuurder of toezichthouder van een grote[7] stichting mag bekleden.[8] De regeling is opgenomen in art. 2:297a BW en art. 2:297b BW. Kort gezegd, houdt de regeling in dat: (a) een bestuurder of (bij een one-tier board) uitvoerend bestuurder van een grote stichting in totaal maximaal twee toezichtfuncties bij grote rechtspersonen mag vervullen en geen voorzitter van de raad van commissarissen of one-tier board bij een andere grote rechtspersoon, en (b) een lid van het toezichthoudend orgaan van een grote stichting in totaal maximaal vijf toezichtfuncties bij grote rechtspersonen mag vervullen (waarbij een voorzitterschap dubbel telt). De benoeming van een persoon tot bestuurder bij een grote stichting die reeds bij twee andere grote stichtingen in de raad van toezicht zit, is nietig. De wet bepaalt echter in art. 2:297a/297b lid 4 BW dat deze nietigheid van de benoeming geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan deze 'bestuurder' mogelijk heeft deelgenomen. Een vergelijkbare regeling geldt voor grote kapitaalvennootschappen[9], maar niet voor grote verenigingen, grote coöperaties of grote onderlinge waarborgmaatschappijen. Dit lijkt nogal willekeurig. De regeling is, door een aantal bijzonderheden en uitzonderingen, gecompliceerd. Bovendien geldt voor stichtingen die een pensioenfonds zijn een eigen regeling van limitering van functies.[10] Al met al is het lastige materie die in de praktijk de nodige hoofdbrekens oproept.[11]

Met het sneuvelen in 2013[12] van het wetsvoorstel tot invoering van een maatschappelijke onderneming, dat een specifieke rechtsvorm zou zijn met als basisvorm een vereniging of stichting, is de tendens ingezet naar de verdere ontwikkeling in bijzondere sectoren van rechtspersonenrecht buiten Boek 2 BW om. Ik wijs op de al gerealiseerde bijzondere wetgeving voor de onderwijssector[13], pensioensector[14] en volkshuisvestingssector.[15] Wat de zorgsector betreft, heeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport eind januari 2015 aangegeven geen wettelijke regeling voor te stellen voor nadere voorschriften over bestuur en toezicht van zorginstellingen, maar dit over te laten aan de sector zelf.[16] Deze ontwikkeling is van belang voor juridische adviseurs als notarissen en advocaten en vergt de nodige kennis van hen.[17] Wanneer bijvoorbeeld een directeur van een basisschool juridische begeleiding van een notaris vraagt voor een fusie, waaronder ook advies over de inrichting van de governance na de fusie, kan de notaris niet volstaan met openslaan van Boek 2 BW.[18]

*2.2. Vooruitblik: veel aandacht voor governance*

In het voorjaar van 2014 heeft de Minister van Veiligheid & Justitie een ambtelijk voorontwerp van een wetsvoorstel ter consultatie gelegd dat beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren.[19] De aanleiding voor deze wetgevingsactie is onder andere het rapport van de Commissie Behoorlijk Bestuur (beter bekend als 'de Commissie Halsema', genoemd naar voorzitter Femke Halsema van de Commissie Behoorlijk Bestuur), dat aandrong op een nauwkeuriger omschrijving van de taak en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren en op de invoering van een tegenstrijdig belangregeling.[20] De consultatie is in het voorjaar van 2014 afgerond, maar het is mij niet bekend wanneer een wetsvoorstel ter zake aan de Raad van State wordt aangeboden. Begin juni 2015 was het voorontwerp nog (steeds) 'in ambtelijke voorbereiding'.[21]

Voor de goede orde benadruk ik dat de meeste bepalingen die het voorontwerp voor de vereniging bevat, ook zullen gelden voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.[22] Vrijwel het gehele verenigingenrecht is immers ook op deze rechtspersonen van toepassing door de schakelbepaling van art. 2:53a BW. Een wijziging die specifiek op stichtingen ziet, is de voorgestelde verruiming van de mogelijkheid tot ontslag van stichtingsbestuurders door de rechtbank (art. 2:298 BW). Daartoe kan worden verzocht door belanghebbenden of het Openbaar Ministerie. De huidige ontslaggronden 'handelen of nalaten in strijd met de wet of de statuten' en 'wanbeheer' leiden volgens de minister tot rechtsonzekerheid.[23] Deze ontslaggronden vervallen daarom en worden vervangen door één

nieuwe grond, die inhoudt dat een bestuurder kan 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. De minister verduidelijkt in de toelichting dat de bepaling een aanvulling vormt op de statutaire ontslaggronden en dat niet iedere fout van een bestuurder tot ontslag leidt. Het uitgangspunt is dat sprake moet zijn van een handelen of nalaten van de bestuurder dat voor de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig nadelige gevolgen heeft dat zij daardoor ernstige schade leidt.[24]

Uit de reacties op het voorontwerp blijkt dat de in het voorontwerp voorgestelde uitbreiding van de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, van commerciële verenigingen en stichtingen (zoals nu het geval is[25]) tot alle verenigingen en stichtingen, een heikel punt is. De minister wijst echter op de schade die ook een faillissement van een niet-commerciële vereniging of stichting kan veroorzaken voor de organisatie of schuldeisers.[26] Slechts indien het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur, kunnen de bestuurders en toezichthouders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld. Volgens de minister gaat het hier niet om een onopzettelijke vergissing, een onopzettelijk verkeerde beslissing of een verkeerde beleidsbeslissing, maar wordt slechts een 'flagrante onbehoorlijkheid' van de taakvervulling in aanmerking genomen.[27] De soep zal dus niet zo heet gegeten worden, zo begrijp ik de minister. Toch kan ik mij wel wat voorstellen bij de vrees in het veld dat door dit aansprakelijkheidsrisico (nog) moeilijker wordt om personen te vinden die bereid zijn om bestuurder of toezichthouder te worden bij bijvoorbeeld een lokale vereniging of stichting.

Een tweetal kernpunten van het voorontwerp betreft de invoering van een wettelijke basis voor een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen en een op de NV/BV leest geschoeide tegenstrijdig belangregeling voor verenigingen en stichtingen. Daarnaast worden enkele bepalingen voor bestuurders en commissarissen van NV's/BV's overgeheveld naar titel 1 van Boek 2 BW, waarmee deze dus op alle rechtspersonen van toepassing worden. Naar mijn mening mag de wetgever op dit punt nog wel een paar extra stappen zetten, zie daarover een eerdere publicatie mede van mijn hand.[28]

Ik zal de hiervoor genoemde twee kernpunten van het voorontwerp kort behandelen.

Het verenigingen- en stichtingenrecht kent geen grondslag voor een intern toezichthoudend orgaan. Tot 1 januari 1989 bevatte het verenigingenrecht wél een uitdrukkelijke bepaling over een raad van commissarissen[29], maar die is geschrapt omdat interne toezichtcolleges bij verenigingen 'zeer zeldzaam' waren, aldus destijds de Minister van Justitie.[30] De bepaling verhuisde naar de toen ingevoerde titel 3 over de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:57 BW). Tijden veranderen. Het voorontwerp spreekt niet van 'raad van commissarissen' of 'raad van toezicht', maar gebruikt de neutrale term 'toezichthoudend orgaan'. De regeling van het voorontwerp omtrent het toezichthoudend orgaan en de leden ervan, is verdeeld over een drietal bepalingen waarvan de inhoud door bovenstaande tabellen wordt weergegeven.

Welbeschouwd betekenen de meeste van deze voorschriften niet veel nieuws onder de zon. We kennen ze al van de vergelijkbare bepalingen bij de coöperatie en de NV/BV, op welke bepalingen in de huidige notariële praktijk vaak wordt teruggevallen bij de vormgeving van een raad van toezicht of raad van commissarissen van een vereniging of stichting. Sommige bepalingen komen ook al voor in sectorale gedragscodes voor stichtingen en verenigingen. Er is mijns inziens op dit punt in het voorontwerp dan ook geen sprake van overregulering van de stichting en de vereniging. Dat neemt niet weg dat er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij sommige keuzes die de minister in het voorontwerp heeft gemaakt. Zo is het ontbreken van een regeling voor het monistisch bestuursmodel, een zogenaamde one-tier bestuur waarin zowel uitvoerende bestuurders als niet-uitvoerende bestuurders zitting hebben, opmerkelijk. De argumentatie van de minister ('er is niet gebleken van een behoefte in de praktijk') gaat niet op, zeker niet nu bepaalde sectorale wetgeving stichtingen met een one-tier bestuur juist uitdrukkelijk toestaan en reguleren.[31] Gezien het vele commentaar hierop in de reacties in de consultatie zou het mij verbazen wanneer het wetsvoorstel op dit punt niet wordt aangepast.

| TOEZICHTHOUDEND ORGAAN | **Vereniging (art. 2:47)** | **Stichting (art. 2:292a)** |
|---|---|---|

| | | |
|---|---|---|
| Statutaire basis, maar later in te stellen | ✓ | ✓ |
| Samenstelling | Natuurlijke personen | Natuurlijke personen |
| Taken | Toezicht houden op beleid van het bestuur en algemene gang van zaken in de vereniging en de met haar verbonden organisatie | mm idem |
| Bevoegdheden | Schorsen bestuurder te allen tijde (tenzij statuten anders bepalen) + e.v.t. aanvullende statutaire bevoegdheden | mm idem |
| Stemrecht toezichthouders | Meervoudig stemrecht is mogelijk - mits een toezichthouder niet meer stemmen kan uitbrengen dan de overige toezichthouders gezamenlijk | mm idem |
| Bezoldiging | Vastgesteld door algemene vergadering, tenzij statuten anders bepalen | Indien statuten dat bepalen, kan het toezichthoudend orgaan bezoldiging van zijn leden vaststellen[32] |
| Raadgevende stem in av | ✓ | n.v.t. |
| Benoeming | Conform art. 2:37 BW (dus rechtstreeks of middellijk door de leden) | *Geen regeling* |
| Schorsing en ontslag | Door orgaan dat bevoegd is tot benoeming | *Geen regeling* |
| Richtsnoer (art. 2:9a BW) | Belang van de vereniging en de met haar verbonden organisatie | mm idem |
| Belet en ontstentenis | *Geen regeling* | *Geen regeling* |
| One-tier bestuur | *Geen regeling* | *Geen regeling* |
| Aansprakelijkheid (art. 2:9a BW) | Collectief met disculpatiemogelijkheid | idem |

| | | |
|---|---|---|
| Aansprakelijkheid in faillissement | Van toepassing op alle verenigingen | Van toepassing op alle stichtingen |

Het voorontwerp biedt stichtingen mijns inziens terecht vrijheid bij het vormgeven van regelingen voor benoeming, schorsing en ontslag van toezichthouders. Dat is nu, bij gebreke van enige wettelijke regeling, ook het geval. Wel zou bepaald moeten worden dat deze bevoegdheden niet aan het bestuur kunnen worden toegekend. Er kan toch bezwaarlijk sprake zijn van goede governance als de bestuurders hun toezichthouders benoemen en ontslaan. Dat dit logisch is en daarom niet in de wet hoeft te worden neergelegd, kan helaas niet worden gezegd. In de Code Pensioenfondsen bijvoorbeeld, is opgenomen dat bij een pensioenfonds met een paritair gemengd bestuursmodel de uitvoerende bestuurders de niet-uitvoerende bestuurders benoemen.[33] Tot slot, vind ik het een gemiste kans dat het voorontwerp geen verplichting bevat tot een statutaire regeling voor belet en ontstentenis van leden van het toezichthoudend orgaan van een stichting. Ik kom op dit punt nog terug in paragraaf 3.5.

Het tweede hiervoor genoemde kernpunt uit het voorontwerp is de invoering voor verenigingen en stichtingen van een tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders en toezichthouders die op de NV/ BV leest is geschoeid. Voor de vereniging betekent dit vervanging van de huidige tegenstrijdig belangregeling die de vertegenwoordiging treft, door een regeling die op de besluitvorming ziet. Voor de stichting betekent het een noviteit, al zijn sommige auteurs van mening dat onder huidig recht toepassing van tegenstrijdig belangregels bij de stichting aan het algemene vermogensrecht, meer in het bijzonder het verbod van *Selbsteintritt* in het kader van volmacht[34] en bepalingen over lastgeving[35], kan worden ontleend. In het voorontwerp wordt de tegenstrijdig belangregeling voor de NV/BV overgeheveld naar titel 1 van Boek 2 BW, waarmee deze voor alle rechtspersonen gelijk zal zijn. Het *fall back* scenario in de situatie waarin alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en er geen toezichthoudend orgaan is of waarin er wel een toezichthoudend orgaan is maar alle leden daarvan ook een tegenstrijdig belang hebben, ziet er voor de stichting door het ontbreken van een algemene vergadering uiteraard anders uit. Het voorontwerp voorziet dan in schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen. In de statuten kan daarvan echter worden afgeweken.

Tot slot van deze paragraaf nog enkele bespiegelingen over de coöperatie, die sterk geënt is op de vereniging. De populariteit van de coöperatie is nog steeds groeiende. Bekend is de toepassing van de coöperatie in financiële structuren en, sinds een aantal jaren, in duurzame energieprojecten.[36] Onlangs is een wetsvoorstel aangenomen dat zogenaamde kredietunies mogelijk maakt.[37] Dit zijn coöperaties waarbinnen ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf samen geld inbrengen zodat anderen in dezelfde sector daaruit leningen kunnen krijgen. Het beoogt een aanvulling te vormen op kredietverlening door banken. Verder is de coöperatie 'ontdekt' door gemeenten om intergemeentelijke samenwerking juridisch vorm te geven[38] en bestaan andere bijzondere toepassingsvormen, zoals in het kader van *crowd funding* [39] en voor samenwerkingen van zzp'ers[40] of prostituees.[41]

De nieuwe toepassingsvormen van de coöperatie roepen regelmatig vragen op over juridische aspecten van de coöperatie. De meest recente inhoudelijke wijzigingen van het coöperatierecht dateren van ongeveer 25 jaar geleden, toen de wetgever de coöperatie losweekte van de vereniging en een eigen rechtsvorm werd. Het wordt tijd dat de wetgever de wettelijke regeling eens tegen het licht houdt. Kwesties als de wettelijke omschrijving (waaronder de verplichte afzonderlijke ledenovereenkomst), overdracht en verpanding van het lidmaatschap, opzegging van het lidmaatschap en financiering van de coöperatie zouden aan de orde moeten worden gesteld. Voor een aantal aspecten kan daarbij met een schuin oog naar de regeling van de Europese coöperatieve vennootschap (*Societas Cooperativa Europeae*) worden gekeken en mogelijk ook naar coöperatie-wetgeving in andere landen.

De coöperatieve sector zit zelf overigens niet stil op het regulerende vlak, getuige het verschijnen van (alweer) de derde versie van de NCR Code voor coöperatieve ondernemingen die op 17 juni 2015 werd gepresenteerd.[42] Deze versie van de governance code besteedt meer aandacht aan risicobeheersings- en controlesystemen, introduceert een vrouwenquotum voor bestuur en raad van commissarissen en bevat een verplichting tot instelling van een ledenraad zodra een coöperatie meer dan 500 leden heeft en/of de opkomst in de ledenvergadering minder

dan 50% van de leden is. Verder voorziet de code, waarvoor geen wettelijke verankering bestaat[43], in een tweejaarlijkse evaluatie van de naleving van de code die is gebaseerd op het 'pas toe, of leg uit'-principe.

**3. Jurisprudentie**

***3.1. Lidmaatschap: opzegging en ontzetting; two of a kind?***

Gerechtelijke procedures in het verenigingenrecht gaan vaak over beëindiging van het lidmaatschap. Onderscheid moet worden gemaakt tussen opzegging door het lid, opzegging door de vereniging en ontzetting (royement) door de vereniging. Vooral de twee laatstgenoemde wijzen van beëindiging van het lidmaatschap leiden nogal eens tot geschillen. Het gewezen lid tracht het besluit tot beëindiging aan te tasten omdat aan de totstandkoming van het besluit tot opzegging of ontzetting gebreken kleven dan wel omdat dit besluit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.[44] Er bestaat verschil tussen opzegging door de vereniging en ontzetting. Van oudsher wordt ervan uitgegaan dat ontzetting een 'straffend' of 'onterend' karakter heeft en opzegging niet. Illustratief voor dit onderscheid is onderstaande rechtsoverweging van Rb. Noord-Holland:[45]

> "Het lidmaatschap van een vereniging kan eindigen door opzegging en royement. Dat zijn twee verschillende maatregelen. Royement heeft een onterend karakter. Het is een tuchtrechtelijke maatregel waarbij, anders dan bij opzegging, procesrechtelijke grondbeginselen zoals strengere motiveringseisen, toepassen van hoor en wederhoor, inzage in stukken in acht worden genomen. De totstandkoming en inhoud van het besluit tot royement worden daarom door de rechter streng beoordeeld. Opzegging heeft daarentegen geen onterend karakter. Het is een beleidsmaatregel (dan wel ordemaatregel) waartoe vaak wordt besloten om in de vereniging een ordelijk verloop te waarborgen. De rechter toetst het besluit tot opzegging inhoudelijk slechts marginaal door zich af te vragen of redelijk oordelende mensen - gegeven de feiten en omstandigheden van het geval - tot eenzelfde besluit zouden zijn gekomen."

Wanneer sprake is van een grond tot ontzetting, bijvoorbeeld het op onredelijke wijze benadelen van de vereniging door wangedrag, zal dit echter vrijwel steeds ook een grond voor opzegging door de vereniging inhouden omdat dan 'redelijkerwijs van de vereniging niet gevergd kan worden het lidmaatschap te laten voortduren'. In Dijk/Van der Ploeg wordt op dit punt dan ook terecht gesproken van een onscherpe grens tussen opzegging en ontzetting.[46] Illustratief daarvoor is een procedure waarin de vernietiging van een besluit tot ontzetting (vanwege onder andere onredelijke benadeling van de vereniging) centraal stond en waarin de vereniging voor het geval die vordering zou worden toegewezen, in reconventie verzocht om conversie van de ontzettingsbesluiten in rechtsgeldige besluiten van de vereniging tot opzegging van het lidmaatschap. Rb. Zeeland-West Brabant[47] overweegt (ro. 4.14):

> "[...] de rechtbank [is] van oordeel dat de gevolgen van opzegging van het lidmaatschap (nagenoeg) dezelfde zijn als de gevolgen van de besluiten tot ontzetting en de gedragingen van eisers het nemen van dergelijke zware maatregelen onvoldoende rechtvaardigen."

Een belangrijke overeenkomst tussen beide beëindigingsgronden is dat ze onmiddellijk een neutraliserend effect hebben. Het ontzette lid is na het besluit tot ontzetting van rechtswege geschorst. Opzegging door de vereniging heeft in dit geval tot gevolg dat het lidmaatschap onmiddellijk eindigt. Gedwongen opzegging is dus een snel middel om een lid uit de vereniging te zetten. Een dergelijke abrupte beëindiging van het lidmaatschap kan een onrechtmatige daad van de vereniging jegens het desbetreffende lid opleveren, bijvoorbeeld omdat de opzegging aanzienlijke consequenties heeft voor de bedrijfsvoering van het lid.[48] Wettelijk uitgangspunt is dat het bestuur bevoegd is om tot ontzetting te besluiten. Het ontzette lid kan dan op grond van art 2:35 lid 4 BW tegen dit bestuursbesluit in beroep gaan bij de algemene vergadering of een ander orgaan of instantie die de statuten daartoe aanwijst.[49] Een lid zal, op straffe van niet-ontvankelijkheid, eerst deze interne beroepsregeling moeten doorlopen voordat hij de rechter kan adiëren. De rechtsbescherming die een lid door de interne beroepsregeling toekomt, is er niet als zijn lidmaatschap wordt *opgezegd* door de vereniging. Zo bezien, en afhankelijk van de voorwaarden omtrent opzegging die in de statuten staan, kan de opzeggingsroute de vereniging een snellere oplossing bieden dan ontzetting, met als

belangrijke keerzijde minder bescherming voor het lid. Mijns inziens is dit verschil in rechtsbescherming in de huidige tijd niet goed te rechtvaardigen met de stelling dat opzegging, anders dan ontzetting, geen straffend karakter zou hebben.

Een ander aspect van beëindiging van het lidmaatschap dat aandacht verdient is het lidmaatschap van, wat ik gemakshalve maar even aanduid als, beheers- of parkverenigingen. Bij deze verenigingen bestaat vaak een koppeling tussen het eigendom van een recreatiewoning op een vakantiepark en het lidmaatschap van de vereniging die zorgdraagt voor het beheer van het park. Dit lidmaatschap brengt dan meestal de verplichting mee voor de leden (bungalow eigenaren) om bij te dragen in de kosten van het beheer van algemene ruimten op het park. Ter voorkoming van *freeriders* is het wenselijk dat iedere eigenaar lid is, en blijft, van de vereniging. Omdat deze parkverenigingen echter geen vereniging van eigenaren in de zin van Boek 5 BW zijn en dus volledig zijn onderworpen aan het gewone verenigingenrecht kan een lid zijn lidmaatschap altijd opzeggen. Hij moet daarbij wel de voorgeschreven opzegtermijn in acht nemen. Een statutair voorschrift dat een lid zijn lidmaatschap alleen kan opzeggen zodra hij niet langer een bungalow in eigendom heeft, past niet binnen de regeling van opzegging zoals opgenomen in ons verenigingenrecht. Van Velten heeft in meerdere publicaties zijn licht op deze problematiek laten schijnen en terecht gepleit voor introductie in de wet van een kwalitatief lidmaatschap bij dit soort verenigingen.[50]

De vrijheid van vereniging, waaronder ook valt het recht om uit het verband van een vereniging te treden door het lidmaatschap op te zeggen, is een fundamenteel recht. Maar in het verlengde van de problematiek bij de hiervoor genoemde parkverenigingen rijst de vraag of een lid van dat recht contractueel kan afzien. Dat lijkt mij mogelijk voor zover het de 'normale' opzegging (art. 2:36 lid 1 en 2 BW) betreft; die is immers alleen geschreven in het belang van de leden en niet in het belang van de vereniging. Ik zou niet zover willen gaan dat een lid kan afzien van een beroep op de bijzondere opzeggingsgrond dat in redelijkheid van het lid niet gevergd kan worden lid te blijven. Die 'noodstop' moet een lid steeds ter beschikking staan. Wanneer een lid in weerwil van een met de vereniging overeengekomen beding dat hij zijn lidmaatschap niet zal opzeggen toch zijn lidmaatschap opzegt, acht ik verdedigbaar dat het lid zich niet op de wettelijke of statutaire opzeggingsregeling kan beroepen omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

*3.2. Aansprakelijkheid van toezichthouders: een leemte opgevuld?*

Zoals hiervoor bleek, bevat het voorontwerp een regeling voor de aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan voor onbehoorlijke taakvervulling ten opzichte van de vereniging of stichting. Die voorgestelde regeling is in lijn met het huidige art. 2:9 BW[51], dat op bestuurders van alle rechtspersonen van toepassing is en via een aantal schakelbepalingen[52] alleen op commissarissen van een vereniging of stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen *en* in faillissement verkeert. Ten aanzien van leden van een raad van commissarissen of raad van toezicht van een niet- commerciële vereniging, of van een commerciële vereniging of stichting buiten de situatie van faillissement, bevat het huidige Boek 2 BW geen uitdrukkelijke grondslag voor interne aansprakelijkheid.[53] In de toelichting bij het voorontwerp wordt dit terecht als een lacune gekenschetst.[54]

De praktijk weet zich ondertussen wel te redden, zo blijkt uit het vonnis van Rb. Oost-Brabant over de aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht van Woningstichting Servatius in Maastricht.[55] Deze stichting, een woningcorporatie, had zich vergaloppeerd in het 'Campusproject'; een project waarbij op de campus van de Universiteit Maastricht studentenwoningen, horeca, winkels en kantoorpanden zouden worden gebouwd door Servatius. De investeringskosten overschreden al snel het budget en het project, dat volgens het jaarverslag 2009 van Servatius ver verwijderd was van de *core business* van een woningcorporatie, werd nog geen anderhalf jaar na de start van de bouw stopgezet door de raad van toezicht.[56] Het opvolgend bestuur stelt namens Servatius met succes de voormalig enig bestuurder van Servatius aansprakelijk wegens onbehoorlijk bestuur en richt vervolgens ook zijn aansprakelijkheidspijlen op de voormalige leden van de raad van toezicht. Zij zouden hun toezichthoudende taak onbehoorlijk hebben vervuld waarvan hen een ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat zij op grond van art. 6:162 BW ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de ontstane schade. De rechtbank gaat in ro. 4.6 in op de grondslag en maatstaf voor aansprakelijkheid van de toezichthouders:

> "[...] Het artikel [art. 2:9 BW, GR] geldt echter niet voor toezichthouders bij een stichting. Dit betekent niet, zoals [...] aanvoert, dat voor aansprakelijkheid van de toezichthouders geen grondslag bestaat. Servatius baseert haar vorderingen, en kan dat naar het oordeel van de rechtbank ook doen, op artikel 6:162 BW, de algemene grondslag voor aansprakelijkheid. Zoals door de toezichthouders en ook door Servatius tot uitgangspunt is genomen, werkt het bepaalde in artikel 2:9 BW wel door in de wijze waarop artikel 6:162 BW in dit geval moet worden toegepast."
>
> "[...] Nu het bij de onderhavige aansprakelijkheidsvraag evenzeer gaat om de interne verhouding ten opzichte van de rechtspersoon - Servatius - is er naar het oordeel van de rechtbank alle reden om deze zwaardere eis van 'ernstige verwijtbaarheid' ook te stellen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouders jegens Servatius."
>
> "[...] De toezichthouders zijn dus aansprakelijk als zij hun toezichthoudende taak onbehoorlijk hebben vervuld en hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. De beoordeling hiervan dient plaats te vinden uitgaande van de situatie zoals die was ten tijde van de verweten gedragingen, niet met wijsheid achteraf."

Na een uitvoerige uiteenzetting van de handelwijze van de raad van toezicht, oordeelt de rechtbank dat de raad van toezicht zijn taak niet onbehoorlijk heeft vervuld. Wat daar verder van zij, de aanpak van de rechtbank in deze zaak bestaande uit de invulling van de norm van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) met de gedragsnorm van behoorlijke taakvervulling en de toetsingsnorm van ernstige verwijtbaarheid (art. 2:9 BW) past binnen de convergentie van normen op het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid.[57] Zolang Boek 2 BW niet voorziet in een uitdrukkelijke grondslag van interne aansprakelijkheid van toezichthouders, kan met deze route bovendien tot een adequate opvulling van de wettelijke lacune worden gekomen. In bijzondere wetgeving is men soms minder afwachtend en wordt dan uitdrukkelijk voorzien in toepasselijkheid van art. 2:9 BW op leden van het toezichthoudend orgaan. Daarvan is art. 31 lid 3 van de Woningwet zoals deze per 1 juli 2015 zal luiden een voorbeeld.

*3.3. Afdelingsperikelen*

Een vereniging kan een structuur met afdelingen hebben waarin haar leden organisatorisch zijn onderverdeeld, bijvoorbeeld al naar gelang de provincie waarin de leden wonen of het beroep dat zij uitoefenen. Vooral grotere, vaak landelijk opererende, verenigingen kennen een structuur met afdelingen. Afdelingen hebben vaak geen rechtspersoonlijkheid, maar dat kan anders zijn: de afdelingen zijn dan zelf bijvoorbeeld ook verenigingen. De wet bevat slechts één bepaling over een vereniging met afdelingen en dat is art. 2:41a BW, waarin een aantal bepalingen van overeenkomstige toepassing worden verklaard op afdelingen zonder rechtspersoonlijkheid die zelf een algemene vergadering en een bestuur hebben.

Bij een structuur waarin de afdelingen van de vereniging (ik zal hierna spreken van de hoofdvereniging) zelf verenigingen zijn, rijzen dikwijls vragen over (1) het ontstaan van het lidmaatschap van de afdelingsleden van de hoofdvereniging, en (2) de verhouding tussen de afdeling en de hoofdvereniging. Wat de eerste kwestie betreft, gaat het om de vraag of een lid bij toetreding tot de hoofdvereniging automatisch lid wordt van de afdeling-vereniging en andersom. Ik meen dat nu de onderverdeling van de hoofdvereniging in afdelingen juist organisatorisch is ingegeven, en er weliswaar juridisch twee lidmaatschappen zijn te onderscheiden maar het in wezen gaat het om één vereniging, aanmelding als lid bij de hoofdvereniging van rechtswege het lidmaatschap van een afdeling-vereniging kan doen ontstaan.[58] Van ontoelaatbare 'verenigingsdwang' is mijns inziens geen sprake, omdat het lid met de aanmelding bij de hoofdvereniging impliciet te kennen geeft dat hij wil toetreden tot het organisatorische verband van die hoofdvereniging. Stille neemt aan dat de statuten van de hoofdvereniging kunnen bepalen dat aanmelding als lid bij de afdeling-vereniging tevens geldt als aanmelding bij de hoofdvereniging.[59] Ik acht dat ook wel mogelijk, mits de statuten van de afdeling-vereniging daar ook uitdrukkelijk in voorzien.[60] Men zou dit dan kunnen zien als een volmacht die het lid met toetreding tot de afdeling-vereniging aan deze verleent om namens hem het lidmaatschap van de hoofdvereniging tot stand te brengen.

Wat betreft de verhouding tussen afdeling en hoofdvereniging kan de vraag rijzen of het een afdeling vrij staat zich af te scheiden van de hoofdvereniging, bijvoorbeeld om voortaan

zelfstandig verder te gaan. Dit was aan de orde bij de Regionale Kruisvereniging West-Brabant. De vereniging Kruiswerk Voor U, een afdeling van de Regionale Kruisvereniging West-Brabant, had aan deze vereniging laten weten dat zij vanaf 1 januari 2013 zelfstandig verder zou gaan en zich daarom zou afzonderen van deze vereniging. Volgens Kruiswerk Voor U was zij, als zelfstandige vereniging, daartoe bevoegd maar volgens de Regionale Kruisvereniging West-Brabant niet. De Rechtbank Zeeland-West Brabant[61] acht bij de beoordeling de volgende elementen van belang: (i) de zelfstandigheid van een afdelingrechtspersoon, (ii) de omstandigheid dat de wet een beëindiging van de afdelingsrelatie niet verbiedt en (iii) de mogelijkheid dat overeenkomsten van onbepaalde tijd kunnen worden beëindigd. Dit vormen argumenten voor de rechtbank om uit te gaan van de mogelijkheid tot beëindiging van de afdelingsrelatie bij een afdelingrechtspersoon. Bij de wijze waarop beide verenigingen hun relatie dienen te ontvlechten, zullen deze verenigingen zich jegens elkaar moeten gedragen naar redelijkheid en billijkheid (van art. 2:8 BW), aldus de rechtbank.

Het lijkt erop dat de rechtbank de zelfstandigheid van een afdelingrechtspersoon een gegeven acht, dat is gelegen in het feit dat deze afdeling rechtspersoonlijkheid heeft. Als uitgangspunt is dit misschien wel juist, maar ik zou grote betekenis willen toekennen aan wat hierover tussen de hoofdvereniging en de afdeling-vereniging is overeengekomen en, als uitvloeisel daarvan, is bepaald in de statuten en reglementen van de hoofdvereniging en afdeling-vereniging. Daarin kan de mogelijkheid tot beëindiging van de afdelingsrelatie zijn uitgesloten of beperkt, bijvoorbeeld omdat de daarvoor noodzakelijke statutenwijziging aan goedkeuring van het bestuur van de hoofdvereniging is onderworpen.[62] Indien een dergelijke goedkeuring in de statuten van de afdeling-vereniging is opgenomen en de hoofdvereniging verleent deze goedkeuring niet, dan kan de afdeling-vereniging zich niet eenzijdig afscheiden. De afdeling zal via de rechter, met een beroep op de redelijkheid en billijkheid, mogelijk kunnen bewerkstelligen dat de hoofdvereniging alsnog haar goedkeuring moet verlenen.[63] Hetzelfde geldt als in de afdelingsstatuten is opgenomen dat een besluit van het afdelingsbestuur tot beëindiging van de afdelingsverhouding, de goedkeuring van het bestuur van de hoofdvereniging behoeft. Vaak zal in de statutaire doelomschrijving van de afdeling-vereniging de afdelingsverhouding tot uitdrukking komen en zal zijn bepaald dat wijziging van die statutaire bepaling niet mogelijk is. Opzegging van de afdelingsverhouding door het afdelingsbestuur levert dan doeloverschrijding (art. 2:7 BW) op. Maar ondanks dat de statuten wijziging op dit onderdeel uitsluiten, is wijziging mogelijk met algemene stemmen van alle leden; zie art. 2:43 lid 2 BW. In dat geval kan de koppeling met de hoofdvereniging, zonder tussenkomst van de rechter, in de afdelingsstatuten worden verwijderd en kan de afdeling zich afscheiden. De redelijkheid en billijkheid, die de afdeling ook ten opzichte van de hoofdvereniging in acht moet nemen, spelen daarbij echter ook een rol en kunnen ertoe leiden dat het besluit tot statutenwijziging wordt vernietigd op de voet van art. 2:15 lid 1 sub b BW. Uit het vonnis van de rechtbank blijkt overigens niet dat de statuten van de Regionale Kruisvereniging West-Brabant of de statuten van Kruiswerk Voor U bepalingen over afscheiding bevatten.

### *3.4. Ontslag van stichtingsbestuurders door de rechtbank*

In paragraaf 2.2 werd gerefereerd aan de in het voorontwerp voorgestelde vervanging van de huidige ontslaggronden in art. 2:298 BW door een ruimere ontslaggrond. De Hoge Raad heeft zich de afgelopen jaren een aantal keren over deze bepaling gebogen.

In zijn uitspraak van 10 november 2006[64] werd een tweetal uitlegvragen betreffende art. 2:298 BW beantwoord: (i) wie kan worden aangemerkt als belanghebbende en (ii) kan het ontslag uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard? Volgens de Hoge Raad is iemand belanghebbende indien deze door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze mag opkomen op dit belang te beschermen dan wel anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.[65] In deze zaak werd de voormalig bestuurder als belanghebbende beschouwd, omdat de feiten op basis waarvan een beroep op art. 2:298 BW kan worden toegewezen waren voorgevallen tijdens zijn bestuursperiode *en* het verzoek binnen redelijke termijn na het einde van zijn bestuursfunctie is ingediend. Het laatste vereiste kan mogelijk in de weg zitten als een voormalig bestuurder pas enige tijd na zijn aftreden op de hoogte raakt van de werkelijke (omvang van) handelingen die zijn medebestuurders hebben verricht tijdens zijn bestuursperiode.[66]

Uit art. 2:298 BW blijkt niet of het ontslag uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Volgens de Hoge Raad, in voormelde zaak, is dat wel het geval, waarbij hij mede verwijst naar het enquêterecht waarin de Ondernemingskamer de voorlopige tenuitvoerlegging kan bevelen van de voorziening om een bestuurder te ontslaan. Dit maakt een effectieve toepassing van art. 2:298 BW mogelijk.

Een andere belangrijke uitspraak van de Hoge Raad is die betreffende de Dr. A. Fuldauerstichting.[67] In deze zaak, die was geëntameerd door het Openbaar Ministerie, ging het om de bevoegdheden die aan een op grond van art. 2:298 lid 2 BW benoemde tijdelijke bestuurder toekomen. De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat een door de rechter benoemde tijdelijke bestuurder voor de duur van zijn benoeming alle bevoegdheden heeft die de wet en de statuten aan de bestuurder(s) van de desbetreffende stichting toekennen, tenzij de rechter anders heeft bepaald.[68] Of de tijdelijke bestuurder steeds van deze bevoegdheden gebruik kan maken is een andere vraag. De Hoge Raad overweegt daarover (ro. 3.6.1):

> "Een op de voet van artikel 2:298 lid 2 BW benoemde bestuurder behoort van zijn bevoegd-heden in zoverre een terughoudend gebruik te maken dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijke bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur van de stichting. Dit kan betekenen dat de tijdelijke bestuurder zich moet beperken tot besluiten die geen uitstel kunnen verdragen, maar de [...] opvatting dat een tijdelijke bestuurder zich - behoudens bijzondere omstandigheden - steeds daartoe dient te beperken, kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard."

In deze uitspraak overweegt de Hoge Raad (ro. 3.8) verder nog dat het feit dat een bestuurder slechts tijdelijk is benoemd niet eraan in de weg staat dat deze besluiten neemt met definitieve of onomkeerbare gevolgen, behalve voor zover zijn bevoegdheid in dit opzicht door de rechter is beperkt of nader is afgebakend. Ook dit ontleent de Hoge Raad aan zijn jurisprudentie inzake het enquêterecht.[69]

*3.5. Ontbreken van alle bestuurders van een stichting*

Vanwege het ontbreken van een dualistische grondstructuur binnen de stichting, kent de wet in art. 2:299 BW een specifieke voorziening voor de situatie waarin het door de statuten voorgeschreven bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten wordt voorzien. Op verzoek van belanghebbenden of het Openbaar Ministerie kan de rechtbank dan bestuurders benoemen.

In de zaak van Stichting Parkeerverwijssysteem Den Haag ging het om de vraag of de rechtbank tot benoeming kan worden verzocht als er weliswaar voldoende bestuurders zijn, maar de taakverdeling tussen die bestuurders niet in lijn is met de statuten.[70] De Hoge Raad (ro. 3.3) meent van niet. Hij oordeelt dat art. 2:299 BW ziet op een stichting die geen bestuurders meer heeft, of niet langer het in de statuten voorgeschreven minimumaantal bestuurders heeft. De in die bepaling bedoelde situatie van een geheel of gedeeltelijk ontbreken van het door de statuten voorgeschreven bestuur doet zich in dat geval niet voor.

Procedures op grond van art. 2:299 BW kunnen worden voorkomen door een goede ontstentenis-regeling in de statuten van de stichting op te nemen, zowel voor het bestuur maar ook voor een raad van commissarissen of raad van toezicht.[71] Boek 2 BW verplicht stichtingen daartoe echter niet, anders dan de NV en BV. In sommige sectorale regelgeving is dit overigens wel geregeld. Zie bijvoorbeeld art. 30 lid 11 van de nieuwe Woningwet dat woningcorporaties verplicht tot opname in de statuten van een belet- en ontstentenisregeling voor de raad van commissarissen.

*3.6. Enquêtes en quasi-enquêtes*

Het enquêterecht is al ruim 20 jaar van toepassing op verenigingen en stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Op coöperaties is het enquêterecht zelfs al vanaf 1970 van toepassing. Het aantal gevoerde procedures was lange tijd zeer beperkt, maar dit lijkt de laatste jaren, in ieder geval wat betreft coöperaties en stichtingen, toch wat te veranderen. Zo was bijvoorbeeld zorgverlener Stichting Meavita Nederland onderwerp van een enquêteprocedure, die was verzocht door een vakorganisatie op grond van art. 2:347 BW.[72] De Ondernemingskamer (OK)

faciliteerde in deze procedure een concernenquête door het aantal subjecten van het enquêteverzoek uit te breiden tot twee andere stichtingen waarmee een personele unie bestond, omdat hierin leden van de vakorganisatie werkzaam waren. Ik wijs ook nog op de enquêteprocedure in 2005 inzake Stichting Kinderopvang Nederland. Dit was elf (!) jaar na invoering van de wet, de eerste enquêteprocedure bij een stichting. Het verzoek werd gedaan door de ondernemingsraad aan wie deze bevoegdheid bij overeenkomst door het bestuur van de stichting was toegekend zoals bedoeld in art. 2:346 sub c BW.[73] Destijds was het niet mogelijk dat de rechtspersoon zelf om een enquête verzocht. Dat laat de wet sinds 1 januari 2014 echter wel uitdrukkelijk toe, waarbij het verzoek namens de rechtspersoon kan worden ingediend door het bestuur of de raad van commissarissen. In sommige sectorale wetgeving wordt dwingendrechtelijk voorgeschreven dat rechtspersonen het enquêterecht moeten toekennen aan een bepaalde groep belanghebbenden. De grondslag daarvoor is gelegen in art. 2:346 sub c BW. Een voorbeeld is art. 6.2 Uitvoeringsbesluit Wet toegelaten zorginstellingen, dat zorginstellingen in de vorm van een stichting verplicht om in hun statuten de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek toe te kennen aan de cliëntenraad. Van dit recht maken cliëntenraden in de praktijk gebruik.[74]

Tot op heden is slechts een aantal coöperaties onderwerp van enquêteprocedures geweest. Opvallend is dat deze procedures van 2013 of later zijn, uit de daaraan voorafgaande 40 jaar zijn mij geen procedures bekend.[75] Bij een coöperatie en vereniging kan een enquêteverzoek vanuit de leden worden ingesteld door: (i) ten minste 300 leden, (ii) ten minste 1/10 gedeelte van de leden, of (iii) zoveel leden als bevoegd zijn tot het uitbrengen van ten minste 1/10 gedeelte van de stemmen in de algemene vergadering (of zoveel minder als de statuten bepalen).

In een recente zaak, betreffende Coöperatie Trends-in-Center-Aalsmeer (TICA) U.A. werd het enquêteverzoek ingediend door 10 van de 25 leden en ging het om de handelwijze van het coöperatiebestuur bij verkoop van alle aandelen in haar dochter aan de koper Clayre & Eef.[76] De OK oordeelde dat hier sprake was van een materiële liquidatie en dat daarom op het goedkeuringsbesluit van de algemene vergadering ter zake[77], de statutair versterkte meerderheid voor een besluit tot ontbinding van overeenkomstige toepassing is. De gang van zaken met betrekking tot de besluitvorming over het bod van Clayre & Eef leveren daarom volgens de OK gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen schorst de OK het goedkeuringsbesluit van de algemene vergadering en mag het bestuur de aandelen in de dochter niet vervreemden. Het onderzoeksrapport is inmiddels afgerond, maar ligt slechts voor belanghebbenden ter inzage.[78] Het is nog even afwachten of de OK daadwerkelijk voor het eerst tot wanbeleid bij een coöperatie zal oordelen.

Een andere coöperatieve enquêteprocedure betreft de Coöperatieve Drogisten-Associatie U.A. (DA).[79] Deze zaak, waarin het vooral gaat over de rol van het bestuur bij de voorgenomen herstructurering van samenwerkingsovereenkomsten, bevat een aantal belangrijke overwegingen over de ontvankelijkheid van leden van een coöperatie (en vereniging) in enquêteprocedures. DA heeft een ledenraad in de zin van art. 2:39 BW, die bij DA 'raad van ondernemers' wordt genoemd. DA betoogde dat de verzoekers tot enquête niet ontvankelijk zouden zijn, omdat zij geen lid van de raad van ondernemers zijn en dus niet over 10% van de stemmen in de ledenraad beschikken. De OK oordeelt daarover (ro. 3.5):

> "Ook indien de raad van ondernemers moet worden aangemerkt als een ledenraad in de zin van artikel 2:39 BW [...] hangt het antwoord op de vraag of verzoekers enquêtebevoegd zijn ervan af of zij bevoegd zijn tot het uitbrengen van ten minste 10% van alle stemmen van alle leden. De door de coöperatie verdedigde opvatting impliceert dat slechts leden van de raad van ondernemers (die in die raad ten minste 10% van de stemmen kunnen uitbrengen) bevoegd zijn een enquêteverzoek te doen. Daarmee zou de toegang tot de enquêteprocedure worden beperkt op een wijze die niet strookt met de aard en de doeleinden van het enquêterecht."

De OK geeft daarmee een ruime interpretatie van de ontvankelijkheidseis van 'ten minste een tiende gedeelte der stemmen in de algemene vergadering', zoals bedoeld in art. 2:346 lid 1 sub a BW. De OK kijkt door een eventueel bij de coöperatie ingestelde ledenraad heen naar de achterliggende leden. Hetzelfde zal, zo neem ik aan, gelden voor de enquêtebevoegdheid van leden bij een vereniging met een ledenraad.

In de DA-zaak was het verder zo dat een groot deel van de verzoekers (13 van de 16) door de raad van ondernemers met onmiddellijke ingang uit het lidmaatschap van DA was ontzet. Dit geschiedde op 2 december 2014, terwijl op 11 december 2014 het enquêteverzoek is ingediend. Staat de beëindiging van het lidmaatschap aan ontvankelijkheid van de desbetreffende verzoekers in de weg? De OK overweegt dat de beëindiging nauw verband houdt met het geschil tussen verzoekers enerzijds en het bestuur (en de raad van ondernemers) anderzijds over het door de coöperatie gevoerde beleid ten aanzien van de beoogde veranderingen. De OK vervolgt met (ro. 3.5):

> "Bezwaren van verzoekers tegen dat beleid vormen tevens de grondslag van het enquêteverzoek en verzoekers hebben de beëindiging van het lidmaatschap van dertien van hen aangemerkt als onderdeel van het door hen gewraakte beleid en mede ten grondslag gelegd aan hun verzoek. Onder deze omstandigheden brengt de strekking van het enquêterecht mee dat de beëindiging van de lidmaatschappen van een aantal verzoekers niet tot gevolg heeft dat verzoekers niet-ontvankelijk zijn in hun verzoek (vgl. HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905, Slotervaartziekenhuis)."

Verder overweegt de OK nog dat de omstandigheid dat de desbetreffende (uit het lidmaatschap ontzette) verzoekers geschorst zijn, niet tot gevolg heeft dat zij niet bevoegd zouden zijn tot het doen van een enquêteverzoek. Hier lijkt de OK echter enige nuance te zien, waar hij overweegt dat dit althans 'zonder nadere toelichting', die van de zijde van de coöperatie in dit geval ontbreekt, niet valt in te zien.

Ik keer nog even terug naar de stichting. Zoals ik aan het begin van deze paragraaf schetste, is de toepassing van het enquêterecht op stichtingen beperkt tot de stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Stichtingen zonder onderneming vallen daarom buiten het toepassingsbereik van het enquêterecht. Soms wordt dit 'gerepareerd' in een afzonderlijke wet, zoals in art. 22 lid 1 van de nieuwe Woningwet voor stichtingen die een woningcorporatie zijn.[80] En soms is de rechter inventief. Vooral de gerechtelijke procedure van art. 2:298 BW, tot ontslag van een stichtingsbestuurder bij handelen in strijd met de wet of statuten of (financieel) wanbeheer, biedt de mogelijkheid om tot een quasi-enquête te komen. Hangende het onderzoek kan de rechtbank bij wijze van voorlopige voorziening bestuurders schorsen en binnen het bestuur voorzieningen treffen (art. 2:298 lid 2 BW). In Rb. Rotterdam 6 maart 2013 schorst de rechtbank zittende bestuurders en benoemt bij wijze van voorlopige voorziening tijdelijke bestuurders bij Stichting Beheer Mayflower Project die onder meer tot taak krijgen om een onderzoek in te stellen 'naar het beleid en de gang van zaken' van deze stichting.[81] De rechtbank noemt daarbij ook nog een tijdvak en een aantal punten waarop het onderzoek zich vooral zal moeten richten. De voormalige en zittende bestuurders zullen de tijdelijke bestuurders, ook voor wat betreft hun onderzoek, moeten voorzien van de door hen gewenste informatie. Van hun onderzoek dienen de tijdelijke bestuurders van de rechtbank een schriftelijk verslag op te stellen. De rechtbank bepaalt ook dat het honorarium van de tijdelijke bestuurders ten laste van de stichting zal komen. Eén en ander doet, mede gelet op de door de rechtbank gebruikte formuleringen, sterk denken aan een enquêteprocedure.[82]

*Coöperatie en uittreedvoorwaarden*

Een typisch coöperatieve bepaling is opgenomen in art. 2:60 BW. Op grond van deze bepaling kan een coöperatie 'bij de statuten' voorwaarden verbinden aan de opzegging van het lidmaatschap door een lid. Met dergelijke uittreedvoorwaarden beoogt de coöperatie leden aan zich te binden door uittreding onaantrekkelijk te maken, bijvoorbeeld omdat het lid dan een bepaald bedrag van zijn omzet moet terugbetalen aan de coöperatie.[83]

Volgens de tekst van art. 2:60 BW moet een uittreedvoorwaarde in de statuten zijn opgenomen. Anders dan art. 2:34a BW voorziet deze bepaling niet in de mogelijkheid tot het opleggen van een verbintenis (de uittreedvoorwaarde) *krachtens* de statuten. In een procedure die was aangespannen door enkele oud-leden over de uittreedvoorwaarde van Drents Overijsselse Coöperatie Kaas B.A. (DOC), stelden die leden zich primair op het standpunt dat de uittreedvoorwaarde in haar geheel in de statuten moet zijn opgenomen. Dat was bij DOC niet het geval, omdat de statuten bepaalden dat de omvang van het schadevergoedingsbedrag dat leden bij opzegging aan DOC moesten betalen door een deskundige zou worden bepaald, op basis van grondslagen die in het huishoudelijk reglement zouden worden vastgesteld, met een in de statuten omschreven maximum van 4% van het jaarlijkse melkgeld dat het desbetreffende

lid gemiddeld in de vijf voorafgaande boekjaren van DOC had ontvangen. In het huishoudelijk reglement van DOC waren echter nog geen grondslagen voor de omvang van het te betalen schadevergoedingsbedrag opgenomen. In een recent arrest oordeelt De Hoge Raad (ro. 4.1.3):[84]

> "Naar het hof terecht heeft beslist, is aan de eis van artikel 2:60 BW dat de uittredingsvoorwaarde is opgenomen in de statuten, voldaan als uit de statuten voor de leden deze voorwaarde kenbaar is en de aard en omvang van de daaruit voortvloeiende verplichtingen voor hen bepaalbaar zijn."

In navolging van het hof meent de Hoge Raad dat de statutaire regeling van DOC voldoet aan de eisen van kenbaarheid en bepaalbaarheid. Het feit dat het huishoudelijk reglement nog niet de uitwerking bevatte waar de statuten naar verwezen, verhindert volgens de Hoge Raad niet dat met de statutaire regeling (reeds) aan de eisen van art. 2:60 BW werd voldaan.

*Vereniging en stichting i.o.*

Alweer enige tijd geleden, in 1997, heeft de Hoge Raad in het Diva/Meijs-arrest[85] 'kort en krachtig'[86] geoordeeld dat art. 2:93/203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen dan de NV en de BV. Aldus kunnen namens een vereniging of stichting in oprichting (i.o.) rechtshandelingen worden verricht, die na de oprichting door de vereniging of stichting kunnen worden bekrachtigd. De Hoge Raad liet zich in het arrest niet uit over de vraag of de andere leden van art. 2:93/203 BW ook van overeenkomstige toepassing zijn. Volgens Maeijer, in zijn noot, ligt dat wat betreft de leden 2 en 3 van art. 2:93/203 BW wel voor de hand. Lid 2 bevat de hoofdelijke aansprakelijkheid van degene die de rechtshandelingen namens de vennootschap i.o. heeft verricht, tot aan de bekrachtiging. In lid 3 is een regeling opgenomen voor de situatie waarin de vennootschap de verplichtingen uit de bekrachtigde rechtshandeling niet kan nakomen. Degenen die de rechtshandeling hebben verricht zijn dan aansprakelijk, als zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap niet zou kunnen nakomen. Bovendien bevat lid 3 een bewijsvermoeden ten aanzien van dit laatste, bij faillissement van de vennootschap binnen één jaar na oprichting.

In een vonnis van Rb. Rotterdam van 1 augustus 2012[87] wordt ervan uitgegaan dat art. 2:203 lid 3 BW van overeenkomstige toepassing is op een stichting. Opmerkelijk is dat de rechtbank dit kort en krachtig (dat wil zeggen zonder motivering) baseert op het Diva/Meijs-arrest, waarin het echter uitdrukkelijk alleen om toepasselijkheid van lid 1 ging. Enige terughoudendheid lijkt mij daarom op zijn plaats, ook omdat de literatuur op dit punt niet onverdeeld is.[88]

**4. Verschenen handboeken**

Tot besluit wil ik nog wijzen op een tweetal belangrijke handboeken op het gebied van het verenigingen- en stichtingenrecht, die in 2013 zijn verschenen.

Het gaat om de zesde druk van het bekende, door Kluwer uitgegeven, oranje boek 'Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij', bewerkt door C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg en W.J.M. van Veen. Van dit boek, waarvan de eerste druk (geschreven door P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg) in 1982 is gepubliceerd, verschijnt zo om de vijf à zes jaar een nieuwe druk. Het is daarmee voor de rechtspraktijk een trouwe reisgenoot door het juridische verenigingen- en stichtingenlandschap. Het andere boek is het door Uitgeverij Paris uitgegeven 'Handboek Stichting en Vereniging (inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij)', waar maar liefst 20 auteurs aan hebben meegewerkt, onder redactie van J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman. Het handboek is een nieuwe uitgave, die wat opzet betreft (per deelonderwerp een afzonderlijk hoofdstuk) nog terug te voeren is op de 'Almanak voor de vereniging en stichting'. Dat is niet geheel toevallig, omdat het handboek en de almanak dezelfde redactie kennen. Het handboek is, zo blijkt uit het voorwoord, geschreven met het oog op de praktijk maar beoogt ook bruikbaar te zijn voor studiedoeleinden. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om deze boeken te bespreken, daar zal ik binnenkort in een andere publicatie op terugkomen.

Eerder, in 2012, verscheen mijn bewerking van het Asser-deel waarin het verenigingen- en stichtingenrecht wordt behandeld.[89] Voor een bespreking daarvan verwijs ik naar een recente bijdrage van Houwen.[90]

**Voetnoten**

1 Zie bijvoorbeeld M.J. van Uchelen-Schipper, De stichting: grenzen en governance, *WPNR* 2012/6915, p. 63-68 en D.F.M.M. Zaman, De toekomst van de stichting, de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, *WPNR* 2013/6973, p. 329-332.

2 Wet van 20 oktober 2006 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen, *Stb.* 2006, 525.

3 Volgens Handboek Stichting en Vereniging 2013 (Zaman/ Van der Sangen), p. 275, is van belang dat 'de ruimte toegankelijk is voor de leden'.

4 Wet van 26 november 2010, houdende wijziging van Boek 2 en Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (stilzwijgende verlenging en opzegtermijn bij lidmaatschappen, abonnementen en overige overeenkomsten), *Stb.* 2010, 789.

5 *Kamerstukken II* 2008/09, 30 520, nr. 8, p. 22.

6 Rb. Noord-Holland 10 januari 2014, r.o. 11, ECLI:RVNHO: 1029 *(Het Grootslag UA)*.

7 Het gaat om stichtingen die bij of krachtens de wet verplicht zijn een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW en die gedurende ten minste twee opeenvolgende balansjaren aan twee van de volgende voorwaarden voldoen: (i) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs meer dan € 17,5 (20) miljoen, (ii) het totaal van de bedrijfsopbrengsten of het totaal van de baten bedraagt meer dan € 35 (40) miljoen, (iii) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt ten minste 250. De genoemde grensbedragen tussen haakjes zullen gelden na inwerkintreding van *Kamerstukken II* 2014/15, 34 176 (Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening).

8 Wet van 27 september 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de art. 297a en 297b, *Stb.* 2012, 440.

9 Zie art. 2:132a/242a BW en art. 2:142a/252a BW.

10 Zie art. 105a Pensioenwet, met uitwerking in art. 35a Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

11 Inmiddels kent Nederland al drie bijzondere limiteringsregelingen, die soms in elkaar grijpen, waarover S. Rietveld, Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd, *TOP* 2014/4. Op www.aobenoemingscheck.nl zijn de regelingen, met hun bijzonderheden en uitzonderingen, vertaald in een webtool.

12 *Kamerstukken II* 2012/13, 32 003, nr. 7.

13 Zie de Wet goed onderwijs, goed bestuur, *Stb.* 2010, 80, die op 1 augustus 2010 in werking is getreden.

14 Zie de Pensioenwet zoals per 1 juli 2014 gewijzigd naar aanleiding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (*Stb.* 2013, 312).

15 Zie de Woningwet zoals per 1 juli 2015 gewijzigd naar aanleiding van de wet van 20 maart 2015 tot wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, *Stb.* 2015, 146.

16 *Kamerstukken II* 2014/15, 32 012, nr. 23, p. 3 e.v.

17 Vgl. ook L.G.H.J. Houwen, De bijzondere dynamiek van het verenigingen- en stichtingenrecht, boekbespreking, *WPNR* 2015/7066, p. 549-553.

18 Voor een voorbeeld uit de zorgsector zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1278, waarin de statuten van zorgaanbieder Stichting HVP Zorg werden getoetst aan de Zorgbrede Governance Code omdat invoering daarvan in de statuten als vereiste was gesteld door de zorgverzekeraar.

19 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); samen met de reacties te raadplegen via www.internetconsultatie.nl. Over het voorontwerp is inmiddels veel geschreven, zie

bijvoorbeeld: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector, *RM Themis* 2014, p. 159-171 en H.J. de Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, *NJB* 2014/796.

20 Zie voorontwerp MvT, p. 2 en Commissie Behoorlijk Bestuur, Een lastig gesprek, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013.

21 Zie M. Meinema, Wetgevingsoverzicht Nederland 2014, *Ondernemingsrecht* 2015/51.

22 Uitzonderingen gelden indien het een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij betreft die is onderworpen aan het structuurregime.

23 Voorontwerp MvT, p. 32-33.

24 Voorontwerp MvT, p. 34.

25 Zie art. 2:50a BW en art. 2:300a BW.

26 Voorontwerp MvT, p. 6.

27 Voorontwerp MvT, p. 7.

28 Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, *WPNR* 2014/7016, p. 391-393.

29 Die bepaling was toen, net zoals voorgesteld in het voorontwerp, opgenomen in art. 2:47 BW.

30 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 775, nr. 3, p. 10.

31 Zie art. 101a Pensioenwet en art. 17a Wet op het primair onderwijs.

32 De statuten mogen andere voorzieningen treffen, zoals vaststelling van de bezoldiging door een derde; aldus voorontwerp MvT, p. 30.

33 Code Pensioenfondsen 2014, bijlage 2, p. 46.

34 S. Perrick, Het belang van het vermogensrecht voor de beoefenaar van het vennootschapsrecht, oratie UvA, Vossiuspers UvA 2012, p. 13; en Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 247.

35 Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 247.

36 G.J.C. Rensen & A. Steneker, De coöperatie als financieel instrument, *WPNR* 2009/6795-98 en D.N. Heeger, De coöperatie en collectieve zelfopwekking van duurzame energie, *V&O* 2012/2. Zie ook het in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties opgestelde rapport *Quick scan, Aard, omvang en impact van maatschappelijk initiatief*, april 2015, dat in het kader van de participatiesamenleving nieuwe samenwerkingen signaleert en spreekt over 'herontdekking' van de coöperatie (p. 2) (kenbaar via rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/ rapporten/2015/04/03/quick-scan-aard-omvang-en-impact-van-maatschappelijk-initiatief.html).

37 *Kamerstukken* 33 949, voorstel van wet van de leden Van Hijum en Agnes Mulder tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enkele andere wetten met het oog op een regelgevend kader voor kredietunies (Wet toezicht kredietunies). Het wetsvoorstel is op 28 april 2015 door de EK aangenomen, *Handelingen* EK 2015, 30 maar was begin juni nog niet in het Staatsblad gepubliceerd.

38 Waarover: R.C.J. Galle (red.), De coöperatie in de publieke en semipublieke sector, Convoy Uitgevers, Dordrecht 2014. Zie hierover ook het in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties opgestelde rapport *Effecten van regionaal bestuur*, april 2015 (M. Boogers e.a.), (kenbaar via rijksoverheid.nl/documen-ten-en-publicaties/rapporten/2015/04/02/effecten-van-regionaal-bestuur.html).

39 Zie bijvoorbeeld het online crowd funding-platform www.symbid.nl/pages/investor, waar te lezen valt: "Het beleggen in een nog niet beursgenoteerde onderneming is nu dus een fluitje van een cent. Wat is het geheim van die eenvoud? Symbid heeft een veilige, beproefde rechtsvorm van stal gehaald: de coöperatie."

40 Zie hierover bijvoorbeeld www.cooperatieexpert.nl.

41 Zie een nieuwsbericht van 15 november 2013, kenbaar via www.parool.nl.

42 De presentatie vond plaats op een symposium ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. R.C.J. Galle als directeur van de NCR (Nationale Coöperatieve Raad), een nationaal kenniscentrum voor coöperaties waaraan alle typen coöperaties kunnen deelnemen. De code is gepubliceerd op de website van de NCR: www.cooperatie.nl. Zie voor een bespreking van de vorige versie (uit 2011): M.E. Engelaar, Corporate governance bij coöperaties; de NCR-code 2011, *Ondernemingsrecht* 2012/77.

43 Uitleg omtrent niet naleving van enig principe of enige regeling hoeft dan ook niet te worden weergegeven in het jaarverslag van de coöperatie (NCR Code, 1.10). Zelfs voor leden van de NCR is naleving van de code geen verplichting.

44 Een greep uit recente uitspraken: Hof Den Bosch 12 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5279 *(Vernieuwend Wonen Maastricht)* (te laat beroep op vernietiging besluit tot opzegging), Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA: 2015:2492 *(Assalam)* (geen sprake van opzegging maar ontzetting, dus algemene ledenvergadering moet alsnog beslissen in beroep), (Rb. Limburg 10 december 2014, ECLI:NL: RBLIM:2014:10712 *(Schietsportvereniging A-Team)* (opzegging van lidmaatschap door bestuur mag niet zonder meer leiden tot defungeren bestuurder-lid), Rb. Amsterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014 *(FloraHolland)* (besluit tot ontzetting niet in strijd met redelijkheid en billijk heid), Rb. Rotterdam 12 november 2014, ECLI:NL: RBROT:2014:9330 *(Snel tot Ziens)* (nietig besluit tot ontzetting), Rb. Midden-Nederland 10 december 2014, *JOR* 2015/68 *(Kluitenduikers)* (bestuur bevoegd tot ontzetting).

45 Rb. Noord-Holland 3 juli 2013, ro. 4.4, ECLI:RBNHO:2013: 5531 *(Vrijwillige Hulpverlening Gedetineerden)*.

46 Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 6.6.3; Handboek Stichting en Vereniging (Koelemeijer) 2013, p. 136 spreekt van mogelijke 'overlapping'.

47 Vgl. Rb. Zeeland-West Brabant 19 maart 2014, ro. 4.14, ECLI:NL:RBZWB:2014:3133 *(Chaletpark Krabbenkreek)*.

48 Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2015, ECLI:GHSHE:2015: 228 *(IMG)* waarin het hof overwoog dat de vereniging het lid een termijn van een half jaar had behoren te gunnen.

49 Indien de algemene vergadering het tot ontzetting bevoegde orgaan is, voorziet de wet niet in een beroepsmogelijkheid. De statuten zouden die wel kunnen bevatten.

50 A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, Ars Notariatus, deel 120, Kluwer 2015, Hoofdstuk 16 en zie ook zijn bespreking van jurisprudentie ter zake in *WPNR* 2011/6889.

51 Een opmerkelijk verschil is overigens dat de voorgestelde regeling voor interne aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan, geen ruimte biedt voor disculpatie op grond van taakverdeling tussen de toezichthouders. De toelichting op dit punt (binnen het toezichthoudend orgaan is geen sprake van een toebedeling van bepaalde taken aan een bepaalde toezichthouder, voorontwerp, MvT, p. 15-16) lijkt mij niet in overeenstemming met de praktijk, waarin taakverdeling wel dikwijls aan de orde is; denk bijvoorbeeld aan auditcommissies of risicocommissies die binnen een raad van toezicht worden gevormd.

52 Voor de vereniging: art. 2:50a jo. 2:129 BW en voor de stichting: art. 2:300a jo. 2:149 BW.

53 Zie hierover ook Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ro. 4.8, *JOR* 2008/126 *(Hestia Stichting)*.

54 Voorontwerp, MvT, p. 5-6.

55 Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126 met zeer lezenswaardige noot van U.B. Verboom.

56 'Problemen zijn er om op te lossen', Jaarverslag 2009 Woningstichting Servatius, p. 35.

57 Zie daarover Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/441.

58 Dit betoog ik ook in Asser/Rensen 2-III* 2012/64.

59 Handboek Stichting en Vereniging (Stille) 2013, p. 297. Zie ook Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 304.

60 Vgl. ook F.C. Kollen, De vereniging in de praktijk, Serie Recht en Praktijk, deel 89, Kluwer, Deventer 2007, p. 79-80.

61 Rb. Zeeland-West Brabant 8 januari 2014, *NJF* 2014/177.

62 Zelfs als beëindiging van de afdelingsrelatie is uitgesloten, is het volgens Stille mogelijk tot beëindiging te komen; zie Handboek Stichting en Vereniging (Stille) 2013, p. 311 en reeds in zijn dissertatie: A.L.G.A. Stille, De afdeling in het verenigingsrecht, diss., Kluwer, Deventer 1986, p. 217-218.

63 Aldus ook Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 312 in samenhang met p. 332-333 en vgl. Asser/Rensen 2-III* 2012/177.

64 *NJ* 2007/45 nt. Maeijer *(Stichting IHD)*.

65 Deze maatstaf gebruikte de Hoge Raad eerder (HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 *(Scheipar)*) in het kader van de vraag of een voormalig bestuurder van een vennootschap zich kon voegen als een belanghebbende in een enquêteprocedure die tegen de vennootschap was ingesteld.

66 Op dit punt wees ik ook reeds in mijn commentaar bij dit arrest in *Ondernemingsrecht* 2007/37.

67 HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92 nt. E. Schmieman.

68 De Hoge Raad zoekt hiervoor onder andere (wederom!) aansluiting bij de onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht (art. 2:349a BW).

69 Zie bijvoorbeeld HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002/92 (SkyGate). Zie hierover ook P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, diss., Kluwer, Deventer 2004, p. 266-270.

70 HR 7 september 2012, *JOR* 2012/351 nt. Schmieman.

71 Op een raad van commissarissen of raad van toezicht is art. 2:299 BW strikt genomen niet van toepassing. Zie over de ontstentenisregeling ook D.O. Ohmann, Verzoek tot aanvulling bestuur stichting: HR 7 september 2012 en de stand van zaken, *JBN* 2012/december, p. 10-13.

72 OK 30 mei 2011, *JOR* 2011/219.

73 OK 1 maart 2005, *JOR* 2005/87.

74 Zie bijvoorbeeld OK 29 oktober 2014, *ARO* 2014/183 *(Stichting Zuwe Hofpoort Ziekenhuis)*, OK 29 april 2010, *JOR* 2010/187 *(Stichting Zorgcentra Betuwe)* en OK 20 mei 2010, *JOR* 2010/188 *(Stichting Sherpa)*.

75 In OK 27 juli 1989, gesignaleerd door G. Noordraven in *NV* 1989, p. 242-243, ging het om een onderlinge waarborgmaatschappij die voor de enquêteprocedure was omgezet in een vereniging. Uit de bijdrage van Noordraven in de *NV*: "Het valt volgens de Ondernemingskamer niet uit te sluiten dat onder omstandigheden geoordeeld kan worden dat voormalige leden van een onderlinge waarborgmaatschappij die inmiddels is omgezet in een 'gewone vereniging' - die niet behoort tot de rechtspersonen waarop het enquêterecht betrekking heeft - bevoegd zijn een onderzoek te verzoeken naar de gang van zaken voorafgaande aan die omzetting." Mij is slechts één enquêteprocedure bij een vereniging bekend: OK 4 februari 2008, *JOR* 2008/95 nt. Josephus Jitta *(FOCWA)*.

76 OK 27 februari 2014, *JOR* 2014/160.

77 In de statuten van TICA was een goedkeuringsrecht van de algemene vergadering vergelijkbaar met art. 2:107a BW opgenomen, waarvoor besluitvorming met gewone meerderheid zou volstaan.

78 OK 24 februari 2015, *ARO* 2015/57; ECLI:NL:GHAMS:2014:597.

79 OK 3 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:809.

80 In art. 39 van de nieuwe Woningwet wordt het enquêterecht, in aanvulling op het bepaalde in titel 8, afdeling 2 Boek 2 BW ook toegekend aan de minister en huurdersorganisaties.

81 *JOR* 2013/100 (tussenbeschikking). Rb. Rotterdam 24 juli 2013, *JOR* 2013/271 nt. De Mol, oordeelt op basis van het verslag van de tijdelijk bestuurders, in zijn eindbeschikking tot ontslag van de bestuurders. Hof 's-Gravenhage 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2556, bekrachtigt deze beschikkingen in hoger beroep maar gaat niet in op de door de rechtbank gekozen route van de quasi-enquête. Zoals in de wenk bij de uitspraak in *RO* 2014/77 wordt opgemerkt, lijkt het hof daar echter geen moeite mee te hebben. Het hof gaat bij zijn beoordeling namelijk mede uit van het rapport van de tijdelijke bestuurders (zie ro.10).

82 Zie hierover ook: H. Koster, Overpeinzingen over wanbeheer, onderzoek en voorlopige voorzieningen bij stichtingen (art. 2:298 BW), *TvOB* 2014, p. 192-197 en De Mol in zijn annotatie in *JOR* 2013/271.

83 Zie over uittreedvoorwaarden: G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie, diss., W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999, par. 4.4.3.

84 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601; zie ook de uitgebreide conclusie van A-G Van Peursem. De berekening van de schade van DOC door het hof acht de HR op een onderdeel overigens niet begrijpelijk (ro. 4.2.3); dat laat ik hier buiten beschouwing.

85 24 januari 1997, *NJ* 1997/399 nt. Maeijer.

86 Aldus Maeijer in zijn NJ-noot.

87 *JOR* 2013/1 nt. Van Thiel *(Hape Holding/Kagenaar)*.

88 Dijk/Van der Ploeg 2013, paragraaf 3.8, staat afwijzend ten opzichte van onverkorte analoge toepassing van leden 2 en 3 vanwege de verstrekkende gevolgen. Vgl. echter Asser/ Rensen 2-III* 2012/39 en Van Thiel in zijn noot bij de uitspraak genoemd in voetnoot 83.

89 Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Rechtspersonenrecht, deel 2-III*, Overige rechtspersonen, Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen, bewerkt door mr. G.J.C. Rensen, m.m.v. mr. J.M. Blanco Fernández (H5, Kerkgenootschap), Kluwer, Deventer 2012.

90 L.G.H.J. Houwen, boekbespreking: De bijzondere dynamiek van het verenigingen- en stichtingenrecht, *WPNR* 2015/7066, p. 549-553.

*Mr. dr. M. Koelemeijer**

# De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?

**In het ambtelijk voorontwerp van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt een nieuwe, althans gewijzigde wettelijke ontslagregeling geïntroduceerd voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen. Het gaat hier niet over het interne toezicht, waarbij een ontslagbevoegdheid bestaat op grond van de statuten, maar over het externe toezicht, te weten het ingrijpen door de rechter in het bestuur of de raad van toezicht op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of deze voorgestelde regeling een adequaat instrument biedt voor een beter bestuur en toezicht.**

## 1. Inleiding

De voorgenomen herziening van het bestuur en toezicht van verenigingen en stichtingen in Boek 2 BW valt vanuit een streven naar meer uniformiteit in rechtsvorm- en sectoroverstijgende aangelegenheden toe te juichen. Daarnaast is het van belang dat ook voor stichtingen en verenigingen governanceregels die betrekking hebben op de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het bestuur en van het toezichthoudend orgaan, worden opgenomen in Boek 2 BW. Specifiek voor stichtingen, waar een algemene vergadering ontbreekt, staat ten behoeve van 'good governance' buiten kijf dat er een adequaat instrument nodig is om in te kunnen grijpen in het bestuur en toezicht van stichtingen. In de literatuur wordt al langer bepleit dat de huidige ontslagregeling van artikel 2:298 BW niet voldoet.[1] Door de vele misstanden bij stichtingen die in de afgelopen jaren hebben plaatsgevonden, met name in semipublieke sectoren als woningbouw, onderwijs en zorg,[2] is in het voorontwerp Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen ('Voorontwerp') naast de voorstellen om de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van alle in Boek 2 geregelde rechtspersonen te uniformeren en aan te scherpen, ook aandacht besteed aan de procedure op grond van artikel 2:298 BW. Dit ligt ook voor de hand nu deze onderwerpen op elkaar aansluiten. Immers, indien een bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult, is het mogelijk dat hij aansprakelijk wordt gehouden voor de eventueel daaruit voortvloeiende schade. Maar zo'n bestuurder moet ook kunnen worden ontslagen.

Het doel van het nieuwe artikel 2:298 BW is een beter of adequater bestuur en toezicht. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of de voorgestelde nieuwe ontslagregeling hiertoe zal kunnen leiden. In dit verband zal hierna een aantal specifieke valkuilen aan de orde worden gesteld, zoals de vraag wie er belanghebbende is en hoe de regeling zich verhoudt met het enquêterecht en het wettelijk bestuursverbod. Daarenboven zou ik ervoor pleiten dat de wetgever een statutaire regeling inzake belet en ontstentenis zou moeten voorschrijven. In mijn bijdrage ligt de nadruk derhalve op de nieuwe ontslaggrond en de gevolgen daarvan.[3]

In de verschillende reacties op het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is ook al de no-

---

* **Mr. dr. M. Koelemeijer** is advocaat te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. Dit artikel is een uitwerking van een voordracht die de auteur hield op 24 september 2015 tijdens het symposium 'Bestuur en Toezicht Rechtspersonen' georganiseerd door het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht in samenwerking met de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie en de Vereniging van Notarieel Ondernemingsrecht Specialisten.

1. Memorie van toelichting (MvT) Ambtelijk voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 8 en p. 32. Voluit heet het Voorontwerp: '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'.
2. Gewezen kan worden op bijvoorbeeld de incidenten bij Meavita, Orbis en Vestia, Rochdale en Servatius.
3. Geen aandacht zal worden besteed aan de voorgestelde nieuwe bepaling, inhoudende dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken (artikel 2:298 lid 4 BW). Dat is een wenselijke bepaling die een einde maakt aan de rechtsonzekerheid op dit punt. Vgl. ook Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 277, Asser/Rensen 2-*III** 2012/339 en J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid* (diss. Amsterdam VU) 2004, p. 90/91. Zie hierover recentelijk G.J.C. Rensen, 'Ontslag van de verenigingsbestuurder met een dienstbetrekking', *WPNR* 2015, afl. 7086, p. 1020.

dige kritiek gegeven op de voorgestelde regeling.[4] Wel wordt in het algemeen verwacht dat de praktijk met die regeling uit de voeten kan. Van belang is om voor ogen te houden dat een goede governancestructuur en een adequaat bestuur en toezicht van stichtingen voorop dient te staan. Vanuit dit perspectief gaat het er dan mijns inziens niet alleen om of de praktijk en rechters met de ontslagregeling uit de voeten kunnen, maar ook of de regeling, zowel wat betreft inhoud als reikwijdte, aansluit bij het bestaande arsenaal van rechtsmiddelen. Daarvan is mijns inziens nog geen sprake. Afgesloten wordt met een aantal aanbevelingen.

## 2. Enkele bespiegelingen over de huidige ontslagregeling

Het voorstellen van een gewijzigde ontslagregeling veronderstelt dat de huidige ontslagregeling niet voldoet, althans dat deze in de praktijk onvoldoende handvatten biedt voor het ontslag van een bestuurder van een stichting. Het voornaamste bezwaar vanuit de praktijk is dat de ontslaggronden van het huidige artikel 2:298 BW te beperkt worden uitgelegd, zodat onder bepaalde omstandigheden ontslag van een slecht functionerende bestuurder niet mogelijk is, terwijl dit wel geïndiceerd en wenselijk is.[5] Dat kan het geval zijn als sprake is van dusdanig verstoorde verhoudingen in het bestuur dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is en dat komt in de praktijk geregeld voor.[6]

Op basis van de huidige ontslagregeling van artikel 2:298 lid 1 BW kan de rechtbank, op verzoek van het Openbaar Ministerie of iedere belanghebbende, alleen op een viertal in de wet aangeduide gronden, een stichtingsbestuurder ontslaan. Dat is het geval indien de bestuurder: (i) iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of (ii) iets doet of nalaat in strijd met de statuten, dan wel (iii) zich schuldig maakt aan wanbeheer, of (iv) niet behoorlijk voldoet aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank, op grond van artikel 2:297 lid 1 BW gegeven bevel.

In het algemeen kan worden geconstateerd dat de beperkte uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan de ontslaggronden van artikel 2:298 lid 1 sub a BW in de weg staat aan goed toezicht. Handelen in strijd met de wet levert slechts een grond voor ontslag op als op het moment van het plegen van de handeling er redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid mogelijk was.[7] Weliswaar overheerst de opvatting dat het begrip 'wet' niet te beperkt moet worden uitgelegd in die zin dat alleen Boek 2 BW hieronder valt,[8] maar heersende leer is wel dat het handelen evident in strijd moet zijn met de wet. De achtergrond van deze benadering, die thans ook nog geldend is, is de visie van de Hoge Raad dat de wetgever slechts een controle op de rechtmatigheid van het beleid voor ogen heeft gehad en niet een algemene controle op het beleid.

Uit de rechtspraak valt af te leiden dat bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen van de bestuurder rekening moet worden gehouden met de complexiteit van de op de stichting toepasselijke regelgeving en de wijze waarop met die complexiteit is omgegaan. In zo'n situatie is dan een verschil van mening in redelijkheid mogelijk. Illustratief in dit verband is een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch inzake Stichting Islamitische Scholen Helmond en Omgeving,[9] waar het ging om complexe onderwijswetgeving waarmee niet-professionele bestuurders te maken hadden voor wie het bestuur een neventaak vormde. Mijns inziens zou het verschil in positie van zo'n bestuurder overigens geen verschil moeten uitmaken bij de beoordeling van de onrechtmatigheid. Zo'n bestuurder is namelijk ook gehouden om zijn bestuurstaak naar behoren te vervullen.[10]

In de jurisprudentie blijkt ook geregeld dat alle ontslaggronden van artikel 2:298 lid 1 sub a BW tegelijk worden aangevoerd. Echter, ook bij de ontslaggrond iets doen of nalaten in strijd met de bepalingen van de statuten wordt dezelfde maatstaf gehanteerd als voor handelen in strijd met de wet. Feit is dus dat onder de huidige regeling bij een handelen in strijd met de statuten over de onrechtmatigheid geen verschil van mening mogelijk moet zijn. Het komt hier veelal aan op de statutaire doelomschrijving.[11]

Ten aanzien van de ontslaggrond wanbeheer is constante lijn in de rechtspraak dat het begrip 'wanbeheer' nogal beperkt wordt geïnterpreteerd. Volgens de jurisprudentie wordt hieronder alleen financieel wanbeheer begrepen, dus als het gaat om tekortkomingen (falend beleid) ten aanzien van het beheer over het vermogen of van de zorg voor de verkrijging van de inkomsten waarover de stichting kan beschikken.[12] Het verzuim van de stichtingsbestuurder om BTW-aangifte te doen levert bijvoorbeeld financieel wanbeheer op maar van financieel wanbeheer kan ook sprake zijn in het geval dat een bestuurder geen of onvoldoende verantwoording aflegt.

4. Op www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen zijn 32 reacties op het Voorontwerp te vinden. Ik wijs met name op de reacties van H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman namens het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg en W.J.M. van Veen namens het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht, VNO-NCW en MKB-Nederland en van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie.
5. Zie de MvT van het Voorontwerp, p. 7/8.
6. Zie ter illustratie Hof 's-Gravenhage 24 november 2006, *JOR* 2007/64 (*Stichting HogeSnelWeg*) en Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU1862 (*Stichting Schaapstil*).
7. Dit vloeit voort uit HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/222 (*Stichting Vorming Werkende Jeugdigen*), zie tevens A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 23 april 2004, *JOR* 2004/160 (*Stichting Van der Wyck-de Kempenaer*).
8. Vgl. E. Schmieman in zijn annotatie bij Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, *JOR* 2008/69 en Asser/Rensen *2-III** 2012/349.
9. Zie bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, *JOR* 2008/69 en Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*).
10. Rb. Arnhem 23 april 2008, *RO* 2008/54 (*Schuttersgilde*).
11. Zie recentelijk Rb. Amsterdam 8 januari 2015, *JOR* 2015/195, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Castle Capital*).
12. HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/222 (*Stichting Vorming Werkende Jeugdigen*).

Het onderscheid tussen de verschillende ontslaggronden is niet altijd duidelijk. Vaak betekent wanbeheer dat in strijd met de statuten is gehandeld en omgekeerd. Met Dijk/Van der Ploeg meen ik dat het handelen in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen in beginsel een ontslaggrond zouden moeten vormen nu deze bepalingen zijn gericht op het beschermen van de stichting tegen het handelen van haar bestuurders.[13] Onbehoorlijk bestuur valt echter niet onder wanbeheer. Sommige rechters gaan heel creatief om met de huidige ontslaggronden. Immers, wat blijft is dat de rechter uiteindelijk een afweging dient te maken van de feiten en omstandigheden van het geval om te kunnen beoordelen of een ontslag gerechtvaardigd is. In de zaak *Stichting IHD*[14] sprak het hof over 'gevaar voor wanbestuur en/of financieel wanbeheer'. In de zaak *Stichting Winterberging Pleziervaartuigen*[15] werd door het hof gesproken over 'nalatigheid' en 'tekortkoming'. Hieruit kan worden afgeleid dat ook een eenmalig handelen of nalaten wanbeheer kan opleveren wanneer dit ernstige gevolgen heeft. De vraag naar de reikwijdte van het begrip 'wanbeheer' blijft echter ter discussie staan.

## 3. De nieuwe ontslagregeling

De voorgestelde regeling van artikel 2:298 BW beoogt af te rekenen met de onduidelijkheid van de huidige ontslaggronden. Een nieuwe wettelijke ontslaggrond wordt gecreëerd die in artikel 2:298 lid 1 sub a BW in de plaats komt van de huidige ontslaggronden. En deze ontslagregeling van artikel 2:298 BW wordt eveneens van toepassing verklaard op de leden van het toezichthoudend orgaan (artikel 2:298 lid 5 BW). De huidige wetgeving voorziet niet in dit rechterlijk toezicht op toezichthouders en het gemis daarvan is ongewenst, niet alleen vanuit governanceperspectief, maar ook vanuit maatschappelijk oogpunt.

Volgens de ontwerptekst is ontslag van een bestuurder steeds mogelijk indien de bestuurder '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'. Dit lijkt een geschikt criterium voor toepassing van de ontslagregeling en wel om de volgende redenen. Allereerst past dit bij de wettelijke norm die al voor bestuurders en toezichthouders van de N.V. en B.V. geldt, namelijk dat bestuurders en toezichthouders gehouden zijn tot een behoorlijke vervulling van hun taak en zich daarbij dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Dit bevreemdt ook niet nu in de literatuur en jurisprudentie reeds wordt aangenomen dat bestuurders en toezichthouders van stichtingen zich eveneens naar die norm dienen te richten.[16] Voorts spreekt deze ontslaggrond aan omdat aangesloten wordt bij de norm van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW die geldt binnen elke rechtspersonenrechtelijke organisatie. Ten slotte is sprake van een ruimere ontslaggrond dan de huidige ontslaggronden en dat kan worden toegejuicht. Toch is het de vraag of deze ontslagregeling effectiever zal zijn dan de huidige ontslagregeling.

Ook onder de nieuwe regeling geldt dat als een belanghebbende verzoekt om het ontslag van een bestuurder, dat de rechter dan weliswaar ruimte heeft om het bestuurlijk functioneren te toetsen, maar altijd binnen de kaders van een verzoekschriftprocedure. Dat betekent dat een rechter niet bevoegd is om daarenboven falende toezichthouders te ontslaan, terwijl dit wel geïndiceerd kan zijn.[17] Daarnaast kan met betrekking tot de nieuwe regeling nog een aantal specifieke valkuilen worden gesignaleerd.

## 4. Hoe zit het met de belanghebbende?

In het nieuwe artikel 2:298 BW is, evenals in de huidige regeling, een belangrijke rol weggelegd voor belanghebbenden nu zij degenen zijn die, naast het Openbaar Ministerie, een ontslagverzoek kunnen indienen. De vraag wie als belanghebbende daadwerkelijk van dit middel gebruik zal kunnen maken, blijft actueel nu in de praktijk blijkt dat het Openbaar Ministerie nauwelijks gebruikmaakt van deze regeling.[18] Hiervoor is echter nauwelijks aandacht in de literatuur.

De vraag wie als belanghebbende kan worden beschouwd, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord en wordt in de wet ook niet nader aangegeven. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is uitgangspunt dat uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen moet worden afgeleid of iemand belanghebbende is. Bij beantwoording van die vraag speelt een rol (i) in hoeverre die (rechts)persoon door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of (ii) in hoeverre deze op een andere wijze zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.[19]

Bij toepassing van deze zogenoemde tweekringenleer heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij het enquêterecht. Hieruit lijkt te volgen dat de mogelijkheid om gebruik te maken van dit vennootschapsrechtelijk middel van toezicht, want hiertoe strekt artikel 2:298 BW, vooral is voorbehouden aan (rechts)personen binnen de organisatie van de stichting of die tot voor kort tot de organisa-

13. Vgl. Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 275.
14. HR 10 november 2006, *JOR* 2007/6, m.nt. Schmieman.
15. Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2005, *JOR* 2006/145, m.nt. Schmieman.
16. Vgl. Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 192, 255 en 264, Asser/Rensen 2-*III** 2012/127, 30. Vgl. tevens Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126 (*Stichting Servatius*); Hof Arnhem 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0919, *JONDR* 2013/778 (*Vestia*) en Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4036 (*Stichting ATAL*).
17. Zie eveneens de reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht, www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen.
18. Het Hof 's-Gravenhage in zijn arrest van 28 juni 2005 (*Stichting IHD-Zorg in het Buitenland*) geeft als reden hiervoor dat het Openbaar Ministerie voor dit soort kwesties nauwelijks capaciteit heeft.
19. Vgl. HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992/149, m.nt. Maeijer; HR 6 juni 1993, *NJ* 2003/486, m.nt. Maeijer en HR 10 november 2006, *JOR* 2007/6, m.nt. Schmieman (*Stichting IHD-Zorg in het Buitenland*) en HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 (*Scheipar*).

tie behoorden, zoals de stichting zelf, een lid van een van de organen van de stichting[20] of een voormalig bestuurder. Deze kan – analoog aan het enquêterecht – worden aangemerkt als een belanghebbende in het geval de feiten op basis waarvan een beroep op artikel 2:298 BW kan worden toegewezen zijn voorgevallen tijdens zijn bestuurdersperiode en het verzoek binnen redelijke termijn na het einde van zijn bestuursfunctie is ingediend.[21] Toch biedt de rechtspraak geen consistent beeld als het 'buitenstaanders' betreft. In een recente uitspraak van het Hof Amsterdam zijn de curatoren van een voormalige certificaat- en aandeelhouder als belanghebbende aangemerkt in de zin van artikel 2:298 lid 1 BW.[22] De reden hiervoor was onder meer dat door de curatoren de transacties waarbij de aandelen en certificaten waren overgedragen nog op rechtmatigheid werden onderzocht. Als het de staat of een gemeente betreft die een stichting vrijwel geheel financiert, wordt deze in de jurisprudentie veelal als belanghebbende aangemerkt.[23]

Nagedacht zou moeten worden over de gevolgen van de nieuwe ontslagregeling voor de positie van de belanghebbende. Ook onder de voorgestelde regeling dient de verzoeker een redelijk belang te hebben. Vaststaat dat de ontslagprocedure van artikel 2:298 BW gericht is op bescherming van de belangen van de stichting. De vraag dringt zich dan op of het schaden van het belang van de stichting een belang is van de verzoeker. De grond voor ontslag is namelijk in het voorstel gelegen in het schade veroorzaken aan het belang van de stichting en, indien van toepassing, haar organisatie, derhalve niet het belang van de verzoeker. Voor medebestuurders, -toezichthouders of de stichting zelf is het voorstelbaar dat zij in staat zijn om te stellen en te bewijzen dat zij een (eigen) belang hebben om in de procedure te verschijnen. Immers, zij zijn primair degenen die krachtens de wet en de statuten rechten kunnen doen gelden in (organen van) de stichting en hebben rechtstreekse betrokkenheid. De betrokkenheid van buitenstaanders, bijvoorbeeld financiers die een verbintenisrechtelijke relatie hebben met de stichting is een andere, een zwakkere. Zij kunnen in het algemeen niet hun eigen belang of inbreuk op het algemeen belang aanvoeren als grond voor het ontslag van de bestuurder. Daarenboven is het bestuur van de stichting in het algemeen niet gehouden om het algemene, publieke belang te behartigen.

Wellicht zou dit anders kunnen zijn bij maatschappelijk relevante stichtingen in de semipublieke sector, waarbij het belang van de stichting duidelijk wordt geraakt en bepaald door het algemeen belang. Zo geldt als algemeen uitgangspunt voor een zorgorganisatie dat haar positie als maatschappelijke onderneming vooropgesteld dient te worden,[24] omdat zij grotendeels beschikt over middelen die door wetgeving zijn bestemd voor het doel waarvoor zij zijn opgericht.[25] Het bestuur en het toezichthoudend orgaan dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming[26] en daartoe alle in aanmerking komende belangen van belanghebbenden af te wegen. Een verzoeker zou dan kunnen aanvoeren dat een bestuurder of toezichthouder het maatschappelijk belang, dat onderdeel uitmaakt van het belang van de stichting, heeft geschaad.

Met andere woorden, betoogd zou kunnen worden dat de kringenleer ruimer zou moeten worden toegepast bij maatschappelijke stichtingen dan bij stichtingen waarin geen maatschappelijke activiteiten worden ontplooid. Voorts zou kunnen worden betoogd dat dit geen probleem oplevert nu bij de maatschappelijke stichtingen (tevens zijnde commerciële stichtingen in de zin van artikel 2:300a BW) ook het enquêterecht in beeld komt. Het enquêterecht is van toepassing op stichtingen die een onderneming in stand houden en waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld, ongeacht de sector waarin zij actief zijn (artikel 2:344 sub b BW). Echter, deze rechtsingang staat beperkt open, namelijk alleen voor de stichting, de vakbonden, de advocaat-generaal bij het Hof Amsterdam om redenen van openbaar belang en degene(n) aan wie daartoe bij de statuten of overeenkomst de bevoegdheid is toegekend.

Toch wordt deze beperkte toegang tot het enquêterecht hersteld in bepaalde specifieke sectorale wetgeving waardoor de kring van mogelijke verzoekers is uitgebreid tot vertegenwoordigingen van belanghebbenden. Zo wordt bij zorginstellingen het recht van enquête toegekend aan de cliëntenraad en bij pensioenfondsen komt de bevoegdheid om een enquêteverzoek te doen toe aan het verantwoordingsorgaan.[27] Bij woningcorporaties wordt in het wetsvoorstel Herzieningswet voorgesteld dat de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een enquêteverzoek kan indienen.[28] Na vaststelling van wanbeleid door de Ondernemingskamer kunnen bestuurders en toezichthouders bij wege van een definitieve voorziening worden ontslagen. Onder ogen moet dus worden gezien dat vooral bij dit soort maatschappe-

20. Zie Rb. Arnhem 29 januari 1973, *NJ* 1973/276 en Hof Leeuwarden 1 oktober 2003, *JOR* 2003/229 (*Stichting Van der Wijck-de Kempenaer*).
21. Asser/Rensen *2-III** 2012/351.
22. Hof Amsterdam 21 juli 2015, *RI* 2015/105.
23. Zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 27 april 2005, *JOR* 2005/ 172; Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, *JOR* 2008/172, m.nt. Schmieman en Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 280. Zie tevens uitgebreid C.H.C. Overes, in: *Met recht betrokken*, 2012, p. 245-260.
24. Zie artikel 2.1 lid 1 Zorgbrede Governancecode.
25. Zo werd voor de toepassing van artikel 2:299 BW de Gemeente Gorinchem als belanghebbende aangemerkt vanwege haar betrokkenheid bij de activiteiten van de stichting doordat deze door de gemeente werd gesubsidieerd en het feit dat de gemeente zich het belang van de stichting aantrok omdat haar activiteiten het welzijn van de inwoners van de gemeente bevorderen. Zie Rb. Dordrecht 27 april 2005, *JOR* 2005/172.
26. Met maatschappelijk doelt men doorgaans op dienstverlening of een activiteit die voor de samenleving als geheel wenselijk is. Zie S. Laseur-Eelman & M.F. Nolen, 'Maatschappelijke ondernemingen', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 433.
27. Vgl. in dit verband C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013, afl. 6996.
28. Artikel 39 van het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting.

lijke stichtingen er sprake is van een overlapping van ontslagprocedures.

## 5. Over de verhouding met het enquêterecht

Een van de doelstellingen van het Voorontwerp en in dit kader van artikel 2:298 BW is om de kwaliteit van het externe toezicht op bestuurders en toezichthouders in stichtingen te verbeteren. Om dat doel zo veel mogelijk te benaderen moet mijns inziens het streven zijn om een overlapping met andere procedures die ontslag van een bestuurder en toezichthouder mogelijk maken, te voorkomen, althans een zekere afbakening te bewerkstelligen. Argument daarvoor is gelegen in de rechtszekerheid, zodat vastgesteld kan worden waaruit de kring van mogelijke verzoekers voor het ontslag van de bestuurder of toezichthouder bestaat. Daarnaast berust het externe toezicht in het enquêterecht op het criterium wanbeleid en dat is een andere grondslag dan de ontslaggrond zoals voorgesteld in het Voorontwerp. Het is nog niet duidelijk of 'strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap' tot een hogere of lagere inhoudelijke maatstaf leidt dan 'het zodanig schaden of geschaad hebben van het belang dat het voortduren van het lidmaatschap in redelijkheid niet kan worden geduld'.

In dit verband is overigens ook niet geheel duidelijk wat precies de beoogde verruiming is van de ontslaggrond in het Voorontwerp. Volgens de toelichting op de ontwerptekst is uitgangspunt dat telkens sprake moet zijn van een handelen of nalaten van een bestuurder (of toezichthouder) dat voor de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig nadelige gevolgen heeft dat zij daardoor ernstige schade lijdt.[29] Uit de tekst van de ontwerpregeling, waarbij evident is aangehaakt bij de geschillenregeling van artikel 2:336 lid 1 BW, volgt echter niet dat het om ernstige schade moet gaan. Het belang van de stichting kan onduldbaar worden geschaad door het gedrag van een bestuurder zonder dat de stichting vermogensrechtelijke schade lijdt. Zo zou, naar analogie van de uitspraak van de HR over de geschillenregeling inzake *Van den Berg*,[30] geredeneerd kunnen worden dat als er sprake is van een permanente conflictsituatie in de stichting, dit zozeer in strijd kan komen met het algemeen belang dat ontslag van de bestuurder noodzakelijk is. In dit verband kan reeds gewezen worden op de uitspraken van de rechtbank en het hof inzake *Stichting Winterberging Pleziervaartuigen*.[31] In deze zaak waren de verhoudingen tussen de drie bestuurders (twee gewezen echtelieden en hun zoon, die het kamp van de vader koos) dermate verstoord dat samenwerking niet meer mogelijk was. Zowel de rechtbank als het hof constateerden dat de continuïteit van de stichting in gevaar was en kenden een doorslaggevende betekenis toe aan het belang van de stichting.

Men kan zich ook afvragen of het nodig en wenselijk is om allerlei procedures naast elkaar open te stellen voor zover het ontslag van bestuurders en toezichthouders betreft. Temeer nu in de jurisprudentie een ware 'verenquêtisering' van het stichtingenrecht aan de gang is.[32] Steeds vaker wordt het enquêterecht analoog toegepast op het stichtingenrecht. Illustratief is de analoge toepassing van het enquêterecht voor wat betreft de uitvoerbaarbij-voorraadverklaring van het ontslag van de stichtingsbestuurder.[33]

Daarnaast biedt de huidige regeling van artikel 2:289 lid 2 BW – welke bepaling wordt gehandhaafd in het Voorontwerp – de mogelijkheid om tot een zogenoemde mini- of quasi-enquête te komen. Deze mogelijkheid geldt voor elke verschijningsvorm van de stichting. De rechtbank kan op verzoek van een belanghebbende die om ontslag verzoekt hangende het onderzoek voorlopige voorzieningen treffen, zoals de benoeming van een tijdelijke bestuurder die kan worden belast met een onderzoek naar de ontslaggronden. De Hoge Raad heeft zich in 2010 in de zaak *A. Fuldauerstichting*[34] uitgesproken over de taken en bevoegdheden van een op de voet van artikel 2:298 lid 2 BW benoemde tijdelijke bestuurder van een stichting en heeft uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij de regeling van voorlopige voorzieningen in het enquêterecht.[35] De Hoge Raad heeft een aantal uitgangspunten geformuleerd voor taken en bevoegdheden van een tijdelijke bestuurder die ook onverkort van toepassing zijn op de door de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:349a BW benoemde functionarissen.[36]

In de literatuur wordt dan ook terecht de vraag opgeworpen of de regeling van artikel 2:298 BW, althans artikel 2:298 lid 2 BW niet beter in het enquêterecht kan worden ondergebracht.[37] Ik acht verdedigbaar dat de basisregeling van het enquêterecht om wanbeleid aan te pakken ook op gewone stichtingen van toepassing zou moeten worden

29. MvT Ambtelijk Voorontwerp, p. 33.
30. Zie HR 8 december 1993, *NJ* 1994/273 (*Van den Berg*).
31. Rb. Maastricht 5 oktober 2004, *JOR* 2005/25 en Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2005, *JOR* 2006/145.
32. Gesignaleerd door J.M. Blanco Fernández in zijn noot onder *JOR* 2015/195.
33. HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45. Zie ook E. Schmieman, 'De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen', *TvOB* 2008, afl. 2, p. 48.
34. HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*A. Fuldauerstichting*).
35. A-G Timmerman heeft in zijn conclusie bij deze uitspraak erop gewezen dat aansluiting bij het enquêterecht kan worden gezocht aangezien uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 2:298 BW volgt dat dit artikel tot hetzelfde doel zou moeten leiden als de regeling van het enquêterecht.
36. Zie hierover uitgebreid M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014/382.
37. Zie hierover L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014, afl. 4, p. 146-147 en H. Koster, 'Overpeinzingen over wanbeheer, onderzoek en voorlopige voorzieningen bij stichtingen (art. 2:298 BW)', *TvOB* 2014, afl. 6, p. 192-197. Anders H.E. Boschma e.a., 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 159 e.v. Zij vragen zich juist af of met de voorgestelde verruiming van de ontslaggrond artikel 2:298 BW niet voor iedere belanghebbende mogelijkheden biedt om de rechter te verzoeken een ernstig disfunctionerende toezichthouder te ontslaan.

verklaard.[38] Ontslag van bestuurders en benoeming van tijdelijke bestuurders is onlosmakelijk verbonden met het voeren van beleid in een organisatie, ongeacht of er nu een onderneming in stand wordt gehouden of niet. Daarenboven zou toepasselijkheid van het enquêterecht duidelijkheid en uniformiteit meebrengen voor alle stichtingen. Wel zal dan nadere bestudering moeten plaatsvinden over de kring van mogelijke verzoekers. Wellicht kan voor stichtingen een aparte categorie van enquêtegerechtigden worden opgenomen.

## 6. Verhouding met het civielrechtelijke bestuursverbod

Indien een bestuurder door de rechtbank wordt ontslagen, kan hij op grond van het bepaalde in artikel 2:298 lid 3 BW gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting worden. Opvallend is dat in het Voorontwerp geen aandacht is besteed aan deze regeling, behalve dan dat dit verbod van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op leden van het toezichthoudend orgaan. In het licht van de nieuwe regeling is dit mijns inziens nogal een ingrijpende sanctie. Immers, op grond van de nieuwe regeling zou reeds een enkele gedraging of omissie van een stichtingsbestuurder of toezichthouder al kunnen leiden tot de conclusie dat het voortduren van zijn bestuurderschap niet langer kan worden geduld. Het gevolg daarvan is dat deze bestuurder of toezichthouder geconfronteerd kan worden met een bestuursverbod voor een periode van vijf jaar.

De verruiming van de ontslaggrond impliceert mijns inziens dat het bestuursverbod in feite ook wordt verruimd en het is de vraag of dit wel gerechtvaardigd is. Deze verruiming strookt in ieder geval niet met het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod. Dit verbod, dat van toepassing is op alle rechtspersonen, ziet alleen op gevallen van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling of wanbestuur in faillissementsgerelateerde situaties.[39] Daarenboven kan alleen de curator of het Openbaar Ministerie verzoeken om een dergelijk verbod.[40] Voor bestuurders en commissarissen van andere rechtspersonen dan stichtingen geldt een bestuursverbod buiten faillissementssituaties dus niet. In dit verband kan men mij tegenwerpen dat het doel van het civielrechtelijk bestuursverbod een andere is, te weten het bestrijden van faillissementsfraude en te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten.[41] Daarnaast geldt dat het civielrechtelijk bestuursverbod ruimer is dan het wettelijk bestuursverbod bij stichtingen omdat dit laatste verbod is beperkt tot stichtingen en bij het civielrechtelijk bestuursverbod iemand bij geen enkele rechtspersoon meer kan functioneren als (on)middellijk bestuurder of commissaris. Echter, daar staat tegenover dat de gronden voor oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod limitatief zijn (artikel 106a Fw). Het verbod kan alleen worden opgelegd aan een bestuurder of een gewezen bestuurder die tijdens of in de drie jaar voorafgaand aan het faillissement:

*a.* aansprakelijk is wegens handelen of nalaten bij die rechtspersoon op grond van artikel 2:138/248 BW en dit in rechte onherroepelijk is komen vast te staan;
*b.* zich schuldig heeft gemaakt aan paulianeus handelen waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en dit in rechte onherroepelijk is komen vast te staan;
*c.* jegens de curator in ernstige mate tekort is geschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen die op grond van de Faillissementswet gelden;
*d.* ten minste twee keer betrokken was bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft; of
*e.* een boete heeft gekregen wegens bepaalde fiscale delicten en deze boete onherroepelijk is.

Hieruit volgt dat voor de wetgever het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod 'een uitzonderlijke sanctie voor uitzonderlijke situaties' is.[42] Een rechtvaardiging voor een onderscheid met de regeling van artikel 2:298 lid 3 BW, dat in tegenstelling tot het civielrechtelijke bestuursverbod geen enkele waarborg biedt, zie ik niet. Weliswaar kan worden betoogd dat het bestuursverbod van artikel 2:298 lid 3 BW in de praktijk zelden wordt toegepast,[43] maar feit blijft dat de regeling er wel is. Een dergelijk onderscheid draagt ook niet bij tot de verwezenlijking van het doel van het Voorontwerp, te weten uniformering van de normstelling voor de taakvervulling door bestuurders en toezichthouders en verbetering van de kwaliteit van het toezicht.

Een andere kwestie die zich in dit verband opdringt, is of überhaupt het bestuursverbod in het stichtingenrecht wel gerechtvaardigd en noodzakelijk is bij alle verschijningsvormen van de stichting. Misbruik van niet-commerciële rechtspersonen komt niet veel voor en als dat wel het geval is komt al snel een onrechtmatigedaadactie in beeld. Daarenboven oefenen veel bestuurders van deze stichtingen hun functie niet beroepshalve uit. Kortom, ik zou voor wat betreft bestuurders en toezichthouders van stichtingen een voorstander zijn van een inperking van het wettelijk bestuursverbod. Ook heeft het mijn voorkeur om, in de plaats van het bestuursverbod voor niet-commerciële rechtspersonen, de toegang tot het enquêterecht mogelijk te maken, omdat het van belang is

38. Vgl. T.J. van der Ploeg, *De Stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag 2011, p. 90 en W.J.M. van Veen, 'Toezicht op rechtspersonen, in het bijzonder stichtingen', *WPNR* 2005, afl. 6633.
39. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3 (MvT Wijziging van de faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod)).
40. Kritische geluiden hierover onder meer van F. Keijzer, 'Het Voorontwerp civielrechtelijk bestuursverbod: onvoldoende doordachte daadkracht?', *Ondernemingsrecht* 2013/115; P. van der Korst, 'Bestuursverbod: fraudebestrijding of oneigenlijk drukmiddel', *FTV* 2014/18, afl. 4 en H. Koster, 'Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: slagvaardig rechtsinstrument of dode letter?', *TvOB* 2015, afl. 3, p. 98 e.v.
41. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 1 (MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod).
42. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 3 (MvT Wet civielrechtelijk bestuursverbod). Zie tevens H. Koster, 'Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: slagvaardig rechtsinstrument of dode letter?', *TvOB* 2015, afl. 3, p. 98 e.v.
43. Zie D.R. Doorenbos, *Ondernemingsrecht* 2008/124, p. 422.

om wanbeleid aan te pakken en deze procedure kan een goede aanzet vormen om te komen tot aansprakelijkheid van een bestuurder.

## 7. Belet en ontstentenis

Naast het voorgaande, zie ik met andere auteurs[44] het ontbreken van een wettelijke regeling inzake belet en ontstentenis van stichtingsbestuurders als een lacune. Naar haar aard is een stichting kwetsbaar voor het ontstaan van een situatie waarin zij geen bestuurders (of toezichthouders) meer heeft. Door de ruimere ontslaggrond van het voorgestelde artikel 2:298 BW is de kans dat een stichting zonder bestuur of raad van toezicht komt te zitten groter geworden. Boek 2 BW stelt namelijk geen eisen aan het aantal leden dat het bestuur of de raad van toezicht moet hebben. Eenhoofdig bestuur komt in de praktijk geregeld voor, bijvoorbeeld in woningstichtingen. Dat is begrijpelijk nu het aanstellen van meerdere beroepsbestuurders de draagkracht van met name kleinere instellingen veelal te boven gaat, maar een eenhoofdig bestuur is niet bevorderlijk voor de checks-and-balances. Het is statutair mogelijk om een voorziening te treffen door plaatsvervangers aan te wijzen die alleen dan als bestuurder functioneren in het geval de bestuurder die zij moeten vervangen niet in staat is zijn functie uit te oefenen, maar een verplichting hiertoe naar analogie van de voor de N.V. en B.V. geldende regeling van artikel 2:134/244 lid 4 BW ontbreekt. Dat is opvallend, nu juist een verplicht statutair vangnet bijdraagt aan goed bestuur en toezicht. Indien er geen bestuur is, heeft dit niet alleen tot gevolg dat een impasse ontstaat in de stichting, maar bovendien kan een mogelijke consequentie daarvan ontbinding van de stichting zijn (artikel 2:19a BW). Kortom, op grond van het voorgaande zou ik menen dat er reden en behoefte is om een verplichte statutaire regeling inzake belet en ontstentenis van bestuurders op te nemen in het stichtingenrecht en ik meen dat deze regeling ook van toepassing zou moeten zijn voor de leden van het toezichthoudend orgaan. In sommige sectorale regelgeving is dit al als zodanig geregeld. Te wijzen valt op artikel 30 lid 11 van de nieuwe Woningwet dat woningcorporaties verplicht tot een statutaire belet- en ontstentenisregeling voor bestuurders en toezichthouders.

Een ontstentenisregeling voorkomt mijns inziens ook dat toevlucht moet worden gezocht bij de procedure van artikel 2:299 BW, waarin belanghebbenden en het OM de rechtbank kunnen verzoeken om benoeming van bestuurders in de situatie waarin het door de statuten voorgeschreven bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten wordt voorzien. Toegang tot deze regeling bestaat wederom alleen voor belanghebbenden. Voor de invulling van het begrip 'belanghebbende' zal hetzelfde hebben te gelden als voor de procedure op grond van artikel 2:298 BW.[45] Daarenboven voorziet de regeling niet in een benoeming van bestuurders in alle situaties[46] en is deze overigens ook niet van toepassing op het toezichthoudend orgaan. Dit bevreemdt gelet op de uitbreiding van de ontslagmogelijkheid van artikel 2:298 BW voor toezichthouders.[47]

Weliswaar heeft de rechtbank in het kader van de ontslagprocedure ex artikel 2:298 BW de mogelijkheid om voorlopige voorzieningen te treffen in de vorm van benoeming van een tijdelijke bestuurder, maar deze bevoegdheid van de rechtbank is slechts hangende het onderzoek[48] en is dus uitdrukkelijk gekoppeld aan de ontslagprocedure. Daarbij komt dat een tijdelijk bestuurder, zo heeft de Hoge Raad[49] beslist, van zijn bevoegdheden in zoverre terughoudend gebruik dient te maken dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijk bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor het bestuur van de stichting. Als een tijdelijke bestuurder besluiten neemt die verder gaan dan zijn taak als tijdelijk bestuurder, dan zijn deze besluiten nietig. Een verplichte statutaire belet- en ontstentenisregeling lijkt dan ook gewenst.

## 8. Tot slot

De doelstelling van het Voorontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen is om een wezenlijke bijdrage te leveren aan de verbetering en kwaliteit van bestuur en toezicht bij onder meer stichtingen. Of de voorgestelde ontslagregeling hiertoe zal bijdragen, valt zeer te betwijfelen. Voorop staat dat vanwege het ontbreken van een dualistische structuur binnen de stichting het gewenst is dat niet alleen een bestuurder maar ook een toezichthouder kan worden ontslagen door de rechtbank. De regeling bevat echter wel lacunes en behoeft verbetering. Daarbij moeten wat betreft de ontslagregeling de volgende aandachtspunten in ogenschouw worden genomen.

*Enquêterecht*

Weliswaar wordt met het Voorontwerp een uniformeringsslag gemaakt voor alle rechtspersonen, maar deze schiet nog tekort. De stichting blijft een vreemde eend in de bijt. Hoewel in het stichtingenrecht steeds vaker wordt aangehaakt bij het enquêterecht, komt het bij niet-commerciële stichtingen enkel aan op de specifieke ontslagregeling, waarbij het draait om de vraag of men tot de kring van belanghebbenden behoort en de rechtbank zal alleen dan overgaan tot uitoefening van het toezicht als een be-

44. Vgl. G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015, afl. 7072 en H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, Reactie op het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.
45. Zie in dit verband A-G Timmerman in zijn conclusie sub 3.4 bij HR 10 november 2006, *JOR* 2007/6 (*Stichting IHD*).
46. Bijvoorbeeld niet indien het bestuur voltallig is, maar de verdeling van de bevoegdheden niet strookt met de statuten, HR 7 september 2012, *JOR* 2012/536 (*Stichting Parkeerverwijssysteem Den Haag*). Zie tevens hierover G.J.C. Rensen, *Ondernemingsrecht* 2013/46.
47. Zie over de ontstentenisregeling D.O. Ohmann, 'Verzoek tot aanvulling bestuur stichting: HR 7 september 2012 en de stand van zaken', *JBN* 2012, afl. 12, p. 10-13.
48. Zie ook Rb. Rotterdam 24 juli 2013, *JOR* 2013/271, m.nt. J.M. Blanco Fernández (*Stichting Beheer Mayflower*).
49. Zie onder meer HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem*), Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, *JOR* 2014/35 (*Jeemer en Meromi*) en Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*). Vgl. tevens uitgebreid M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014/382, afl. 5.

stuurder 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. Het lijkt verdedigbaar, zoals eerder opgemerkt, dat nu in verschillende sectorale regelgeving wel toegang tot de Ondernemingskamer is of wordt gecreëerd. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid aan te bevelen is om het enquêterecht van toepassing te verklaren op elke stichting, in welke verschijningsvorm dan ook. In ieder geval is dit een aandachtspunt dat nader verkend dient te worden.

*Belet- en ontstentenisregeling*
Opvallend is voorts dat, in de situatie van belet of ontstentenis van een bestuurder of toezichthouder van een stichting buiten het kader van de ontslagprocedure van artikel 2:298 BW, er geen enkel vangnet is. Daarenboven ontbreekt een analoge toepassing van artikel 2:299 BW op een toezichthoudend orgaan van een stichting. Niet valt in te zien waarom voor stichtingen, anders dan voor de N.V. en B.V., geen wettelijk voorschrift voor een statutaire belet- en ontstentenisregeling zou moeten worden ingevoerd.

*Bestuursverbod*
Het wettelijk bestuursverbod zoals geregeld in artikel 2:298 lid 3 BW moet op de agenda. De voorgestelde uitbreiding van de ontslaggrond impliceert een ruimere reikwijdte van het bestuursverbod. Dit is ongewenst en doorkruist het civielrechtelijk bestuursverbod dat slechts van toepassing is in uitzonderlijke faillissementsgerelateerde situaties.
Concluderend meen ik dat de voorgestelde ontslagregeling in het Voorontwerp en de implicaties daarvan niet voldoende zijn afgestemd op de reeds bestaande en in ontwikkeling zijnde regelingen, waaronder het civielrechtelijk bestuursverbod. De verschillen leiden enkel tot onduidelijkheid en komen de rechtszekerheid niet ten goede.

*Mr. C.H.C. Overes*[1]



# Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!

*Ondernemingsrecht* 2015/103

**Deze bijdrage gaat in op ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie ten aanzien van de aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders. Het aantal aansprakelijkheidsprocedures tegen stichtingsbestuurders is het laatste decennium flink toegenomen zo blijkt uit de jurisprudentie van vooral lagere rechters. In veel gevallen gaat het om bestuurders van semipublieke instellingen die al dan niet op aandringen van de overheid door de stichting aansprakelijk worden gesteld voor de schade wegens onbehoorlijke taakvervulling. Door misstanden bij semipublieke instellingen worden voorstellen gedaan om de aansprakelijkheid van de stichtingsbestuurders (en toezichthouders) aan te scherpen. Het Voorontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen voorziet in een uniforme regeling van de aansprakelijkheid van bestuurders (en toezichthouders) voor alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen. De voorstellen lijken vooral gericht op grote professioneel georganiseerde stichtingen in de semipublieke sector. In de voorstellen wordt ten onrechte de indruk gewekt dat bestuurders van deze stichtingen een bijzondere verantwoordelijkheid dragen voor het behartigen van publieke belangen. De stichting is een flexibele rechtsvorm die zich leent voor de verwezenlijking van uiteenlopende doelstellingen. Niet alle stichtingen kennen een professionele organisatie. In veel stichtingen zijn bestuurders actief die hun werkzaamheden op vrijwillige basis verrichten. Hoewel een onbezoldigde taakvervulling een rol kan spelen in de beoordeling van een disculpatieverweer of reden kan zijn de verplichting tot schadevergoeding te matigen is dit geen (vaste) regel. De uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid tot alle verenigingen en stichtingen zoals voorgesteld in het Voorontwerp is onwenselijk. Voor een verzwaring van de aansprakelijkheid van bestuurders van niet-commerciële rechtspersonen bestaat geen enkele noodzaak. Een te strenge norm voor aansprakelijkheid van bestuurders kan tot gevolg hebben dat burgers niet langer bereid zijn om zitting te nemen in een stichtingsbestuur.**

## 1. Inleiding

Door misstanden bij met name stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector (woningcorporaties, zorg- en onderwijsinstellingen) staat de aansprakelijkheid van falende bestuurders en ook toezichthouders van stichtingen hoog op de politieke agenda[2] en worden er voorstellen gedaan om de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders aan te scherpen.[3] De voorstellen lijken vooral gericht op grote professioneel georganiseerde stichtingen in de semipublieke sector. Ten aanzien van bestuurders van deze stichtingen kan men zich afvragen of een strengere norm gerechtvaardigd is gezien het feit dat zij zich bezighouden met publieke belangenbehartiging in een sector waarin veel publiek geld omgaat.[4] De stichting is echter een rechtsvorm die op zeer diverse gebieden actief is en die zich leent voor de verwezenlijking van uiteenlopende doelstellingen. Niet alle stichtingen kennen bovendien een professionele organisatie. In veel stichtingen zijn bestuurders actief die hun werkzaamheden op vrijwillige basis verrichten. Een te strenge norm voor aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders kan tot gevolg hebben dat burgers niet langer bereid zijn om zitting te nemen in een stichtingsbestuur.[5]

In mijn bijdrage geef ik – op verzoek van de redactie – een overzicht van de aansprakelijkheidspositie van stichtingsbestuurders[6] en ga ik in op ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie.

## 2. Uitgangspunten bij aansprakelijkheid

Voor wat betreft de grondslagen voor de aansprakelijkstelling verschilt de positie van stichtingsbestuurders niet met die van bestuurders van NV's en BV's. Bestuurders van stichtingen zijn op dezelfde voet als bestuurders van NV's en BV's jegens de rechtspersoon aansprakelijk voor onbehoorlijk bestuur (art. 2:9 BW). Naast aansprakelijkheid jegens de stichting kan een bestuurder aansprakelijk zijn jegens een derde indien de bestuurder jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. Daarnaast geldt de faillissementsaansprakelijk-

1 Helen Overes is universitair hoofddocent vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

2 *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, nr. 31 (Brief Minister van Veiligheid en Justitie over de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren). Naar aanleiding van politieke debatten in de Tweede Kamer is onderzoek gedaan naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders (R.J.J. Eshuis e.a., *Het aansprakelijk stellen van bestuurders*, Den Haag: WODC 2011) en is o.a. de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren (o.v.v. F. Halsema) ingesteld (*Stcrt.* 2013, nr. 13277).

3 Zie het Voorontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

4 *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken II* 2013/14, 32012, nr. 15, p. 5, brief van 19 september 2013 (goed bestuur in de zorg n.a.v. motie Gerbrands *Kamerstukken II* 2011/12, 31016, nr. 27).

5 Zie over de aansprakelijkheid van onbezoldigde bestuurders A.G.H. Klaassen, Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen? *Ondernemingsrecht* 2010/128.

6 In deze bijdrage ga ik in op de aansprakelijkheid van de stichtingsbestuurder voor handelingen die hij in het kader van zijn taakvervulling als bestuurder van de stichting verricht en ga niet in op de discussies n.a.v. HR 23 november 2012, *NJ* 2013/302 (*Spaanse Villa*) en HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21 (*Tulip Air*), m.nt. Van Schilfgaarde, vgl. Rb. Zeeland-West-Brabant 3 juni 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:3578.

heid voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

Gezien het doel, de aard van de activiteiten, de organisatie en de wijze van financiering verschilt de stichting wezenlijk van de NV en BV hetgeen zijn weerslag heeft op de taken en verantwoordelijkheid van stichtingsbestuurders en daarmee op hun aansprakelijkheid. Stichtingen kennen doorgaans een ideëel of maatschappelijk doel en zij zijn niet - althans niet primair - gericht op het maken van winst. Het winststreven kan niet als rechtvaardiging dienen bij het nemen van financiële risico's hetgeen de marge waarbinnen het bestuur risico's kan nemen verkleint.[7] Stichtingen met een maatschappelijke doelstelling hebben niet zelden te maken met veel en diverse stakeholders met vaak uiteenlopende belangen die soms moeilijk te verenigen zijn. De stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector zijn bij de uitvoering van publieke taken gebonden aan sectorspecifieke wet- en regelgeving. De grote regeldichtheid in deze sectoren beperkt de beleidsvrijheid van besturen. Een beperking van de beleidsruimte is van invloed op de mate waarin de bestuurder verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gevolgen van zijn beleid en daarmee voor de vraag of hij zijn taak al dan niet behoorlijk heeft vervuld.[8]

Veel procedures waarin bestuurders van stichtingen aansprakelijk zijn gesteld betreffen stichtingen die in de semipublieke sector actief zijn waarbij publieke belangen een rol spelen en publieke middelen in het geding zijn. De instellingen in de semipublieke sector hebben geen gemakkelijke opdracht. Zo werden zij de afgelopen decennia geacht meer marktgericht te opereren en kregen zij meer ruimte om te ondernemen, risico's te nemen en activiteiten te ontwikkelen die verder afstaan van hun kerntaken. De misstanden die zich hebben voorgedaan houden in veel gevallen verband met de wijze waarop de instellingen invulling hebben gegeven aan het marktgericht opereren.[9]

Hoewel veel stichtingen in de semipublieke sector een professioneel bestuur kennen en op basis van sectorspecifieke regelgeving verplicht zijn in het interne toezicht op het bestuur te voorzien, functioneert de governance van deze instellingen veelal niet optimaal. Dit heeft deels te maken met de wettelijke structuur van de stichting die nauwelijks waarborgen kent voor een goede governance. Boek 2 BW voorziet niet in een regeling van het toezichthoudend orgaan en ook ontbreekt een tegenstrijdig belangregeling. Dit maakt de stichting kwetsbaar. Door het ontbreken van intern toezicht bestaat het gevaar dat de stichtingsbestuurder zijn eigen belangen boven die van de stichting stelt. Dit geldt in toenemende mate voor de situatie waarin het bestuur uit één bestuurder bestaat waardoor ieder collegiaal toezicht ontbreekt.

Naar aanleiding van de misstanden bij semipublieke instellingen zijn vanuit verschillende vakdepartementen maatregelen aangekondigd c.q. vastgesteld om de governance van deze instellingen te verbeteren.[10] Eind 2013 heeft het kabinet zijn voorstellen gepresenteerd om 'vanuit het aansprakelijkheidsrecht gewenst gedrag van bestuurders en toezichthouders te stimuleren en onzorgvuldig gedrag te ontmoedigen'.[11] Hoewel deze voorstellen vooral gericht zijn op het verbeteren van het bestuur en interne toezicht bij semipublieke instellingen hebben zij deels een bredere werking, zoals het Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: het Voorontwerp) dat in februari 2014 ter consultatie is voorgelegd.

Het Voorontwerp voorziet in een uniforme regeling van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen. Bestaande verschillen voor wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders tussen NV's, BV's en coöperaties enerzijds en verenigingen en stichtingen anderzijds leiden volgens de Toelichting op het Voorontwerp tot onduidelijkheid en worden niet langer gerechtvaardigd geacht.[12] Naast een wettelijke grondslag voor een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen voorziet het Voorontwerp in een uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten, de tegenstrijdig belangregeling en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders. Het voorstel tot uniformering van de aansprakelijkheid houdt niet alleen in dat ook toezichthouders op grond van het nieuwe art. 2:9a BW aansprakelijk kunnen worden gesteld in geval van schade die het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling maar behelst tevens een uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid tot alle verenigingen en stichtingen (zie hierover par. 8).

## 3. Taak en verantwoordelijkheid van de stichtingsbestuurder

### 3.1 *Taak en taakverdeling*

De wet gaat uit van het principe van collegiaal bestuur.[13] Het bestuur is als collectief verantwoordelijk voor de vervulling van de bestuurstaak. Het besturen omvat leidinggeven, zorgen voor een goede taakvervulling van de stichting, voor deelneming aan het maatschappelijk verkeer en voor het functioneren van haar apparaat.[14] Kortom onder het besturen dient alles te worden begrepen wat nodig is om

7 A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009/40, afl. 13, p. 175, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap*, Insolad Jaarboek 2010, Deventer: Kluwer 2010, p. 48, M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 136 e.v.

8 Vgl. Rb. Amsterdam 26 maart 2008, *JOR* 2008/126 (*Hestia*).

9 Rapport WODC 2011, a.w. (noot 2), p. 69, vgl. Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90 (*Servatius*), r.o. 5.2.15, 5.2.16.

10 Per 1 juli 2015 (*Stb.* 2015, 232) zijn de Herzieningswet en de wijziging daarvan in werking getreden (Wet van 20 maart 2015, *Stb.* 145, Wet van 20 maart 2015, *Stb.* 146); zie voor zorginstellingen *Kamerstukken II* 2013/14, 32012, nrs. 15, 23 en voor het onderwijs *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, nrs. 20 en 33.

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

12 Memorie van toelichting Voorontwerp, p. 1-2.

13 Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 189; *Asser/Rensen 2-III** 2012/137, 334; *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/194.

14 Hof 's-Gravenhage 1 juni 2010, *RO* 2010/61 (*Stichting THB*).

de stichting, gezien haar doelstelling en activiteiten, in het maatschappelijk verkeer te doen functioneren.[15]

Het beginsel van collectief bestuur staat niet in de weg aan een taakverdeling tussen de bestuurders. Dit volgt ook met zoveel woorden uit art. 2:9 BW. Bij stichtingen komt het in de praktijk veelvuldig voor dat de bestuurstaak statutair wordt verdeeld tussen een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur. Het algemeen bestuur vervult in die verdeling een meer toezichthoudende rol ten opzichte van het dagelijks bestuur, dat doorgaans uit professionele bestuurders bestaat. De verdeling van taken tussen het algemeen en dagelijks bestuur is vergelijkbaar met de taakverdeling tussen bestuurders in een *one tier*model. Hoewel de praktijk zich bedient van een *one tier*model voorziet Boek 2 BW niet in een wettelijke regeling hiervan voor verenigingen en stichtingen. Ook het Voorontwerp voorziet hierin niet.[16] De taakverdeling tussen de stichtingsbestuurders doet geen afbreuk aan de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur. De huidige tekst van art. 2:9 BW laat daarover geen misverstand bestaan.

Bij kleinere stichtingen zien we ook wel dat de dagelijkse leiding – al dan niet statutair – wordt gedelegeerd aan een directeur die geen statutair bestuurder is. Ondanks de delegatie van de dagelijkse leiding aan de directeur blijft het bestuur collectief verantwoordelijk voor de vervulling van de bestuurstaak, ook voor het deel van de bestuurstaak dat door de directeur wordt uitgeoefend.[17] Dit brengt mee dat het bestuur voldoende alert moet blijven op het optimaal functioneren van de directeur en zal moeten ingrijpen indien er tekenen zijn dat de directeur zijn taak niet adequaat vervult. Een directeur kan niet als 'feitelijk bestuurder' worden aangesproken op grond van art. 2:9 BW.[18] Ook geldt dat hij, voor zover hij binnen de grenzen van zijn bevoegdheid de dagelijkse leiding van de onderneming voert, niet als mede-beleidsbepaler kan worden aangemerkt voor de toepassing van art. 2:300a BW.[19]

Elke bestuurder draagt volgens lid 2 van art. 2:9 BW verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Wat tot de algemene gang van zaken behoort, is niet op voorhand duidelijk. Aangenomen mag worden dat tot de algemene gang van zaken in ieder geval de verantwoordelijkheid voor de kerntaken van het bestuur mogen worden gerekend. Als kerntaken van het bestuur als geheel kunnen worden gerekend de zorg voor het verwezenlijken van het doel van de stichting, het vaststellen (van de hoofdlijnen) van het (financieel) beleid, het naleven van de administratieplicht (art. 2:10 BW) en het vertegenwoordigen van de stichting.

### 3.2 *Behoorlijke taakvervulling*

De bestuurder is jegens de stichting verantwoordelijk om de hem opgedragen taak behoorlijk te vervullen. De wet geeft geen nadere invulling van wat onder een behoorlijke taakvervulling wordt verstaan. In de literatuur en jurisprudentie worden de verplichtingen van de bestuurder in het kader van een behoorlijke taakvervulling onderscheiden in de verplichting tot zorgvuldig handelen (*duty of care*) en de verplichting zich loyaal jegens de stichting op te stellen (*duty of loyalty*).[20] Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij zijn taak op een zorgvuldige wijze vervult. Dit houdt een zekere objectivering in; het gaat om de vervulling van de taak op een wijze zoals die naar algemeen inzicht van een bekwaam bestuurder binnen dit soort rechtspersoon in redelijkheid mag worden verwacht.[21] De bestuurder is verantwoordelijk voor de naleving van de wettelijke en statutaire verplichtingen. Voor stichtingen actief in de semipublieke sector valt onder die verantwoordelijkheid ook de naleving van sectorale wet– en regelgeving. Ook de in de sectoren opgestelde governance codes spelen in toenemende mate een normerende rol.[22]

De verplichting zich loyaal jegens de stichting op te stellen houdt in dat de bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak moet richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming.

In het Voorontwerp wordt een uniforme regeling voorgesteld voor de taakomschrijving en taakvervulling van bestuurders en toezichthouders. Zij zullen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. De keuze voor het begrip ‘organisatie’ in plaats van ‘onderneming’ is ingegeven door het feit dat niet alle verenigingen en stichtingen een onderneming drijven.[23] Hoewel deze regel voor stichtingsbestuurders thans niet in Boek 2 BW is opgenomen is deze ook niet nieuw. In de literatuur en jurisprudentie wordt reeds aangenomen dat deze norm ook geldt voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen (en verenigingen).[24]

15 *Dijk/Van der Ploeg*, a.w. (noot 13) p. 185.

16 Niet gebleken is dat de praktijk behoefte heeft aan een dergelijk bestuursmodel, aldus de memorie van toelichting Voorontwerp, p. 3. Zie hierover kritisch mijn bijdrage 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013/6996, p. 1039 e.v.; L.G.H.J. Houwen, ‘Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein’, *TvOB* 2014-4, p. 139 e.v.; H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra, J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RM Themis* 2014-4, p. 162.

17 A.G. Lubbers, *Bestuur en toezicht, keerzijden van één medaille.* Deventer: Kluwer 1983, p. 16; Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas*).

18 Wel kan hij aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 6:162 BW dan wel als werknemer op grond van art. 7:661 BW voor schade die het gevolg is van opzettelijk of bewust roekeloos handelen. Zie Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas*), Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).

19 *Kamerstukken II* 1981/82, 16 530, nr. 7 (MvA), p. 40; *Kamerstukken II* 1983/84,16 631, nr. 6 (MvA), p. 19.

20 L. Timmerman, ‘Enkele opmerkingen over normering van het handelen van bestuurders van nv’s en bv’s’, *TVVS* 1992, p. 31 e.v.; Hendrikse 2009, a.w. (noot 7), p. 181 e.v.; Lennarts, a.w. (noot 7), p. 142 e.v.

21 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

22 Hendrikse 2009, a.w. (noot 7), p. 179.

23 Het begrip organisatie wekt overigens verwarring, vooral omdat men blijkens de toelichting met de gekozen formulering aansluiting heeft gezocht bij art. 2:8 BW welk artikel ziet op de organisatie van de rechtspersoon en juist niet op de organisatie van de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming. Zie reactie Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht op het Voorontwerp (ZIFO), p. 2.

24 Dijk/Van der Ploeg, a.w. (noot 13) p. 192, 255 en 264; *Asser/Rensen 2-III** 2012/127, 308, Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4036 (*Stichting ATAL*); Hof Arnhem 21 mei 2013, *LJN* CA0919 (*Vestia*); Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126, r.o. 4.9 (aansprakelijkheid leden raad van toezicht Stichting Servatius).

Het belang van de stichting wordt voor een belangrijk deel bepaald door haar statutaire doelomschrijving.[25] Dit is niet anders voor een stichting die een publieke taak vervult. Houdt zij een onderneming in stand dan heeft zij een belang bij het goed functioneren daarvan, hetgeen meebrengt dat de bestuurders en toezichthouders bij de vervulling van hun taak alle bij de stichting en de met de stichting verbonden onderneming betrokken belangen in aanmerking moeten nemen.

De in het Voorontwerp voorgestelde algemene norm kan volgens de Toelichting in bijzondere wetgeving worden aangevuld voor zover daaraan ten aanzien van instellingen in de semipublieke sector behoefte bestaat. Bijvoorbeeld dat het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van zijn taak specifiek acht moet slaan op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen.[26] Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat interne toezichthouders primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger hebben te dienen en niet het instellingsbelang.[27] Volgens de Raad van State staat dit standpunt op gespannen voet met de wijze waarop het rechtspersonenrecht is ingericht en is het onverenigbaar met de wijze waarop in onze samenleving inhoud is gegeven aan de vrijheid en autonomie van personen die daartoe privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen oprichten. De Raad stelt terecht dat indien de overheid dit anders wenst, zij dan die taak door een publiekrechtelijk orgaan dient te doen uitvoeren.[28]

In art. 31 Woningwet is de norm waarnaar toezichthouders zich hebben te richten aangevuld met 'het maatschappelijk belang' en 'het belang van betrokken belanghebbenden'. Hiertegen is bezwaar gemaakt door de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht omdat deze toevoeging onnodig is en verwarring wekt.[29] Het wekt de indruk alsof bestuurders en toezichthouders een bijzondere verantwoordelijkheid dragen voor maatschappelijke of publieke belangen.[30] Aan 'het maatschappelijk belang' of 'het publieke belang' kunnen door de rechter evenwel geen objectieve criteria worden ontleend bij de toetsing of de bestuurder zijn taak behoorlijk heeft vervuld.[31] Het zou bovendien kunnen leiden tot een ontwikkeling dat de overheid van bestuurders en toezichthouders verlangt dat zij het overheidsbeleid als richtsnoer voor hun handelen hebben te nemen, hetgeen onwenselijk is omdat het belang van de stichting niet samen hoeft te vallen met publieke belangen.[32]

## 4. Aansprakelijkheid jegens de stichting

De aansprakelijkheid van de stichtingsbestuurder vloeit voort uit de verantwoordelijkheid van de bestuurder voor het behoorlijk vervullen van zijn taak. De verplichting zijn taak behoorlijk te vervullen is een inspanningsverbintenis. Schiet de bestuurder tekort in zijn inspanningen en berokkent hij de rechtspersoon schade dan kan de bestuurder daarvoor persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. De stichting kan de bestuurder aansprakelijk stellen voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:9 BW, op basis van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) dan wel – indien er sprake is van een contractuele verhouding tussen de stichting en de bestuurder – op grond van wanprestatie.[33] Zowel voor de vordering op grond van art. 2:9 BW als die op grond van art. 6:162 BW geldt dat een bestuurder alleen aansprakelijk kan worden gesteld indien hem ter zake van de tekortkoming een ernstig verwijt kan worden gemaakt.[34] Zonder ernstig verwijt kan er van onbehoorlijke taakvervulling geen sprake zijn.[35] Anders dan bij de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW zijn bestuurders in geval van een onrechtmatige daadsactie niet hoofdelijk aansprakelijk. In een procedure op grond van art. 6:162 BW zal de eisende partij ten aanzien van iedere individuele bestuurder voldoende concreet onderbouwd moeten stellen en zo nodig bewijzen dat de bestuurder persoonlijk onrechtmatig jegens de stichting heeft gehandeld.[36] Voor wat betreft de aansprakelijkheid jegens de stichting ga ik in het kader van deze bijdrage alleen in op de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van art. 2:9 BW.

### 4.1 *Aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW*

Of de bestuurder in het kader van art. 2:9 BW een ernstig verwijt kan worden gemaakt hangt af van de omstandigheden van het geval, aldus de Hoge Raad in het standaardarrest *Staleman/Van de Ven*.[37] Daartoe behoren volgens de Hoge Raad onder meer de aard van de door de rechtspersonen uitgeoefende activiteiten en daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult. Door de toetsing van het handelen van bestuurders aan de omstandigheden van het geval is de jurisprudentie over de aansprakelijkheid van

25 E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht,* tweede druk, Leiden 1958, p. 17.
26 Memorie van toelichting Voorontwerp p. 18.
27 Zie de brief van het Kabinet over de inzichten van de Commissie Vernieuwing Publieke Belangen, *Kamerstukken II* 2013/14, 33822, nr. 4, p. 8.
28 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 251, nr. 4 (advies bij wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen), p. 4.
29 Advies Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht 20 oktober 2011, p. 3-4.
30 Houwen, a.w. (noot 16), p. 142-143; Overes a.w. (noot 16), p. 1044.
31 Boschma e.a., a.w. (noot 16), p. 165; Overes, a.w. (noot 16), p. 1043 e.v.
32 Zie reactie op het Voorontwerp van het ZIFO, p. 3.
33 In het kader van de omvang van deze bijdrage ga ik verder niet in op de aansprakelijkheid op grond van art. 7:661 BW, zie daarover A.G.H. Klaassen, a.w. (noot 5).
34 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).
35 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/3, m.nt. Bartman (*Berghuizer Papierfabriek*), *Asser/Rensen 2-III** 2012/338, anders Rb. Arnhem 21 mei 2008 *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas*) en Rb. Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2010/123 (*Stichting Derdengelden*), m.nt. Borrius die een dubbele toets aanleggen en daarmee de suggestie wekken dat onbehoorlijke taakvervulling mogelijk is zonder ernstige verwijtbaarheid.
36 Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JOR* 2012/103, m.nt. Borrius; Rb. Rotterdam 10 september 2008, *RO* 2008/85.
37 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

bestuurders sterk casuïstisch van aard. Wel zijn enkele algemene lijnen zichtbaar.

Bij de beoordeling of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling speelt het doel van de stichting en de aard van de activiteiten een belangrijke rol. Zo oordeelde de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van de bestuurder van de Stichting Derdengelden dat gezien het doel van de Stichting op hem de algemene taak rustte de betalingen aan en door de Stichting te controleren. De bestuurder had in casu geen enkel inzicht in de activiteiten van de Stichting. Het veronachtzamen van de kernactiviteiten door de bestuurder levert ernstig verwijtbaar handelen op.[38] Ook het verzuimen van kerntaken als het voeren van een deugdelijke administratie en – indien verplicht – het opmaken van een jaarrekening conform Titel 9 betekent dat het bestuur collectief een ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling.[39]

Bij de beoordeling van het handelen door het bestuur van een semipublieke instelling wordt bijzondere betekenis toegekend aan het feit dat een stichting handelt ter uitvoering van een publieke taak en daarbij in belangrijke mate afhankelijk is van publieke middelen. Een dergelijke omstandigheid noopt tot het voeren van een zorgvuldig financieel beleid. Het lopen van (grote) financiële risico's is daarmee niet verenigbaar.[40] Het voeren van een zorgvuldig financieel beleid kan worden gezien als een taak die het bestuur als geheel aangaat. Een eventuele taakverdeling in het bestuur is daarom volgens het Hof Amsterdam[41] niet van belang voor het al dan niet aannemen van collectieve aansprakelijkheid maar kan wel een rol spelen bij de vraag of de individuele bestuurders zich kunnen disculperen (zie par. 4.2 hierna).

De omstandigheid dat een bestuurder in strijd heeft gehandeld met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen moet als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt behoudens tegenbewijs, aldus de Hoge Raad in het Berghuizer Papierfabriekarrest.[42] Als voorbeelden van statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen kunnen worden genoemd de doelomschrijving, statutaire bepalingen die voor bepaalde rechtshandelingen de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan[43] of een derde voorschrijven en een statutaire tegenstrijdig belangregeling.

Zo wordt de bestuurder van de Stichting IJshal Leiden verweten in strijd te hebben gehandeld met de statutaire tegenstrijdig belang regeling.[44] De bestuurder stelt dat zijn medebestuurders (die geen tegenstrijdig belang hadden) op de hoogte waren van zijn handelen en daarmee unaniem hebben ingestemd. De rechtbank meent dat indien de bestuurder slaagt in het bewijs van deze stelling ontheffing van het tegenstrijdig belang verbod kan worden verleend. Voor zover men over deze benadering van de rechtbank anders zou (kunnen) denken dan geldt volgens de rechtbank met een verwijzing naar het arrest Berghuizer Papierfabriek dat de bestuurder omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan moet worden aangenomen dat zijn handelen in strijd met de statutaire bepaling geen ernstig verwijt oplevert.

In de zaak Servatius oordeelt de rechter dat het niet naleven van de aanwijzing van de minister aan de stichting gegeven in het algemeen volkshuisvestelijk belang, als een zwaarwegende omstandigheid is aan te merken die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt.[45] Zoals de bestuurder terecht aanvoerde, beoogde de minister met zijn aanwijzing niet om de stichting tegen financiële risico's te beschermen, maar om het algemeen volkshuisvestelijk belang te dienen. De rechtbank verwierp het beroep op het ontbreken van relativiteit. Het belang dat de minister nastreefde met de aanwijzing viel naar het oordeel van de rechtbank samen met het belang van de stichting.

Het feit dat de stichting een in de wet neergelegde en ook in de statuten verankerde maatschappelijke taak heeft en dat de minister de stichting met het oog op een verantwoorde uitvoering van die wettelijke taak een aanwijzing heeft gegeven, is mijns inziens geen rechtvaardiging om de aanwijzing op te vatten als een fundamenteel voorschrift gegeven om het belang van de stichting te beschermen.[46] Het publieke belang is verweven met het doel van de stichting, in casu het zorgdragen voor passende sociale huisvesting maar valt daar niet mee samen. Dit neemt niet weg dat het nemen van onverantwoorde financiële risico's door de bestuurder een onbehoorlijke taakvervulling jegens de stichting zal opleveren.[47]

Het naleven van sectorspecifieke wet- en regelgeving behoort tot de taken van de stichtingsbestuurder maar het gaat mijns inziens te ver aan te nemen dat niet-naleving van deze voorschriften door de stichting in beginsel de

38 Rb. Amsterdam 11 november 2009 *JOR* 2010/123, m.nt. Borrius (*Stichting Derdengelden*), bekrachtigd in hoger beroep Hof Amsterdam 11 december 2012, *JOR* 2013/5, m.nt. Borrius.

39 Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *RO* 2014/57 (*Stichting Daidalos*) De jaarrekening had bovendien moeten worden goedgekeurd door de Raad van toezicht. Deze was op een eerder moment afgetreden. Het feit dat de bestuurders geen inspanningen hadden verricht die ertoe konden leiden dat een nieuwe Raad werd aangesteld werd ook als een onbehoorlijke taakvervulling aangemerkt.

40 Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stichting Stoas*); Hof Amsterdam 21 september 2010, *RO* 2010/80, *JOR* 2011/40, m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauta van Aysma*); Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*); Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573 (*Stichting Rentree Wonen*).

41 Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 (*Stichting Freule Lauta van Aysma*).

42 HR 29 november 2002, *JOR* 2003/3, m.nt. Bartman.

43 Rb. Amsterdam 7 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1016 (*Stichting Atal*); Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90 (*Servatius*); Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, *RO* 2014/57 (*Stichting Daidalos*).

44 Rb. Den Haag 24 april 2013, *RO* 2013/49 (*IJshal Leiden*).

45 Rb. Oost Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90 (*Servatius*).

46 Anders Borrius in haar noot bij *JOR* 2014/90.

47 In casu had het bestuur voor het tekenen van de garantstellingen (hetgeen de aanwijzing verbood) de goedkeuring nodig van de raad van toezicht. De goedkeuring was door de raad van toezicht slechts voorwaardelijk verleend en aan deze voorwaarde had de bestuurder niet voldaan. Daarmee handelde de bestuurder wel in strijd met een statutaire bepaling die het belang van de stichting beoogt te beschermen en is toepassing van de Berghuizer Papierfabriek regel die in beginsel de aansprakelijkheid van een bestuurder vestigt gerechtvaardigd.

aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelt dat de regel ook geldt 'wanneer in strijd is gehandeld met op de rechtspersoon toepasselijke wettelijke of daarmee gelijk te stellen bepalingen die de rechtspersonen beogen te beschermen. Hieronder valt het op de Woningwet en de Huurprijzenwet woonruimte gebaseerde voorschrift in de circulaire dat grondspeculatie niet is toegestaan'.[48] Veel gekker moet het niet worden, immers sectorale wet- en regelgeving waaraan de stichting gebonden is als eis voor toelating of als voorwaarde voor bekostiging is niet opgesteld ter bescherming van het belang van de betrokken instelling maar om publieke belangen te borgen. Schending van dergelijke voorschriften door de stichting kan tot aansprakelijkheid van de bestuurder leiden indien hem door de stichting ter zake van die schending een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Voor de toepassing van de Berghuizer Papierfabriekregel is in deze gevallen mijns inziens geen plaats.

### 4.2 *Disculpatie: rol van de taakverdeling*

Is sprake van onbehoorlijk bestuur door een van de bestuurders dan zijn alle bestuurders voor het geheel aansprakelijk voor de schade, behoudens disculpatie (art. 2:9 lid 2 BW). Voor een geslaagd beroep op disculpatie zal de bestuurder moeten aantonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt ter zake van de tekortkoming en dat hij voldoende heeft gedaan om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dit veronderstelt collegiaal toezicht van de bestuurders op elkaars functioneren. Of een bestuurder voldoende zicht heeft gehouden op de taakuitoefening van zijn medebestuurders en of hij voldoende heeft gedaan om het onbehoorlijk bestuur af te wenden moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.[49]

In de Stichting Freule Lauta van Aysma zaak werd uitvoerig ingegaan op het disculpatieverweer van de bestuurders. Alleen het verweer van de secretaris wordt gehonoreerd. Ondanks dat het voeren van een zorgvuldig financieel beleid tot de taak van het bestuur als geheel wordt gerekend, werd het feit dat de financiële aangelegenheden vooral aan de penningmeester werden overgelaten van betekenis geacht bij de beoordeling van het disculpatieverweer van de secretaris. Een penningmeester draagt een bijzondere verantwoordelijkheid ten aanzien van financiële aangelegenheden van de stichting en zal zich niet snel kunnen disculperen voor tekortkomingen die betrekking hebben op het financieel beleid.[50]

Voor de disculpatie van de secretaris in de Freule zaak was van belang dat hij niet aanwezig was bij het gesprek met de bank en in de relevante periode niet wist in welk riskant arrangement de stichting werd betrokken. Ook het vertrouwen dat de secretaris (zonder financiële achtergrond) in de penningmeester had na hun lange samenwerking werd als disculperende factor gezien. Voorts werd van belang geacht dat hij zijn werkzaamheden onbezoldigd verrichtte en geen eigen voordeel uit de transacties kon verwachten.

In de procedure waarin een (ex-)bestuurder van een stichting die eerder door de rechtbank aansprakelijk werd gehouden op grond van art. 2:9 BW,[51] zijn medebestuurders aanspreekt is de taakverdeling van doorslaggevende betekenis.[52] Binnen de stichting was sprake van een formele interne taakverdeling waarbij de aansprakelijk gestelde bestuurder belast was met de uitvoering van het huisvestingsbeleid en op basis van verleende volmachten zelfstandig bevoegd was huurovereenkomsten te sluiten. Belangrijke richtlijn bij de uitvoering van het beleid was dat de huisvestingslasten marktconform of lager dienden te zijn. Eiser meende dat ondanks de taakverdeling de beoordeling van de huurovereenkomsten tot de kerntaken van het gehele bestuur behoorde en hij verweet zijn medebestuurders onvoldoende toezicht te hebben gehouden op zijn functioneren. Anders dan eiser meent de rechtbank dat behoorlijke taakvervulling door de medebestuurders niet meebrengt dat zij zich hoe dan ook niet mochten verlaten op de informatie van eiser en onder alle omstandigheden zelfstandig nader onderzoek dienden te doen. Dat doet geen recht aan de afgesproken taakverdeling.

Een taakverdeling ontslaat bestuurders niet van de verplichting een actieve en kritische houding aan te nemen ten opzichte van elkaars functioneren en in te grijpen indien er aanwijzingen zijn dat een bestuurder zijn taak niet adequaat vervult. In casu had eiser zijn medebestuurders van onjuiste informatie voorzien over de marktconformiteit van de huur waardoor er volgens de rechter voor hen geen aanleiding was daar zelfstandig onderzoek naar te doen.

## 5. Aansprakelijkheid jegens derden

Naast aansprakelijkheid jegens de stichting kan een bestuurder aansprakelijk zijn jegens een derde indien de bestuurder jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld. De toetsing of de stichtingsbestuurder persoonlijk een (voldoende) ernstig verwijt kan worden gemaakt vindt plaats langs de maatstaven zoals die tot ontwikkeling zijn gekomen in de jurisprudentie ten aanzien van bestuurders van NV's en BV's.[53] Er is geen aanleiding om in geval van benadeling van schuldeisers van stichtingen een andere maatstaf te hanteren.[54] Zo is ook de stichtingsbestuurder die namens de stichting een overeenkomst aangaat terwijl hij wist of had behoren te begrijpen dat de stichting niet tot nakoming van de verplichtingen uit de overeenkomst in staat zal zijn en

48 Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573 (*Woningcorporatie Rentree Wonen*).

49 *Kamerstukken I* 2010/11, 31763, C, p.16.

50 Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 (*Stichting Freule Lauta van Aysma*) r.o.4.21; Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Nederlandse Rode Kruis*) en Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773.

51 Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg I*).

52 Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, *RO* 2015/25 (*Stichting Bureau Jeugdzorg II*).

53 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*); HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

54 Hof Arnhem/Leeuwarden 11 maart 2014 ECLI:NL:GHARL:2014:2007; Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO* 2012/72; Hof Amsterdam 9 september 2014, *RN* 2014/105 (*Stichting Zaandam 200 jaar*); Rb. Rotterdam 10 september 2008, *RO* 2008/85.

ook geen verhaal zal kunnen bieden voor de schade die de wederpartij daardoor leidt, aansprakelijk.[55]

Heeft de bestuurder niet namens de rechtspersoon gehandeld maar wel bewerkstelligd of toegelaten dat de stichting haar contractuele verplichtingen niet nakomt dan kan hij aansprakelijk zijn jegens een derde mits hem een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.[56] Van zo'n ernstig verwijt is sprake indien bestuurders welbewust hebben bewerkstelligd dat een schuldeiser onvoldaan is gebleven terwijl alle andere schuldeisers (nagenoeg) geheel zijn voldaan.[57] Ook bestuurders die overijld en lichtvaardig besluiten tot ontbinding en vereffening van de stichting en jegens de crediteur geen openheid van zaken betrachten over de verkoop van het enige actief kunnen daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt.[58]

Het verwaarlozen van de bestuurstaak door de bestuurder kan onder omstandigheden onzorgvuldig zijn jegens een derde. Zo worden bestuurders die meewerken aan een door de stichting in stand gehouden constructie waardoor privéschuldeisers van de oud-bestuurder, die feitelijk nog steeds als bestuurder optrad, worden benadeeld, onrechtmatig handelen verweten.[59] De bestuurders die als marionetten van de oud-bestuurder optraden, waren in het geheel niet op de hoogte van de stichtingsactiviteiten en -financiën. In hoger beroep echter oordeelt het hof dat de bestuurders geen ernstig verwijt treft omdat zij in het kader van hun bestuurderschap geen zelfstandige activiteiten hebben ontplooid.[60] Terecht stelt Kortmann in zijn noot dat ook het stilzitten van de bestuurders een onrechtmatige daad kan opleveren. Het oordeel van het hof heeft geen navolging gekregen in latere jurisprudentie. Het Hof 's- Gravenhage oordeelt in de zaak tegen de bestuurder van de Stichting THB[61] dat het bestuur de stichting daadwerkelijk dient te besturen. Het bestuur kan niet aanvoeren dat het min of meer als 'marionet' voor een derde fungeert en niet zelf de beslissingen neemt, maar feitelijk slechts uitvoert wat hem wordt opgedragen, aldus het hof. Door het bestuur van stichting in casu geheel over te laten aan haar echtgenoot heeft zij over zich afgeroepen dat de door hem gepleegde fraude zich aan haar waarneming kon onttrekken. Zij had van de fraude op de hoogte behoren te zijn en van het feit dat zij heeft nagelaten daaraan een einde te maken kan haar een ernstig verwijt worden gemaakt. Ook de bestuurder van Stichting Administratiekantoor Palm Invest BV die de hem als bestuurder opgedragen taak in het geheel niet heeft vervuld kan daarvan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt. Door het nalaten invulling te geven aan zijn bestuurstaken heeft het kunnen gebeuren dat een groot deel van het in Palm Invest BV ingebrachte geld van de obligatiehouders door de oprichters aan privédoeleinden is besteed.[62]

Een aparte categorie vormt de aansprakelijkheid op grond van art. 2:203 lid 3 BW jo. art. 6:162 BW indien een rechtshandeling wordt verricht namens een op te richten rechtspersoon en de handelende wist of kon weten dat de rechtspersoon na bekrachtiging zijn verplichtingen uit de rechtshandeling niet zou kunnen nakomen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Diva/Meijs*[63] overwogen dat art. 2:93/203 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing is op andere rechtspersonen dan de NV en de BV. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of ook de overige leden van deze artikelen analoog van toepassing zijn op de vereniging en de stichting.[64]

De Rb. Rotterdam oordeelt met een verwijzing naar *Diva/Meijs* dat art. 2:203 lid 3 BW van toepassing is op stichtingen.[65] De bestuurder, in casu middellijk bestuurder van een stichting die een buurtrestaurant exploiteert, is namens de op te richten stichting een huurovereenkomst aangegaan welke overeenkomst na oprichting van de stichting is bekrachtigd. De stichting is afhankelijk van door de gemeente te leveren leerlingen (leerwerkervaringsplaatsen voor langdurig werklozen) en daaraan verbonden subsidie. De gemeente slaagt er niet in voldoende leerlingen naar het project te leiden en de stichting loopt subsidie mis en gaat failliet. Aangezien de stichting binnen het jaar failliet is gegaan, geldt volgens de rechtbank het wettelijk vermoeden van art. 2:203 lid 3 BW. Een hard gelag voor de in casu onbezoldigde bestuurder die er niet in slaagde het wettelijk vermoeden te weerleggen.

## 6. Onbezoldigde taakvervulling

De maatstaf voor de aansprakelijkheid van de onbezoldigd bestuurder is gelijk aan die voor de bestuurder die zijn functie beroepshalve vervult. Blijkens de jurisprudentie is ook de bestuurder die zijn bestuursfunctie onbezoldigd vervult, jegens de rechtspersoon gehouden om zijn bestuurstaak naar behoren te vervullen.[66] Ook bij zijn handelen in het maatschappelijk verkeer dient hij rekening te houden met de belangen van derden.[67]

55 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*); Rb. Groningen 24 september 1998, *KG* 1998/285 (*Stichting Zomer Opera Groningen*); Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO* 2012/72; Hof Amsterdam 9 september 2014, *RN* 2014/105 (*Stichting Zaandam 200 jaar*); Hof Arnhem Leeuwarden 11 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2007 en 8638; Rb. Rotterdam 10 september 2008, *RO* 2008/85.

56 HR 8 december 2006, *NJ* 2006/659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

57 Hof Leeuwarden 29 november 2000, *JOR* 2001/105 (*Stichting Opera Groningen*).

58 Hof Leeuwarden 19 juni 2012, *LJN*: BX4239 (*Racing Team Drenthe*).

59 Rb. Arnhem 18 februari 2004, *JOR* 2004/120 (*Stichting Waaldijk*), m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk.

60 Hof Arnhem 23 januari 2007, *JOR* 2007/215 (*Stichting Waaldijk*), m.nt. Kortmann, zie ook *Asser/Rensen 2-III** 2012/338.

61 Hof 's Gravenhage 1 juni 2010, *RO* 2010/61 (*Stichting THB*).

62 Rb. Amsterdam 11 november 2009, *RO* 2010/22, *JOR* 2010/56 (*Palminvest*).

63 HR 24 januari 1997, *NJ* 1997/399 m.nt. Maeijer.

64 *Asser/Rensen 2-III** 2012/39; Dijk e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 50 vindt analoge toepassing van lid 3 (incl. de omkering van de bewijslast) op zijn plaats; anders Dijk/Van der Ploeg (a.w. (noot 13), p. 64-65), die menen dat, gezien de aard van de onderscheiden rechtspersoonsvormen, de regeling niet onverkort moet worden gevolgd vanwege de verstrekkende gevolgen voor de persoonlijke gebondenheid van degene die namens de rechtspersoon heeft gehandeld.

65 Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO* 2012/72 (*Stichting Restaurant PAN*).

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

67 Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO* 2012/72 (*Stichting Restaurant PAN*) en Hof A'dam 9 september 2014, *RN* 2014/105 (*Stichting Zaandam 200 jaar*).

Kan het feit dat de bestuurder zijn bestuurstaak onbezoldigd vervult een omstandigheid zijn die van belang is bij de beoordeling of de bestuurder ter zake van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt? De literatuur is hierover verdeeld. Van den Ingh meent dat bij de vaststelling van de (interne) aansprakelijkheid geen rol speelt of, en zo ja in hoeverre, de functie gehonoreerd wordt. Wel kan de onbezoldigde taakvervulling van belang zijn in het kader van de vraag of er reden bestaat om de verplichting de geleden schade te vergoeden te matigen.[68] Ook Wezeman en Lennarts menen dat onbezoldigde taakvervulling eerder een grond is voor matiging.[69] Hendrikse kan zich voorstellen dat een bezoldigd bestuurder ter zake van een concrete gedraging eerder een ernstig verwijt te maken valt dan een bestuurder die zijn taak op onbezoldigde basis verricht.[70] Niet zo zeer omdat de bestuurder geen bezoldiging ontvangt, maar omdat van hem niet dezelfde mate van kennis, inzet en beschikbaarheid kan worden geëist.[71] Het feit dat de bestuurder over onvoldoende kennis en (financiële) deskundigheid beschikt, ontslaat de bestuurder niet van aansprakelijkheid. Van een bestuurder die voor zijn taak berekend is, mag worden verwacht dat hij extern onafhankelijk advies inwint.[72] Op deze adviseurs mag overigens niet blindelings worden vertrouwd.[73]

Volgens de Toelichting op het Voorontwerp kan het feit dat de bestuurder zijn taak onbezoldigd vervult van belang zijn bij de weging van de omstandigheden van het geval.[74] In de rechtspraak zijn er zowel gevallen waarin de onbezoldigde taakvervulling als relevante omstandigheid is meegenomen bij het oordeel of de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt[75] als waarin dit een grond opleverde om de verplichting tot schadevergoeding te matigen.[76] Of het beroep op onbezoldigde taakvervulling enig gewicht in de schaal legt, zal zoals Boschma e.a. terecht stellen, afhangen van de aard van het onbehoorlijk bestuur.[77] Het spreekt voor zich dat een onbezoldigd bestuurder die zijn bestuurstaak ernstig verwaarloost, zijn eigen belangen boven die van de stichting stelt of – ernstiger nog – frauduleus handelt, zich niet kan disculperen.

## 7. Matiging

Onbezoldigde taakvervulling kan een reden zijn om de verplichting tot schadevergoeding te matigen op grond van art. 6:109 BW.[78] Wel moet duidelijk zijn dat toekenning van het volledige bedrag tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Door het Hof Amsterdam wordt het beroep op matiging door een onbezoldigd bestuurder afgewezen nu niets wordt aangevoerd omtrent de draagkracht van de bestuurder en de eventuele onaanvaardbaarheid van de gevolgen van een veroordeling tot het gevorderde bedrag voor hem.[79]

Opmerkelijk is het geval waarin de rechter de gebrekkige governance van de stichting (een woningcorporatie) een omstandigheid van belang acht om de verplichting tot schadevergoeding aanzienlijk te matigen. De rechter constateert dat op de (enige) bestuurder een zeer zware verantwoordelijkheid is gelegd door de raad van toezicht. De kans op fouten door de bestuurder kan worden verkleind in een situatie van 'checks and balances' bijvoorbeeld door statutair te bepalen dat het bestuur uit meer dan een bestuurder bestaat en door er als raad van toezicht voor te zorgen dat alle bestuurders deskundig en ervaren zijn en voldoende tegenwicht kunnen bieden aan de voorzitter van het bestuur. Een controlemechanisme van 'checks and balances' was onvoldoende aanwezig. De bestuurder is in een uitzonderlijke machtspositie gebracht met het daaraan inherente risico dat hij onvoldoende zou beseffen dat ook de aanzienlijke kans op het verlies van 'slechts' enkele miljoenen euro's niet door de beugel kan.[80]

Veel van de problemen bij woningcorporaties zijn mede veroorzaakt door een gebrekkige governance.[81] Per 1 juli 2015 is de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting in werking getreden waarin toegelaten instellingen worden verplicht hun bestuursstructuur in te richten volgens het raad van toezichtmodel. In de wet worden de taken en bevoegdheden van de raad van toezicht alsook de aansprakelijkheid van de leden van de raad geregeld. Aldus wordt ingezet op een versterking van het interne toezicht op het bestuur. De Woningwet geeft overigens geen voorschriften omtrent een minimum aantal bestuurders waardoor geen verandering wordt gebracht in de huidige situatie waarin veel besturen van woningcorporaties uit slechts een bestuurder bestaan.

## 8. Aansprakelijkheid in faillissement (art. 2:300a BW)

De art. 2:138 en 2:248 BW zijn op grond van art. 2:300a BW van overeenkomstige toepassing op stichtingen voor zover zij aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen zijn. Niet-commerciële rechtspersonen zijn bewust buiten de toepassing van de tweede en derde misbruikwetgeving gelaten. Redenen daarvoor waren dat het misbruik zich vooral manifesteerde bij BV's en in mindere mate

68 F.J.P. van den Ingh, 'Interne aansprakelijkheid bij vereniging en stichting', *S & V* 1990, p. 160.
69 J.B. Wezeman in zijn noot onder Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 en Lennarts, a.w. (noot 7), p. 147.
70 Hendrikse 2009, a.w. (noot 7) p. 179-180.
71 Hendrikse, p. 180, Insolad, Lennarts, a.w. (noot 7) p. 139, Klaassen a.w. (noot 5).
72 Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/73 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).
73 Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 (*Freule Lauta van Aysma*), m.nt. J.B. Wezeman.
74 Memorie van toelichting Voorontwerp, p. 7.
75 Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JOR* 2012/103 (*Stichting Pragmat*).
76 Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO* 2012/72 (*Stichting Restaurant PAN*).
77 H.E. Boschma e.a., a.w. (noot 16), p. 169.
78 Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO* 2012/72 (*Stichting Restaurant PAN*).
79 Hof Amsterdam 9 september 2014, *RN* 2104/105 (*Stichting Zaandam 200 jaar*).
80 Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573 (*Woningcorporatie Rentree Wonen*).
81 Zie het verslag van de Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties, *Kamerstukken II* 2014/15, 33606, nr. 4, p. 9 e.v. en waarin ten behoeve van een evenwichtiger bestuur voor grote corporaties minimaal een tweehoofdige leiding als eis wordt gesteld (aanbeveling 10).

NV's en toepassing van de regelingen op niet-commerciële rechtspersonen op veel verzet stuitte vanwege het feit dat bestuurders van deze rechtspersonen in het algemeen hun functie niet beroepshalve uitoefenen.[82]

In het Voorontwerp wordt de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders geüniformeerd. Voor alle bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen zal gaan gelden dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een tekort in de boedel ingeval het faillissement van de rechtspersoon in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur, ongeacht of zij aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Volgens de toelichting op het Voorontwerp is het niet de bedoeling dat bestuurders in het geval van een onopzettelijke vergissing of onopzettelijk verkeerde beslissing aansprakelijk kunnen zijn maar zal slechts een flagrante onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking worden genomen.[83] Een onopzettelijke nalatigheid van de bestuurders voor wat betreft de administratieplicht die niet als onbelangrijk verzuim kan worden gezien, betekent evenwel dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. Het is in die situatie aan de bestuurders om te bewijzen dat er geen oorzakelijk verband is met het faillissement van de stichting.

De regeling van art. 2:138/248 BW biedt de rechter weinig ruimte om bij de vaststelling van de aansprakelijkheid rekening te houden met het feit dat de bestuurder zijn taak onbezoldigd vervult.[84] Net als bij de aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW levert de onbezoldigde taakvervulling op zichzelf geen grond op voor disculpatie. Van een disculpatie om die reden zal in ieder geval geen sprake kunnen zijn in geval van een (niet onbelangrijke) schending van de administratie- of – voor zover aanwezig – publicatieplicht. Onbezoldigde taakvervulling is bovendien, gezien lid 4 van art. 2:138/248 BW, geen grond voor de rechter het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn te matigen.

Ik ben het eens met de kritiek van de Wezeman die de verzwaring van de aansprakelijkheid onwenselijk en niet gerechtvaardigd acht.[85] Misbruik van niet-commerciële rechtspersonen komt niet veel voor en waar dit zich voordoet kan dit worden gepareerd met art. 6:162 BW.

Een aansprakelijkstelling op grond van art. 2:300a BW jo. 138/248 BW kan voor de bestuurder verstrekkende gevolgen hebben gezien ook het wetsvoorstel inzake het civielrechtelijk bestuursverbod dat inmiddels door de Tweede Kamer is aangenomen. Het wetsvoorstel voorziet in het opleggen van een bestuursverbod in faillissementsgerelateerde situaties en kan onder andere worden opgelegd aan bestuurders van rechtspersonen die aansprakelijk zijn gesteld op grond van art. 2:138/248 BW.[86] Bestuurders die een bestuursverbod opgelegd krijgen, kunnen gedurende vijf jaar niet tot bestuurder of commissaris van een rechtspersoon worden benoemd. Wordt een bestuursverbod opgelegd dan belet het verbod – als hoofdregel – de betrokkene tevens om zijn functie van bestuurder of commissaris bij andere rechtspersonen uit te oefenen.

## 9. Conclusie

Stichtingsbestuurders (al dan niet bezoldigd) zijn volgens dezelfde maatstaven aansprakelijk als bestuurders van commerciële rechtspersonen. Voor zover het bestuurders van professioneel georganiseerde stichtingen betreft die de bestuursfunctie beroepshalve vervullen, kan ik dit billijken. De positie van deze bestuurders verschilt niet wezenlijk ten opzichte van bestuurders van NV's en BV's.

Voor stichtingsbestuurders die hun functie onbezoldigd vervullen, geldt dat zij minder deskundig zijn en minder tijd beschikbaar hebben voor het vervullen van hun functie. Hoewel deze omstandigheid een rol kan spelen in de beoordeling van een disculpatieverweer of reden kan zijn de verplichting tot schadevergoeding te matigen, is dit geen (vaste) regel. Vrijwilligers zullen zich terdege bewust moeten zijn van de verantwoordelijkheid die zij op zich nemen door zitting te nemen in een stichtingsbestuur.

Ontwikkelingen in wetgeving lijken vooral het vizier te richten op bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector waarbij ten onrechte de indruk wordt gewekt dat zij een bijzondere verantwoordelijkheid dragen voor het behartigen van publieke belangen. Het stichtingsbestuur is echter niet verantwoordelijk voor het borgen van publieke belangen en dient daar ook niet op te worden afgerekend.

Uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid tot alle verenigingen en stichtingen zoals voorgesteld in het Voorontwerp is onwenselijk. Voor een verzwaring van de aansprakelijkheid van bestuurders van niet-commerciële rechtspersonen bestaat geen enkele noodzaak. Het kan tot gevolg hebben dat burgers niet langer bereid zijn zitting te nemen in een stichtingsbestuur, hetgeen grote gevolgen zal hebben voor het functioneren van veel stichtingen die draaien op de inzet van vrijwilligers.

82 *Kamerstukken II* 1983/84, 16631 nr. 6 (MvA), p. 1-2.
83 Zie de memorie van toelichting Voorontwerp, p. 7.
84 H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte Veenstra, J.B. Wezeman (Instituut voor Ondernemingsrecht), Reactie op het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, Groningen 2014, par. 4.4.
85 Zie J.B. Wezeman in zijn noot bij Hof Leeuwarden 31 december 2013, *JOR* 2014/156.
86 *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, art. 106a Fw.

# 11 Perspectiefwisseling voor toezichthouders van maatschappelijke organisaties

*Louis Houwen*

## 1. Inleiding

Het is geen toeval dat de beroepsverenigingen voor bestuurders en toezichthouders in de zorg in het voorjaar van 2015 een nieuwe visie over de inrichting van de governance in de zorgsector hebben gepubliceerd. De NVZD nog in betrekkelijk neutrale bewoordingen "*Governance in de zorg, Over besturing en bestuurders in de zorg anno 2015*" maar met een scherpe focus op de verbinding van de leefwereld van cliënten en professionals met de cultuur van bestuurders in de systeemwereld van regulering en controlemechanismen. Door de Commissie Toezien met Hart voor de Zaak van de NVTZ worden toezichthouders in zorg en welzijn onder het prikkelende motto "*De vrijblijvendheid voorbij, Bouwstenen voor goed toezicht in zorg en welzijn*" opgeroepen tot een verbeteringsslag die vooral gericht is op het gedrag en de vaardigheden van het interne toezicht. Beide visiedocumenten benaderen het governancevraagstuk weliswaar vanuit hun eigen – bestuurlijk respectievelijk toezichthoudend – perspectief, maar zijn duidelijk geïnspireerd door het nieuwe overheidsbeleid voor goed bestuur, medezeggenschap en intern toezicht in de zorg: geen "*bakken met regelgeving bij de zorginstellingen naar binnen schuiven*" maar "*samen met het veld kunnen komen tot een meer responsieve bestuurscultuur*" en "*regie en stimulans (...) om de in de zorgsector benodigde cultuurverandering op het gebied van goed bestuur te ondersteunen*", aldus de bewindslieden van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS).[1]

### *1.1 Governancebeleid onderwijs*

Eenzelfde benadering zien wij in het onderwijs waar de Vereniging van Toezichthouders in Onderwijsinstellingen (VTOI) samen met de VO-Raad op basis van de aanbevelingen van de Commissie Goed Onderwijsbestuur VO[2] medio 2015 een aangepaste Code Goed Onderwijsbestuur VO heeft vastgesteld: "*Ging de aandacht voor goed onderwijsbestuur tien jaar geleden nog vooral uit naar de technisch-juridische kant ervan: introductie van intern toezicht, het ontwerpen, regelen en invoeren van passende bestuursmodellen, functies, taak- en bevoegdheidsverdelingen,*

1 *Kamerstukken II* 2014/15, 32012 (Governance in de zorgsector), nr. 23 (Brief van de minister en staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport d.d. 22 januari 2015) en nr. 33 (Verslag van een Algemeen Overleg d.d. 11 juni 2015).

2 '*De letter en de geest, Adviezen voor de versterking van de bestuurskracht in het voortgezet onderwijs*', Eindrapport Commissie Goed Onderwijsbestuur, september 2014.

*reglementen en statuten en verantwoording, nu staan vraagstukken van goed onderwijsbestuur vooral in het licht van culturele en gedragsmatige aspecten en de ethisch-normatieve kant ervan.*" waarbij de nadruk wordt gelegd op het "*ter zake kundig zijn én juist (moreel) gedrag bij toezicht, bestuur en medezeggenschap van onderwijsorganisaties*". Deze branche- en beroepsorganisaties in het onderwijsveld geven daarmee invulling aan het governancebeleid van het ministerie van onderwijs dat na een "*versterking van de bestuurskracht in het onderwijs*" door aanvullende wettelijke maatregelen[3] nu vooral gericht is op een "*versterking van de governance in de praktijk*" door het stimuleren van "*de dialoog over bestuurscultuur en moreel kompas*" in de verschillende sectoren van het onderwijs. Naast een adequaat governancesysteem is een cultuur van publieke waarden nodig. Gedrag, cultuur en professionaliteit zijn van wezenlijk belang voor goed onderwijsbestuur en daarvoor "*is allereerst de sector zelf aan zet; een cultuur wordt immers niet gedicteerd met regels van bovenaf*" volgens de bewindslieden van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW): "*sectorale governancecodes zijn een instrument om afspraken te maken over gedragsregels voor professioneel en ethisch verantwoord handelen van bestuurders en interne toezichthouders*" en daarmee "*ligt het initiatief tot en de verantwoordelijkheid voor governancecodes en gedragscodes bij sectoren en organisaties*" en behoort als zodanig niet tot de systeemverantwoordelijkheid van de overheid.[4]

### *1.2 Herziening corporatiestelsel*

De geheel vernieuwde Governancecode Woningcorporaties 2015 die de Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (VTW) samen met de brancheorganisatie voor woningcorporaties Aedes op 1 mei 2015 voor hun leden hebben ingevoerd, legt ook meer nadruk op cultuur, gedrag en geschiktheid van bestuurders en toezichthouders van woningcorporaties. Vanuit de kwalificatie van woningcorporaties als maatschappelijke ondernemingen, "*dat wil zeggen private ondernemingen die met een maatschappelijke opdracht een volkshuisvestelijke taak uitvoeren*" worden hoge eisen gesteld aan de kwaliteit en transparantie van het bestuur en toezicht. De recente Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting biedt daarvoor een "*uitgebreid wettelijk kader*" en "*aanvullend daarop geeft de Governancecode woningcorporaties 2015 richting aan de wijze waarop bestuur en RvC functioneren en de wijze waarop zij verantwoording afleggen over hun resultaten*", waardoor de nieuwe code volgens de preambule kan bijdragen aan het herstel van het maatschappelijk vertrouwen in de woningcorporatiesector.

3 Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs, *Stb.* 2013, 558; Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen d.d. 8 mei 2014, http://internetconsultatie.nl/wetvbo.

4 *Kamerstukken II* 2013/14, 33495 (Financiële positie van publiek bekostigde onderwijsinstellingen), nr. 35 (Brief van de minister en staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap d.d. 22 januari 2015: Versterking governance in de praktijk); *Kamerstukken II* 2012/13, 33495(Financiële positie van publiek bekostigde onderwijsinstellingen), nr. 10 (Brief van de minister en staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap d.d. 19 april 2013: Versterking bestuurskracht onderwijs); *Kamerstukken II* 2014/15, 34215 (Wijziging van een aantal onderwijswetten in verband met versterking van de bestuurskracht van onderwijsinstellingen), nr. 3 (Memorie van Toelichting).

### *1.3 Cultuuromslag in het semipublieke domein*

Deze actuele beleidsvisies en herziene governancecodes markeren een cultuuromslag in de governance van maatschappelijke organisaties. In plaats van troosteloze verwijzingen naar incidenten met de gebruikelijke regelreflexen, wordt steeds vaker gerefereerd aan best practices van goed functionerende onderwijsinstellingen, woningcorporaties en zorgorganisaties waarvan bestuurders en toezichthouders juist voorbeeldgedrag vertonen. Door kritische zelfregulering via governancecodes en gedragsregels nemen brancheorganisaties en beroepsverenigingen voor bestuurders en toezichthouders in de verschillende sectoren in toenemende mate het initiatief voor kwaliteitsbevordering van bestuur, professionalisering van toezicht en verbetering van de dialoog met respectievelijk horizontale verantwoording aan de stakeholders van deze private organisaties in het semipublieke domein. Daarin staat dan niet meer een verdergaande regulering van organisatiestructuren of sanctionering van besluitvormingsprocessen centraal, maar ligt de focus meer op de gedragsmatige facetten van interne governance en een open cultuur van aanspreekbaarheid en verantwoordelijkheid die hoge eisen stelt aan de geschiktheid, professionaliteit en integriteit van bestuurders en interne toezichthouders. Na een kort overzicht van de ontwikkeling van het interne toezicht in de semipublieke sector, bespreek ik in dit hoofdstuk de belangrijkste (tendensen in de) juridische consequenties van deze cultuuromslag voor toezichthouders van maatschappelijke organisaties in het onderwijs, de zorg en de sociale volkshuisvesting. Meer in het bijzonder zullen daarbij dan ook de actuele thema's op het gebied van gedragsnormering, kwaliteitseisen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid alsmede correctiemechanismen voor disfunctionerende toezichthouders aan de orde komen.

## 2. Professionalisering van het interne toezicht bij maatschappelijke organisaties

In een recent Algemeen Overleg met de vaste commissie voor VWS van de Tweede Kamer wordt melding gemaakt van de voortschrijdende professionalisering van de governance van zorginstellingen: "*Eigenlijk is er een professionaliseringsslag nodig in de zorg. Die is niet alleen nodig, maar die is volop gaande. Je ziet dat intern toezicht veel minder de erebaan van vroeger is en veel meer een professie wordt.*", aldus de minister. Daarmee refereert de minister van VWS aan de ontwikkelingen die zich sinds de eeuwwisseling geleidelijk hebben voltrokken ten aanzien van toezicht op de besturing en het primaire proces van zorgorganisaties, onderwijsinstellingen en woningcorporaties. Ontwikkelingen die enigszins vergelijkbaar zijn met de sterk toegenomen formalisering en verdergaande professionalisering van het commissariaat in het (internationale) bedrijfsleven van de afgelopen decennia. Door de algemene wettelijke regulering van het interne toezicht bij (structuur)vennootschappen en de zelfregulering via de Nederlandse Corporate Governancecode van beursgenoteerde vennootschappen heeft de (verplichte) raad van commissarissen gewichtige taken, bevoegdheden en verantwoor-

delijkheden in de vennootschappelijke organisatie gekregen. Aan de samenstelling en het functioneren van de raad van commissarissen als collectief en de deskundigheid, onafhankelijkheid en geschiktheid van individuele commissarissen worden in dat verband steeds hogere eisen gesteld. Zij worden ook steeds meer publiekelijk en in allerlei juridische procedures op hun verantwoordelijkheid aangesproken.

### 2.1 *Intern toezicht semipubliek domein*

De formalisering en professionalisering van het interne toezicht in het semipublieke domein is weliswaar van recentere datum en kent als zodanig (nog) geen algemene wettelijke basis, maar vertoont duidelijke raakvlakken met deze ontwikkeling van het commissariaat in de (internationale) ondernemingspraktijk. Maatschappelijke organisaties, of scherper geformuleerd, privaatrechtelijke rechtspersonen met een maatschappelijke doelstelling, in de zorg-, onderwijs- en de sociale huursector worden nadrukkelijk aangesproken op hun ondernemerschap. De mate waarin en de wijze waarop laat, vooral onder de invloed van de politieke getijdenstroom en voorgevallen incidenten, een golfbeweging zien met (per saldo) een terugtredende overheid die door institutionele hervormingen en marktwerkingsoperaties de autonomie van deze maatschappelijke ondernemingsvormen gestaag vergroot. Zorg- en onderwijsinstellingen en, thans in wat minder mate, woningcorporaties kunnen hun maatschappelijke doelstelling hierdoor betrekkelijk zelfstandig realiseren en dragen bijgevolg zelf de operationele en financiële verantwoordelijkheid voor hun eigen bedrijfsvoering en het primaire proces. De betrokken vakdepartementen richten zich daarbij vooral op hun 'stelselverantwoordelijkheid' voor de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de maatschappelijke dienstverlening. Door middel van sectorspecifieke wetgeving wordt het externe toezicht van overheidswege in toenemende mate vervangen door intern toezicht vanuit private governancestructuren: "*Door te stimuleren dat zorgorganisaties hun interne processen meer op orde hebben, is het mogelijk voor externe toezichthouders om daar meer op te steunen.*", hetgeen volgens de nieuwe beleidslijn van de overheid moet bijdragen tot lastenvermindering en merkbaar minder regeldruk.[5]

### 2.2 *Formele governance: publiekrechtelijke sectorwetgeving*

In veel sectoren van het semipublieke domein heeft dit voortschrijdend proces van liberalisering aanleiding gegeven tot publiekrechtelijke sectorwetgeving voor het interne toezicht van maatschappelijke organisaties. Door middel van aanvullende overheidsregulering wordt dan ofwel een afzonderlijk toezichthoudend orgaan via een dualistisch bestuursmodel verplicht gesteld ofwel een scheiding van bestuur en toezicht voorgeschreven waarvoor ook andersoortige governancemodellen in aanmerking komen.

5 *Kamerstukken II* 2014/15, 29515 (Aanpak regeldruk en administratieve lasten), nr. 364 (Brief van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport d.d. 2 juli 2015).

### *2.2.1 Dualistisch bestuursmodel*

In het hoger en wetenschappelijk onderwijs en de corporatiesector voorziet de sectorale wetgeving expliciet in een dualistisch bestuursmodel met een raad van toezicht. Openbare universiteiten en hogescholen dienen, naast een college van bestuur, te beschikken over een afzonderlijke raad van toezicht die verantwoording verschuldigd is aan de minister van OCW en waarvan de leden ook rechtstreeks door de minister worden benoemd, geschorst en ontslagen. Naast de algemene toezicht- en adviesfunctie heeft deze raad van toezicht ook een aantal specifieke wettelijk taken met betrekking tot (onder andere): de samenstelling en bezoldiging van het college van bestuur; de goedkeuring van beleidsplannen, begrotingen en jaarrekeningen; de naleving van wettelijke verplichtingen en de toepasselijke governancecode door het college van bestuur; de rechtmatige verwerving en doelmatige en rechtmatige besteding van de onderwijsgelden; en het systeem van kwaliteitszorg. Aan de samenstelling en onafhankelijkheid van de (leden van de) raad van toezicht worden hoge eisen gesteld en in geval van (financieel of kwalitatief) wanbeheer kan de minister van OCW deze raad van toezicht zelfs rechtstreeks aanwijzingen geven. Voor de governance van bijzondere universiteiten kan, met overeenkomstige toepassing van de wettelijke taken, bevoegdheden en verantwoording, statutair worden volstaan met een functionele scheiding tussen bestuur en toezicht als de eigen aard van een bijzondere universiteit dat wenselijk maakt.[6]

Voor woningcorporaties voorziet de Woningwet sinds 1 juli 2015 eveneens in een dualistisch bestuursmodel met een afzonderlijke raad van toezicht. Daarvoor was een basale verplichting tot instelling van een toezichthoudend orgaan nog opgenomen in een (voormalig) uitvoeringsbesluit (BBSH) maar sinds de integrale herziening van ons corporatiestelsel wordt de aanwezigheid van een raad van toezicht in de governancestructuur van toegelaten instellingen dwingendrechtelijk voorgeschreven en in detail gereguleerd door de nieuwe Woningwet.[7] Op grond van deze sectorale regelgeving, waarvan het oorspronkelijke wetsvoorstel overigens nog uit 2011 dateert, dienen woningcorporaties voortaan over een raad van toezicht van ten minste drie of meer commissarissen te beschikken die deze functie ten hoogste acht jaar kunnen vervullen. Om de publieke huisvestingsbelangen beter te borgen, worden deze commissarissen door de raad van toezicht zelf benoemd en kunnen zij slechts wegens ernstige taakverwaarlozing of andere gewichtige redenen en ingrijpende wijzigingen van omstandigheden door de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam worden ontslagen op initiatief van het bestuur, de raad van toezicht of de minister van BZK. Samenstelling, deskundigheid en onafhankelijkheid van de (commissarissen die deel uitmaken van de) raad van toezicht worden nadrukkelijk geadresseerd en ter voorkoming van (de schijn van) belangenverstrengeling voorziet de Woningwet in een indrukwekkende catalogus

6 Artikel 9.7-9.9a Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek jo. artikel 9.51 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.
7 Artikel 30-33 Woningwet jo. artikel 25-26 Woningwet.

van onverenigbare functies. Nieuw is bovendien de 'fit-and-proper'-test: voor de benoeming van een commissaris moet de minister de geschiktheid en betrouwbaarheid van de kandidaat beoordelen en een positieve zienswijze hebben uitgebracht. Voor de (commissarissen van de) raad van toezicht van woningcorporaties is, naast een arsenaal aan (goedkeurings)bevoegdheden, voortaan ook een algemene taakomschrijving en een specifieke gedragsnorm in de nieuwe wet opgenomen, waarin het maatschappelijk belang van de volkshuisvesting expliciet is verdisconteerd. In het verlengde van deze normstelling wordt het interne aansprakelijkheidsregime van artikel 9 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW), evenals bij pensioenfondsen, van overeenkomstige toepassing verklaard op de taakvervulling door commissarissen van woningcorporaties. Disfunctionerende commissarissen kunnen daardoor, volgens de minister, gemakkelijker verantwoordelijk en persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de schadelijke gevolgen van hun optreden.

Deze dualistische bestuurs- en toezichtstructuur met de gedetailleerde codificatie van het raad van toezichtmodel is volgens de wetgever in de corporatiesector noodzakelijk voor een robuust onafhankelijk en professioneel toezicht. Het laat woningcorporaties echter weinig ruimte voor maatwerk bij de inrichting van hun governancestructuur. Meer in het bijzonder staat een dergelijke 'one-size-fits-all'-benadering in de weg aan een monistisch bestuursmodel met een 'one-tier-board' van uitvoerende en toezichthoudende bestuurders. In de zorgsector geldt al geruime tijd een weliswaar dualistisch maar minder stringent stelsel. Op grond van de Transparantie-eisen van het Uitvoeringsbesluit WTZi moeten toegelaten zorginstellingen beschikken over "*een orgaan dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad terzijde staat*" en kan "*geen persoon (...) tegelijk deel uitmaken van het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding*". Ter voorkoming van belangenverstrengelingen wordt deze basiseis verder nog aangevuld door een algemene onafhankelijkheidsnorm ten aanzien van de samenstelling van het toezichthoudend orgaan en een statutaire vastlegging van de verantwoordelijkheidsverdeling respectievelijk interne conflictregeling tussen beide organen met toekenning van enquêtebevoegdheid aan een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt. Deze basisnormen verplichten dwingendrechtelijk tot de instelling van een toezichthoudend orgaan en worden door het CIBG, een ambtelijke uitvoeringsorganisatie van het ministerie van VWS, nog wel enigszins aangescherpt, maar voor het overige kunnen zorginstellingen zelf invulling geven aan hun interne organisatie. Een monistische bestuursstructuur behoort in dat verband weliswaar niet meer tot de mogelijkheden, maar een raad van beheermodel met een algemeen bestuur dat toezicht houdt op de statutaire directie of een dualistisch bestuursmodel met een constituerend bestuur en een afzonderlijk dirigerend bestuursorgaan zijn in de zorgsector nog steeds toegestaan.

### 2.2.2 *Organieke, functionele of feitelijke functiescheiding*

In het onderwijs geldt sinds 2009 een functiescheiding bij de inrichting van het interne governancemodel: bijzondere instellingen in het middelbaar beroepsonderwijs en de volwasseneneducatie van de bve-sector, het primair, voortgezet en bijzonder onderwijs moeten op grond van de toepasselijke sectorale onderwijswetgeving zorgen voor een strikte scheiding tussen de bestuurlijke en toezichthoudende functies. De vorm en uitwerking van deze functiescheiding kunnen zij in principe zelf bepalen. Naast een organieke scheiding via een dualistisch bestuursmodel met een raad van toezicht en een college van bestuur als afzonderlijke organen kunnen deze onderwijsinstellingen ook opteren voor een functionele scheiding via het monistisch bestuursmodel met één bestuursorgaan dat uit een algemeen en dagelijks bestuur of uitvoerende en toezichthoudende bestuurders bestaat. Zelfs een louter feitelijke scheiding blijft mogelijk via het klassieke instructiemodel waarbij de directie onder verantwoordelijkheid en toezicht van het stichtingsbestuur dagelijks leiding geeft aan het onderwijs en de organisatie van de school. Ten aanzien van al deze bestuursmodellen worden vervolgens de algemene toezicht- en adviesfunctie en een aantal specifieke taken en (goedkeurings)bevoegdheden aan het toezichthoudend orgaan, geregeld in de verschillende sectorale onderwijswetten. Het samenstel van wettelijke en statutaire taken en bevoegdheden dient zodanig te zijn ingericht dat de interne toezichthouders een deugdelijk en onafhankelijk toezicht kunnen uitoefenen. De onderwijswetgeving met betrekking tot het bestuur en intern toezicht is in 2014 nog uitgebreid met een rechtstreekse aanwijzingsbevoegdheid van de minister van OCW in geval van (financieel of kwalitatief) wanbeheer van bestuurders en toezichthouders.[8]

## 2.3 *Materiële governance: sectorale governancecodes*

Met uitzondering van de instructienorm voor commissarissen van woningcorporaties in de recente Woningwet, heeft deze publiekrechtelijke sectorwetgeving voornamelijk betrekking op de formele governance van maatschappelijke organisaties. Het gaat hier vooral om organisatie- en allocatieregels voor de bestuursstructuur en de samenstelling, taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het toezichthoudend orgaan. Voorschriften omtrent het functioneren van individuele toezichthouders en inhoudelijke gedragsnormen (de materiële governance) worden, naast formele governanceprincipes en best practice-bepalingen voor de interne organisatiestructuur, hoofdzakelijk opgenomen in sectorale governancecodes. Zo dienen toezichthouders in de zorgsector zich bij de vervulling van hun taak nadrukkelijk te richten naar "*het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming*" die als "*hoofddoelstelling het bieden van (...) cliëntgerichte, veilige en betaalbare zorg (...) via een doelmatige en transparante bedrijfsvoering*"

8 Wijziging Wet educatie en beroepsonderwijs inzake colleges van bestuur en raden van toezicht, (wet van 12 maart 2009, *Stb.* 2009, 151); Wet goed onderwijs, goed bestuur, (wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010, 80); en Wet versterking bestuur hoger onderwijs, (4 februari 2010, *Stb.* 2010, 119); respectievelijk Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs, *Stb.* 2013, 558.

heeft en "*daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden*" op een zorgvuldige, onafhankelijke en evenwichtige wijze af te wegen. De representatieve brancheorganisaties in de verschillende corporatie-, zorg- en onderwijssectoren hebben daartoe in het afgelopen decennium sectorspecifieke governancecodes opgesteld, zoals de Governancecode Woningcorporaties van Aedes en VTW, de Zorgbrede Governancecode van de BoZ, de Code Goed Bestuur in het primair onderwijs van de PO-Raad, de Branchecode goed bestuur in het mbo van de MBO-Raad, de Code Goed Onderwijsbestuur VO van VTOI en de VO-Raad, de Branchecode Governance HBO van de HBO-Raad en de Code goed bestuur universiteiten van de VSNU. Het interne toezicht van maatschappelijke organisaties wordt door deze sectorale overheidswetgeving en private zelfregulering verder geformaliseerd en ondergaat mede daardoor ook in de semipublieke sector een professionaliseringsslag.[9]

## 3. Van sectorspecifiek organisatierecht naar generieke gedragsnormering

In 2013 plaatsten Baarsma en Lückerath-Rovers kritische kanttekeningen bij de '*wildgroei*' aan governancecodes voor private ondernemingen, maar met name ook semipublieke organisaties die zich vooral richten "*op de vormgeving van de randvoorwaarden en de processen, en minder op de invulling van gedrag of de rol van bestuurders en commissarissen*".[10] Juridisch vertaald: governancecodes behelzen voornamelijk organisatierecht en besteden weinig aandacht aan gedragsnormering. Zij verwijzen in dat verband naar de Britse Financial Reporting Council (FCR) die al in 2011 een algemene leidraad voor effectief functionerende boards publiceerde: de '*Guidance on Board Effectiviness*'. Deze richtlijn voor goed bestuur vormt de resultante van de voortschrijdende ontwikkelingen in de Angelsaksische governancepraktijk en concretiseert de formele kaders van de governancecode inhoudelijk:

"*The UK Corportate Governance Code has evolved since it was first introduced in 1992. It has always placed great importance on clarity of roles and responsibilities, and on accountability and transparancy. It has become increasingly clear in the intervening period that, while these are necessary for good governance, they are not sufficient on their own. Boards need to think deeply about the way in wich they carry out their role and the behaviours that they display, not just about the structures and processes that they put in place. This change of emphasis is reflected in the most recent edition of the UK Corporate Governance Code, published in 2010, and also in this guidance.*",

9 R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties?*, Assen: Van Gorcum 2012, p. 7-32; L.G.H.J. Houwen, *Van maatschappelijk belang, maatschappelijk ondernemerschap als normatief governancemodel* (oratie Tilburg University, 2011), p. 31-48 en 'Zorgbrede Governancecode: van enquête naar aansprakelijkheid', *TvGR* 2006-6, p. 386-400.

10 B.E. Baarsma & M. Lückerath-Rovers, Governance, *Tijdschrift voor Toezicht* 2013 (4), p. 3-6.

aldus de Financial Reporting Council. Een enigszins vergelijkbare benadering zien wij momenteel ook in belangrijke sectoren van het semipublieke domein: anno 2015 begint zich een kentering af te tekenen in de regulering van de governance van maatschappelijke organisaties waarbij (i) meer nadruk wordt gelegd op de normering van het gedrag van bestuurders en toezichthouders; door (ii) een sectoroverstijgend governancebeleid. Dat geldt zowel voor de (sectorale) overheidswetgeving als voor de zelfregulering door de betrokken brancheorganisaties in het onderwijs, de zorg en de sociale woningbouw.

### *3.1 Sectoroverstijgend gedragsrecht*

Onder verwijzing naar de talloze incidenten in deze sectoren en in reactie op de aanbevelingen van de Commissie Behoorlijk Bestuur in haar rapport '*Een lastig gesprek*' over de governance van semipublieke organisaties, constateert het kabinet dat de governancestructuren in het semipublieke domein vaak onvoldoende zijn meegegroeid met de veranderende omstandigheden en dat een samenhangende aanpak op het gebied van ordening, sturing en toezicht nodig is voor een effectieve borging van de publieke belangen in de verschillende sectoren. Dat heeft op financieel gebied inmiddels geresulteerd in een gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht van de minister van Financiën als leidraad voor de vervulling van de bestuurlijke en toezichthoudende taken.[11] Op juridisch terrein worden in het kader van de voorgenomen herziening van ons rechtspersonenrecht concrete beleidsvoorstellen met algemeen geldende basisnormen voor goed bestuur, professioneel toezicht en een regeling van het tegenstrijdig belang van stichtingen en verenigingen ontwikkeld. Met deze wijziging van het Burgerlijk Wetboek beoogt het kabinet "*vanuit het aansprakelijkheidsrecht gewenst gedrag van bestuurders en toezichthouders te stimuleren en ongewenst gedrag te ontmoedigen, om zo het bestuur en het interne toezicht bij instellingen in semipublieke sectoren te verbeteren*".[12] De branche- en beroepsorganisaties in het voortgezet en middelbaar beroepsonderwijs (VO-Raad, VTOI en MBO-Raad) en in de corporatiesector (Aedes en VTW) hebben onlangs nieuwe goveranancecodes voor hun leden vastgesteld waarin nadrukkelijk soft controls, zoals kernwaarden, cultuur, moreel gedrag, leiderschap en professionaliteit als leidraad voor goed bestuur en professioneel toezicht worden geformuleerd. De praktische implicaties van deze verschuiving van sectorspecifieke organisatierecht naar een meer generieke gedragsnormering in zowel de voorgestelde wetgeving als de herziene governancecodes zal ik hierna kort schetsen.[13]

11 Achtereenvolgens: *Kamerstukken II* 2013/14, 28479, 69 (Kabinetsreactie rapport Commissie Behoorlijk Bestuur); *Kamerstukken II* 2013/14, 33822, 1 (Financieel beheer en toezicht semipublieke sector).

12 *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, 31 (Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren) en Consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen d.d. 6 februari 2014: www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen.

13 Vgl. voor de toenemende aandacht voor de gedragsmatige aspecten van goed ondernemingsbestuur ook de recente oraties van K. Cools, *Ghandi in Governance* (oratie Tilburg University, 2014) en E.L.H.M. van de Loo, *Schaduwen in de Boardroom* (oratie Tilburg University, 2014).

### 3.2 *Herzieningswet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen*

In verband met de voorgenomen herziening van het algemene rechtspersonenrecht en de wettelijke regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 van ons Burgerlijk Wetboek heeft de minister van Veiligheid en Justitie in het voorjaar van 2014 een ambtelijk voorontwerp gepubliceerd dat de kwaliteit van de governance in de semipublieke sector moet verbeteren: de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR).

#### 3.2.1 *Wettelijke grondslag intern toezicht*

Daartoe voorziet het wetsontwerp allereerst in een wettelijke grondslag voor het toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen. De huidige wettelijke regeling van beide rechtsvormen kent als zodanig geen afzonderlijk orgaan met een algemene toezicht- en adviesfunctie. Dat wordt algemeen als een gemis ervaren, hoewel de ruime inrichtingsvrijheid en de flexibiliteit van het verenigingen- en stichtingenrecht maatschappelijke organisaties al sedert jaar en dag voldoende ruimte biedt om in hun statutaire governancestructuur zelf te voorzien in een dergelijk toezichthoudend orgaan. In de semipublieke sector heeft dat geresulteerd in de ontwikkeling van het raad van toezichtmodel met een bestuur dat belast is met de algemene en dagelijkse leiding van de instelling en een raad van toezicht die, naast de werkgeversfunctie, een toezichthoudende en adviserende taak heeft. Het voorontwerp vormt in wezen een codificatie van deze praktijk van zelfregulering en voorziet in de wettelijke mogelijkheid om voortaan statutair een toezichthoudend orgaan in te stellen dat uit een of meer natuurlijke personen bestaat. Daarmee creëert de wetgever een algemene privaatrechtelijke grondslag voor de taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van interne toezichthouders bij verenigingen en stichtingen. Dit algemeen wettelijk kader kan dan ook een solide basis vormen voor aanvullende sectorspecifieke normering van het intern toezicht door publiekrechtelijke wetgeving respectievelijk private governancecodes van de betrokken vakdepartementen en brancheorganisaties.

#### 3.2.2 *Taak- en functieomschrijving toezichthoudend orgaan*

Aan de raad van toezicht of raad van commissarissen van een stichting of vereniging wordt vervolgens een algemene controlerende taak en adviesfunctie met schorsingsbevoegdheid toegekend: "*Het toezichthoudend orgaan heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vereniging/stichting en de met haar verbonden organisatie. Het toezichthoudend orgaan staat het bestuur met raad ter zijde.*" en is in dat verband "*bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen*".[14] In de statuten en sectorale wet- en regelgeving kunnen daarnaast aanvullende taken en bevoegdheden aan het interne toezicht worden toegekend. Deze wettelijke taakomschrijving wordt door

14 Artikel 47/292a lid 2 en lid 3 BW voorontwerp WBTR.

het ambtelijke voorontwerp vooral in de sleutel van de persoonlijke aansprakelijkheid van de individuele toezichthouders geplaatst. De wetgever wil hiermee meer duidelijkheid verschaffen over de taken en bevoegdheden van de interne toezichthouders zodat zij beter weten wat er van hen verwacht wordt en zij daar ook beter op afgerekend kunnen worden: de drempel voor persoonlijke aansprakelijkstelling zou daarmee worden verlaagd. Dat is echter nog maar de vraag omdat taken, bevoegdheden en zorgplichten van bestuurders en toezichthouders van zorgorganisaties, woningcorporaties en schoolinstellingen nu al veel meer in detail worden geregeld door de betreffende sectorwetgeving en toepasselijke governancecodes en doorgaans verder worden uitgewerkt in hun statuten en reglementen. De algemeen geformuleerde taak- en functieomschrijving van het toezichthoudend orgaan in de nieuwe wetgeving heeft in dat opzicht maar weinig meerwaarde en hoeft dan ook niet direct tot een verlaging van de aansprakelijkheidsdrempel aanleiding te geven. Een dergelijke basisnorm kan wel een nuttige functie vervullen bij de onderlinge afstemming tussen de wettelijke systematiek van het (algemene) rechtspersonen- en vennootschapsrecht en de sectorspecifieke wetgeving respectievelijk branchegericht governancecodes.

### *3.2.3 Uniformering gedragsnormen toezichthouders*

De wettelijke grondslag en taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan voor verenigingen en stichtingen vormt in het voorontwerp de basis voor een uniformering van de gedragsnormen voor toezichthouders van alle rechtspersonen en een algemene regeling van het tegenstrijdig belang. Ieder lid van het toezichthoudend orgaan is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en verantwoordelijk voor het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken. In de toelichting op deze wettelijke inspanningsverplichting wordt uitdrukkelijk gerefereerd aan de geschiktheidseisen en de (pro)actieve taakopvatting voor individuele toezichthouders. Zij dienen op hun taak berekend te zijn en – objectief bezien – te beschikken over het vereiste inzicht en de bekwaamheid voor hun toezichthoudende functie waar zij op een actieve wijze invulling aan moeten geven. Het bestuur dient de raad van toezicht daarvoor weliswaar tijdig alle benodigde gegevens te verschaffen, maar dat laat de eigen verantwoordelijkheid van individuele toezichthouders om zich te voorzien van alle noodzakelijke informatie onverlet. Proactief optreden, zonder overigens op de stoel van de bestuurder te gaan zitten, en actieve informatievergaring behoren uitdrukkelijk tot de verantwoordelijkheid voor een behoorlijke taakvervulling, zeker als zich binnen de organisatie (signalen van) problemen voordoen. De geschiktheidseis voor commissarissen van woningcorporaties is inmiddels opgenomen in de nieuwe Woningwet, maar vormt evenals de verplichting tot informatievergaring respectievelijk proactief optreden op grond van de jurisprudentie en governancecodes ook in de overige sectoren van het semipublieke domein een wezenlijk onderdeel van professioneel intern toezicht.

Bij de vervulling van zijn toezichthoudende taak dient iedere toezichthouders zich op grond van het algemene rechtspersonenrecht "*te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie*" en "*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*" van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie.[15] De wetgever formuleert met deze gedrags- en verantwoordingsnorm een algemeen richtsnoer voor de vervulling van de toezichthoudende taak, op grond waarvan individuele toezichthouders de belangen van alle betrokken stakeholders van de organisatie zelfstandig, onafhankelijk en op een zorgvuldige wijze in hun afweging en besluitvorming moeten betrekken zonder daarbij afzonderlijke deelbelangen of eigen persoonlijke belangen te laten prevaleren. In het semipublieke domein brengt de maatschappelijke functie, taakopdracht en verantwoordelijkheid van maatschappelijke organisaties naar mijn mening met zich dat de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de dienstverlening integraal onderdeel uitmaken van het belangenspectrum waar het interne toezicht zich op grond van deze algemene instructienorm naar moet richten bij de uitoefening van zijn taak. Afzonderlijke vermelding van deze gedragsnorm respectievelijk de onderscheiden maatschappelijke belangen in sectorale wetgeving, zoals in de nieuwe Woningwet op grond waarvan de commissarissen zich dienen te richten "*naar het belang van de toegelaten instelling en de door haar in stand gehouden onderneming, met een bijzondere nadruk op het nagestreefde maatschappelijk belang*", is dan niet meer nodig.[16]

### *3.2.4 Aanscherping persoonlijk aansprakelijkheidsregime*

De inspanningsverplichting van de leden van de raad van toezicht om hun taak behoorlijk te vervullen en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden (maatschappelijke) organisatie, resulteert volgens het ambtelijk voorontwerp in een collectieve verantwoordelijkheid voor het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken. Individuele toezichthouders kunnen voortaan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld als zij tekortschieten in hun toezichthoudende taak. Zij zijn dan intern jegens de stichting of vereniging hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade die door onbehoorlijk toezicht is veroorzaakt, tenzij een toezichthouder zich kan disculperen door aan te tonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk toezicht af te wenden. De regeling van de interne aansprakelijkheid van toezichthouders wordt daarmee uitgebreid tot alle stichtingen en verenigingen in het semipublieke domein. Dat geldt ook voor de externe aansprakelijkheid in geval van faillissement: toezichthouders kunnen dan door de curator persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor het boedeltekort als de raad van toezicht zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

15 Artikel 9/9a lid 1 en lid 3 BW voorontwerp WBTR.
16 Meer uitvoerig hierover: L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014-4, p. 142-145.

Onder de huidige wetgeving is dat nog alleen mogelijk voor zogenaamde commerciële stichtingen en verenigingen die onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting, waardoor (bestuurders en toezichthouders van) maatschappelijke organisaties doorgaans niet onder de reikwijdte van dit aansprakelijkheidsregime vallen. Met de invoering van een algemene regeling voor de interne en externe aansprakelijkheid van toezichthouders van verenigingen en stichtingen appelleert de wetgever aan de disciplinerende (preventieve en repressieve) werking van het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van de bestuurscultuur en het functioneren van het interne toezicht van maatschappelijke organisaties in het semi-publieke domein.

### *3.2.5 Ontslagvoorziening disfunctionerende toezichthouders*

Ten slotte voorziet het voorgenomen wetsontwerp in een correctiemechanisme voor disfunctionerende toezichthouders door een uitbreiding van de huidige ontslagregeling voor bestuurders van stichtingen tot de leden van het toezichthoudend orgaan. Bovendien worden de ontslaggronden van deze wettelijke voorziening verruimd waardoor een bestuurder of toezichthouder op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie door de rechtbank kan worden ontslagen als hij door zijn gedrag "*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*".[17] In het oorspronkelijke consultatievoorstel voor de versterking van de bestuurskracht onderwijsinstellingen werd deze ontslagvoorziening uit het stichtingenrecht zelfs van toepassing verklaard op het interne toezicht van andere rechtspersonen die een bijzondere school in stand houden.[18] Voor maatschappelijke organisaties (in de stichtingsvorm) zou deze mogelijkheid om toezichthouders te controleren en zo nodig te corrigeren wellicht een bijdrage kunnen leveren aan de versterking van de interne checks and balances van maatschappelijke organisaties. Toch is hier enige terughoudendheid geboden vanwege de ruime werking en ingrijpende consequenties van een dergelijk rechtsmaatregel waarbij waarborgen tegen lichtvaardig gebruik ontbreken en een brede kring van belanghebbenden niet alleen op grond van rechtmatigheidsaspecten, maar ook doelmatigheidsoverwegingen ten aanzien van het instellingsbeleid of zelfs concrete besluiten en uitvoeringsmaatregelen het ontslag van een commissaris of zelfs van alle interne toezichthouders aan de rechtbank kan verzoeken. Invoering van een algemene ontslagregeling vergt bovendien zorgvuldige afstemming met sectorspecifieke voorzieningen, zoals het enquêterecht dat aanvankelijk (in de zorgsector) als remedie tegen disfunctionerende toezichthouders is geïntroduceerd en waarvan de ervaringen nogal wisselend zijn,[19] of de bijzondere ontslagvoorziening bij de Ondernemingskamer voor commissarissen van woningcorporaties in de nieuwe Woningwet.

17 Artikel 298 lid 1 en lid 5 BW voorontwerp WBTR.
18 Consultatiedocument Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen d.d. 8 mei 2014, http://internetconsultatie.nl/wetvbo.
19 Vgl. recentelijk nog: OK 3 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:20660, ARO 2015/158 (*Sint Maartenskliniek*).

### 3.3 *Herziening governancecodes onderwijs en corporatiesector*

De nieuwe versies van de governancecodes die onlangs door de brancheorganisaties en beroepsverenigingen in het onderwijs en de corporatiesector zijn vastgesteld, richten zich eveneens meer op de bestuurscultuur en (normering van) het gedrag van bestuurders en toezichthouders. Dat zal ook in de zorgsector een relevant aandachtspunt vormen bij de herziening van de Zorgbrede Governancecode 2010. De bewindslieden van VWS hebben onlangs aangekondigd dat zij voorlopig afzien van een herziening van de sectorale governancewetgeving via een separate wet Goed Bestuur, maar samen met het veld tot een '*meer responsieve bestuurscultuur*' willen komen. Deze '*cultuurverandering op het gebied van goed bestuur*' zal onder andere door een uitbreiding van de governancecode moeten worden bewerkstelligd.

#### 3.3.1 *Goed Onderwijsbestuur VO*

In de herziene Code Goed Onderwijsbestuur VO van de VTOI en VO-Raad wordt een drietal centrale uitgangspunten geformuleerd voor het realiseren van een cultuur en praktijk van goed bestuur in het voortgezet onderwijs. Het eerste uitgangspunt adresseert de zachte kanten van goed bestuur: "*cultuur, gedrag, leiderschap, professionaliteit en discussie over, afweging bij en handelen naar normen en waarden*" en dit wordt uitgewerkt in een aantal voorbeelden van maatregelen en mechanismen voor het bevorderen van de zachte kanten van goed bestuur op sector- en organisatieniveau. Het gaat dan vooral om een collegiale aanspreekcultuur, collegiale bestuurlijke visitatie, het expliciteren van de normen en waarden, het betrachten van transparantie en bevorderen van waarheidsspreken ('parrhêsia') en het nastreven van evenwichtige verhoudingen in de organisatiestructuur en -cultuur door onder andere een breed draagvlak voor het bestuurlijk handelen en het stimuleren van een optimale medezeggenschap in de onderwijsorganisatie. Daarnaast wordt de focus op de publieke belangen van het (voortgezet) onderwijs als uitgangspunt van de herziene governancecode gehanteerd. Daarbij horen kernwaarden als "*integriteit, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, verantwoordelijkheid, rechtmatigheid, openheid en tranparantie*" voor de wijze waarop bestuurders en toezichthouders hun bestuurlijke respectievelijk toezichthoudende taken vervullen. Goed onderwijsbestuur vereist ten slotte een horizontale dialoog met de (prioritaire, interne en externe) stakeholders om als knooppunt tussen de interne organisatie van de school en de omgeving te fungeren. Deze uitgangspunten vormen de context voor een zestal lidmaatschapseisen van de VO-Raad en 47 min of meer concrete richtlijnen voor goed bestuur waarvoor het 'pas toe of leg uit'-principe geldt.

#### 3.3.2 *Branchecode goed bestuur mbo*

Een vergelijkbare systematiek hanteert de MBO-Raad in de Branchecode goed bestuur in het mbo. Deze governancecode maakt een onderscheid tussen (i) soft

controls die niet in regels maar vooral in "*kernwaarden, cultuur, gedrag, bestuurlijk vermogen, leiderschap en professionaliteit*" zijn te vatten; en (ii) hard controls die als lidmaatschapseisen door de branchevereniging worden gehandhaafd. De soft controls gelden als leidraad voor goed bestuur en worden als principes en uitgangspunten nader uitgewerkt in de herziene code. Het gaat dan vooral om het dienen van publieke belangen, het hanteren van kernwaarden (integriteit, betrouwbaarheid, zorgvuldigheid, verantwoordelijkheid, rechtmatigheid, openheid en transparantie), een sobere en bescheiden bestuurscultuur, voorbeeldgedrag met oog voor de menselijke maat en het nemen van verantwoordelijkheid voor de goede kwaliteit van het onderwijs en een verantwoorde bedrijfsvoering, voldoende deskundigheid en bestuurlijk vermogen om een knooppunt te vormen tussen de omgeving en de interne organisatie en 'in control te zijn' alsmede het organiseren van tegenspraak door dialoog en medezeggenschap. De raad van toezicht wordt op instellingsniveau als '*hoeder van deze principes en uitgangspunten*' bestempeld. De hard controls vertaalt de code in (i) concrete verantwoordelijkheden van de colleges van bestuur die als lidmaatschapseisen gelden en door (een onafhankelijke monitoringscommissie van) de MBO-Raad worden gehandhaafd; en in (ii) richtinggevende aanbevelingen aan de raden van toezicht.

### *3.3.3 Governancecode Woningcorporaties 2015*

In de meest recente herziening van de governancecode voor woningcorporaties door Aedes en VTW wordt meer aandacht besteed aan cultuur en gedrag dan in de vorige versie die nog sterk georiënteerd was op de Corporate Governance Code. De nieuwe corporatiecode kent vijf leidende principes voor bestuur en toezicht die nader worden uitgewerkt in een aantal best practice-bepalingen waarvan afwijking op basis van het 'pas toe of leg uit'-principe slechts in beperkte mate mogelijk is. Bestuurders en commissarissen dienen waarden en normen te hanteren die passen bij de maatschappelijke opdracht van woningcorporaties: "*Dat vraagt om organisaties met een integere en open cultuur waarbinnen ruimte is voor reflectie en tegenspraak.*", aldus het eerst corporatieprincipe. Zij zijn volgens het tweede principe aanspreekbaar op de maatschappelijke en financiële prestaties van de woningcorporatie respectievelijk de uitoefening van hun toezichthoudende functie. In navolging van de nieuwe Woningwet refereert deze governancecode vervolgens aan de actuele geschiktheidsnormen voor het bestuur en de raad van commissarissen en werkt die verder uit in een groot aantal concrete organisatieregels en gedrags- en integriteitsnormen. De dialoog met de interne en externe belanghebbenden wordt in het vierde principe verwoord. Als laatste principe adresseert de code de verantwoordelijkheid van het bestuur voor de (financiële) risicobeheersing en het toezicht van de raad van commissarissen op de beheersingsmaatregelen die ook nadrukkelijk moeten appelleren aan het risicobesef en de moraal binnen de corporatie. Handhaving van deze principes en best practice-bepalingen wordt verenigingsrechtelijk via Aedes en VTW door tussenkomst van de Commissie AedesCode geëffectueerd.

## 4. Tot besluit: perspectiefwisseling toezicht

Het nieuwe governancebeleid van de overheid en de zelfregulering vanuit de brancheorganisaties in het onderwijs, de gezondheidszorg en sociale woningbouw vertonen een aantal belangrijke tendensen: (i) een sectoroverstijgende benadering van het bestuur, financieel beheer, verantwoording en toezicht; met (ii) het herstel van het primaat van het algemeen rechtspersonen- en vennootschapsrecht; waarbij (iii) de nadruk wordt gelegd op gedragsnormering in plaats van organisatierecht; en voor de concrete uitwerking (iv) het initiatief bij de representatieve brancheorganisaties en hun instellingen in deze sectoren van het semipublieke domein wordt gelegd. Deze ontwikkelingen markeren ook voor de toezichthouders van maatschappelijke organisaties een wisseling van het toezichtperspectief dat niet meer (hoofdzakelijk) wordt gedomineerd door de formele governance en sectorspecifiek organisatierecht, maar veel meer aandacht vraagt voor de materiële governance door generieke gedragsnormering.

De praktijk blijft echter weerbarstig, getuige de gedetailleerde herzieningswetgeving voor woningcorporaties, maar bijvoorbeeld ook de vergaande formalisering door sommige zorgverzekeraars van formele governancenormen in hun inkoopprocedures of de sluipende juridisering van medezeggenschapsverhoudingen in de zorg en het onderwijs. Dit soort maatregelen veroorzaakt rimpelingen in de voortschrijdende professionalisering van het interne toezicht van maatschappelijke organisaties waarvoor uiteindelijk de bestuurscultuur en het feitelijk functioneren van de raad van toezicht bepalend zijn. In een dergelijke context kunnen persoonlijke taakvervulling en het gedrag van individuele toezichthouders optimaal worden ingekaderd door algemene (formele) wetgeving van overheidswege met branchespecifieke (materiële) aanscherpingen door sectorspecifieke regelgeving van de betrokken vakdepartementen respectievelijk een nadere uitwerking door representatieve brancheorganisaties en beroepsverenigingen in sectorale governancecodes die voornamelijk principle-based zijn en voor het overige guidance bieden door middel van concrete best practices van goed functionerende maatschappelijke organisaties.

Annotatie

arsaequi.nl/maandblad AA20160191

# Meavita: van 'wanbeleid rechtspersoon' naar aansprakelijkheid bestuurders/ commissarissen?!

Prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 juni 2014, maar pas uitgesproken op 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (*Abvakabo FNV tegen de failliete Stichting Meavita Nederland en Mediagroep, een twaalftal daarmee verbonden stichtingen en BV's, hun curatoren en belanghebbenden (bestuurders, commissarissen)*) (mrs. Ingelse, Faber, Makkink en Boumeester, Eeftink, raden)

**Feiten en verloop van het geding**

*a* Meavita was een grote landelijk werkzame zorginstelling bestaande uit een groep van stichtingen die eerder met elkaar waren gefuseerd. Zij had rond de 100.000 klanten, 20.000 werknemers en een omzet van ongeveer een half miljard euro. In 2009 gaat Meavita failliet. Dat leidt tot verlies van banen en schade voor werknemers. Daarvoor houdt Abvakabo FNV (hierna: 'FNV') de bestuurders en toezichthouders verantwoordelijk en aansprakelijk.[1] Zij spreekt die echter niet meteen rechtstreeks aan, maar verzoekt (eerst) een enquête. Op 14 april 2010 wordt het verzoek ontvankelijk verklaard ook al is er nog twijfel over de bekostiging van de enquête.[2] Op 30 mei 2011 gelast de OK een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij Meavita c.s. en enkele dochter-stichtingen over de periode van 1 januari 2006 tot de surseance van Meavita c.s. (februari/maart 2009).[3] Op 20 augustus 2013 deponeren de onderzoekers hun uitvoerige verslag (844 pagina's). Hun vergoeding van € 1 miljoen wordt voor € 950.000 voldaan door de boedel en € 50.000 door FNV (OK 14 november 2013).

FNV verzoekt de OK om (a) vast te stellen dat sprake is van wanbeleid van Meavita (afzonderlijk genoemde stichtingen), (b) vast te stellen dat (de leden van) de besturen en (de leden van) toezichthoudende organen van Meavita (afzonderlijke stichtingen) voor het wanbeleid verantwoordelijk zijn, (c) alle besluiten te vernietigen van tot decharge van bestuurders van de genoemde stichtingen en (d) bestuurders en commissarissen te veroordelen in de kosten van het onderzoek. Curatoren, hoewel onbevoegd,[4] steunden en onderbouwden die verzoeken.

FNV verzoekt de OK dus om zonder omwegen (en ongeacht een kostenveroordeling) vast te stellen dat individuele bestuurders en commissarissen 'verantwoordelijk' zijn

1 Vgl r.o. 14.4 van de onderhavige OK-beschikking en reeds Bartman in zijn annotatie bij OK 30 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ6686, *JOR* 2011/219. FNV maakte op 4 januari 2016 bekend om – kennelijk buiten de failliete boedel om – schade van werknemers rechtstreeks te gaan verhalen op de Meavita-top. Zie *NRC Handelsblad* 4 juni 2016, p. S10: 'FNV: Hermans is voor wanbeleid Meavita persoonlijk aansprakelijk' en *FD* 5 januari 2016, p. 7: 'FNV breidt claim tegen top van failliet thuiszorgconcern Meavita fors uit.' Vermeld wordt dat FNV expres heeft gewacht op de OK-uitspraak: 'Doordat nu vaststaat dat sprake was van wanbeleid hebben we een goede uitgangspositie. We staan bij wijze van spreken al 1-0 voor.'

2 OK 14 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9340, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman. Blijkens r.o. 3.9 zou FNV trachten externe financiering te regelen als de rechtspersoon zelf niet zou kunnen bekostigen. Vermeld zij dat art. 6.2 Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen enquêtebevoegdheid verleent aan de cliëntenraad.

3 OK 30 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ6686, *JOR* 2011/219, m.nt. S.M. Bartman. Daarbij wordt het onderzoek uitgebreid tot de reeds 'uitgevaren' stichtingen Vitras en Sensire. Onderzoekers zijn mr. C.M. Insinger MBA en mr. P.V. Eijsvogel.

4 Art. 2:346 lid 3 BW trad pas 1 januari 2013 in werking. Opmerkelijk is dat de OK in r.o. 4.4 overweegt dat de stellingen van FNV niet toereikend zijn maar 'welwillend lezende aangenomen [kan] worden dat [FNV] de stellingen van curatoren mede ten grondslag heeft gelegd aan haar verzoeken.'

voor vastgesteld 'wanbeleid (van de rechtspersoon)'. Dat verzoek wordt, zoals zal blijken, door de OK gehonoreerd. Die ontwikkeling is van belang voor alle ondernemingen waarop het enquêterecht toepasselijk is.

*b* De stichting Meavita Nederland is de 'tophoudster' van een 'concern' van zorginstellingen. De groep kwam op 1 januari 2007 tot stand door een bestuurlijke fusie van Meavitagroep en S&TZG Groningen (die waren ook zelf weer ontstaan uit een reeks fusies in de voorafgaande jaren). Doel van de fusie was om bij een groeiende concurrentie in de zorgsector schaalvoordelen te realiseren en slagkracht te versterken door kostenreductie en bundeling van inkoop, innovatie, ICT, human resources en financieel beleid.

MNL beschikte als 'tophoudster' van dochter-*stichtingen* niet zonder meer over de concern- en instructiemacht tot implementatie van haar strategie zoals een moeder die normaliter heeft op basis van het bezit van alle aandelen in haar dochter-BV's. De fusie kreeg gestalte door onder meer een *personele unie* van de besturen van MNL en haar vier operationele 'poten': Meavitagroep (Den Haag), Thuiszorg Groningen, Sensire (Gelderland) en Vitras (Utrecht). Voor haar eigen governance volgde zij de Sectorbrede Zorgcode.[5] Iedere van die vier 'poten' bleef zijn eigen regio bedienen onder de operationele leiding en verantwoordelijkheid van zijn eigen 'algemeen directeur' (NB: *niet* formeel bestuurder). Die ruimte voor behoud van een zekere 'bloedgroep-identiteit' en gelaagdheid in de opbouw en organisatie van de groep, ook aangeduid als 'bestuur op afstand' en 'metatoezicht', zijn kennelijk bij de fusie gekozen en aanvaard. Als de OK dan de fusiepartners verwijt te weinig aandacht te hebben besteed aan de vraag of die structuur adequaat was om de 'concernbrede ambities' te realiseren (r.o. 6.17-20 en 13.5 onder a) is onduidelijk wat zij 'onjuist' vindt: die keuze als zodanig, het verzuim om die ambities bij te stellen of het verzuim om de juridische groepsstructuur en/of -discipline te versterken.

Na de kennelijk al niet soepel tot stand gekomen fusie blijft op alle niveaus (bestuur en RvC van MNL en ook de algemeen directeuren) spanning bestaan tussen de 'bloedgroepen'. Dat ondervonden ook de uit de Meavita-respectievelijk S&TZG-tak afkomstige bestuursvoorzitters die achtereenvolgens tussen de fusie en het faillissement die functie vervulden. De algemeen directeuren werkten niet optimaal mee aan de integratie van de groep, aan de uitvoering van het beleid van MNL en het beleid van hun eigen bestuur en aan de informatie ten behoeve van de groepsleiding. Enkelen wilden de fusie zelfs terugdraaien (par. D (a) Verslag en r.o. 6.17-6.20). Van die fricties kwam de RvC van MNL pas laat op de hoogte. Toch werden die algemeen directeuren door hun besturen op hun post gehandhaafd. Het lukte het MNL-bestuur ook niet de naam Meavita als handelsnaam voor de hele groep in te voeren. Centralisatie van audit-, control-, HR- en ICT-functies bleef stagneren. Sturing (ook van de liquiditeit) vond goeddeels plaats 'per poot' aan de hand van afzonderlijke managementinformatie. Ook het MNL-bestuur werkte met die afzonderlijke, niet geconsolideerde informatie. De RvC was slechts per rechtspersoon op hoofdlijnen op de hoogte van de kernindicatoren. Er was een 'concernberaad' bestaande uit de MNL-bestuursleden en de algemeen directeuren, directeur innovatie, controller en financieel directeur. Dat had geen duidelijke status en functioneerde, zo vermeldt het onderzoeksverslag, onder meer ter bespreking van maatregelen om de verliezen te beperken.

*c* In de onderzoeksperiode (2006-begin 2009) had Meavita niet slechts te maken met de interne problemen rond de totstandkoming en implementatie van de MNL-fusie, maar ook met de zeer diep ingrijpende en tot op de dag van vandaag doorwerkende veranderingen die de overheid, wet- en regelgevers in de gehele zorgsector hebben doorgevoerd.

In hun verslag wijzen de onderzoekers op de continue druk op de exploitatieresultaten van zorginstellingen door de gestage stroom van aanscherpingen door de overheid van wettelijke en contractuele vergoedingsregels. In korte tijd moesten zorginstellingen 'een ingrijpende cultuuromslag bewerkstelligen: de non-profit-organisatie moest immers aanstuurbaar gemaakt worden op bedrijfseconomische prikkels die lastig verenigbaar waren met de primaire doelstelling van de organisatie. Bovendien moest de bedrijfsvoering in staat zijn om de productie tijdig zichtbaar te maken, zodat er snel genoeg op die prikkels kon worden gereageerd.' Dit leidde landelijk en in de gehele sector tot ernstige knelpunten in de financiering, forse verliezen en zelfs tot dreigende cliëntenstops.[6] (Die problemen zijn ook thans nog actueel.)

Door de nieuwe Wet Maatschappelijke Ondersteuning ('WMO') en gewijzigde AWBZ werden de verantwoordelijkheid voor en de financiering van thuishulp en bijzondere ziektekosten van het Rijk overgeheveld naar de gemeenten. Thuishulp en andere zorgwerkzaamheden werden nu openbaar aanbesteed. De prijs die de gemeenten daarvoor wilden betalen werd echter zo laag vastgesteld dat die voor de zorginstellingen nauwelijks kostendekkend of zelfs verliesgevend was. In die nieuwe concurrentie met ook nieuwe aanbieders, zoals schoonmaakbedrijven, stonden inschrijvende zorginstellingen voor het dilemma: verlies van omzet en marktaandeel of behoud van omzet maar dan met verlies. In Den Haag koos Meavita voor het laatste en verloor zo meer dan € 11 miljoen.[7] Zij had

5 De RvC van MNL stelt een eigen 'Governance Code Meavita' vast. Zie over 'governance' in de zorgsector: L. Houwen, 'Rechtsvorm en governance van privaat gefinancierde zorgondernemingen', G.J.H. van der Sangen, 'Privaatrechtelijke waarborgen bij financieringsmodellen in de zorg' en W.C.T. Weterings, 'Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van zorgondernemingen', alle opgenomen in: B. Berden, L. Houwen en S. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Alphen aan den Rijn: Vakmedianet 2015; C.R. Huiskes, 'Governance van zorginstellingen', *WPNR* 2015/7088, p. 1074-1084; A.G.H. Klaassen, 'Geen separaat wetsvoorstel Goed bestuur in de zorg', *Ondernemingsrecht* 2015/124, p. 540-543.

6 Zie voor een samenvatting: Onderzoeksverslag onderdeel F op p. xxxiv en G op p. xxxvi e.v.

7 Het AWBZ-bekostigingsmodel ging uit van een af te spreken maximum aantal klanten. Overschrijding werd als 'overproductie' niet vergoed. Thuiszorg Groningen en Sensire leden zo een verlies van ± € 6 miljoen.

haar werknemers met schaalverlaging willen overbrengen naar een dochter-BV, maar dat stuitte op weerstand van de centrale ondernemingsraad ('COR') en vakorganisaties. Sensire had in 2005 een 'clash' met de vakbonden, maar kon, na een verliesjaar in 2007, in 2008 in overleg met COR en vakbonden de kosten met bijna € 25 miljoen verminderen. Vitras leed forse verliezen en had moeite om met een sociaal plan de thuishulp af te bouwen. TZG had het minste last van invoering van de WMO.

Onderzoekers hebben, zo verklaarden zij, de indruk dat de aanzienlijke verliezen niet alleen het gevolg zijn van die externe omstandigheden 'maar ook van de gekozen besturingsfilosofie en de executiekracht waardoor zij [de bestuurders en toezichthouders, MJGCR] minder goed in staat waren zich snel aan te passen aan de ingrijpende wijzigingen van externe omstandigheden die zich voltrokken.'[8] In hun verweer wijzen bestuurders en toezichthouders op die externe moeilijkheden, maar de OK gaat daar, zoals zal blijken, in r.o. 3.2-5 en 13.19-20 vrijwel geheel aan voorbij. Onduidelijk blijft daarom hoe de OK oordeelt over de samenval van de 'bloedgroepen'-weerstand tegen implementatie van de fusie en de gelijktijdige cultuuromslag die Meavita en andere zorginstellingen moesten maken naar een marktgerichte organisatie.

*d* Al spoedig na de fusie zijn er signalen over gebrekkige administratie, interne controle, monitoring van kosten en opbrengsten van productieafspraken en liquiditeit. In 2007 verliest MNL € 32,6 miljoen. In het eerste half jaar van 2008 bedraagt het verlies € 19,6 miljoen. De feiten en ook de wijze van behandeling door de OK geven geen duidelijk beeld van het verloop en de onderscheiden oorzaken van die verliezen die uiteindelijk leidden tot het faillissement. Medio 2008, dat wil zeggen anderhalf jaar na de fusie, wordt openbaar dat Meavita financiële problemen heeft. MNL krijgt daardoor ook te maken met de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en het College Sanering Zorginstellingen (CSZ). Nog in november 2008 oordeelt de NZa dat MNL's continuïteit niet in gevaar is en weigert *balans*steun. Onroerende zaken worden verkocht om *liquiditeits*steun te kunnen vragen, maar ook die wordt later geweigerd. In december 2008 werden Sensire en Vitras uit het Meavita-concern losgeweekt en daarmee weer zelfstandig. In januari 2009 meldt de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer dat de continuïteit van de door MNL geleverde zorg en hulp op korte termijn in gevaar was. In februari 2009 worden activiteiten overgeheveld naar twee nieuwe stichtingen. Op 9 maart 2009 werden Meavitagroep c.s. en Thuiszorg Groningen c.s. twee jaar en ruim twee maanden na de fusie in staat van faillissement verklaard.

*e* Duidelijk is wel dat er in de korte turbulente periode tussen de fusie (1 januari 2007) en het faillissement (9 maart 2009) veel is misgegaan en mislukt. Het is niet gelukt om na de fusie een cultuuromslag te maken van een klassieke zorginstelling naar een commerciële organisatie in een competitieve markt. Het is evenmin gelukt de MNL-groep verder te integreren en de bloedgroepencultuur om te buigen. Ook de introductie van het innovatieproject 'zorg op afstand' liep vast. In haar beschikking rafelt de OK de feiten en gebeurtenissen uiteen in deelonderwerpen die ieder apart worden beoordeeld en gekwalificeerd[9] en per slot gesaldeerd bij de vaststelling van 'wanbeleid', waarbij ook (!) nauwkeurig wordt vastgesteld wie daarvoor naar het oordeel van de OK telkens verantwoordelijk is. Ik vat de belangrijkste onderdelen samen.

(i) *Samenstelling bestuur en RvC.* De OK oordeelt dat, als gezegd, onvoldoende aandacht is besteed aan de voorbereiding en uitvoering van de fusie (r.o. 13.2-13.4). Over de fusie als zodanig spreekt zij geen oordeel uit. Wel besteedt zij zeer uitvoerig aandacht aan de wisselingen in de samenstelling van het bestuur en de RvC van MNL als 'tophoudster'. Ook op dat niveau blijven de spanningen tussen de 'bloedgroepen' voelbaar. Na stevige discussies tussen de fusiepartners en hun RvC's werd de Meavita-kandidaat de eerste MNL-bestuursvoorzitter. Al na 9 maanden moest die het veld ruimen voor zijn medebestuurder en voormalig S&TGZ-voorzitter die afscheid zou nemen en daarom slechts *tijdelijk* werd benoemd. Na afloop van diens termijn werd een interim-manager benoemd voor vierenhalve maand. Op 1 januari 2008 trad een nieuwe bestuursvoorzitter aan. Een financieel lid van het MNL-bestuur kon voor het beschikbare salaris niet worden gevonden. Daarom werd een financieel directeur (niet lid van het bestuur) benoemd.

Naar het oordeel van de OK is de MNL-RvC ernstig tekortgeschoten omdat voor die (en andere) functies taakstellingen en profielschetsen ontbraken en bestuurders niet zijn beoordeeld op basis van functionerings- en beoordelingsgesprekken wat, zo oordeelt de OK met de onderzoekers, leidde tot een 'onstabiel bestuur'. Geheel onduidelijk blijft echter of en hoe dat 'tekort schieten' volgens de OK dan het feitelijk selectie- en beoordelingsproces daadwerkelijk heeft beïnvloed of zou hebben moeten of kunnen beïnvloeden. De samenstelling en het voorzitterschap van het MNL-bestuur per 1 januari 2007 resulteerde uit de fusieonderhandelingen. De benoeming van de tweede voorzitter was een tijdelijke oplossing voor een onvoorziene vacature. Hoe bij de vier wisselingen in ruim twee jaar functionerings- en beoordelingsgesprekken enige rol van betekenis hadden kunnen spelen is, zeer zacht uitgedrukt, niet aanstonds te bevatten. Wanbeleid valt er mijns inziens niet in te zien.

Daarbij wordt de RvC-voorzitter verweten het functioneren van de RvC te hebben belemmerd door informatie over het slecht functioneren van de eerste bestuursvoorzitter aan de hele RvC te hebben onthouden. Dat werd, zo oordeelt de OK, niet gerechtvaardigd door diens vrees dat dit zou leiden tot een heropleving van heftige discussies tussen de bloedgroepen in de RvC met als mogelijke

8 Onderzoeksverslag, p. xxxix.

9 De OK gebruikt o.m. 'ernstige tekortkomingen', 'verwijtbare' en 'ernstig verwijtbare' gedragingen, 'onjuist beleid', '(ernstige) strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap'.

consequentie het vertrek van enkele commissarissen. Ook wordt hem verweten dat drie nieuwe RvC-leden niet reeds voor hun aantreden zijn ingelicht over de bestaande problemen. Onduidelijk is of de OK meent dat die nieuwe leden zich op basis van zodanige informatie terug hadden moeten kunnen trekken, dan wel of die reeds op die manier verantwoordelijkheid hadden moeten nemen voor het eerdere handelen van de RvC. Wat daarvan zij, de OK oordeelt dat dit alles strijdt met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en dat die elementen afzonderlijk en gezamenlijk wanbeleid opleveren. Mijns inziens is dat een allerminst overtuigende en disproportionele kwalificatie. De betrokken commissarissen worden uitdrukkelijk verantwoordelijk gehouden.

(ii) *Concernopbouw na de fusie.* De OK leidt uit de 'concernbrede ambities' van MNL en de gekozen structuur af dat die 'bij uitstek centrale sturing [vergden]' (r.o. 13.5; zie ook *b* hierboven). Op de juridische opbouw en het onder- of nevenschikkingskarakter van die structuur, een 'concern van stichtingen', gaat de OK niet echt in. Wel wordt het bestuur en RvC van MNL als moederstichting als ernstige tekortkoming aangerekend (bij de fusie) te hebben gekozen voor en (na de fusie) te hebben gehandeld naar het model van een 'bestuur op afstand'. Ook zijn zij ernstig tekort geschoten door onvoldoende aandacht te besteden aan het ontbreken van de vereiste en voor het welslagen van de fusiedoelen onmisbare inzet van de algemeen directeuren van de dochterstichtingen. Een 'ernstig verwijt' treft hen ook wegens het ontbreken van betrouwbare en adequate stuurinformatie op concernniveau en een inadequaat risicomanagement. Dit alles levert wanbeleid op. De OK wijst de bestuurders en commissarissen aan die daarvoor naar haar oordeel verantwoordelijk zijn.

(iii) Dat MNL-onderdelen onder de kostprijs hebben gewerkt levert volgens de OK op zichzelf nog niet een 'onjuist beleid' op, gebrek aan controle mogelijk wel (r.o. 13.9-13.10). Over de gevolgen van de WMO is tijdig nagedacht. Maar 'de Meavitagroep' heeft 'niet tijdig gereorganiseerd in verband met de invoering van de WMO.' Hoe dit zich verhoudt met de uit het onderzoek blijkende maatregelen (zie hiervoor punt c) is niet duidelijk. De raad van bestuur van MNL ('RvB') is daardoor ernstig tekort geschoten. Dat levert wanbeleid op. Ook hier stelt de OK vast wie verantwoordelijk zijn.

(iv) In rechtsoverweging 13.12 oordeelt de OK dat RvB en RvC ernstig tekort zijn geschoten door onvoldoende aandacht te schenken aan de outsourcing van administratieve werkzaamheden en het proefdraaien in een joint venture. Niet erg overtuigend is het oordeel van de OK dat ook dit wanbeleid oplevert. Ook hier stelt de OK vast wie verantwoordelijk zijn.

(v) *Innovatieproject TVfoon* (r.o. 13.15-13.17). De voorbereiding en besluitvorming omtrent dit door de NZa gesubsidieerde innovatieproject vond plaats in 2005 en valt dus buiten de onderzoeksperiode. Bedoeling was om door middel van een beeldverbinding tussen klant en thuiszorger 'zorg op afstand' te gaan leveren. Meavita West liet in 2005 10.000 'TV-kastjes' (SetTopBoxen) fabriceren en S&TZG doet in 2006 (dus vóór de fusie) hetzelfde (15.000 'kastjes'), beide zonder daarvoor in hun toen nog los van elkaar staande organisaties goedkeuring van de RvC en advies van ondernemingsraad ('OR') en cliëntenraad te hebben gevraagd. Het plan loopt vertraging op door weerstand van cliënten, personeel en de OR en *na de fusie* komen daar de slechter wordende resultaten bij. De COR (nu: van MNL) adviseert het project te staken. Bestuur en RvC wegen de risico's, verwerpen een afschrijving van het project en zoeken een oplossing door een contract met KPN aan te gaan voor een beperkte 'uitrol' van TVfoon. Ook dat slaagt niet. Het nettoverlies (na aftrek van NZa-subsidies) bedraagt dan € 14,1 miljoen. Onderzoekers kwalificeren de investeringen van Meavita West als redelijk, die van S&TZG als enigermate maar niet buitenproportioneel riskant.

Ondanks dat terughoudende oordeel van onderzoekers en het feit dat belangrijk delen geheel buiten de onderzoeksperiode (2005) respectievelijk in het jaar (2006) vóór de fusie vallen, gaat de OK toch zeer uitvoerig in op dit innovatieproject. Opmerkelijk is dat de OK amper ingaat op die poging tot innovatie in de thuiszorg zelf. Die was op zich 'niet onbegrijpelijk' maar had al in 2005 beter voorbereid moeten worden ook wat de acceptatie bij de hulpverleners betreft. Opzet en betekenis van die beleidsbeslissing zelf raken zo op de achtergrond en worden, zo lijkt het, verhaspeld met het zorgen voor draagvlak bij de implementatie daarvan.

Niet het innovatiebeleid en het mislukken van het TVfoon-project als zodanig staan hier centraal bij de beoordeling of sprake is van wanbeleid van de rechtspersoon, maar die beweerdelijke intern-procedurele nalatigheden in de besluitvorming van de rechtspersoon(/-personen) omtrent dat beleid (r.o. 11.11-11.23).

Meavitagroep heeft *in 2005* geen advies aan de OR en de cliëntenraad gevraagd, maar liet dat na op basis van een ingewonnen advies (r.o. 11.14). Bij S&TZG startte het project – vóór de fusie – in 2006 zonder een goede 'business case' (die kwam er pas na de fusie). Ook de voorzitter van het S&TZG-bestuur (later de eerste MNL-voorzitter) vroeg geen advies aan de COR, de cliëntenraad noch goedkeuring aan de RvC, wat hem volgens de OK 'ernstig te verwijten' valt (r.o. 11.18). De RvC van MNL op zijn beurt heeft, aldus de OK, na het ontdekken van dit verzuim de overtredingen onbesproken gelaten en het bestuur zelfs decharge verleend (r.o. 11.21 jo. 11.23 sub h). Ook het KPN-contract om het project vlot te trekken werd gesloten zonder advies van de COR en de cliëntenraad. De RvC wordt op strenge toon verweten daaraan te hebben meegewerkt, althans niet te hebben onderzocht of die 'medezeggenschapsregels' waren nageleefd. Dat is 'des te ernstiger nu aldus voor de derde keer de medezeggenschapsrechten met voeten zijn getreden' (r.o. 11.23 sub k). De OK telt die beweerdelijke nalatigheden uit 2005 (geheel buiten

de periode van het onderzoek) en 2006 (vóór de fusie) en betreffende het KPN-contract (na de fusie) zonder nadere motivering bij elkaar op. Zij oordeelt dat die beweerdelijke procedurele nalatigheden voor S&TZG en MNL wanbeleid opleveren en houdt de beide bestuursvoorzitters en ieder van de MNL-commissarissen (ook de nieuw toegetreden leden) daarvoor verantwoordelijk.

(vi) In de mislukte steunaanvragen ziet de OK geen wanbeleid.

*f* De OK-beschikking werd gegeven op 6 juni 2014, maar pas 16 maanden later (!) in zijn uitvoerige omvang (128 pagina's) uitgesproken op 2 november 2015.

Op de verzoeken van FNV beslist de OK als volgt. Zij verstaat dat uit het verslag blijkt van wanbeleid in de periode van 2006 tot en met 2008 van de stichtingen Meavitagroep (Den Haag), Meavita Nederland (Amersfoort), Sensire & Thuiszorg (Groningen). Zij stelt vast dat de leden van de toezichthoudende organen en raden van bestuur van deze rechtspersonen verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid en specificeert dat per persoon en onderdeel van wanbeleid (ook vóór de fusie).[10] Zij veroordeelt ieder van de bestuurders en commissarissen tot een aan de hand daarvan nauwkeurig per persoon bepaald deel van de onderzoekskosten (€ 1 miljoen) aan FNV en aan de curatoren.[11] Zij bepaalt dat FNV en de curatoren hun deel in betaalde onderzoekskosten (€ 50.000 en € 950.000) op ieder kunnen verhalen voor de aldus vastgestelde bedragen. Het gaat om substantiële bedragen: de RvC-voorzitter € 155.000, een andere commissaris € 32.000; de bestuursvoorzitters € 228.000, € 210.000 en € 72.000.

Tot slot vernietigt de OK de besluiten van de RvC van MNL tot decharge van de eigen raad van bestuur en die van de stichtingen Meavitagroep en Sensire & Thuiszorg Groningen over 2006, 2007 en 2008. Ik merk daarbij op dat de RvC van een stichting geen rekening en verantwoording aflegt en dus ook niet wordt gedechargeerd.[12]

## Noot

**1** Opnieuw is hier aan de orde welke betekenis een door de OK vastgesteld 'wanbeleid *van de rechtspersoon*' heeft of kan hebben voor persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders[13] jegens de rechtspersoon (op grond van – kennelijk – onbehoorlijk bestuur) of jegens derden (op grond van onrechtmatige daad). Die vraag is vooral van belang als de verzoeker van een enquête er, zoals ook in dit geval, op uit is om daarmee zoveel mogelijk feiten en oordelen te verzamelen om bestuurders aansprakelijk te stellen en daartoe dan te kunnen voldoen aan zijn stelplicht en bewijslast (of om te onderhandelen over een schikking). Wat hem dan helpt is dat reeds het verslag van de onderzoekers handelingen en nalaten van bestuurders beschrijft en analyseert en dat de OK die beoordeelt en aan de hand daarvan haar eindoordeel geeft of sprake is van 'wanbeleid van de rechtspersoon'. Voor bestuurders dreigt de kwalificatie 'wanbeleid *van de rechtspersoon*' prejudiciërend te werken in een procedure voor de gewone rechter bij de beoordeling of zij op grond van dat (door de OK reeds als wanbeleid gekwalificeerde) handelen en nalaten persoonlijk aansprakelijk zijn op grond van (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, ook al geldt daarvoor een andere grondslag en bovendien de verzwaarde eis van 'ernstige verwijtbaarheid'.[14] (Dat alles onverlet de mogelijke reputatieschade.)

*1.1* Een deel van problematiek schuilt in de onduidelijkheid van opzet en doeleinden van het enquêterecht. De Hoge Raad[15] houdt vast aan zijn uitleg:

> 'Als doeleinden van het enquêterecht [zoals deze de wetgever voor ogen stonden, zijn niet alleen te beschouwen] de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, *maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid* [curs. MJGCR], terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan.'

De Hoge Raad voegt daaraan toe dat daartoe *niet* behoort 'de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard tussen de verzoeker en de rechtspersoon die voorwerp is van het gevraagde onderzoek, noch tot het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen.' Een aansprakelijkheidsactie tegen bestuurders (commissarissen en mogelijk anderen) op grond van de artikelen 2:9/138/248/300a BW is in essentie een zodanig vermogensrechtelijk geschil dat daarom dan ook niet tot onderwerp van een enquête kan worden gemaakt. Maar ook in deze zaak blijkt opnieuw dat toewijzing van een enquêteverzoek, vaststelling van 'wanbeleid' en zeker ook een kostenveroordeling van bestuurders grote betekenis kan hebben voor hun mogelijke aansprakelijkheid (en positie in onderhandelingen over een schikking).

Het laat onverlet dat het enquêterecht niet dient tot vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders of tot voorbereiding van een daarop gerichte actie. Door de OK vastgesteld 'wanbeleid van de rechtspersoon' houdt niet reeds op zich een oordeel in over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor de gevolgen daarvan. 'Wanbeleid van de rechtspersoon' constitueert immers geen 'ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur' of 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' dat een belangrijke oorzaak vormt van het faillissement dan wel

10 En deels betrekking hebbend op de vóór 2007 nog zelfstandige fusiepartners.
11 Zie hoofdstuk 13 OK-beschikking
12 Zulks uiteraard onverlet sectorale verantwoordingsregels. Opgemerkt zij dat art. 2:298 lid 1 onder a BW voor de stichting slechts voorziet in een mogelijk rechterlijk ontslag van een bestuurder als die zich schuldig maakt aan 'wanbeheer'. Een regeling voor een RvC en commissarissen ontbreekt. Zie daarover Van der Sangen 2015 en Huiskes 2015.
13 Zulks geldt ook voor commissarissen (toezichthouders) voor de vervulling van hun toezichthoudende taak.
14 Ook om, zoals Kroeze dat in zijn Rotterdamse intreerede noemde, 'bange bestuurders' te voorkomen. Zie M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.
15 HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, *NJ* 2006/173 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Unilever*).

een onrechtmatige daad jegens derden.[16] Dat neemt echter weer niet weg dat in een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders of toezichthouders de vaststelling van wanbeleid bindend is (als die zijn verschenen), ook al impliceert dat op zich nog niet hun persoonlijke aansprakelijkheid voor dat wanbeleid. Ook de vastgestelde feiten staan in een latere procedure niet zonder meer vast. Maar belastend is dan weer wel dat het oordeel van de OK dat sprake was van wanbeleid onder omstandigheden 'wel de bewijsrechtelijke betekenis (kan) hebben dat de rechter, mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede (fase van de) procedure van de enquête gevoerde debat, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.'[17]

De grenzen zijn onduidelijk en verschuiven.

*1.2* Een kostenveroordeling kan, omdat die een causale samenhang ('schuld') suggereert, belastend zijn: bestuurders, commissarissen of anderen kunnen veroordeeld worden tot betaling van de onderzoekskosten als 'uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is (/zijn) voor een onjuist beleid of onbevredigende gang van zaken' (art. 2:354 BW). Zie hierna onder 3.

*1.3* Worden, zoals ook hier, dechargebesluiten vernietigd dan trekt ook dat de enquêteprocedure in de richting van een aansprakelijkheidsprocedure. Zo wordt de betrokken bestuurder immers al op voorhand een verweermiddel ontnomen in een aansprakelijkheidsprocedure hoezeer de beoordeling van de OK toch is beperkt tot vaststelling van wanbeleid *van de rechtspersoon* en niet van enig (kennelijk) onbehoorlijk bestuur waarvoor andere maatstaven gelden. Een Algemene Vergadering of RvC, maar ook de rechter, beoordeelt de taakvervulling van bestuurders voor het gehele gevoerde en verantwoorde beleid, dat wil zeggen de successen zo goed als tegenslagen, mislukkingen, fouten, het achterwege laten van een profielschets en van functioneringsgesprekken of het verzuim advies te vragen aan een OR. Circulair lijkt dan de redenering van de OK in deze zaak dat die dechargebesluiten 'geen rekening met dit wanbeleid hielden' en dus 'in het licht van dat wanbeleid niet op goede gronden zijn genomen'.[18] Hoe meer vrijheid de OK neemt om iets als wanbeleid aan te merken, des te verder verwijdert die vaststelling zich dan van de beoordeling of de bestuurder naar behoren zijn taak heeft vervuld en des te minder gerechtvaardigd lijkt dan een kostenveroordeling. Wanbeleid van de rechtspersoon en onbehoorlijk bestuur zijn geen identieke begrippen. Wordt dat uit het oog verloren, dan dreigt een niet op de wet rustende metamorfose van de enquêteprocedure in een aansprakelijkheidsprocedure, maar dan wel zonder passende rechtsbescherming voor de betrokken bestuurder(s). Dan dreigt ook strijd met het EVRM, de geruststellende uitlatingen dienaangaande van de Hoge Raad in *Text Lite* en de OK in rechtsoverweging 14.4 van deze beschikking ten spijt.[19]

**2** *Belang FNV en curator in faillissement.* Met Meavita's faillissement staat haar falen vast. Voor een sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van organisatorische aard binnen haar onderneming, heeft een enquête geen zin meer. Op aansprakelijkheid van bestuurders is die evenmin gericht zodat ook 'opening van zaken' of 'vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid', in faillissement geen rechtvaardiging biedt voor de (omvangrijke) kosten. Vaak is daarom, ook in rechte[20] gepleit om een enquête in faillissement uit te sluiten. Doel en strekking van het enquêterecht blijven echter vaag en zijn ook bij de wijziging van 2013 duidelijk omlijnd noch herijkt.[21] De Hoge Raad houdt – ook in KPNQWest – vast aan zijn (hiervoor geciteerde) weinig scherp omlijnde formulering van de doeleinden.

Een enquêteprocedure in faillissement blijft dus mogelijk. De rechtspersoon betaalt de kosten van het onderzoek (art. 2:350 lid 2 BW), maar als de curator zich daartegen verzet kan ook de verzoeker die kosten (deels) voor zijn rekening nemen.[22] In deze zaak nam FNV, zoals wij zagen € 50.000 van de € 1 miljoen voor haar rekening. Ik kom daar nog op terug.

*2.1* Uitgesproken oogmerk van FNV was een versterking van haar positie om in en/of buiten rechte namens/ten behoeve van werknemers van het failliete Meavita door hen geleden schade als gevolg van verlies van rechten (vakantie, overuren) buiten de boedel om ook rechtstreeks te kunnen verhalen op bestuurs- en RvC-leden van MNL (en dochters) die zij daarvoor verantwoordelijk hield en houdt.[23] Dat belang ontbreekt in zoverre die vorderingen zijn geverifieerd en uit de boedel (kunnen) worden voldaan. Is dat niet het geval dan hebben FNV en de Meavita-werknemers niet de actie van de curator (art. 2:300a

16 Zo onder meer HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Text Lite*); zie i.h.b. r.o. 4.1.3 en 4.4 (over de vraag: strijd met EVRM?) en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Skipper Club*), r.o. 3.4.

17 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge (*Laurus*).

18 Zie r.o. 14.3 en vergelijk daarmee r.o. 13.19-13.20 waar de OK mijns inziens onverbloemd op de stoel van de ondernemer plaatsneemt. Ook daar redeneert de OK mijns inziens circulair door – te kort gezegd – haar eigen diskwalificaties van gevoerd beleid te hanteren als bewijs van niet te rechtvaardigen wanbeleid.

19 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge (*Laurus*). Vgl. F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk* (ONR4), Deventer: Kluwer 2013, p. 1045 e.v.; W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

20 HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, *NJ* 2011/210, m.nt. W.J.M. van Veen (*KPNQWest*); zie de zeer uitvoerige cassatiemiddelen en conclusie van de A-G Timmerman; de HR wijst het pleidooi om 'om te gaan' zonder veel omhaal af.

21 Oratie van G. van Solinge in F.J.P. van den Ingh, G. van Solinge & J.M.M. Maeijer, *Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering*, Deventer: Kluwer 1998; G.J.H. van der Sangen, 'De curator in het vennootschapsrecht', *TVoB* 2012, p. 61-69.

22 Zie HR 24 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6025, *NJ* 2005/382 (*Decidewise*).

23 Zie r.o. 14.4 en de in noot 1 genoemde recente mediaberichten over juridische vervolgstappen van FNV.

BW) zomin als een actie op grond van artikel 2:9 BW die slechts aan de stichting zou toekomen en 'ernstige verwijtbaarheid' vereist.[24] Dan zouden zij dus moeten proberen om hun schade rechtstreeks (buiten de boedel om[25]) op de bestuurders en commissarissen te verhalen op grond van een zelfstandige onrechtmatige daad. De *Beklamel*-norm is daarvoor dan ongeschikt nu niet de daarvoor vereiste schijn is gewekt of in stand gehouden.[26] De door artikel 6:163 BW vereiste relativiteit ('Schutznorm') lijkt hier ook anderszins niet gegeven. Het laat zien dat de potentiële vordering van de voormalige Meavita-werknemers wel heel duidelijk als een vermogensrechtelijk geschil heeft te gelden waarvoor het enquêterecht niet is bedoeld (ook niet als middel om gegevens te verzamelen). De OK is dat niet ontgaan, maar in plaats van het enquêteverzoek op die grond af te wijzen koos zij ervoor om in strijd met opzet en bedoeling van de wet en zonder passende rechtsbescherming van de betrokken bestuurders en commissarissen deze zaak in feite te behandelen als een vermogensrechtelijk (aansprakelijkheids)geschil. Zij verwerpt in rechtsoverweging 14.4 ook het verweer dat FNV geen belang heeft bij vernietiging van verleende decharge.

*2.2* Sinds 1 januari 2013 kan ook de curator zelf een enquête verzoeken[27] en de kosten voor rekening van de boedel nemen (art. 2:346 lid 3 BW). Vastgesteld wanbeleid is ook voor hem een stevige opstap naar een actie ex artikel 2:248 BW[28] om bestuurders aan te spreken voor het boedeltekort, ook al zal hij dáárvoor ook nog moeten aantonen dat aannemelijk is dat 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' een belangrijke oorzaak was van het faillissement'. Belangrijk is te beseffen dat het in de praktijk zelden zo ver komt omdat de curator het vastgestelde wanbeleid gebruikt als pressiemiddel om met (de verzekeraar van) de bestuurder een minnelijke (buitengerechtelijke) schikking te bereiken. De curator heeft dus een eigen belang bij vaststelling van wanbeleid.[29] Let echter wel: artikel 2:300a BW is hier niet toepasselijk omdat MNL kennelijk niet onderworpen was aan de vennootschapsbelasting.

*2.3* In deze zaak hadden curatoren nog niet de bevoegdheid zelf een enquête te vragen. Zij namen 95% van de kosten voor hun rekening naast FNV die 5% betaalde. Daarnaast hebben zij, zo blijkt uit de beschikking, ook de onderbouwing van de verzoeken van FNV na enquête verzorgd.

**3** *Kostenveroordeling (art. 2:354 BW)*. Nu het enquêterecht is gericht op de rechtspersoon en zijn organisatie is de hoofdregel dat de kosten van het onderzoek worden betaald door de rechtspersoon (art. 2:350 lid 2 BW), maar in geval van bezwaar van de faillissementscurator kunnen die kosten ook door de verzoeker worden betaald. De OK kan beslissen dat de rechtspersoon die kosten kan verhalen op (a) een verzoeker die het verzoek niet op redelijke grond deed[30] of (b) een bestuurder, commissaris of een ander: 'indien uit het verslag blijkt dat deze *verantwoordelijk* is *voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon* [curs. MJGCR].' (art. 2:354 BW).

*3.1* Volgens de OK (r.o. 15.4) brengt een redelijke wetstoepassing mee dat FNV 'die belang had bij het voldoen van een deel van de onderzoekskosten, het door haar betaalde op de voet van artikel 2:354 BW kan verhalen'. Dat lijkt niet onredelijk, maar biedt wel een opening voor een verzoeker die (al dan niet in samenspraak met de curator) als belanghebbende de kosten van het onderzoek geheel betaalt op de gok dat wanbeleid wordt vastgesteld en de OK de betrokken bestuurders (e.a.) tot betaling van die kosten veroordeelt, zodat hij, alsdan gewapend met de OK-beschikking, een aansprakelijkheidsprocedure kan beginnen. In deze zaak veroordeelt de OK bestuurders, commissarissen en anderen (niet hoofdelijk) tot betaling aan de boedel en aan FNV van de totale kosten van € 1 miljoen ieder voor een nauwkeurig bepaald deel. Aldus zijn zij aansprakelijk jegens de boedel en FNV voor die kosten.

*3.2* Hoewel (vaststelling van enige) verantwoordelijkheid voor het zwaardere 'wanbeleid' bij een kostenveroordeling niet wordt vereist, suggereert een zo op de persoon gericht oordeel toch diens 'schuld' aan wanbeleid en daarom blijft een kostenveroordeling belastend. Ongerijmd is immers een kostenveroordeling als geen wanbeleid is vastgesteld en toch verantwoordelijkheid voor onjuist beleid (*niet* wanbeleid) zou moeten worden vastgesteld.[31]

De OK is bevoegd tot beoordeling van de verantwoordelijkheid van een individuele commissaris.[32] In *Bobel II* besliste de Hoge Raad dat uit het verslag ten aanzien van ieder 'individueel en concreet' moet blijken dat hij verantwoordelijk is voor onjuist beleid, wat niet mag worden aangenomen 'op grond van een algemeen vermoeden dat

24 Zie HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360 (*Staleman*) en HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0452, *NJ* 2008/260 (*NOM / Willemsen*). Nota bene: MNL is niet Vpb-plichtig zodat art. 2:300a BW niet toepasselijk is.

25 Vgl HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, *NJ* 2005/95, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Lunderstädt*).

26 Zie HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*): dat bestuurders wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat (hier: de stichting) niet of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen noch verhaal bieden voor schade ten gevolge van wanprestatie.

27 Art. 2:346 lid 3 BW; hij behoeft geen poging te doen tot herstel van juiste verhoudingen binnen de rechtspersoon door eerst bezwaren kenbaar te maken tegen het beleid (art. 2:349 BW).

28 Art. 2:300a BW verklaart op een failliete en vennootschapsbelastingplichtige stichting oonder meer art. 2:138 en 2:149 BW toepasselijk. Zie Van der Sangen 2015.

29 Vgl. Van der Sangen 2012 en Weterings 2015.

30 Wat niet goed rijmt met art. 2:250 BW omdat de OK zelf beslist over gegrondheid van het verzoek.

31 E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 366 noemde de bepaling 'zonderling'.

32 HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Text Lite*). Bij de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, gaat het, aldus de HR (r.o. 4.1.1-4.1.3), in de eerste plaats om de organen van de rechtspersoon (als zodanig). Dat kan niet altijd los gezien worden van individuele personen die daarvan deel uitmaken. 'In zijn algemeenheid kan dan ook niet gezegd worden dat een enquête zich niet kan uitstrekken tot een onderzoek naar het functioneren van de personen die de rechtspersoon doen optreden.'

door de betrokkene moet worden weerlegd […].'[33] Verlangd wordt aldus een gepaste motivering van ieders 'verantwoordelijkheid'. In *Landis* wordt ten aanzien van één (dominante) bestuurder vastgesteld dat uit het verslag voldoende blijkt van zijn 'volle verantwoordelijkheid', voor twee andere bestuurders overweegt de OK dat zulks niet het geval is en dat 'moeten hebben geweten' niet voldoende is.[34] Hoezeer een verband tussen kostenveroordeling en aansprakelijkheid herhaaldelijk en uitdrukkelijk is ontkend,[35] blijft het gevaar van een sterk geïndividualiseerde beoordeling van verantwoordelijkheid in een latere aansprakelijkheidsactie tot vergoeding van schade evident. Schrapping is dan ook meermalen bepleit.[36]

Die individualisering en concretisering[37] leidt de OK in deze zaak af uit de door haar zeer nauwkeurig vastgestelde en uitgesplitste *verantwoordelijkheid voor het wanbeleid van de rechtspersoon als zodanig.*

**4** *Vaststelling individuele verantwoordelijkheid voor wanbeleid(?!).* Daarmee gaat de OK heel veel verder dan voor die kostenveroordeling nodig was. Op het verzoek van FNV stelt de OK *los van het verzoek tot kostenveroordeling* vast welke (voormalige) bestuurders, commissarissen en anderen individueel en voor welke onderdelen *van het vastgestelde wanbeleid* 'verantwoordelijk' zijn (zonder duidelijk te maken hoe zich dat verhoudt tot de collectieve verantwoordelijkheid van betrokkenen).

*4.1* Het wordt semantisch trapezewerk om de (in de *Laurus*-beslissing bedoelde) bewijskracht van een beschikking aan te tasten, waarin de OK geïndividualiseerd en gespecificeerd 'verantwoordelijkheid' voor 'wanbeleid *van de rechtspersoon*' heeft vastgesteld, als met dat oordeel in een aansprakelijkheidsprocedure de eis tot veroordeling van een bestuurder wordt onderbouwd. Dat is nog meer het geval als de OK nadere kwalificaties gebruikt (zoals 'ernstige tekortkomingen', 'ernstig verwijtbare' gedragingen en 'onjuist beleid'). Zo beroept de eiser zich dan bij de gewone rechter op het gezag van de OK. Is de rechtspersoon failliet dan moet de gedaagde zich verweren tegen de stelling dat het door de OK vastgestelde wanbeleid en zijn 'verantwoordelijkheid' daarvoor impliceert dat hij zijn bestuurstaak (kennelijk) onbehoorlijk heeft vervuld en dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon. Gelet op deze zonder meer belastende achterstand is des te meer van belang dat de enquêteprocedure zelf een deugdelijke materiële en procesrechtelijke bescherming biedt.

*4.2* De wet lijkt duidelijk. Volgens artikel 2:355 BW kan de OK 'indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken' op verzoek van verzoekers of andere belanghebbenden een of meer eindvoorzieningen (art. 2:356 BW) treffen welke de OK op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht. De wet biedt de verzoeker geen grond voor een verzoek tot vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid voor het wanbeleid berust en de OK niet de bevoegdheid daaraan gehoor te geven. Dat wordt niet anders doordat de Hoge Raad dat in vrijwel gelijkluidende termen als een van de doeleinden van het enquêterecht aanmerkt (hiervoor geciteerd in 1.1). Enige bedoeling om artikel 2:355 BW uit te breiden of aan te vullen valt ook daarin niet te lezen en, gelet op zijn eigen rechtspraak, nog minder om de aansprakelijkheidsacties van artikel 2:9/138/248/300a BW en de daarin besloten proces- en materieelrechtelijke bescherming te doorkruisen of te prejudiciëren met een door de OK individueel (en collectief) vastgestelde 'verantwoordelijkheid voor wanbeleid'.

Als gezegd noopt ook de beoordeling van een verzoek tot kostenveroordeling (art. 2:354 BW) niet tot inwilliging van het veel verdergaande verzoek om vaststelling van verantwoordelijkheid voor wanbeleid als zodanig.[38]

*4.3* Nog scherper ziet men de problematiek als men daarbij de vernietiging van dechargebesluiten betrekt. Een besluit van de rechtspersoon waarbij zijn bestuurders na door hen gedane rekening en afgelegde verantwoording worden gekweten voor hun bestuur tijdens de verslagperiode, berust op de beoordeling van de wijze waarop zij al hun taken in gerichtheid op het succes van de onderneming hebben vervuld, dat wil zeggen successen, zo goed als tegenvallers en mislukkingen. Bij vernietiging van een dechargebesluit stelt de rechter *zijn* eigen beoordeling van dat geheel in de plaats van dat van de rechtspersoon en mengt hij zich op voorhand in een latere aansprakelijkheidsprocedure door de alsdan aangesproken bestuurder *zonder grond(!)* reeds op voorhand het verweer te ontnemen dat hij de rechtspersoon rekening en verantwoording heeft afgelegd en dat zijn gehele beleid en handelen integraal, met alle successen, teleurstellingen en mislukkingen is beoordeeld en hij daarvoor als geheel is gekweten. Juister lijkt mij, vanuit beide gezichtspunten, de vroegere rechtspraak. In de wat oudere, maar nog steeds belangrijke *OGEM*-zaak weigerde de OK de dechargebesluiten te vernietigen omdat daarvoor een verantwoord en afgewogen oordeel over ieders rol nodig zou zijn.[39] Bij gebreke van tegenspraak leent de enquêteprocedure zich daarvoor

33 HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3051, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bobel II*).

34 OK 15 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414, *JOR* 2012/77 (*Landis*).

35 HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Text Lite*) en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Skipper Club*).

36 Zie conclusie A-G Van Soest voor HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240; Van Solinge 1998 (oratie); F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010; Maeijer bij HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671 (*Text Lite*) en HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3051, *NJ* 1999/658, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bobel II*).

37 In r.o. 15.2 constateert zij dat 'in het voorgaande genoegzaam is gebleken van een onjuist beleid en een onbevredigende gang van zaken als bedoeld in artikel 2:354 BW van Meavitagroep, van S&TZG en van MNL en dat de na te noemen leden van de toezichthoudende organen en van de raden van bestuur daarvoor verantwoordelijk zijn in de zin van die bepaling'.

38 Ook de uitlatingen van de minister bij de wijziging van het enquêterecht (Van der Sangen 2012), over de kansen na vaststelling van wanbeleid brengen mijns inziens in dit alles geen verandering.

39 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/465 en 466, m.nt. J.M.M. Maeijer (*OGEM*); zie mijn noot: M.J.G.C. Raaijmakers, 'OGEM-enquête (I) en (II)', *Ars Aequi* 1990, afl. 11, p. 858 e.v. (AA19900858), (i onder c).

niet. Ook in deze zaak ontbreekt een verantwoord en afgewogen oordeel gebaseerd op een grondig processueel debat.

Die nieuwe stap strijdt mijns inziens met opzet en strekking van het enquêterecht en ook met het EVRM.[40]

**5** *Uit het verslag blijkend wanbeleid.* Voorafgaande aan die zojuist besproken beslissingen dient de OK uiteraard vast te stellen *dát* 'uit het verslag van wanbeleid is gebleken'. Over de vraag of dat zo is kunnen de onderzoekers zich uitlaten.[41] Zij kozen naar mijn oordeel terecht een terughoudende toon en ook onthielden zij zich uitdrukkelijk van juridische kwalificaties. Bijgevolg blijkt uit het verslag bepaald niet duidelijk van 'wanbeleid van de rechtspersoon'. De stelligheid waarmee de OK toch op een groot aantal onderdelen 'wanbeleid' vaststelt baseert zij op haar eigen vertaling van het verslag en een erg vrije kwalificatie van de feiten.

*5.1* 'Wat *uit het verslag blijkt*' moet uiteraard uit het verslag zelf blijken. Opvallend is dat de OK veel vrijheid neemt om het terughoudende verslag naar eigen inzicht te 'vertalen' (r.o. 3.5):

'Inderdaad geven onderzoekers in hun verslag geen of nauwelijks expliciete oordelen over de juistheid of onjuistheid van (onderdelen van) het beleid of de gang van zaken. Wel spreken onderzoekers op tal van plaatsen hun bevreemding of verbazing uit of schrijven zij dat een bepaalde omstandigheid of handeling opvallend is. Het gaat daar in in het algemeen kennelijk om (omstandigheden die voortvloeien uit) handelingen die naar de opvatting van onderzoekers bij gebreke van afdoende verklaring de toets der kritiek niet kunnen doorstaan dan wel wenselijk waren, althans op zijn minst om zo'n verklaring vragen. En daar waar onderzoekers schrijven dat zij "hadden verwacht" dat een bepaalde actie zou zijn ondernomen, nemen zij doorgaans kennelijk aan dat zich een nalaten heeft voorgedaan dat naar hun opvatting bij gebreke van afdoende verklaring evenmin de toets der kritiek kan doorstaan dan wel onwenselijk was, althans op zijn minst om zo'n verklaring vraagt.'

Die vrije vertaalslag bedreigt de bescherming van artikel 2:354 lid 4 BW voor degenen die in het verslag worden genoemd. Die moeten in de gelegenheid moeten worden gesteld om opmerkingen te maken 'ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben'. Die bescherming wordt ondergraven als de OK aan het definitieve verslag een voor hen belastende vertaling geeft waarmee zij bij hun commentaar op het concept-verslag redelijkerwijs geen rekening behoefden te houden.

*5.2* Ook in de wijze waarop de OK het handelen en nalaten van bestuurders en toezichthouders kwalificeert en wanbeleid vaststelt neemt zij veel vrijheid:

'De beoordeling van het beleid en de gang van zaken […] wordt doorgaans mede bepaald door hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (artikel 2:8 BW).[42] Bij de vaststelling van wat dat betekent, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken (artikel 3:12 BW). In enquêtezaken zullen bij de beantwoording van de vraag of het beleid en/of de gang van zaken strijdig waren met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap veelal juist die rechtsbeginselen, overtuigingen en belangen een belangrijke rol spelen.'

Onderzoekers zijn volgens de OK doorgaans in staat zulke oordelen te treffen (r.o. 3.5).

In deze zaak echter waren onderzoekers nu juist zeer terughoudend met zulke oordelen en bevindingen.[43] Dat betekent dat de OK dan zelf te dezer zake zeer zorgvuldig moet motiveren. Artikel 2:8 BW is immers geen vrijbrief om het statuut van de gekozen ondernemings- en rechtsvorm (in casu een stichting), doel, karakter, interne regels en normen naar eigen goeddunken (dat wil zeggen willekeurig) aan te vullen, opzij te zetten of te vervangen. Gemotiveerd dient te worden of een concretisering van wat de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 meebrengt strekt tot *aanvulling* (lid 1) van leemtes in het *open ended*-organisatiestatuut dan wel tot *beperking* (lid 2) van bijvoorbeeld de uitvoering van een op zich mogelijk geldig meerderheidsbesluit dat echter voor een minderheidsaandeelhouder *onaanvaardbaar* is.

*5.3* Hier schiet de OK mijns inziens tekort. In deze zaak wordt de MNL-groep midden in haar moeizame fusie- en integratieproces geconfronteerd met zeer diep ingrijpende marktveranderingen en de financiële gevolgen daarvan. De OK gaat daaraan echter goeddeels voorbij en concentreert zich in belangrijke mate op 'schending' van 'soft rules' voor profielschetsen, beoordelings- en functioneringsgesprekken (Sectorbrede Zorgcode). Welke zin die zouden hebben gehad, hoe die in het feitelijk verloop van bestuurswisselingen hadden moeten worden ingepast en of zij doel zouden hebben kunnen treffen blijft in het midden. Maar waarop baseert de OK dan de kwalificatie 'wanbeleid'? Ook het verzuim advies te vragen aan COR en cliëntenraad zou strijden met geldende regels, maar dat betekent uiteraard niet per se dat dit ook strijdt met het belang van de stichtingen en de daarop gerichte bestuurstaken, zodat ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur allerminst vaststaat. Waarop berust dan de kwalificatie van 'wanbeleid van de *rechtspersoon*'?

De OK geeft (in r.o. 3.2) een ogenschijnlijk verhelderend, maar in wezen een nogal duister en van de werkelijkheid verwijderd betoog waarin de samenhang met en de essentie van het ondernemen door de betrokken stichtingen uit het zicht verdwijnt. Ik citeer:

'Men zou kunnen opmerken, dat het in de praktijk wel vaker voorkomt dat dergelijke procedurele normen niet worden nageleefd. Dat moge zo zijn. In die gevallen waar dat – ondanks het tekort of soms

40 HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Text Lite*) en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Skipper Club*).

41 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme *2-II** 2009/791; Buijn & Storm 2013, p. 1068;

42 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme *2-II** 2009/790: 'Wanbeleid is in onze opvatting in de kern genomen een schending van de norm van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW), waarvoor aan de vennootschap (en indirect aan degenen die bij haar organisatie zijn betrokken) een ernstig verwijt kan worden gemaakt.'

43 De governance van zorginstellingen blijft sterk in beweging (zie noot 5).

juist dóór dat tekort – tot een gunstig resultaat leidt, zal doorgaans geen reden zijn om stil te staan bij de vraag of het desbetreffende beleid wegens dat tekort onjuist was. In zekere zin is dàt –ten voordele van de betrokkenen – een toepassing van *hindsight bias:* de uitkomst is gunstig en niemand klaagt. *Dat geldt zelfs in het geval van een "gok": een gok die goed uitpakt wordt vaak gewaardeerd, maar of het verantwoord beleid was, is een andere vraag. In die gevallen echter waarin de niet naleving van dergelijke normen niet succesvol is en, integendeel, (ernstig) nadeel oplevert, kan dat de verantwoordelijken wel degelijk worden voorgehouden. Dat is – natuurlijk: achteraf kijkend – geen* hindsight bias*, maar eenvoudig toepassing van de norm.* Voor de gegrondheid van het te maken verwijt is het daarbij *niet* noodzakelijk dat er causaal verband bestaat tussen de niet naleving en het uitblijven van succes of het optreden van nadeel. *De niet naleving op zichzelf kan –uiteraard afhankelijk van de omstandigheden – onjuist beleid opleveren*, al zullen de concreet optredende gevolgen vaak wel een rol spelen bij de beoordeling van (de ernst van) het verwijt. [alle cursiveringen m.u.v. 'hindsight bias' van MJGCR]'

*5.4* De OK mist met haar zienswijze over een 'gok' mijns inziens de kern van het ondernemen. Ondernemen is op zich steeds per definitie risicovol, zoals bijvoorbeeld blijkt wanneer de overheid (Rijk en gemeentes) hier met de WMO en AWBZ de zorgmarkt op zijn kop zet, zorgaanbieders dwingt tot fundamentele wijzigingen en (nog steeds) geen kostendekkende tarieven wil (kan?) betalen, zodat ook aan TSN – waarin een deel van MNL is voortgezet – in november 2015 surseance van betaling is verleend.[44]

Innovatie in een 'disruptive' omgeving blijft cruciaal, maar succes is nooit verzekerd (TVfoon en elders: taxi- en hotelbusiness). De OK geeft een sterk vertekend beeld van de gevaren van *hindsight bias*.[45] Daarmee wekt zij de indruk zelf te lonken naar de stoel van het bestuur, marginale toetsing te marginaliseren en de naar een Nederlandse *business judgement rule* neigende uitspraak in *NOM / Willemsen* niet in haar oordeelsvorming te willen betrekken. Ik memoreer dat voor de verlening en betekenis van decharge mutatis mutandis hetzelfde geldt. Het verweer van bestuurders en toezichthouders komt er in paragraaf 3 en de circulaire redeneringen in rechtsoverwegingen 13.19-13.20 nogal bekaaid van af.

*5.5* De *Meavita*-beschikking verdient mijns inziens geen navolging. Reeds de honorering van een onverbloemd op persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders gericht enquêteverzoek past mijns inziens niet in de opzet van het enquêterecht. Nog minder geldt dat voor inwilliging van het verzoek om zonder omwegen en zeer specifiek voor individuele bestuurders en toezichthouders vast te stellen wie voor welke delen van geconstateerd wanbeleid verantwoordelijk is. De laagdrempelige enquêteprocedure dreigt zo de reguliere aansprakelijkheidsprocedure met zijn materiële en processuele bescherming voor gedaagde bestuurders en toezichthouders te verdringen, zeker nu in de praktijk vaak geschikt zal worden ter voorkoming van verdere kosten en reputatieschade. De bescherming van hoger beroep ontbreekt en in cassatie staan feitelijke oordelen niet ter discussie. Dat een en ander niet strijdt met het EVRM lijkt niet langer meer vol te houden.

Nu de OK intussen deze quasi-aansprakelijkheidsprocedure toelaat, is wel opmerkelijk dat zij zich bij de invulling van 'wanbeleid' niet oriënteert op de voor aansprakelijkheid gehanteerde maatstaf van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur/toezicht, maar veeleer vasthoudt aan haar vrijheid om zelf inhoud te geven aan 'wanbeleid'. Dat in deze zaak zelfs het gemis van profielschetsen en functioneringsgesprekken als 'wanbeleid' wordt geëtiketteerd lijkt (a) allerminst ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur, maar (b) ook niet te berusten op breed gedeelde maatschappelijke opvattingen over het bestuur van een onderneming in grimmige marktomstandigheden en (c) ook niet af te leiden uit artikel 2:8 BW.

Maar het draagt, zo valt te vrezen, wel bij aan een onnodige toename van wat Kroeze noemde 'bange bestuurders' en bijgevolg een afnemende bereidheid besturende en toezichthoudende functies te vervullen in zorg- en semipublieke sector, druk op verruiming van de bezoldiging en de eis van een adequate verzekering tegen beroepsaansprakelijkheid.[46] *A lawyer's paradise:* dat wel! ■

44 Het Rijks- en gemeentelijk beleid voor de thuiszorg blijft knellen. Zie recent *NRC Handelsblad* 10 februari 2016 ('Balletje-balletje bij redding TSN'); 13/14 februari 2016 ('De beknibbelaars op thuiszorg zijn in beeld').

45 Kroeze 2005.

46 Zie o.m. *NRC Handelsblad* 22 januari 2016 ('Baas dekt zich in tegen dure fouten'); 6/7 februari 2016 ('Al werkt hij niet voor het geld, de commissaris wil meer loon'); 30/31 januari 2016 ('Nooit meer een functioneringsgesprek').

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax

# Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot sectorale regels en governancecodes voor stichtingen

*Mr. dr. M.J. van Uchelen-Schipper**

*Nu (de herziene versie van) het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen weer volop in behandeling is bij de Tweede Kamer komen belangrijke wijzigingen in Boek 2 BW voor stichtingen steeds dichterbij. Voor veel soorten stichtingen gelden aanvullende sectorale wetten en governancecodes. In dit artikel komt aan de orde hoe de aankomende wijzigingen zich verhouden tot dergelijke sectorwetten en codes.*

## 1 Inleiding

Het in 2016 verschenen Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: Wetsvoorstel BTRP) heeft enige tijd stilgelegen, maar is sinds eind 2018 weer in behandeling bij de Tweede Kamer.[1] Recentelijk verschenen twee nota's van wijziging en inmiddels is aangekondigd dat de herziene versie van het Wetsvoorstel BTRP (versie 2019) in stemming zal worden gebracht in de Tweede Kamer. Het ziet ernaar uit dat de voorgestelde regels binnen afzienbare tijd in Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) opgenomen zullen worden.

De essentie van het Wetsvoorstel BTRP is het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht en het stimuleren van professionalisering bij stichtingen en verenigingen (waaronder coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen), aldus de minister voor Rechtsbescherming.[2] In dit artikel ga ik slechts in op de wijzigingen voor stichtingen. Gemakshalve ga ik er daarbij van uit dat het Wetsvoorstel BTRP in de huidige vorm zal worden aangenomen.[3]

Het huidige algemene stichtingenrecht (titel 6 van Boek 2 BW) bevat een zeer beperkte governanceregeling. Feitelijk komt deze erop neer dat iedere stichting een bestuur dient te hebben dat uit ten minste één lid bestaat. Terzijde wordt in Boek 2 BW de mogelijkheid genoemd om een toezichthoudend orgaan in te stellen.[4] Voor veel soorten stichtingen gelden sectorale wetten en governancecodes die eveneens ten doel hebben om het bestuur en het interne toezicht verder te professionaliseren. Sectorregels vullen de regels van Boek 2 BW voor de desbetreffende sector aan, mede vanwege het feit dat Boek 2 BW voor stichtingen nauwelijks governanceregels bevat.

### *1.1 Wetsvoorstel BTRP*

Het Wetsvoorstel BTRP biedt onder meer een wettelijke basis voor de instelling van een raad van toezicht bij stichtingen. In het Wetsvoorstel BTRP wordt overigens, net als bij andere rechtspersonen, de term raad van commissarissen gebruikt, maar daaraan wordt toegevoegd dat de raad van commissarissen van een stichting ook als raad van toezicht kan worden aangeduid (art. 2:292a lid 1 Wetsvoorstel BTRP). Hierna zal ik uitgaan van de in de praktijk bij veel soorten stichtingen voorkomende term 'raad van toezicht'.[5] Bovendien regelt het Wetsvoorstel BTRP voor stichtingen het monistisch bestuursmodel: de *one-tier board* (art. 2:291a Wetsvoorstel BTRP).

* Mr. dr. M.J. van Uchelen-Schipper is kandidaat-notaris bij Houthoff en docent aan de Universiteit van Amsterdam.

1. Op 9 november 2018 verschenen de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2018/19, 34491, 6, en de nota van wijziging, Kamerstukken II 2018/19, 34491, 7. Bovendien werd op 19 december 2018 het nader verslag, Kamerstukken II 2018/19, 34491, 8, vastgesteld. Op 15 februari 2019 volgde de nota naar aanleiding van het nader verslag, Kamerstukken II 2018/19, 34491, 9, en de tweede nota van wijziging, Kamerstukken II 2018/19, 34491, 10.
2. Kamerstukken II 2018/19, 34491, 9, p. 1.
3. In mijn proefschrift uit april 2018 deed ik een aantal aanbevelingen ten aanzien van de oorspronkelijke versie van het Wetsvoorstel BTRP. M.J. van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting (diss. Utrecht; IVOR nr. 112), Deventer: Wolters Kluwer 2018 (hierna: Van Uchelen-Schipper 2018).
4. Indien er een toezichthoudend orgaan is ingesteld, dienen de leden van dit orgaan de jaarrekening te ondertekenen, aldus art. 2:300 lid 1 BW. Bovendien is dit orgaan bevoegd om de jaarrekening vast te stellen, maar de statuten kunnen anders bepalen (art. 2:300 lid 3 BW).
5. Zie ook Kamerstukken II 2018/19, 34491, 6, p. 4, waar wordt opgemerkt dat veel sectorale governancecodes de term raad van toezicht hanteren.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



Het Wetsvoorstel BTRP verruimt voorts de gronden waarop belanghebbenden via de rechtbank bestuurders kunnen ontslaan en biedt belanghebbenden, anders dan nu, ook de mogelijkheid om leden van de raad van toezicht via de rechtbank te ontslaan (art. 2:298 lid 1 Wetsvoorstel BTRP).[6]

### *1.2 Sectorregels voor stichtingen*

In Nederland komen veel verschillende soorten stichtingen voor, zoals culturele instellingen, goede doelen, pensioenfondsen, claimstichtingen, zorginstellingen, woningcorporaties en scholen. Voor veel van deze stichtingen gelden, al dan niet op basis van vrijwilligheid, sectorale governancecodes. Governancecodes zijn een vorm van zelfregulering met principes en aanbevelingen en worden doorgaans opgesteld door brancheorganisaties.[7] Zij kunnen inspelen op actualiteiten en ontwikkelingen in de desbetreffende sector en worden, mede om die reden, met enige regelmaat herzien en aangepast. Sinds 1 januari 2017 is er bijvoorbeeld een vernieuwde Governancecode Zorg. Van nog recentere datum is de herziene Governance Code Cultuur: deze is op 1 januari 2019 van kracht geworden. Bovendien is er een herziening van de Governancecode Woningcorporaties in de maak.[8]

Niet alleen sectorale governancecodes, maar ook sectorwetten en daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen, zoals voor zorginstellingen de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en de Uitvoeringsregeling WTZi en voor woningcorporaties de Woningwet en het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting, bevatten regels voor het bestuur en het toezichthoudend orgaan van stichtingen in die sector. Daarnaast bevatten zij regels die belanghebbenden(organen), zoals de cliëntenraad bij een zorginstelling, een bepaalde mate van invloed geven op het bestuur en het toezichthoudend orgaan.

### *1.3 Vraagstelling en opbouw van dit artikel*

Het Wetsvoorstel BTRP bevat mijns inziens een aantal belangrijke verduidelijkingen ten opzichte van de huidige regeling van de stichting in Boek 2 BW. Het biedt bovendien een basis om de interne governance voor bepaalde soorten stichtingen per sector verder uit te werken. Daarbij komt de vraag op wat de voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW betekenen voor sectorwetten en sectorcodes. Is er sprake van overlap of strijdigheid met deze regels en welke aanvullingen op het Wetsvoorstel BTRP zijn wenselijk of noodzakelijk? Ik heb mij afgevraagd welke onderwerpen in verband met de nadere invoering van het Wetsvoorstel BTRP extra aandacht verdienen van de opstellers van sectorregels en governancecodes. In het bestek van dit artikel kunnen niet alle sectorale regelingen en codes voor stichtingen worden genoemd. Hier en daar zullen bepalingen uit sectorwetten en sectorcodes worden uitgelicht en zullen (specifiek of meer in het algemeen) suggesties voor dergelijke regels worden gedaan.

In dit artikel behandel ik allereerst de soorten governancemodellen die bij stichtingen in verschillende sectoren voorkomen. Daarbij komt de vraag aan de orde of deze modellen aansluiten bij het Wetsvoorstel BTRP. Vervolgens beschrijf ik de kerntaken en kernbevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht die in het Wetsvoorstel BTRP zijn opgenomen en ga ik na welke punten uitgewerkt kunnen worden in sectorregels. Tot slot ga ik in op de mogelijkheden die het nieuwe artikel 2:298 BW biedt aan belanghebbenden om bestuurders en leden van de raad van toezicht via de rechter te schorsen en te ontslaan. In sommige sectoren is aan belanghebbenden(organen) de bevoegdheid toegekend om een enquêteprocedure in te stellen. Aan de orde komt hoe de mogelijkheden van artikel 2:298 BW zich verhouden tot de mogelijkheid om via de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure (bij wijze van voorziening) bestuurders en leden van de raad van toezicht te schorsen of te ontslaan.

## 2 Governancemodellen

### *2.1 Raad-van-toezichtmodel*

Zoals opgemerkt biedt het Wetsvoorstel BTRP een wettelijke basis voor de instelling van een raad van toezicht. 'Grote stichtingen' in veel sectoren kennen een governancemodel met een bestuur en een afzonderlijke raad van toezicht (raad-van-toezichtmodel).[9] In sommige sectoren kiezen grote stichtingen vaak vrijwillig voor het instellen van een raad van toezicht, zoals bijvoorbeeld grotere musea in de culturele sector. Voor sommige soorten stichtingen, zoals zorginstellingen en woningcorporaties (die ik hierna voor het gemak 'woningstichtingen' noem), wordt een raad van toezicht verplicht voorgeschreven in sectorregels. Zoals reeds door velen is opgemerkt, valt niet goed in te zien waarom een model met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (monistisch bestuursmodel, ook wel *one-tier board* genoemd) voor stichtingen in deze sectoren niet toegestaan is.[10] In de pensioensector en de onderwijssector mogen stichtingen immers wel een *one-tier board* instellen.

6. Zie over het gewijzigde voorstel ook G.J.C. Rensen, Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de *rebound*, WPNR 2019/7223. Ten opzichte van de oorspronkelijke versie uit 2016 springt in het oog dat niet langer is voorgesteld om de regels van bestuur en toezicht te uniformeren in titel 1 van Boek 2 BW.
7. Zie Van Uchelen-Schipper 2018, p. 54-67 en 508.
8. De genoemde codes zijn te vinden via www.governancecodezorg.nl, www.cultuur-ondernemen.nl en www.aedes.nl. Zie voor een lijst met governancecodes ook Van Uchelen-Schipper 2018, p. XVIII en 525.
9. Het begrip 'grote stichting' is niet vastomlijnd. In bepaalde wetsartikelen, zoals art. 2:297a en 2:297b BW (maximumaantal bestuurlijke en toezichthoudende functies bij grote stichtingen), wordt in dat verband verwezen naar de regels van het jaarrekeningenrecht. Het begrip 'grote stichting' kan echter ook ruimer worden gezien, te weten: een stichting die een onderneming van een bepaalde omvang heeft en/of een (uit publiek geld gevormd) vermogen van een bepaalde omvang en/of inkomsten uit giften die een bepaald bedrag te boven gaan. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 7.
10. Zie o.m. C.H.C. Overes, Bestuurlijke inrichting van semipublieke instellingen, in: Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016 en M.J. van Uchelen-Schipper, Toezicht op het bestuur, TvOB 2016, afl. 1, p. 3-12.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



### 2.2 *One-tier board*

Algemeen wordt aangenomen dat het nu al mogelijk is dat een stichting op grond van de statuten een bestuur instelt met verschillende soorten bestuurders, dat wil zeggen: uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, maar bijvoorbeeld ook algemene en dagelijkse bestuurders (zie ook par. 2.3). Dit is vooralsnog niet in Boek 2 BW vastgelegd, maar het Wetsvoorstel BTRP brengt daarin verandering. Ook voor stichtingen komt er een wettelijke basis voor de *one-tier board*, waarbij net als bij BV's en NV's de term uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders wordt gehanteerd (art. 2:291a Wetsvoorstel BTRP).[11] De uitdrukkelijke wettelijke regeling in Boek 2 BW geeft wellicht een *boost* aan verschillende sectoren om de *one-tier board* toe te staan als alternatief voor het raad-van-toezichtmodel en deze mogelijkheid, anders dan nu, ook uitdrukkelijk te noemen en te reguleren in sectorwetten en sectorcodes.

Het Wetsvoorstel BTRP laat in het midden wie bij een stichting de bestuurders benoemt. In geval van een *one-tier board* kunnen de stichtingsstatuten bepalen dat het bestuur zijn eigen leden benoemt (coöptatie). Sectorwetten en governancecodes zouden mijns inziens aan de algemene wettelijke regeling dienen toe te voegen dat, in geval van coöptatie, slechts de niet-uitvoerende bestuurders besluiten nemen omtrent benoeming en ontslag van niet-uitvoerende bestuurders.[12] Het is immers niet wenselijk dat de uitvoerende bestuurders betrokken worden bij de benoeming en het ontslag van hun eigen interne toezichthouders.[13] Verder is aan te bevelen dat in sectorregels wordt voorgeschreven dat de niet-uitvoerende bestuurders binnen het bestuur in de meerderheid zijn.[14] Belanghebbendenorganen, zoals de cliëntenraad bij een zorginstelling of de huurdersraad bij een woningstichting, die nu het recht hebben om leden van de raad van toezicht voor te dragen, zouden in geval van een *one-tier board* het recht dienen te krijgen om niet-uitvoerende bestuurders voor te dragen.

### 2.3 *AB/DB-model en bestuur/directiemodel*

In de praktijk komen bij stichtingen verschillende varianten van het model met een algemeen bestuur (AB) en een dagelijks bestuur (DB) voor.[15] Indien sprake is van twee afzonderlijke organen, waarbij het AB toezicht houdt op het beleid van het DB, zal de term raad van toezicht of raad van commissarissen passender zijn. Een model waarin het AB uit zijn midden het DB aanwijst, zal feitelijk een monistisch bestuursmodel zijn. Wellicht zal in dat laatste geval in de toekomst vaker worden aangesloten bij de wettelijke terminologie 'niet-uitvoerende' en 'uitvoerende' bestuurders.

In de praktijk komt ook het model voor waarin slechts het AB het bestuur in de zin van de wet is, maar bestuurlijke taken toekent ('delegeert') aan het DB.[16] Deze dagelijkse bestuurders worden benoemd en ontslagen door en zijn ondergeschikt aan het statutair bestuur en vormen een titulair bestuur. Het titulair bestuur wordt in een dergelijk model ook vaak 'directie' genoemd. Bijvoorbeeld bij kleinere culturele instellingen komt het regelmatig voor dat sprake is van een (onbezoldigd) statutair bestuur en een (titulair) directeur, die vaak tevens werknemer van de stichting is.

### 2.4 *Raad-van-toezichtmodel als uitgangspunt van sectorale governancecodes?*

De inmiddels al wat verouderde codes voor primair onderwijs en voortgezet onderwijs verwijzen, enigszins verwarrend, naar verschillende soorten governancemodellen met verschillende soorten bestuurders, waaronder ook (titulaire) directeuren worden begrepen.[17] In andere sectoren wordt vaak, als gezegd, het raad-van-toezichtmodel als uitgangspunt gekozen in de desbetreffende code. Wellicht komt dat omdat de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC), die is geschreven voor (Nederlandse) beursvennootschappen, het model met een bestuur en een afzonderlijke raad van commissarissen als uitgangspunt neemt. De huidige NCGC differentieert daarbij echter: in geval van een *one-tier board* zijn de bepalingen voor de raad van commissarissen van overeenkomstige toepassing op de niet-uitvoerende bestuurders (zie het laatste

11. En overigens ook voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.
12. Een dergelijk besluit geldt dan als een besluit van het gehele bestuur. Zie ook art. 2:291a lid 2 Wetsvoorstel BTRP.
13. Art. 2:291a lid 1 Wetsvoorstel BTRP bepaalt slechts dat het doen van voordrachten voor de benoeming van een bestuurder niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld.
14. Zie ook Bpb 5.1.1 NCGC. Deze meerderheid is bijv. van belang in verband met de bevoegdheid van het bestuur om uitvoerende bestuurders te schorsen. Zie par. 3.2 hierna. Ook zou kunnen worden bepaald dat de taak om uitvoerende bestuurders te schorsen slechts kan worden toebedeeld aan de niet-uitvoerende bestuurders.
15. Zie ook de nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2018/19, 34491, 6, p. 17 en Van Uchelen-Schipper 2018, p. 194-195. Door veel schrijvers wordt, mijns inziens terecht, aangenomen dat slechts één orgaan bestuur in de zin van de wet kan zijn. Zie hierover ook B. Bier, Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht, Ondernemingsrecht 2017/105 en M.J. van Uchelen-Schipper, Governance en toezicht, in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), Handboek stichting en vereniging, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 278.
16. Aldus ook Bier 2017 en Van Uchelen-Schipper 2018. Dit model komt bijv. voor in de onderwijssector. Zie o.m. art. 5 lid 2 sub c van de Code Goed Bestuur in het primair onderwijs, waarover J.M.A. Wintgens-van Luijn, De stichting in het onderwijs, WPNR 2015/7088.
17. Code Goed Bestuur in het primair onderwijs 2014 en Code Goed Onderwijsbestuur VO 2015. De definities 'besturen' en 'bestuurders' in de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2015 zijn verwarrend en sluiten niet aan op Boek 2 BW. 'Bestuurders' zijn volgens deze code 'personen die de bestuurlijke functie uitoefenen' en 'besturen' zijn gedefinieerd als 'de organen of personen in het VO die de bestuurlijke functie binnen een onderwijsorganisatie uitoefenen. Dit kunnen zijn een college van bestuur, een directeur-bestuurder, een (dagelijks) bestuur, of het collectief van personen die binnen een zogenoemd one-tier bestuur de bestuurlijk functie uitoefenen.'

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



hoofdstuk van de NCGC). Als de *one-tier board* in verschillende sectoren voor stichtingen wordt toegestaan als alternatief voor het raad-van-toezichtmodel, zou deze ook genoemd en uitgewerkt moeten worden in de desbetreffende sectorale governancecodes. Daarbij zou voor dezelfde handelwijze als in de NCGC kunnen worden gekozen en een apart hoofdstuk voor de *one-tier board* kunnen worden geschreven.

In de culturele sector is naar aanleiding van de laatste versie van de Governance Code Cultuur kritiek geuit op het feit dat het raad-van-toezichtmodel het uitgangspunt is van de code, aangezien er veel kleine instellingen zijn die het bestuur/directiemodel hanteren. De vraag kan worden gesteld of ook dit bestuur/directiemodel geregeld zou moeten worden in de desbetreffende governancecode. Een moeilijkheid is echter dat er niet één vast bestuur/directiemodel bestaat.[18] Een belangrijker argument om het bestuur/directiemodel niet in een governancecode te regelen, is mijns inziens dat het (statutaire) bestuur, dat één of meer (titulaire) directeuren aanstelt, eindverantwoordelijk is voor de directeuren, dat wil zeggen: het bestuur legt over hun handelen verantwoording af naar derden en kan daarop worden aangesproken.

Ik meen dat governancecodes zich primair zouden dienen te richten tot de wettelijke (Boek 2 BW) organen: het bestuur en de raad van toezicht. Daarbij merk ik wel op dat sommige governancebepalingen niet alleen op het bestuur van toepassing zouden moeten zijn, maar dat het bestuur deze ook zou moeten 'doorgeven' aan de directie en aan (andere) werknemers van de stichting. Te denken valt vooral aan *good governance*-bepalingen uit codes die zien op individueel gedrag en handelen, zoals bepalingen op het gebied van integriteit. Maar ook bepalingen en beleid op het gebied van diversiteit zijn relevant voor de directie en eventueel voor (andere) werknemers.[19] Sectororganisaties kunnen daarbij behulpzaam zijn en kunnen in handreikingen voorbeelden aanleveren van 'governancebepalingen' die in een directiereglement kunnen worden opgenomen.

## 3 Wettelijke basisregeling en kernbevoegdheden van bestuur en raad van toezicht

Als het Wetsvoorstel BTRP wet wordt, zal Boek 2 BW de kerntaak, normstelling en kernbevoegdheden voor het bestuur en de raad van toezicht van een stichting bevatten. Een belangrijke wettelijke bevoegdheid van de raad van toezicht is de bevoegdheid om de bestuurders te schorsen. Daarnaast krijg de raad van toezicht een wettelijke rol bij tegenstrijdig belang van alle bestuurders van de stichting. Het Wetsvoorstel BTRP bepaalt dat de statuten aanvullende bepalingen omtrent de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht kunnen bevatten (art. 2:292a Wetsvoorstel BTRP). Uiteraard kunnen ook sectorregels en governancecodes de taken en bevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht uitwerken en aanvullen.

### *3.1 Algemene taak en normstelling*

Het huidige artikel 2:291 BW bepaalt slechts dat het bestuur is belast met het besturen van de stichting. Net als voor de raad van commissarissen van andere rechtspersonen wordt voor de raad van toezicht van stichtingen vastgelegd dat deze tot taak heeft om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken (art. 2:292a lid 2 Wetsvoorstel BTRP). In de wet wordt straks ook uitdrukkelijk geregeld dat zowel bestuurders als leden van de raad van toezicht zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie (art. 2:291 lid 3 en 2:292a lid 2 Wetsvoorstel BTRP). Algemene taken en normstellingen in sectorcodes en sectorwetten kunnen worden geschrapt. Het is overbodig en verwarrend dat sommige sectorale regels, zoals de Woningwet, bepalen dat bestuurders en leden van de raad van toezicht zich mede moeten richten op het maatschappelijke belang, aangezien dit op grond van de algemene norm reeds een van de belangen is waarmee bestuurders en toezichthouders rekening moeten houden.[20] Overigens mag de raad van toezicht van een stichting, net als de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, slechts uit natuurlijke personen bestaan (art. 2:292a lid 1 Wetsvoorstel BTRP). Dit lijkt mij eveneens een bepaling die niet herhaald hoeft te worden in sectorregels.[21]

### *3.2 Schorsingsbevoegdheid en andere kernbevoegdheden van de raad van toezicht*

Het Wetsvoorstel BTRP biedt, mijns inziens terecht, aan leden van de raad van toezicht de bevoegdheid om te allen tijde tot schorsing van een bestuurder over te gaan (art. 2:292a lid 3 Wetsvoorstel BTRP). Als is gekozen voor een *one-tier board* heeft het bestuur de bevoegdheid om uitvoerende bestuurders te schorsen (art. 2:291a lid 4 Wetsvoorstel BTRP). Als de niet-uitvoerende bestuurders in de meerderheid zijn en/of deze taak is toebedeeld aan de niet-uitvoerende bestuurders, kunnen zij hiermee ingrijpen in het geval een uitvoerende bestuurder het belang van de stichting schaadt.

Ik merk op dat een merkwaardig verschil is opgenomen in het Wetsvoorstel BTRP tussen de schorsingsbevoegdheid van

18. De huidige versie van de NCGC bevat een bepaling over het model met een *executive committee* (hierna: ExCo). Onder ExCo wordt verstaan: een commissie die nauw betrokken is bij de besluitvorming van het bestuur en waarvan naast leden van het bestuur ook leden van het senior management deel uitmaken (NCGC Toelichting op Bpb 2.1.3, p. 45). De bepalingen in de NCGC over de ExCo hebben in de literatuur tot vragen geleid. Een belangrijke reden voor onduidelijkheid is dat er simpelweg niet één model met een ExCo bestaat. Zie hierover bijv. Ch.E. Honée, Governance aspecten van het Executive Committee, en de vraag: waar staan zijn leden?, Ondernemingsrecht 2018/21.
19. Op grond van Bpb 2.1.5 NCGC strekt het diversiteitsbeleid bij een beursvennootschap zich uit tot de ExCo.
20. Zie art. 31 lid 1 derde zin Woningwet. In het Wetsvoorstel BTRP is echter slechts voorgesteld om de eerste twee zinnen van art. 31 Woningwet, waarin de algemene taak van de raad van toezicht is omschreven, te schrappen. Zie hierover Overes 2016, 2018; Van Uchelen-Schipper 2018, p. 292 en 372.
21. Zie bijv. art. 30 lid 1 Woningwet. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2018, p. 197-199.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



leden van de raad van toezicht en van de *one-tier board*. Aan de voorgestelde wettelijke bepaling voor de raad van toezicht is toegevoegd 'tenzij de statuten anders bepalen'. Dat betekent dat de schorsingsbevoegdheid van de raad van toezicht, anders dan de schorsingsbevoegdheid van de *one-tier board*, in de statuten kan worden weggeschreven. Ik meen dat de schorsingsbevoegdheid van zowel de raad van toezicht als de niet-uitvoerende bestuurders van een stichting een dwingendrechtelijk karakter zou moeten hebben.[22] Anders dan bij andere rechtspersonen is er immers geen algemene vergadering met een wettelijke schorsingsbevoegdheid. In sectorregels zou om die reden kunnen worden bepaald dat het wegschrijven van deze bevoegdheid niet mogelijk is.

Naast deze schorsingsbevoegdheid zijn weinig bevoegdheden voor de raad van toezicht opgenomen in het Wetsvoorstel BTRP. Zo wordt niet voorgeschreven dat de raad van toezicht van een stichting een voorstel tot juridische fusie moet goedkeuren, terwijl de raad van commissarissen van andere rechtspersonen wel goedkeuring aan het fusievoorstel moet verlenen (art. 2:312 lid 4 BW).[23] Van belang is dat extra bevoegdheden van de raad van toezicht (of de niet-uitvoerende bestuurders), waarmee zij hun toezichthoudende taak nader invulling kunnen geven, per sector worden uitgewerkt. Zo zouden sectorwetten en sectorcodes dienen te bepalen dat voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht vereist is voor nader te noemen bestuursbesluiten die materieel zijn voor de stichting.

### *3.3 Belet en ontstentenis*

Anders dan in de oorspronkelijke versie van het Wetsvoorstel BTRP is in de huidige versie (versie 2019) niet langer bepaald dat de statuten een regeling dienen te bevatten voor het geval sprake is van belet of ontstentenis van (alle) bestuurders en leden van de raad van toezicht.[24] Het is onduidelijk waarom deze bepaling niet langer is opgenomen.[25] Indien sprake is van belet of ontstentenis van alle stichtingsbestuurders en de statuten een coöptatieregeling bevatten, kunnen nieuwe bestuurders slechts via de rechter benoemd worden. Bij belet of ontstentenis van de gehele raad van toezicht heeft de rechter niet de mogelijkheid om nieuwe leden te benoemen.[26] Zolang Boek 2 BW hier niet in voorziet, zouden sectorwetten en sectorcodes mijns inziens moeten voorschrijven dat een statutaire regeling wordt getroffen voor belet of ontstentenis bij zowel het bestuur als de raad van toezicht.[27]

### *3.4 Tegenstrijdig belang en zorgvuldige besluitvorming*

Tegenstrijdig belang van bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting wordt straks in Boek 2 BW geregeld (art. 2:291 lid 4 en 2:292a lid 5 Wetsvoorstel BTRP). Het voorkomen van belangenverstrengeling en omgang met tegenstrijdige belangen is terecht een belangrijk thema in veel sectorale governancecodes. Dergelijke bepalingen over tegenstrijdig belang dienen wel aan te sluiten bij de wettelijke basisregeling.

De voorgestelde wettelijke regeling houdt in dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang zich onthoudt van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. In de literatuur is opgemerkt dat het voor de werking van deze regeling van belang is dat een bestuurder zijn tegenstrijdig belang tijdig meldt bij zijn medebestuurders en/of (de voorzitter van) de raad van toezicht, indien deze is ingesteld.[28] Nu het Wetsvoorstel BTRP hierover geen bepaling bevat, zou dit mijns inziens in een sectorcode geadresseerd dienen te worden.[29] Het voorgestelde wetsartikel vervolgt dat, als er ten gevolge van een tegenstrijdig belang geen besluit door het bestuur kan worden genomen, het besluit wordt genomen door de raad van toezicht, indien deze is ingesteld.[30] Ik meen dat de raad van toezicht altijd betrokken moet worden als sprake is van tegenstrijdig belang van één of meer bestuurders bij een transactie die materieel is voor de stichting. De raad van toezicht zou in dergelijke gevallen voorafgaande goedkeuring dienen te verlenen. Naar mijn mening betreft dit een kernbevoegdheid die de toezichthoudende taak nader inkleurt (zie par. 3.2). Dit is in de meeste, maar nog niet alle sectorale governancecodes geregeld.[31]

Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en een raad van toezicht ontbreekt, kan het bestuur het besluit toch nemen, maar dienen de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastgelegd te worden, tenzij de statuten anders bepalen, aldus het Wetsvoorstel BTRP. Ook als alle leden van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang hebben, kunnen zij een besluit nemen, mits zij daarbij hun overwegingen schriftelijk vastleggen. Hiermee geven bestuurders en interne toezichthouders inzicht in de redenen om, ondanks het tegenstrijdig belang, de transactie toch door te zetten. Daarbij dienen zij aan te geven waarom zij het

22. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 243.
23. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2018, p. 178.
24. In de oorspronkelijke versie van het Wetsvoorstel BTRP was een uniforme bepaling voor alle rechtspersonen opgenomen: art. 9 lid 6 en 11 lid 7 van het oorspronkelijke Wetsvoorstel BTRP.
25. Zie hierover ook Rensen 2019.
26. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2018, p. 501-502.
27. Voor woningstichtingen is dit reeds in sectorwetgeving vastgelegd, te weten in art. 25 lid 7 en 30 lid 11 Woningwet.
28. Door sommigen, zoals Wezeman (J.B. Wezeman, Vorm en sanctionering van tegenstrijdig belangregels, in: L. Timmerman e.a., Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 89-90), en Quist & Rensen (P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, WPNR 2017/7162) was bepleit om dit in het Wetsvoorstel BTRP op te nemen, zodat dit in Boek 2 BW geregeld wordt.
29. Overigens is het ook van belang te regelen aan wie leden van de raad van toezicht hun tegenstrijdig belang melden (slechts aan de voorzitter of aan de hele raad van toezicht). Zie Van Uchelen-Schipper 2018, p. 416.
30. Zie mijn kritiek over escalatie naar de raad van toezicht, aangezien deze ertoe kan leiden dat de raad van toezicht verantwoordelijk wordt gehouden voor een besluit dat verder gaat dan het toezichthoudende terrein. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 249-250.
31. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 281. Net als in de NCGC zou kunnen worden vastgelegd welke voorgenomen handelingen van het bestuur in ieder geval een ongeoorloofde belangenverstrengeling en mogelijk een tegenstrijdig belang opleveren, zoals het aangaan van een transactie met een familielid of met een rechtspersoon die bestuurd wordt door een familielid.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



besluit in het belang van de stichting achten. Brancheorganisaties zouden handreikingen kunnen opstellen over de wijze waarop tegenstrijdig-belangbesluiten gemotiveerd en toegelicht moeten worden. Schriftelijke vastlegging zal doorgaans plaatsvinden in interne notulen, maar het is ook van belang om belangrijke transacties waarbij tegenstrijdig belang speelde te melden in het jaarlijkse bestuursverslag.[32] Dergelijke meldingen in bestuursverslagen komen, in ieder geval in de culturele sector, tot nu toe nauwelijks voor.[33]

Overigens meen ik dat sectorale governancecodes en/of handreikingen ook op andere punten zouden kunnen inspringen en bijdragen aan zorgvuldige besluitvorming van zowel het bestuur als de raad van toezicht. Een zorgvuldig en gestructureerd besluitvormingsproces draagt bij aan de kwaliteit van besluiten. Dat geldt met name voor besluiten van de interne toezichthouders, die doorgaans meer tijd hebben om hun beslissingen te nemen dan bestuurders die dagelijks op ad-hocbasis beslissingen moeten nemen. Dit onderwerp is mijns inziens vaak onderbelicht.[34]

## 4 Toezicht door belanghebbenden op grond van artikel 2:298 BW en het enquêterecht

Het sluitstuk van een goede governanceregeling vormt het externe toezicht. Bepaalde soorten stichtingen, zoals pensioenfondsen en semipublieke instellingen (zorginstellingen, woningstichtingen en scholen die door de overheid bekostigd worden), kennen een externe toezichthouder met eigen handhavingsbevoegdheden.[35] In zekere zin wordt op alle stichtingen extern toezicht gehouden door het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie kan om inlichtingen verzoeken (art. 2:297 BW) en kan via de rechter een stichtingsbestuurder ontslaan (art. 2:298 BW). Ook belanghebbenden hebben deze laatstgenoemde mogelijkheid om de rechter te verzoeken een bestuurder te ontslaan vanwege handelen in strijd met de wet of de statuten of in geval van 'wanbeheer'.

### *4.1 Uitbreiding mogelijkheden voor belanghebbenden in Wetsvoorstel BTRP*

In het Wetsvoorstel BTRP worden belangrijke wijzigingen van artikel 2:298 BW voorgesteld. Ten eerste worden de ontslaggronden van artikel 2:298 BW verruimd.[36] Daarnaast wordt voorgesteld om artikel 2:298 BW uit te breiden: het Openbaar Ministerie en belanghebbenden kunnen bij de rechtbank ook een verzoek indienen om leden van de raad van toezicht van de stichting te ontslaan (zie lid 5 van het voorgestelde art. 2:298 BW). De minister meent dat de huidige gronden niet toereikend zijn om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven.[37] Een belanghebbende kan straks de rechter verzoeken om ontslag van een bestuurder of een lid van de raad van toezicht als hij meent dat sprake is van (a) verwaarlozing van de bestuurlijke c.q. toezichthoudende taak, (b) andere gewichtige redenen, of (c) ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap c.q. lidmaatschap van de raad van toezicht in redelijkheid niet kan worden geduld.

### *4.2 Wie zijn belanghebbenden in de zin van artikel 2:298 BW?*

Een belangrijke vraag in verband met het huidige én het toekomstige artikel 2:298 BW is wie als belanghebbenden kwalificeren. De discussie over het begrip belanghebbende is nog niet volledig uitgekristalliseerd en het Wetsvoorstel BTRP beoogt geen verandering te brengen in de reikwijdte van het begrip belanghebbende.[38] Uit de rechtspraak en de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel BTRP volgt dat als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt: de stichting zelf, personen die deel uitmaken of hebben uitgemaakt van een stichtingsorgaan, uitkeringsgerechtigden, subsidiegevers (waaronder overheidsinstanties), de Staat (bij semipublieke instellingen op grond van zijn 'stelselverantwoordelijkheid') en de curator (in geval van faillissement).[39] Een recent arrest van de Hoge Raad zet mogelijk de deur nog iets verder open, zodat ook anderen die nauw betrokken zijn (geweest) bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld gebruik kun-

32. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 418.
33. Aldus bijv. het KPMG-rapport 'Reflectie op toezicht, onderzoek naar verantwoording over toezicht in jaarverslagen in de cultuursector', maart 2016.
34. Dit geldt overigens niet alleen voor stichtingen, maar ook voor (beurs)vennootschappen. In het Verenigd Koninkrijk geldt voor beursvennootschappen, in aanvulling op de UK Governance Code, een handreiking: de 'Guidance on Board Effectiveness' van de Financial Reporting Council (FRC), www.frc.org.uk. Daarin is te lezen: 'Many of the factors which lead to poor decision making are predictable and preventable. Boards can minimise the risk of poor decisions by investing time in the design of the decision-making policies and processes including the contribution of committees.' Zie ook Van Uchelen-Schipper 2018, p. 374 en 422-428.
35. Zie uitgebreider hierover Van Uchelen-Schipper 2018, par 6.4.
36. De huidige grond 'wanbeheer' wordt in de rechtspraak van oudsher geïnterpreteerd als financieel wanbeheer en niet als bestuurlijk wanbeleid in het algemeen. Onder wanbeheer wordt verstaan: een tekortkoming ten aanzien van het beheer van het vermogen of de zorg voor de verkrijging van de inkomsten waarover de stichting kan beschikken; HR 3 januari 1975, NJ 1975/222 (Stichting Vorming Werkende Jeugdigen).
37. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 7-8.
38. MvT BTRP, p. 35. Uit vaste rechtspraak volgt dat in verband met dit begrip de zogenoemde tweekringenleer kan worden gevolgd, waarbij (1) de eerste kring wordt gevormd door degenen die door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang worden getroffen dat zij daarin behoren te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, en (2) de tweede kring wordt gevormd door degenen die anderszins zo nauw betrokken zijn (geweest) bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen. HR 10 november 2006, NJ 2007/45 m.nt. J.M.M. Maeijer. Met name over deze tweede kring bestaat onduidelijkheid.
39. Van Uchelen-Schipper 2018, p. 297. Zie ook MvT BTRP, p. 35.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



nen maken van artikel 2:298 BW.[40] A-G Timmerman schrijft in zijn conclusie bij dit arrest dat de rechter bij de uitleg van het begrip 'belanghebbende' een middenweg dient te vinden tussen een te ruime uitleg, waarmee artikel 2:298 BW een *actio popularis* wordt, en een te enge uitleg, waarmee artikel 2:298 BW een papieren tijger wordt. Niet iedereen die zich betrokken voelt bij het doel of de activiteiten van de stichting moet ontvankelijk zijn; er moet sprake zijn van een redelijk belang.

In sectorcodes wordt soms opgesomd wie als belanghebbenden bij stichtingen in de desbetreffende sector worden aangemerkt. Naast de hiervoor genoemde belanghebbenden worden bijvoorbeeld vrijwilligers en gemeenten genoemd. Als een vrijwilliger van een zorginstelling een verzoek tot ontslag van een bestuurder (of straks lid van de raad van toezicht) op grond van artikel 2:298 BW wil indienen, is mogelijk relevant dat vrijwilligers in een sectorcode uitdrukkelijk als belanghebbenden worden genoemd. Opstellers van codes dienen zich daarvan bewust te zijn.

### *4.3 Enquêterechtelijke trekken van artikel 2:298 BW*

In de literatuur is al een tijdje geleden opgemerkt dat in de rechtspraak een trend waarneembaar is die erop neerkomt dat de artikel 2:298 BW-procedure enquêterechtelijke trekken krijgt.[41] Wat ten eerste opvalt, is dat in de rechtspraak over artikel 2:298 BW soms de term 'wanbeleid' in plaats van 'wanbeheer' wordt gehanteerd.[42] Bovendien kan de rechtbank op grond van artikel 2:298 lid 2 BW hangende het onderzoek voorlopige voorzieningen treffen en de bestuurder schorsen.[43] Een voorlopige voorziening kan bijvoorbeeld inhouden: het benoemen van een tijdelijke bestuurder, die de opdracht krijgt om onderzoek te verrichten naar de gang van zaken binnen de stichting en daarvan verslag uit te brengen aan de rechtbank.[44]

### *4.4 Mogelijkheden van het enquêterecht en kring van enquêtegerechtigden*

Het doel van de enquête is natuurlijk wel ruimer dan dat van artikel 2:298 BW.[45] Het enquêterecht maakt het mogelijk om bij de Ondernemingskamer (OK) gedragingen van het bestuur en de raad van toezicht te laten onderzoeken en oplossingen te vinden voor patstellingen. Het enquêterecht van artikel 2:345 e.v. BW is slechts van toepassing op een stichting met een grote onderneming waarin ten minste vijftig werknemers werkzaam zijn (art. 2:344 BW). Indien de OK vaststelt dat sprake is van wanbeleid bij een dergelijke stichting, kan zij bestuurders en leden van de raad van toezicht bij wege van een definitieve voorziening ontslaan (art. 2:356 BW). De kring van mogelijke verzoekers van een enquête bij een stichting is echter klein. Een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de stichting kan worden ingediend door de stichting zelf, vertegenwoordigd door haar bestuur of raad van toezicht, een vakbond,[46] de A-G bij het Gerechtshof Amsterdam (om redenen van openbaar belang) of degene die deze bevoegdheid heeft op grond van de statuten of een overeenkomst met de stichting (art. 2:344-347 BW).

Sectorregels breiden bij bepaalde soorten stichtingen de wettelijke kring van enquêtegerechtigden uit. Stichtingen die een zorginstelling exploiteren waarvoor een ondernemingsraad moet worden ingesteld, dienen in hun statuten het enquêterecht toe te kennen aan de cliëntenraad.[47] In het Wetsvoorstel medezeggenschap cliënten zorginstellingen, dat op dit moment bij de Eerste Kamer ligt, is voorgesteld om dit recht rechtstreeks (bij wet, dus niet via de statuten) toe te kennen aan de cliëntenraad.[48] In de parlementaire geschiedenis bij het Wetsvoorstel medezeggenschap cliënten zorginstellingen is te lezen dat in de praktijk in de statuten van zorginstellingen drempels worden opgeworpen waardoor het voor de cliëntenraad feitelijk niet mogelijk is om een enquêteverzoek in te dienen.[49] Overigens wordt ook opgemerkt dat enquêteverzoeken zelden worden ingediend door de cliëntenraad. Sinds de inwerkingtreding van de WTZi zijn er vijf zaken geweest.[50] Daarnaast bepaalt de Pensioenwet voor pensioenfondsen dat het verantwoordingsorgaan, het zogenoemde belanghebbendenorgaan en de raad van toezicht het recht hebben om een enquêteverzoek in te dienen.[51]

Voor woningstichtingen is een bijzondere bepaling opgenomen in de Woningwet, die inhoudt dat de OK exclusief bevoegd is om een lid van de raad van toezicht (daar commissaris genoemd) van de woningstichting te ontslaan (art. 33 lid 1 Woningwet). Het verzoek daartoe kan worden ingediend door de woningstichting zelf of door de minister van Binnen-

40. HR 12 oktober 2018, NJ 2018/412, JOR 2018/296, RO 2018/77 (Stichting ANV Fondsen). In dit geval wilde de oud-bestuurder van een gelieerde vereniging van Stichting ANV Fondsen als belanghebbende van deze stichting worden aangemerkt teneinde het bestuursbeleid inzake de vergoedingen van de stichting aan de gelieerde vereniging aan de orde te stellen.
41. Asser/Rensen 2-III 2017/352 en Blanco Fernández in zijn noot bij JOR 2015/195.
42. Zie Hof Amsterdam 21 juli 2015, RO 2015/64 (Castle Capital).
43. Vgl. art. 2:349a lid 2 BW bij de enquêteprocedure.
44. Zie bijv. Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331 (Stichting Loterijverlies), Rb. Rotterdam 6 maart 2013, JOR 2013/100 en Rb. Rotterdam 24 juli 2013, JOR 2013/271 (Stichting Mayflower), waarover Asser/Rensen 2-III 2017/352. Vgl. art. 2:345 e.v. BW bij de enquêteprocedure.
45. Van der Ploeg meent dat er veel voor te zeggen is om art. 2:298 BW om te bouwen tot een 'mini-enquêteprocedure', waarbij belanghebbenden de rechtbank ook kunnen verzoeken om besluiten van stichtingsorganen te schorsen of te vernietigen. T.J. van der Ploeg, Overheidstoezicht op stichtingen, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtspersoon. Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
46. Een bekend voorbeeld van een enquête bij een zorginstelling die op verzoek van de vakbond werd ingesteld, is de enquête bij Meavita (Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, JOR 2016/61, RO 2016/8).
47. Zie art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.
48. Art. 12 Wetsvoorstel medezeggenschap cliënten zorginstellingen, Kamerstukken I 2018/19, 34858, A.
49. Kamerstukken I 2017/18, 34858, 3, p. 23.
50. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, JOR 2010/187 (Stichting Zorgcentra de Betuwe) en Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, JOR 2010/188 (Stichting Sherpa). Kamerstukken I 2017/18, 34858, 3, p. 23.
51. Art. 219 Pensioenwet.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



landse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK). De bepaling in de Woningwet vervolgt dat de OK uitsluitend overgaat tot ontslag als sprake is van verwaarlozing van de toezichthoudende taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan het aanblijven als lid van de raad van toezicht redelijkerwijs niet van de woningstichting kan worden verlangd.[52] Deze gronden uit de Woningwet komen overeen met de nieuwe gronden van artikel 2:298 BW in het Wetsvoorstel BTRP.

### *4.5 Verhouding tussen artikel 2:298 BW en het enquêterecht*

Meerdere auteurs hebben zich afgevraagd wat de verhouding is tussen de artikel 2:298 BW-procedure en de enquêteprocedure.[53] Via beide procedures kan schorsing of ontslag van een bestuurder worden bewerkstelligd, kan een tijdelijk bestuurder worden benoemd en kan onderzoek worden verricht naar de gang van zaken binnen de stichting. Op zichzelf lijkt het niet bezwaarlijk dat beide procedures naast elkaar bestaan.[54] Niettemin kan de vraag worden gesteld of sectorregels die aan belanghebbenden(organen) het enquêterecht toekennen nog wel nodig zijn als de mogelijkheden van artikel 2:298 BW met de invoering van het Wetvoorstel BTRP zijn verruimd. Ik ben het met Klaassen eens dat voorzichtig omgegaan moet worden met de uitbreiding van enquêtegerechtigden in sectorale wetgeving. Van belang is dat steeds zorgvuldig wordt afgewogen of de belanghebbenden(organen) toegang dienen te krijgen tot de enquêteprocedure, aangezien dergelijke procedures ingrijpend zijn voor de stichting in kwestie.[55] Klaassen merkt daarbij, evenals Overes, terecht op dat in ieder geval kan worden getwijfeld aan de noodzaak om de minister van BZK de bevoegdheid te geven om via de OK leden van de raad van toezicht van een woningstichting te ontslaan.[56] Deze bepaling dient mijns inziens, mede in verband met de invoering van het nieuwe artikel 2:298 Wetsvoorstel BTRP, te worden geschrapt. Cliëntenraden van een zorginstelling maken, als gezegd, af en toe gebruik van het enquêterecht, maar – voor zover mij bekend – nog niet van artikel 2:298 BW.[57] Het valt te bezien of cliëntenraden en andere belanghebbenden(organen) wel gebruik gaan maken van artikel 2:298 BW als met de invoering van het Wetsvoorstel BTRP de ontslaggronden worden uitgebreid en ook leden van de raad van toezicht onder het artikel vallen. In sommige gevallen, bijvoorbeeld wanneer 'slechts' beoogd wordt leden van de raad van toezicht te schorsen of te ontslaan, kan het enquêterecht mijns inziens een (te) zwaar middel zijn en biedt artikel 2:298 BW een beter alternatief.

## 5 Conclusies

Als het Wetsvoorstel BTRP in de huidige vorm wet wordt, biedt het een stevige basis voor de uitwerking van verschillende governancemodellen bij stichtingen in diverse sectoren. Voor het model met een 'gewoon bestuur', het model met verschillende soorten bestuurders (de *one-tier board*) en voor het raad-van-toezichtmodel worden belangrijke bouwstenen geleverd. Stichtingen die een AB/DB-model hanteren, zouden na moeten gaan of dit model feitelijk kwalificeert als een raad-van-toezichtmodel, een *one-tier board* of een bestuur/directiemodel. Bij het bestuur/directiemodel is het statutair bestuur (bestuur in de zin van de wet) eindverantwoordelijk voor de (titulaire) directeuren.

Naast het raad-van-toezichtmodel zou ook het model met een *one-tier board* het uitgangspunt kunnen zijn van sectorwetten en governancecodes. Sectorregels en governancecodes dienen zich primair te richten tot het bestuur en de raad van toezicht in de zin van de (toekomstige) wet en in beginsel niet tot de titulaire directie. Niettemin zijn diverse bepalingen van *good governance*, zoals integriteitsbepalingen, ook relevant voor titulair directeuren, die handelen onder verantwoordelijkheid van het statutair bestuur. In sectoren waar het bestuur/directiemodel vaak voorkomt, kunnen brancheorganisaties dit uitwerken in handreikingen of voorbeeldbepalingen voor een directiereglement.

Het Wetsvoorstel BTRP bevat minimale kernbevoegdheden voor het bestuur en de raad van toezicht, die in sectorwetten en sectorcodes uitgewerkt dienen te worden. Het is van belang om de toezichthoudende taak van de raad van toezicht en de niet-uitvoerende bestuurders verder in te kleuren, bijvoorbeeld door toekenning van goedkeuringsbevoegdheid ten aan-

52. Art. 33 Woningwet.
53. Zie o.m. H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & J.B. Wezeman, Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector, RMThemis 2014, afl. 4, p. 159-171, C.H.C. Overes, Worstelen met governance van semipublieke instellingen en pensioenfondsen, WPNR 2013/6996, L.G.H.J. Houwen, Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein, TvOB 2014, afl. 4, p. 135-147, M. Koelemeijer, De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?, TvOB 2016, afl. 1, p. 27, H. Koster, Overpeinzingen over wanbeheer, onderzoek en voorlopige voorzieningen bij stichtingen (art. 2:298 BW), TvOB 2014, afl. 6, p. 192-197 en A.G.H. Klaassen, Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de semipublieke sector: een betere aansluiting op Boek 2 BW is wenselijk, Ondernemingsrecht 2017/107.
54. In gelijke zin Klaassen 2017. Koster meent echter dat de regeling van art. 2:298 BW (in ieder geval voor zover het lid 2 van art. 2:298 BW betreft) beter in het enquêterecht, dus bij de OK, kan worden ondergebracht (Koster 2014). De OK heeft immers veel ervaring met dit soort kwesties en de enquêteprocedure is meer uitgewerkt en uitgekristalliseerd, aldus Koster.
55. Klaassen 2017.
56. Klaassen 2017; Overes 2013. Houwen twijfelt bovendien aan het toekennen van enquêterecht aan cliëntenraden, aangezien deze mogelijk onvoldoende distantie hebben tot de zorginstelling (L.G.H.J. Houwen, Toezicht op zorgondernemingen, NJB 2005, p. 1232-1233).
57. Wellicht komt dat omdat cliëntenraden via een enquête het beleid en de gang van zaken bij een zorginstelling in volle omvang willen laten toetsen. Bovendien hoeft de cliëntenraad in dat geval minder te stellen en te bewijzen, omdat voldoende is dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Het zou ook kunnen dat zij de OK het meest competent achten vanwege het specifieke karakter van een zorginstelling die met een veelheid aan belangen en complexe regels te maken heeft. Overigens is in het verleden ook wel gesuggereerd om binnen de OK raden te benoemen met kennis van de zorgsector. Zie H.K. Gussinklo, Wanbeleid in de zorg. Het toetsingskader in een enquêteprocedure bij een zorginstelling, Ondernemingsrecht 2009/95.

Dit artikel uit Maandblad voor Ondernemingsrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Dirkzwager legal & tax



zien van nader te bepalen belangrijke bestuursbesluiten. Aangezien het Wetsvoorstel BTRP niet voorschrijft dat de statuten van een stichting een regeling van belet en ontstentenis van alle bestuurders of leden van de raad van toezicht bevatten, dient dit voorschrift opgenomen te worden in sectorregels en sectorcodes. Bovendien is van belang dat in sectorcodes aanvullingen op de wettelijke tegenstrijdig-belangregeling opgenomen worden. Nadere handreikingen over zorgvuldige besluitvorming door het bestuur en de raad van toezicht kunnen bijdragen aan daadwerkelijk goede governance.

Het voorgestelde artikel 2:298 BW geeft belanghebbenden van de stichting ruimere mogelijkheden om bestuurders en leden van de raad van toezicht die het belang van de stichting schaden, te ontslaan. De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen treffen en de bestuurder of het lid van de raad van toezicht schorsen. De artikel 2:298 BW-procedure, die enquêterechtelijke trekken vertoont, zou een instrument kunnen worden dat vaker dan nu wordt ingezet. Aan sommige belanghebbenden(organen), zoals cliëntenraden bij zorginstellingen, is op dit moment in sectorregels enquêterecht toegekend. Het nieuwe artikel 2:298 BW biedt dergelijke belanghebbenden een minder zwaar en wellicht beter alternatief om leden van de raad van toezicht die hun taak verwaarlozen via de rechter te schorsen of te ontslaan.

*Mr. F.E. Keijzer* *

# Governancecodes in permanente ontwikkeling

**Governancecodes zijn ook in de semipublieke sector in amper vijftien jaar tijd een vertrouwd en dynamisch onderdeel geworden van de juridisch-organisatorische spelregels. Zij leveren een belangrijke bijdrage aan de verbetering en professionalisering van het bestuur en toezicht in de zorg, het onderwijs, de volkshuisvesting en de cultuursector. Wat kenmerkt deze semipublieke governancecodes? Welke ontwikkeling hebben zij in de afgelopen jaren doorgemaakt? En wat staat ons nog te wachten?**

## 1. Inleiding

In deze bijdrage wordt besproken hoe de diverse governancecodes in de semipublieke sector zich in de afgelopen jaren hebben ontwikkeld, hoe zij zich tot elkaar verhouden en hoe zij elkaar beïnvloeden. Daartoe wordt om te beginnen stilgestaan bij de vraag wat instellingen in de semipublieke sector zijn en hoe het regulerend kader eruitziet waarbinnen zij opereren. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag wat een governancecode is, en hoe de governancecodes in de semipublieke sector tot stand komen. De diverse governancecodes worden op hoofdlijnen besproken, waarna een aantal trends in de ontwikkeling van de governancecodes wordt gesignaleerd en wordt beoordeeld hoe de governancecodes zich tot elkaar verhouden. Tot slot volgt een voorzichtige blik op de toekomst van de governancecodes in de semipublieke sector.

## 2. Semipublieke instellingen

Instellingen in de semipublieke sector zijn organisaties met een privaatrechtelijke rechtsvorm die een maatschappelijke doelstelling hebben.[1] In die maatschappelijke doelstelling komt tot uitdrukking dat zij zich richten op een taak of op belangen die de overheid zich aantrekt en die in elk geval deels met publieke middelen betaald worden.[2] Tot de semipublieke sector worden in elk geval zorginstellingen, de woningcorporaties, het onderwijs en de cultuursector gerekend.

Kenmerkend voor instellingen in de semipublieke sector is dat zij opereren in een complex speelveld, waarbinnen diverse private en publieke belangen door elkaar lopen. Dit belangenpluralisme vraagt om normering.[3] Kenmerkend is ook dat hun bestaansrecht permanent onder druk staat: zowel de publieke taken en belangen als de publieke middelen die op het spel staan, maken dat de overheid en de samenleving steeds met argusogen kijken naar het gedrag en de prestaties van deze instellingen. Incidenten liggen daardoor direct onder een vergrootglas.

De regelgeving voor de semipublieke instellingen beweegt mee met hun dynamische verhouding tot de overheid. Al vele decennia hebben in Nederland private organisaties – van oudsher vaak stichtingen en verenigingen – taken opgepakt waarvan de overheid zich pas later de volle verantwoordelijkheid heeft aangetrokken.[4] Dit geldt voor de zorg en de volkshuisvesting, maar evengoed voor andere sectoren. De verhouding tussen de semipublieke instellingen en de overheid is dynamisch en kan beter met een golfbeweging dan met een rechte lijn weergegeven worden. Nu eens is sprake van verstatelijking, dan weer van privatisering, mede afhankelijk van welke politieke wind er waait.[5]

## 3. Regulerend kader

Het regulerend kader van de semipublieke instellingen ziet niet alleen op de verdeling van de publieke middelen, maar ook op de wijze waarop de instellingen georganiseerd zijn. Dit kader kent een gelaagde structuur die een fraaie illustratie vormt van het semipublieke karakter van

---

* **Mr. F.E. (Fabian) Keijzer** is voormalig advocaat en docent en is thans werkzaam als kandidaat-notaris.

1. Een vastomlijnde definitie van het begrip 'semipublieke instelling' is er niet. Vgl. *Een lastig gesprek* (Advies Commissie Behoorlijk Bestuur), september 2013, p. 9.
2. Vgl. *Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties* (WRR-rapport 91), Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 19.
3. Zie ook: L.G.H.J. Houwen, *Van maatschappelijk belang* (oratie Tilburg), Tilburg University 2011, p. 46-48.
4. *Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties* (WRR-rapport 91), Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 25.
5. Vgl. R. Goodijk, *Toezicht in semipublieke organisaties* (oratie Tilburg), Tilburg University 2011, p. 15-17.

de instellingen.[6] Dat het om private organisaties gaat komt tot uitdrukking in het feit dat deze rechtspersonen in de eerste plaats geregeerd worden door Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek: het stichtingen-, verenigingen- en vennootschapsrecht. In aanvulling daarop heeft de wetgever in bijzondere wetgeving sectorspecifieke organisatieregels gegeven. Denk aan de Wet toelating zorginstellingen, de Woningwet, diverse onderwijswetten (WPO, WVO en WHW) en de bijbehorende uitvoeringsbesluiten.[7]

Behalve door overheidsregels worden semipublieke instellingen daarnaast geregeerd door eigen regels. Er wordt nog steeds veel gebruikgemaakt van rechtsvormen als de stichting en de vereniging. Dat zijn rechtsvormen met een grote mate van organisatievrijheid.[8] Na de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: Wbtr) worden er weliswaar meer organisatieregels voor deze rechtsvormen in Boek 2 BW opgenomen, maar die doen nauwelijks afbreuk aan de organisatievrijheid.[9] Ook na invoering van de Wbtr kent Boek 2 BW voor stichtingen en verenigingen nog altijd minder organisatieregels dan voor bijvoorbeeld besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid. Consequentie is dat de inhoud van de statuten van semipublieke instellingen vaak van meer fundamentele betekenis is dan die van gewone ondernemingen. De ruimte die het stichtingen- en verenigingenrecht biedt, dwingt de instellingen om over hun eigen organisatieregels na te denken en daarin keuzes te maken.

Tussen het wettelijk kader en de eigen statuten van de instellingen in zit nog een andere laag regelgeving: namelijk het normatieve kader dat sectoren zichzelf hebben gesteld in de vorm van governancecodes. In de afgelopen vijftien jaar heeft elke branche van de semipublieke sector zijn eigen governancecode opgesteld en vervolgens doorontwikkeld. Hierna zal blijken dat deze ontwikkeling niet voltooid is, en naar verwachting ook niet eindig is.

## 4. Governancecodes in de semipublieke sector

Met governance wordt – kort samengevat – doorgaans bedoeld het organiseren van goed bestuur, het toezicht op dat bestuur en het afleggen van verantwoording over het gevoerde bestuur en het gehouden toezicht. Een governancecode wil bestuurders en interne toezichthouders richting bieden. Een governancecode is daarmee niet zozeer een wet of een verordening, als wel een richtsnoer en dus een hulpmiddel, waarbij steeds bedacht dient te worden dat de verantwoordelijkheid voor een zinvol gebruik van dat hulpmiddel bij de bestuurders en toezichthouders zelf ligt. Overes omschrijft het doel van governancecodes kernachtig als het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en het toezicht daarop.[10]

De eerste Nederlandse governancecode, de Code-Tabaksblat (2003), was geschreven voor beursvennootschappen. Vervolgens verschenen al vrij snel specifieke governancecodes voor de semipublieke sector. Hoezeer de wereld van de beursvennootschappen ook verschilt van die van scholen, ziekenhuizen en woningcorporaties, de corporate governancecode is van fundamentele invloed geweest op de governancecodes die in de semipublieke sector werden geïntroduceerd. Er is sprake van een blijvende (en inmiddels overigens wederzijdse) invloed, want bij de herziening van de semipublieke governancecodes klinken steeds ontwikkelingen door die uit de opvolgers van de eerste corporate governancecode komen, namelijk de Code-Frijns (2008) en de Code-Van Manen (2016). Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het bevorderen van een divers samengesteld toezichthoudend orgaan, het formuleren van het bestaansrecht aan de hand van het streven naar langetermijnwaardecreatie, en de focus op cultuur en gedrag.

Governancecodes zijn een vorm van zelfregulering. Zij vervullen een belangrijke rol in de semipublieke sector omdat ze passen bij het karakter van de instellingen in deze sector. Semipublieke instellingen hebben voor een groot deel de verantwoordelijkheid om zichzelf te organiseren. De overheid stelt niet tot in detail het organisatiekader vast voor semipublieke instellingen. Deels vanuit een relatief recente politieke overweging van een terugtredende overheid (privatisering). Deels is echter al langer geleden de keuze gemaakt om stichtingen en verenigingen veel organisatievrijheid te laten. Visée en Van Uchelen-Schipper noemen dan ook het ontbreken van *checks and balances* in het stichtingenrecht als een verklaring voor het bestaan van sectorale governancecodes.[11]

Governancecodes zijn een vorm van *collectieve* zelfregulering omdat het voor elke individuele instelling ondoenlijk is om een compleet eigen kader vast te stellen. Het is efficiënter om in brancheverband het zelfregulerend kader

6. Zie ook: S.W.A.M. Visée & M.J. van Uchelen-Schipper, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen* (Preadviezen commerciële rechtspraktijk, deel 3), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 19-20. En L.G.H.J. Houwen, 'De WBTR in het semipublieke domein: verhouding Boek 2 BW en sectorale governanceregulering', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 23 e.v.
7. Niet onbelangrijk zijn daarnaast de wetten die medezeggenschap en inspraak van belanghebbenden beogen te borgen, zoals de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen en de Wet op het overleg huurders verhuurder.
8. Zie bijvoorbeeld M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, en M.J. van Uchelen-Schipper & S.W.A.M. Visée, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen* (Preadviezen commerciële rechtspraktijk, deel 3), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 21.
9. *Kamerstukken II* 2015/16-2018/19, 34491, 1-12. In *Kamerstukken II* 2018/19, 11, p. 2 geeft de Minister voor Rechtsbescherming expliciet aan: 'Het doel van het wetsvoorstel is het verhogen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen. Tegelijkertijd wil ik verenigingen en stichtingen niet in een keurslijf dwingen.'
10. C.H.C. Overes, 'De stichting en governance: bestuur en toezicht', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting: kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 72.
11. Vgl. S.W.A.M. Visée & M.J. van Uchelen-Schipper, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen* (Preadviezen commerciële rechtspraktijk, deel 3), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 44.

te ontwikkelen, zodat gebruikgemaakt kan worden van elkaars kennis en ervaring, en wordt voorkomen dat ieder voor zich het wiel aan het uitvinden is.

Binnen de semipublieke sector kent elke governancecode zijn eigen ontstaansgeschiedenis. Vaak is het een brancheorganisatie die initiatiefnemer, penvoerder en eigenaar/houder is van de governancecode, zoals Aedes voor de woningcorporaties en de PO-raad en de VO-raad voor respectievelijk het primair en het voortgezet onderwijs. In de zorg is het zelfs de overkoepelende brancheorganisatie BoZ waarin de diverse brancheorganisaties zich verenigd hebben.[12] In de cultuursector ligt dit iets anders. Het houderschap van de code berust daar bij Stichting Cultuur+Ondernemen: dat is geen branchevereniging, maar het kenniscentrum voor ondernemerschap in de cultuursector.[13] Deze organisatie zorgt ervoor dat inspraak door en input vanuit culturele organisaties op de governancecode is geborgd op een wijze die niet onderdoet voor de brancheorganisaties bij de andere governancecodes.

Het ontstaan van een governancecode is naar zijn aard een complex proces. Brancheorganisaties zijn namelijk in toenemende mate *bottom up* georganiseerd.[14] Zij verenigen vaak een pluriform ledenbestand, onder meer wat organisatieomvang en achtergrond betreft. Het bereiken van een zo groot mogelijk intern draagvlak is daarom lastig, maar niet minder noodzakelijk. En behalve het interne draagvlak, speelt uiteraard ook het externe draagvlak een grote rol. Gedurende het ontstaans- of herzieningsproces van een governancecode vindt intensief overleg plaats met organisaties van belanghebbenden, wetenschappers, adviseurs en overheidsinstanties. Dit is van groot belang voor de legitimiteit van de governancecodes, die bij vormen van zelfregulering, anders dan bij overheidsregelgeving, niet vanzelfsprekend is.[15] Die legitimiteit is echter, vanwege de grote publieke belangen die spelen in de diverse sectoren, wel degelijk essentieel.

Een governancecode krijgt dus vorm onder invloed van zowel interne als externe betrokkenen. Niet zelden spelen (impliciete) politieke wensenlijstjes een rol van betekenis in dat proces. Een heel duidelijk voorbeeld daarvan is de invloed van het advies van de commissie-Halsema geweest.[16] Diverse herzieningen in de governancecodes lijken rechtstreeks door dit advies geïnspireerd dan wel beïnvloed te zijn, zoals de aandacht voor belangenverstrengeling, permanente opleiding en het organiseren van tegenkracht.

Anders dan de corporate governancecode bestaat voor de semipublieke governancecodes geen wettelijke verankering die vergelijkbaar is met art. 2:291 lid 5 BW. Desalniettemin zijn ook deze governancecodes verre van vrijblijvend. Er is inmiddels een breed spectrum aan nalevingsinstrumenten, via lidmaatschapsvereisten, speciale governancecommissies, overheidsrechtspraak en externe toezichthouders.[17] Voor een groot deel van de codebepalingen geldt dat ze gezien kunnen worden als in Nederland geldende rechtsovertuigingen.[18] Wat Raaijmakers en Buma schreven over beursgenoteerde ondernemingen, geldt ook voor semipublieke instellingen: 'Het is maar een kleine stap van best practice-principes die ondernemingen en andere stakeholders voor zichzelf hebben geformuleerd, naar het vaststellen van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging.'[19]

## 5. Governancecodes in vogelvlucht

De diverse governancecodes in de semipublieke sector worden mede door elkaar geïnspireerd en beïnvloed. Tot op zekere hoogte bouwen zij op elkaar voort, zodat gesproken kan worden van een dakpansgewijze ontwikkeling. Bij elke herziening van een governancecode probeert men weer een stap verder te zetten door te leren van de ontwikkelingen die de andere governancecodes recent hebben doorgemaakt. Toch blijven de semipublieke governancecodes van elkaar verschillen en hun eigen karakter behouden, omdat ze in een sectorspecifieke context tot stand komen, geredigeerd worden door de eigen branchevereniging en dan ook steeds meer toegesneden worden op de situatie van het betreffende semipublieke (sub)domein. In deze paragraaf wordt in vogelvlucht in kaart gebracht waarin een aantal governancecodes van elkaar geleerd hebben en waarin zij (zijn blijven) verschillen.[20]

### *5.1. Universiteiten*

Een van de oudste vigerende semipublieke governancecodes is die van de VSNU, de branchevereniging van de Nederlandse universiteiten. De governancecode stamt uit 2013, en is vooral organisatierechtelijk van aard. Dit blijkt al uit de opzet: achtereenvolgens komen de naleving van de code, het college van bestuur, de raad van toezicht, financieel beheer en de maatschappelijke verantwoording aan de orde.

12. In de Brancheorganisaties Zorg (BoZ) zijn verenigd: ActiZ, GGZ Nederland, NFU, NVZ en VGN.
13. Governance Code Cultuur 2019, p. 10.
14. Zie bijvoorbeeld het project Next Level GGZ, het democratiseringsproces van branchevereniging GGZ Nederland, zoals beschreven in haar jaarverslag 2018, p. 5-6. Ook branchevereniging ActiZ heeft in 2018 haar verenigingsstructuur herzien om leden meer invloed te geven, zie www.actiz.nl/over-actiz.
15. Vgl. M. Olaerts, 'Het ondernemingsrechtelijk landschap: van wettelijke bepalingen tot best practices en smart mixes', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 25.
16. *Een lastig gesprek* (Advies Commissie Behoorlijk Bestuur), september 2013, p. 25-26.
17. Uitgebreider hierover: L.G.H.J. Houwen, 'Handhaving van governancecodes: de vrijblijvendheid voorbij?', *TvOB* 2019, afl. 2, met name p. 49-52.
18. Vgl. art. 3:12 BW.
19. G.T.M.J. Raaijmakers & O.M. Buma, 'Terugblik en vooruitblik van de Code Corporate Governance', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 66.
20. Er zijn meer (semipublieke) governancecodes dan hier besproken worden. Zie voor een uitgebreide lijst G.T.M.J. Raaijmakers & O.M. Buma, 'Terugblik en vooruitblik van de Code Corporate Governance', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 67.

De formeel-juridische stijl en opzet van de code wordt nog versterkt doordat een aantal relevante artikelen uit de Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk Onderzoek (WHW) letterlijk geciteerd wordt. Het voordeel daarvan is dat de governancecode goed aansluit op het specifieke wettelijke kader waarbinnen de universiteiten opereren, en dat bovendien gesproken kan worden van een strakke en compacte governancecode. Een geheel herziene VSNU-code wordt in 2019 verwacht.

### *5.2. Woningcorporaties*

Ontwikkelingen gaan snel: in 2015 was de Governancecode woningcorporaties, als opvolger van eerdere versies uit 2007 en 2011, een vernieuwende code onder meer omdat hij *principle based* was. Centraal staan vijf principes met als thema's: waarden en normen, aanspreekbaarheid en verantwoording, geschiktheid van bestuurders en toezichthouders, dialoog met belanghebbenden en risicobeheersing. Deze principes worden uitgewerkt in bepalingen, waar overigens voor een belangrijk gedeelte niet van afgeweken mag worden. Voor zover afwijken wel is toegestaan moet dat op actieve en inzichtelijke wijze gemotiveerd worden.

De code is sterk beïnvloed door enkele integriteitsincidenten in de corporatiesector, de daaropvolgende parlementaire enquête, en het rapport van de commissie-Halsema, waar in de preambule nadrukkelijk naar verwezen wordt. In het voorwoord wordt de ambitie uitgesproken dat de governancecode een bijdrage levert aan het herstel van maatschappelijk vertrouwen in de sector. Bedacht dient te worden dat de wetgever voor de woningcorporaties relatief ver is gegaan in het geven van sectorspecifieke wettelijke organisatieregels. De governancecode is daarop een aanvulling. Het is inmiddels alweer één van de oudere governancecodes, en een nieuwe editie wordt dit jaar verwacht.

### *5.3. Primair onderwijs*

Iets recenter is de Code Goed Bestuur in het primair onderwijs uit 2017. Opzet en taalgebruik zijn behoorlijk formeel-juridisch en de governancecode bevat relatief veel organisatieregels. Het primair onderwijs kent een heel eigen organisatorisch begrippenkader (denk aan termen als 'bevoegd gezag' en 'schoolbestuur'). De hanteerbaarheid van de code wordt bevorderd door een uitgebreide toelichting die wederom een aantal principes benoemt die in de code terug te vinden zijn.

Tegelijkertijd wordt het ontwikkelkarakter van de code benadrukt: de code wil een instrument zijn dat uitnodigt tot reflectie en het maken van eigen keuzes. Opvallend ten opzichte van andere semipublieke governancecodes is het uitgangspunt om taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden zo laag mogelijk in de organisatie te beleggen.

### *5.4. Zorg*

Veel vernieuwender is de Governancecode Zorg 2017. Ten opzichte van de voorgaande zorgcodes uit 2004 en 2010 is er sprake van een radicaal andere opzet: niet langer *rule based*, maar *principle based*. De organisatierechtelijke indeling is grotendeels losgelaten ten gunste van een thematische structuur aan de hand van zeven principes. Het eerste principe zet de toon door te benoemen dat het bestaansrecht van de instellingen is gelegen in het bieden van goede zorg aan de cliënten. Vervolgens nemen waarden en normen, de dialoog met belanghebbenden en de persoonlijke geschiktheid en ontwikkeling van bestuurders en toezichthouders een prominente plek in. Er is een knap evenwicht gevonden tussen politieke wensenlijstjes en een duidelijke eigen koers van de branche. Het taalgebruik is, in lijn met de indeling, veel minder juridisch en een stuk toegankelijker dan de vorige governancecode.

### *5.5. Cultuur*

De Governancecode Cultuur 2019 is een zeer recente governancecode, die in taal en stijl voorloopt op de andere governancecodes. Acht principes worden uitgewerkt in praktische aanbevelingen, verdeeld over vier thema's: waarde scheppen, integer en rolbewust handelen, zorgvuldig besturen en goed toezicht uitoefenen.

Uitgangspunt is het raad van toezichtmodel, met de kanttekening dat de governancecode dit model geenszins voorschrijft. De cultuursector kent namelijk van oudsher juist verschillende bestuursmodellen, en anders dan in de andere semipublieke sectoren zijn er vanuit de overheid amper sectorspecifieke organisatieregels opgelegd.

Het is een ambitieuze code voor een zeer diverse sector. Actuele en ingewikkelde onderwerpen als integriteit, financiering door private partijen, rolbewustheid en de eigen ontwikkeling van bestuurders en toezichthouders worden geadresseerd. Bij de governancecode hoort een *toolkit*, met praktische hulpmiddelen voor bestuurders en toezichthouders.

### *5.6. Voortgezet onderwijs*

In juni 2019 verscheen de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019. De vorige governancecode voor het voortgezet onderwijs stamde uit 2015. De structuur van die code was ingewikkeld en tamelijk formeel. Zes lidmaatschapsvereisten voor scholen die zijn aangesloten bij de VO-raad werden uitgewerkt in maar liefst 47 richtlijnen, waarvan (mits beargumenteerd) mocht worden afgeweken. Naast de regels en richtlijnen reikte de code uit 2015 ook nog drie centrale uitgangspunten aan.

De Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019 is een stuk compacter en toegankelijker. Enkele lidmaatschapseisen zijn gehandhaafd, maar de code is nu opgebouwd rond vier kernachtige principes (verantwoordelijkheid, professionaliteit, integriteit en openheid), waarvan gesteld wordt dat die alle hun bron vinden in het begrip 'betrouwbaarheid'. Alleen al uit deze begrippen blijkt dat de governancecode zich richt op het gedrag van bestuurders en toezichthouders en niet zozeer op organisatieregels. De vier principes worden telkens kort toegelicht, en zijn voorzien van (in totaal) twintig *good practices*. Taal en stijl zijn modern en leesbaar, en toelichtende teksten in de governancecode besteden veel aandacht aan de ontwikkelingen en uitdagingen waar de onderwijssector mee te

maken heeft. Er is veel aandacht voor de omgang met belanghebbenden.

## 6. Trends in de ontwikkeling

Uit het overzicht van de geldende governancecodes in de semipublieke sector blijkt dat tussen de verschillende governancecodes onderling aanzienlijke verschillen bestaan. Die zijn in de eerste plaats te verklaren door de context waarin de governancecodes tot stand komen. De semipublieke sectoren kennen elk een heel eigen dynamiek. In de volkshuisvesting en het onderwijs is het scala aan spelers en belanghebbenden bijvoorbeeld (iets) overzichtelijker dan in de zorg. Hetzelfde geldt voor het totstandkomingsproces van elke code. Waar het gaat om het overheidskader waarbinnen de instellingen opereren bestaan grote verschillen. De wetgever is voor woningcorporaties veel verder gegaan met het opleggen van wettelijke governanceregels dan voor zorg- en onderwijsinstellingen: de Woningwet (en daarop gebaseerde regelgeving) kent veel gedetailleerdere organisatieregels dan de Wet toelating zorginstellingen en het bijbehorende uitvoeringsbesluit. Tot slot bestaan binnen de sectoren zelf tussen instellingen onderling soms grote verschillen in omvang en karakter. Denk bijvoorbeeld aan het verschil tussen een UMC en een kleinschalige commerciële zorgaanbieder.

Governancecodes hebben een beperkte houdbaarheidsdatum, want men ziet systematisch al na een paar jaar weer aanleiding tot soms radicale vernieuwing en doorontwikkeling van een governancecode.[21] Politieke en maatschappelijke eisen en wensen zijn veranderlijk, al dan niet in reactie op incidenten of de waan van de dag. Governancecodes hebben dus een veel dynamischer karakter dan wetgeving, wat overigens kenmerkend is voor zelfregulering: er kan zo goed ingespeeld kan worden op nieuwe problematiek als de actualiteit daarom vraagt. Het dynamische karakter van de Governancecode Zorg 2017 wordt nog versterkt door de instelling van een governance- en innovatiecommissie, die als taak heeft om te adviseren over casusoverstijgende governanceproblematiek, thematisch onderzoek te doen en *best practices* te delen.

Opvallend genoeg leidt de dakpansgewijze ontwikkeling die hiervoor gesignaleerd werd niet tot steeds omvangrijkere governancecodes.[22] Bij elke herziening van de governancecodes is meer aandacht voor de hanteerbaarheid en de leesbaarheid, wat mede tot uitdrukking komt in het (niet-juridische) taalgebruik. Terecht, want we hebben het immers over een instrument dat in de eerste plaats bruikbaar moet zijn voor bestuurders en toezichthouders van semipublieke instellingen. Die zitten niet te wachten op meer regels en omvangrijke juridische documentatie, maar hebben wel behoefte aan heldere en toegankelijke richtsnoeren. Zowel de semipublieke sector zelf als de politiek wil graag voorkomen dat governancecodes gereduceerd worden tot afvinklijstjes: in plaats van meer regels, wil men betere regels die bovendien goed worden nageleefd.[23]

In het verlengde hiervan ligt een inhoudelijke trend die zichtbaar is in de ontwikkeling van vrijwel alle governancecodes: in de loop van de jaren is het accent verschoven van organisatieregels naar principes en *best practices*.[24] *Rule based* governancecodes zijn dus *principle based* governancecodes geworden. Deze trend betekent niet zozeer dat de organisatieregels afgeschaft zijn. Integendeel, voor een deel zijn deze organisatieregels gemeengoed geworden. Zij hebben een vaste plaats gevonden in de statuten van semipublieke instellingen, en soms ook in sectorwetgeving. Als het wetsvoorstel voor de Wbtr de eindstreep haalt, wordt een deel van de organisatieregels bovendien gecodificeerd in Boek 2 BW.

Een belangrijker verklaring voor de opkomst van *principle based* governancecodes is dat het bewustzijn gegroeid is dat organisatieregels niet alle governanceproblemen oplossen. In 2004 signaleerde Timmerman reeds de opkomende gedragsrechtelijke benadering van het ondernemingsrecht.[25] Besturen en toezichthouden is mensenwerk, en daarmee een kwestie van organisatiecultuur, een resultaat van het gedrag en de kwaliteit van bestuurders en toezichthouders, en hun vermogen tot dialoog en het werken vanuit waarden en normen.[26] Governancecodes kunnen in dat verband bijdragen aan het gedragsnormatief kompas, en een instrument zijn dat bestuurders en toezichthouders helpt om hun koers te bepalen.

Rolbewustheid is ook een steeds prominenter thema geworden. Bestuurders en toezichthouders hebben ieder hun eigen taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Juist omdat van toezichthouders een proactievere opstelling verwacht wordt dan voorheen, is het zaak dat zij zich bewust zijn van (de grenzen van) hun rol, en dus niet op de zetel van de bestuurder plaatsnemen. Waar het vroeger wel voorkwam dat een lid van de raad van toe-

21. Uit de vorige paragraaf bleek al dat governancecodes elkaar snel opvolgen: in de zorgsector werd de governancecode in 2004, 2010 en 2017 vervangen; in het voortgezet onderwijs in 2008, 2015 en 2019; en ook in de cultuursector is een vergelijkbaar ritme te zien: 2006, 2014 en 2019.
22. Integendeel, om enkele indicaties te geven: de tekst en toelichting Governance Zorg 2017 beslaat 18 pagina's (minder dan de helft van haar voorganger); in de cultuursector werd de governancecode bij de meest recente herziening minstens tien pagina's ingekort; en in de governancecode voor het voortgezet onderwijs nam het aantal *best practices* bij de laatste herziening af van 46 naar 20.
23. Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 23-24 (Governance in de zorgsector).
24. Voor een uitleg over de verhouding tussen regels, principes en *best practices*, zie J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: K.M. van Hassel e.a. (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems* (Willems-bundel), Deventer: Kluwer 2010, p. 462-463.
25. L. Timmerman, *Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht* (oratie Leiden), Universiteit Leiden 2004, p. 7.
26. Vgl. *Een lastig gesprek* (Advies Commissie Behoorlijk Bestuur), september 2013, p. 5.

zicht tijdelijk bestuurder werd, is dit nu in veel governancecodes sterk beperkt of niet langer toegelaten.[27]

Een laatste inhoudelijke trend die gesignaleerd kan worden ligt in het verlengde van de focus op gedrag en cultuur: de aandacht voor integriteit en het omgaan met belangentegenstellingen. Vanwege de mix van private en publieke belangen is dit een onderwerp dat bij semipublieke instellingen veel meer speelt dan in het bedrijfsleven.[28] Juristen denken bij belangenverstrengeling meteen aan tegenstrijdig belang, en vinden dat vaak al een lastig leerstuk. Niet-juristen denken eerder in termen van persoonlijke bevoordeling maar ook aan een ons-kent-ons-cultuur, het *old boys network* waarin bestuurders en toezichthouders (te) veel verschillende petten op hebben. Het is terecht dat de governancecodes zowel voor de juridische als de minder juridische aspecten aandacht hebben. Vermeldenswaard is het onderscheid dat de recente governancecode cultuur maakt tussen gewenste en ongewenste belangenverstrengeling.[29] Juristen kijken daar wellicht in eerste instantie vreemd van op, maar het uitgangspunt dat belangenverstrengeling per definitie fout is, blijkt in de praktijk te ongenuanceerd en bovendien niet werkbaar. Zoals in de toelichting bij de governancecode cultuur staat: 'Belangenverstrengeling kan voor culturele organisaties nuttig en zelfs nodig zijn, bijvoorbeeld in het kader van de fondsenwerving door bestuurders of de netwerkfunctie van toezichthouders.'[30]

## 7. Toekomstperspectief

De semipublieke sector staat de komende jaren voor majeure maatschappelijke uitdagingen. Thema's als verduurzaming, digitalisering en vergrijzing zullen direct of indirect grote impact hebben op de strategie, de bedrijfsvoering en daarmee ook de organisatie van semipublieke instellingen. De verwachtingen vanuit de maatschappij worden bovendien zeker niet minder, terwijl de financiering en bekostiging veelal juist onder druk staan.[31]

Interessant is dat de corporate governancecode voor beursvennootschappen steeds maatschappelijker wordt, en als gezegd vormt deze code nog altijd een belangrijke inspiratiebron bij de herziening van semipublieke governancecodes.[32] Beursvennootschappen blijven gericht op het creëren van langetermijnwaarde, maar ze worden in toenemende mate wel geacht zich omgevingsbewust te gedragen.[33] Onderdeel van de langetermijnstrategie zijn nadrukkelijk ook elementen als de belangen van *stakeholders*, het milieu en ethische aspecten van de keten waarin de onderneming opereert. Alleen met die holistische benadering wordt waarheid wat in de preambule van die code staat: 'Naleving van de Code draagt bij aan het vertrouwen in goed en verantwoord bestuur van vennootschappen en hun inbedding in de maatschappij.'

In zijn rapport van 2014 riep de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid de brancheorganisaties in de semipublieke sector op om meer te gaan experimenteren met *best practices* en om kennis uit te wisselen. Daarnaast oordeelde de WRR dat de invulling van tegenmacht door derden-belanghebbenden erg beperkt was in de governancecodes.[34] Inspraak, samenspraak en tegenspraak zijn inmiddels gevleugelde woorden geworden en hebben een grotere plek in de governancecodes gekregen, maar de implementatie is niet eenvoudig. Ritualisering en formalisering liggen op de loer, en Van Malssen waarschuwt er terecht voor dat het belang van de belanghebbenden daar niet mee gediend is.[35]

Naast de grote maatschappelijke thema's zijn er enkele concrete en praktische onderwerpen die de komende jaren mogelijk een plaats gaan krijgen in de governancecodes. Bij een aantal zorginstellingen wordt al geëxperimenteerd en gewerkt met nieuwe bestuursmodellen in de vorm van een bestuurscollege of een directieteam. Deze organen lijken verwant aan het *executive committee* zoals dat een plaats gevonden heeft in de Code-Van Manen.[36] Een wettelijk kader ontbreekt en het vinden van een juist evenwicht in bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen statutair bestuurders en titulair directeuren blijkt in de praktijk soms lastig. Ook de bestuurssecretaris wordt al wel genoemd in de Code-Van Manen, terwijl deze functionaris in veel semipublieke instellingen een

27. Illustratief is dat een groot deel van de eerste uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg over deze problematiek ging, zie bijvoorbeeld de uitspraken van 1 november 2011 (kenmerk Gc 11/01), 8 maart 2012 (kenmerk Gc 11/02), 15 november 2012 (kenmerk Gc 12/01), 15 mei 2013 (kenmerk Gc 13/01), 5 december 2013 (kenmerk Gc 13/02) en 14 mei 2014 (kenmerk Gc 14/01). Uitgebreid hierover: A.G.H. Klaassen, 'Uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg: de dans rond de stoel van de bestuurder', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016, afl. 4, p. 174-189.
28. Zie het recente IGJ-rapport, *Tweede onderzoek naar goed bestuur binnen de Zorggroep Alliade te Heerenveen* (januari 2019) en de Buurtzorg-uitspraak van de Governancecommissie Gezondheidszorg van 4 februari 2019 (kenmerk Gc 18/02), alsmede de beantwoording van de Kamervragen ter zake *Kamerstukken II* 2018/19, *Aanhangsel van de Handelingen*, 2490, p. 1-6.
29. Governance Code Cultuur 2019, p. 27.
30. Governance Code Cultuur 2019, p. 17.
31. Vgl. Governance Code Cultuur 2019, p. 8-9.
32. Zie ook G.T.M.J. Raaijmakers & O.M. Buma, 'Terugblik en vooruitblik van de Code Corporate Governance', *TvOB* 2019, afl. 2, p. 70.
33. Zie met name de preambule en b.p.b. 1.1.1 Code-Van Manen.
34. *Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties* (WRR-rapport 91), Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 77.
35. T. van Malssen, '"Met de Wmcz in de hand lopen is wat niemand wil" – of toch wel?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2017, afl. 3, p. 209-214.
36. Zie b.p.b. 2.1.3 Code-Van Manen die in elk geval aandacht vraagt voor de motivatie van de keuze voor een executive committee en de werkwijze.

belangrijke rol vervult en wellicht daarom vermelding verdient in de governancecodes.[37]

De *one tier board* is een bestuursvorm die in de praktijk in sommige semipublieke sectoren voorkomt. De Wbtr creëert hiervoor een wettelijke basis in het voorgestelde art. 2:291a BW. In de governancecodes voor sectoren waarin een dergelijk bestuursmodel toelaatbaar is, zou enige aandacht hiervoor goed zijn.[38] In veel sectoren is het (dualistische) raad van toezichtmodel echter het dominante model geworden. Het valt nog te bezien of het nieuwe art. 2:291a BW daar verandering in gaat brengen.

In elk geval belooft 2019 een boeiend governancejaar te worden. Op de agenda staan nieuwe governancecodes voor de woningcorporaties en de universiteiten, en de herziene rechtsvormspecifieke governancecode voor coöperaties.[39] Daarnaast lijkt er weer schot te zitten in het wetsvoorstel voor de Wbtr dat lange tijd heeft stilgelegen.[40] Versteviging van de wettelijke basis van het raad van toezichtmodel betekent dat de gesignaleerde trend in de governancecodes in de semipublieke sector (samengevat: minder organisatieregels, meer focus op gedrag) verder kan doorzetten.

Het succes van *principle based* governancecodes met hun focus op gedrag en cultuur is overigens verre van gegarandeerd. De politieke en maatschappelijke verwachtingen zijn hoog, maar de vertaalslag van de nieuwe governance inzichten naar de praktijk zal nog behoorlijk ingewikkeld blijken. De governancecodes en hun ontwikkeling gaan dus een belangrijke fase in. Wat kan helpen om van deze fase een succes te maken? In de eerste plaats is het van belang dat er (blijvend) onderzoek wordt gedaan naar de ervaringen van het werken met de codes in de praktijk: monitoren, zoals dat ook bij de corporate governancecode gebruik is. Ten tweede kunnen er concrete tools (door)ontwikkeld worden om instellingen te helpen op een zinvolle manier met de governancecodes te blijven werken. De cultuursector geeft hiervoor met de *toolkit* al goede aanzet, en in de zorg kan de al eerdergenoemde governance innovatie- en adviescommissie nuttig werk verrichten. Als derde kan het belang van interdisciplinaire samenwerking genoemd worden. De verschuiving van organisatierecht naar gedragsregels betekent dat de rol voor organisatie- en gedragsdeskundigen bij het werken met de governancecode groter wordt. Juristen kunnen veel leren van hun inzichten en vervolgens semipublieke instellingen beter helpen om op een zinvolle manier invulling te geven aan de governancecodes.[41]

## 8. Afronding

De governancecodes in de semipublieke sector hebben de afgelopen vijftien jaar een mooie ontwikkeling doorgemaakt. Zij leveren inmiddels een belangrijke bijdrage aan de zeer gewenste professionalisering van bestuurders en interne toezichthouders van deze instellingen. Van een voltooid proces is echter geen sprake. *Good governance* is een levend bouwwerk dat nooit af is en permanent om onderhoud en ontwikkeling vraagt. Gesignaleerd werd dat de diverse governancecodes bij die ontwikkeling elkaar beïnvloeden maar wel hun eigenheid behouden.

Ondanks de dakpansgewijze ontwikkeling zal van een geheel waterdicht dak geen sprake zijn. Wetgeving vermag niet alles, maar governancecodes zijn helaas ook geen panacee tegen incidenten. Nieuwe regels leiden niet automatisch tot beter gedrag.[42] Enig verwachtingenmanagement op dat punt zou verstandig zijn. Governancecodes zijn daarentegen wel een uitstekend instrument waarmee de semipublieke sector en haar instellingen kunnen laten zien dat zij hun eigen verantwoordelijkheid serieus nemen, en leren van onvermijdelijke fouten. Zo kunnen governancecodes een dynamische en positieve bijdrage blijven leveren aan reflectie op de waarden en het gedrag van bestuurders en toezichthouders, en daarmee het bestaansrecht en de maatschappelijke legitimiteit van de semipublieke instellingen versterken.

37. Anders: M.J. van Uchelen-Schipper, 'Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot sectorale regels en governancecodes voor stichtingen', *MvO* 2019, afl. 3-4, p. 72, die van mening is dat governancecodes zich primair moeten richten tot de wettelijke organen uit Boek 2 BW.
38. Voor woningcorporaties en zorginstellingen is een one tier-model niet in overeenstemming met art. 30 Woningwet resp. art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.
39. Zie o.a. L.G.H.J. Houwen, 'Bewegingen rondom governancecodes', *Coöperatie* 2018, afl. 637, p. 9-11.
40. Vgl. M.J. van Uchelen-Schipper, 'Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot sectorale regels en governancecodes voor stichtingen', *MvO* 2019, afl. 3-4, p. 69-77, en W.J.M. van Veen & J.A.M. ten Berg, 'Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2019/7236, p. 324-334.
41. Zie ook de aanbevelingen van E. van de Loo & J. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe Corporate Governance Code', *Ondernemingsrecht* 2016/72, p. 347.
42. E. van de Loo & J. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe Corporate Governance Code', *Ondernemingsrecht* 2016/72, p. 341-342.

# Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de *rebound*

Er zit weer beweging in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen! Het heeft even op zich laten wachten, de vragen die de Minister van Rechtsbescherming nog moest beantwoorden dateren van september 2016, maar begin november verscheen dan eindelijk de nota naar aanleiding van het verslag met een nota van wijziging. Daaruit wordt ook meteen duidelijk waarom het ruim twee jaar heeft geduurd: het voorstel is nogal verbouwd. De oorspronkelijke gedachte van de wetgever om normen die voor alle rechtspersonen gelijk zijn bij elkaar te verzamelen in titel 1 van Boek 2 BW[1], is nu verlaten. Dit is een fundamentele omslag. Aan titel 1 verandert helemaal niets, de bestaande systematiek van Boek 2 BW blijft gehandhaafd door per rechtspersoon de regels uit te schrijven in de titel waarin die rechtspersoon is gereguleerd. Aan de ene kant valt te betreuren dat de eenheid die het oorspronkelijke voorstel bracht in ons rechtspersonenrecht niet doorgaat, maar aan de andere kant hoeft dat juridisch-inhoudelijk geen verschil te maken. De praktijk zal er in ieder geval niet rouwig om zijn dat de *overhaul* van bestaande wetsartikelen beperkt blijft.

De Minister stelt op enkele punten inhoudelijke wijzigingen voor ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel. Een aantal daarvan zal ik de revue laten passeren. Overigens zou het goed zijn als het ministerie een doorlopende tekst van het voorstel zou opstellen; nu moeten het oorspronkelijke voorstel en het gewijzigd voorstel naast elkaar worden geraadpleegd. Dat dit gemakkelijk fouten in de hand werkt, blijkt bijvoorbeeld uit het (onbedoeld) enerzijds schrappen van 2:151 BW en anderzijds handhaven van het gelijkluidende art. 2:261 BW.[2]

Anders dan het oorspronkelijke voorstel bevat het gewijzigd voorstel geen beperking meer ten aanzien van meervoudig stemrecht binnen het bestuur of de raad van commissarissen van een stichting of vereniging (waaronder ik in deze bijdrage, tenzij anders vermeld, ook versta de coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij). Voorgesteld was om meervoudig stemrecht zodanig te beperken dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen. Dat is de regeling die de wet kent voor bestuurders en commissarissen van de NV en de BV (art. 2:129/239 lid 2 BW). De motivering om het voorstel op dit punt te wijzigen schiet in mijn ogen tekort. De toelichting verwijst namelijk slechts naar één publicatie, van Schoonbrood & Meppelink[3], en zegt dat onder huidig recht geen wettelijke beperking geldt voor de vereniging en stichting. Invoering van een dergelijke beperking zou de vereniging en stichting volgens de Minister teveel beknellen in hun inrichtingsvrijheid en noodzaken tot verandering van bestuurs- en toezichtstructuren.[4] Overigens juichen genoemde auteurs in hun bijdrage de voorgestelde beperking van meervoudig stemrecht op zich toe, maar benadrukken zij de behoefte aan overgangsrecht voor bestaande situaties die niet aan de begrenzing voldoen.[5] In het gewijzigd ontwerp is echter geen overgangsrecht opgenomen, maar wordt het kind met het badwater weggegooid. Ik zou de Minister graag zien uitleggen hoe onbegrensd meervoudig stemrecht zich verhoudt tot het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen zoals onze wet dat kent.

1. P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *WPNR* 2017/7162.
2. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 7, onderdeel X sub s. en onderdeel SS sub aa. (dat ten onrechte onderdeel XX schrapt).
3. J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV, *WPNR* 2016/7118, p. 683-686.
4. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 2.
5. Idem, p. 684.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de raad van commissarissen bevoegd om iedere bestuurder te schorsen (voorgesteld art. 2:11 lid 8). In het gewijzigd voorstel is die bevoegdheid bij de vereniging echter beperkt tot 'iedere door de algemene vergadering benoemde bestuurder' (voorgesteld art. 2:47 lid 3). Deze wijziging wordt niet toegelicht, maar zal gebaseerd zijn op de huidige regeling van de raad van commissarissen bij coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:57 lid 3 BW). Dat de raad van commissarissen niet iedere bestuurder kan schorsen, bijvoorbeeld niet als deze door een derde is benoemd (art. 2:37 lid 3 BW), acht ik gezien zijn toezichthoudende taak onwenselijk. Er is weliswaar ruimte voor een statutaire regeling op dit punt, maar bij wijze van wettelijk uitgangspunt zou schorsing van iedere bestuurder door de raad toch mogelijk moeten zijn.

De oorspronkelijke verplichting om een statutaire belet- en ontstentenisregeling op te nemen voor de situatie waarin alle bestuurders (respectievelijk alle commissarissen) ontbreken, is voor de vereniging en stichting in het gewijzigd voorstel geschrapt. Dit vanwege de bestaande flexibiliteit op dit punt.[6] Hoewel ik mij afvraag wat de Minister hier nu precies mee bedoelt in dit verband, valt deze keuze voor de vereniging nog wel te billijken maar niet voor de stichting. Juist bij stichtingen komt nogal eens een systeem voor van coöptatie bij benoeming van bestuurders. Doet zich dan het geval voor waarin alle bestuurders aftreden, vanwege een ruzie bijvoorbeeld, dan kan bij gebrek aan een adequate statutaire regeling alleen via de rechtbank in het bestuur worden voorzien (art. 2:299 BW). De verplichting tot opname van een statutaire belet- en ontstentenisregeling was hier van toegevoegde waarde voor de betrokkenen. Ik hoop maar dat dit onderwerp voldoende op het netvlies van notarissen staat en zij dit, ook al bepaalt de wet er straks niets over, toch zullen meenemen in statuten.

Misschien wel het meest heikele punt in het oorspronkelijke wetsvoorstel was de uitbreiding van de regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement (art. 2:138 BW) tot alle verenigingen en stichtingen. Mijn vermoeden was dat in het voorstel, vergeleken met het voorontwerp, de angel er wel uitgehaald was door het bewijsvermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur indien niet is voldaan aan de boekhoudplicht of publicatieplicht van de jaarrekening (art. 2:138 lid 2 BW), niet van toepassing te laten zijn op *onbezoldigd* bestuurders van de niet-commerciële vereniging/stichting. Bij nader inzien achtte de Minister dit niet voldoende en daarom volgt uit het gewijzigd voorstel dat het bewijsvermoeden niet van toepassing is op (alle) bestuurders en commissarissen van niet-commerciële verenigingen/stichtingen. Voor semipublieke verenigingen en stichtingen die op grond van sectorale wet- en regelgeving een jaarrekeningplicht hebben, zal het bewijsvermoeden wél gelden. Overigens blijft in het wetsvoorstel overeind dat de curator in het faillissement van iedere vereniging of stichting de mogelijkheid heeft om bestuurders aan te spreken ex art. 2:138 lid 1 BW, alleen rust de bewijslast van onbehoorlijk bestuur bij de niet-commerciëlen dan op de curator.

Het gewijzigd voorstel sleutelt ook aan de voorgestelde aanpassingen van de bepaling inzake rechterlijk ontslag van stichtingsbestuurders en -commissarissen. De ontslaggronden blijven zoals oorspronkelijk voorgesteld, maar er wordt voorzien in een uitzondering op het bestuursverbod van 5 jaar dat een ontslag op de voet van art. 2:298 BW van rechtswege met zich brengt. Dit had echter eenvoudiger en beter kunnen worden geregeld dan nu voorgesteld. Het bestuursverbod geldt 'tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt'. Deze uitzondering past hier slecht. Zij refereert aan de collectieve bestuursverantwoordelijkheid en disculpatie ter zake zoals bedoeld in art. 2:9 BW, terwijl het daar bij ontslag in de procedure van art. 2:298 BW niet over gaat. Daar gaat het er namelijk om of zich ten aanzien van een individuele bestuurder (of commissaris) een grond voor ontslag voordoet. Het automatisme van het bestuursverbod voor 5 jaar kan mijns inziens beter worden afgezwakt door de mogelijkheid te introduceren zoals is gedaan in de regeling van het bestuursverbod in art. 106b lid 1 Faillissementswet, waar is opgenomen 'of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald'. De rechter kan dan persoonlijke omstandigheden van de ontslagen bestuurder (of commissaris) meewegen.[7]

6. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 2.
7. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, p. 24.

Verder is in het gewijzigd voorstel in lid 4 van art. 2:298 BW de bepaling terecht gekomen dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken.[8] Dat is wat ongelukkig omdat door deze plaatsing de indruk zou kunnen ontstaan dat dit alleen geldt in geval van rechterlijk ontslag ex art. 2:298 BW, terwijl de bepaling een algemene strekking heeft. De bepaling zou daarom beter als een nieuw lid kunnen worden toegevoegd aan art. 2:291 BW.

De nota naar aanleiding van het verslag bevat de volgende passage:[9]

> "Als het «dagelijks bestuur» van een stichting op grond van de statuten het dagelijkse beleid en de strategie bepalen, zal een rechter – ook op basis van het huidige recht – kunnen bepalen dat deze personen «bestuurders» zijn in de zin van de wet. Als een «algemeen bestuur» toezicht houdt op het beleid van het «dagelijks bestuur» en de algemene gang van zaken van de rechtspersoon en het bestuur met raad terzijde staat, dan zal een rechter bij de beoordeling van de omstandigheden van het geval kunnen oordelen dat juridisch sprake is van een raad van commissarissen of van een monistisch bestuursmodel waarbij degene die zitting hebben in het algemene bestuur fungeren als niet-uitvoerende bestuurders. Ook hier verwacht ik geen wijziging van de dagelijkse gang van zaken."

Wat hier wordt gezegd, kan ik niet goed volgen. De rechter kan mijns inziens niet oordelen dat een bestuurder 'juridisch' gezien een commissaris is. Iemand die als bestuurder is benoemd, ongeacht of hij het label algemeen of dagelijks bestuurder draagt, is bestuurder in de zin van de wet, mét de bijbehorende bestuurdersverantwoordelijkheden en -aansprakelijkheden. De ruimte voor her-kwalificatie van zijn juridische positie die de Minister voor ogen staat, zie ik niet. Niet onder huidig recht, maar ook niet in het voorstel. De verduidelijking van de gevolgen van het wetsvoorstel voor algemeen/dagelijks bestuursmodellen van bestaande verenigingen en stichtingen die in de literatuur is gevraagd, juist met het oog op de introductie van het one tier-model, is nog steeds gewenst.[10]

Het gewijzigde wetsvoorstel bevat, anders dan het oorspronkelijke voorstel, een overgangsregeling voor tegenstrijdig belang-situaties in het verleden bij verenigingen. Deze komt erop neer dat de algemene vergadering op of na de datum van inwerkingtreding van het wetsvoorstel een in het verleden verrichte onbevoegde vertegenwoordiging in verband met tegenstrijdig belang, alsnog kan bekrachtigen. Verder is bepaald dat op bestaande statutaire regelingen die voorschrijven dat de vereniging bij tegenstrijdig belang worden vertegenwoordigd door en ander dan het bestuurder of een bestuurder geen beroep kan worden gedaan.

Het is goed dat het wetsvoorstel bestuur en toezicht weer van zijn plaats is gekomen. Op de besproken onderdelen is er nog wel ruimte voor verfijning. Het zou mooi zijn als deze worden opgepikt en het voorstel in de loop van 2019 eindelijk in werking kan treden.

Prof. mr. G.J.C. Rensen*

8. Over de gevolgen voor stichtingsbestuurders, zie G.J.C. Rensen, Ontslag van de verenigingsbestuurder met een dienstbetrekking, *WPNR* 2015/7086, p. 1020.
9. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 17.
10. B. Bier, Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht, *Ondernemingsrecht* 2017/105, par. 5.

* Hoogleraar Ondernemingsrecht, Molengraaff Instituut (Universiteit Utrecht), kandidaat-notaris/psl te Amsterdam, redacteur van het WPNR. (**g.j.c.rensen@uu.nl**)

*Prof. mr. L.G.H.J. Houwen* *

# Handhaving van governancecodes: de vrijblijvendheid voorbij?

**Governancecodes worden regelmatig geassocieerd met een (vermeend) handhavingstekort. Dat resulteert dan vaak weer in een roep om nieuwe wetgeving. Een kritische analyse van de belangrijkste nalevings- en handhavingsmechanismen van actuele codes voor beursgenoteerde vennootschappen en maatschappelijke en culturele organisaties geeft een meer realistisch beeld van deze vorm van zelfregulering. Daarbij wordt nadrukkelijk aansluiting gezocht bij de gedragsmatige benadering zoals die door de nieuwe generatie governancecodes wordt gehanteerd.**

## 1. Inleiding

Zelfregulering door governancecodes wordt nog regelmatig geassocieerd met een (te) grote mate van vrijblijvendheid die aan een effectief bestuur, toezicht en aandeelhouders- of ledenbetrokkenheid van ondernemingen en maatschappelijke organisaties in de weg kan staan. De beeldvorming van een al dan niet vermeend handhavingstekort kleeft van oudsher aan deze vorm van governanceregulering. Het rapport van de (eerste) Commissie Corporate Governance met de 'veertig aanbevelingen van Peters voor goed bestuur, adequaat toezicht en het afleggen van verantwoording' wordt door de toenmalige Minister van Financiën al direct bestempeld als een 'genaderapport': 'De aanbevelingen zijn helemaal geschreven op de welwillende bestuurder. Als de ondernemingsleiding geen zin heeft de aanbevelingen ter harte te nemen, dan is er geen enkele manier om het af te dwingen.'[1] Een strenger monitoring- en toezichtmechanisme wordt daarna bepleit: 'De vraag rijst of (…) nieuwe wetgeving nodig geweest was, als er een stringenter toezicht op de naleving van de aanbevelingen was uitgeoefend. (…) Alleen met een strenger toezichtmechanisme kan bewerkstelligd worden dat zo'n nieuw rapport meer rechtstreekse invloed – d.w.z. zonder tussenkomst van de wetgever – heeft op het gedrag van beursvennootschappen en daarin werkzame (top)functionarissen.'[2] De wat dwingender geformuleerde principes en best practice-bepalingen van de Commissie Tabaksblat worden vervolgens geconfronteerd met de metafoor van 'een reus met lemen voeten', als er ten minste geen rechterlijke toetsing van de nalevings- en uitlegverplichting mogelijk is.[3]
Vergelijkbare scepsis zien wij ook wel in andere, met name semipublieke sectoren waar soms een hardnekkig beeld van een papieren of tandeloze tijger wordt gecultiveerd, althans bij tijd en wijle gereactiveerd om zo een pleidooi voor codificering van bestaande governancenormen uit sectorale codes door aanvullende wetgeving met publiekrechtelijke handhavingsmechanismen kracht bij te zetten. Zo wordt de toenmalige Zorgbrede Governancecode 2010, anders dan 'bijvoorbeeld de Corporate Governancecode, waarvan naleving voor beursvennootschappen wettelijk verplicht is gesteld' nog een 'relatief vrijblijvend' karakter toebedeeld, omdat 'de (enige) sanctie op niet-naleving een ontbinding van het lidmaatschap van de brancheorganisatie is'.[4] De klassieke regelreflex na incidenten, zoals recentelijk weer eens blijkt uit de kabinetsreactie op de gezamenlijke signalering van de IGJ en de NZa over het extern toezicht op integere en professionele bedrijfsvoering binnen zorgaanbieders,[5] bevestigt deze beeldvorming van een gepercipieerd handhavingstekort bij zelfregulering door private governancecodes.

Dergelijke overwegingen geven voeding aan de gedachte om onderdelen uit de Corporate Governance Code over te hevelen naar de privaatrechtelijke vennootschapswetgeving van Boek 2 BW of de aandrang om bestaande

* **Prof. mr. L.G.H.J. Houwen** is bijzonder hoogleraar privaat-publiek ondernemingsrecht, Tilburg University, advocaat bij Dirkzwager legal & tax en redacteur van dit tijdschrift.

1. G. Zalm, 'Aandeelhouder blijft rechteloos', *NRC Handelsblad* 24 juli 1997, waarover kritisch S.C.J.J. Kortmann, 'Corporate governance: wettelijk regelen of zelfregulering?', in: *Corporate governance in perspectief* (Serie Onderneming en Recht, deel 11), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 11-23.
2. Aldus L. Timmerman, 'Ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht en suggesties voor een vernieuwde Corporate Governance code', in: *Corporate Governance in Nederland 2002* (Uitgave onder auspiciën van de Nederlandse Corporate Governance Stichting), Amsterdam 2002, p. 17-25.
3. J.H.M. Willems, *Corporate governance code: bron van behoren of – ook – van recht?*, lezing Rotterdam 2003.
4. E. Plomp, *Winst in de zorg, Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen* (Dissertaties Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 344; vgl. ook *Kamerstukken II* 2014/15, 32012 (Governance in de zorgsector), 23: 'Wij denken dat de door de zorgsector zelf ontwikkelde governancenormen een effectief instrument kunnen zijn om de gewenste cultuurverandering in de zorg te bereiken, mits de vrijblijvendheid van de normen wordt verkleind.', aldus de bewindslieden van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.
5. *Kamerstukken II* 2018/19, 23235 (Thuiszorg), 179 (Aanvullend IGJ-onderzoek zorggroep Alliade); zulks naar aanleiding van de gezamenlijke 'Signalering Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering in de zorgsector' van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), Utrecht, 5 maart 2019.

governanceprincipes uit de Governancecode Zorg 2017 in publiekrechtelijke wetgeving (WTZi/WTZa, Wkkgz en Wmg) te verankeren met het oog op de borging van de specifiek betrokken publieke belangen. Daarmee wordt niet alleen afbreuk gedaan aan het karakter van zelfregulering en zelfhandhaving van governancecodes. Tegelijkertijd wordt een verdergaande formalisering en juridisering van het governancedebat bewerkstelligd die lastig valt te verenigen met de huidige focus op cultuur en gedrag waar de kritische dialoog tussen bestuurders, toezichthouders en aandeelhouders of leden centraal staat in plaats van formeel organisatierecht.
Met een algemeen overzicht en kritische analyse van de belangrijkste nalevings- en handhavingsmechanismen van actuele governancecodes in de private sector (de Nederlandse Corporate Governance Code 2016), de maatschappelijke sectoren zorg (Governancecode Zorg 2017), onderwijs (Code Goed Onderwijsbestuur VO 2015) en sociale volkshuisvesting (Governancecode Woningcorporaties 2015) alsmede de culturele sector (Governance Code Cultuur 2019) beoogt deze bijdrage het actuele governancedebat ten aanzien van de handhaving in een genuanceerder perspectief te plaatsen.

## 2. Zelfregulering door governancecodes

Governancecodes in de financiële, culturele en pensioensector, het (beursgenoteerde) bedrijfsleven, het bank- en verzekeringswezen, de zorg, het onderwijs of de volkshuisvesting worden doorgaans gekwalificeerd als een vorm van zelfregulering door maatschappelijke, branche-, beroeps-, belangen- of kennisorganisaties.[6] Zelfregulering kent verschillende modaliteiten zoals vrije, vervangende of geconditioneerde zelfregulering, maar kan in algemene zin worden omschreven als een privaatrechtelijk sturingsmechanisme waarbij representatieve organisaties uit afzonderlijke sectoren of marktsegmenten zelf verantwoordelijkheid nemen en dragen voor het opstellen, uitvoeren en handhaven van zelfbindende gedragsregels.[7] Als alternatief sturingsmechanisme heeft het zich de afgelopen decennia krachtig ontwikkeld in de neoliberale context van een terugtredende overheid waarbij 'entrepreneurship' (ondernemerschap en innovatie) niet alleen in het private domein op economisch en financieel gebied actief wordt gestimuleerd, maar ook in het semipublieke domein sterk wordt bevorderd. In veel sectoren zoals de zorg, het onderwijs en de sociale volkshuisvesting heeft de overheid zich via een gestaag proces van liberalisering, privatisering en deregulering vooral geconcentreerd op haar kerntaken en de stelselverantwoordelijkheid voor de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en macrodoelmatigheid. De operationele verantwoordelijkheid voor de maatschappelijke dienstverlening wordt door de verschillende stelselherzieningen in het semipublieke domein steeds meer neergelegd bij privaatrechtelijke organisaties waaraan, binnen de publieke kaders en randvoorwaarden, verdergaande autonomie wordt toebedeeld om invulling te geven aan hun ondernemerschap. Dat geldt ook voor de verantwoordelijkheid om als private organisaties of sector zelf inhoud en vorm te geven aan (normering van de) eigen besturing, toezicht en (interne en externe) verantwoording. Daardoor wordt niet alleen de positie van maatschappelijke organisaties ten opzichte van de overheid versterkt maar worden zij, evenals beursgenoteerde ondernemingen, in de gelegenheid gesteld om zelf het door de (governance-, economische en financiële) crisis en talloze incidenten geschonden vertrouwen van het (beleggend) publiek in het (toezicht op het) ondernemings- en instellingsbestuur te herstellen. Door deze grotere betrokkenheid en sectordeskundigheid kan via zelfregulering bij de betrokken ondernemingen en maatschappelijke organisaties een breder draagvlak met een betere aansluiting bij de behoeftes van de praktijk en het reguleringsveld worden gerealiseerd met meer intrinsieke bereidheid tot naleving van de zelfgemaakte governanceregels.[8]

Zelfregulering heeft uiteindelijk een vergelijkbare functie als overheidsregulering, namelijk het ordenen en faciliteren van onderlinge verhoudingen tussen de actoren en gremia binnen verschillende sectoren en marktsegmenten. Alleen verschiet deze 'uitbesteding' van regelgeving door de overheid hierdoor van kleur en krijgt zeker in het semipublieke domein een fundamenteel ander rechtskarakter, namelijk: horizontale privaatrechtelijke regulering in plaats van verticale publiekrechtelijke regelgeving. Dat heeft ook gevolgen voor het toezicht op de naleving en de handhaving van dergelijke governancenormen. Wet- en regelgeving door democratisch gelegitimeerd overheidsgezag heeft een algemeen juridisch bindend karakter en (het toezicht op) de naleving daarvan kan van overheidswege door een breed scala van bestuurs- of strafrechtelijke maatregelen worden gehandhaafd. Zelfregulering daarentegen gaat uit van private handhaving door de betrokken veldpartijen zelf. In dat verband zijn er, ondanks de zojuist besproken gemeenschappelijke noemer van (vrije, vervangende of geconditioneerde) zelfregulering, grote verschillen in de juridische status en inbedding en daarmee dus ook in het toezicht op de naleving van de verschillende codes en de handhaving daarvan.

## 3. Naleving: apply and explain?

Private handhaving ziet op de naleving van de governanceprincipes en de uitwerking daarvan in gedragsregels en aanbevelingen voor bestuur, toezichthoudend orgaan en aandeelhouders- of ledenvergadering. In navolging van het Britse Cadbury Report on the Financial Aspect of

6. Anders nog indertijd ten aanzien van de Code Tabaksblat: M.J.G.G. Raaijmakers, '"Zelfregulering" van corporate governance van beursondernemingen', *WPNR* 2004/6563, p. 73-74.
7. Vgl. onder andere A.G.D. Overmars, 'Wettelijk geconditioneerde zelfregulering: het dilemma van het omarmen van zelfregulering door de wetgever', *RegelMaat* 2016 (31), p. 43; en W.J. Witteveen, 'Alternatieve regulering: de vele gezichten van de wetgever', in: *Alternatieve regelgeving, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2001-1*, Deventer: Kluwer 2007, p. 29 die nog verwijst naar de compacte omschrijving van 'groepsgewijze zelforganisatie'.
8. Vgl. B. Jansen, 'Zelfregulering heeft helemaal niets met ethiek van doen', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2018, p. 550-557; en L.G.H.J. Houwen, *Van maatschappelijk belang, Maatschappelijk ondernemerschap als normatief governancemodel* (oratie Tilburg University), 2011, p. 9-48.

Corporate Governance uit 1992 en de UK Corporate Governance Code zijn onze nationale governancecodes – oorspronkelijk – meestal geschoeid op het principe van 'comply or explain' oftewel het pas toe- of leg uit-beginsel: de betrokken vennootschappen en organisaties moeten de governancebepalingen toepassen of in het jaarverslag gemotiveerd uitleggen waarom zij in een concreet geval daarvan afwijken. Daarmee wordt niet alleen recht gedaan aan de pluriformiteit in de diverse sectoren en marktsegmenten, maar ook tegemoetgekomen aan de noodzakelijke handelingsruimte en flexibiliteit in de toepassing van deze vorm van zelfregulering. Zo kan een betere aansluiting bij de aard, omvang, context, ontwikkelingsfase, en concrete behoeftes van de betrokken onderneming of maatschappelijke organisatie worden gerealiseerd.

### *3.1. Pas toe óf leg uit*

Deze vorm van zelfregulering volgens het pas toe- of leg uit-principe is in Nederland geïntroduceerd door de Code Tabaksblat. Met betrekking tot de naleving en handhaving formuleert deze code als uitgangspunten dat: (i) bestuur en raad van commissarissen verantwoordelijk zijn voor de corporate governancestructuur van de vennootschap en de naleving van de code; (ii) de hoofdlijnen van de governancestructuur van de vennootschap jaarlijks aan de hand van de principes van de corporate governancecode worden uiteengezet in het jaarverslag waarbij uitdrukkelijk wordt vermeld in hoeverre vennootschap de best practice-bepalingen van de code opvolgt en zo niet, waarom en in hoeverre zij daarvan afwijkt; en (iii) afwijkingen als zodanig niet verwerpelijk zijn, maar door de concrete omstandigheden waarin de vennootschap en haar aandeelhouders verkeren juist gerechtvaardigd kunnen zijn.[9] Dit voorschrift, zo lezen wij in het aanwijzingsbesluit van de herziene Nederlandse Corporate Governance Code 2016 (NCG 2016), 'dat de code moet worden nageleefd conform het beginsel "pas toe of leg uit" [blijft] ongewijzigd. Dit biedt vennootschappen de ruimte om de principes en bepalingen in de code toe te passen, dan wel eventuele afwijkingen van de principes en bepalingen te voorzien van een inhoudelijke en inzichtelijke uitleg.'[10] Volgens het oorspronkelijke voorstel van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van 11 februari 2016 zou het pas toe- of leg uit-principe alleen ruimte bieden voor een gemotiveerde afwijking van de best practice-bepalingen en zou de vennootschap in het bestuursverslag voortaan moeten uitleggen 'op welke wijze zij de principes van de Code in het afgelopen jaar heeft toegepast': pas toe en leg uit derhalve.[11] Een dergelijke aanscherping van het nalevingsprincipe komt in de definitieve versie van de NCG 2016 niet meer terug. Daarin wordt met zo veel woorden afwijking van zowel de principes als best practice-bepalingen mogelijk geacht en voornamelijk een verhoging van de kwaliteit van de uitleg van eventuele afwijkingen nagestreefd door aanvullende eisen voor de motivering van de uitleg te formuleren. Zo zal men inzichtelijk moeten maken hoe eventuele alternatieve governancemaatregelen de doelstelling van het betreffende principe of de best practice-bepaling kunnen realiseren dan wel bijdragen aan een goede corporate governance van de vennootschap.[12]

### *3.2. Pas toe én leg uit*

Aanpassing van het nalevingsprincipe pas toe of leg uit heeft, in diverse modaliteiten, ondertussen wel plaatsgevonden bij meerdere governancecodes in maatschappelijke en culturele sectoren. Zo spreekt de Governancecode Zorg 2017 (GCZ 2017) over een 'actuele en vernieuwende manier' waarmee de Brancheorganisaties Zorg (BoZ) willen omgaan met het pas toe- of leg uit-beginsel. Welbeschouwd maakt de GCZ 2017 ten aanzien van de toepassing van de leidende algemene principes en de meer concrete gedragsregels een onderscheid tussen een drietal categorieën: (i) codebepalingen waarvan afwijking niet aan de orde kan zijn (pas toe); (ii) open geformuleerde codebepalingen waarbij geen behoefte zal zijn om af te wijken, maar uitleg nodig zal zijn over de wijze van toepassing (pas toe *en* leg uit); en (iii) gesloten geformuleerde bepalingen die te dwingend kunnen zijn en waarbij toepassing van het principe gediend kan zijn met een gemotiveerde, onderbouwde en transparante alternatieve invulling (pas toe *of* leg uit). Bij de verdere uitwerking van de governancebepalingen wordt deze driedeling echter niet direct inzichtelijk gemaakt: daartoe dienen de betrokken gremia (bestuurders, toezichthouders, interne en externe belanghebbenden) in concrete situaties nu juist de dialoog met elkaar aan te gaan.[13]

De Governancecommissie Gezondheidszorg die op verzoek van belanghebbenden naleving van de code in concrete gevallen kan toetsen, onderkent in een vrij recente uitspraak dat de GCZ 2017 een stringenter karakter heeft gekregen, maar constateert evenzeer 'dat het "pas toe of leg uit-principe" van de vorige code niet geheel overboord is gezet. Anders gezegd: niet elke afwijking van een (gesloten) bepaling levert zonder verdere afweging een schending van de Code op' hetgeen impliceert 'dat afwijking mogelijk niet onoverkomelijk is als die algemene principes niet werkelijk in het gedrang komen'.[14] Deze voorzichtige bewoordingen maken wel duidelijk dat de Governancecommissie Gezondheidszorg nog steeds hoge inhoudelijke en motiveringseisen stelt aan een mogelijke

9. Resp. principe I, best practice-bepaling I.1 en preambule p. 4 Nederlandse Corporate Governance Code 2003.
10. Besluit van 29 augustus 2017 tot wijziging van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (*Stb*. 747), *Stb*. 2017, 332.
11. Vgl. hierover J.G.C.M. Galle, 'Door het comply or explain principe een flexibel en faciliterend BW 2? Tegengestelde ontwikkelingen en een onduidelijke toekomst', in: *De toekomst van het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 132-134; E.L.H.M. van de Loo & J.W. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe Corporate Governance Code', *Ondernemingsrecht* 2016/72, p. 343 en 347.
12. Naleving van de code, Nederlandse Corporate Governance Code 2016, p. 11.
13. Inleiding Governancecode Zorg 2017, p. 4-5.
14. Governancecommissie Gezondheidszorg 29 november 2017, Gc 17/03; ten onrechte anders nog: E. Plomp, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector', in: *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profit-sector* (Preadviezen Vereeniging 'Handelsrecht' 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 119.

afwijking van de codebepalingen en dit slechts onder 'zeer bijzondere omstandigheden' sanctioneert.[15]

De meest vergaande aanscherping van het pas toe- of leg uit-beginsel kennen de Governancecode Woningcorporaties 2015 en de Code Goed Onderwijs Bestuur VO 2015. Beide codes staan afwijking van een aantal concrete governancebepalingen eenvoudigweg niet meer toe. In de sociale volkshuisvesting worden rechtsvorm en organisatie van woningcorporaties al in hoge mate dwingendrechtelijk gereguleerd door de Woningwet 2015 en het daarmee samenhangende Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015.[16] In lijn met deze gedetailleerde wet- en regelgeving voorziet de Governancecode Woningcorporaties 2015 in een vijftal richtinggevende principes voor bestuur en raad van commissarissen met betrekking tot cultuur, gedrag, geschiktheid, dialoog en risicobeheersing waar corporaties zich aan dienen te houden. Deze principes worden vervolgens uitgewerkt in meer concrete governancevoorzieningen waar een groot aantal, in de tekst van de code vetgedrukte bepalingen, gewoonweg moeten worden toegepast. Daarmee krijgt deze categorie een verplichtend karakter voor woningcorporaties en is 'afwijking met "leg uit" op een aantal bepalingen niet mogelijk, hiervoor geldt "pas toe"' volgens de preambule en de toelichting op de verschillende principes van deze code.[17] Voor de overige governancebepalingen blijft het pas toe- of leg uit-beginsel gelden en mogen woningcorporaties afwijken als op een inzichtelijke wijze wordt onderbouwd en actief wordt verantwoord dat hierdoor in de geest van de leidende vijf governanceprincipes een beter maatschappelijk resultaat wordt gerealiseerd.
Een enigszins vergelijkbare systematiek hanteert de Code Goed Onderwijs Bestuur VO 2015. Deze governancecode kent een zestal regels die naar eigen zeggen betrekking hebben op 'bestuurlijke hygiëne en de horizontale dialoog met de prioritaire, interne en externe stakeholders', en verplicht moeten worden nageleefd. Deze governanceregels gelden als lidmaatschapsverplichtingen voor de deelnemende onderwijsorganisaties van de branchevereniging VO-raad. Daarnaast voorziet de code in een groot aantal richtlijnen voor goed bestuur die vooral betrekking hebben op de taak en werkwijze, de samenstelling, de geschiktheid en onafhankelijkheid van bestuurders en toezichthouders. Daarvoor geldt weer wel het pas toe- of leg uit-principe en is gemotiveerde afwijking dus mogelijk.[18]

De recente Governance Code Cultuur 2019 ten slotte maakt een duidelijk onderscheid tussen de toepassing van de acht principes en de uitwerking daarvan in de verschillende aanbevelingen: 'De organisatie past de principes van de Governance Code Cultuur toe en licht toe hoe zij dat heeft gedaan (pas toe én leg uit). De organisatie volgt de aanbeveling op en wijkt daar alleen gemotiveerd van af (pas toe óf leg uit).' Aard, omvang en specifieke omstandigheden van iedere culturele organisatie zijn bepalend voor de wijze waarop deze aanbevelingen worden toegepast en eventuele afwijkingen kunnen worden gerechtvaardigd.[19] Zo'n gedifferentieerde benadering maakt zelfregulering door middel van governancecodes volgens het pas toe- en leg uit-principe weliswaar minder vrijblijvend, maar biedt tegelijkertijd door het pas toe- of leg uit-principe voor de concrete aanbevelingen en gedragsregels flexibiliteit voor de enorme pluriformiteit van de cultuursector.

## 4. Toezicht en handhaving

Governancecodes in het private en semipublieke domein hebben als gezegd een verschillende status en juridische inbedding, hetgeen ook gevolgen heeft voor de wijze waarop het toezicht op de naleving en de (private) handhaving van de governanceprincipes en aanbevelingen is vormgegeven. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen governancecodes die: (i) een wettelijke verankering hebben, in het bijzonder de Nederlandse Corporate Governancecode 2016; (ii) een verenigingsrechtelijke grondslag kennen zoals de Governancode Zorg 2017, de Governancecode Woningcorporaties 2015 en de Code Goed Onderwijs Bestuur VO 2015; (iii) vanuit particulier initiatief zijn ontwikkeld, zoals de Governance Code Cultuur 2019.

### *4.1. Wettelijke basis governancecodes*

De Nederlandse Corporate Governancecode is opgesteld door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code op verzoek van een aantal private organisaties, de zogenaamde 'schragende partijen' (CNV, Eumedion, FNV, Euronext, VEB, VEUO en VNO-NCW). Deze commissie wordt weliswaar door de Minister van Economische Zaken benoemd,[20] maar is als zodanig geen publiekrechtelijk orgaan met (gedelegeerde) wetgevende bevoegdheden om algemeen verbindende voorschriften uit te vaardigen. De principes en aanbevelingen van de NCG 2016 worden evenmin als andere governancecodes als recht in de zin van artikel 79 Wet RO aangemerkt, maar kunnen onder omstandigheden op onderdelen wel inhoudelijk als bron van rechtsregels fungeren, via de nadere invulling door de rechtspraak van algemene

15. Aldus reeds de eerste uitspraak van de Governancecommissie Gezondheidszorg 1 november 2011, Gc 11/01 inzake Nusantara ten aanzien van de naleving van de toenmalige Zorgbrede Governancecode 2010.
16. Art. 22-39 Woningwet jo. art. 19-33 Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015.
17. Overigens is de Commissie Governancecode Woningcorporaties van oordeel dat onder 'zeer bijzondere omstandigheden' afwijking van deze categorie verplichte codebepalingen mogelijk is: er moet dan sprake zijn van een overmachtssituatie die 'strijdt met de redelijkheid en billijkheid ondanks dat alles in het werk is gesteld om te voldoen aan de Governancecode'; vgl. Commissie Governancecode Woningcorporaties 17 mei 2017, nr. 17-001 (Woningstichting Stek); en Commissie Governancecode Woningcorporaties 5 januari 2018, nr. 18-002 (algemeen toetsingsverzoek besturen Aedes en VTW inzake accountantskantoorroulatie); alsmede Jaarverslag 2017 van de Commissie Governancecode Woningcorporaties, april 2018, p. 2-3.
18. Inleiding Code Goed Onderwijsbestuur VO, p. 3-9; Eindadvies Monitoring Commissie Code Goed Onderwijsbestuur VO (november 2018), *Betekenisvol besturen*, p. 6 en 11-13.
19. Principe 2 en aanbeveling 2.1 Governance Code Cultuur 2019.
20. Instellingsbesluit Monitoring Commissie Corporate Governancecode d.d. 29 november 2013, *Stcrt*. 34316, 10 december 2013.

rechtsnormen als de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 jo. artikel 3:12 BW, de vereisten voor behoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW of de constatering van wanbeleid in een enquêteprocedure krachtens artikel 2:3:55 BW.[21]

Door de aanwijzing als gedragscode in artikel 2:291 lid 5 BW kent de NCG 2016 een wettelijke basis op grond waarvan de betrokken beursvennootschappen jaarlijks in het bestuursverslag mededeling moeten doen over de naleving van de principes en best practice-bepalingen die gericht zijn tot het bestuur of de raad van commissarissen. Daarnaast schrijft artikel 5:86 van de Wet op het financieel toezicht voor dat Nederlandse institutionele beleggers in hun bestuursverslag een verklaring opnemen over de naleving van de codebepalingen van de NCG 2016 die tot de aanhouders zijn gericht. Beursvennootschappen en institutionele beleggers worden hierdoor gedwongen om intern en extern gemotiveerd verantwoording af te leggen over de wijze waarop zij gevolg geven aan deze codebepalingen waardoor de (formele) naleving van de NCG aanmerkelijk is toegenomen.[22] Een voorzichtige verwijzing naar de Governance Code Zorg 2017 is ten slotte, diep verscholen in de uitvoeringsbepalingen, nog opgenomen in de verslaggevingsvoorschriften voor zorginstellingen. In de Jaarverantwoording Zorg die bij het CIBG, een agentschap van het Ministerie van VWS, wordt gedeponeerd moet de zorginstelling vermelden of zij de principes van de GCZ 2017 'volledig of gedeeltelijk' heeft nageleefd.[23]

De verantwoordelijkheid voor de inrichting en het daadwerkelijk functioneren van de governance van beursgenoteerde vennootschappen ligt, evenals bij maatschappelijke en culturele organisaties, bij het bestuur en de raad van commissarissen. Zij bepalen, ieder vanuit hun eigen rol en verantwoordelijkheid, de wijze waarop de NCG 2016 wordt toegepast. Het toezicht op de formele én materiële naleving van principes en best practice-bepalingen berust primair bij de aandeelhouders van de vennootschap: zij kunnen het bestuur en de raad van commissarissen ter verantwoording roepen over de wijze waarop de codebepalingen zijn toegepast of daarvan gemotiveerd is afgeweken. Om deze private handhaving kracht bij te zetten kunnen deze aandeelhouders of institutionele beleggers hun feitelijke invloed aanwenden of via hun reguliere aandeelhoudersbevoegdheden, waaronder het agenderingsrecht (artikel 2:114a BW) of in het uiterste geval tot schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen overgaan (artikel 2:134 en artikel 144 BW). Daarnaast staan formele rechtsmiddelen ter beschikking, zoals enquête-, jaarrekening-, vernietigings- of aansprakelijkheidsprocedures om (onderdelen van) het governancebeleid van de vennootschap aan een rechterlijke toetsing te onderwerpen en via (voorlopige) voorzieningen of maatregelen naleving van codebepalingen af te dwingen dan wel de nadelige gevolgen daarvan financieel te redresseren.[24] In dat verband wordt in de rechtspraak inmiddels vergaande juridische betekenis toegekend aan de principes en best practice-bepalingen van de Nederlandse Corporate Governance Code, waardoor het pas toe- of leg uit-beginsel in het gedrang kan komen.[25] De interne vennootschappelijke organisatie met de onderlinge verdeling van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden wordt mede bepaald door '(…) de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governancecode (…) welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 gehouden is', aldus de Hoge Raad in meerdere standaardarresten.[26] Onder omstandigheden kan de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW zelfs met zich brengen dat afwijking van de principes en best practice-bepalingen van de code helemaal niet meer is toegestaan.[27] De NCG 2016 krijgt hierdoor welhaast een dwingendrechtelijk (wettelijk) karakter hetgeen op gespannen voet kan staan met de private opzet en systematiek van zelfregulering en zelfhandhaving van een dergelijke governancecode.

Naast het juridische handhavingsinstrumentarium van de belangrijkste interne stakeholders, de aandeelhoudersvergadering en de individuele beleggers, kent de NCG 2016 ook externe handhavingsmechanismen waarbij private en overheidsinstanties worden betrokken. De Ministeries van Financiën, Justitie en Economische zaken hebben bij de invoering van deze code in 2004 een Monitoring Commissie Corporate Governance ingesteld om de actualiteit en bruikbaarheid van de code te bevorderen en in dat verband door middel van een jaarlijkse inventarisatie de naleving van de code te bewaken. Daartoe brengt de commissie jaarlijks rapport uit aan de betrokken bewindslieden en kan door middel van algemene richtlijnen 'guidance' bieden voor de naleving van de voorschriften van de code. Deze vorm van controle op de naleving van de NCG 2019 heeft een algemeen en abstract karakter en richt zich als zodanig niet op de concrete casuïstiek; de Monitoring Commissie beschikt evenmin over bevoegdheden of middelen om toepassing van de codebepalingen in concrete gevallen af te dwingen. De wettelijke basis van de NCG 2016 brengt wel met zich dat een controle op de naleving van dit onderdeel van de (financiële) verslaggevingsverplichtingen van deze beursgeno-

21. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme *2-II** 2009, nr. 39.
22. Monitoring Commissie Van Manen, Slotdocument Corporate Governance Code, Den Haag: december 2017, p. 38-41.
23. Art. 8a Regeling verslaggeving WTZi jo. Bijlage 2 (Specifieke informatie over grote en micro zorginstellingen verslagjaren 2018 en 2019), par. 4 (Governance).
24. Resp. art. 2:344 e.v., art. 2:247 e.v. en art. 2:14-15 BW.
25. Kritisch in dit opzicht eveneens: G.T.M.J. Raaijmakers, 'Hoe juridisch is corporate governance?', in: *De toekomst van het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 297-311.
26. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434, m.nt. J.M.M. Maeijer (*ABN/AMRO*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544 (*ASMI*), m.nt. P. van Schilfgaarde.
27. HR 14 september 2007, *NJ* 2007, 612, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel II*) waarover kritisch M.J.G.G. Raaijmakers, 'Versatel: werkt Code Tabaksblat nog na gestanddoening openbaar bod?', *AA* 55, 2006, p. 198-207.

teerde vennootschappen respectievelijk institutionele beleggers plaatsvindt door de externe accountant en de beursautoriteiten. Deze beoordeling van de 'corporate governance-verklaring' in het bestuursverslag door de externe accountant en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) ziet voornamelijk op de formele naleving van de tot het bestuur of de raad van commissarissen van de beursgenoteerde vennootschap respectievelijk de institutionele belegger gerichte codebepalingen.[28]

### *4.2. Verenigingsrechtelijke grondslag governancecodes*

Private handhaving van governancevoorschriften door aandeelhouders is voor (beurs)vennootschappen en coöperaties of verenigingen mogelijk, maar voor veel maatschappelijke organisaties in het semipublieke domein die doorgaans in stichtingsvorm worden geëxploiteerd niet direct geïndiceerd vanwege het ontbreken van een vergelijkbaar orgaan als de aandeelhouders- of ledenvergadering. In beperkte mate zouden wellicht andere interne gremia zoals personeels-, huurders- of cliëntenraden kunnen toezien op de naleving van dergelijke gedragscodes, maar dat gebeurt dan meestal vanuit een andersoortige taakopdracht met een te beperkt handelingsperspectief. Daarvoor moet dus een ander mechanisme of andere systematiek worden geïntroduceerd. In de semipublieke sectoren zorg, onderwijs en volkshuisvesting wordt deze vorm van zelfregulering veelal gehandhaafd door een vorm van ledendiscipline. De governancecodes in deze sectoren zijn ontwikkeld door (commissies vanwege) representatieve brancheorganisaties ten behoeve van hun leden die daar via de lidmaatschapseisen van hun brancheorganisatie aan gebonden zijn. Naleving van de codebepalingen maakt onderdeel uit van hun lidmaatschapsverhouding en de aangesloten lid-organisaties leggen deze verplichtingen tot naleving van de codebepalingen vervolgens weer statutair of reglementair op aan hun raden van bestuur en toezicht. Interne handhaving vindt dan plaats door de brancheorganisaties die daarvoor ook regelmatig onafhankelijke toetsingscommissies hebben ingesteld waar niet alleen de betrokken brancheorganisaties zelf, maar ook belanghebbenden een toetsingsverzoek kunnen indienen.

Zo vormt naleving van de sectorale Governancecode Woningcorporaties 2015 een statutaire lidmaatschapseis van woningcorporaties en hun toezichthouders die aangesloten zijn bij de branchevereniging Aedes respectievelijk de beroepsvereniging VTW. De Governance Code Zorg 2017 is opgesteld door de Brancheorganisatie Zorg (BoZ). Deze overkoepelende vereniging wordt gevormd door de individuele brancheorganisaties NVZ, ActiZ, GGZ Nederland, VGN en NFU die vrijwel allemaal naleving van de codebepalingen als een statutaire lidmaatschapsverplichting hebben geformuleerd. In de statuten van de VO-Raad is een afzonderlijke regeling opgenomen voor de Code Goed Onderwijsbestuur op grond waarvan de zes lidmaatschapseisen die in deze code zijn geformuleerd door de aangesloten onderwijsinstellingen dwingend moeten worden toegepast. Voor de overige codebepalingen geldt, als gezegd, het pas toe- of leg uit-beginsel: de leden van de VO-raad dienen deze richtlijnen toe te passen, tenzij afwijking vanuit het perspectief van de concrete doelstellingen en goede besturing van de onderwijsorganisatie geïndiceerd is. In dat geval volstaat een gemotiveerde verantwoording in het jaarverslag en op de website van de betrokken onderwijsorganisatie.

De lidmaatschapsverplichtingen worden door de branche- en beroepsverenigingen zelf gehandhaafd: doorgaans via een stapsgewijze sanctionering die, naast interne verenigingsrechtelijke maatregelen zoals een waarschuwing, berisping, publicatie of schorsing uiteindelijk kan resulteren in de opzegging van of ontzetting uit het lidmaatschap van de branche- of beroepsorganisatie door het (dagelijks) bestuur van de vereniging. Voor de betrokken woningcorporaties, zorg- en onderwijsinstellingen hoeft dat niet alleen (interne) verenigingsrechtelijke consequenties te hebben, maar kan het verlies van het lidmaatschap van een brancheorganisatie ook ernstige gevolgen hebben voor de bekostiging of (zorg)contractering door verzekeraars die de eis van het lidmaatschap van een brancheorganisatie als verplicht onderdeel van hun inkoopbeleid hanteren. Het daadwerkelijk controleren en sanctioneren van deze statutaire lidmaatschapsverplichtingen laat in de praktijk de nodige verschillen zien. Aedes en de VTW monitoren actief de naleving van een viertal codebepalingen, namelijk de verplichtingen tot externe visitatie en publicatie van de honorering van bestuurders en commissarissen alsmede de maximale zittingstermijn van commissarissen en de scholingsverplichtingen van bestuur en toezicht.[29] De VO-Raad legt daarentegen het initiatief vooral bij het veld zelf: leden van de VO-Raad kunnen bij een onafhankelijke governancecommissie melding maken van een inbreuk op de lidmaatschapseisen van de code waarna deze commissie de naleving toetst en aan de hand van een 'interventieladder' advies uitbrengt aan de VO-Raad over eventuele door het bestuur te nemen sancties. In de drie jaar dat deze governancecommissie bestaat, zo lezen wij in het recente rapport van de Monitoring Commissie Code Goed Onderwijsbestuur VO, zijn er echter nog geen meldingen over de naleving van de lidmaatschapseisen binnengekomen.[30] Dat staat in een schril contrast met het groot aantal klacht- en toetsingsverzoeken dat de governancecommissies in de corporatie- en zorgsector het afgelopen decennium hebben behandeld en waarbij met name de brancheorganisaties van de BoZ in toenemende mate hun leden via de Governancecommissie Gezondheidszorg ter verantwoording roepen over de naleving van de governancecode.[31]

In de corporatiesector kennen Aedes en VTW als opvolger van de voormalige Commissie AedesCode sinds 2017 een onafhankelijke Commissie Governancecode Woning-

28. Art. 2:393 lid 3 BW en art. 2 Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv) jo. Besluit van 29 augustus 2017 tot wijziging van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (*Stb*. 747), *Stb*. 2017, 332.
29. Preambule Governancecode Woningcorporaties 2015 (laatst gewijzigd op 1 juli 2017), p. 11.
30. Eindadvies Monitoring Commissie Code Goed Onderwijsbestuur VO, Betekenisvol besturen, november 2018, p. 13.
31. Vgl. GG 15 november 2012, Gc 12/01 (*ActiZ*); GG 24 november 2015, Gc 15/01 (*GGZ Nederland/GGZ Noord-Holland-Noord*); GG 10 januari 2018, Gc 17/01 (*NVZ-ActiZ*); GG 26 februari 2019, Gc 18/03 (*ActiZ/Buurtzorg*).

corporaties die naar aanleiding van individuele en algemene toetsingsverzoeken van afzonderlijke woningcorporaties respectievelijk het bestuur van Aedes een uitspraak kan doen over de interpretatie van zowel de categorie 'leg-uit-bepalingen' als de codebepalingen waarvan afwijking niet mogelijk is, de 'pas-toe-bepalingen'.[32] Daarnaast kan deze commissie een bindend oordeel geven over klachten van belanghebbenden met betrekking tot de toepassing van de codebepalingen door individuele woningcorporaties. Volgens het reglement van deze commissie heeft de Governancecode Woningcorporatie een dwingend karakter voor de aangesloten leden en doet zij in klachtprocedures uitspraken over de vraag of het handelen of nalaten van woningcorporaties inhoudelijk in strijd is met de codebepalingen.[33] Het is vervolgens aan het bestuur van de branchevereniging Aedes om op basis van dit inhoudelijke oordeel van de governancecommissie de gevolgen hiervan voor het lidmaatschap van de betrokken woningcorporatie te bepalen, waarbij overigens nog wel een beroep op de commissie van beroep van Aedes openstaat.

Een vergelijkbare betekenis wordt sedert de herziening van de Governancecode Zorg 2017 toegekend aan de uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg. Deze eveneens onafhankelijke commissie kan op verzoek van belanghebbenden in concrete gevallen de toepassing van de principes en aanbevelingen van de GCZ 2017 toetsen en daarover een oordeel geven of aanbevelingen doen voor de naleving van de codebepalingen door de zorgorganisatie. Hoewel deze governancecommissie op grond van haar reglement geen bindende uitspraken kan doen in de vorm van een arbitraal vonnis of bindend advies waar partijen of de deelnemende brancheorganisaties juridisch afdwingbare rechten of verplichtingen aan kunnen ontlenen,[34] conformeren de brancheorganisaties zich inhoudelijk aan dit oordeel dat zij onverkort ten grondslag leggen aan hun interne verenigingsrechtelijke maatregelen jegens de betrokken zorgorganisatie.[35]

Maar ook buiten de interne verenigingstucht hecht men gewicht aan de uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg. Naast de feitelijke invloed van deze uitspraken in de praktijk, hebben zij ook een zekere reflexwerking in de civiele rechtspraak. Illustratief daarvoor is het vonnis van de Rechtbank Limburg inzake de Stichting Gehandicaptenzorg Limburg waarin de overwegingen van de governancecommissie in een eerdere uitspraak over dezelfde kwestie integraal worden overgenomen door de rechtbank. In het hoger beroep oordeelt het hof eveneens dat in strijd met de codebepalingen van de governancecode is gehandeld, maar komt op een andere grondslag (toezichthoudersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in plaats van onverschuldigde betaling) tot de conclusie dat er geen sprake is van onbehoorlijke taakvervulling en evenmin van schadeplichtigheid wegens onrechtmatig handelen. De omstandigheid dat in strijd met de governancecode is gehandeld vormt weliswaar een relevante factor, maar daarmee 'is echter nog niet gegeven dat sprake is geweest van ernstig persoonlijk verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling' aldus het gerechtshof.[36] In enquêteprocedures wordt door de Ondernemingskamer rechtens eveneens betekenis toegekend aan de normen van de GCZ 2017 bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van wanbeleid respectievelijk gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen.[37] Op die wijze kunnen enquêtegerechtigden, waaronder de vakbonden maar ook (centrale) cliëntenraden en huurdersorganisaties naleving van codebepalingen via (voorlopige) voorzieningen afdwingen bij toegelaten zorgorganisaties en woningcorporaties.[38]

Op deze wijze kunnen, naast de interne verenigingsrechtelijke disciplinering, ook externe stakeholders met effectieve handhavingsmiddelen bij het toezicht op de naleving van private governancenormen worden betrokken. De meest uitgesproken ontwikkelingen op dit gebied zien wij bij de zelfregulering door sectorale governancecodes in de gezondheidszorg. De Governancecode Zorg 2017 wordt hier door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) gehanteerd als 'breed gedragen veldnorm die geldt voor alle zorgaanbieders, ongeacht of zij lid zijn van één van de brancheorganisaties' met als uitgangspunt 'Afspraken en gedragscodes zoals de Zorgbrede Governancecode zijn niet vrijblijvend.'[39] In het kader van haar toezicht op de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening gebruikt de IGJ deze privaatrechtelijke governancebepalingen als nadere invulling[40] van de wettelijke normen van het meer open geformuleerde publiekrechtelijke toetsingskader voor het verlenen van goede zorg en de daarvoor noodzakelijke

32. Commissie Governancecode Woningcorporaties 5 januari 2018, nr. 18-002 (algemeen toetsingsverzoek besturen Aedes en VTW inzake accountantskantoorroulatie).
33. Reglement Commissie Governancecode Woningcorporaties, Aedes VTW d.d. 24 november 2016.
34. Art. 15 lid 3 Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg d.d. 10 mei 2018.
35. Inleiding Governancecode Zorg 2017, p. 5-6.
36. Resp. Rb. Limburg 12 november 2014, *JOR* 2015/322, m.nt. L.G.H.J. Houwen en Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, *GJ* 2019/17, m.nt. A.C. Beijering-Beck (*SGL*); en in vergelijkbare zin ten aanzien van de Governancecode Woningcorporaties 2015: Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126, m.nt. U.B. Verboom (*Woningcorporatie Servatius*).
37. Vgl. OK 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Meavita*); OK 30 april 2018, *JOR* 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*).
38. Resp. artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi en art. 39 Woningwet; vgl. in dit verband ook *Kamerstukken II* 2018/19, 34858 (Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018), 2 (Gewijzigd Voorstel van wet) waarin artikel 12 onvoorwaardelijke enquêtebevoegdheid toekent aan de cliëntenraad; en *Kamerstukken II* 2013/14, 33495 (Financiële positie van publiek bekostigde onderwijsinstellingen), 35 (Versterking governance in de praktijk), p. 6-7 waar toekenning van het enquêterecht aan medezeggenschapsraden in het onderwijs juist uitdrukkelijk wordt afgewezen door de bewindslieden van OCW.
39. Beleidskader Toezicht op Goed Bestuur IGJ en NZa (Heerlen/Utrecht, juli 2016), p. 8-10.
40. Vgl. recentelijk: IGJ, *Rapportage Tweede onderzoek naar goed bestuur binnen de Zorggroep Alliade te Heerenveen*, Utrecht, januari 2019, p. 49 en 57-58.

organisatie van de zorgverlening.[41] Om de naleving van deze wettelijke normen, die inhoudelijk dus mede worden geconcretiseerd door de principes en aanbevelingen van de GCZ 2017, te bewerkstelligen en daarmee de publieke belangen van kwaliteit en veiligheid alsmede betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg te borgen staat de IGJ en de NZa een uitgebreid bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium ter beschikking. De IGJ kan zorgorganisaties onder verscherpt toezicht stellen en namens de Minister van VWS vervolgens een aanwijzing, versterkt met een last onder dwangsom of bestuursdwang geven als deze kwaliteits- en governancenormen daarna nog steeds niet voldoende worden nageleefd. Deze aanwijzingsbevoegdheid kan uiteindelijk resulteren in een bestuurlijke ondertoezichtstelling zodra de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening door bestuurlijk onvermogen of gebrekkig toezicht in het geding komen.[42] Als ultimum remedium kan de IGJ dan via deze handhavingsmaatregelen rechtstreeks ingrijpen in de samenstelling en het functioneren van de raad van bestuur of raad van toezicht en een of meer leden laten vervangen of daaraan toevoegen.[43]

Naleving van de codebepalingen van de GCZ 2017 wordt op deze wijze niet alleen van overheidswege gecontroleerd en zo nodig geëffectueerd, maar ook in de onderlinge horizontale verhoudingen door private stakeholders gesanctioneerd. In het kader van hun inkoopbeleid eisen de Nederlandse zorgverzekeraars dat zorgaanbieders die in aanmerking willen komen voor contractering de geldende Governance Code Zorg aantoonbaar hebben ingevoerd, de principes van de code integraal en op transparante wijze toepassen en zich verantwoorden over de keuzen die zij daarin maken.[44] Enkele zorgverzekeraars, waaronder met name de zorgkantoren van CZ, hebben zich daarbij op het standpunt gesteld dat een groot aantal voorschriften van de governancecode statutair moet zijn verankerd en ten aanzien van deze onderwerpen geen beroep kan worden gedaan op het pas toe- of leg uitprincipe. Deze codebepalingen moeten onverkort worden toegepast en afwijking via een gemotiveerde uitleg wordt dus niet meer geaccepteerd. Deze nogal rigide opstelling heeft geresulteerd in meerdere procedures bij de civiele rechter.[45] Volgens deze rechtspraak heeft de betrokken zorgverzekeraar 'op basis van haar contractsvrijheid het recht om nadere eisen te stellen voor wat betreft de door CZ gewenste invulling van de ZGC voor zover die eisen hun grondslag vinden in de ZGC' zolang die aanvullende voorschriften maar niet in strijd zijn met de letterlijke tekst van de codebepalingen.[46] Hoewel het dragende beginsel van pas toe of leg uit op deze wijze vrijwel geheel terzijde wordt gesteld, hebben deze externe stakeholders als contractspartij van de zorgorganisatie daarmee een krachtig middel om integrale toepassing van de principes en aanbevelingen van de governancecode af te dwingen.

### *4.3. Governancecodes vanuit particulier initiatief*

Voor het toezicht op de naleving van de derde categorie governancecodes die louter vanuit particulier initiatief zijn ontwikkeld zal men hoofdzakelijk zijn aangewezen op een dergelijke vorm van horizontale handhaving door externe stakeholders, met name de private en publieke financiers. Dat zal met name van belang zijn voor de herziene Governance Code Cultuur die door Cultuur+Ondernemen als kenniscentrum voor bestuur en toezicht is ontwikkeld en vanaf 1 januari 2019 in de cultuursector geldt. Een belangrijke aanleiding voor de integrale herziening van deze code vormt, naast de focus op cultuur en gedrag, het toenemende belang van alternatieve bekostigings- en financieringsbronnen voor culturele instellingen. Ten opzichte van de traditionele bekostiging door middel van overheidssubsidies en publieksinkomsten zal naar verwachting de (behoefte aan) private financiering door bedrijven en particulieren via sponsoring, filantropie en risicodragende kapitaalinbreng in de toekomst groter worden. De veelal klassieke subsidieverhouding tussen overheid en culturele instelling ontwikkelt zich aldus naar een driehoeksrelatie van overheid, culturele instellingen en private partijen. Dat heeft niet alleen consequenties voor de rechtsvorm, maar evenzeer voor de inrichting van het besturingsmodel en de professionaliteit van bestuurders en toezichthouders alsmede voor de relatie over en weer met deze (nieuwe) categorie externe stakeholders om de maatschappelijke doelstelling van de culturele instelling te realiseren. De nieuwe Governance Code Cultuur 2019 biedt in deze context een handzame leidraad voor goed bestuur, professioneel toezicht en een actieve betrokkenheid van externe stakeholders. Naleving van de code is weliswaar vrijwillig, maar bij toepassing niet vrijblijvend voor culturele instellingen in die zin dat voor de acht principes, als gezegd, het beginsel pas toe en leg uit geldt en voor de aanbevelingen de pas toe- of leg uitregel wordt gehanteerd. Uitgangspunt van deze 'principle based code' vormt de intrinsieke bereidheid en overtuiging van bestuurders, toezichthouders en externe stakeholders om deze code als referentiekader te gebruiken. Van de publieke subsidiegevers, fondsen, sponsoren en private financiers wordt in de cultuursector een actieve

41. Art. 2 jo. art. 3 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz): 'De zorgaanbieder biedt goede zorg aan. (…) De zorgaanbieder organiseert de zorgverlening op zodanige wijze, bedient zich zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personele en materiële middelen en, voor zover nodig, bouwkundige voorzieningen en, indien hij een instelling is, draagt tevens zorg voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten, dat een en ander redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg.'
42. Art. 27 jo. art. 28 Wkkgz.
43. *Kamerstukken II* 2015/16, 32012 (Governance in de zorgsector), 3 (Goede zorg vraagt om goed bestuur – Beleidskader), p. 7-9; *Kamerstukken II* 2016/17, 34550 (Begrotingsstaten Minister van VWS 2017), 131 (Stand-van-zaken m.b.t. aangehouden motie disfunctionerende bestuurders in ouderenzorg en gehandicaptenzorg), p. 4.
44. Bestuursverklaring ten behoeve van de zorginkoop langdurige zorg (WLZ), Bijlage 2a bij Inkoopkader langdurige zorg 2019 (na nota van inlichtingen), Zorgverzekeraars Nederland, juni 2018.
45. Voor een overzicht van deze rechtspraak zij verwezen naar: A.G.H. Klaassen, 'Zorgverzekeraars stellen eisen aan statuten van zorgaanbieders', *WPNR* 2016/7106, p. 355-363.
46. Rb. Zeeland-West-Brabant 26 november 2015, *GJ* 2016/20.

betrokkenheid verwacht, door onder andere (via subsidievoorwaarden, sponsorcontracten of financieringsarrangementen) actief toe te zien op de naleving van de codebepalingen. Tegelijkertijd wordt evenzeer van externe stakeholders gevraagd om de maatschappelijke doelstelling en artistieke integriteit te respecteren.[47] Daarmee kent de Governance Code Cultuur 2019 een zekere mate van wederkerigheid die de naleving in de praktijk sterk kan bevorderen.

## 5. Ter afsluiting

Zelfregulering door middel van governancecodes heeft in het private en semipublieke domein bepaald geen vrijblijvend karakter meer. Via een breed scala van feitelijke en juridische handhavingsmechanismen kunnen de governanceprincipes en aanbevelingen door interne en externe stakeholders, brancheorganisaties, governancecommissies, toezichthouders, (beurs)autoriteiten, contractspartijen en publieke of private financiers effectief worden gehandhaafd. Dat bevordert niet alleen de effectiviteit en het draagvlak van dergelijke codes, maar ook het (publiek) vertrouwen in deze alternatieve vorm van governanceregulering.

Tegelijkertijd moeten wij waken voor een voortschrijdende juridisering en zelfs (impulsieve) codificatie van onderdelen van de governancecodes in privaat- of publiekrechtelijke wetgeving. Daardoor erodeert de flexibiliteit van deze zelfregulering langzaam en wordt afbreuk gedaan aan de intrinsieke bereidheid en eigen verantwoordelijkheid om de inhoudelijke principes en concrete best practice-bepalingen daadwerkelijk als leidraad en referentiekader te gebruiken. De roep om nieuwe wetgeving die vervolgens weer via publiekrechtelijke handhavingsmaatregelen of privaatrechtelijke disciplineringsmechanismen moet worden geëffectueerd is, zoals recente casuïstiek van de Zorggroep Alliade treffend illustreert, vaak een regelreflex als reactie op geconstateerde misstanden. De invoering van een algemene norm voor integere en professionele bedrijfsvoering in het publiekrecht waardoor overheidsinstanties handhavend kunnen optreden, zoals die naar aanleiding van deze casus wordt bepleit door de IGJ en NZa,[48] vergroot niet alleen het risico van overregulering en formalisering van de bestuurlijke verhoudingen, maar biedt voor het overige ook weinig meerwaarde. Een wettelijke norm voor professioneel bestuur kent ons rechtspersonen- en vennootschapsrecht al geruime tijd en wordt voor goed en (pro)actief toezicht binnenkort hopelijk wettelijk breed verankerd door het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen. In de concrete uitwerking daarvan voorzien onder andere de principes, gedragsregels en aanbevelingen van de Governance Code Zorg 2017. Een aanvullende algemeen geformuleerde publiekrechtelijke norm voegt daar inhoudelijk weinig aan toe. Daarbij dient men zich tevens te realiseren dat de nieuwe generatie governancecodes, zowel voor beursvennootschappen als maatschappelijke en culturele organisaties, veel meer gericht is op de dialoog tussen bestuurders, toezichthouders, aandeelhouders en een scala van externe stakeholders waarbij de nadruk vooral ligt op gedrag en cultuur binnen de onderneming of instelling. Deze gedragsmatige benadering wordt steeds vaker verwoord door breed gedragen governanceprincipes die appelleren aan het moreel kompas van private en maatschappelijke organisaties in plaats van allerlei (formele) organisatieregels. De governancecodes in al deze sectoren krijgen daardoor – gelukkig – een minder formalistisch en juridisch karakter, hetgeen ook een andere wijze van naleving (dan de verfoeide afvinkmentaliteit) veronderstelt, die meer appelleert aan de onderlinge dialoog en eigen verantwoordelijkheid voor een passende inrichting van de governance die beter aansluit bij de specifieke aard en omstandigheden waarin de eigen organisatie verkeert.

47. Aanbeveling 5 van principe 1 Governance Code Cultuur 2019.
48. Signalering Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering in de zorgsector. Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), Utrecht, 5 maart 2019.

*Prof. mr. L.G.H.J. Houwen*[1]



# Normen en (morele) waarden van de Governancecode Zorg

*Ondernemingsrecht* 2020/3

**De Corporate Governance Code en de Governancecode Zorg zijn richtinggevend voor de ontwikkeling van een nieuwe generatie governancecodes voor (beurs)ondernemingen in het bedrijfsleven en maatschappelijke organisaties in het semipublieke domein die onderling een sterke wisselwerking vertonen. Centraal in die ontwikkeling staat een gedragsmatige benadering van het ondernemingsbestuur. Deze gedragsnormering komt vooral tot uiting in de onderlinge verhoudingen tussen bestuurders, toezichthouders en hun stakeholders: het debat in de boardroom en de betrokkenheid van interne en externe belanghebbenden. Belangrijk onderdeel van deze focus op cultuur en gedrag is de integriteitsparagraaf van de herziene code met preventieve maatregelen en gedragsregels om ongewenste belangenverstrengeling tegen te gaan. De Governancecode Zorg hanteert hier een strenger regime dan de Corporate Governance Code. Dat vindt zijn weerslag ondertussen ook in recente uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg en de Ondernemingskamer.**

**De centrale governancethema's van de herziene Governance Code Zorg worden besproken in een kritische vergelijking met corresponderende principes en best practice bepalingen van de Corporate Governance Code. Dat gebeurt tegen de achtergrond van bestaande wetgeving en rechtspraak, maar ook met het oog op het aanhangige wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen. Een analyse van het vernieuwde nalevingsprincipe 'pas toe en leg uit' en de daarmee gepaard gaande handhavingsmechanismen maakt ten slotte duidelijk dat deze vorm van private zelfregulering inmiddels een effectieve disciplinering en sanctionering kent. Door deze nieuwe benadering biedt de Governancecode Zorg meer perspectief voor een evenwichtige en duurzame ontwikkeling van toekomstige ondernemings- en financieringsstructuren in de zorgsector dan de klassieke regelreflex met nieuwe publiekrechtelijke sectorwetgeving. Dat zal ook gevolgen hebben voor de traditionele ondernemingsrechtelijke governancepraktijk in de zorgsector. Van de juridische professionals zal het ongetwijfeld meer multidisciplinaire competenties op gedragsmatig, bestuurskundig en sociaal-psychologisch gebied vragen.**

## 1. Inleiding

Vrijwel gelijktijdig met de introductie van de huidige Corporate Governance Code (CGC) hebben de gezamenlijke brancheorganisaties in de zorg (BoZ) een herziene versie van de Governancecode Zorg (GCZ) gepresenteerd. Beide codes zijn uitingen van een brede herzieningsgolf in de zelfregulering van (beurs)ondernemingen in de private sector en maatschappelijke organisaties in het semipublieke domein. Met de onlangs geactualiseerde codes voor de cultuursector, het onderwijs en coöperatief ondernemerschap als voorlopig slotakkoord.[2] Zij vormen een belangrijk referentiekader voor de ontwikkeling van een nieuwe generatie governancecodes die op een andere leest zijn geschoeid dan eerdere codes en onderling een sterke wisselwerking vertonen.[3] Zowel de nieuwe Corporate Governance Code als de herziene GCZ hanteren een vergelijkbare benadering. De focus op (lange termijn) waardecreatie, het belang van gedrag en cultuur en een verdere professionalisering (deskundigheid, geschiktheid en effectiviteit) van bestuur en intern toezicht staan centraal. Inhoud en systematiek van beide codes kenmerken zich door een thematische indeling op basis van breed gedragen governanceprincipes in plaats van een functionele inrichting met voornamelijk organisatieregels. Het adresseren van 'gedrag en cultuur' als dominant governancethema wordt in het kader van de herziening van de Corporate Governance Code als "*nieuwe vondst*" geduid. In de private marktsector loopt de code daardoor, naar eigen zeggen, internationaal voorop.[4] Het gedachtegoed van de Commissie Halsema en het governancebeleid van de overheid hebben deze gedragsmatige benadering het afgelopen decennium sterk bevorderd in het semipublieke domein.[5]

In dit artikel worden de voornaamste governancethema's van de herziene GCZ besproken. Daarbij zal ik regelmatig een vergelijking maken met de principes en best practice bepalingen van de Corporate Governance Code (par. 2-5). Daarna volgt een analyse van de handhavings- en discipli-

1 Louis Houwen is advocaat te Nijmegen en bijzonder hoogleraar privaat-publiek ondernemingsrecht Tilburg University en als zodanig betrokken bij de totstandkoming van de Governancecode Zorg 2017.

2 Governance Code Cultuur 2019, Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019 en Coöperatie Code 2019; daarnaast heeft de Vereniging van Universiteiten (VSNU) in juli 2019 een consultatieversie voor een geheel vernieuwde Code goed bestuur universiteiten gepubliceerd.

3 Over deze "*dakpansgewijze ontwikkeling*" F.E. Keijzer, 'Governancecodes in permanente ontwikkeling', *TvOB* 2019-4, p. 120-126.

4 De Nederlandse Corporate Governance Code. Voorstel voor herziening, Een uitnodiging voor commentaar, Den Haag: 11 februari 2016, p. 37-39; Ch.E. Honée, 'Corporate governance, een vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2016/67 (p. 316). Het thema cultuur en gedrag maakt inmiddels expliciet onderdeel uit van de principles en provisions van de nieuwe UK Corporate Governance Code 2018 die van toepassing is op de boekjaren per of na 1 januari 2019: www.frc.org.uk.

5 Een lastig gesprek, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013; *Kamerstukken II* 2013/14, 28 479, nr. 69 (Kabinetsreactie rapport Commissie Behoorlijk Bestuur); en *Kamerstukken II* 2014/15, 33 822, nr. 1 (Financieel beheer en toezicht semipublieke sector); vgl. ook B.E. Baarsma & M. Lückerath-Rovers, 'Governance', *Tijdschrift voor Toezicht* 2013/4, p. 3-6.

neringsmechanismen voor deze vorm van zelfregulering (par. 6). Ik sluit af met een vooruitblik naar de perspectieven van de GCZ, zowel met betrekking tot de positionering binnen het toekomstige overheidsbeleid als ten aanzien van actuele governancevraagstukken (par. 7). Het gaat dan om de (door)ontwikkeling van onder andere alternatieve (coöperatieve) ondernemings- en concernstructuren, private financierings- en BV-constructies en de vorming van integrale netwerk- en samenwerkingsverbanden in de zorgsector.

## 2. Opzet en systematiek herziene code

### 2.1 *Thematische indeling*

De herziening van de oorspronkelijke Zorgbrede Governancecode 2010 heeft geresulteerd in een integrale vernieuwing van de structuur en systematiek. Met deze opzet beoogt de code bestuurders en toezichthouders van zorgorganisaties een gemeenschappelijk referentiekader te bieden dat hen stimuleert tot reflectief gedrag met een open dialoog en publieke verantwoording over hun functioneren. Daartoe hanteert de GCZ, evenals de herziene Corporate Governance Code, een thematische indeling met breed gedragen governanceprincipes. Die principes worden vervolgens vertaald naar praktische aanbevelingen en handreikingen met good practices. Daarin komen de belangrijke trends en ontwikkelingen in het semipublieke domein tot uiting: (i) de focus op gedragsnormering in plaats van formeel organisatierecht; (ii) hogere eisen aan samenstelling, geschiktheid en functioneren van individuele bestuurders en toezichthouders; en ten slotte (iii) een verbetering van *checks and balances* door een combinatie van (formele en informele) interne medezeggenschap en meer betrokkenheid van externe belanghebbenden. De uitwerking van deze governancethema's is minder gedetailleerd en formalistisch dan voorheen. De nieuwe code heeft mede daardoor geen uitgesproken juridisch karakter maar veel meer een ethische lading en blijft zo evenals de recente codes in bijvoorbeeld het onderwijs nadrukkelijk *principle based*. In dat opzicht is deze nieuwe versie dan ook consistenter dan eerdere versies van de Zorgbrede Governance Code en de huidige Corporate Governance Code die op detailniveau toch nog sterk (preventief) regulerend blijft.[6] Inhoudelijk zijn de zeven governanceprincipes van de GCZ niet (meer) gebaseerd op een voorondersteld (ingebakken) wantrouwen en gericht op het zoveel mogelijk voorkomen van incidenten via formalistische structuurmaatregelen. Governanceregulering wordt hier veeleer benaderd vanuit een perspectief van vertrouwen vooraf met een brede (interne en externe) verantwoording achteraf. De verschillende aanbevelingen zijn vooral bedoeld als praktische handreikingen met voorbeelden van *good practices* die ter lering en ondersteuning van bestuurders, toezichthouders en *stakeholders* van zorgorganisaties ter beschikking worden gesteld.[7]

### 2.2 *Governancethema's*

Thematisch adresseert de nieuwe code de navolgende onderwerpen: maatschappelijk ondernemerschap; cultuur en gedrag; betrokkenheid interne en externe stakeholders; inrichting governancestructuur; goed bestuur; verantwoord toezicht; en deskundigheidsbevordering. Deze governancethema's worden zoveel mogelijk rechtsvormneutraal uitgewerkt en concernbreed toegepast.[8] Voor de toepassing van de code in enkele specifieke situaties is ten slotte nog een aanvullend hoofdstuk opgenomen. Daarin staan praktijkaanbevelingen voor respectievelijk zorgorganisaties met een algemene vergadering (coöperaties, verenigingen, NV, BV en personenvennootschappen), kleine zorgorganisaties en de universitair medische centra.[9] Systematisch valt dit additionele hoofdstuk enigszins uit de toon. Voor de positionering van de (leden of aandeelhouders van de) algemene vergadering en het formuleren van de (maatschappelijke) kaders voor mogelijke winstuitkeringen, zou vanwege het principiële karakter en het toenemende praktische belang een afzonderlijk achtste principe niet hebben misstaan. Daarmee blijft men nog binnen de kritische bandbreedte van maximaal negen principes voor een effectieve governancecode. Voor UMC's die naast een zorgfunctie ook onderwijs- en onderzoekstaken hebben en kleine zorgorganisaties met minder dan vijftig medewerkers is een afzonderlijk hoofdstuk evenmin noodzakelijk. Het 'pas toe en/of leg uit principe' biedt hier, gelet op aard en omvang van deze organisaties, naar mijn mening voldoende ruimte voor de praktische hanteerbaarheid van de relevante principes van de code.

## 3. Moreel kompas zorgorganisaties

### 3.1 *Maatschappelijke taakopdracht*

Het eerste principe van de GCZ formuleert de 'raison d'être' van zorgorganisaties:

> "De maatschappelijke doelstelling en legitimatie van de zorgorganisatie is het bieden van goede zorg aan cliënten."

Door dit centrale principe en de aanbevelingen worden de taakopdracht en de diverse - private, publieke en professionele - facetten van maatschappelijk ondernemerschap verwoord. Zorgorganisaties worden gepositioneerd als privaatrechtelijke ondernemingen met een maatschappelijke doelstelling gericht op het realiseren van maatschappelijke

6 Vgl. S.H.M.A. Dumoulin, 'Het bestuur van de beursvennootschap. Enige beschouwingen over bestuur, toezicht en governance', *Ondernemingsrecht* 2019/78 (p. 418-419); L.G.H.J. Houwen, 'Health Care Governance', *Ondernemingsrecht* 2007/12 (p. 450-451).

7 In deze zin L.G.H.J. Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TvOB* 2014-1, p. 5-10; en meer uitvoerig: R. Goodijk, *Strategisch partnerschap: wat is wijsheid?*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2017.

8 "*De code geldt voor iedere zorgorganisatie die lid is van één van de brancheorganisaties en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen die zorg verlenen.*", aldus de inleiding op p. 5 van de GCZ.

9 Deze UMC's hebben, met uitzondering van het privaatrechtelijke VUmc respectievelijk Radboudumc vanwege hun bijzondere signatuur, een publiekrechtelijke status.

waarde in termen van goede en professionele zorgverlening. Deze terminologie refereert aan de kwaliteitsvoorschriften van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg. Op die manier biedt de GCZ bestuurders en toezichthouders van zorgorganisaties inhoudelijk meer richting dan de nieuwe pijler van lange termijn waardecreatie van de Corporate Governance Code aan beursgenoteerde vennootschappen. Volgens de huidige CGC streven beursvennootschappen (voortaan) naar het creëren van (economische) waarde op lange termijn, waarbij de belangen van alle betrokken stakeholders worden meegewogen. In dat verband dient het bestuur bij de strategiebepaling onder meer aandacht te besteden aan "*relevante aspecten van ondernemen, zoals milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, de keten waarin de onderneming opereert, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping*" en ervoor te zorgen dat bij de besluitvorming "*rekening wordt gehouden met de belangen van de stakeholders*".[10] Dat alles kan, zo men wil, nog steeds worden geduid als een vorm van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap waar uiteindelijk een evenwichtig winststreven voor de korte én lange termijn vooropstaat.[11] In het kader van de herziening van deze code heeft evenwel een 'heroriëntatie' plaatsgevonden van de oorspronkelijke focus op het realiseren van aandeelhouderswaarde ten behoeve van de *shareholders* naar het bredere perspectief van lange termijn waardecreatie met weging van de belangen van alle *stakeholders*. Door deze herformulering verliest dit richtinggevend governancebeginsel van de CGC toch wel wat van zijn scherpte.[12]

### 3.2 *Gedrags- en verantwoordingsnormen*

De maatschappelijke taakopdracht zoals die tot uitdrukking komt in de doelstelling en legitimatie van zorgorganisaties staat centraal in meerdere governanceprincipes van de GCZ. Als referentiekader voor de eigen waarden, maar nadrukkelijk ook als inkleuring van de gedrags- en verantwoordingsnormen voor bestuurders en toezichthouders.[13] Daarmee geven de principes en aanbevelingen van de GCZ invulling aan het algemene richtsnoer van "*het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie*" voor de bestuurlijke en toezichthoudende taakvervulling. De maatschappelijke taakopdracht en impact van de zorgactiviteiten brengen naar mijn mening met zich dat de publieke belangen van de gezondheidszorg rechtstreeks doorwerken in het belang van de zorgorganisatie. Naast specifieke instellingsbelangen en de belangen van cliënten, medewerkers, professionals en andere direct betrokken stakeholders, maken algemene publieke belangen als kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid onderdeel uit van dit brede belangenspectrum van zorgorganisaties. Zij geven daarmee mede inhoud en richting aan het normatief kompas voor bestuurders en toezichthouders van zorgorganisaties.[14] Deze normstelling geldt in aangepaste vorm ook voor (aandeelhouders of leden van) de algemene vergadering van vennootschaps- en verenigingsrechtelijke zorgorganisaties. Bij het uitoefenen van hun bevoegdheden dienen zij rekening te houden met de maatschappelijke doelstelling. In het bijzonder bij besluiten tot winstuitkering zal de algemene vergadering zich rekenschap moeten geven van de belangen van de zorgorganisatie op korte en lange termijn.[15] Daarmee gaat de GCZ verder dan de Corporate Governance Code die hierover geen bijzondere richtlijnen voor individuele aandeelhouders of de algemene vergadering als orgaan formuleert. De preambule van de Corporate Governance Code hanteert nog steeds het klassieke uitgangspunt dat aandeelhouders binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid hun eigen belangen kunnen nastreven. Aandeelhouders en institutionele beleggers van (beursgenoteerde) vennootschappen worden al wel voorzichtig opgeroepen tot een constructieve dialoog. In toenemende mate wordt bovendien geappelleerd aan hun verantwoordelijkheid jegens de vennootschap, mede-aandeelhouders en andere stakeholders.[16] In zijn slotdocument neemt de commissie Van Manen alvast een voorschot op het toekomstige governancedebat. Dat zal volgens de commissie vooral gaan over de gedragsnormen voor aandeelhouders die de balans (moeten) zoeken in het spanningsveld tussen "*lange termijn waardecreatie*" en "*korte termijn beleggingsresulaten*".[17]

## 4. Cultuur en gedrag

### 4.1 *Algemene en publieke waarden*

Na het eerste principe met de nadere concretisering van het normatief kompas voor bestuurders, toezichthouders

10 Preambule en principes 1.1 en 2.5 respectievelijk bpb 1.1.1 (sub vi).

11 Vgl. J.A. van Manen, 'Een kwestie van vertrouwen', *Ondernemingsrecht* 2016/66 (p. 309); en meer vanuit de aandeelhouderspositie: Slotdocument Monitoring Commissie Corporate Governancecode, Den Haag: december 2017, p. 27-31.

12 Hierover ook G.C. Makkink, 'De Code als moreel kompas. Een goed idee?', *Ondernemingsrecht* 2016/71 (p. 335-337); P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 137-138; R.H. Kleipool, M. van Olffen & B.W. Roelvink (red.), *Commentaar & Context Corporate Governance Code*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 27-29; S.H.M.A. Dumoulin, 'Het voorstel voor een nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code: visie en strategie', *Ondernemingsrecht* 2016/69 (p. 327-331); en Ch.E. Honée, 'Corporate governance, een vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2016/67 (p. 315). Het vernieuwende principe A van de UK Governance Code 2018 geeft in dit verband wat meer houvast: "*A successful company is led by an effective and entrepreneurial board, whose role is to promote the long-term sustainable success of the company, generating value for shareholders and contributing to wider society.*" (www.frc.org.uk).

13 Par. 2.1 en par. 5.3 jo. 6.4.1 GCZ.

14 L.G.H.J. Houwen, 'Het maatschappelijk belang als bestuurlijk kompas voor zorginstellingen', in: *Zorg voor Toezicht, De maatschappelijke betekenis van governance in de zorg*, Amsterdam: Mediawerf Uitgevers 2015, p. 164-175; vgl. ook A. Hammerstein, 'De zorginstelling heeft een professionele toezichthouder nodig', in: *Functioneren en disfunctioneren*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2016, Den Haag: SDU Uitgevers 2016, p. 145-146 en p. 165-166.

15 Hoofdstuk A.1.3 en A.3 GCZ.

16 Vgl. A.F. Verdam, 'Iets over de verhouding tussen de institutionele opvatting, het vennootschapsbelang en de norm van de redelijkheid en billijkheid, mede in relatie tot bestuurders, commissarissen en aandeelhouders', *WPNR* 2015/7062, p. 433-436; M. Olaerts, 'Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?', *Ondernemingsrecht* 2017/113 (p. 631-642); M. Koelemeijer, 'De verantwoordelijke aandeelhouder', *TvOB* 2015-2, p. 65-71; en Van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Cancun*), onder 6.

17 Slotdocument Monitoring Commissie Corporate Governancecode, p. 7, p. 10-11 en p. 27-31.

en aandeelhouders voorziet de GCZ in een uitgebreide cultuurparagraaf. Door de nadruk op cultuur en gedrag, beoogt de GCZ naleving van deze richtinggevende governancenorm te bevorderen.[18] Als overkoepelend principe formuleert de code:

> "De raad van bestuur en raad van toezicht hanteren waarden en normen die passen bij de maatschappelijke positie van de zorgorganisatie."

Dit cultuurprincipe wordt vervolgens uitgewerkt in meerdere aanbevelingen voor: (i) het verwoorden en actief uitdragen van de waarden en normen van de organisatie; (ii) het bevorderen van een open aanspreekcultuur; (iii) het organiseren van inspraak, samenspraak en tegenspraak; (iv) het signaleren van misstanden; en ten slotte (v) het borgen van integriteit door belangenverstrengeling tegen te gaan. Anders dan in principe 2.5 van de Corporate Governance Code wordt hier niet alleen volstaan met voornamelijk procedurele en instrumentele voorzieningen. De GCZ vraagt bijzondere aandacht voor materiële cultuuraspecten en gedragscomponenten. Vanuit de maatschappelijke positie van zorgorganisaties wordt gerefereerd aan algemene waarden als integriteit, aanspreekbaarheid, betrouwbaarheid, openheid en doelmatigheid maar ook aan publieke waarden als rechtmatigheid, rechtvaardigheid en rechtszekerheid.[19] Van zorgorganisaties wordt verwacht dat onder verantwoordelijkheid van de raad van bestuur in een permanente dialoog met alle geledingen vorm en inhoud wordt gegeven aan concrete normen en eigen waarden. Het bieden van kwalitatief goede, toegankelijke en betaalbare zorg aan cliënten staat daarbij centraal. Met deze inhoudelijke componenten krijgt het normatief richtsnoer van het (maatschappelijk) belang van de zorgorganisatie nadrukkelijk ook een morele dimensie.

### 4.2 *Het kritische gesprek in de boardroom*

De eigen normen en waarden moeten intern zichtbaar worden in cultuur en gedrag binnen de organisatie en extern in relatie tot samenwerkingspartners doordat de raad van bestuur en de raad van toezicht deze normen en waarden actief uitdragen. Zij moeten evenzeer tot uitdrukking komen in de onderlinge verhoudingen en het interne debat tussen bestuurders en toezichthouders.[20] De GCZ biedt daartoe een referentiekader voor reflectie en dialoog in de *boardroom* met gedragsnormen voor een open en constructieve aanspreekcultuur en concrete aanbevelingen om met name rolbewustheid van de raad van bestuur en de raad van toezicht te bevorderen en rolwisselingen zoveel mogelijk te voorkomen. Evenals voorheen zijn daarvoor incompatibiliteitseisen opgenomen. Op grond van deze eisen kan een voormalige bestuurder niet binnen een periode van drie jaar toetreden tot de raad van toezicht. Vice versa kunnen afgetreden toezichthouders binnen deze periode evenmin als bestuurder optreden. Deze voorzieningen hebben inmiddels aanleiding gegeven tot meerdere uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg. In deze uitspraken wordt het belang van een zuivere rolverdeling tussen toezichthouders en bestuurders krachtig vertolkt. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan (in noodsituaties) van deze codebepalingen worden afgeweken. Namelijk als: (i) de risico's van rolwisseling beperkt zijn; (ii) geen serieuze alternatieven voorhanden zijn; en (iii) de benoemingsperiode als bestuurder van een voormalige toezichthouder beperkt blijft.[21] Voor toezichthouders kent de GCZ daarmee een strenger regime dan de Corporate Governance Code op grond waarvan commissarissen bij belet en ontstentenis gewoon in het bestuur kunnen voorzien. Zij dienen dan wel uit de raad van commissarissen te treden. Na deze tijdelijke bestuursfunctie kunnen zij echter weer opnieuw als - weliswaar niet onafhankelijke - commissaris van de vennootschap worden benoemd. Dat laatste geldt overigens ook voor voormalige bestuurders van de vennootschap.[22]

### 4.3 *Conflictregeling*

Daarnaast voorziet de nieuwe versie van de code in een reeks aanbevelingen om te bewerkstelligen dat de raad van bestuur niet in verantwoordelijkheden van de raad van toezicht treedt en, omgekeerd, de raad van toezicht geen bestuursfuncties gaat vervullen.[23] Voor eventuele demarcatiegeschillen schrijft de herziene code een (statutaire) conflictregeling voor om onderlinge - bestuurlijke en beleidsmatige - geschillen tussen beide organen tijdig te adresseren, vervolgens te objectiveren en zo nodig via bemiddeling, mediation of arbitrage effectief op te lossen.[24] Deze conflictregeling dient van tevoren door de raad van bestuur en de raad van toezicht in onderling overleg te worden vastgesteld. Dat creëert al direct een meer evenwichtige (machts)verhouding tussen beide organen. In dat opzicht valt bij de inrichting van de bestuurlijke verhoudingen binnen zorgorganisaties wel een zekere accentverschuiving in de GCZ te constateren. Anders dan in de vorige versies van

18 In vergelijkbare zin ook de Monitoringcommissie CGC, die cultuur kwalificeert als "*een van de drijvende krachten voor een effectieve werking van de corporate governance van de vennootschap*" en constateert dat "*cultuur een belangrijke rol speelt ten aanzien van het functioneren van de onderneming en de mate waarin zij bijdraagt aan de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming*". (De Nederlandse Corporate Governance Code, Voorstel voor herziening, p. 37)

19 Principe 2 met respectievelijk de aanbevelingen van par. 2.1 tot en met 2.6.3 GCZ.

20 Recent over de gedragsmatige en psychologische aspecten van de teamdynamiek binnen raden van bestuur en raden van commissarissen de lezenswaardige bijdrage van C.F. Perquin-Deelen, 'Gedrag binnen de meerhoofdige RvB en RvC', *Ondernemingsrecht* 2019/82 (p. 446-453).

21 GG 1 november 2011, Gc 11/01 (*Nusantara*); GG 8 maart 2012, Gc 11/02 (*Stichting Gehandicaptenzorg Limburg*); GG 15 november 2012, Gc 12/01 (*ActiZ*); GG 15 mei 2013, Gc 13/01 (*Integraal Kankercentrum Zuid*); GG 5 december 2013, Gc 13/03 (*Humanitas*); GG 14 mei 2014, Gc 14/01 (*Kraamzorg*), waarover A.G.H. Klaassen, 'Uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg: de dans rond de stoel van de bestuurder', *TvGR* 2016/4, p. 174-189.

22 Bpb 2.3.9 jo. 2.1.8 sub v. en i. CGC 2016 versus par. 4.1.3 GCZ en de in de vorige noot genoemde uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg.

23 Principe 4 met respectievelijk de aanbevelingen van par. 4.1 tot en met 4.1.6 GCZ.

24 Vgl. par. 4.1.6 GCZ alsmede de (toelichting op de) modelregeling van de Brancheorganisaties Zorg (BoZ): https://www.governancecodezorg.nl/kenniscentrum/modelregelingen.

de Zorgbrede Governancecode staat het controleren van bestuursmacht door het mobiliseren van de raad van toezicht als '*countervailing power*'[25] hier niet meer centraal. Het wijkt ook af van de Corporate Governance Code waar commissarissen nu juist een "*meer vooraanstaande positie*" in de checks and balances van beursgenoteerde vennootschappen hebben gekregen.[26] De formele positionering van de raad van toezicht lijkt in de GCZ zelfs enigszins te eroderen. Dit komt met name door de stringente governancebepalingen, die onder andere een verplicht statutaire vastlegging van de goedkeuringsplichtige bestuursbesluiten vereisen, en door deze sterk wederkerige regeling voor geschillen tussen de raad van toezicht en de raad van bestuur.[27] Een tweetal pogingen, met name ingegeven door casuïstiek van disfunctionerende toezichthouders, om de (al)macht van de raad van toezicht in stichtingen wat meer in te kaderen. Tegelijkertijd wordt het complexe spanningsveld tussen de bestuurlijke autonomie en de hedendaagse pro-actieve taakopvatting van het interne toezicht daarmee wel beter gereguleerd.[28]

### 4.4 *Organiseren tegenmacht*

Versterking van de 'countervailing power' binnen het doorgaans dualistisch bestuursmodel van woningcorporaties, onderwijsinstellingen en zorgorganisaties wordt nu veel meer gezocht in het intensiveren van de betrokkenheid van de interne medezeggenschapsorganen en het actief bevorderen van de dialoog met externe belanghebbenden. Zulks mede aan de hand van de "*three lines of defense: de raad van bestuur, de raad van toezicht en derde partijen*" van de Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid.[29] De GCZ beoogt de verbetering van de interne checks and balances vooral te bewerkstelligen door het beter organiseren en benutten van inspraak, samenspraak en tegenspraak van interne en externe stakeholders op alle bestuurs- en managementniveaus binnen de organisatie.[30] De basis daarvan wordt gevormd door een '*open en lerende aanspreekcultuur*'. Zowel binnen de collectiviteit van bestuur en toezicht als in de omgang met de verschillende geledingen van de zorgorganisatie en met externe stakeholders. Deze hoeksteen van de governance van maatschappelijke organisaties wordt in de code op meerdere niveaus verder uitgewerkt.

(i) Het intern weerwerk vanuit de raad van toezicht wordt bevorderd door de aanscherping van de onafhankelijkheids- en geschiktheidseisen, de integriteits- en diversiteitsbepalingen en de actieve informatieverplichtingen. Een afzonderlijk principe appelleert nadrukkelijk aan de permanente ontwikkeling van de eigen deskundigheid en professionaliteit (van met name toezichthouders) via accreditatie, (externe) evaluatie en adequate introductie-, scholings- of ontwikkelingsprogramma's.[31] Deze voortschrijdende professionaliseringsslag is in lijn met de hogere eisen die door rechtspraak, wetgeving en literatuur aan de samenstelling en het functioneren van het bestuur en toezicht worden gesteld.[32]

(ii) Om een veilige cultuur te bevorderen waarin dilemma's en fouten constructief kunnen worden besproken en daaruit lering kan worden getrokken, moet de raad van bestuur concrete voorzieningen treffen. Zo dient iedere zorgorganisatie voortaan te beschikken over een vertrouwenspersoon voor integriteitsvraagstukken alsmede over een openbare klokkenluidersregeling om (vermoedens van) misstanden te melden.[33]

(iii) De betrokkenheid van interne en externe stakeholders wordt in een afzonderlijk principe geadresseerd. Om de invloed van medewerkers, cliënten en professionals op de strategische besluitvorming en de zorg- en dienstverlening daadwerkelijk te verbeteren en niet te verzanden in ritualisering en juridisering, faciliteert de code een combinatie van formele en informele medezeggenschap.[34] Wetgeving zoals de Wor en de Wmcz vormt daarbij het formele kader. Een effectieve betrokkenheid bij het primaire proces vergt binnen de pluriformiteit van de zorgsector met zowel grootschalige universitaire medische centra als laagdrempelige eerstelijnsorganisaties, bovenal een cultuurverandering met een gedifferentieerde benadering via alternatieve

25 L.G.H.J. Houwen, 'Zorgbrede Governancecode: van enquête naar aansprakelijkheid', *TvGR* 2006/6, p. 386-400.

26 Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Voorstel voor herziening, p. 23-36.

27 Par. 5.2.2 jo. par. 4.1.6 GCZ; vgl. in dit verband ook de oorspronkelijke formuleringen van deze governancebepalingen in de consultatieversie van 23 mei 2016: par. 5.2, de toelichting in noot 9 en par. 6.2.2 ("*In de statuten ligt vast welke besluiten van de raad van bestuur voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht behoeven. Deze opsomming is limitatief en kan uitsluitend gewijzigd worden door wijziging van de statuten.*") alsmede par. 4.4 waar een sterke voorkeur voor externe geschilbeslechting wordt uitgesproken.

28 Vgl. hierover ook Rb. Overijssel 21 september 2016, *RO* 2017/ 36 (*Solace*); Rb. Noord-Nederland 30 mei 2018, *RO* 2018/60 (*Nordwin College*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 18 juli 2018, *Ondernemingsrecht* 2018/123, m.nt. T. Salemink en F.C.A. van de Bult (*Eneco*); *Kamerstukken II* 2013/14, 33 750 VI, nr. 31 (Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 12 november 2013: Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren); Monitoringcommissie CGC, Voorstel voor herziening, p. 23; M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 222-233 en p. 254-264; *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-2IIb* 2019/307; *Asser/Rensen 2-III* 2017/253; P.D. Olden & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Bonje in de board room', in: *Jaarboek Corporate Governance 2016-2017*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 63-77; S.R. Schuit & C. Jaspers, 'De gewijzigde taakopvattingen van commissarissen en hun voorzitter', *Ondernemingsrecht* 2017/71 (p. 420-426).

29 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Van tweeluik naar driehoeken*, Den Haag/Amsterdam: Amsterdam University Press 2014; R. Goodijk, *Strategisch partnerschap: wat is wijsheid?*, Assen: Koninklijke van Gorcum 2017, p. 133-147. De nieuwe UK Governance Code 2018 besteedt hieraan inmiddels ook speciaal aandacht: "*In order for the company to meet its responsibilities to shareholders and stakeholders, the board should ensure effective engagement with, and encourage participation from these parties.*" (Inleiding p. 1, provision 5 en principe D: www.frc.org.uk).

30 Par. 2.4 GCZ.

31 Respectievelijk principe 7 en par. 2.6, 6.2, 6.4 en 6.5 GCZ.

32 Specifiek voor deze ontwikkeling in de zorgsector: Hammerstein, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2016, p. 140-170.

33 Par. 2.3 en par. 2.5.1 jo. 2.5.2 GCZ.

34 Hetgeen ook in meerdere onderzoeksrapporten wordt bepleit: Verwey-Jonker Instituut, *Medezeggenschap op maat, Onderzoek naar de wijze waarop vorm en inhoud wordt gegeven aan medezeggenschap van cliënten in de zorg*, Utrecht, april 2015; en iBMG, Erasmus Universiteit Rotterdam, *Gevarieerde medezeggenschap in zorginstellingen en bij zorgverzekeraars*, Rotterdam, mei 2016.

vormen van - passende - medezeggenschap.[35] Daarbij wordt zowel het bestuur als de raad van toezicht betrokken. Van beide organen wordt een actieve omgang met de medezeggenschapsorganen verwacht met concrete en transparante samenwerkingsafspraken.[36] Ten aanzien van de ruime kring van externe belanghebbenden hanteert de code een meer open norm waarbij de raad van bestuur op adequate wijze de dialoog aangaat met deze (groepen van) stakeholders en daarover ook publiekelijk verantwoording aflegt.[37]

Door het flexibel organiseren van interne tegenspraak, effectieve medezeggenschap en maatschappelijke verantwoordingsfora kunnen dergelijke aanbevelingen een wezenlijke bijdrage leveren aan het zelfkritisch beoordelingsvermogen van bestuurders en toezichthouders. Binnen het nog steeds 'onvoltooide' dualistisch bestuursmodel van zorgorganisaties kan dat een cultuurverandering naar meer evenwichtige driehoeksrelaties bevorderen.

## 5. Integriteit en belangenverstrengeling

### 5.1 *Begripsomschrijving*

Belangrijk onderdeel van het cultuurprincipe dat het maatschappelijk belang als normatief richtsnoer van de zorgorganisatie moet schragen, vormt de nieuwe integriteitsparagraaf van de code. Centraal daarin staat de materiële integriteitsbepaling om in een zo vroeg mogelijk stadium belangenverstrengeling tegen te gaan. "*Integriteit*", zo lezen wij hier, "*vertaalt zich onder meer in het vermijden en tegengaan van iedere vorm en schijn van belangenverstrengeling*" van bestuurders, toezichthouders, professionals, managers en overige medewerkers van zorgorganisaties.[38]

Het begrip '*belangenverstrengeling*' is als zodanig een neutraal begrip dat inhoudelijk kan worden omschreven als een verwevenheid van parallelle, personele en/of functionele belangen. Belangenverstrengeling kan een nuttige functie vervullen, bijvoorbeeld voor bestuurders in concern- en joint ventureverhoudingen of in het kader van de advies- en netwerkfunctie van toezichthouders. Het kan onder omstandigheden ook ongewenst of zelfs ongeoorloofd zijn als daardoor de (publieke) geloofwaardigheid, onafhankelijkheid of zuiverheid van besluitvorming in het geding komt. In diverse govenancecodes wordt deze term op uiteenlopende wijze gehanteerd. Soms als synoniem van het wettelijke begrip persoonlijk tegenstrijdig belang. Vaak echter met een bredere scope waar dan bijvoorbeeld ook dubbelfuncties met een kwalitatief tegenstrijdig belang onder worden begrepen. De recente Governance Code Cultuur 2019 en in navolging daarvan inmiddels ook de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019 verschaffen hierover meer duidelijkheid. Als uitgangspunt hanteren zij een meervoudige en neutrale omschrijving van het begrip belangenverstrengeling. Vervolgens maken zij een onderscheid tussen de categorie ongewenste belangenverstrengeling en het wettelijke begrip tegenstrijdig belang van Boek 2 BW. Hiervoor worden aanvullende gedragsnormen geformuleerd:

> "Bestuurders en toezichthouders zijn onafhankelijk en handelen integer. Zij zijn alert op belangenverstrengeling, vermijden ongewenste belangenverstrengeling en gaan op een transparante en zorgvuldige wijze om met tegenstrijdige belangen."[39]

De GCZ gebruikt het begrip belangenverstrengeling volgens de titel van de integriteitsparagraaf daarentegen nog steeds in de - negatieve - context van "*belangentegenstellingen*". De code is in dit opzicht, evenals de Corporate Governance Code, voornamelijk gericht op het voorkomen van ongeoorloofde belangenverstrengeling en het bewerkstelligen van een zorgvuldige omgang met tegenstrijdig belangen.

### 5.2 *Preventieve maatregelen en gedragsregels*

De integriteitsparagraaf van de GCZ is vooral gericht op procedurele waarborgen voor een zorgvuldige en integere besluitvorming bij (potentiële) conflicten van belangen of plichten. Dat begint volgens de code met het formaliseren van de wijze waarop in alle geledingen van de organisatie met (de schijn van) tegenstrijdige belangen wordt omgegaan. De raad van bestuur zal voorts maatregelen moeten nemen om belangenverstrengeling bij professionals, leidinggevende functionarissen en overige medewerkers van de organisatie zoveel mogelijk te voorkomen en vermoedens hiervan te melden. Van bestuurders en toezichthouders zelf wordt verwacht dat zij volledige openheid betrachten en elke vorm of schijn van belangenverstrengeling direct melden aan de raad van toezicht en daarover alle relevante informatie verschaffen. De raad van toezicht beoordeelt vervolgens of sprake is van een persoonlijke of functionele verstrengeling van belangen bij de betreffende functionaris. Daarna besluit de raad van toezicht buiten diens aanwezigheid hoe daarmee wordt omgegaan. Omdat de code een aanvulling is op algemene (privaatrechtelijke) en sectorale (publiekrechtelijke) wet- en regelgeving zal de raad van toezicht daarbij dan niet alleen rekening moeten houden met de wettelijke gedragsregels voor een persoonlijk tegenstrijdig belang, maar evenzeer met de strengere zorgvuldigheids- en onafhankelijkheidsnormen voor de bredere categorie van belangenverstrengeling uit de rechtspraak en het ministeriële uitvoeringsbeleid. Als de raad van toezicht derhalve concludeert dat sprake is van zoda-

35 Anders evenwel: Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018, Stbl. 2019, nr. 215, welke regeling volgens het zeer kritische advies van de Raad van State "*eenzijdig de nadruk op het uitbreiden en aanscherpen van wettelijke bevoegdheden van cliëntenraden*" legt, die "*er immers gemakkelijk voor zorgen dat het overleg en de samenwerking tussen het bestuur van een instelling en cliëntenraad formaliseert en juridiseert*" (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 858, Nieuwe bepalingen met betrekking tot de medezeggenschap van cliënten in zorginstellingen, nr. 4 Advies afdeling advisering Raad van State en Nader rapport).

36 Principe 3 en par. 3.1.1-3.1.2 jo. par. 3.3.2 GCZ.

37 Par. 3.2 GCZ; in deze zin ook L.G.H.J. Houwen, 'Maatschappelijke aandeelhouders: corporate ownership van zorgondernemingen?', in: *Een hele onderneming*, Tilburg: Prisma print 2012, p. 25-30.

38 Introductie par. 2.6.1 GCZ.

39 Principe 3 Governance Code Cultuur 2019 met nadere uitwerking in de aanbevelingen 3 tot en met 9; en in vergelijkbare zin principe 3 (integriteit) met good practices 16 en 17 Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019.

nig onverenigbare belangen dat het belang van de zorgorganisatie niet op een integere en onbevooroordeelde wijze kan worden behartigd, dan zal de betrokken bestuurder of toezichthouder in ieder geval niet mogen deelnemen aan de beraadslagingen en besluitvorming over de betreffende aangelegenheid.[40] Daarnaast kan aansluiting worden gezocht bij de aanvullende gedragsregels zoals die inmiddels in de rechtspraak zijn ontwikkeld op grond van de algemene zorgvuldigheidsverplichtingen van met name de artikelen 2:8 en 2:9 BW.[41] Afhankelijk van de specifieke context zullen deze gedragsnormen dan voor de raad van toezicht en de raad van bestuur (moeten) resulteren in het betrachten van maximale openheid, zorgvuldige scheiding van belangen en functies, het inschakelen van onafhankelijke deskundigen en/of een hogere mate van zorgvuldigheid bij de informatieverschaffing, voorbereiding, beraadslaging, besluitvorming en uitvoering van tegenstrijdig belangtransacties. Onder omstandigheden kan dat aanleiding geven tot een intensievere betrokkenheid van de 'onafhankelijke' toezichthouders dan wel grotere terughoudendheid of zelfs volledige onthouding dan wel het terugtreden van 'geconflicteerde' bestuurders en toezichthouders.[42]

### 5.3 *Werkingssfeer*

De integriteitsbepalingen van de GCZ worden door de Governancecommissie Gezondheidszorg vrij streng toegepast en hebben een ruime werkingssfeer. In meerdere opzichten: (i) belangenverstrengeling omvat zowel een conflict van persoonlijke belangen, als de categorie van dubbelfuncties met een conflict van plichten; (ii) naast bestuurders en toezichthouders wordt een brede kring van functionarissen zoals professionals, managers en overige medewerkers van de zorgorganisatie geadresseerd; en (iii) de gedragsnormen zijn niet alleen beperkt tot de (wettelijke) onthoudingsregel bij beraadslaging en besluitvorming, maar zien ook op de voorbereidings- en/of uitvoeringsfase om de schijn van belangenverstrengeling zoveel mogelijk te vermijden. Dat laatste vormt volgens de Governancecommissie zelfs een vitaal onderdeel van de code.[43] Ondanks alle kritische kanttekeningen in de consultatiefase is de "*schijn*" van belangenverstrengeling niet geschrapt zoals in de meest recente Corporate Governance Code. Deze modaliteit is in de GCZ bewust gehandhaafd, zij het met een subtiel maar niet onbelangrijk verschil in formulering op grond waarvan elke "*vorm*" van persoonlijke bevoordeling of belangenverstrengeling wordt "*voorkomen*", en de "*schijn*" hiervan wordt "*vermeden*". Daarmee wordt vooral beoogd dat bestuurders en toezichthouders alert zijn op mogelijke belangenverstrengeling en structurele maatregelen treffen die potentiele conflicten van belangen of tegenstrijdige verplichtingen al in een vroeg stadium tegengaan. Onderkend wordt weliswaar dat de belangen van zorgorganisaties door die "*schijn*" niet direct geschaad hoeven te zijn. De verbreding van deze integriteitsnorm wordt hier, evenals in de Governancecode Woningcorporaties 2015, vooral gemotiveerd met een beroep op de maatschappelijke legitimatie van dergelijke semipublieke organisaties. De schijn van belangverstrengeling kan immers afbreuk doen aan het publieke vertrouwen in zorgorganisaties.[44] Deze principiële benadering van dergelijke integriteitsdilemma's is alleszins begrijpelijk vanuit de aard en functie van zorgorganisaties als privaatrechtelijke rechtspersonen met een maatschappelijke doelstelling en taakopdracht waarbij publieke belangen nadrukkelijk onderdeel uitmaken van hun belangenspectrum. Dat veronderstelt ook een bijzondere mate van zorgvuldigheid. De morele dimensie van de code wordt daardoor versterkt. Het vergt wel een geconcretiseerde en geobjectiveerde toepassing van deze integriteitsbepaling en geen rigide benadering waarbij iedere theoretische of louter subjectieve mogelijkheid van conflicterende belangen en overlap van meerdere functies al direct wordt gesanctioneerd.[45]

### 5.4 *Neven- en dubbelfuncties*

De ruime werkingssfeer blijkt ook uit de vergewisplicht van de raad van toezicht bij de benoeming van nieuwe bestuurders en het beoordelen van nevenfuncties van bestuurders waarvoor belangtegenstellingen prohibitief zijn.[46] Het komt eveneens tot uitdrukking in de functionele incompatibiliteiten voor leden van raden van bestuur en toezicht van (naburige) zorgorganisaties in deze integriteitsparagraaf. Personele unies en (kruislingse) dubbelfuncties van bestuurders en toezichthouders van zorgorganisaties in hetzelfde verzorgingsgebied met grotendeels vergelijkbare werkzaam-

40 Art. 2:129/239 lid 6 BW voor NV/ BV; art. 2:44 lid 4/47 lid 5 respectievelijk art. 2:291 lid 4/292a lid 5 Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voor vereniging en stichting; in relatie tot HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. Ma, *JOR* 2007/169, m.nt. Leijten & Bartman (*Bruil*).

41 Vgl. in algemene zin over de onderlinge verhouding tussen de wettelijke onthoudingsregel en de door de Ondernemingskamer ontwikkelde zorgvuldigheidsregels bij tegenstrijdig belang: J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/68 (p. 357-365).

42 Respectievelijk Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481, m.nt. Ma (*Linders/Hofstee*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 februari 2009, *JOR* 2009/129, m.nt. Van Solinge (*Bûtot*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 augustus 2017, *JOR* 2018/41 m.nt. Leijten (*Staphorst Ontwikkeling*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 februari 2018, *JOR* 2018/94, m.nt. Josephus Jitta (*Xeikon*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 april 2018, *JOR* 2018/211, m.nt. Leijten (*DeSeizoenen*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 maart 2017, *JOR* 2017/229, m.nt. Sinninghe Damsté (*TMG*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 2017, *JOR* 2018/210, m.nt. Bulten en *AA* 2018, p. 913, m.nt. Bartman & Dorresteijn (*Intergamma*) en specifiek voor de GCZ: GG 29 november 2017, *Gc* 17/03 (*RvT GGZ*); en GG 26 februari 2019, *Gc* 18/03 (*ActiZ/Buurtzorg*)

43 Vlg. par. 2.6.1-2.6.3 GCZ en GG 29 november 2017, *Gc* 17/03 (*RvT GGZ*); GG 20 december 2017, *Gc* 17/01 (*CuraMare*); GG 20 december 2017, *Gc* 17/04 (*Spijkenisse Medisch Centrum*); GG 4 februari 2019, *Gc* 18/02 (*RvT FPI*); GG 26 februari 2019, *Gc* 18/03 *(Buurtzorg).*

44 Aldus de introductie van par. 2.6 GCZ en art. 3.7 jo. 3.25 Governancecode Woningcorporaties 2015; alsmede de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in zijn conclusies naar aanleiding van het eerste Onderzoeksrapport van de IGZ en NZa, "Onderzoek naar goed bestuur binnen de Zorggroep Alliade te Heerenveen", Utrecht, juli 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 23 235 (Thuiszorg), nr. 164 (Conclusies en vervolgonderzoeken Alliade), p. 2-3.

45 In deze zin inmiddels expliciet: GG 26 februari 2019, *Gc* 18/03 (*ActiZ/Buurtzorg*).

46 Par. 6.5.3 en 6.5.5 GCZ.

heden worden op voorhand uitgesloten door de GCZ.[47] Een uitzondering op deze verbodsbepaling wordt - terecht - wel geformuleerd voor zorgorganisaties die als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden zijn, bijvoorbeeld als gezamenlijke joint venture of geïntegreerde coöperatieve netwerkorganisatie. In dergelijke groeps- en samenwerkingsverbanden mag aangenomen worden dat de belangen van de betrokken zorgorganisaties doorgaans parallel lopen.[48] Met deze formele onafhankelijkheidseisen wordt al direct een belangrijke categorie kwalitatief tegenstrijdige belangen en het daaruit voortvloeiende conflict van plichten van bestuurders en toezichthouders voorkomen. In het semipublieke domein, bij woningcorporaties en onderwijsinstellingen,[49] maar ook in de zorgsector worden dergelijke dubbelfuncties van bestuurders en/of toezichthouders heden ten dage in toenemende mate als een vorm van ontoelaatbare vermenging van plichten én belangen gekwalificeerd. De GCZ hanteert in dat opzicht ook een strenger regime voor belangenverstrengeling dan de Corporate Governance Code. Daarin is niet alleen de schijn, maar ook deze specifieke categorie van het kwalitatief tegenstrijdig belang uiteindelijk geschrapt.[50]

### 5.5 *Maatschappelijke functie*

Een belangrijke reden voor deze meer principiële benadering zal, als gezegd, ongetwijfeld gelegen zijn in de maatschappelijke legitimatie en taakopdracht van semipublieke organisaties waar publieke belangen nadrukkelijk onderdeel uitmaken van het brede belangenspectrum. In de zorgsector vergt de borging van belangen van kwaliteit, bereikbaarheid en betaalbaarheid van de zorgverlening dan ook een hoge(re) mate van zorgvuldigheid bij de bestuurlijke besluitvorming en de taakuitoefening van bestuurders respectievelijk toezichthouders van zorgorganisaties. In dat licht moeten wij dan ook de, mijns inziens terechte, nuancering van de Ondernemingskamer verstaan bij de beoordeling van mogelijke belangenverstrengeling in het kader van vastgoedtransacties binnen een zorggroep waarvan een toegelaten instelling voor verstandelijke gehandicaptenzorg deel uitmaakt:

> "Gelet op de bijzondere positie van De Seizoenen en het verbod op winstuitkering, is van een reguliere groep ook geen sprake, anders dan de raad van commissarissen tot uitgangspunt lijkt te kiezen."[51]

Zo'n genuanceerde benadering doet recht aan de specifieke aard van zorgorganisaties met hun privaatrechtelijke grondslag van maatschappelijke dienstverlening binnen een context van publiekrechtelijke waarborgen. Als onderdeel van de integriteitsparagraaf van de GCZ strekt deze regeling van belangenverstrengeling in brede zin dan ook nadrukkelijk tot bescherming van alle (specifieke) belangen van de zorgorganisatie en van degenen die daarbij betrokken zijn en sluit daarmee goed aan bij de ratio van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling.[52]

## 6. Naleving en handhaving

Hoewel beeldvorming hardnekkig blijft, is het een misverstand dat naleving van de GCZ een vrijblijvend karakter zou hebben.[53] Gezaghebbende uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg, kritische civiel- en ondernemingsrechtelijke jurisprudentie, (pro)actief optreden van de brancheorganisaties, een aangescherpt toetsingskader van de IGJ en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) alsmede het bij tijd en wijle rigide contracteerbeleid van zorgverzekeraars confronteren de zorgsector inmiddels met een robuust governanceregime. Toepassing van de algemene governanceprincipes en de concrete praktijkaanbevelingen van de GCZ heeft het afgelopen decennium daardoor in meerdere opzichten een dwingender karakter gekregen, zowel feitelijk als juridisch. Een ontwikkeling die

47 Par. 2.6.2 GCZ.

48 Aldus ook Rb. Rotterdam 5 juli 2017, *JOR* 2017/226, m.nt. Van Thiel (*Humanitas*) in navolging van HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. Ma, *JOR* 2007/169, m.nt. Leijten & Bartman (*Bruil*) en in meer algemene zin: *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-2IIb* 2019/354.

49 Bestuurders en toezichthouders van woningcorporaties mogen, kort samengevat, op grond van de artikelen 25 lid 3 sub a en sub b respectievelijk 30 lid 6 sub a en sub d Woningwet in ieder geval geen bestuursfunctie vervullen bij andere woningcorporaties terwijl bestuurders voorts slechts met instemming van de raad van toezicht een personele unie op bestuursniveau mogen vormen bij andere maatschappelijke ondernemingen, hetgeen voor de leden van deze raad van toezicht dan vervolgens wel impliceert dat zij geen enkele functie bij een dergelijke maatschappelijke onderneming mogen vervullen. In het hoger en middelbaar beroepsonderwijs geldt als regel dat bestuurders geen deel uit kunnen maken van het college van bestuur van een andere onderwijsinstelling, universiteit of hogeschool (art. 9.1.4 lid 2 WEB respectievelijk art. 9.3 lid 7 sub d jo. 10.2 lid 2 WHW). De Code Goed Bestuur in het primair onderwijs verbiedt bijvoorbeeld dubbelfuncties in die zin, dat toezichthouders geen bestuurlijke of toezichthoudende functies bij andere onderwijsorganisaties in dezelfde of aanpalende onderwijssector in hetzelfde voedingsgebied kunnen vervullen (art. 24 lid 2 en lid 3 en de daarmee deels corresponderende bepaling voor bestuurders in art. 19 lid 2 van deze code) waarbij overigens geen uitzondering is opgenomen voor groeps- of bestuurlijke samenwerkingsverbanden die in de onderwijssector van overheidswege nogal kritisch worden beoordeeld: *Kamerstukken II* 2016/17, 31 293 (Primair Onderwijs), nr. 345 (Nieuwe bestuurlijke samenwerkingsvormen in het funderend onderwijs) naar aanleiding van het Eindrapport van Ecorys, *Bestuurlijke constructen in het funderend onderwijs*, Rotterdam, 30 maart 2016.

50 Bpb 2.7.3 CGC 2016; vgl. nog bpb 3.2 CGC 2008: "*Een tegenstrijdig belang bestaat in ieder geval wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon (…) waarbij een bestuurder van de vennootschap een bestuurs- of toezichthoudende functie vervult*", waarover A.F.J.A. Leijten, 'Een tegenstrijdigbelangregeling ontwerpen', *WPNR* 2017/7173, p. 953-960.

51 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 april 2018, r.o. 3.31 waarover kritisch K.D. Meersma en B. Verkerk, GJ 2018/140 en Leijten JOR 2018/211 in hun noot onder deze uitspraak inzake *DeSeizoenen*.

52 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491 (Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen), nr. 3 (memorie van toelichting), p. 5; kritischer hierover Plomp, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector?', in: *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profit-sector*, p. 127 die in dit verband overigens geen aandacht besteedt aan de aanvullende gedragsregels uit de rechtspraak.

53 Onder andere E. Plomp, *Winst in de zorg, Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen* (Dissertaties Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 344; vgl. ook *Kamerstukken II* 2014/15, 32 012 (Governance in de zorgsector), nr. 23 (VSO inzake Goed Bestuur in de zorg), p. 4: "*Wij denken dat de door de zorgsector zelf ontwikkelde governancenormen een effectief instrument kunnen zijn om de gewenste cultuurverandering in de zorg te bereiken, mits de vrijblijvendheid van deze normen wordt verkleind*."

zijn sporen ook heeft achtergelaten in het recente herzieningstraject van de code.

### 6.1 *Toepassing codebepalingen*

De GCZ stelt voortaan zelf hogere eisen aan de toepassing van zijn governancebepalingen. Voornamelijk door een, naar eigen zeggen, "*actuele en vernieuwende*" omgang met het conventionele nalevingsprincipe 'pas toe of leg' naar een intensiever gebruik van het 'pas toe en leg uit' beginsel. Dat geldt met name voor de dragende principes van de code, maar ook ten aanzien van een aantal vitale gedragsregels waarvan de toepassing in de praktijk nadere toelichting behoeft of zelfs geen ruimte voor afwijking laat (pas toe). Deze (categorieën van) min of meer verplichte codebepalingen worden hier echter niet op voorhand geïdentificeerd. Dat is wel het geval in bijvoorbeeld de UK Corporate Governance Code 2018, de Governancecode Woningcorporaties 2015 en de recente Governance Code Cultuur 2019. Het is, zo moeten wij de wat breedvoerige bewoordingen van de preambule van de GCZ kennelijk verstaan, uiteindelijk aan de betrokken bestuurders, toezichthouders en belanghebbenden zelf om dat vanuit de bedoeling van de betreffende governancebepalingen in een onderlinge dialoog te concretiseren en daarover op een transparante wijze verantwoording af te leggen.[54] Gelukkig biedt de Governancecommissie Gezondheidszorg inmiddels wel enige '*guidance*' ten aanzien van deze sterk contextafhankelijke benadering. De algemene principes van de code zijn leidend en vormen het toetsingskader voor de toepassing van de concrete governancebepalingen, waarvan afwijking door een "*alternatieve invulling*" onder bijzondere omstandigheden nog steeds mogelijk is.[55] In de nalevingssystematiek van de GCZ kan dan een onderscheid worden gemaakt tussen een drietal categorieën codebepalingen:

(i) open geformuleerde governancebepalingen waarvan de wijze waarop zij worden toegepast nadere toelichting behoeft in het licht van de maatschappelijke taakopdracht, strategie en gerealiseerde doelstellingen van de betreffende zorgorganisatie (pas toe en leg uit);

(ii) gesloten geformuleerde codebepalingen waarvan gemotiveerde afwijking mogelijk is door een alternatieve invulling die gezien de ratio en impact van de bepaling respectievelijk aard, omvang, complexiteit alsmede structuur van de zorgorganisatie in de bijzondere omstandigheden van het geval beter tegemoet komt aan (de bedoeling van) het leidende governanceprincipe (pas toe of leg uit);

(iii) governancebepalingen waarvan afwijking naar algemeen aanvaarde opvattingen in de gegeven omstandigheden niet mogelijk is (pas toe).

Aan de principes van de GCZ moet dus altijd gemotiveerd worden voldaan. Voor de concrete governancebepalingen geldt een meer gedifferentieerd toepassingsbeleid. In dat opzicht hanteert de GCZ een strenger nalevingsregime dan de Corporate Governance Code, waar zowel van de principes als de best practice-bepalingen - inhoudelijk - gemotiveerd kan worden afgeweken.[56] Vanuit hun maatschappelijke doelstelling en taakopdracht en de daarin - mede - geïncorporeerde publieke belangen, is een strenger governanceregime voor zorgorganisaties niet onbegrijpelijk. Daarbij mogen aard en karakter van de codebepalingen echter niet uit het oog worden verloren. Het zijn immers geen juridisch bindende rechtsregels die onverkort zonder enige ruimte voor afwijkend gedrag moeten worden toegepast, maar vooral praktische gedragsregels met concrete aanbevelingen en handreikingen voor good practices.[57] De GCZ vormt daarmee een gemeenschappelijk referentiekader met breed gedragen governancenormen voor de dialoog tussen bestuurders, toezichthouders en belanghebbenden van zorgorganisaties.

### 6.2 *Effectiviteit zelfregulering*

Van zorgorganisaties wordt verwacht dat zij in de Jaarverantwoording Zorg via *self assessment* globaal toelichten in welke mate (volledig of gedeeltelijk) zij de - relevante governancebepalingen van de - zeven principes van de GCZ hebben nageleefd of welke alternatieve invulling aan de principes is gegeven.[58] Daarbij kunnen zij inmiddels enig houvast ontlenen aan de uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg. Deze commissie kan in concrete gevallen naleving van de code toetsen op verzoek van belanghebbenden, zoals brancheorganisaties, ondernemings- en cliëntenraden of (voormalige) bestuurders en toezichthouders. Veel van deze uitspraken hebben betrekking op de (zuiverheid van de) onderlinge rolverdeling tussen bestuur en toezicht, onafhankelijkheid van toezichthouders en (de schijn van) belangenverstrengeling bij zorgorganisaties. De Governancecommissie Gezondheidszorg gaat daarbij uit van een vrij stringente toepassing van de (letter en geest van de) principes en gedragsregels van de code. Voor mogelijke afwijkingen van deze codebepalingen wordt een strenge maatstaf gehanteerd. Slechts "*onder zeer bijzondere omstandigheden*" (: "*noodsituatie*") en met "*een deugdelijke motivering*" (: "*voldoende klemmende grond*") is een afwijking "*mogelijk niet onoverkomelijk als die algemene principes niet werkelijk in het gedrang komen*".[59] Het oordeel van deze onafhankelijke

54 Inleiding Governancecode Zorg, p. 4-5.

55 GG 29 november 2017, Gc 17/03 (RvT GGZ); waarover recent: L.G.H.J. Houwen, 'Handhaving van governancecodes: de vrijblijvendheid voorbij?', *TvOB* 2019-2, p. 46-47.

56 Nederlandse Corporate Governance Code 2016, p. 11 (Naleving van de code); alsmede W.J. Oostwouder & F.L. Leijdesdorff, 'De Governancecode Zorg 2017, Wondermiddel, doekje voor het bloeden of een geschikt instrument?', *Onderneming en Financiering* 2017 (25)-1, p. 37-42.

57 In algemene zin: J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: *Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 2010, p 459-467; en G.T.M.J. Raaijmakers, 'Hoe juridisch is corporate governance?', in: *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p 297-311.

58 Art. 8a Regeling verslaggeving WTZi jo. Bijlage 2 (Specifieke informatie over grote zorginstellingen verslagjaren 2018 en 2019), par. 4 (Governance).

59 GG 1 november 2011, *Gc* 11/01 (*Nusantara*) respectievelijk GG 29 november 2017, *Gc* 17/03 (RvT GGZ); vgl. verder de uitspraken genoemd in noot 21 alsook GG 17 oktober 2016, *Gc* 16/01 (*Lievegoed*); GG 20 december 2017, *Gc* 17/04 (*Spijkenisse Medisch Centrum*); GG 26 februari 2019, *Gc* 18/03 (*Buurtzorg*).

toetsingscommissie heeft formeel weliswaar geen bindende rechtskracht als arbitraal vonnis of bindend advies,[60] maar wordt in brede kring wel als gezaghebbend beschouwd. De brancheorganisaties in de zorg hanteren de naleving van de GCZ actief als statutaire lidmaatschapseis in hun toelatingsbeleid en interne ledendisciplinering.[61] Het oordeel van de Governancecommissie nemen zij inhoudelijk onverkort over als basis voor interne verenigingsrechtelijke sancties jegens hun leden.[62] Deze verenigingsrechtelijke sanctionering kan ook extern ernstige gevolgen hebben voor (onder andere) zorgcontractering waarbij het lidmaatschap van een brancheorganisatie als harde inkoopvoorwaarde geldt. Voor de interpretatie van de codebepalingen wordt in de civiele rechtspraak eveneens aansluiting gezocht bij overwegingen van de Governancecommissie.[63] Daarnaast vormen de principes en gedragsregels van de code, evenals bij beursvennootschappen, een relevante factor in aansprakelijkheids- en enquêteprocedures bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, onrechtmatig handelen, wanbeleid of gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.[64] De GCZ krijgt door die ledendisciplinering en rechterlijke sanctionering steeds meer een dwingend karakter.

De effectiviteit van deze vorm van private zelfregulering wordt van overheidswege nog versterkt doordat de IGJ en de NZa de GCZ als "*breed gedragen veldnorm*" hanteren bij de beoordeling van de rechtmatigheid respectievelijk -organisatie van- de kwaliteit van zorgverlening.[65] Door middel van vergaande bestuursrechtelijke maatregelen, waaronder zelfs een bestuurlijke ondertoezichtstelling, kan de IGJ bij "*geconstateerde risicovolle situaties of tekortkomingen*" handhavend optreden en zelfs dirigerend ingrijpen in de samenstelling en het functioneren van het bestuur en intern toezicht van - private - zorgorganisaties.[66] Dat geldt in wezen ook voor het inkoopbeleid van sommige zorgverzekeraars. Onder verwijzing naar hun contractsvrijheid dicteerden zij lange tijd niet alleen integrale toepassing van de governanceprincipes, maar zelfs statutaire of reglementaire verankering van verschillende codebepalingen zonder ruimte voor enig afwijking.[67] Dergelijk (te) vergaande interventies van overheidswege of door private stakeholders staan op gespannen voet met het veel lagere juridisch gehalte en sterk contextafhankelijke nalevingsprincipe van de GCZ. Het resulteert bovendien al gauw in risicomijdend gedrag met een formalistische en soms zelfs krampachtige toepassing van codebepalingen. Daarmee wordt afbreuk gedaan aan de intrinsieke bereidheid en eigen verantwoordelijkheid van (bestuurders en toezichthouders van) zorgorganisaties om zelf vanuit de code als gemeenschappelijk referentiekader door een effectieve dialoog zinvol inhoud en vorm te geven aan hun eigen governancenormen en morele waarden.

## 7. Slotbeschouwing

De inrichting van bestuur, toezicht en verantwoording van maatschappelijke organisaties en (beurs)ondernemingen blijft een complex en dynamisch proces. Governancecodes in het semipublieke domein en de private sector behoeven dan ook zorgvuldig onderhoud en zijn permanent in ontwikkeling.[68] Privaat- en publiekrechtelijke wetgeving vormt het algemene respectievelijk sectorspecifieke kader en dicteert de noodzakelijke - regulerende en faciliterende - basisstructuur voor ons systeem van ondernemingsgewijze productie en de borging van publieke belangen. Overheidsregulering is evenwel te statisch en regelmatig te politiek of ideologisch beladen om adequaat en flexibel te anticiperen op alle veranderingen in markt en maatschappij. Om innovatie te bevorderen en beter tegemoet te komen aan de (demografische, technologische, duurzame, financiële en personele) ontwikkelingen in de zorgsector heeft de BoZ bij de introductie van de nieuwe code de Governance innovatie- en adviescommissie geïnstalleerd. Haar drieledige taakopdracht (advisering, monitoring en guidance) schept al direct een hoog verwachtingspatroon voor de aanpak van de actuele governancethema's in de zorgsector. Die zien met name op: (i) integrale (branche- en sectoroverschrijdende) samenwerkingsverbanden en netwerkorganisaties; (ii) vennootschapsrechtelijke constructies en concernvorming; (iii) private risicodragende financiering en winstuitkering; (iv) participatie van interne en externe belanghebbenden; en (v) de organisatie van het ziekenhuis en het medisch specialistisch bedrijf.

De huidige GCZ waarin breed gedragen governanceprincipes met de nadruk op gedrag, cultuur en morele waarden in een context van maatschappelijk ondernemerschap centraal staan, heeft een aanzienlijk adaptief en dynamisch vermogen om deze actuele governancethema's en innovatieve ontwikkelingen in de zorgsector adequaat te adresseren. Dat vergt wel een andere, meer gedragsmatige en flexibele benadering van de governance dan een klinische en strikt formeel-juridisch toepassing van de principes en

60 Art. 15 lid 3 Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg.
61 Vgl. GG 15 november 2012, *Gc* 12/01 (*ActiZ*); GG 24 november 2015, *Gc* 15/01 (*GGZ Nederland/GGZ Noord-Holland-Noord*); GG 20 december 2017 (met herstel kennelijke fout op 10 januari 2018), *Gc* 17/04 (*NVZ-ActiZ/Spijkenisse Medisch Centrum*); GG 26 februari 2019, *Gc* 18/03 (*ActiZ/Buurtzorg*).
62 Inleiding Governancecode Zorg 2017, p. 5-6.
63 Rb. Limburg 12 november 2014, *JOR* 2015/322, m.nt. L.G.H.J. Houwen (*Stichting Gehandicaptenzorg Limburg*).
64 Hof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2018, *GJ* 2019/17, m.nt. A.C. Beijering-Beck (*SGL*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. PvS (*Meavita*); en Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 april 2018, *JOR* 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*DeSeizoenen*); Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 20 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2099 (*PrivaZorg*).
65 Art. 2 jo. art. 3 Wkkgz jo. Beleidskader Toezicht op Goed Bestuur IGJ en NZa (Heerlen/Utrecht, juli 2016); *Kamerstukken II* 2017/18, Aanhangsel van de Handelingen, 1682 (Kamervragen en antwoord Minister VWS inzake Buurtzorg), p. 1-2.
66 Art. 27 jo. art. 28 Wkkgz jo. *Kamerstukken II* 2015/16, 32 012 (Governance in de zorgsector), nr. 3 (Goede zorg vraagt om goed bestuur - Beleidskader), p. 7-9; waarover uitvoerig Houwen, *TvOB* 2019-2, p. 50-51.
67 Vgl. onder andere Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2015, *GJ* 2015/167 en Hof Den Haag 3 april 2018, *GJ* 2018/74 inzake HPV; alsmede Rb. Zeeland-West-Brabant 26 november 2015, *GJ* 2016/20.
68 Keijzer, *TvOB* 2019-4, p. 125-126.

aanbevelingen van deze code. Weliswaar met een robuust handhavingsregime op basis van een bij voorkeur wettelijke verankering via de jaarverslaggevingsverplichtingen van de WTZi. Daardoor krijgt de GCZ sectorbreed formele werking en kan het toezicht op de naleving door de betrokken overheidsinstanties effectief worden gerealiseerd. Op die manier wordt al in belangrijke mate tegemoetgekomen aan de wens van een wettelijke verankering van de algemene governancenorm van integer en professioneel bestuur en toezicht in de zorg.[69] Een dergelijke benadering zal ook een sterke verandering brengen in de traditionele ondernemingsrechtelijke governancepraktijk in de zorg en meer multidisciplinaire competenties op gedragsmatig, bestuurskundig en sociaal-psychologisch gebied vragen. De GCZ kan zo een krachtige en inspirerende leidraad vormen voor nieuwe governancemodellen voor integrale samenwerkingsverbanden en netwerkorganisaties, privaat gefinancierde vennootschaps- en concernstructuren alsmede coöperatieve ziekenhuisorganisaties en zorgondernemingen.[70] De Governancecode Zorg ontwikkelt zich daarmee van een functionele (2010) naar een thematische (2017) en ten slotte organische (2025) vorm van zelfregulering in het semipublieke domein.

69 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 000 (Begrotingsstaten VWS 2019) XVI, nr. 133 en *Kamerstukken I* 2018/19, 33 168 (Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg), nr. O (Brief van de ministers en de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn, Medische Zorg en Sport d.d. 9 juli 2019: Investeringsmogelijkheden voor zorgaanbieders en het bevorderen van kwaliteit en een transparante, integere en professionele bedrijfsvoering).

70 Vgl. N. Zonneveld e.a., 'Governance in een veranderend zorgstelsel', *M&O* 2017/2, p. 72-82; L.G.H.J. Houwen, 'Het coöperatieve gedachtegoed als verbindingsmiddel voor maatschappelijke samenhang?', in: *De kracht van de gemeenschap*, Nijmegen: Valkhof Pers 2015, p. 83-101; J.W. Winter, 'Ontmenselijking van de grote onderneming', *Ondernemingsrecht* 2019/2 (p. 8).

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2018–2019

# 34 491 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)

**Nr. 7**

## NOTA VAN WIJZIGING

Het voorstel van wet wordt als volgt gewijzigd:

1

In artikel I worden de volgende wijzigingen aangebracht:

a. Onderdelen A tot en met D komen te vervallen.

b. Onderdeel E komt als volgt te luiden:

E

Artikel 37 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het tweede lid wordt aan het slot een zin toegevoegd, luidende: Indien een vereniging toepassing geeft aan artikel 44a, bepaalt de algemene vergadering of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder onderscheidenlijk niet uitvoerende bestuurder.

2. In het vierde lid wordt aan het slot een zin toegevoegd, luidende: Indien de voordracht één kandidaat voor een te vervullen plaats bevat, heeft een besluit over de voordracht tot gevolg dat de kandidaat is benoemd, tenzij het bindende karakter aan de voordracht wordt ontnomen.

c. Onderdeel F komt als volgt te luiden:

F

Artikel 44 wordt als volgt gewijzigd:

Na het tweede lid worden enkele leden toegevoegd, luidende:
3. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vereniging en de met haar verbonden onderneming of organisatie.

kst-34491-7
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2018

4. 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 3. 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.
5. Tenzij de statuten anders bepalen, kan de algemene vergadering aan de bestuurders een bezoldiging toekennen.
6. De bestuurders hebben als zodanig een raadgevende stem in de algemene vergadering.

d. Na onderdeel F wordt een nieuw onderdeel toegevoegd, luidende:

FA

Na artikel 44 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

**Artikel 44a**

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. 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.
3. Het bestuur is te allen tijde bevoegd tot schorsing van een uitvoerende bestuurder.
4. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

e. Onderdeel G komt als volgt te luiden:

G

Artikel 47 komt te luiden:

**Artikel 47**

1. Tenzij uitvoering is gegeven aan artikel 44a lid 1, kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn. Deze kan ook als raad van toezicht worden aangeduid. 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 de algemene gang van zaken in de vereniging en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Hij staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vereniging en de met haar verbonden onderneming of organisatie.
3. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is de raad van commissarissen bevoegd iedere door de algemene vergadering benoemde

bestuurder te allen tijde te schorsen. Deze schorsing kan te allen tijde door de algemene vergadering worden opgeheven.

4. De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad en zijn leden bevatten.

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 van de vereniging en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

6. Tenzij de statuten anders bepalen, kan de algemene vergadering aan de commissarissen als zodanig een bezoldiging toekennen.

7. Tenzij de statuten de commissarissen stemrecht toekennen, hebben zij als zodanig in de algemene vergadering een raadgevende stem.

8. Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens.

9. Het bestuur stelt ten minste een keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de gebruikte beheers- en controlesystemen.

f. Na onderdeel G wordt een nieuw onderdeel toegevoegd, luidende:

GA

Na artikel 47 wordt een nieuw artikel ingevoegd, luidende:

**Artikel 47a**

1. Op de benoeming van commissarissen die niet reeds bij de akte van oprichting zijn aangewezen, is artikel 37 van toepassing, tenzij de benoeming overeenkomstig artikel 63f geschiedt. Hetzelfde geldt voor schorsing en ontslag van commissarissen.

2. Bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een commissaris worden van de kandidaat meegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep, de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een commissaris. Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris is verbonden; indien zich daaronder rechtspersonen bevinden, die tot een zelfde groep behoren, kan met de aanduiding van de groep worden volstaan. De aanbeveling en de voordracht tot benoeming of herbenoeming worden gemotiveerd. Bij herbenoeming wordt rekening gehouden met de wijze waarop de kandidaat zijn taak als commissaris heeft vervuld.

g. Onderdeel H komt als volgt te luiden:

H

Artikel 50a komt te luiden:

**Artikel 50a**

1. Ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders vindt het bepaalde bij de artikelen 131 en 138 lid 1 en leden 3 tot en met 10 overeenkomstige toepassing.

2. Ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders vindt het bepaalde bij de artikelen 138 lid 2 en 139 overeenkomstige toepassing in geval van:

a. een vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte en die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen; of
b. een vereniging die 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.
3. Ten aanzien van de taakvervulling door commissarissen vindt overeenkomstige toepassing:
a. het bepaalde in lid 1 en lid 2, met dien verstande dat in lid 2 voor artikel 139 moet worden gelezen artikel 150; en
b. het bepaalde in artikel 9.

h. Onderdeel I komt te vervallen.

i. Onderdeel K komt als volgt te luiden:

K

Artikel 63f wordt als volgt gewijzigd:

In het vijfde lid wordt «artikel 57a lid 2» vervangen door: artikel 47a lid 2.

j. Onderdeel L komt als volgt te luiden:

L

Na artikel 63j wordt een artikel ingevoegd, luidende:

**Artikel 63k**

1. In afwijking van artikel 63f lid 1 kan toepassing worden gegeven aan artikel 44a. In dat geval is het bepaalde ten aanzien van de raad van commissarissen onderscheidenlijk de commissarissen in artikel 63f leden 2 tot en met 11 en artikelen 63g tot met 63i van overeenkomstige toepassing op de niet uitvoerende bestuurders.
2. Indien toepassing is gegeven aan artikel 44a, vereisen de besluiten in de zin van artikel 63j lid 1 de goedkeuring van de meerderheid van de niet uitvoerende bestuurders. Het ontbreken van de goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aan.
3. Van de toepassing van artikel 44a lid 2 zijn uitgesloten de besluiten van het bestuur in de zin van artikel 63j.

k. Onderdeel M tot en met P komen te vervallen.

l. Onderdeel Q komt als volgt te luiden:

Q

In artikel 131 wordt «artikel 685 van Boek 7» vervangen door: artikel 671b en artikel 671c van Boek 7.

m. Onderdeel R komt te vervallen.

n. Onderdeel S komt als volgt te luiden:

S

Artikel 134 lid 4 komt als volgt te luiden:

4. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld.

o. Onderdeel T komt te vervallen.

p. Onderdeel U komt als volgt te luiden:

U

Artikel 138 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het slot van het zesde lid wordt de volgende zin toegevoegd: De bestuurder is niet bevoegd tot verrekening met een vordering op de vennootschap.

2. In het zevende lid komt de tweede volzin als volgt te luiden: De vordering kan niet worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde bewindvoerder of een door de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam aangestelde bestuurder als bedoeld in artikel 356, onder c.

q. Onderdelen V en W komen te vervallen.

r. Onderdeel X komt als volgt te luiden:

X

Aan artikel 142 wordt na het derde lid een lid toegevoegd, luidende:
4. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle commissarissen. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer commissarissen. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van commissarissen ingevolge een statutaire regeling de taken van een commissaris vervult, wordt voor het vervullen van die taken met een commissaris gelijkgesteld.

s. Onderdelen Y tot en met BB komen te vervallen.

t. Onderdelen EE tot en met LL komen te vervallen.

u. Onderdeel MM komt als volgt te luiden:

MM

In artikel 241 wordt «artikel 685 van Boek 7» vervangen door: artikel 671b en artikel 671c van Boek 7.

v. Onderdeel NN komt te vervallen.

w. Onderdeel OO komt als volgt te luiden:

OO

Artikel 244 lid 4 komt als volgt te luiden:
4. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld.

x. Onderdeel PP komt als volgt te luiden:

PP

Artikel 248 wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan het slot van het zesde lid wordt de volgende zin toegevoegd: De bestuurder is niet bevoegd tot verrekening met een vordering op de vennootschap.

2. In het zevende lid komt de tweede volzin als volgt te luiden: De vordering kan niet worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde bewindvoerder of een door de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam aangestelde bestuurder als bedoeld in artikel 356, onder c.

y. Onderdelen QQ en RR komen te vervallen.

z. Onderdeel SS komt als volgt te luiden:

SS

Het vierde lid van artikel 252 komt als volgt te luiden:
4. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle commissarissen. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer commissarissen. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van commissarissen ingevolge een statutaire regeling de taken van een commissaris vervult, wordt voor het vervullen van die taken met een commissaris gelijkgesteld.

aa. Onderdelen TT tot en met XX komen te vervallen.

bb. Onderdeel ZZ komt te vervallen.

cc. Onderdeel BBB komt als volgt te luiden:

BBB

Artikel 291 wordt als volgt gewijzigd:

Na het tweede lid worden enkele leden toegevoegd, luidende:
3. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie.

4. 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 3. 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 het bestuur onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.
5. De statuten kunnen bepalen dat aan bestuurders een bezoldiging wordt toegekend.

dd. Na onderdeel BBB wordt een nieuw onderdeel ingevoegd, luidende:

BBBA

Na artikel 291 wordt een artikel toegevoegd, luidende:

**Artikel 291a**

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. 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.
3. Bij de benoeming wordt vermeld of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder of tot niet uitvoerende bestuurder.
4. Het bestuur is te allen tijde bevoegd tot schorsing van een uitvoerende bestuurder.
5. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

ee. Na onderdeel BBBA wordt een nieuw onderdeel ingevoegd, luidende:

BBBB

Na artikel 292 wordt een artikel toegevoegd, luidende:

**Artikel 292a**

1. Tenzij uitvoering is gegeven aan artikel 291a lid 1, kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn. Deze kan ook als raad van toezicht worden aangeduid. 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 de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Hij staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie.

3. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is de raad van commissarissen bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De schorsing kan te allen tijde worden opgeheven door het orgaan dat of de persoon die bevoegd is tot benoeming.

4. De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad en zijn leden bevatten.

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 van de stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de raad onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.

6. De statuten kunnen bepalen dat aan de commissarissen als zodanig een bezoldiging wordt toegekend.

7. Bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een commissaris worden van de kandidaat meegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep, de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een commissaris. Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris is verbonden; indien zich daaronder rechtspersonen bevinden, die tot een zelfde groep behoren, kan met de aanduiding van de groep worden volstaan. De aanbeveling en de voordracht tot benoeming of herbenoeming worden gemotiveerd. Bij herbenoeming wordt rekening gehouden met de wijze waarop de kandidaat zijn taak als commissaris heeft vervuld.

8. Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens.

9. Het bestuur stelt ten minste een keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de gebruikte beheers- en controlesystemen.

ff. Onderdeel CCC komt als volgt te luiden:

CCC

Artikel 298 komt te luiden:

**Artikel 298**

1. Een bestuurder kan op verzoek van een belanghebbende of van het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen, wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld of wegens het niet of niet behoorlijk voldoen aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank ingevolge artikel 297 gegeven bevel.

2. De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder schorsen.

3. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder of commissaris van een stichting worden, tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

4. Een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken.

5. Het in de voorgaande leden bepaalde is van overeenkomstige toepassing op commissarissen.

gg. Onderdeel DDD komt als volgt te luiden:

DDD

Artikel 300a komt te luiden:

**Artikel 300a**

1. Ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders vindt het bepaalde bij de artikelen 131 en 138 lid 1 en leden 3 tot en met 10 overeenkomstige toepassing.
2. Ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders vindt het bepaalde bij de artikelen 138 lid 2 en 139 overeenkomstige toepassing in geval van:
a. een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen; of
b. een stichting die 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.
3. Ten aanzien van de taakvervulling door commissarissen vindt overeenkomstige toepassing:
a. het bepaalde in lid 1 en lid 2, met dien verstande dat in lid 2 voor artikel 139 moet worden gelezen artikel 150; en
b. het bepaalde in artikel 9.

hh. Onderdeel EEE komt te vervallen.

2

Artikelen II tot en met IX komen te vervallen.

3

Artikel X komt als volgt te luiden:

**ARTIKEL X WIJZIGING VAN DE WET VERPLICHTE BEROEPSPENSIOENREGELING**

In artikel 110, tweede lid, wordt «zijn artikel 129a van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 110a, tweede lid, van overeenkomstige toepassing» vervangen door: is artikel 110a, tweede lid, van overeenkomstige toepassing.

4

XI tot en met XIV komen te vervallen.

5

Artikel XII komt als volgt te luiden:

**Artikel XII Wijziging van de Woningwet**

De Woningwet wordt als volgt gewijzigd:

a.

Artikel 31 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid vervallen de eerste en tweede volzin.

2. Het derde lid vervalt onder vernummering van het vierde tot derde lid.

b.

Artikel 32 komt te vervallen.

6

Artikel XV komt als volgt te luiden:

**ARTIKEL XV OVERGANGSRECHT**

1. De artikelen 29, eerste lid, 74, 79 en 80 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.
2. De algemene vergadering kan, indien een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet is vertegenwoordigd door het bestuur of een bestuurder terwijl er een tegenstrijdig belang was met een of meer bestuurders, die vertegenwoordiging bekrachtigen door de vertegenwoordiger of vertegenwoordigers daartoe aan te wijzen op of na de datum van inwerkingtreding van de wet.
3. Op een statutaire regeling die inhoudt dat in alle gevallen waarin de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders of commissarissen, de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij wordt vertegenwoordigd door een ander dan het bestuur of een bestuurder, kan na de inwerkingtreding van de wet geen beroep meer worden gedaan.

7

Aan Artikel XVI wordt een onderdeel C toegevoegd:

C

Indien het bij koninklijke boodschap van 15 november 2016 ingediende voorstel van wet tot Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken (34 608), tot wet is of wordt verheven, wordt die wet als volgt gewijzigd:

In Artikel I, onderdeel A, wordt in artikel 305a, tweede lid, onder a, «artikel 9a, lid 1, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek» vervangen door: artikel 44a lid 1 of artikel 291a lid 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.

**Toelichting**

***Algemeen***

Deze nota van wijziging bevat naast wetstechnische aanpassingen een aantal inhoudelijke wijzigingen van het wetsvoorstel. De wetstechnische aanpassingen zijn ingegeven doordat de regels voor bestuur en toezicht per rechtspersoon in de respectievelijke titels van Boek 2 BW worden geplaatst (zie hiervoor pagina 1 en 2 van de nota naar aanleiding van het verslag). In deze toelichting bij de nota van wijziging worden de aanpassingen toegelicht voor zover er ook een inhoudelijke wijziging plaatsvindt.

De voornaamste aanpassingen in het wetsvoorstel zijn:

1) het vervallen van de verplichte ontstentenis- en beletregeling en de bepaling dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting;

2) de toevoeging aan artikel 2:47 lid 1 en 2:292a lid 1 BW dat een raad van commissarissen van een vereniging of een stichting ook mag worden aangeduid als een raad van toezicht;

3) de wijziging van de regels voor aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen;

4) een uitzondering op het bestuursverbod van vijf jaar voor stichtingsbestuurders en stichtingscommissarissen in het geval hen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt;

5) het toevoegen van een tweetal bepalingen aan Artikel XV die het overgangsrecht voor de gewijzigde tegenstrijdige belangregeling regelen.

Deze wijzigingen zijn opgenomen mede naar aanleiding van vragen hierover in het verslag, het nadere advies van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van NOvA en KNB van 31 augustus 2016 en opmerkingen uit de literatuur.

***Artikelsgewijze toelichting***

1

*Onderdeel a*

In onderdeel a wordt geregeld dat onderdelen A tot en met D van het wetsvoorstel komen te vervallen. Dit betreft de artikelen 9 tot en met 11c in het algemeen deel van Boek 2 BW. Dit heeft onder meer tot gevolg de voorgestelde regeling inzake meervoudig stemrecht in de artikelen 2:9 lid 4 en 2:11 lid 5 BW en de ontstentenis- en beletregeling voor bestuurders en commissarissen in de artikelen 2:9 lid 6 en 2:11 lid 7 BW, komen te vervallen voor de coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, vereniging en de stichting. Voor een toelichting wordt verwezen naar paragraaf 1 van de nota naar aanleiding van het verslag (pagina 1 en 2).

*Onderdeel n en w*

Onderdelen o en z bewerkstelligen dat de ontstentenis- en beletregeling voor bestuurders van de NV en de BV gehandhaafd blijven, met dien verstande dat de regeling wordt aangepast zoals voorgesteld door de gecombineerde commissie vennootschapsrecht (in artikel 2:134/244 lid 4 BW). In de eerste zin van deze bepalingen wordt voor de NV en de BV de formulering «van elk van de bestuurders» vervangen door «van alle bestuurders». In paragraaf 4 van de nota naar aanleiding van het verslag (pagina 29) wordt deze aanpassing nader toegelicht. In de laatste zin van artikel 2:134/244 lid 4 BW wordt duidelijk dat een plaatsvervangend bestuurder die naast een bestuurder bestuursdaden verricht, ook als een bestuurder wordt aangemerkt.

*Onderdelen r en z*

De bovengenoemde aanpassingen worden eveneens voorgesteld voor ontstentenis- en belet van commissarissen (in artikel 2:142/252 lid 4 BW). Eveneens wordt aan artikel 2:142/252 lid 4 BW een zin toegevoegd waarin wordt geregeld dat diegene die tijdelijk de functie van commissaris vervult bij ontstentenis en belet van de commissarissen met een

commissaris wordt gelijkgesteld. Zie voor een verdere toelichting paragraaf 4 van de nota naar aanleiding van het verslag (pagina 31 en 32).

2

*Onderdelen e en ee*

Onderdelen e en ee plaatsen de regeling betreffende de taakomschrijving van de raad van commissarissen in de verenigingentitel (2:47 lid 1 BW) respectievelijk de stichtingentitel (artikel 2:292a lid 1 BW). Hier is nieuw dat wordt vermeld dat de raad van commissarissen van een vereniging en een stichting ook kan worden aangeduid als raad van toezicht (zie pagina 4 van de nota naar aanleiding van het verslag voor een uitgebreide toelichting).

3

*Onderdelen g en gg*

Deze wijzigingen betreffen de artikelen 2:50a en 2:300a BW. Deze twee artikelen zijn schakelbepalingen, waarmee enkele artikelen uit het NV-recht van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de vereniging (2:50a) respectievelijk op de stichting (2:300a).

– 2:50a/2:300a lid 1

Naar huidig recht gelden de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (artikelen 2:131 en 2:138 BW) via de schakelbepalingen van artikel 2:50a/2:300a ook voor formele verenigingen en stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn. In het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel werd in het algemeen deel van Boek 2 BW geregeld (in artikel 2:9c) dat de bestuurdersaansprakelijkheidsregels in geval van faillissement ook voor de bestuurders van informele en niet-commerciële verenigingen en stichtingen kwamen te gelden. Bij deze nota van wijziging vervalt artikel 2:9c.

– 2:50a/2:300a lid 2

Het nieuwe lid 2 van artikel 2:50a/300a regelt de overeenkomstige toepassing van een tweetal bepalingen – artikel 2:138 lid 2 en artikel 2:139 – op formele verenigingen en stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn en op de verenigingen en de stichtingen die een financiële verantwoording moeten opstellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening.

Artikel 138 lid 2 betreft het bewijsvermoeden in geval een rechtspersoon failliet is gegaan en de curator moet bezien of aan dat faillissement kennelijk onbehoorlijk bestuur ten grondslag ligt. Voor aansprakelijkheid is vereist dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon bestaat wanneer de rechtspersoon niet heeft voldaan aan – samengevat – de boekhoudplicht of de plicht om de jaarrekening tijdig te publiceren.

Naar huidig recht geldt het bewijsvermoeden uitsluitend voor formele verenigingen en stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn. Nieuw is dat het bewijsvermoeden gaat gelden ten opzichte van bestuurders van verenigingen en stichtingen die een financiële verantwoording moeten opstellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een

jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2. Met deze toevoeging wordt gewaarborgd dat naast de woningcorporaties ook de andere semipublieke verenigingen en stichtingen die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen (de zorginstellingen, onderwijsinstellingen en pensioenfondsen) onder het bewijsvermoeden zullen vallen. Met deze nota van wijziging wordt voorts bewerkstelligd dat het bewijsvermoeden – in afwijking van het oorspronkelijke wetsvoorstel – niet gaat gelden ten aanzien van alle (bezoldigde of onbezoldigde) bestuurders van niet-commerciële stichtingen en informele of niet-commerciële verenigingen. Het huidige recht blijft in zoverre in stand.

Artikel 2:139 betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders tegenover derden indien door de jaarrekening, door het jaarverslag of door bekendmaking van tussentijdse cijfers een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de vennootschap. In het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel werd in artikel 2:50a/2:300a de werkingssfeer van artikel 2:139 uitgebreid door in artikel 2:50a/2:300a op te nemen dat de overeenkomstige toepassing van artikel 2:139 ook buiten het geval van faillissement geldt voor formele verenigingen respectievelijk stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn. Bij deze nota van wijziging is dit verplaatst naar lid 2 van artikel 2:50a/2:300a. Het toepassingsbereik is ten opzichte van het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel uitgebreid met verenigingen en stichtingen die een financiële verantwoording moeten opstellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening.

– 2:50a/2:300a lid 3

In het derde lid, onderdeel a, van artikel 2:50a/2:300a wordt het bepaalde in de leden 1 en 2 van overeenkomstige toepassing verklaard op de taakvervulling door commissarissen van een vereniging en stichting. Dit betreft de aansprakelijkheid van commissarissen voor de schade die derden lijden als gevolg van een misleidende voorstelling in de jaarrekening. Met artikel 2:50a/2:300a lid 3 geldt het bewijsvermoeden voor commissarissen alleen indien zij commissaris zijn van een vereniging of stichting die een financiële verantwoording moet opstellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening.

In het oorspronkelijk ingediende wetsvoorstel werd in artikel 2:11b BW de persoonlijke aansprakelijkheid van de commissaris van verenigingen en stichtingen jegens de vennootschap geregeld. In het derde lid bij artikel 2:50a/2:300a BW wordt thans hetzelfde bewerkstelligd door artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op de taakvervulling door de raad van commissarissen (vgl. artikel 2:50a lid 3, onderdeel b).

Voor een uitgebreidere toelichting op de artikelen 2:50a en 2:300a BW wordt verwezen naar paragraaf 1 van de nota naar aanleiding van het verslag (pagina 6–9).

4

*Onderdeel j*

Onderdeel D betreft het herstel van een omissie (zie pagina 32 van de nota naar aanleiding van het verslag).

5

*Onderdeel ff*

Het bestuursverbod geldt van rechtswege bij ontslag van een stichtingsbestuurder of stichtingscommissaris (vgl. artikel 2:298 lid 3 juncto artikel 2:298 lid 5). Het wetsvoorstel geeft een ruime(re) interpretatie aan de ontslaggronden van stichtingsbestuurders en stichtingscommissarissen door aan het huidige artikel 2:298 lid 1 toe te voegen dat een bestuurder of commissaris kan worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen, of wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Het wetsvoorstel zoals ingediend voorzag nog niet in de mogelijkheid voor de rechter om bij toepassing van deze ontslaggronden rekening te houden met de omstandigheden van het geval en mogelijk in een uitzondering te voorzien voor een individuele bestuurder of commissaris, bijvoorbeeld wanneer deze bestuurder of commissaris geen verwijt kan worden gemaakt voor – samengevat – grove fouten van medebestuurders of commissarissen. Hierin wordt nu voorzien in het derde lid van artikel 298 (zie pagina 8 van de nota naar aanleiding van het verslag voor een uitgebreide toelichting).

6

*Onderdeel 6*

Er worden een tweetal overgangsrechtelijke bepalingen toegevoegd aan Artikel XV. Deze bepalingen regelen het overgangsrecht voor de gewijzigde tegenstrijdigbelangregeling (leden 2 en 3). Met de invoering van een nieuw systeem terzake tegenstrijdig belang bestaat de behoefte aan een overgangsregeling die rekening houdt met oude gevallen ten aanzien waarvan de algemene vergadering tot reparatie wil overgaan. Met deze nota van wijziging wordt in Artikel XV, lid 2, in een overgangsregeling voorzien die de algemene vergadering een mogelijkheid tot reparatie biedt voor transacties die voorafgaand aan de wetswijziging hebben plaatsgevonden. Daarnaast wordt in Artikel XV, lid 3, voorzien in een regeling om te voorkomen dat verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen worden gedwongen om hun statuten onmiddellijk bij de inwerkingtreding van de wet aan te passen aan de nieuwe opzet van de regeling betreffend tegenstrijdig belang. Daarnaast vervalt de eerder in artikel XV opgenomen overgangsregel voor de verplichte ontstentenis- en beletregeling voor de coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, vereniging en de stichting, aangezien de verplichte ontstentenis- en beletregeling komt te vervallen voor deze rechtspersonen (zie onderdeel 1 van deze nota van wijziging). Voor een verdere toelichting op deze overgangsrechtelijke bepalingen wordt verwezen naar pagina 32 van de nota naar aanleiding van het verslag.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

*Meavita*, 12 mei 2009), in *Meepo* en *Cordial* waren accountantsrapporten beschikbaar (OK 7 juli 2010, *ARO* 2010/116 (*Meepo*); OK 20 juni 2007, «JOR» 2007/203 (*Cordial*), r.o. 3.8) en in *United Industries Nederland* was een onderzoeksrapport met reorganisatievoorstellen beschikbaar (zie aant. 6 hiervoor). Als een bestaand onderzoeksrapport een onderzoek naar (een deel van) het beleid en de gang van zaken bij de rechtspersoon bevat, moet de onderzoeker mijns inziens de nodige voorzichtigheid betrachten. Als in het onderzoek in de enquêteprocedure te sterk geleund wordt op dat bestaande onderzoeksrapport of intensieve samenwerking met de opsteller daarvan plaatsvindt, dreigt immers evengoed het gevaar voor een onderzoek dat in onvoldoende onpartijdigheid tot stand komt.

P.H.M. Broere,
promovendus Van der Heijden Instituut, OO&R,
Radboud Universiteit Nijmegen

## 8

Gerechtshof Amsterdam
(Ondernemingskamer)
21 september 2018, nr. 200.242.257/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2018:3564
(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Vink, prof. dr. Van der Meer RA, mr. drs. Boon RA)
Noot prof. mr. G.J.C. Rensen

**Woningcorporatie. OK ontslaat commissaris wegens gewichtige redenen. Vertrouwensbreuk met overige leden rvc is onherstelbaar.**

[Ww art. 33 lid 1]

*De OK is op grond van art. 33 lid 1 Woningwet exclusief bevoegd een commissaris van een toegelaten instelling te ontslaan. De OK gaat daartoe uitsluitend over op verzoek, wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan het aanblijven als commissaris redelijkerwijs niet van de toegelaten instelling kan worden verlangd.*
*De OK stelt vast dat in het verzoekschrift is toegelicht dat en waarom tussen Hidding en de overige leden van de rvc een onherstelbare vertrouwensbreuk is ontstaan, die maakt dat Hidding niet langer naar behoren kan functioneren als lid van de rvc. Hidding heeft dat niet bestreden, zodat ook de OK daarvan uit gaat. Naar het oordeel van de OK maakt reeds deze vertrouwensbreuk dat sprake is van gewichtige redenen op grond waarvan het aanblijven van Hidding als commissaris redelijkerwijs niet van de woningcorporatie kan worden verlangd. De OK wordt in dat oordeel nog gesterkt door de omstandigheid dat Hidding ook zelf heeft besloten haar functie van lid van de rvc te beëindigen.*
*De OK ontslaat Hidding derhalve als commissaris.*

*Stichting Wonen Zuid* te Roermond,
verzoekster,
advocaat: mr. J.M.H. van den Mosselaar,
tegen,
*A. Hidding* te Berg en Terblijt,
belanghebbende,
niet verschenen.

(...; *red.*)

*2. De vaststaande feiten*
2.1. Wonen Zuid is een toegelaten instelling als bedoeld in artikel 19 van de Woningwet en beheert ruim 14.000 woningen in Midden- en Zuid-Limburg.
2.2. Met ingang van 1 november 2017 is Hidding, op voordracht van de gezamenlijke ten behoeve van huurders van Wonen Zuid werkzame huurdersorganisaties benoemd tot lid van de raad van commissarissen van Wonen Zuid. Voorwaarde voor haar benoeming was dat Hidding per die datum was teruggetreden als gemeenteraadslid van de gemeente Valkenburg aan de Geul; artikel 14 van de statuten van Wonen Zuid houdt in dat met het lidmaatschap van de raad van commissarissen onverenigbaar is het lidmaatschap van de gemeenteraad van een gemeente waar Wonen Zuid feitelijk werkzaam is. Hidding heeft haar raadszetel in verband met haar benoeming opgegeven.
2.3. In het najaar van 2017 is onenigheid ontstaan tussen enerzijds Hidding en anderzijds een lid van het bestuur van de huurdersorganisatie "Op 't Zuiden" en de door deze huurdersorganisatie aangestelde directeur. Als gevolg hiervan is een conflict met de huurdersorganisaties ontstaan. Pogingen tot bemiddeling van K. Bonnema, voorzitter van de raad van commissarissen, en een gesprek met betrokkenen onder leiding van een onafhankelijke gespreksleider hebben niet tot

een oplossing geleid. Begin 2018 heeft Hidding zich verkiesbaar gesteld voor een raadszetel in de raad van de gemeente Valkenburg aan de Geul bij de gemeenteraadsverkiezingen van 21 maart 2018. Een en ander is aanleiding geweest voor de overige leden van de raad commissarissen om het vertrouwen in Hidding op te zeggen.
2.4. Bij e-mail van 14 mei 2018 is Hidding uitgenodigd voor een vergadering van de raad van commissarissen op 22 mei 2018. Blijkens de agenda van die vergadering lagen besluiten voor tot schorsing van Hidding als lid van de raad van commissarissen en tot het indienen van een verzoek tot haar ontslag bij de Ondernemingskamer. Bij brief van 22 mei 2018 heeft Hidding meegedeeld verhinderd te zijn en niet zullen verschijnen. De besluitvorming is ter vergadering van 22 mei 2018 aangehouden. Bij brief van 25 mei 2018 is Hidding uitgenodigd voor een nadere vergadering van de raad van commissarissen op 4 juni 2018. Bij brief van 31 mei 2018 heeft Hidding meegedeeld niet ter vergadering van 4 juni 2018 te zullen verschijnen en schriftelijk haar standpunt ten aanzien van de voorliggende besluiten nader toegelicht.
2.5. Blijkens het verslag van de vergadering van de raad van commissarissen van 4 juni 2018 is de raad van commissarissen van oordeel dat als gevolg van de wijze waarop Hidding is omgegaan met het conflict met de huurdersorganisaties, een vertrouwensconflict met de raad van commissarissen is ontstaan, waardoor zij niet meer adequaat als commissaris kan functioneren. De raad van commissarissen heeft vervolgens unaniem besloten Hidding per 4 juni 2018 te schorsen en bij de Ondernemingskamer een verzoek in te dienen tot ontslag van Hidding als lid van de raad van commissarissen van Wonen Zuid.

*3. De gronden van de beslissing*
3.1. Ingevolge artikel 33 lid 1 van de Woningwet is de Ondernemingskamer exclusief bevoegd een commissaris van een toegelaten instelling te ontslaan. De Ondernemingskamer gaat daartoe uitsluitend over op verzoek, wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan het aanblijven als commissaris redelijkerwijs niet van de toegelaten instelling kan worden verlangd.
3.2. De Ondernemingskamer stelt vast dat in het verzoekschrift is toegelicht dat en waarom tussen Hidding en de overige leden van de raad van commissarissen een onherstelbare vertrouwensbreuk is ontstaan, die maakt dat Hidding niet langer naar behoren kan functioneren als lid van de raad van commissarissen. Hidding heeft dat niet bestreden, zodat ook de Ondernemingskamer daarvan uit gaat. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer maakt reeds deze vertrouwensbreuk dat sprake is van gewichtige redenen op grond waarvan het aanblijven van Hidding als commissaris redelijkerwijs niet van Wonen Zuid kan worden verlangd. De Ondernemingskamer wordt in dat oordeel nog gesterkt door de omstandigheid dat Hidding blijkens haar brief van 25 juli 2018 ook zelf heeft besloten haar functie van lid van de raad van commissarissen te beëindigen.
3.3. De slotsom is dat het verzoek van Wonen Zuid zal worden toegewezen en dat Hidding per heden zal worden ontslagen als commissaris van Wonen Zuid. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding een proceskostenveroordeling uit te spreken.

*4. De beslissing*
De Ondernemingskamer:
ontslaat Hidding per heden als commissaris van Stichting Wonen Zuid;
wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

**NOOT**

1. Deze uitspraak gaat over een stichting die een woningcorporatie is, dat wil zeggen een toegelaten instelling in de zin van art. 19 Woningwet. Een dergelijke stichting wordt niet alleen beheerst door Boek 2 BW, maar ook in belangrijke mate door sectorale wet- en regelgeving, waaronder de Woningwet. Deze wet is per 1 juli 2015 ingrijpend veranderd, mede als gevolg van de misstanden bij enkele woningcorporaties die in de jaren daarvoor aan het licht waren gekomen. Zo verplicht de Woningwet dat een woningcorporatie een rvc heeft en stelt zij gedetailleerde regels over de taak en bevoegdheden van die raad en over benoeming en ontslag van commissarissen.
2. Wat betreft ontslag van commissarissen bevat de Woningwet sinds 2015 in art. 33 lid 1 een regeling die is geënt op de regeling van het

structuurregime voor nv's en bv's, in art. 2:161/272 lid 2 BW. De bepalingen bevatten dezelfde gronden voor ontslag van een commissaris, te weten: (i) verwaarlozing van zijn taak, (ii) wegens andere gewichtige redenen of (iii) wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan het aanblijven als commissaris redelijkerwijs niet van de toegelaten instelling kan worden gevorderd. Dezelfde gronden kunnen ex art. 33 lid 1 Woningwet overigens ook worden aangedragen om bij de OK ontslag van de *gehele* rvc te verzoeken.
3. Een verzoek tot ontslag op grond van art. 33 lid 1 Woningwet kan worden gedaan door de rechtspersoon, vertegenwoordigd door het bestuur of de rvc, of door de Minister van BZK. Vanuit governanceoogpunt is het opmerkelijk dat het bestuur een dergelijk verzoek kan doen, maar dat laat ik hier verder rusten. In de onderhavige zaak is het verzoek gedaan door de rvc, namens de woningcorporatie.
4. De regeling van art. 33 lid 1 Woningwet is exclusief. Er is geen ruimte om in aanvulling daarop in de statuten van de woningcorporatie te bepalen dat ook de rvc zelf een commissaris kan ontslaan. Daarover bestond onduidelijkheid in de praktijk, maar deze is sinds 1 juli 2017 bij de Veegwet wonen (*Stb.* 2017, 25) weggenomen omdat lid 1 met zoveel woorden de exclusiviteit van de OK noemt. De onderhavige zaak is trouwens een primeur. Voor zover mij bekend, heeft de OK zich niet eerder over een verzoek op grond van art. 33 lid 1 Woningwet hoeven te buigen.
5. In deze procedure is sprake van een commissaris die, zo komt naar voren uit het feitenrelaas, vooral haar eigen plan trekt. Zij is op 1 november 2017 tot commissaris benoemd op voordracht van gezamenlijke huurdersorganisaties. Om tot commissaris te kunnen worden benoemd, moest zij haar functie van gemeenteraadslid opgeven (onverenigbaarheid); hetgeen zij ook heeft gedaan. Al in het najaar van 2017 ontstaat er een conflict tussen de commissaris en een bestuurder van een van de huurdersorganisaties, een conflict dat de voorzitter van de rvc nog tevergeefs probeert te beëindigen. Daarnaast stelt de commissaris zich begin 2018 ook weer verkiesbaar als gemeenteraadslid (kennelijk is zij niet als raadslid verkozen, want dat zou, vanwege de statutaire onverenigbaarheid van functies, mogelijk tot automatisch defungeren als commissaris hebben geleid dan wel een reden zijn geweest voor ontslag).
6. Voor de overige commissarissen is de maat vol, de raad schorst de desbetreffende commissaris en hij verzoekt de OK tot ontslag, omdat er een onherstelbare vertrouwensbreuk met de rvc is ontstaan waardoor zij niet meer adequaat als commissaris kan functioneren. Deze breuk is volgens de rvc ontstaan als gevolg van de wijze waarop de commissaris is omgegaan met het conflict met de huurdersorganisaties. De beschikking bevat helaas geen nadere informatie over de handelwijze van de commissaris. De OK overweegt dat "reeds deze vertrouwensbreuk" maakt dat sprake is van gewichtige redenen op grond waarvan aanblijven als commissaris niet van de woningcorporatie kan worden verlangd.
7. De ontslaggronden zoals hier aan de orde zijn ook de gronden die in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtpersonen zijn voorgesteld als gronden voor rechterlijk ontslag van bestuurders en *commissarissen* van een stichting op de voet van art. 2:298 BW (*Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 7). Met deze wijziging is een verruiming van de ontslaggronden beoogd ten opzichte van het huidige recht (doen/nalaten in strijd met wet of statuten, wanbeheer), waar ontslag kan plaatsvinden als redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de onrechtmatigheid van het handelen of wanneer sprake is van financieel wanbeheer (HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/222 (Stichting Vorming Jeugdigen)). Zie over de restrictieve toepassing van de huidige ontslaggronden Berkhout in zijn noot onder Hof Den Haag 3 april 2018, «JOR» 2018/204 (*Pedaalridders*). Eerder schreef ik dat nog valt te bezien of de voorgestelde gronden inderdaad ruimer zijn (*Asser/Rensen* 2-III 2017/349). Precedenten, uit de al langer bestaande structuurregeling, zijn er nagenoeg niet (zie wel HR 24 december 1986, *NJ* 1987/903 (*Westhaven*)). Onderhavige uitspraak wijst op een ruime toepassing. Een onherstelbare vertrouwensbreuk binnen het orgaan kwalificeert hier als gewichtige reden. Dit zou waarschijnlijk niet onder het huidige art. 2:298 BW te brengen zijn. Zo begrijp ik ook E. Schmieman, Toezicht binnen de stichting, in: C.D.J. Bulten e.a., *Toezicht* (Serie VHI, dl. 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 55-56 (par. 3.3.1).

G.J.C. Rensen

# 9

Gerechtshof Amsterdam
(Ondernemingskamer)
31 oktober 2018, nr. 200.247.067/01 en 200.247.067/02 OK, ECLI:NL:GHAMS:2018:3996
(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Wolfs, prof. dr. Hoogendoorn RA, dr. Verboom)
Noot mr. M.W. Josephus Jitta

**Enquêteprocedure. Vereniging houdt onderneming van stichting mede in stand en is derhalve ontvankelijk in haar verzoek. Evenals gedragingen van aandeelhouders kunnen handelingen van leden aanleiding zijn voor gelasten van enquête. Opzegging lidmaatschap door lid met dominante positie binnen kring van deelnemers is in strijd met redelijkheid en billijkheid. Gevaar voor continuïteit van onderneming. Onvoldoende zorg voor belangen van onderneming en overige deelnemers. Gegronde redenen voor twijfel aan juiste gang van zaken. Onderzoek bevolen. Toewijzing onmiddellijke voorzieningen: benoeming tijdelijk commissaris tevens bestuurder van vereniging en opschorting rechtsgevolgen opzeggingen.**

[BW art. 2:8, 2:344 aanhef en onder b, 2:349a, 2:350]

*De economische en organisatorische verbondenheid van de Stichting Schaderegelingskantoor voor Rechtsbijstandverzekering (SRK) en de Vereniging Groep Rechtsbijstandverzekering (Vereniging) in combinatie met de feitelijke invloed van (de leden van) de Vereniging op het beleid en de continuïteit van SRK, leidt tot de conclusie dat SRK en de Vereniging de formeel door SRK uitgeoefende onderneming gezamenlijk in stand houden. Nu derhalve ook de Vereniging een onderneming als bedoeld in art. 2:344 aanhef en onder b BW in stand houdt, is zij ontvankelijk in haar enquêteverzoek.*
*De OK is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juiste gang van zaken van SRK en de Vereniging te twijfelen. Deze redenen zijn vooral gelegen in het handelen van Nationale Nederlanden (NN). NN maakt als lid van de Vereniging en deelnemer van SRK onderdeel uit van de structuur van SRK en de Vereniging. Voor zover haar handelen de gang van zaken binnen SRK en de Vereniging raakt, kan dat om die reden aanleiding zijn voor het gelasten van een enquête, op dezelfde wijze als gedragingen van een aandeelhouder aanleiding kunnen zijn voor het gelasten van een enquête ten aanzien van een naamloze of besloten vennootschap.*
*Uitgangspunt is dat NN als lid van de Vereniging gerechtigd is haar lidmaatschap op te zeggen. De vraag of de mate van overeenstemming die bereikt was over project Kairos (dat voorzag in een vennootschappelijke en strategische herstructurering van SRK) in dit geval in de weg staat aan een (rechtsgeldige) opzegging behoort tot de competentie van de gewone burgerlijke rechter. De OK behoeft die vraag thans niet voorshands te beantwoorden ter beoordeling van de toewijsbaarheid van de verzoeken voor zover daaraan de opzegging door NN ten grondslag is gelegd. Voor dat laatste volstaat immers het oordeel van de OK dat NN bij haar opzegging niet de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die in de gegeven omstandigheden op grond van art. 2:8 BW van haar mocht worden verlangd en dat dit een gegronde reden oplevert om aan een juiste gang van zaken van SRK en de Vereniging te twijfelen.*
*In het licht van de omstandigheden dat de beoogde herstructurering na de terugtrekking van NN haar medewerking daaraan op losse schroeven is komen te staan en dat, gelet op haar dominante positie binnen de kring van de deelnemers, de opzegging van NN de continuïteit van SRK in gevaar brengt, had NN in haar besluitvorming over haar terugtreden uit SRK en de gevolgen daarvan, de voor haar kenbare belangen van SRK en de overige deelnemers moeten betrekken. In het bijzonder had in redelijkheid van NN mogen worden verwacht dat zij haar lidmaatschap van de Vereniging en daarmee haar deelnemerschap van SRK niet zou beëindigen zonder daarbij verantwoordelijkheid te nemen voor de gevolgen die deze beëindiging zou meebrengen voor de werknemers van SRK, haar verzekerden en de overige deelnemers van SRK. Nu NN bij haar opzegging onvoldoende zorg heeft betracht ten aanzien van de belangen van SRK en de overige deelnemers, vormt dit een gegronde reden om aan een juiste gang van zaken te twijfelen. Feit is dat thans, twee maanden voor het einde van het lidmaatschap/deelnemerschap van NN en Aegon (vooralsnog uitgaand van de rechtsgeldigheid van de opzegging), nog volstrekt onduidelijk is wat er gaat gebeuren met de werknemers, de dossiers en de onderneming zelf. Het bestaan en voortduren van deze onzekere situatie vormt een tweede gegronde reden om aan een juiste gang van zaken van SRK en de Vereniging te twijfelen. De geconstateerde redenen voor twijfel rechtvaardigen een onderzoek.*

vermogen van de vennootschap deze niet toelaat ook onrechtmatig ten opzichte van de schuldeisers omdat er alle aanleiding was voor de veronderstelling dat deze als gevolg daarvan niet zouden kunnen worden betaald dan wel benadeeld door deze uitkering ten laste van het vermogen te brengen zonder rekening te houden met de belangen van de schuldeisers die daardoor in elk geval in een nadelige positie werden geplaatst. De subsidiaire vordering van de curator is toewijsbaar als hierna in de beslissing vermeld met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg. De subsidiaire en meer subsidiaire grondslagen van deze vordering van de curator hebben alleen betrekking op appellante onder 1, zodat deze vorderingen alleen ten laste van haar kunnen worden toegewezen.

4.4 Het hof is van oordeel dat geen feiten zijn gesteld en te bewijzen aangeboden die tot een andere beslissing zouden kunnen leiden dan hiervoor is vermeld. Voor zover bewijs is aangeboden wordt daaraan als niet ter zake dienend voorbijgegaan.

4.5 Omdat de primaire vordering van de curator wordt afgewezen en zijn subsidiaire vordering (tegen appelante onder 1) wordt toegewezen, zijn beide partijen gedeeltelijk in het ongelijk gesteld, zodat er grond is voor een verdeling van de proceskosten als hierna wordt bepaald.

*5 De beslissing*

Het hof, rechtdoende in hoger beroep na verwijzing:

- vernietigt het eindvonnis van de rechtbank Arnhem (thans: Gelderland) van 31 oktober 2012 en opnieuw rechtdoende:
- veroordeelt appellante onder 1 om tegen kwijting aan de curator te betalen het bedrag van € 165.000--, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding in eerste aanleg tot die van de betaling;
- wijst af het meer of anders gevorderde;
- compenseert de proceskosten van de procedure in eerste aanleg en in hoger beroep (inclusief die na verwijzing) in dier voege dat ieder van partijen de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, M.A.M. Vaessen en O.G.H. Milar en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 16 juli 2019.

**RO 2019/64**

**RECHTBANK GELDERLAND**
11 juni 2019, nr. 354132
(Mr. R.J.B. Boonekamp)

Art. 2:9 BW

JONDR 2019/1043
ECLI:NL:RBGEL:2019:3247

**Stichting. Tegenstrijdig belang.**

**Kan de voorzieningenrechter de impasse in de besluitvorming van het stichtingsbestuur doorbreken? (*Stichting Bungalowpark Wighenerhorst*)**

*Stichting Infra Bungalowpark Wighenerhorst (stichting) is een stichting waarin vertegenwoordigers van de beheerder/parkexploitant (v.o.f.) en vertegenwoordigers van de vereniging van eigenaren van het park (VvE) overleg voeren over 'parkzaken'. De stichting is bovendien eigenaar van 'de infrastructuur' van het park. Het bestuur van de stichting dient volgens de statuten uit vijf leden te bestaan, maar als er leden ontbreken vormen de overblijvende leden niettemin een wettig bestuur. Besluiten worden genomen bij volstrekte meerderheid in een vergadering waarin de meerderheid van de in functie zijnde bestuursleden aanwezig of vertegenwoordigd is.*

*De stichting kent op dit moment twee afgevaardigden (en tevens vennoten) van de v.o.f. (v.o.f.-bestuursleden) en twee afgevaardigden (en tevens leden) van de VvE (VvE-bestuursleden). Het vijfde bestuurslid van de stichting (X), die tevens voorzitter was, is in 2017 afgetreden en in zijn opvolging is nog niet voorzien. X heeft in een procedure bij de rechtbank betaling van de facturen voor zijn bestuurswerkzaamheden gevorderd. Tot zekerheid van verhaal van zijn vordering heeft X conservatoir beslag laten leggen op de eigendommen van de stichting. De twee VvE-bestuursleden willen dat de stichting verweer voert tegen de vordering van X, maar de twee v.o.f.-bestuursleden stemmen hier niet mee in zodat er geen bestuursbesluit genomen kan worden.*

*De twee VvE-bestuursleden (eisers) vorderen dat de voorzieningenrechter de twee v.o.f.-bestuursleden (gedaagden) gebiedt om alle noodzakelijke handelingen te verrichten teneinde de stichting in de gelegenheid te stellen verweer te voeren tegen de vordering van X.*

*Vzr.: Tussen de vier bestuursleden heerst verdeeldheid over de vraag of in de door X aanhangig gemaakte bodemprocedure namens de stichting verweer moet worden gevoerd. De v.o.f.-bestuursleden menen dat de vordering van X terecht is maar de VvE-bestuursleden stellen dat er geen, althans andere afspraken zijn gemaakt over de vergoeding van X. De stemmen*

*zijn gelijk verdeeld en vanwege het ontbreken van een vijfde bestuurslid kan niet met meerderheid van stemmen worden beslist.*

*Op grond van art 2:9 lid 1 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Naar huidige opvattingen dienen bestuurders zich bij de vervulling van die taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en dienen zij dit belang te laten prevaleren boven hun eigen belang(en). Dit is ook de kern van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.*

*Belang van de stichting is het verkrijgen, beheren en onderhouden van de infrastructuur op het park en daarvoor heeft de stichting vermogen nodig. Omdat de vordering van X het vermogen van de stichting betreft is het in het belang van de stichting om tegen deze vordering verweer te voeren. Het daartoe niet willen besluiten door de v.o.f.-bestuursleden is derhalve niet in het belang van de stichting. Bovendien is aannemelijk dat de v.o.f.-bestuursleden en een eigen belang hebben bij het niet voeren van verweer aangezien de v.o.f. de eigendommen van de stichting kan kopen bij een executoriale verkoop door X, waarmee de v.o.f.-bestuursleden hun positie verbeteren, ook in het conflict met de VvE. In het licht van voormeld wetsvoorstel kunnen bestuurders met een belang dat tegenstrijdig is met het belang van de stichting niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het betreffende onderwerp.*

*De voorzieningenrechter treft een voorziening die inhoudt dat de v.o.f.-bestuursleden wordt verboden om deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het al dan niet voeren van verweer in de door X aanhangig gemaakte procedure. Dat betekent dat er twee stemmen overblijven die een meerderheid kunnen vormen, ook als de v.o.f.-bestuurders bij het nemen van het besluit niet aanwezig zijn (zoals het statutaire quorum vereist).*

***Zie ook:***

- HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, *RO* 2007/67 (*Bruil/Kombex*);
- Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1749, *RO* 2018/48, *JOR* 2018/211 (*De Seizoenen*);
- Rb. Rotterdam 5 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5177, *RO* 2017/78 (*Stichting Humanitas*);
- J.M. de Jongh, 'Drie aspecten van tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/68;
- A.F.J.H. Leijten, 'Bestuur en tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/80;
- M.J. van Uchelen-Schipper, 'Bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen; anticiperen op nieuwe tegenstrijdig belangregels?', *JBN* 2015/6;
- *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/222.

***Wenk:***

De voorzieningenrechter heeft in deze zaak uitdrukkelijk geanticipeerd op de aankomende tegenstrijdig belangregeling uit het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen teneinde de impasse die was ontstaan tussen de stichtingsbestuurders te doorbreken. Aan de ene kant staan de twee afgevaardigden van de VvE en aan de andere kant de afgevaardigden van de v.o.f., die tevens beheerder van het park is. Met twee stemmen voor en twee stemmen tegen kunnen er geen besluiten worden genomen. De voorzieningenrechter wil met gebruikmaking van de aankomende tegenstrijdig belangregeling besluitvorming die in het belang van de stichting is mogelijk maken.

Allereerst komt natuurlijk de vraag aan de orde of sprake is van een tegenstrijdig belang. In de literatuur en de rechtspraak wordt aangenomen dat de '*Bruil*-norm' eveneens geldt voor bestuurders van stichtingen (zie in dat verband bijvoorbeeld de *Humanitas*-beschikking). Het gaat bij tegenstrijdig belang om de situatie dat een bestuurder door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander, met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.

In dit geval kan geconcludeerd worden dat de v.o.f.-vertegenwoordigers een tegenstrijdig belang hebben bij het besluit om wel of geen verweer te voeren tegen de vordering van X. Anders dan voor bestuurders van NV's en BV's is echter vooralsnog niet in de wet vastgelegd dat bestuurders van stichtingen met een tegenstrijdig belang zich dienen te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming over het desbetreffende voorstel. Voor de stichting in de onderhavige procedure golden, anders dan voor veel andere soorten stichtingen – zoals semipublieke instellingen en culturele instellingen – ook geen sectorregels die voorschrijven dat bestuurders zich onthouden van deelname aan de besluitvorming. Evenmin was in de statuten een onthoudingsregeling opgenomen (hoewel dat al wel kan). Stichtingsbestuurders met een tegenstrijdig belang kunnen er niettemin, reeds onder huidig recht, zelf voor kiezen om zich te onthouden en niet deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming. In dit geval waren de twee v.o.f.-vertegenwoordigers echter niet voornemens om dat te doen.

De tegenstrijdig belangregeling die straks ook voor stichtingen wettelijk gaat gelden, bevat een norm die is gericht is aan de bestuurder zelf: de bestuurder moet zich, als hij constateert dat hij een tegenstrijdig belang heeft, onthouden van deelname aan de besluitvorming. De wettelijke regeling bevat dus geen gedragsnorm die is gericht op het bestraffen of voorkomen van een tegenstrijdig belang maar een gedragsnorm die voorschrijft hoe te handelen indien een tegenstrijdig belang aanwezig is (*Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/222). Indien de bestuurder ondanks zijn tegenstrijdig belang, toch deelneemt aan de besluitvorming, kan hij daarop worden aangesproken door zijn medebestuurders. Als er een bestuurder met een tegenstrijdig belang bij het besluit betrokken was, is het bestuursbesluit aantastbaar: het kan worden vernietigd op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW omdat er een gebrek is in de totstandkoming van het besluit (de wettelijke procedureregels zijn niet acht genomen). Bovendien kan zijn deelname aan de besluitvorming onder omstandigheden worden aangemerkt als onbehoorlijke taakvervulling en mogelijk leiden tot aansprakelijkheid.

De voorzieningenrechter heeft in dit geval, vooruitlopend op de aankomende wetswijziging voor stichtingen, de wettelijke 'onthoudingsregeling' reeds toegepast. De voorziening komt er op neer dat de v.o.f.-afgevaardigden wordt verboden om deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming vanwege hun tegenstrijdige belang. Hoewel het doel van deze voorziening begrijpelijk is, aangezien het in het belang van de stichting is dat deze zich kan verweren tegen een vordering die het stichtingsvermogen kan uithollen, is de redenering van de rechter opmerkelijk.

De voorzieningenrechter verbiedt de v.o.f.-afgevaardigden om deel te nemen aan de besluitvorming en overweegt daarbij dat bestuurders met een tegenstrijdig belang niet *kunnen* deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming en dus geen geldige stem kunnen uitbrengen. De aankomende wettelijke onthoudingsregeling gaat echter minder ver: het gaat als gezegd om een norm gericht aan de bestuurders; zij *mogen* niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Het oordeel dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang geen geldige stem kan uitbrengen is dus te kort door de bocht.

Stichtingen kunnen nu al in hun statuten anticiperen op de aankomende wetswijziging en de onthoudingsregel opnemen. Van praktisch belang daarbij is dat ook geregeld kan worden op welke wijze en aan wie het tegenstrijdig belang gemeld moet worden. Bovendien is de formulering van het quorum van belang. In dit geval werd ook het statutaire quorum vrij gemakkelijk opzij gezet door de rechter. Om eventuele discussie daarover te voorkomen is het raadzaam om in de statuten duidelijk te maken dat het bijvoorbeeld gaat om een quorum van niet-besmette bestuurders.

M.J. van Uchelen-Schipper

Vonnis in de zaak van
1. [Naam eiser 1],
2. [Naam eiser 2],
eisers, advocaat mr. B.E.J. Loeffen te Wijchen,
tegen
1. [Naam gedaagde 1],
2. [Naam gedaagde 2],
gedaagden, advocaat mr. T.L. Hemrica te Wijchen.
Partijen zullen hierna [gezamenlijke eisers] en [gezamenlijke gedaagden] genoemd worden.

**Voorzieningenrechter Arnhem:**

*1 De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding met producties 1 tot en met 8,
- de conclusie van antwoord,
- de brief van 3 juni 2019 van [gezamenlijke eisers] met producties 9 en 10,
- de mondelinge behandeling, gehouden op 4 juni 2019,
- de pleitnota van [gezamenlijke eisers].

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

*2 De feiten*

2.1. [Gezamenlijke eisers] zijn bewoners van het bungalowpark Wighenerhorst te [woonplaats].

Zij zijn lid van de Vereniging van Eigenaren Bungalowpark Wighenerhorst (hierna verder: de VvE).

2.2. Exploitant van het park en tevens beheerder is de vennootschap onder firma Bungalowpark Wighenerhorst (hierna verder: de vof).[gezamenlijke gedaagden] zijn samen met mevrouw [naam vennoot] de vennoten van deze vof.

2.3. De stichting Beheer Infra Bungalowpark Wighenerhorst (hierna: de stichting) is een samenwerkingsstichting waarin vertegenwoordigers van de vof en de VvE overleg kunnen voeren over parkzaken.

De stichting is eigenaresse van de infrastructuur op het bungalowpark.

2.4. Het bestuur van de stichting wordt gevormd door twee afgevaardigden van de vof [gezamenlijke eisers]), twee afgevaardigden van de VvE ([gezamenlijke eisers]) en een vijf-

de bestuurslid, voorheen de heer [naam bestuurslid] (hierna verder: [naam bestuurslid]).

2.5. In de statuten van de stichting is, voor zover relevant, het volgende opgenomen:

*"Artikel 2 Doel*

1. De stichting heeft ten doel: de verkrijging van onroerende en roerende zaken bestemd voor de aanleg en instandhouding van de infrastructuur voor het bungalowpark "Wighenerhorst" gelegen te [woonplaats], waaronder begrepen de terreininrichting en inventaris, de beplantingen, de parkeerplaatsen, de omheining, de voorzieningen waaronder begrepen slagbomen het beheer en onderhoud van voormelde infrastructuur en voorts als hetgeen wat met het vorenstaande rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord.

2. De stichting tracht haar doel onder meer te verwezenlijken door:

a. het aangaan van beheersovereenkomsten met de eigenaren van recreatiebungalows (…)

b. het aangaan van overeenkomsten terzake van het beheer met de exploitant van het bungalowpark (…)

c. het in overleg treden met de vereniging: Vereniging van Eigenaren Bungalowpark Wighenerhorst (…), terzake van het beheer en het onderhoud van vorenbedoelde infrastructuur, welke vereniging tot doel heeft het behartigen van de belangen van de eigenaren van de recreatiebungalows (…)

(…)

*Artikel 4 Bestuur*

1. Het bestuur van de stichting bestaat uit vijf leden (…)

2. (…)

3. (…)

4. Mocht(en) in het bestuur om welke reden dan ook één of meer leden ontbreken, dan vormen de overblijvende bestuursleden (…) niettemin een wettig bestuur

5. De leden van het bestuur genieten geen beloning voor hun werkzaamheden. Zij hebben wel recht op vergoeding van de door hen in de uitoefening van hun functie gemaakte kosten.

Artikel 5 *Bestuursvergaderingen en bestuursbesluiten*

1. (…)

2. (…)

3. (…)

4. (…)

5. (…)

6. Zolang in een bestuursvergadering alle in functie zijnde bestuursleden aanwezig zijn, kunnen geldige besluiten worden genomen over alle onderwerpen, mits met algemene stemmen, ook al zijn de door de statuten gegeven voorschriften voor het oproepen en houden van vergaderingen niet in acht genomen.

7. (…)

8. (…)

9. Het bestuur kan ter vergadering alleen dan geldige besluiten nemen, indien de meerderheid van zijn in functie zijnde leden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. (…)

10. (…)

11. Ieder bestuurslid heeft het recht tot het uitbrengen van één stem.Voor zover deze statuten geen grotere meerderheid voorschrijven worden alle bestuursbesluiten genomen met volstrekte meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen.

12. (…)

13. (…)

14. In alle geschillen omtrent stemmingen, niet bij de statuten voorzien, beslist de voorzitter."

2.6. De samenwerking in de stichting en de onderlinge verhoudingen tussen partijen zijn verstoord. Zo speelt er onder andere een langslepend conflict over de (wijze van) facturering van de kosten voor gas, water en elektra.

2.7. Op 8 juni 2017 zijn de bestuursleden van de stichting het volgende overeengekomen:

*"Samenstelling bestuur*

1. Voorzitter [naam bestuurslid] treedt per 19 juni 2017 af als bestuurslid en voorzitter van de stichting.

2. Het bestuur geeft opdracht aan [naam adviseur] om per 19 juni 2017 het bestuur de komende tijd te adviseren en te begeleiden. Voorts zal [naam adviseur] de bestuursvergaderingen voorzitten. (…)

3. Deze opdracht wordt gegeven voor een periode van negen maanden, of zoveel korter of langer als hierna aan te geven.

4. (…)

5. Indien binnen het bestuur bij het nemen van besluiten de stemmen staken, zijn de bestuursleden gebonden aan het advies dat [naam adviseur] alsdan dienaangaande geeft. Dit geldt zo lang er nog geen vijfde bestuurslid is benoemd, ook wanneer eventueel de datum van 19 maart 2018 is gepasseerd. (…)"

2.8. In een bij deze rechtbank aanhangige procedure (kenmerknummer NL19.10007) tegen de stichting vordert [naam bestuurslid] betaling van facturen voor de door hem verrichtte werkzaamheden voor de stichting als bestuurslid en voorzitter. Het betreft een hoofdsom van € 26.164,51.

2.9. Tot zekerheid van verhaal van zijn vordering heeft [naam bestuurslid] conservatoir beslag laten leggen op de eigendommen van de stichting.

2.10. De stichting kan in voornoemde procedure uiterlijk 19 juni 2019 verweer voeren.
2.11. [Gezamenlijke gedaagden] stemmen niet in met een besluit tot het voeren van verweer tegen de vordering van [naam bestuurslid].

*3 Het geschil*
3.1. [Gezamenlijke eisers] vordert samengevat - dat de voorzieningenrechter [gezamenlijke gedaagden] gebiedt alle noodzakelijke rechtshandelingen te verrichten teneinde de stichting in de gelegenheid te stellen verweer te voeren tegen de vordering van [naam bestuurslid] dan wel dat dit vonnis in de plaats zal treden van de benodigde instemmings- en wilsverklaringen waarbij het zich tevens uitstrekt tot het instellen van een reconventionele vordering. Dit met veroordeling van [gezamenlijke gedaagden] in de proceskosten waaronder het nasalaris en de wettelijke rente over deze kosten.
3.2. [Gezamenlijke gedaagden] voert gemotiveerd verweer.
3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

*4 De beoordeling*
4.1. Het spoedeisend belang bij de vordering vloeit voort uit de stelling van [gezamenlijke eisers] dat in de lopende procedure met [naam bestuurslid] uiterlijk 19 juni 2019 namens de stichting verweer moet worden gevoerd. Indien geen verweer wordt gevoerd is het zeer waarschijnlijk dat de vordering van [naam bestuurslid] wordt toegewezen terwijl de stichting deze niet zal kunnen betalen, aldus [gezamenlijke eisers] onweersproken.
4.2. Vast staat dat de vof en de VvE in gelijke mate zijn vertegenwoordigd in de stichting. Om een meerderheid van stemmen te creëren is een vijfde bestuurslid noodzakelijk. Dit vijfde bestuurslid is er (momenteel) echter niet. Hoewel [gezamenlijke gedaagden] wijzen op de mogelijkheid om [naam adviseur] een bindend advies te vragen, kan de voorzieningenrechter niet vaststellen dat de eerder met [naam adviseur] gemaakte afspraak dat hij ook na het verstrijken van de negen maanden voor bindend advies kan worden benaderd (zie 2.7.), nog geldt. Zoals uit de overgelegde notulen en gespreksverslagen blijkt, als ook uit de verklaringen van partijen tijdens de mondelinge behandeling, staan [gezamenlijke eisers] kennelijk niet langer achter [naam adviseur] omdat hij volgens hen misbruik maakte van zijn positie. [Gezamenlijke eisers] hebben het vertrouwen in [naam adviseur] opgezegd. Zonder nadere bewijslevering kan de voorzieningenrechter dan ook niet als vaststaand aannemen dat [gezamenlijke eisers] [naam adviseur] om bindend advies hadden moeten vragen.
4.3. De overgebleven vier bestuursleden vormen conform artikel 4 lid 4 van de statuten van de stichting een wettig bestuur. Tussen de vier bestuursleden heerst echter verdeeldheid over de vraag of in de door [naam bestuurslid] aanhangig gemaakte bodemprocedure namens de stichting verweer moet worden gevoerd. Aan de ene kant zijn de bestuursleden namens de vof ([gezamenlijke gedaagden]) van mening dat de vordering van [naam bestuurslid] terecht is en dat de stichting op grond van eerder gemaakte afspraken met [naam bestuurslid] gehouden is tot betaling aan [naam bestuurslid]. Aan de andere kant betwisten de bestuursleden namens de VvE ([gezamenlijke eisers]) de rechtmatigheid van de vordering van [naam bestuurslid] en stellen zij dat er geen, althans andere afspraken zijn gemaakt over de vergoeding voor [naam bestuurslid] dan [naam bestuurslid] nu vordert. Hoewel [gezamenlijke gedaagden] betogen dat uit door alle bestuursleden ondertekende notulen zou blijken van de (prijs)afspraak met [naam bestuurslid], zijn deze stukken in onderhavige procedure niet overgelegd. [Gezamenlijke eisers] betwisten dit en betogen dat zij nooit akkoord zijn gegaan met (enige) betaling aan [naam bestuurslid]. Daarnaast voeren zij aan dat zij de door [naam adviseur] opgestelde notulen van 16 maart 2018 waarin de vordering van [naam bestuurslid] jegens de stichting door de bestuursleden wordt erkend, nooit voor akkoord hebben ondertekend. Bovendien wijzen [gezamenlijke eisers] er onvoldoende weersproken op dat [gezamenlijke gedaagden] in de periode dat [naam bestuurslid] voorzitter was als enigen over de bankpassen van de stichting beschikten en betalingen aan [naam bestuurslid] hebben verricht maar dat zij daartegen steeds hebben geprotesteerd.

Kortom, de stemmen zijn gelijk verdeeld en vanwege het ontbreken van een vijfde bestuurslid kan niet met meerderheid van stemmen worden beslist.
4.4. Op grond van artikel 2:9 lid 1 BW is elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Naar huidige opvattingen dienen bestuurders zich bij de vervulling van die taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en dienen zij dit belang te laten prevaleren boven hun eigen belang(en). Dit is ook de kern van het wetsvoorstel 34491 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)'.
4.5. Belang van de stichting is het verkrijgen, beheren en onderhouden van de infra-

structuur op het park. Daarvoor heeft de stichting vermogen nodig. Omdat de vordering van [naam bestuurslid] tot betaling van ruim € 26.000,00 het vermogen van de stichting betreft, is het in het belang van de stichting om tegen deze vordering verweer te voeren. Het daartoe niet willen besluiten door [gezamenlijke gedaagden] is derhalve niet in het belang van de stichting. Waarom het niet voeren van verweer wél in het belang van de stichting zou zijn, hebben [gezamenlijke gedaagden] niet uitgelegd. De enkele stelling dat voorkomen moet worden dat onnodig beslag wordt gelegd op de rechterlijke capaciteit, is daartoe in elk geval niet voldoende gelet op de door [gezamenlijke eisers] aangevoerde argumenten waarom de stichting de vordering niet zou hoeven betalen. Hierover zal in de aanhangige procedure moeten worden beslist. Verder is de voorzieningenrechter gebleken dat het niet voeren van verweer eigen belang van [gezamenlijke gedaagden] kan zijn. Zoals [gezamenlijke eisers] betogen en [gezamenlijke gedaagden] tijdens de mondelinge behandeling hebben erkend, is het een optie dat de vof de eigendommen van de stichting koopt als [naam bestuurslid] deze beslagen goederen executoriaal gaat verkopen. Daarmee zouden [gezamenlijke gedaagden] als exploitanten de infrastructuur in handen kunnen krijgen en daarmee hun positie aanmerkelijk kunnen verbeteren ook in het conflict met de VvE. Onder deze omstandigheden is het aannemelijk dat [gezamenlijke gedaagden] eigen belang hebben bij het niet voeren van verweer welk eigen belang strijdig is met het belang van de stichting.

4.6. In het licht van voormeld wetsvoorstel kunnen bestuurders met een aan de rechtspersoon tegenstrijdig belang níet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het betreffende onderwerp. [Gezamenlijke gedaagden] kunnen dus geen geldige stem uitbrengen in het bestuur voor het voeren van verweer tegen de vordering van [naam bestuurslid]. Hoewel de vordering van [gezamenlijke eisers] om [gezamenlijke gedaagden] te gebieden in te stemmen met een besluit tot het voeren van verweer zich hiermee niet verhoudt, ziet de voorzieningenrechter aanleiding een voorziening in het licht van het wetsvoorstel te treffen.

4.7. [Gezamenlijke gedaagden] zullen dan ook, gelet op hun aan de stichting tegenstrijdige belang, worden verboden deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het al dan niet voeren van verweer in de door [naam bestuurslid] aanhangig gemaakte procedure. Gevolg daarvan is dat [gezamenlijke gedaagden] geen geldige stem kunnen uitbrengen. Op grond van artikel 5 lid 11 van de statuten zou dit betekenen dat er ten aanzien van dit onderwerp twee stemmen overblijven die geldig kunnen worden uitgebracht, te weten die van [gezamenlijke eisers], en deze twee stemmen vormen dan een meerderheid. Ook indien [gezamenlijke gedaagden] bij het nemen van het besluit niet aanwezig zijn, zoals artikel 5 lid 9 van de statuten van de stichting vereist, doet dit gelet op hetgeen hiervoor onder 4.6. is overwogen niet af aan geldigheid van het besluit dat [gezamenlijke eisers] dan nemen. Immers, ook in geval van tegenstrijdig belang van één of meer bestuurders, moet een besluit kunnen worden genomen.

4.8. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding om aan de veroordeling voorwaarden te verbinden zoals door [gezamenlijke gedaagden] bij conclusie van antwoord voorgesteld.

4.9. [Gezamenlijke gedaagden] zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gezamenlijke eisers] worden begroot op:

- betekening oproeping € 103,10
- griffierecht 297,00
- salaris advocaat 980,00

Totaal € 1.380,10

4.10. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

*5 De beslissing*

De voorzieningenrechter

5.1. verbiedt [gezamenlijke gedaagden] om deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming betreffende het namens de stichting voeren van verweer in de procedure met kenmerknummer NL19.10007,

5.2. veroordeelt [gezamenlijke gedaagden] in de proceskosten, aan de zijde van [gezamenlijke eisers] tot op heden begroot op € 1.380,10, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt [gezamenlijke gedaagden] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [gezamenlijke gedaagden] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de explootkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J.B. Boonekamp en in het openbaar uitgesproken op 11 juni 2019.

---

**RO 2019/65**

**RECHTBANK OOST-BRABANT**
31 juli 2019, nr. C/01/331593 / HA ZA 18-160
(Mr. O.R.M. van Dam)

Art. 2:8, 2:14, 2:15 BW

JONDR 2019/1014
RN 2019/88
ECLI:NL:RBOBR:2019:4456

**Vernietigbaar besluit.**

**Is het uitvoeren van besluiten die in het nadeel zijn van de minderheidsaandeelhouder in strijd met redelijkheid en billijkheid?**

*Wetenschappers van Radboud hebben een PIC-gel (een gel waarin cellen op natuurlijke wijze groeien) ontdekt en ontwikkeld. In verband met de verdere ontwikkeling van deze gel hebben Radboud en NovioTech de BV Secmatix opgericht. Radboud en NovioTech hielden aanvankelijk ieder 50% van de aandelen in Secmatix, maar na een aantal aandelenoverdrachten was het aandelenbelang in Secmatix als volgt: Radboud 42,5% en AcuBlue 57,5%. Bestuurder van Secmatix werd Crownvest. De bestuurder van Crownvest was de echtgenoot van de DGA van AcuBlue.*

*Het was Crownvest (nog) niet gelukt om financiers voor Secmatix te vinden. Daarom verleende Radboud (grotendeels converteerbare) leningen aan Secmatix tot een totaalbedrag van € 556.249. Nieuwe leningen moesten volgens Radboud verstrekt worden door Acublue, maar die was daartoe niet bereid. Secmatix was inmiddels verwikkeld geraakt in een aantal juridische procedures. Om werkkapitaal voor Secmatix te verkrijgen, werd in drie aandeelhoudersvergaderingen, steeds op voorstel van AcuBlue en met een gewone meerderheid van stemmen (AcuBlue stemde steeds voor, Radboud stemde tegen of stemde niet), tot het volgende besloten:*

*Emissiebesluit 1: de uitgifte van 20.000.000 aandelen tegen de nominale waarde van € 0,01 per aandeel. De tenuitvoerlegging van dit besluit werd in kort geding verboden door de rechtbank, omdat de noodzaak van de aandelenemissie en de waarde van de aandelen niet aannemelijk waren gemaakt.*

*Emissiebesluit 2: gelijk aan emissiebesluit 1. De noodzaak en de waarde waren nu wel onderbouwd. Wederom werd de tenuitvoerlegging van het besluit in kort geding verboden, onder meer omdat niet aannemelijk was dat de emissie de enige overgebleven mogelijkheid van (interne) financiering was en de emissie tot een onomkeerbare situatie zou leiden.*

*Besluit 3: verstrekking aan Secmatix door AcuBlue van een eenvoudig converteerbare lening van € 50.000, om te zetten in 50.000 aandelen. Radboud had onder meer voorgesteld dat zij ook een eenvoudig te converteren lening zou verstrekken, die zij zou verrekenen met een (door Secmatix betwiste) vordering op Secmatix en dat haar eerdere leningen zouden worden omgezet in een eenvoudig te converteren lening. Deze voorstellen werden met gewone meerderheid (AcuBlue stemde tegen) verworpen. Radboud mocht wel een niet-verrekenbare converteerbare lening verstrekken. Overigens was AcuBlue met haar voorstel geïnspireerd door de al eerder gedane voorstellen van Radboud.*

*Volgens de statuten van Secmatix hadden de bestaande aandeelhouders een voorkeursrecht bij een uitgifte van aandelen.*

*Radboud betoogt primair dat de drie besluiten nietig zijn, omdat ze zijn genomen in strijd met de statuten. Subsidiair zijn de besluiten volgens Radboud vernietigbaar wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.*

*Rb.: De rechtbank volgt Radboud niet in haar betoog dat de besluiten nietig zijn. De besluiten zijn genomen overeenkomstig de eisen die de statuten stelt. Voor de subjectieve uitleg die Radboud aan de statuten geeft, is geen plaats. Wel zijn de drie besluiten genomen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, omdat het belang van minderheidsaandeelhouder Radboud door de besluiten zou verwateren. De besluiten zijn daarom vernietigbaar. De rechtbank geeft voor dit oordeel de volgende motivering.*

*Bij de beoordeling van de vraag of de vennootschap en de bij haar betrokkenen zich jegens elkaar hebben gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid, is onder meer van belang of de vennootschap zorgvuldigheid heeft betracht met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. Daarbij speelt in casu mee dat het gaat om minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders. Er bestaat dan reden om attent te zijn op de mogelijkheid van vermenging van belangen tussen vennootschap, bestuurders en aandeelhouders en om met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare belangenverstrengeling ontstaat. In casu heeft Secmatix dringend financiële middelen nodig. De aandeelhouders en Secmatix zijn verplicht om mee te werken aan redelijke oplossingen voor het verkrijgen van werkkapitaal. Bij de keuze uit de verschillende mogelijkheden voor interne financiering moeten Secmatix en meerderheidsaandeelhouder AcuBlue op grond van de redelijkheid en billijkheid rekening houden met de belangen van Radboud als minderheidsaandeelhouder. AcuBlue heeft bij alle drie de besluiten geen rekening gehouden*

# 2

**Tegenstrijdig belang en toepassing Bibolini-exceptie bij stichting**

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
3 september 2019, zaaknr. 200.223.143/01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:3263
(mr. Schulten, mr. Molin, mr. Eijsvoogel)
Noot mr. K.A.M. van Vught

**Stichting. Tegenstrijdig belang bij totstandkoming zakelijke overeenkomsten tussen vader en zoon als respectievelijk voormalig en huidig bestuurder. Externe werking van beperking vertegenwoordigingsbevoegdheid in statuten. Toepassing van Bibolini-exceptie. Beroep op art. 2:292 lid 3 BW is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.**

[BW art. 2:292 lid 3, 6:2 lid 2]

*Vooropgesteld wordt dat het bij de vraag of een rechtspersoon zich op een bevoegdheidsbeperking als hier aan de orde jegens derden kan beroepen in beginsel geen verschil maakt of degene die met de rechtspersoon handelde van deze interne bevoegdheidsbeperking op de hoogte was. Wel kan het zich voordoen dat in de omstandigheden van het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat degene die met de rechtspersoon handelde de rechtspersoon aan de met deze gesloten overeenkomst houdt indien hij ondanks de hem bekende bevoegdheidsbeperking toch deze overeenkomst aanging (HR 17 december 1982, NJ 1983, 480, ECLI:NL:HR:1982:AG4503 (Bibolini)). Het hof is van oordeel dat in dit geval van dergelijke omstandigheden sprake is.*
*[Appellant] was als voormalig bestuurder van de stichting bekend met de vertegenwoordigingsbeperking uit de statuten. [Appellant] was zich er uiteraard ook van bewust dat de stichting bij de tariefafspraak van 3,5% werd vertegenwoordigd door zijn zoon en niet door de rvt zoals de statuten voorschrijven. [Appellant] heeft bovendien niet althans onvoldoende gemotiveerd weersproken dat hij wist dat de rvt evenmin goedkeuring had verleend voor deze gewijzigde tariefafspraak. Enerzijds stelt [appellant] immers, zonder dit concreet te onderbouwen of motiveren, dat de rvt was geïnformeerd en de gewijzigde afspraak had goedgekeurd. Anderzijds stelt [appellant] niet te weten of de rvt goedkeuring had verleend. Nu [appellant] wist dat met deze afspraak zijn eerdere door de rvt goedgekeurde afspraken aanzienlijk zouden worden gewijzigd, en gelet op zijn kennis van de noodzaak om de rvt daarbij te betrekken, had het echter voor de hand gelegen dat hij op zijn minst bij zijn zoon had gevraagd of de rvt met de wijziging akkoord was. Daarover heeft [appellant] niets aangevoerd.*
*[Appellant] diende er ten tijde van het aangaan van de tariefafspraak van 3,5% van de aanneemsom, met terugwerkende kracht tot 1 juni 2007, ernstig rekening mee te houden dat deze afspraak nadelig was voor de stichting ten opzichte van de tot dan toe geldende afspraken. Of de stichting daadwerkelijk is benadeeld door de gewijzigde tariefafspraak is niet vast te stellen, omdat een registratie van de uren die [appellant] sinds oktober 2007 gewerkt heeft, ontbreekt en [appellant] sindsdien tot aan het maken van de gewijzigde afspraak geen uren heeft gedeclareerd. Deze omstandigheden komen in dit verband echter voor zijn rekening, zodat ervan uit moet worden gegaan dat [appellant] er ten tijde van het aangaan van de gewijzigde tariefafspraak ernstig rekening mee moest houden dat dit een voor de stichting nadelige wijziging zou opleveren.*
*Gelet op de gegeven omstandigheden is het hof van oordeel dat toepassing van de regel dat de stichting zich op grond van art. 2:292 lid 3 BW niet jegens [appellant] kan beroepen op het vertegenwoordigingsgebrek bij het aangaan van de gewijzigde tariefaanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van art. 6:2 lid 2 BW, zodat de stichting dit gebrek wel aan [appellant] kan tegenwerpen. Het gevolg daarvan is dat tussen de stichting en [appellant] geen overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot het tarief van 3,5% van de aanneemsom, zodat het bedrag dat de stichting op grond daarvan aan [appellant] heeft voldaan, onverschuldigd is betaald.*
*De stellingen van [appellant] en de ter ondersteuning daarvan overgelegde documenten zijn onvoldoende concreet om zelfs bij benadering de omvang van de door hem verrichte werkzaamheden in de desbetreffende periode vast te stellen.*

*[Appellant] heeft daarom de stelling van de stichting dat zij het bedrag van € 141.595,06 onverschuldigd heeft betaald, in dit opzicht onvoldoende weersproken. Aan de door [appellant] verzochte toepassing van art. 7:405 lid 2 BW komt het hof om dezelfde reden niet toe.*

*X*,
appellant in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel,
hierna aan te duiden als [appellant],
advocaat: mr. J.L. ten Hove,
tegen
*Stichting ZOwonen*,
rechtsopvolger van Stichting Vitaal Wonen,
geïntimeerde in principaal appel, appellante in incidenteel appel,
hierna aan te duiden als de Stichting,
advocaat: mr. P. Caris.

(...; *red.*)

*6. De beoordeling*

*In principaal en incidenteel appel*

*De feiten*
6.1. In rechtsoverwegingen 2.1. tot en met 2.6. van het vonnis van 26 november 2014, zijnde een vonnis in incident en tussenvonnis in de hoofdzaak, heeft de rechtbank feiten vastgesteld. Tegen deze feitenvaststelling is geen grief gericht, zodat deze ook in hoger beroep vaststaan. Deze feiten luiden, voor zover in hoger beroep relevant, als volgt.
a) De Stichting is als Woningvereniging [vestigingsnaam] opgericht op 16 juni 1920. De vereniging is op 6 mei 1994 omgezet in een stichting met de naam "Woningstichting [vestigingsnaam]", welke naam later is gewijzigd in "Stichting Vitaal Wonen", en waarvan de Stichting de rechtsopvolger is. De Stichting is een relatief kleine woningcorporatie, met ongeveer 300 woningen en een omzet van € 1.800.000,- aan huurinkomsten per jaar.
b) [appellant] was van 6 mei 1994 tot 1 juni 2007 (statutair) directeur/bestuurder van de Stichting. Na zijn terugtreden als statutair directeur/bestuurder is [appellant] op basis van overeenkomsten van opdracht werkzaamheden blijven verrichten voor de Stichting.
c) De zoon van [appellant], [de zoon van appellant], is op 1 januari 2005 als junior adviseur bouw- en woningzaken in dienst getreden van de Stichting. Van 1 januari 2006 tot 1 juni 2007 is [de zoon van appellant] werkzaam geweest als assistent-directeur van de Stichting. Met ingang van 1 juni 2007 is [de zoon van appellant], als opvolger van zijn vader, benoemd tot statutair directeur/bestuurder van de Stichting.
d) Op 31 augustus 2012 is [de zoon van appellant] geschorst in afwachting van de resultaten van een forensisch onderzoek dat op last van de Minister van Binnenlandse Zaken werd ingesteld door onderzoeksbureau Integis B.V. Na bekendmaking door Integis van de resultaten van haar onderzoek heeft de Stichting de arbeidsovereenkomst met [de zoon van appellant] met ingang van 21 januari 2013 onverwijld en om een dringende reden opgezegd. Tevens is met ingang van dezelfde dag de statutaire relatie tussen de Stichting en [de zoon van appellant] beëindigd.
In het eindvonnis (het bestreden vonnis) heeft de rechtbank (Rb. Limburg 8 maart 2017, zaaknummer C/03/186784/HA ZA 14-17; *red.*) daarnaast ten aanzien van de verschillende vorderingen feiten vastgesteld, waartegen geen grieven zijn gericht. Deze feiten zullen hierna bij de beoordeling van de vorderingen aan de orde komen.

*Het geding in eerste aanleg*
6.2.1. In deze procedure vordert de Stichting, voor zover in hoger beroep relevant, te verklaren voor recht dat [appellant] zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt en/of aan [appellant] onverschuldigd is betaald en/of [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld en/of als bestuurder aansprakelijk is, en [appellant] te veroordelen tot vergoeding van de door de Stichting geleden schade, te weten ten aanzien van:
– [de eenmanszaak], € 230.101,98
– salaris, € 13.960,72
– telefoonkosten, € 3.748,-
– beslagkosten, € 229,74
te vermeerderen met wettelijke rente en buitengerechtelijke incassokosten, en met veroordeling van [appellant] in de proceskosten.
6.2.2. De grondslag van deze vorderingen komt hierna bij de beoordeling van de grieven aan de orde.
6.2.3. In het eindvonnis van 8 maart 2017 heeft de rechtbank [appellant] veroordeeld om aan de Stichting te betalen € 232.560,95, bestaande uit € 6.650,23 in verband met het salaris van [de zoon van appellant] van 2005, € 225.680,98 in verband

met [de eenmanszaak] en € 229,74 aan beslagkosten, te vermeerderen met wettelijke rente, en met veroordeling van [appellant] in de proceskosten. De rechtbank heeft de vorderingen voor het overige afgewezen.

*Het geding in hoger beroep*
6.3.1. [appellant] heeft in hoger beroep zes grieven aangevoerd. [appellant] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van de Stichting, met veroordeling van de Stichting, uitvoerbaar bij voorraad, tot terugbetaling van wat [appellant] ter uitvoering van het bestreden vonnis aan de Stichting heeft betaald vermeerderd met rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling, en met veroordeling van de Stichting in de proceskosten inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente.
6.3.2. De Stichting heeft in incidenteel hoger beroep drie grieven aangevoerd. De Stichting heeft geconcludeerd tot gedeeltelijke vernietiging van het bestreden vonnis en, zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,
ten aanzien van de telefoonkosten:
– te verklaren voor recht dat [appellant] terzake de telefoonkosten ongerechtvaardigd is verrijkt althans aan [appellant] onverschuldigd is betaald € 3.748,-, en
– [appellant] te veroordelen om € 3.748,-, met wettelijke rente, te vergoeden aan de Stichting;
ten aanzien van de dertiende maand (salaris):
– te verklaren voor recht dat [appellant] terzake de uitbetaling van de dertiende maand over 2005 en 2006 aan [de zoon van appellant] onrechtmatig heeft gehandeld en/of als bestuurder aansprakelijk is, en
– [appellant] te veroordelen om € 7.310,49, met wettelijke rente, te vergoeden aan de Stichting;
ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten:
– [appellant] te veroordelen om € 2.993,09 aan de Stichting te betalen;
met veroordeling van [appellant] in de proceskosten van beide instanties, inclusief nakosten, en te vermeerderen met wettelijke rente.

*De beoordeling*
6.4. De grieven van het principaal en incidenteel appel lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

*[De eenmanszaak]*
6.5.1. In rechtsoverwegingen 2.197.1 tot en met 2.197.3 van het bestreden vonnis heeft de rechtbank de feiten vastgesteld waarvan terzake [de eenmanszaak] wordt uitgegaan. Daartegen is geen grief gericht, zodat deze ook in hoger beroep het uitgangspunt vormen. Deze feiten luiden als volgt.
a) Blijkens diverse notulen van de Raad van Toezicht (hierna: RvT) van de Stichting is gesproken over een rol voor [appellant] na het neerleggen van zijn bestuurderschap per 1 juni 2007 in verband met het afronden van de projecten [project 1] en [project 2]:
– in de notulen van 6 maart 2007 is opgenomen dat met [appellant] in de toekomst per project een afspraak zal worden gemaakt inzake de duur en de kosten;
– in de notulen van 3 april 2007 is vermeld dat [appellant] de projecten [project 1] en [project 2] zal begeleiden waarvoor een overeenkomst voor de duur van een jaar gemaakt zal worden op grond waarvan [appellant] een vergoeding zal ontvangen van € 70,00 per uur, exclusief btw, voor maximaal 20 uur per week;
– in de notulen van 1 mei 2007 en 28 juni 2007 staat vermeld dat [appellant] als adviseur en ondersteuner van de woningstichting zal gaan werken op basis van een overeenkomst van maximaal 20 uur per week tegen een contractueel overeengekomen vergoeding van € 70,00 per uur, exclusief btw;
– in de notulen van 1 juli 2008 is vermeld dat [appellant] vanaf 1 juli 2008 op regiebasis zal worden ingezet.
b) In de administratie van de Stichting is een offerte aangetroffen, gedateerd op 2 februari 2007, op briefpapier van [de eenmanszaak], ten name van [appellant]. Hierin staat vermeld – kort weergegeven – als opdrachtgever "Woningstichting [vestigingsnaam]". De werkzaamheden "Directievoering" en "Toezicht" ten behoeve van "Complex [project 2]" zijn daarin nader beschreven. Als tarief is vermeld: "3,5% van de aanneemsom, exclusief btw". De offerte is ondertekend door [appellant]. De eenmanszaak [de eenmanszaak] is op 1 juni 2007 opgericht.
Ook is in de administratie van de Stichting een opdrachtbevestiging aangetroffen van 7 februari 2007 die voor akkoord getekend is door [de zoon van appellant], die toen nog geen bestuurder was van de Stichting, met als inhoud dat aan [appellant] opdracht gegeven wordt om werkzaamhe-

den voor het project [project 2] te verrichten tegen een tarief van 3,5% van de aanneemsom exclusief btw. [de zoon van appellant] heeft ook op 21 februari 2007 een opdrachtbevestiging gericht aan [de eenmanszaak] ondertekend betreffende project [project 2] waarin verzocht wordt uitvoering te geven aan de offerte van 2 februari 2007 tegen een tarief van 3,5% van de aanneemsom exclusief btw.
c) In de administratie van de Stichting zijn verder een aantal facturen afkomstig van [de eenmanszaak] aangetroffen:
*2007*: vier facturen met als datum 8 oktober 2007, die op 19 oktober 2007 zijn ingediend bij de Stichting, en een factuur met als datum 29 november 2007. De facturen hebben blijkens de omschrijving betrekking op advies- en managementwerkzaamheden voor woningstichting [vestigingsnaam] gedurende respectievelijk de maanden juni, juli, augustus, september en oktober 2007. Er is steeds een uurtarief van € 70,- exclusief btw gehanteerd. Urenspecificaties ter onderbouwing van de in rekening gebrachte uren (in totaal 303 uren) ontbreken. Ook is niet vermeld in het kader van welk project werkzaamheden verricht zijn. Deze vijf facturen tezamen komen neer op een bedrag van € 25.239,90 inclusief btw.
*2008*: een factuur van 18 november 2008 die blijkens de omschrijving betrekking heeft op werkzaamheden voor project [project 2] gedurende de periode 1 juni 2007 tot en met 31 december 2008. De factuur bedraagt € 141.595,06 inclusief btw en is berekend op basis van 3,5% x € 4.005.641,71. De betaling van de Stichting vanwege de vijf facturen uit 2007 is bij de berekening van voormeld bedrag in mindering gebracht.
*2009 en 2010*: vijf facturen van respectievelijk 1 juni 2009, 8 oktober 2009, 2 februari 2010, 6 april 2010 en 2 november 2010. Bij de factuur van 1 juni 2009 is een uurtarief van € 70,- gehanteerd en bij de andere facturen een uurtarief van € 78,-. Urenspecificaties ontbreken. De facturen vermelden niet in het kader van welk project de uren in rekening gebracht worden. Als omschrijving is uitsluitend vermeld "voor het verrichten van adviewerkzaamheden en bouwbegeleiding". Deze facturen tezamen komen neer op een bedrag van € 58.846,02 inclusief btw. Het bedrag van de factuur van 2 november 2010 (€ 4.110,78) komt precies overeen met het bedrag dat [appellant] door de Stichting heeft laten betalen ten behoeve van diverse privéfacturen uit 2010 van hemzelf.

6.5.2. De Stichting heeft aan haar vordering tot terugbetaling van deze bedragen ten grondslag gelegd dat [appellant] en [de zoon van appellant] gezamenlijk, achteraf, zonder grondslag en in strijd met de statuten en de wet, een constructie hebben opgetuigd waarmee de Stichting ter hoogte van de betaalde bedragen is benadeeld. Tevens is niet gebleken dat [appellant] enige (substantiële) werkzaamheden voor de gefactureerde bedragen heeft verricht. [appellant] is daarom ongerechtvaardigd verrijkt en hij heeft onrechtmatig gehandeld. De bedragen zijn tevens onverschuldigd aan hem betaald, aldus de Stichting.
De rechtbank heeft in het bestreden vonnis geoordeeld dat het bedrag van € 141.595,06 onverschuldigd aan [appellant] is betaald, en dat hij door betaling van de bedragen van € 25.239,90 en € 58.846,02 ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de Stichting.

*Facturen 2007 (€ 25.239,90)*
6.5.3. Grief I van het principaal appel is gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rechtsoverwegingen 2.204.3 en 2.204.4 dat [appellant] onvoldoende heeft onderbouwd dat hij de werkzaamheden heeft verricht die ten grondslag liggen aan de vijf facturen uit 2007 (tezamen voor € 25.239,90), en dat [appellant] daarom ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de Stichting. Ook Grief III van het principaal appel is mede gericht tegen deze oordelen van de rechtbank. Deze grieven lenen zich in zoverre voor gezamenlijke behandeling.
6.5.4. De Stichting stelt dat, zoals blijkt uit de notulen van de RvT, met de RvT is afgesproken dat [appellant] na zijn pensionering betrokken zou worden bij de voortzetting en afrondingen van de projecten [project 2] en [project 1]. Het project [project 2] had betrekking op de bouw van een woongebouw met appartementen, praktijkruimtes en wooneenheden in het plan "[project 2]" te Sittard. Dit project is aangevangen in maart 2007 en opgeleverd op 1 april 2008. Bij dit project hoorde tevens de bouw van een zwembad "Silverstaete" in het complex. Het is de Stichting onduidelijk waar de door [appellant] gefactureerde werkzaamheden van de vijf facturen uit 2007 (in totaal 303 uren) op zien. De facturen zijn niet gespecificeerd en bevatten steeds dezelfde algemene beschrijving. Volgens de Stichting heeft [appellant] na zijn pensionering op 1 juni 2007 slechts twee bouwvergaderingen van het project [project 2]

bijgewoond, enkele bescheiden afgetekend en de oplevering van dat project bijgewoond. Na de oplevering is [appellant] nog betrokken geweest bij de inkoop en het aftekenen van bonnen van geleverde goederen voor het zwembad dat pas in september 2009 is opgeleverd. Deze werkzaamheden kunnen in totaal hooguit twee tot vijf uren in beslag hebben genomen. Ten aanzien van het project [project 1] is in het geheel niet gebleken van enige betrokkenheid of werkzaamheden van [appellant] na 1 juni 2007, aldus de Stichting.

6.5.5. [appellant] heeft onder meer aangevoerd dat het project [project 2], net zoals andere projecten van de Stichting, door de Stichting in zogenoemd eigen beheer was aangenomen en dat [appellant] daarbij als directievoerder optrad. Volgens [appellant] geeft deze vorm van projectbeheer de opdrachtgever onder meer vrije keuze in onderaannemers, waarmee kosten worden uitgespaard die een hoofdaannemer normaal rekent bij de inschakeling van onderaannemers. Het zorgt echter wel voor een hogere belasting voor de opdrachtgever, die er zelf voor moet zorgen dat een project van begin tot eind goed verloopt. Concreet gaat het hierbij onder meer om werkzaamheden als het opvragen en beoordelen van offertes, erop toezien dat de werkzaamheden correct worden uitgevoerd, en het opnemen van het gerealiseerde bouwwerk. Bij het project [project 2] selecteerde [appellant] de onderaannemers, waaronder installatiebedrijven en loodgieters, gaf hen individueel opdrachten en begeleidde en controleerde hen. Daarnaast was [appellant] betrokken bij de werkzaamheden van de hoofdaannemer ([hoofdaannemer]) en begeleidde en controleerde hij ook diens werkzaamheden. [appellant] besteedde de laatste zes maanden van zijn dienstverband nagenoeg al zijn uren aan de begeleiding van dit complex. Na zijn pensionering in juni 2007 is dit proces alleen nog maar intensiever geworden. Hij was per dag minimaal 6 uur aanwezig. [appellant] heeft daarvan destijds een urenadministratie bijgehouden. De urenadministratie is echter nadien door de FIOD in beslag genomen. Hij heeft echter geen urenspecificatie bijgehouden; dat deed hij voor zijn pensionering evenmin en daarover heeft de Stichting of de RvT nimmer geklaagd. [appellant] kan zijn uren na zoveel jaren niet meer specificeren. Ter onderbouwing van zijn betrokkenheid bij dit project verwijst [appellant] onder meer naar een verklaring van de voormalige voorzitter van de RvT, bouwverslagen en verklaringen van aannemers die bij het project betrokken zijn geweest.

6.5.6. Het hof stelt voorop dat, overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv, de Stichting de bewijslast draagt van haar stelling dat [appellant] geen (substantiële) werkzaamheden voor de gefactureerde bedragen heeft verricht, nu de Stichting zich beroept op de rechtsgevolgen daarvan. Het hof is van oordeel dat de Stichting deze stelling, in het licht van de gemotiveerde betwisting daarvan door [appellant], onvoldoende heeft onderbouwd, en overweegt daartoe als volgt.

6.5.7.1. De vijf facturen van 8 oktober 2007 en 29 november 2007 hebben betrekking op het project [project 2]. Dit wordt door [appellant], die deze facturen als voorschotfacturen volledig in mindering heeft gebracht op de factuur van 18 november 2018, niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist.

6.5.7.2. Het staat ook vast dat [appellant] in de laatste maanden tot aan zijn pensionering betrokken was bij de voorbereiding en uitvoering van project [project 2] en dat zijn betrokkenheid daarna is voortgezet. Uit de aannemingsovereenkomst met hoofdaannemer [hoofdaannemer] (productie 1 bij memorie van grieven) volgt dat de directievoering zal geschieden door de opdrachtgever. De Stichting heeft erkend dat deze directievoering in de periode tot aan zijn pensionering werd verzorgd door [appellant]. Niet althans onvoldoende is betwist dat dit substantiële werkzaamheden omvatte. Evenmin heeft de Stichting voldoende gemotiveerd betwist dat in de aard of omvang van de directievoering na pensionering van [appellant] geen substantiële wijziging heeft plaatsgevonden. De Stichting stelt weliswaar in algemene termen dat [de zoon van appellant] de taken van [appellant] na 1 juni 2007 overnam, waaronder de directievoering en toezichthoudende werkzaamheden, maar zij stelt niet dat dit ook gold voor het project [project 2]. Aangezien de Stichting de gestelde betrokkenheid van [de zoon van appellant] bij het project [project 2] niet met concrete feiten heeft onderbouwd, en deze betrokkenheid overigens ook niet blijkt uit de overgelegde bouwverslagen, gaat het hof aan deze stelling voorbij.

6.5.7.3. Uit de bouwverslagen van 28 juni 2007 en 5 september 2007 (producties 2, 3 en 4 bij memorie van grieven) volgt dat [appellant] als enige vertegenwoordiger van de Stichting door de (hoofd)aannemer in detail betrokken werd bij de

verschillende onderdelen van de bouw en de voortgang van het project, en uit de opmerkingen die [appellant] blijkens deze verslagen maakte, blijkt dat hij van verschillende zaken op de bouw ook in detail op de hoogte was. Ook de verklaringen van (onder)aannemers ondersteunen de conclusie dat [appellant] de directievoering en het dagelijks toezicht bij hun werkzaamheden heeft verzorgd. Dat deze verklaringen niet enkel betrekking hebben op de start van de bouw, toen [appellant] nog in dienst was van de Stichting, blijkt bijvoorbeeld uit de verklaringen van aannemers [aannemer 1], [aannemer 2] en [aannemer 3] (producties 5a en 5b, 6 en 8 bij memorie van grieven).
Tussen partijen is voorts niet in geschil dat het project [project 2] in de periode waarop de facturen betrekking hebben, namelijk juni tot en met oktober 2007, nog in volle gang was, wat ook blijkt uit de twee genoemde bouwverslagen. Het project is pas in het voorjaar van 2008 opgeleverd (volgens de Stichting op 1 april 2008, volgens [appellant] in juni 2008), met uitzondering van het zwembad, dat later is opgeleverd.
6.5.7.4. De gefactureerde uren voor de maanden juni tot en met oktober 2008 overschrijden niet het maximale aantal uren van 20 per week dat de RvT had bepaald – en kennelijk had voorzien – bij het geven/goedkeuren van de opdracht. Voor het niet kunnen overleggen van de urenadministratie heeft [appellant] een, met een inbeslagnamelijst van de FIOD onderbouwde, verklaring gegeven. De Stichting heeft niet weersproken dat een urenspecificatie volgens de opdracht niet vereist was – uit de notulen van de RvT blijkt dat overigens niet. Het enkele ontbreken van een dergelijke specificatie is dan ook, gelet op het voorgaande, onvoldoende om de juistheid van de in de facturen genoemde aantallen gewerkte uren in twijfel te trekken. Hetzelfde geldt voor het feit dat de eerste vier facturen alle zijn gedateerd op 8 oktober 2007, aangezien ze betrekking hebben op de maanden daarvoor (juni tot en met september 2007). Ten aanzien van de vijfde factuur (van 29 november 2007 over de maand oktober) heeft de Stichting aangevoerd dat deze tegelijk is opgemaakt met de eerste vier facturen. Dit blijkt echter niet uit het onderzoeksrapport waarnaar de Stichting verwijst; uit dit rapport leidt het hof slechts af dat het elektronisch bestand waarin de factuur zou zijn gemaakt voor het eerst is aangemaakt op 7 oktober 2007 en voor het laatst is gewijzigd op 3 december 2007. De aanmaakdatum van het elektronisch bestand zegt echter niets over de inhoud die vervolgens aan dat bestand is gegeven, en brengt dus ook niet noodzakelijkerwijs met zich dat het bestand bij aanmaak al de inhoud had van de factuur van 29 november 2007. Het hof gaat daarom aan die stelling voorbij.
6.5.7.5. Niet in geschil is verder dat werkzaamheden zijn verricht ter uitvoering van een door de Stichting, met goedkeuring van de RvT, verstrekte opdracht. Nu de gefactureerde bedragen wat betreft zowel de omvang van het aantal uren als het uurtarief in overeenstemming zijn met de verstrekte opdracht en de door de RvT gestelde voorwaarden, heeft de Stichting, gelet op het voorgaande, onvoldoende onderbouwd dat de betalingen van deze facturen zonder rechtsgrondslag zijn verricht en dus onverschuldigd betaald zouden zijn. Om dezelfde redenen is onvoldoende onderbouwd dat sprake zou zijn van ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatig handelen van [appellant].
6.5.8. Uit het voorgaande volgt dat grieven I en III deels slagen. Het bestreden vonnis zal dan ook worden vernietigd voor zover [appellant] daarbij is veroordeeld tot betaling aan de Stichting van € 25.239,90 en de vordering van de Stichting zal in zoverre alsnog worden afgewezen.

*Factuur 18 november 2018 – de tariefafspraak van 3,5% van de aanneemsom*
6.5.9. Grief II is gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 2.203 van het bestreden vonnis dat niet is komen vast te staan dat door de RvT, in afwijking dan wel in aanvulling op de eerdere afspraken, een tarief van 3,5% van de aanneemsom van het project [project 2] was afgesproken. De grief is verder gericht tegen het oordeel dat de toenmalige directeur [de zoon van appellant] niet bevoegd was tot het maken van een dergelijke afspraak, omdat sprake was van een tegenstrijdig belang gelet op de bloedverwantschap tussen [de zoon van appellant] en [appellant], zodat aan de betaling van € 141.595,06 geen rechtsgeldige overeenkomst dan wel rechtsgeldig besluit ten grondslag heeft gelegen en dit bedrag onverschuldigd is betaald en volledig moet worden terugbetaald. Ook Grief III van het principaal appel is mede gericht tegen het oordeel dat sprake is van onverschuldigde betaling. Deze grieven lenen zich in zoverre voor gezamenlijke behandeling.

6.5.10. De Stichting stelt dat de offerte en opdrachtbevestigingen waarbij de opdracht aan [appellant] werd gegeven om de werkzaamheden inzake het project [project 2] te verrichten tegen een tarief van 3,5% van de aanneemsom, exclusief btw, zijn opgesteld gelijk met de factuur van 18 november 2008 en zijn geantedateerd naar februari 2007. De opdracht was in strijd met de eerdere afspraken met de RvT en is gegeven zonder dat de RvT daarvan op de hoogte was. De opdracht is door [de zoon van appellant] verstrekt in strijd met artikel 10 lid 2 van destijds geldende statuten van de Stichting. Er was immers sprake van een tegenstrijdig belang aan de zijde van [de zoon van appellant] gelet op de aard van de overeenkomst en de eerstegraads familieband tussen vader en zoon [appellant]. Daarnaast is bij de opdracht uitgegaan van een veel te hoge aanneemsom van € 4.005.641,71 exclusief btw. De aanneemsom zoals afgesproken met hoofdaannemer [hoofdaannemer] bedroeg € 2.610.000,- exclusief btw voor de bouw van het woongebouw van het project, € 232.175,- exclusief btw voor de bouw van de kelder, en € 105.476,- exclusief btw voor de bouw van het zwembad; in totaal € 2.947.651,-. Niet is gebleken dat [appellant] substantiële werkzaamheden voor dit project heeft verricht. Met deze afspraak spanden vader en zoon [appellant] samen om de Stichting te benadelen. Gelet op het oorspronkelijke uurtarief van € 70,- exclusief btw en het aantal uren dat [appellant] gewerkt had en nog zou werken, is sprake van een voor de Stichting ongunstige deal, aldus de Stichting.

6.5.11. [appellant] voert aan dat de afspraak met de RvT per 1 juli 2008 is gewijzigd in een aanstelling op regiebasis. Volgens [appellant] is een kenmerk van werken op regiebasis dat de opdrachtgever van te voren niet weet welke kosten hij aan de werkzaamheden kwijt is; als het werk langer duur dan verwacht, komt het voor rekening en risico van de opdrachtgever aangezien hij per uur betaalt. In 2008 heeft de accountant van de Stichting het initiatief genomen voor een andere afspraak waarbij de totaalkosten per project inzichtelijk werden en meteen konden worden opgevoerd in plaats van na afloop. [de zoon van appellant] en de accountant hebben vervolgens overlegd over een passend tarief, dat bleek 3,5% van de aanneemsom te zijn. [appellant] was hier niet bij betrokken. Vervolgens is de afspraak tot stand gekomen tussen [appellant] en [de zoon van appellant] namens de Stichting om de werkzaamheden voor project [project 2] uit te voeren voor 3,5% van de aanneemsom. Omdat het wenselijk was om de kosten per project vanaf de aanvang inzichtelijk te maken, heeft [appellant] op verzoek van zijn zoon besloten de reeds gefactureerde bedragen te crediteren en het percentage van 3,5% vanaf het begin van het project in rekening te brengen en de reeds gefactureerde bedragen als voorschot daarop in mindering te brengen. [appellant] erkent dat de offerte en opdrachtbevestigingen zijn geantedateerd. De RvT is daarover geïnformeerd en keurde dat goed, maar dit is geen onderwerp geweest van een formele vergadering, aldus [appellant].

Volgens [appellant] was 3,5% een alleszins acceptabel en gebruikelijk tarief in de bouwwereld. Gelet op de vele uren die [appellant] met het project bezig was, heeft hij zich zelfs mogelijk financieel benadeeld met deze wijziging. De Stichting is dan ook niet benadeeld door de afspraak van 3,5%. De Stichting liep een risico omdat zij akkoord was gegaan met een regieopdracht waarbij de uren op nacalculatie in rekening zouden worden gebracht. Het is dus aannemelijk dat de beloning van 3,5% van de aanneemsom uiteindelijk voor de Stichting voordeliger was, aldus [appellant].

Wat betreft de kwestie van het tegenstrijdig belang voert [appellant] aan dat, nu zowel de aanstelling als het aanvankelijke uurtarief van € 70,- alsmede de latere regie-overeenkomst van 1 juli 2008 uitdrukkelijk door de RvT zijn geaccordeerd, artikel 10 lid 2 van de statuten niet op gaat. Bovendien was geen sprake van een tegenstrijdig belang bij [de zoon van appellant] De afspraak heeft niet plaatsgevonden op initiatief van [de zoon van appellant] of [appellant] maar op initiatief van de accountant. Er was geen sprake van een persoonlijk belang van [de zoon van appellant] maar hooguit een belang van zijn vader. Bovendien is het besluit genomen in het belang van de Stichting en is zij door de tariefwijziging niet benadeeld. [de zoon van appellant] was daarom bevoegd om het besluit dat aan de tariefwijziging ten grondslag lag te nemen, zodat sprake is van een rechtsgeldige afspraak. Bij pleidooi in hoger beroep heeft [appellant] hieraan toegevoegd dat het eventueel ontbreken van benodigde toestemming van de RvT [appellant] overigens niet kan worden tegengeworpen omdat deze beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet uit de wet voortvloeit.

6.5.12. Het hof overweegt als volgt. Artikel 10 lid 2 van de destijds geldende statuten van de Stichting luidt als volgt:
"In gevallen waarin sprake is van een tegenstrijdig belang tussen de directeur en de stichting, wordt de stichting in en buiten rechte vertegenwoordigd door de voorzitter (respectievelijk diens plaatsvervanger) en een of meer leden van de raad van toezicht. Een en ander ter beoordeling van de raad van toezicht."
6.5.13. In de statuten ontbreekt een definitie van wat onder tegenstrijdig belang moet worden verstaan. Evenmin bevatten de statuten aanknopingspunten voor de uitleg van dit begrip. Het hof zoekt daarom aansluiting bij de vaste rechtspraak over artikel 2:256 (oud) BW dat een vergelijkbare bepaling bevatte over tegenstrijdig belang van het bestuur van een besloten vennootschap. Volgens deze rechtspraak is de strekking van de bepaling over tegenstrijdig belang om te voorkomen dat de bestuurder bij zijn handelen zich (met name) laat leiden door zijn persoonlijk belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap dat hij heeft te dienen. Deze bepaling strekt in de eerste plaats tot bescherming van het belang van de vennootschap door de bestuurder de bevoegdheid te ontzeggen de vennootschap te vertegenwoordigen als hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht. Voor de toepassing hiervan is niet vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval (Hoge Raad 29 juni 2007 («JOR» 2007/169, m.nt. Bartman en m.nt. Leijten; *red.*), NJ 2007, 420 (Bruil), ECLI:NL:HR:2007:BA0033, rov. 3.5 en 3.7). Voor het aannemen van een tegenstrijdig belang is niet vereist dat de bestuurder zelf bij de rechtshandeling partij is. Het bestaan van een familieband tussen de bestuurder en de desbetreffende partij kan in dit opzicht voldoende zijn (Hoge Raad 14 november 1940, NJ 1941, 321; ECLI:NL:HR:1940:AG1920).
6.5.14. Het hof is van oordeel dat in dit geval sprake is geweest van een tegenstrijdig belang bij [de zoon van appellant] bij het aangaan van de gewijzigde tariefafspraak met [appellant]. Gelet op de nauwe familieband tussen vader en zoon [appellant] geldt dat [de zoon van appellant] op zijn minst kan worden beschouwd als betrokken bij het belang van zijn vader in de zin van het *Bruil*-arrest. Dit belang liep niet parallel aan het belang van de Stichting. De vader had immers belang bij een zo hoog mogelijke vergoeding, en de Stichting had belang bij een zo laag mogelijke vergoeding. [de zoon van appellant] had zich daarom niet in staat mogen achten het belang van de Stichting en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen en had zich van de desbetreffende rechtshandeling moeten onthouden. Volgens artikel 10 lid 2 van de statuten diende de stichting bij een tegenstrijdig belang van de directeur immers vertegenwoordigd te worden door de voorzitter en een of meer leden van de RvT. De wijze waarop betrokkenen – [appellant], [de zoon van appellant] en de RvT – eerdere tariefafspraken met [appellant] tot stand brachten, namelijk met goedkeuring van de RvT, is ook in lijn met deze uitleg van artikel 10 lid 2 van de statuten.
6.5.15. [appellant] heeft gesteld dat de RvT over de gewijzigde tariefafspraak is geïnformeerd en deze afspraak heeft goedgekeurd, wat door de Stichting wordt betwist. [appellant] heeft deze stelling echter niet met concrete feiten onderbouwd, terwijl hij bij pleidooi in hoger beroep heeft verklaard niet te weten of de RvT toestemming heeft gegeven voor deze tariefafspraak, zodat het hof aan die stelling voorbijgaat. Het hof volgt [appellant] evenmin in zijn stelling dat artikel 10 lid 2 van de statuten niet van toepassing zou zijn vanwege de door de RvT goedgekeurde eerdere afspraken. De afspraak over 3,5% van de aanneemsom als beloning week nu juist af van die eerdere afspraken, en vanwege het aanwezige tegenstrijdige belang was [de zoon van appellant] niet bevoegd om de eerder gemaakte afspraken te wijzigen. Ten slotte is niet relevant of het initiatief voor deze afspraak, zoals [appellant] stelt, bij de accountant heeft gelegen.

6.5.16. Hieruit volgt dat [de zoon van appellant] op grond van artikel 10 lid 2 van de statuten de Stichting niet mocht vertegenwoordigen bij het aangaan van de gewijzigde tariefafspraak. Zoals [appellant] terecht heeft betoogd, is de externe bevoegdheid tot vertegenwoordiging die aan het bestuur of aan een bestuurder van een stichting toekomt, onbeperkt en onvoorwaardelijk, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (artikel 2:292 lid 3 BW). De beperking van artikel 10 lid 2 van de statuten vloeit niet voort uit de wet, zodat deze beperking in beginsel niet aan [appellant] kan worden tegengeworpen.
6.5.17. De Stichting heeft, in reactie op het beroep van [appellant] op deze bepaling bij pleidooi in hoger beroep, aangevoerd dat [appellant] zich hierop niet mag beroepen omdat hij als oud bestuurder wist dat hij en zijn zoon vanwege tegenstrijdig belang de overeenkomst niet op deze wijze mochten aangaan.
6.5.18. Het hof stelt voorop dat het bij de vraag of een rechtspersoon zich op een bevoegdheidsbeperking als hier aan de orde jegens derden kan beroepen in beginsel geen verschil maakt of degene die met de rechtspersoon handelde van deze interne bevoegdheidsbeperking op de hoogte was. Wel kan het zich voordoen dat in de omstandigheden van het gegeven geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat degene die met de rechtspersoon handelde de rechtspersoon aan de met deze gesloten overeenkomst houdt, indien hij ondanks de hem bekende bevoegdheidsbeperking toch deze overeenkomst aanging (Hoge Raad 17 december 1982, NJ 1983, 480 (Bibolini), ECLI:NL:HR:1982:AG4503, rov. 3.3). Het hof is van oordeel dat in dit geval van dergelijke omstandigheden sprake is en overweegt daartoe als volgt.
6.5.19. [appellant] was als voormalig bestuurder van de Stichting bekend met de vertegenwoordigingsbeperking uit de statuten. [appellant] was zich er uiteraard ook van bewust dat de Stichting bij de tariefafspraak van 3,5% werd vertegenwoordigd door zijn zoon en niet door de RvT zoals de statuten voorschrijven. [appellant] heeft bovendien niet althans onvoldoende gemotiveerd weersproken dat hij wist dat de RvT evenmin goedkeuring had verleend voor deze gewijzigde tariefafspraak. Enerzijds stelt [appellant] immers, zonder dit concreet te onderbouwen of motiveren, dat de RvT was geïnformeerd en de gewijzigde afspraak had goedgekeurd. Anderzijds stelt [appellant] niet te weten of de RvT goedkeuring had verleend. Nu [appellant] wist dat met deze afspraak zijn eerdere door de RvT goedgekeurde afspraken aanzienlijk zouden worden gewijzigd, en gelet op zijn kennis van de noodzaak om de RvT daarbij te betrekken, had het echter voor de hand gelegen dat hij op zijn minst bij zijn zoon had gevraagd of RvT met de wijziging akkoord was. Daarover heeft [appellant] niets aangevoerd.
6.5.20. [appellant] diende er ten tijde van het aangaan van de tariefafspraak van 3,5% van de aanneemsom, met terugwerkende kracht tot 1 juni 2007, ernstig rekening mee te houden dat deze afspraak nadelig was voor de Stichting ten opzichte van de tot dan toe geldende afspraken. Tot het moment waarop deze afspraak werd gemaakt – [appellant] heeft niet betwist dat dit ten tijde van het opmaken van de bijbehorende factuur op 18 november 2008 is geweest – had [appellant] immers slechts werkzaamheden gefactureerd tot en met oktober 2007. Anders dan voor de maanden juni tot en met oktober 2007 ontbreken concrete stellingen over het aantal gewerkte uren in de maanden daarna. Ook voor de periode vanaf 1 juli 2008, toen gold dat [appellant] op regiebasis werd ingezet, ontbreken voldoende onderbouwde stellingen over de omvang van de uren die [appellant] sindsdien tot het aangaan van de gewijzigde tariefafspraak aan het project heeft besteed. De overgelegde verklaringen van (onder)aannemers en betrokkenen bieden daarover onvoldoende concrete aanknopingspunten.
Indien echter veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de werkzaamheden die [appellant] vanaf november 2007 tot november 2008 in het project [project 2] heeft verricht maandelijks van vergelijkbare omvang zijn geweest als in de maanden juni tot en met oktober 2007 (gemiddeld circa 60 uren per maand), dan had [appellant] deze werkzaamheden op basis van de op dat moment geldende afspraken kunnen declareren voor ruim € 50.000,- exclusief btw (13 maanden x 60 uren x € 70,-). Samen met het reeds gedeclareerde bedrag tot en met oktober 2007, had het totale bedrag daarmee in november 2008 circa € 75.000,- exclusief btw bedragen, iets meer dan de helft van het bedrag van ruim € 140.000,- exclusief btw dat de Stichting volgens de gewijzigde tariefafspraak verschuldigd zou zijn. Weliswaar kocht de Stichting daarmee ook de beloning voor nog te verrichten werkzaamheden af, maar er zijn geen aanwijzingen dat op dat moment nog een verge-

lijkbare hoeveelheid werkzaamheden te verwachten was. Het feit dat het hoofdgebouw al in het voorjaar van 2008 was opgeleverd, wijst eerder op het tegendeel. Of de Stichting daadwerkelijk is benadeeld door de gewijzigde tariefafspraak is niet vast te stellen, omdat een registratie van de uren die [appellant] sinds oktober 2007 gewerkt heeft ontbreekt en [appellant] sindsdien tot aan het maken van de gewijzigde afspraak geen uren heeft gedeclareerd. Deze omstandigheden komen in dit verband echter voor zijn rekening, zodat ervan uit moet worden gegaan dat [appellant] er ten tijde van het aangaan van de gewijzigde tariefafspraak ernstig rekening mee moest houden dat dit een voor de Stichting nadelige wijziging zou opleveren.

6.5.21. Gelet op de voorgaande omstandigheden is het hof van oordeel dat toepassing van de regel dat de Stichting zich op grond van artikel 2:292 lid 3 BW niet jegens [appellant] kan beroepen op het vertegenwoordigingsgebrek bij het aangaan van de gewijzigde tariefaanspraak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:2 lid 2 BW, zodat de Stichting dit gebrek wel aan [appellant] kan tegenwerpen. Het gevolg daarvan is dat tussen de Stichting en [appellant] geen overeenkomst tot stand is gekomen met betrekking tot het tarief van 3,5% van de aanneemsom, zodat het bedrag van € 141.595,06 inclusief btw dat de Stichting op grond daarvan aan [appellant] heeft voldaan, onverschuldigd is betaald.

6.5.22. Ten slotte heeft [appellant] betoogd dat aan het oordeel dat de afspraak van 3,5% niet rechtsgeldig tot stand gekomen is, niet de conclusie mag worden verbonden dat het ter uitvoering daarvan betaalde bedrag (volledig) onverschuldigd is betaald. Volgens [appellant] moet dan immers voor de periode tot 1 juli 2008 worden teruggegrepen op de afspraak tussen partijen dat maximaal 20 uren per week worden afgerekend tegen € 70,- exclusief btw, en voor de periode na 1 juli 2008 had een redelijk loon moeten worden bepaald in de zin van artikel 7:405 lid 2 BW.

Het hof is van oordeel, zoals volgt uit wat is overwogen in 6.5.20, dat de stellingen van [appellant] en de ter ondersteuning daarvan overgelegde documenten onvoldoende concreet zijn om zelfs bij benadering de omvang van de door hem verrichte werkzaamheden in de desbetreffende periode vast te stellen. [appellant] heeft daarom de stelling van de Stichting dat zij het bedrag van € 141.595,06 onverschuldigd heeft betaald, in dit opzicht onvoldoende weersproken. Aan toepassing van artikel 7:405 lid 2 BW komt het hof om dezelfde reden niet toe.

6.5.23. Uit het voorgaande volgt dat grief II en (in zoverre) grief III falen.

*Facturen 2009 en 2010*

6.5.24. Grief I van het principaal appel is mede gericht tegen het oordeel van de rechtbank in rechtsoverwegingen 2.204.3 en 2.204.4 dat [appellant] onvoldoende heeft onderbouwd dat hij de werkzaamheden heeft verricht die ten grondslag liggen aan de facturen uit 2009 en 2010 (van in totaal € 58.846,02), en dat [appellant] daarom ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de Stichting. Ook Grief III van het principaal appel is mede gericht tegen deze oordelen van de rechtbank. Deze grieven lenen zich in zoverre voor gezamenlijke behandeling.

6.5.25. De Stichting stelt dat niet is gebleken dat [appellant] daadwerkelijk werkzaamheden heeft verricht voor de uren die bij deze facturen in rekening zijn gebracht. Op de facturen is steeds vermeld dat wordt gedeclareerd voor advieswerkzaamheden en bouwbegeleiding maar een specificatie van de (aard van de) werkzaamheden is niet vermeld.

6.5.26. [appellant] voert aan dat hij sinds 1 juli 2008 op regiebasis werkzaam was en de Stichting hem op basis daarvan diverse opdrachten heeft gegeven om de directievoering en/of bouwbegeleiding te verzorgen van een aantal projecten van de Stichting. Met betrekking tot deze werkzaamheden en de verantwoording daarvan voert [appellant] aan wat reeds is beschreven in 6.5.5.

6.5.27. Het hof is van oordeel dat [appellant] zijn betwisting van de stelling van de Stichting dat aan de desbetreffende facturen geen werkzaamheden ten grondslag hebben gelegen die hij bij de Stichting in rekening kon brengen onvoldoende heeft onderbouwd, en overweegt daartoe als volgt.

De facturen zelf bevatten geen aanduiding van het project waarvoor de werkzaamheden zouden zijn verricht, terwijl [appellant] als opdrachtnemer met zijn achtergrond als voormalig bestuurder van de Stichting ervan op de hoogte was of althans had moeten zijn dat een deugdelijke boekhoudkundige verwerking van zijn facturen in ieder geval noodzakelijk maakte dat werd vermeld voor welk project de werkzaamheden waren verricht.

[appellant] heeft een groot aantal projecten genoemd waarvoor hij werkzaamheden heeft verricht en heeft verwezen naar een reeks verklaringen van (onder)aannemers en derden ter ondersteuning van zijn standpunt. Hij heeft onder meer verwezen naar het project [project 2] waarvoor hij in 2009 en 2010 nog werkzaamheden heeft verricht. Het in rekening brengen van die werkzaamheden verdraagt zich echter niet met het feit dat [appellant] dit project op dat moment al met de Stichting had afgerekend voor 3,5% van de totale aanneemsom, ook voor zijn toekomstige werkzaamheden. Dat deze laatste afspraak geen stand houdt, doet er niet aan af dat het in rekening brengen in 2009 en 2010 van werkzaamheden niet te verklaren is als [appellant], zoals hij stelt, op dat moment uitging van de geldigheid van die afspraak. [appellant] verwijst verder naar het project [project 1], terwijl dit volgens zijn eigen stellingen vóór 2009 werd afgerond.
[appellant] heeft verder geen concreet verband gelegd tussen de verschillende facturen en de (overige) projecten die hij ter verantwoording van deze facturen aanvoert. Het is daarom niet duidelijk of de desbetreffende facturen daadwerkelijk betrekking hebben op een of meer van de projecten die [appellant] heeft genoemd. [appellant] heeft geen concrete feiten gesteld waaruit dit verband zou kunnen worden afgeleid.
Daarom gaat het hof aan de betwisting door [appellant] voorbij, en moet ervan uit worden gegaan dat aan de desbetreffende facturen geen declarabele werkzaamheden ten grondslag hebben gelegen. Daarmee zijn de betalingen die de Stichting op deze facturen heeft gedaan, al dan niet via verrekeningen, ter hoogte van in totaal € 58.846,02 onverschuldigd gedaan en is [appellant] bovendien ter hoogte van dit bedrag ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de Stichting.
6.5.28. Uit het voorgaande volgt dat grieven I en III in zoverre falen.

*Rechtsverwerking, klachtplicht, verjaring, verzuim*
6.5.29. Met grieven I en V van het principaal appel voert [appellant] voorts aan dat de Stichting niet heeft voldaan aan haar klachtplicht door niet na ontvangst van de facturen (van 2007 t/m 2010) maar pas in november 2013 te klagen over het ontbreken van urenspecificaties bij die facturen. Na zoveel jaren kan [appellant] zijn uren niet meer specificeren. De Stichting heeft haar recht tot betwisting van de facturen verwerkt, aldus [appellant].
6.5.30. Het hof is van oordeel dat van rechtsverwerking of schending van de klachtplicht geen sprake is. Ten aanzien van rechtsverwerking in zijn algemeenheid geldt dat enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. (Hoge Raad 7 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0271, NJ 1991, 709, rov. 3.3.1; Hoge Raad 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1827, NJ 1996, 89 (Van den Bos/Provincial Insurance, rov. 3.3). Dergelijke omstandigheden zijn door [appellant] niet gesteld. Voor zover [appellant] heeft beoogd een beroep te doen op artikel 6:89 BW geldt dat dit artikel slechts ziet op gevallen van ondeugdelijke nakoming en niet (mede) op gevallen waarin in het geheel geen prestatie is verricht (Hoge Raad 23 maart 2007, NJ 2007, 176, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, rov. 4.3). Het opstellen en het toezenden van een factuur kunnen evenmin gelden als een prestatie zoals bedoeld in dit artikel (Hoge Raad 11 mei 2001, NJ 2001, 410, ECLI:NL:HR:2001:AB1565, rov. 3.3). Daarmee falen in zoverre grieven I en V van het principaal appel.
6.5.31. Met grief V voert [appellant] voorts aan dat de vorderingen van de Stichting terzake de facturen met een datum van vóór 1 november 2008 zijn verjaard. [appellant] heeft echter geen belang bij behandeling van deze grief, aangezien de vorderingen die betrekking hebben op facturen van vóór deze datum al op andere gronden niet toewijsbaar zijn.
6.5.32. Met grief V voert [appellant] ten slotte aan dat de vorderingen voor zover deze zijn gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming afstuiten op het vereiste van verzuim. Ook dit behoeft geen behandeling aangezien de toewijzing van de vorderingen niet is gebaseerd op een toerekenbare tekortkoming.

*Salaris, vakantietoeslag en dertiende maand*
6.6.1. Tussen partijen staat vast dat [appellant] namens de Stichting met zijn zoon [de zoon van appellant] een arbeidsovereenkomst is aangegaan op grond waarvan [de zoon van appellant] met ingang van 1 januari 2005 een salaris genoot van € 3.442,60 bruto per maand. Naast dit salaris heeft [de zoon van appellant] een dertiende maand ontvangen, welke € 3.485,63 bedroeg in 2005 en € 3.824,86 in 2006.
6.6.2. De Stichting vordert betaling van het verschil tussen het op basis van de arbeidsovereenkomst vermelde salaris en het salaris dat door de RvT is goedgekeurd zijnde € 2.930,- bruto per maand, rekening houdend met een cao-verhoging per 1 november 2005, en het daarop gebaseerde verschil in vakantietoeslag. In totaal gaat het om een bedrag van € 6.164,- aan maandelijks salaris en een bedrag van € 486,23 aan vakantietoeslag. Daarnaast vordert de Stichting betaling van de uitgekeerde bedragen aan dertiende maand over 2005 en 2006. De Stichting legt hieraan ten grondslag dat [appellant] een tegenstrijdig belang had bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met zijn zoon [de zoon van appellant] in de zin van artikel 10 lid 2 van de statuten van de Stichting. Daarom was toestemming nodig van de RvT voor het aangaan van deze overeenkomst. De RvT heeft slechts, in de vergadering van 25 januari 2005, toestemming gegeven voor een salaris van € 2.930 bruto per maand en heeft geen toestemming gegeven voor een dertiende maand. Uit de arbeidsovereenkomst noch uit de van toepassing verklaarde cao blijkt dat [de zoon van appellant] recht had op een dertiende maand. Door zijn zoon een hoger salaris toe te kennen heeft [appellant] in strijd gehandeld met artikel 10 lid 2 van de statuten, welke bepaling de Stichting beoogt te beschermen. Daarvan kan hem als toenmalige bestuurder van de Stichting een ernstig verwijt worden gemaakt in de zin van artikel 2:9 en artikel 6:162 BW, zodat hij aansprakelijk is voor de door de Stichting als gevolg daarvan geleden schade, bestaande uit het te veel betaalde aan salaris, vakantietoeslag en dertiende maand.
6.6.3. De rechtbank heeft de vordering tot vergoeding van de te veel betaalde bedragen aan salaris en vakantietoeslag toegewezen en de vordering tot vergoeding van de betaalde bedragen aan dertiende maand afgewezen.
6.6.4. Met grief IV van het principaal appel richt [appellant] zich tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake was van een tegenstrijdig belang bij [appellant] bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst met [de zoon van appellant] [appellant] bestrijdt bovendien de vaststelling door de rechtbank dat de RvT een salaris van € 2.930,- bruto per maand heeft vastgesteld en dat het toegekende salaris van € 3.485,63 bruto per maand niet de instemming had van de RvT. Het oordeel dat hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is (daarom) onjuist, aldus [appellant].
6.6.5. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat [appellant] als directeur van de Stichting bij het aangaan namens de Stichting van de arbeidsovereenkomst met zijn zoon een tegenstrijdig belang had in de zin van artikel 10 lid 2 van de statuten van de Stichting (Hoge Raad 14 november 1940, NJ 1941, 321; ECLI:NL:HR:1940:AG1920). Vertegenwoordiging door de RvT, althans haar goedkeuring, was daarom vereist. [appellant] heeft gesteld dat het salaris van € 3.442,60 bruto per maand de goedkeuring had van de RvT, en dat de arbeidsovereenkomst met [de zoon van appellant] al in de vergadering van 14 december 2004 is vastgesteld. Nu dit niet blijkt uit de notulen van de vergadering van 14 december 2004 – maar waaruit integendeel volgt dat nog een arbeidscontract zal worden opgemaakt dat ter goedkeuring zal worden voorgelegd aan de RvT – en [appellant] zijn stelling verder niet met concrete feiten heeft onderbouwd, gaat het hof aan die stelling als onvoldoende gemotiveerd voorbij. Hetzelfde geldt voor de niet althans onvoldoende gemotiveerde stelling dat het verslag van de RvT-vergadering van 25 januari 2005 geen betrekking heeft op een door de RvT genomen besluit en geen correcte weergave is van het besluit dat door de RvT is genomen. Dit betekent dat [appellant] in strijd heeft gehandeld met artikel 10 lid 2 statuten door met zijn zoon een arbeidsovereenkomst aan te gaan zonder adequate goedkeuring van de RvT. Nu het hier gaat om een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen (zie 6.5.13), is [appellant] voor de als gevolg daarvan ontstane schade aansprakelijk, aangezien hij geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat zijn handelen in strijd met de statutaire bepalingen geen ernstig verwijt oplevert (Hoge Raad 29 november 2002 («JOR» 2003/2, m.nt. Bartman; *red.*),. NJ 2003, 455 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek), ECLI:NL:HR:2002:AE7011, rov. 3.4.5).

De schade die de Stichting als gevolg van het verwijtbaar handelen van [appellant] heeft geleden bestaat, nu geen concrete feiten zijn gesteld op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat de RvT dit hogere salaris zou hebben goedgekeurd indien dat haar zou zijn voorgelegd, uit het verschil tussen het aan [de zoon van appellant] toegekende salaris en het salaris waarvoor de RvT wel haar goedkeuring heeft verleend, alsmede het daarop gebaseerde verschil in salarisverhoging per 1 november 2005 en vakantietoeslag. Daarmee faalt grief IV van het principaal appel.

6.6.6. Met grief V in het principaal appel voert [appellant] aan dat de vordering met betrekking tot het salaris over 2005 is verjaard, waarbij hij het oog heeft op de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW. Hiertoe stelt [appellant] dat het salaris van [de zoon van appellant] uit zowel de jaarstukken als de boekhouding had kunnen blijken en dat de feiten dateren van 2005. Daarnaast voert [appellant] aan dat de RvT hem décharge heeft verleend. Hij stelt daartoe dat het teveel betaalde salaris in de jaarrekening zichtbaar was, en dat informatie waarop de décharge ziet ook buiten het verband van de vergadering van aandeelhouders (in casu de RvT) ter kennis kan zijn gebracht, namelijk vanuit de boekhouding of de jaarrekening.

6.6.7. Het hof stelt voorop dat artikel 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover hier van belang, dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Naar vaste rechtspraak moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade dan wel bekendheid met de enkele mogelijkheid dat een bepaalde partij voor de schade aansprakelijk is, niet volstaat. De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen (Hoge Raad 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2047, rov. 3.3.2). [appellant] heeft zijn stelling dat het salaris bleek uit de jaarstukken als de boekhouding niet onderbouwd, bijvoorbeeld door het overleggen van en verwijzen naar de (desbetreffende passages van) de documenten waaruit dit blijkt. Het hof gaat daarom aan deze stelling als zijnde onvoldoende onderbouwd voorbij. [appellant] heeft verder niet gesteld waaruit de daadwerkelijke bekendheid van (de RvT van) de Stichting met het salaris dat aan [de zoon van appellant] werd uitbetaald blijkt, zodat dit verweer wordt gepasseerd. Om dezelfde reden gaat het hof voorbij aan de stelling van [appellant] dat hem décharge is verleend. Daarmee faalt in zoverre grief V van het principaal appel.

6.6.8. Met grief II van het incidenteel appel richt de Stichting zich tegen het oordeel van de rechtbank in rov. 2.38 van het bestreden vonnis dat de gevorderde betaling terzake de dertiende maand van [de zoon van appellant] niet voor toewijzing in aanmerking komt omdat vaststaat dat alle werknemers deze dertiende maand ontvingen, waaronder [appellant], zodat niet kan worden vastgesteld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur of onrechtmatig handelen van [appellant].

Ter onderbouwing van haar grief voert de Stichting aan dat er in 2005 en 2006 slechts vier werknemers waren met een arbeidsovereenkomst, op grond waarvan een dertiende maand werd toegekend. Het gaat niet om tientallen werknemers en er is dus ook geen sprake van een hoofdregel dat alle medewerkers een dertiende maand ontvingen. Voor de beantwoording van de vraag of een individuele werknemer recht heeft op een dertiende maand is bepalend wat daarover in de arbeidsovereenkomst of cao is afgesproken. Dit was ten aanzien van [de zoon van appellant] niet het geval. De cao kende geen dertiende maand en in woningcorporatieland is het zelfs ongebruikelijk dat een dertiende maand wordt toegekend. Ook bij de toekenning van de dertiende maand was sprake van een tegenstrijdig belang bij [appellant], en heeft hij in strijd gehandeld met de statuten en de Governancecode, aldus de Stichting.

6.6.9. Het hof is van oordeel dat de Stichting onvoldoende heeft onderbouwd dat [appellant] van de toekenning van een dertiende maand een ernstig verwijt kan worden gemaakt in de zin van artikel 2:9 BW of dat dit anderszins onrechtmatig is jegens de Stichting. Hoewel ten aanzien van het aangaan van de arbeidsovereenkomst met [de zoon van appellant] sprake was van een tegenstrijdig belang bij [appellant], en dus ook het zonder instemming van de RvT toekennen van een dertiende maand in strijd is met de artikel 10 lid 2 van de statuten, heeft [appellant] voldoende

feiten en omstandigheden aangedragen op grond waarvan hem hiervan niettemin geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. [appellant] heeft onbetwist gesteld dat aan andere werknemers binnen de onderneming van de Stichting ook een dertiende maand was toegekend. Hetgeen de Stichting heeft aangevoerd, namelijk dat de toepasselijke cao niet in een dertiende maand voorzag en het in de sector zelfs ongebruikelijk was om een dertiende maand toe te kennen, geeft geen verklaring voor het feit dat aan andere werknemers niettemin wel een dertiende maand werd toegekend; het staat daarmee zelfs op gespannen voet. Redenen waarom [de zoon van appellant] in dit opzicht anders had moeten worden behandeld dan de werknemers in kwestie heeft de Stichting niet gegeven. Waarom sprake zou zijn van schending van "de Governancecode" heeft de Stichting niet toegelicht. De Stichting heeft verder niets aangedragen op grond waarvan [appellant] een ernstig verwijt kan worden gemaakt dat hij aan [de zoon van appellant] een dertiende maand heeft toegekend, of dat hij daarmee anderszins onrechtmatig heeft gehandeld. Daarmee faalt grief II van het incidenteel appel.

*Telefoonkosten*

6.7.1. De Stichting vordert vergoeding van de kosten van een telefoonabonnement voor een telefoon die [appellant] na zijn pensionering is blijven gebruiken in de periode van juni 2007 tot en met april 2013, welke kosten de Stichting heeft betaald aan de leverancier van het abonnement. De Stichting stelt dat een rechtsgrond hiervoor ontbreekt. In totaal bedragen deze telefoonkosten € 5.548,31. Omdat [appellant] in juni 2013 reeds een bedrag van € 1.800,- aan de Stichting heeft betaald, vordert de Stichting nog € 3.748,-, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding. Ter hoogte van dit bedrag is [appellant] ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van de Stichting, aldus de Stichting.

6.7.2. De rechtbank heeft, in rov. 2.136 van het bestreden vonnis, geoordeeld dat het bestaan van een afspraak op grond waarvan [appellant] zijn telefoon in het kader van zijn werkzaamheden als adviseur mocht behouden niet kan worden vastgesteld. Volgens de rechtbank moet het er daarom voor worden gehouden dat [appellant] de telefoon zonder rechtsgrond heeft behouden, zodat de Stichting een vordering op hem heeft uit ongerechtvaardigde verrijking. De rechtbank heeft de vordering echter afgewezen omdat de Stichting vanwege het niet verstrekken van de desbetreffende facturen de gestelde omvang van de vordering onvoldoende heeft onderbouwd, en omdat de vordering wat betreft de periode tot 1 januari 2008 is verjaard. Met grief I van het incidenteel appel richt de Stichting zich tegen deze oordelen van de rechtbank. Zij heeft alsnog de desbetreffende facturen in het geding gebracht.

6.7.3. Het hof overweegt dat, veronderstellenderwijs uitgaande van het slagen van de grief, de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde verweren van [appellant] die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, opnieuw moeten worden beoordeeld.

6.7.4. [appellant] heeft betwist dat de telefoonkosten zonder rechtsgrond zijn betaald. Hij had overeenstemming met [de zoon van appellant] dat de desbetreffende telefoonkosten door de Stichting werden vergoed als tegenprestatie voor de werkzaamheden die hij voor de Stichting zou uitvoeren, aldus [appellant].

6.7.5. Het hof is van oordeel dat de Stichting, gelet op de betwisting van [appellant], onvoldoende heeft onderbouwd dat zij de telefoonkosten zonder rechtsgrond heeft betaald. De Stichting stelt immers ook dat [de zoon van appellant] de afspraak met zijn vader heeft gemaakt over het gebruik blijven maken van de telefoon. Volgens de Stichting was [de zoon van appellant] vanaf het moment dat zijn vader als gepensioneerde gebruik kon blijven maken van de mobiele telefoon als enig bestuurder verantwoordelijk en alleen de heer [de zoon van appellant] had de bevoegdheid daarover een beslissing te nemen (conclusie van repliek, punt 705). Het hof stelt daarom vast dat aan het gebruik van de telefoon door [appellant] een afspraak tussen [de zoon van appellant] handelend als bestuurder van de Stichting ten grondslag heeft gelegen. De Stichting heeft niets aangevoerd op grond waarvan niettemin geen sprake zou zijn van een rechtsgeldige door [de zoon van appellant] namens de Stichting gesloten overeenkomst. De Stichting heeft in dit verband niet aangevoerd dat [de zoon van appellant] in strijd heeft gehandeld met (artikel 10 lid 2 van) de statuten vanwege een tegenstrijdig belang. De Stichting heeft bij memorie van antwoord weliswaar aangevoerd dat de RvT niet van deze afspraak op de hoogte was, maar dit heeft zij slechts aangevoerd in verband met haar betwisting dat de vordering deels verjaard zou zijn (memorie van antwoord,

punten 321-322). Voor zover de stellingen van de Stichting wel zo begrepen moeten worden dat sprake is van schending van de desbetreffende bepaling van de statuten, dan heeft de Stichting geen omstandigheden aangedragen die zouden maken dat [appellant] zich niet kan beroepen op de regel van artikel 2:292 lid 3 BW dat een eventueel vertegenwoordigingsgebrek van [de zoon van appellant] bij het aangaan van de afspraak niet door de Stichting aan [appellant] kan worden tegengeworpen. De Stichting heeft voor het overige niets aangevoerd op grond waarvan de door haar betaalde kosten – ondanks de door [de zoon van appellant] met [appellant] gemaakte afspraak daartoe – niettemin zonder rechtsgrond door de Stichting zouden zijn betaald zodat [appellant] ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt.
6.7.6. Uit het voorgaande volgt dat de vordering van de Stichting niet toewijsbaar is, zodat de vraag of sprake is van gedeeltelijke verjaring niet aan de orde komt. Grief I van het incidenteel appel kan dus niet tot vernietiging van het vonnis leiden, zodat het vonnis op dit punt zal worden bekrachtigd.

*Buitengerechtelijke kosten*
6.8.1. Met grief III van het incidenteel appel richt de Stichting zich tegen de afwijzing van gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten. De Stichting voert hiertoe onder meer aan dat zij zich genoodzaakt heeft gezien een inventarisatie en analyse te laten uitvoeren door [consultancy] Consultancy, waarmee zij kennelijk betoogt kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid te hebben gemaakt in de zin van artikel 6:96 lid 2 sub b BW. De Stichting vordert € 2.993,09, welk bedrag zij heeft begroot aan de hand van het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (hierna: Besluit BIK).
6.8.2. [appellant] betwist dat daadwerkelijk werkzaamheden zijn verricht die voor separate vergoeding in aanmerking komen, die niet dienen ter inleiding van de zaak en die daarom niet onder de forfaitaire vergoeding van proceskosten vallen.
6.8.3. Het hof overweegt dat [appellant] niet dan wel onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de werkzaamheden die [consultancy] Consultancy heeft verricht in redelijkheid noodzakelijk waren ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. Deze werkzaamheden kunnen, gelet op hun aard en omvang zoals blijkt uit de notitie van [consultancy] van september 2013 over de onderzochte declaraties die [appellant] bij de Stichting heeft ingediend (productie 6 bij hoofdstuk 15 van de inleidende dagvaarding), niet worden aangemerkt als verrichtingen waarvoor de proceskostenvergoeding van artikel 237 Rv een vergoeding pleegt in te sluiten. [appellant] heeft verder niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist dat de kosten die voor deze werkzaamheden worden gevorderd, en die blijkens de factuur van [consultancy] over september 2013 (inleidende dagvaarding, blz. 147) het gevorderde bedrag van € 2.993,09 aanzienlijk overstijgen, in redelijkheid zijn gemaakt. Het gevorderde bedrag is daarom, hoewel begroot volgens het niet-toepasselijke Besluit BIK, wel toewijsbaar. Daarom slaagt grief III in het incidenteel appel, zodat het bestreden vonnis op dit punt zal worden vernietigd en de vordering van de Stichting zal worden toegewezen.

*Overig*
6.9. Voor het eerst bij pleidooi in hoger beroep heeft [appellant] aangevoerd dat sprake zou zijn van schending van het ne-bis-in-idembeginsel neergelegd in artikel 4 van het zevende protocol van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens. Voor zover [appellant] met deze stelling heeft beoogd een nieuwe grief te formuleren tegen het bestreden vonnis, is dit in strijd met de twee-conclusie-regel zodat het hof daaraan voorbijgaat. Op de in beginsel strakke twee-conclusie-regel zijn weliswaar uitzonderingen denkbaar, maar gesteld noch gebleken is dat een van deze uitzonderingen in de onderhavige zaak van toepassing is.
6.10. Ten slotte is grief VI van het principaal appel gericht tegen de veroordeling van [appellant] in de proceskosten en beslagkosten van de Stichting. Uit het voorgaande volgt echter dat [appellant] in eerste aanleg in overwegende mate in het ongelijk is gesteld, zodat hij terecht is veroordeeld in de proceskosten en beslagkosten van de Stichting. Daarom faalt grief VI van principaal appel.

*Conclusie en proceskosten*
6.11.1. Uit het voorgaande volgt dat de vordering van de Stichting ten aanzien van de facturen van 2007, ter hoogte van in totaal € 25.239,90, ten onrechte is toegewezen. Daarnaast is de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten, die in hoger beroep nader is gespecificeerd op € 2.993,09, ten onrechte afgewezen. Het hof zal daarom het bestreden vonnis vernietigen voor

zover daarbij de vordering van de Stichting jegens [appellant] is toegewezen tot € 232.560,95 en de vordering van de Stichting jegens [appellant] tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten is afgewezen, en in plaats daarvan een bedrag van € 210.314,14 toewijzen welk bedrag bestaat uit:
€ 141.595,06 (factuur 18 november 2008)
€ 58.846,02 (facturen 2009 en 2010)
€ 6.650,23 (salaris 2005)
€ 2.993,09 (buitengerechtelijke kosten)
€ 229,74 (beslagkosten)
€ 210.314,14.
6.11.2. Voor het overige zal het hof het bestreden vonnis, voor zover dit aan het oordeel van het hof is onderworpen, bekrachtigen. De vordering van [appellant] tot terugbetaling van wat ter uitvoering van het bestreden vonnis, voor zover vernietigd, aan de Stichting is betaald, vermeerderd met wettelijke rente, zal worden toegewezen.
6.11.3. In het principaal appel is [appellant] in overwegende mate in het ongelijk gesteld, zodat hij zal worden veroordeeld in de proceskosten van het principaal appel. (...; *red.*).
6.11.4. In het incidenteel appel is de Stichting in overwegende mate in het ongelijk gesteld, zodat zij zal worden veroordeeld in de proceskosten in het incidenteel appel. (...; *red.*).
6.11.5. De door zowel de Stichting als [appellant] gevorderde nakosten en de door de Stichting gevorderde wettelijke rente over de proceskosten zullen worden toegewezen op de wijze als in het dictum bepaald.

*7. De uitspraak*
Het hof:
vernietigt het bestreden vonnis voor zover daarbij, in punt 3.3 van het dictum, [appellant] is veroordeeld om aan de Stichting tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen € 232.560,95, te vermeerderen met de wettelijke rente zoals in het dictum bepaald, en voor zover daarbij, in punt 3.8 van het dictum, de vordering van de Stichting tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten is afgewezen;
opnieuw rechtdoende:
veroordeelt [appellant] om aan de Stichting tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen € 210.314,14, te vermeerderen met de wettelijke rente in de zin van artikel 6:119 BW:
– over de beslagkosten vanaf 17 december 2013, tot de dag van voldoening,
– over de overige posten, met uitzondering van de buitengerechtelijke kosten, vanaf de data zoals vermeld in de relevante passages van de inleidende dagvaarding tot aan de dag van voldoening;
bekrachtigt het bestreden vonnis voor het overige, voor zover dit aan het oordeel van het hof is onderworpen;
veroordeelt de Stichting tot terugbetaling aan [appellant] van wat ter uitvoering van het bestreden vonnis, voor zover vernietigd, door [appellant] aan de Stichting is betaald, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf de betaaldatum tot aan die der algehele terugbetaling;
veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het principaal appel (...; *red.*);
veroordeelt de Stichting in de proceskosten van het incidenteel appel (...; *red.*);
wijst het in hoger beroep meer of anders gevorderde af; en
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

**NOOT**

1. Vitaal Wonen is anno 2005 een van de kleinste woningbouwcorporaties van ons land. De stichting bezit krap 300 woningen in Limbricht, Einighausen en Guttecoven. Zij doet meer dan het verhuren van woningen; allerhande investeringen moeten de drie dorpen nabij Sittard meevoeren in de stroom des tijds. Gelukkig is het bestuur en toezicht in vaste handen. Dorpsgenoot Jos P. is sinds 1991 bestuurder en doet daarnaast al jaren aan projectontwikkeling in privé. Henk R. – een betrokken, graag geziene man van de gemeenschap – is reeds sinds 1986 voorzitter van de rvt.
2. Het is wel zaak tijdig de opvolging van Jos te regelen, die tegen zijn pensionering aanzit. Gelukkig wordt Noël, de zoon van Jos, ondanks zijn geringe ervaring bereid gevonden het stokje over te nemen. Een korte stage volstaat in 2007 voor de rvt om Noël tot enig bestuurder te benoemen. De raad stelt diens brutosalaris vast op € 2.930 per maand, welk (zelfs naar academische maatstaven bescheiden) bedrag in goed overleg tussen Jos en Noël iets wordt verhoogd en in de arbeidsovereenkomst op € 3.442 per maand wordt vastgesteld. Intussen blijft Jos ook na zijn pensioen bouwprojecten begeleiden voor de corporatie – volgens afspraak met de rvt kan Jos hier-

voor maximaal twintig uur per week declareren tegen een uurtarief van € 70. Dit wordt later aangepast: op aanraden van de accountant spreekt Noël met zijn vader af dat die laatste voor zijn werkzaamheden een vergoeding krijgt van 3,5% van de aanneemsom van de projecten waarbij hij is betrokken.

3. In de jaren die volgen factureert vader voor een bedrag van € 141.595,06 bij de stichting. Vele projecten komen tot stand. De corporatie speelt in op de behoeften van de markt. Exemplarisch is de aankoop van een villa door de corporatie: een goed deel van het perceel wordt overgedaan aan oud-bestuurder Jos, die dat bij zijn tuin trekt, en de villa wordt opgeknapt en verhuurd aan Henk (de voorzitter van de rvt, die later verklaart "toch niet zo'n tuinman" te zijn). Onderwijl stort Noël zich ten volle op zijn bestuurstaak, althans als we mogen afgaan op zijn declaratiegedrag. Voor rekening van de corporatie komen lunches, diners, wijnen, sterke drank, telefoonkosten, autokosten en een lidmaatschap van de Limburgse Vastgoed Sociëteit. De lijn tussen zaken en privé is vloeiend. Noël gebruikt op gezette tijden de pinpas van de stichting en dient met dezelfde regelmaat facturen in op naam van aan hem gelieerde vennootschappen. Aldus de feiten in het rechtbankvonnis (ECLI:NL:RBLIM:2017:2082) en in de krant (J. Dohmen, 'Directeur corporatie Vitaal Wonen: "Moet ik mij nu melden bij de politie?"', *NRC* 28 augustus 2012).

4. Er volgen Kamervragen, een inval van de FIOD en strafrechtelijke vervolging. In 2013 vordert het nieuwe bestuur van ZOWonen – waarin Vitaal Wonen is gefuseerd – het te veel betaalde terug. Noël moet ZOWonen € 533.277,34 overmaken, Jos wordt door de rechtbank tot betaling veroordeeld van € 232.560,95. Alleen Jos komt in hoger beroep.

5. Voor het hof spitst het geding zich toe op de afspraken over het salaris van Noël en over de betaling voor de werkzaamheden van Jos. Naar 's hofs oordeel zijn deze in strijd met de statuten gemaakt, die destijds bepaalden dat de stichting in gevallen van tegenstrijdig belang niet werd vertegenwoordigd door haar bestuurder maar door de voorzitter en ten minste één ander lid van de rvt. Het hof kleurt deze statutaire tegenstrijdigbelangregeling in met het wettelijke begrip, naar zijn zeggen analogisch aan art. 2:256 (oud) BW dat tot 2013 voor de bv gold. Jos had als bestuurder een tegenstrijdig belang toen hij een ander bedrag opnam in de arbeidsovereenkomst met Noël dan met de rvt afgesproken; en andersom handelde Noël als geconflicteerd bestuurder toen hij Jos een hogere vergoeding toekende voor zijn werkzaamheden. Het hof wijst op het bekende *Maas/Amazone*-arrest (HR 14 november 1940, *NJ* 1941/321), waarin de Hoge Raad betekenis toekent aan "de voldoening, die een vader, ook al mochten zijn eigen geldelijke belangen daarbij niet betrokken zijn, kan putten en in den regel zal putten uit het feit, dat zijn zoon een ruim salaris voor zijn werkzaamheid bedingt". Aangezien in beide gevallen niet is komen vast te staan dat de rvt was betrokken, aldus het hof, heeft Jos respectievelijk Noël in strijd met de statuten gehandeld. Zie r.o. 6.5.13 en 6.6.5.

6. Welk gevolg heeft dit handelen voor Jos? Het hof overweegt (of neemt gezien het partijdebat tot uitgangspunt, zie r.o. 6.5.16 en 6.6.1) dat de statutaire tegenstrijdigbelangregeling slechts intern werkt. In principe ligt dus aan de werkzaamheden van Noël en Jos een bevoegdelijk namens de stichting gesloten overeenkomst ten grondslag. Een stichtingsbestuurder heeft tenslotte een onbeperkte en onvoorwaardelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid, waaraan statutaire beperkingen slechts kunnen afdoen voor zover ze voortvloeien uit de wet (art. 2:292 lid 3 BW). Dat de statutaire beperking alleen intern werkt, is van tweeërlei betekenis. Ten eerste handelde Jos als bestuurder ernstig verwijtbaar toen hij met Noël een hoger salaris overeenkwam dan waarvoor de rvt zijn fiat had gegeven. Indachtig de Berghuizer Papierfabriek (HR 29 november 2002, «JOR» 2003/2, m.nt. Bartman) levert dit handelen in strijd met de statuten een ernstig verwijt op en daarmee bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Zie r.o. 6.6.5. Het (teveel aan) salaris is niet onverschuldigd aan Noël betaald, aldus de rechtbank in r.o. 2.31, omdat er een geldige arbeidsovereenkomst was. Ten tweede vertegenwoordigde Noël – inmiddels bestuurder – de stichting bevoegdelijk toen hij met Jos een hoger tarief overeenkwam. Hieraan kan Jos echter de stichting niet houden: het hof komt in r.o. 6.5.21 tot de conclusie dat de Bibolini-exceptie opgaat. De slotsom is dat het vonnis van de rechtbank grotendeels in stand blijft.

7. Terug naar de tegenstrijdigbelangregeling in de statuten. Heeft deze inderdaad uitsluitend interne werking? Het belang van deze kwestie is gering, nu het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechts-

personen voorziet in een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling die uitsluitend de besluitvorming aantast en niet de vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 2:291 lid 4 (nieuw) BW; zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 7, p. 7 (NvW)). Art. XV lid 3 bepaalt bovendien dat na inwerkingtreding van de wet geen beroep meer kan worden gedaan op een statutaire bepaling die de vertegenwoordigingsbevoegdheid verplaatst ingeval een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. Dit stukje overgangsrecht geldt naar de letter alleen voor de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, maar moet denkelijk analogische toepassing vinden op zulke bepalingen in de stichtingsstatuten. Tenminste: dat laatste geldt slechts voor degene die er, anders dan het hof, van uitgaat dat een statutaire tegenstrijdigbelangregeling in de stichting extern kan werken. Zie Dijk/Van der Ploeg, *Van de vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 281. De meeste schrijvers gaan er echter van uit dat een bepaling als die in de statuten van Vitaal Wonen alleen intern werkt (zie Asser/Rensen 2-III 2017/336), zoals ook de Rechtbank Rotterdam (5 juli 2017, «JOR» 2017/226, m.nt. Van Thiel *(Stichting Humanitas)*, r.o. 2.15) heeft aangenomen. De gedachte achter art. 2:292 lid 3 BW – de rechtszekerheid en het vlotte verloop van het handelsverkeer – verzetten zich er immers tegen dat wordt aangenomen dat een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid "uit de wet voortvloeit" als die wet zwijgt. Onvoldoende in dat licht is mijns inziens ook de analogische toepassing van de algemene bepalingen over Selbsteintritt en belangentegenstellingen (art. 3:68, 7:416 en 7:418 BW), net zomin als de bepalingen over tegenstrijdig belang bij de andere rechtspersonen (art. 47/57 BW en art. 2:146/256 (oud) BW). Maar als gezegd: de hopelijk spoedige inwerkingtreding van een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling maakt dit lastige debat obsoleet. Dan staat vast dat een statutaire tegenstrijdigbelangregeling slechts intern werkt, niettemin behoudens de Bibolini-exceptie en (wellicht) het geval waarin de statuten een tegenstrijdig belang onder "belet" scharen. Zie over dit laatste Van Veen & Ten Berg, *WPNR* 2019/7236, p. 330-331.

8. Als gezegd stelt het hof vast dat Noël de stichting bevoegdelijk vertegenwoordigde toen hij buiten de rvt afsprak dat Jos voortaan 3,5% van de aanneemsom tegemoet kon zien. Het hof past niettemin de befaamde Bibolini-exceptie toe (naar HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480, m.nt. Maeijer) en overweegt daarover in r.o. 6.5.19 e.v. dat Jos (1) als voormalig bestuurder bekend was met de statutaire bepaling die voorschreef dat de rvt moest vertegenwoordigen, (2) zich ervan bewust moet zijn geweest dat Noël en niet de rvt in dezen vertegenwoordigde en (3) onvoldoende heeft weersproken dat hij wist dat de rvt geen goedkeuring had verleend. Daar komt bij dat Jos (4) er rekening mee moest houden dat het hogere tarief de stichting zou benadelen. Of de stichting daadwerkelijk is benadeeld valt door het ontbreken van een urenregistratie niet meer vast te stellen, maar dat komt voor rekening en risico van Jos. Hoe dan ook berekent het hof, een beetje met de natte vinger, dat de kosten voor de stichting zonder het hogere tarief de helft lager zouden zijn geweest.

9. Kan deze toepassing van Bibolini door de beugel? Strikt genomen misschien niet. De Hoge Raad eiste in Bibolini méér dan de wetenschap bij de wederpartij dat de bestuurder handelde in strijd met een interne beperking. De eerste drie omstandigheden die het hof noemt, houden echter niet meer in dan dat Jos ermee bekend moet zijn geweest dat Noël in weerwil van de statuten handelde. De vierde omstandigheid volstaat op zich niet: denkelijk volstaat niet dat het voor de wederpartij voorzienbaar was dat de rechtspersoon nadeel zou lijden. Het gaat erom dat bij de bestuurder en de wederpartij de opzet voorzat om de rechtspersoon te benadelen. Opzet is een vereiste, omdat enkel nadeel altijd wel aanwezig is in gevallen waarin de bevoegdheid van de bestuurder wordt betwist en de Bibolini-exceptie anders vaak aan de orde zal zijn. Over die opzet stelt het hof echter niets vast. Sterker, zoals het hof overweegt kan niet precies worden vastgesteld of de stichting daadwerkelijk is benadeeld, laat staan of er de opzet was dat te doen. Het hof had mijns inziens moeten vaststellen dat Noël en Jos samenspanden, dat het percentage hoogst ongebruikelijk was of dat (vaststaat dat) de stichting bijzonder was benadeeld. 's Hofs motivering had indringender gekund, maar toch twijfel ik er niet aan dat hier van een Bibolini-geval sprake is. Jos is niet de willekeurige derde in het handelsverkeer die bescherming verdient; het gaat hier om een zoon die zijn vader op slinkse wijze de bal toespeelt. Zelfs als Bibolini niet opgaat, profiteert Jos op onrechtmatige wijze van het wan-

presteren van Noël (vgl. HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42, m.nt. Scholten (*Pos/Van den Bosch*)).
10. Opmerkelijk genoeg overweegt het hof in r.o. 6.5.22 vervolgens dat Jos *in het geheel* geen recht heeft op een vergoeding. Hij kan namelijk geen urenspecificaties laten zien die de stelling van de stichting ontkrachten dat zij onverschuldigd heeft betaald en heeft daarom geen recht op een redelijk loon in de zin van art. 7:405 lid 2 BW. Zoals Haanschoten in zijn noot onder dit arrest opmerkt (*MvO* 2019, par. 4.2), lijkt dit in strijd met HR 19 december 2008, *NJ* 2011/4, m.nt. Hijma (*3Span/Recreatiebeheer*), r.o. 3.6.2, waarin is overwogen dat het in strijd is met de gedachte van een "redelijk loon" om hoge motiveringseisen te stellen en een urenspecificatie te verlangen. De beslissing van het hof strookt wel met gevoelens van rechtvaardigheid. *Summum Jos summa iniuria*.
11. Tegen het arrest is geen cassatie ingesteld.

mr. K.A.M. van Vught
universitair docent ondernemingsrecht, Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht

## 3

**Faillissementsaansprakelijkheid wegens schending administratieplicht**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Leeuwarden
24 september 2019, nr. 200.224.235/01, ECLI:NL:GHARL:2019:7801
(mr. Janse, mr. Smit, mr. Roorda)
Noot mr. drs. C.M. Harmsen

**Aansprakelijkheid (indirect) bestuurders. Faillissement. Schending administratieplicht. Geen weerlegging bewijsvermoeden. Geen disculpatie.**

[BW art. 2:10, 2:248 lid 2]

*[Geïntimeerden] c.s. hebben in onvoldoende mate betwist dat de boekhouding gedurende langere tijd ernstige gebreken heeft bevat en geen correct beeld heeft gegeven van de stand van de debiteuren, crediteuren en liquiditeiten. Daarmee staat vast dat de boekhouding niet voldeed aan de eisen van art. 2:10 BW.*
*Op grond van art. 2:248 lid 2 BW staat de onbehoorlijke taakvervulling door [geïntimeerden] c.s. (onweerlegbaar) vast en wordt (weerlegbaar) vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.*
*Voor het ontzenuwen van het weerlegbare vermoeden van art. 2:248 lid 2 BW volstaat dat de aangesproken bestuurders aannemelijk maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest, in welk geval het op de weg van de curator ligt op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Vgl. HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288, m.nt. Borrius, ECLI:NL:HR:2006:AY7916.*
*Wordt daartoe door de aangesproken bestuurders een van buiten komende oorzaak gesteld, en wordt de bestuurders door de curator verweten te hebben nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zullen door de bestuurders (tevens) feiten en omstandigheden moeten worden gesteld en zo nodig aannemelijk gemaakt waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. In dit laatste geval ligt het dan weer op de weg van de curator op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Vgl. HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29, m.nt. Borrius, ECLI:NL:HR:2007:BA6773 (Blue Tomato).*
*De rechtbank heeft in strijd met dit systeem geoordeeld dat [geïntimeerden] c.s. voldoende hebben weerlegd "het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden dat de gevoerde administratie in het tweede half jaar van 2010 of het niet tijdig deponeren van de jaarrekening over 2009 in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het faillissement".*
*Anders dan de rechtbank tot uitgangspunt neemt, impliceert de schending van art. 2:10 BW dat over de gehele linie sprake was van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dienen [geïntimeerden] c.s. aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan die onbehoorlijke taakvervulling (dus niet beperkt tot het voeren van een ondeugdelijke administratie) een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Vgl. HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329 en HR*

# acht principes governance code cultuur 2019

# 8

Governance Code
Cultuur 2019

# acht principes governance code cultuur 2019

# Inhoud


7 Voorwoord

12 8 principes

15 Toelichting bij de code

20 Principes en aanbevelingen

54 Begrippen

57 Comité van Aanbeveling

60 Commissie Governance Code Cultuur 2019

61 Gesprekspartners

# Voorwoord

Governance gaat over het besturen en de continuïteit van organisaties. Daarnaast speelt governance een belangrijke rol in het vertrouwen en de legitimiteit die de organisaties in de buitenwereld genieten. Bewust omgaan met governance is essentieel voor de versterking van culturele organisaties en voor een gezonde sector.
De Governance Code Cultuur biedt een normatief kader voor goed bestuur en toezicht in culturele organisaties.

Door de Code te hanteren laten de verantwoordelijke bestuurders en toezichthouders in de cultuursector aan de buitenwereld zien dat zij de gangbare standaarden voor goed bestuur en toezicht volgen. De Code komt niet in de plaats van de eigen verantwoordelijkheid van bestuurders en toezichthouders. De Code is juist bedoeld om bewustwording en kritische reflectie door bestuur en toezicht te stimuleren. Daarom biedt de Code handvatten voor het handelen in situaties die ingewikkeld zijn, zoals bijvoorbeeld in het geval van belangenverstrengeling. De Code is ‘principle based’: hij bevat algemeen geldende principes, waarvoor geldt: ‘pas toe én leg uit’. Per principe zijn aanbevelingen uitgewerkt, waarvoor geldt: ‘pas toe óf leg uit’. Op deze manier doen we recht aan de veelzijdigheid van de organisaties die actief zijn in de cultuursector.

De Code is ook een instrument voor financiers in de cultuursector (overheden, fondsen en private financiers). Zij gebruiken de Code als referentiekader bij het beoordelen van een aanvraag om financiële middelen en de verantwoording over de besteding ervan door de culturele organisatie.

De Governance Code Cultuur 2019 borduurt voort op de ontwikkeling van governance in de afgelopen jaren. Sinds de introductie van de vorige Code in 2014 zien we dat culturele organisaties de Code als praktijkinstrument veel intensiever gebruiken. Hiermee zijn in de cultuursector betekenisvolle stappen gezet naar beter bestuur en toezicht. Daarmee zijn we er nog niet: we zien nieuwe vraagstukken opkomen en bestaande dilemma's manifesteren zich urgenter. Op basis van praktijkervaring, onderzoek naar de toepassing van de Code en een brede dialoog met stakeholders in de sector, zien we vier ontwikkelingen die tot nieuwe thema's in de herziene Code hebben geleid:

**1**
Culturele organisaties hebben groeiende ambities waardoor het veld van belanghebbenden diverser en complexer wordt. Dat vraagt van culturele organisaties om die ambities in samenspraak met relevante belanghebbenden uit te werken en om te zetten in resultaten.

**2**
De onder 1 genoemde verandering brengt ook met zich mee dat organisaties vaker met meerdere verschillende typen financiers te maken hebben (bijvoorbeeld met zowel publieke als private partijen). Dat vergroot de complexiteit van besturen en toezichthouden. Het vraagt om aanpassing van de spelregels om zo de maatschappelijke doelstelling en artistieke integriteit* van culturele organisaties te waarborgen en risico's aanvaardbaar te houden.

**3**
Er heerst soms verwarring over de taakverdeling tussen bestuur en toezicht. Er is een scherpere afbakening van de verschillende rollen gewenst om rolverwarring of zelfs rolvermenging te voorkomen.

**4**
Het gaat wel eens mis op het punt van integriteit en belangenverstrengeling. Dat maakt het noodzakelijk spelregels af te spreken ter voorkoming van ongewenste belangenverstrengeling en als dit zich voordoet het te beheersen en zo snel mogelijk op te lossen.

De Governance Code Cultuur 2019 is van en voor de cultuursector. Deze Code is de opbrengst van rondetafelgesprekken en zo'n 80 individuele consultaties. Wij zijn velen erkentelijk voor het actief meedenken over deze nieuwe versie. De Code wordt ondersteund door bestuurders, toezichthouders, brancheorganisaties, het Rijk, gemeenten, de VNG, (publieke en private) fondsen,

* Het begrip artistieke integriteit omvat in dit kader ook de vakinhoudelijke integriteit, zoals bijvoorbeeld bij collectiebeheer of het presenteren van cultuur.

wetenschappers en door een Comité van Aanbeveling. Al deze partijen hebben bijgedragen aan de totstandkoming van deze Code. Wij willen hen daarvoor bijzonder bedanken. Een lijst van alle gesprekspartners is opgenomen in de bijlage van de Code.

Cultuur+Ondernemen heeft, als houder van de Code, een commissie ingesteld voor de actualisatie van de Code. De Commissie Governance Code Cultuur, bestaande uit Louis Houwen, Ben Kokx, Patrick Broekema en Jo Houben, heeft in nauw overleg met de sector de Governance Code Cultuur 2019 opgesteld. Cultuur+Ondernemen is het aanspreekpunt voor de sector over het toepassen van de Code. Als kenniscentrum op het gebied van besturen en toezicht wil Cultuur+Ondernemen ook in de komende periode een actieve en stimulerende gesprekspartner zijn. Uw reacties, praktijkervaringen en praktische vragen zien we dan ook graag tegemoet.

Wij hopen dat de Governance Code Cultuur 2019 bijdraagt aan een cultuursector met zorgvuldig bestuur, goed toezicht en transparante verantwoording.

**Jo Houben**
directeur-bestuurder
Cultuur+Ondernemen

**Prof. mr. Louis Houwen**
hoogleraar private-public governance
TIAS, School for Business and Society, Tilburg University
partner Dirkzwager legal & tax



# 8

## waarde scheppen voor en in de samenleving

**1**

De organisatie realiseert haar maatschappelijke doelstelling door culturele waarde te creëren, over te dragen en/of te bewaren. PAGINA 20

**2**

De organisatie past de principes van de Governance Code Cultuur toe en licht toe hoe zij dat heeft gedaan ('pas toe én leg uit'). De organisatie volgt de aanbevelingen op en wijkt daar alleen gemotiveerd van af ('pas toe óf leg uit'). PAGINA 22

## integer en rolbewust handelen

**3**

Bestuurders en toezichthouders zijn onafhankelijk en handelen integer. Zij zijn alert op belangenverstrengeling, vermijden ongewenste belangenverstrengeling en gaan op een transparante en zorgvuldige wijze om met tegenstrijdige belangen. PAGINA 26

**4**

Bestuurders en toezichthouders zijn zich bewust van hun eigen rol en de onderlinge verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden en handelen daarnaar. PAGINA 32

## zorgvuldig besturen

**5**

Het bestuur is verantwoordelijk voor de algemene en dagelijkse leiding, het functioneren en de resultaten van de organisatie. PAGINA 38

**6**

Het bestuur gaat zorgvuldig en verantwoord om met de mensen en de middelen van de organisatie. PAGINA 40

## goed toezicht uitoefenen

**7**

De raad van toezicht voert zijn toezichthoudende, adviserende en werkgeversrol op een professionele en onafhankelijke wijze uit. PAGINA 44

**8**

De raad van toezicht is verantwoordelijk voor zijn samenstelling en waarborgt daarbij deskundigheid, diversiteit en onafhankelijkheid. PAGINA 48

## Toelichting bij de Code

De Code is bedoeld voor alle culturele organisaties die er voor kiezen om deze Code te gebruiken, ongeacht rechtsvorm, besturingsmodel, financier(ing) en omvang. De Code sluit aan op financiële, juridische en fiscale kaders uit de geldende wet- en regelgeving en, voor zover van toepassing, op subsidie-voorwaarden. Deze komt daar niet voor in de plaats.

**Raad-van-toezicht-model is het uitgangspunt**
In deze Code is het besturingsmodel met een raad van toezicht het uitgangspunt voor alle principes en aanbevelingen. Het raad-van-toezicht-model is niet het enig mogelijke besturingsmodel. Het is een veelgebruikt model met een duidelijke toedeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden voor het **bestuur** en het **toezicht** op het bestuur. Dit model biedt de mogelijkheid om bestuur en toezicht apart te behandelen en is daarom gekozen als uitgangspunt voor de Code.

Naast het raad-van-toezicht-model komt in de cultuursector geregeld het bestuur-model voor. Bij het bestuur-model liggen alle taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden bij het bestuur. Wanneer in dit model een directie is ingesteld blijft de verantwoordelijkheid voor de gang van zaken en de resultaten van de organisatie bij het bestuur liggen. De Code is ook geschikt voor organisaties met alleen een bestuur.

In de toolkit op www.governancecodecultuur.nl is een handreiking opgenomen waarin u kunt lezen hoe de aanbevelingen en principes geïnterpreteerd moeten worden in een organisatie met een bestuur-model.

**Bewust omgaan met de code**
De Governance Code Cultuur is een instrument voor goed bestuur en toezicht. De Code gaat over het gehele besturingsproces van een organisatie: beleid, besluitvorming, uitvoering, toezicht en verantwoording. De Code helpt bestuurders en toezichthouders

bewust te reflecteren aan de hand van vragen als: 'Hoe doen we het eigenlijk?', 'Waarom doen we het zo?' en 'Wanneer doen we het goed?'. Het gaat er niet om dat we alle regels kunnen afvinken, maar of er sprake is van bewust handelen. De Code bestaat uit acht principes. Bij elk principe zijn aanbevelingen opgesteld die concrete aanwijzingen geven voor handelen.

**Principes**
Voor de principes geldt 'pas toe én leg uit'. De principes zijn ruim gesteld, maar ook verplichtend. Ze moeten gevolgd worden en omdat ze ruim geformuleerd zijn, vraagt dit om een toelichting hoe de organisatie deze heeft toegepast. Hierover wordt verantwoording afgelegd in het jaarverslag en op de website van de organisatie.

**Aanbevelingen**
Voor de aanbevelingen geldt 'pas toe óf leg uit'. Dit beginsel houdt in dat de aanbevelingen uit deze Code moeten worden toegepast, tenzij de situatie zo is dat afwijken hiervan beter is voor de organisatie. Dit kan samenhangen met de aard, omvang of specifieke omstandigheden van de organisatie. Er kan alleen beargumenteerd worden afgeweken van de aanbevelingen. Over eventuele afwijkingen wordt verantwoording afgelegd. Het 'pas toe óf leg uit'-beginsel doet recht aan de grote verscheidenheid aan organisaties in de cultuursector.

**Maatschappelijke doelstelling**
De culturele waarden die de organisatie wil creëren, overdragen en/of bewaren voor en in de samenleving, komen samen in de maatschappelijke doelstelling. Deze maatschappelijke doelstelling biedt de organisatie een kader voor haar strategie, beleid en uitvoering. Ook schept deze doelstelling ruimte voor dialoog met de belanghebbenden. Zo laat de organisatie zien hoe zij zich verhoudt tot de samenleving.



**Belangenverstrengeling**
In de Code wordt expliciet stilgestaan bij de diverse aspecten van belangenverstrengeling. Belangenverstrengeling is een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar raken.

**Ongewenste Belangenverstrengeling**
Belangenverstrengeling kan voor culturele organisaties nuttig en zelfs nodig zijn, bijvoorbeeld in het kader van de fondsenwerving door bestuurders of de netwerkfunctie van toezichthouders. Bepaalde vormen van belangenverstrengeling kunnen ongewenst zijn, bijvoorbeeld als de belangen een zodanige invloed op elkaar hebben dat de onafhankelijkheid van een bestuurder of toezichthouder in het geding komt. Daardoor kan de organisatie worden beschadigd en vertrouwen en/of legitimiteit verliezen.

**Tegenstrijdig belang**
Tegenstrijdig belang is een zodanig direct of indirect persoonlijk belang van een bestuurder of toezichthouder dat deze niet meer in staat is om de belangen van de (culturele) organisatie op een integere, objectieve en onbevooroordeelde wijze te behartigen.

**Toolkit: praktijk en hulpmiddelen**
Naast de principes en aanbevelingen geeft een toolkit praktische ondersteuning bij de toepassing van de Code. Deze is te vinden op de website www.governancecodecultuur.nl.

# waarde scheppen voor en in de samenleving

# 1

## De organisatie realiseert haar maatschappelijke doelstelling door culturele waarde te creëren, over te dragen en/of te bewaren.



### Aanbevelingen

**1**
De organisatie heeft professioneel bestuur en toezicht en geeft ruimte aan betrokkenheid van belanghebbenden.

**2**
De organisatie realiseert haar maatschappelijke doelstelling op een duurzame en bedrijfsmatig verantwoorde wijze en waarborgt de artistieke integriteit.*

**3**
De organisatie kent een integere en open cultuur. Bestuurders en toezichthouders dragen dat uit en vervullen aldus een voorbeeldfunctie.

**4**
De maatschappelijke omgeving van de organisatie is divers, evenals de kring van externe belanghebbenden. Bestuurders en toezichthouders zijn zich hiervan bewust en gaan bij het realiseren van de maatschappelijke doelstelling zorgvuldig en op evenwichtige wijze om met de verschillende belangen.

**5**
Bij (mede)financiering door private partijen blijft de maatschappelijke doelstelling van de organisatie centraal staan. Eventuele exploitatieoverschotten vloeien terug naar het eigen vermogen van de organisatie. Van financiers wordt verlangd dit te respecteren.

* Het begrip artistieke integriteit omvat in dit kader ook de vakinhoudelijke integriteit, zoals bijvoorbeeld bij collectiebeheer of het presenteren van cultuur.

# 2

De organisatie past de principes van de Governance Code Cultuur toe en licht toe hoe zij dat heeft gedaan (pas toe én leg uit).
De organisatie volgt de aanbevelingen op en wijkt daar alleen gemotiveerd van af (pas toe óf leg uit).



## Aanbevelingen

**1**
Hoe de organisatie de aanbevelingen uit de Code precies toepast, hangt samen met de specifieke situatie en de aard van de organisatie en sluit aan bij omvang, rechtsvorm en besturingsmodel van de organisatie.

**2**
In de organisatie hebben het bestuur en de raad van toezicht ieder hun eigen verantwoordelijkheid voor het naleven van de Code. Het bestuur neemt het initiatief voor het verankeren van de Code in de organisatie en draagt zorg voor het naleven van de Code door de organisatie. De raad van toezicht houdt toezicht op het naleven van de Code en evalueert dit jaarlijks.

**3**
Het jaarverslag maakt melding van de rechtsvorm en het besturingsmodel van de organisatie.

**4**
De verantwoording in het jaarverslag – dat ook op de website van de organisatie wordt geplaatst – gaat in ieder geval over:
- de wijze waarop de organisatie de principes en aanbevelingen van de code heeft toegepast;
- de wijze waarop de organisatie overleg heeft gevoerd met de interne en externe belanghebbenden;
- het functioneren van het bestuur, de raad van toezicht en de wijze waarop is omgegaan met dilemma's en situaties van belangenverstrengeling of tegenstrijdig belang;
- de toepassing van het beleid ten aanzien van risicobeheersing en interne controle;
- het beloningsbeleid, de beloning, contractduur en (neven)functies van bestuurders;
- de honorering en/of vergoedingsregels en (neven)functies van de leden van de raad van toezicht.

# integer en rolbewust handelen

# 3

## Begripsomschrijving vooraf

**Belangenverstrengeling**
Belangenverstrengeling is een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar raken. Belangenverstrengeling kan voor culturele organisaties nuttig en zelfs nodig zijn, bijvoorbeeld in het kader van de fondsenwerving door bestuurders of de netwerkfunctie van toezichthouders.

**Ongewenste Belangenverstrengeling**
Bepaalde vormen van belangenverstrengeling zijn ongewenst. Bijvoorbeeld als de belangen een zodanige invloed op elkaar hebben dat de onafhankelijkheid van een bestuurder of toezichthouder in het geding komt. Daardoor kan de organisatie worden beschadigd en vertrouwen en/of legitimiteit verliezen.

**Tegenstrijdig belang**
Tegenstrijdig belang is een zodanig direct of indirect persoonlijk belang van een bestuurder of toezichthouder dat deze niet meer in staat is om de belangen van de (culturele) organisatie op een integere, objectieve en onbevooroordeelde wijze te behartigen.

# 3

Bestuurders en toezichthouders zijn onafhankelijk en handelen integer. Zij zijn alert op belangenverstrengeling, vermijden ongewenste belangenverstrengeling en gaan op een transparante en zorgvuldige wijze om met tegenstrijdige belangen.



Aanbevelingen

**1**
Bestuurders en toezichthouders zorgen voor een cultuur van openheid en aanspreekbaarheid binnen de organisatie.

**2**
Het bestuur en de raad van toezicht vergewissen zich van de onafhankelijkheid van hun leden. Bestuurders en toezichthouders hebben geen zakelijke of artistieke belangen of relaties met de organisatie anders dan als bestuurder of toezichthouder. Zij aanvaarden zonder voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht geen (neven)functies die gezien de aard of het tijdsbeslag raken aan hun functioneren.

**3**
Een voormalig lid van het bestuur kan gedurende een periode van vier jaar geen toezichthouder van de organisatie zijn.

**4**
Bestuurders en toezichthouders laten het belang van de organisatie prevaleren boven eigen belangen en onthouden zich van persoonlijke bevoordeling van henzelf of hun naasten.

**5**
De organisatie hanteert spelregels om belangenverstrengeling in een zo vroeg mogelijk stadium te signaleren, om ongewenste belangenverstrengeling te vermijden en om te waarborgen dat bestuurders en toezichthouders op een transparante en zorgvuldige wijze omgaan met eventuele tegenstrijdige belangen.

# 3

Bestuurders en toezichthouders zijn onafhankelijk en handelen integer. Zij zijn alert op belangenverstrengeling, vermijden ongewenste belangenverstrengeling en gaan op een transparante en zorgvuldige wijze om met tegenstrijdige belangen.





## Aanbevelingen

**6**
Bestuurders en toezichthouders melden elke vorm van (mogelijke) belangenverstrengeling en (potentieel) tegenstrijdig belang aan de voorzitter van de raad van toezicht en verschaffen hem daarover alle relevante informatie. De raad van toezicht besluit dan buiten de aanwezigheid van de betrokken toezichthouder(s) en/of bestuurder(s) of er sprake is van ongewenste belangenverstrengeling of tegenstrijdig belang en treft passende maatregelen. De raad van toezicht geeft hierover openheid binnen de organisatie en naar externe belanghebbenden.

**7**
Als op basis van een melding geconstateerd wordt dat er sprake is van ongewenste belangenverstrengeling zorgt de betrokken bestuurder of toezichthouder ervoor dat deze belangenverstrengeling zich niet voordoet of zo snel mogelijk wordt opgeheven. De raad van toezicht ziet hierop toe en neemt maatregelen wanneer de betrokken bestuurder of toezichthouder hierin nalatig is.

**8**
Als er sprake is van tegenstrijdige belangen neemt de betrokken bestuurder of toezichthouder niet deel aan de voorbereiding, beraadslaging, besluitvorming en uitvoering van deze zaken.

**9**
Besluiten tot het aangaan van transacties of relaties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of toezichthouders (kunnen) spelen, behoeven vooraf goedkeuring door de raad van toezicht. De raad van toezicht legt deze besluiten schriftelijk en met een motivering vast en rapporteert hierover in het jaarverslag.

# 4

## Bestuurders en toezichthouders zijn zich bewust van hun eigen rol en de onderlinge verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden en handelen daarnaar.



Aanbevelingen

**1**
Het bestuur stelt de rechtsvorm en het besturingsmodel van de organisatie vast na overleg met en instemming van de raad van toezicht. De organisatiestructuur en financiële inrichting zijn helder en maken een eenduidige toedeling mogelijk van de bestuurlijke en toezichthoudende taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden.

**2**
Toezichthouders nemen geen taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden over die tot de verantwoordelijkheid van het bestuur behoren.

**3**
Het bestuur zorgt ervoor dat de raad van toezicht zijn toezicht-houdende rol volledig en naar behoren kan uitoefenen en treedt niet in de taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de toezichthouders.

**4**
Het bestuur legt verantwoording af aan de raad van toezicht en geeft deze alle informatie die nodig is voor het goed kunnen functioneren als raad van toezicht. Het bestuur doet dit gevraagd, ongevraagd en tijdig. Over de informatievoorziening zijn schriftelijk afspraken gemaakt.

**5**
De leden van de raad van toezicht hebben gezamenlijk en ieder afzonderlijk een eigen verantwoordelijkheid om alle informatie te vragen die zij nodig hebben om hun rol goed te kunnen vervullen. De raad van toezicht kan informatie vragen aan het bestuur, aan overige functionarissen van de organisatie en aan de externe accountant.

# 4

## Bestuurders en toezichthouders zijn zich bewust van hun eigen rol en de onderlinge verdeling van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden en handelen daarnaar.





**6**
Het bestuur rapporteert aan de raad van toezicht over contacten met de externe belanghebbenden. Dit gaat om de aard, inhoud en resultaten van deze contacten. Dit maakt het mogelijk dat de raad van toezicht bij het uitoefenen van zijn toezicht daarmee rekening kan houden, daar tijdig en effectief op kan anticiperen. Waar nodig en in overleg met het bestuur, kan de raad van toezicht zelf contact kan hebben met deze relaties.

**7**
Bestuur en raad van toezicht zorgen dat zij vanuit het belang van de organisatie conflicten binnen het bestuur, binnen de raad van toezicht of tussen het bestuur en de raad van toezicht onderling actief beheersen en zo snel mogelijk oplossen. Arbeidsconflicten met bestuurders worden door de raad van toezicht opgelost.

**8**
Het bestuur en de raad van toezicht bevorderen, ieder vanuit de eigen verantwoordelijkheid, de betrokkenheid van de medewerkers bij het beleid van de organisatie. Zij maken afspraken over de omgang met het medezeggenschapsorgaan.

# zorgvuldig besturen

# 5

## Het bestuur is verantwoordelijk voor de algemene en dagelijkse leiding, het functioneren en de resultaten van de organisatie.





### Aanbevelingen

**1**
Het bestuur handelt bij de vervulling van zijn taak steeds vanuit het perspectief van de maatschappelijke doelstelling van de organisatie. Het bestuur weegt daarbij de artistieke en zakelijke belangen van de organisatie en die van de interne en externe belanghebbenden op zorgvuldige en evenwichtige wijze af.

**2**
Het bestuur zorgt ervoor dat de artistieke integriteit en onafhankelijkheid die voor een culturele organisatie wezenlijk zijn, worden gewaarborgd. Het bestuur doet dit zowel intern als in de verhouding met subsidiënten, sponsoren, private en overige financiers.

**3**
Het bestuur bevordert goede wederzijdse betrekkingen met de interne en externe belanghebbenden. Het bestuur stelt vast wie de belangrijke externe belanghebbenden zijn en voert daarmee periodiek overleg, gericht op het verwerven van vertrouwen, draagvlak en legitimiteit.

**4**
Het bestuur kan intern taken, aandachtsgebieden en verantwoordelijkheden verdelen. In dat geval legt het bestuur zijn onderlinge taak-, verantwoordelijksheids- en bevoegdheids-verdeling en werkwijze vast in het bestuursreglement, dat goedkeuring behoeft van de raad van toezicht.

**5**
Bestuurders zorgen dat zij goed toegerust zijn voor een adequate vervulling van hun functie en blijven daartoe steeds aan hun eigen ontwikkeling werken.

# 6

## Het bestuur gaat zorgvuldig en verantwoord om met de mensen en de middelen van de organisatie.



Aanbevelingen

**1**
Het bestuur is verantwoordelijk voor de naleving van wet- en regelgeving, het artistiek en zakelijk beleid en het beheersen van de risico's die verbonden zijn aan de activiteiten van de organisatie en haar medewerkers. Het bestuur voert hierin een op de organisatie toegesneden beleid, in het bijzonder voor risico-beheersing en controle.

**2**
Het bestuur handelt als goed werkgever: het schept de rand-voorwaarden voor een goede en veilige werkomgeving, betrekt hierbij de interne belanghebbenden en stelt een interne gedrags- of integriteitscode op. De Code Culturele Diversiteit en de Fair Practice Code kunnen hierbij behulpzaam zijn.

**3**
Het bestuur maakt het mogelijk dat medewerkers vermoedens van misstanden en onregelmatigheden zonder risico voor hun positie kunnen melden bij een vertrouwenspersoon of bij de voorzitter van de raad van toezicht als deze onregelmatigheden het bestuur of de raad van toezicht zelf betreffen.

**4**
Het beloningsbeleid voor de medewerkers van de organisatie past bij de aard, omvang en maatschappelijke doelstelling van de organisatie en stemt overeen met wettelijke voorschriften en (waar van toepassing) subsidievoorwaarden.

# goed toezicht uitoefenen

# 7

De raad van toezicht voert zijn toezichthoudende, adviserende en werkgeversrol op een professionele en onafhankelijke wijze uit.



## Aanbevelingen

**1**
De raad van toezicht vervult zijn rol vanuit het perspectief van de maatschappelijke doelstelling van de organisatie. De raad van toezicht toetst of het bestuur bij de uitoefening van zijn taken een zorgvuldige en evenwichtige afweging heeft gemaakt van de artistieke en zakelijke belangen van de organisatie en de belangen van de interne en externe belanghebbenden.

**2**
De leden van de raad van toezicht houden actief, kritisch en op stimulerende wijze toezicht. Zij bewaken de maatschappelijke doelstelling en de continuïteit van de organisatie. De raad van toezicht geeft het bestuur de ruimte voor ondernemerschap vanuit het besef dat besturen het maken van keuzes is waaraan kansen én risico's verbonden zijn.

**3**
De toezichthoudende taak heeft in ieder geval betrekking op:
- het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de organisatie;
- de strategie, identiteit en continuïteit van de organisatie;
- de verhouding met publieke en private financiers;
- de dialoog met de interne en externe belanghebbenden;
- de naleving van wet- en regelgeving;
- de bedrijfsvoering, het risicobeheer en het zakelijk beleid.

**4**
De raad van toezicht benoemt, mede op advies van het bestuur, de externe accountant, telkens voor een periode van maximaal vier jaar. De externe accountant brengt ten minste eenmaal per jaar in de vergadering van de raad van toezicht verslag uit van zijn bevindingen. De externe accountant krijgt vanuit de organisatie geen opdrachten die zijn onafhankelijke controlewerkzaamheden in gevaar zouden kunnen brengen. Het bestuur rapporteert jaarlijks aan de raad van toezicht over de relatie met de externe accountant en eventuele ontwikkelingen daarin.

**5**
De raad van toezicht heeft in overleg met het bestuur contact met de belangrijke publieke en private financiers van de organisatie.

**6**
De raad van toezicht adviseert het bestuur, zowel anticiperend als reflecterend op beslissingen van het bestuur. Hij doet dat gevraagd en ongevraagd.

**7**
Vanuit de werkgeversrol beslist de raad van toezicht over de profielschets, benoeming, arbeidsvoorwaarden en beloning, beoordeling, schorsing en ontslag van de leden van het bestuur. Bij de benoeming van een bestuurder toetst de raad van toezicht diens integriteit, kwaliteit en geschiktheid voor de bestuursfunctie.

**8**
Toezichthouders treden op als ambassadeur en representeren in overleg met het bestuur de organisatie bij externe gelegenheden.

**9**
De raad van toezicht is verantwoordelijk voor zijn eigen functioneren. In een reglement legt de raad de onderlinge taakverdeling en zijn werkwijze vast. Iedere toezichthouder moet voldoende tijd hebben voor een goede taakvervulling.

**10**
De raad van toezicht bespreekt zijn functioneren ten minste eenmaal per jaar buiten aanwezigheid van het bestuur. Eens per drie jaar doet hij dat onder externe begeleiding. Aan de orde komen: het functioneren van de raad van toezicht, de samenwerking tussen de raad van toezicht en het bestuur en de onderlinge samenwerking tussen de leden van de raad van toezicht.
De raad van toezicht rapporteert hierover in het jaarverslag.





**11**
De raad van toezicht bespreekt ten minste eenmaal per jaar met het bestuur het functioneren van het bestuur en de onderlinge samenwerking.

**12**
De voorzitter heeft bijzondere taken: hij bereidt de agenda voor, leidt de vergaderingen en zorgt voor een zorgvuldige besluitvorming in de raad van toezicht. De voorzitter bewaakt het goed functioneren van de raad van toezicht, collectief en individueel. De voorzitter is eerstverantwoordelijke voor de evaluatie van de raad van toezicht. De organisatie zorgt voor een goede ondersteuning van de voorzitter.

**13**
In situaties waarbij sprake is van (mogelijke) belangenverstrengeling, tegenstrijdig belang, onderlinge conflicten of calamiteiten bevordert de voorzitter een zorgvuldige behandeling en besluitvorming door de raad van toezicht. Hij is in zulke situaties het eerste aanspreekpunt voor het bestuur, de raad van toezicht en externe belanghebbenden.

# 8

De raad van toezicht is verantwoordelijk voor zijn samenstelling en waarborgt daarbij deskundigheid, diversiteit en onafhankelijkheid.



## Aanbevelingen

**1**
De raad van toezicht bestaat uit ten minste drie leden. De samenstelling is zodanig dat hij zijn toezichthoudende, adviserende en werkgeversrol naar behoren kan vervullen. De raad van toezicht waarborgt de onafhankelijkheid, deskundigheid en diversiteit in zijn samenstelling. De aandacht gaat onder meer uit naar kennis van het culturele veld, de zakelijke aspecten van de organisatie en ondernemerschap.

**2**
De organisatie maakt vacatures in de raad van toezicht openbaar en werft nieuwe toezichthouders op basis van profielschetsen en via een transparante procedure. Periodiek herijkt de raad van toezicht de profielschetsen op basis van externe omstandigheden en aan de hand van de actuele strategische koers van de organisatie.

**3**
Elke toezichthouder moet het algemeen, artistiek en zakelijk beleid van de organisatie op hoofdlijnen kunnen beoordelen. Daarnaast draagt elke toezichthouder met eigen specifieke deskundigheid bij aan de kennis en expertise waarover de raad van toezicht overeenkomstig zijn profielschets moet beschikken.

**4**
De maximale zittingstermijn voor toezichthouders bedraagt tweemaal een periode van ten hoogste vier jaar. De organisatie legt dat statutair vast. Herbenoeming van een toezichthouder vindt plaats via een zorgvuldige procedure. Een evenwichtige samenstelling van de raad van toezicht, de actuele profielschets en een evaluatie van het functioneren van de betrokken toezichthouder vormen hiervoor de basis.

# 8

De raad van toezicht is verantwoordelijk voor zijn samenstelling en waarborgt daarbij deskundigheid, diversiteit en onafhankelijkheid.





**5**
Er geldt een zodanig rooster van aftreden dat niet te veel leden tegelijkertijd aftreden zonder herbenoembaar te zijn. Het rooster van aftreden is openbaar en wordt op de website van de organisatie geplaatst.

**6**
Nieuwe toezichthouders krijgen na hun benoeming een introductieprogramma aangeboden. Het programma gaat in op verschillende aspecten die voor hun functioneren als toezichthouder relevant zijn. Jaarlijks bespreekt de raad van toezicht in welk opzicht de toezichthouders individueel of collectief behoefte hebben aan verdieping of verbreding van hun kennis.

**7**
De raad van toezicht stelt een eventuele vergoeding voor zijn leden vast, passend bij aard, omvang en maatschappelijke doelstelling van de organisatie. Deze vergoeding is in overeenstemming met de wettelijke voorschriften en (waar van toepassing) subsidievoorwaarden.

begrippen

•

comité van aanbeveling

•

commissie 2019

•

gesprekspartners

## Begrippen

**Artistieke integriteit**
Zuiverheid en autonomie in het handelen van de betrokkenen vanuit de eigen artistieke oriëntatie. Waar artistieke vrijheid mogelijk ingeperkt wordt door zakelijke overwegingen mag dit nooit ten koste gaan van de artistieke integriteit. In deze Code omvat het begrip artistieke integriteit ook de vakinhoudelijke integriteit, zoals bijvoorbeeld bij collectiebeheer of het presenteren van cultuur.

**Belangenverstrengeling**
Een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar raken. Belangenverstrengeling kan voor culturele organisaties nuttig en zelfs nodig zijn, bijvoorbeeld in het kader van de fondsenwerving door bestuurders of de netwerkfunctie van toezichthouders.
**Ongewenste Belangenverstrengeling**
Bepaalde vormen van belangenverstrengeling zijn ongewenst. Bijvoorbeeld als de belangen een zodanige invloed op elkaar hebben dat de onafhankelijkheid van een bestuurder of toezichthouder in het geding komt. Daardoor kan de organisatie worden beschadigd en vertrouwen en/of legitimiteit verliezen.
**Tegenstrijdig belang**
Een zodanig direct of indirect persoonlijk belang van een bestuurder of toezichthouder dat deze niet meer in staat is om de belangen van de (culturele) organisatie op een integere, objectieve en onbevooroordeelde wijze te behartigen.

**Bestuur**
Het wettelijke orgaan dat de bestuurlijke functie vervult en verantwoordelijk is voor de algemene en dagelijkse leiding van de organisatie.

**Bestuurder**
Het lid van het bestuur.

**Besturingsmodel**
De wijze waarop een organisatie invulling heeft gegeven aan bestuur en toezicht, de verdeling en vastlegging van taken, verantwoordeljkheden en bevoegdheden en de waarborg van ‘checks and balances’.



**Bestuur-model**
Het besturingsmodel waarbij er alleen een bestuur is.

**Interne belanghebbenden**
Medewerkers en het medezeggenschapsorgaan.

**Externe belanghebbenden**
Instanties, instellingen, ondernemingen, zelfstandige opdrachtnemers en andere personen die belanghebbend zijn bij de organisatie.

**Maatschappelijke doelstelling**
De culturele waarde die de organisatie wil creëren, overdragen en/of bewaren voor en in de samenleving.

**Medezeggenschapsorgaan**
Het orgaan dat de medewerkers van de organisatie ten behoeve van de inspraak en het overleg met de bestuurder vertegenwoordigt.

**Profielschets**
Een functieprofiel voor het bestuur of de raad van toezicht waarin is opgenomen welke competenties er nodig zijn rekening houdend met een aantal aspecten zoals strategie, diversiteit en samenstelling.

**Raad van toezicht**
Het orgaan dat statutair de toezichthoudende functie vervult en daarmee verantwoordelijk is voor het toezicht op het bestuur en de gang van zaken in de organisatie.

**Raad-van-toezicht-model**
Het besturingsmodel met een bestuur en een toezichthoudend orgaan (raad van toezicht).

**Toezichthouder**
Het lid van de raad van toezicht.

## Comité van Aanbeveling

Annebelle Birnie
directeur-bestuurder Amsterdams Fonds voor de Kunst

Doreen Boonekamp
directeur-bestuurder Nederlands Filmfonds

Jan Brands
directeur Cultuurconnectie
bestuurslid Federatie Cultuur

Jacquelien Bunt
plv. hoofd Goede Doelen
Goede Doelen Loterijen

Madeleine de Cock Buning
hoogleraar Intellectuele eigendom Universiteit Utrecht
voorzitter Commissariaat voor de Media

Marie Hélène Cornips
algemeen directeur Fonds 21

Melle Daamen
voorzitter eerste commissie Cultural Governance 2000
toezichthouder, bestuurder en directeur cultuursector

Taco Dibbits
directeur-bestuurder Rijksmuseum

Adriana Esmeijer
directeur-bestuurder Prins Bernhard Cultuurfonds

Wim van den Goorbergh
voorzitter raad van commissarissen NIBC
voorzitter Werkgroep Cultural Governance 2006

Cees de Graaff
directeur-bestuurder Dutch Culture

Sandra den Hamer
directeur-bestuurder Eye Film

Sietze Haringa
lid raad van toezicht Amsterdams Fonds voor de Kunst
wethouder Terschelling

Marijke van Hees
voorzitter Raad voor Cultuur

Sandra Holtjer
zakelijk directeur Bonnefantenmuseum

Edith Hooge
hoogleraar Boards and Governance in Education TIAS
Tilburg University

Jan van der Horst
bestuurslid NVTC
vicevoorzitter raad van toezicht Kunstloc Brabant

Walter Ligthart
algemeen directeur Theater Rotterdam

Truze Lodder
bestuurder en toezichthouder

Clayde Menso
directeur-bestuurder Amer Podia BV

Adelheid Ponsioen
voorzitter raad van toezicht Museum Het Valkhof
voorzitter bestuur Het Gelders Archief

Henriëtte Post
directeur-bestuurder Fonds Podiumkunsten

Jet de Ranitz
voorzitter college van bestuur Hogeschool Inholland



Axel Rüger
algemeen directeur Van Gogh Museum

Annick Schramme
hoogleraar Cultuurmanagement Universiteit van Antwerpen
programmaleider LinC Lage Landen

Marianne Versteegh
algemeen secretaris Kunsten'92

George Wiegel
algemeen directeur Rotterdams Philharmonisch Orkest

Marjet van Zuijlen
lid raad van commissarissen Chassé Theater
lid raad van toezicht Het Nationale Theater

## Commissie Governance Code Cultuur 2019

**Voorzitter**
**Prof. mr. Louis Houwen**
hoogleraar private-public governance
TIAS, School for Business and Society, Tilburg University
partner Dirkzwager legal & tax

**Leden**
**Ben Kokx**
partner KokxDeVoogd

**Jo Houben**
directeur-bestuurder Cultuur+Ondernemen

**Patrick Broekema**
adviseur governance Cultuur+Ondernemen



## Gesprekspartners

**Paul Adriaanse**
managing director USBO Universiteit Utrecht
programmaleider LinC Lage Landen

**Erwin Arkenbout**
voorzitter raad van toezicht Stichting Filmhuis Den Haag

**Vanessa van Baasbank**
directiesecretaris Stedelijk Museum

**Jeroen Bartelse**
directeur Raad voor Cultuur

**David Bazen**
zakelijk directeur Koninklijk Concertgebouw

**Jeroen van de Beek**
hoofd Kwaliteit & Business Control
Van Gogh Museum

**Jan van den Beld**
notaris Spek & Van den Beld Notarissen

**Hans Onno van den Berg**
adviseur/eigenaar Strategie en Bedrijfsontwikkeling
in Kunst en Cultuur

**Sander Bersee**
directeur Erfgoed en Kunsten Ministerie van OCW

**Ted Blesgraaf**
voorzitter raad van toezicht Bibliotheek Zuid-Kennemerland

**Annabelle Birnie**
directeur-bestuurder Amsterdams Fonds voor de Kunst

**Francien van Bohemen**
adjunct-directeur Vereniging Openbare Bibliotheken

Doreen Boonekamp
directeur-bestuurder Nederlands Filmfonds

Mieke van den Broek- Hanskamp
voorzitter raad van toezicht Stichting Muziekscholen Oost-Gelderland

Klazien Brummel
senior beleidsadviseur Raad voor Cultuur

Arjen Buit
directeur SupportPunt Eindhoven

Ricardo Burgzorg
lid Rotterdamse Raad voor Kunst en Cultuur

Jacquelien Bunt
plv. hoofd Goede Doelen
Goede Doelen Loterijen

Mark Capel
lid raad van toezicht Stichting Filmhuis Den Haag
lid raad van toezicht Stichting Kunstzinnige Vorming Rotterdam

Madeleine de Cock Buning
hoogleraar Intellectuele eigendom Universiteit Utrecht
voorzitter Commissariaat voor de Media

Joop Daalmeijer
voormalig voorzitter Raad voor Cultuur

Melle Daamen
voorzitter eerste commissie Cultural Governance 2000
toezichthouder, bestuurder en directeur cultuursector

Hans Dautzenberg
directiesecretaris Naturalis

Taco Dibbits
directeur-bestuurder Rijksmuseum



Adriaan Dönszelmann
zakelijk directeur Van Gogh Museum

Adriana Esmeijer
directeur-bestuurder Prins Bernhard Cultuurfonds

Margriet Gersie
directeur Kunstgebouw Rijswijk

Leontine van der Goes-Heijmans
lid raad van toezicht Stadsschouwburg Amsterdam

Wim van den Goorbergh
voorzitter raad van commissarissen NIBC
voorzitter Werkgroep Cultural Governance 2006

Cees de Graaff
directeur-bestuurder Dutch Culture

Michaëla Hanssen
hoofd monumenten & collecties Rijksdienst voor
het Cultureel Erfgoed

Sietze Haringa
wethouder Terschelling
lid raad van toezicht Amsterdams Fonds voor de Kunst

Marijke van Hees
voorzitter Raad voor Cultuur

Sam Hermans
directeur Onderwijs en Cultuur Gemeente Den Haag

Edith Hooge
hoogleraar Boards and Governance in Education TIAS
Tilburg University

Aad Hoogervorst
projectleider onderzoek Fonds Podiumkunsten

Yvonne Hopman
manager Governance, Risk en Compliance
Nederlandse Publieke Omroep
lid raad van toezicht De Nieuwe Bibliotheek

Jan van der Horst
bestuurslid NVTC
vicevoorzitter van de raad van toezicht Kunstloc Brabant

Lydia Jongmans
beleidsmedewerker Cultuur Vereniging Nederlandse Gemeenten

Michel Kee
Partner Governance, Risk & Internal Control Mazars accountants

Jetze Kempenaar
lid raad van toezicht Cultuurbedrijf Noord Oost Polder

Suzanne Kooij
secretaris Samenwerkende Brancheorganisaties Filantropie
coördinator Erkenningsregeling CBF Goede Doelen

Sara Knijff
plv. directeur Erfgoed en Kunsten Ministerie van OCW

Olga Leijten
hoofd Kunst & Cultuur Gemeente Amsterdam

Walter Ligthart
algemeen directeur Theater Rotterdam

Truze Lodder
bestuurder en toezichthouder

Marceline Loudon
adviseur mecenaat Prins Bernhard Cultuurfonds

Barry Lucas
voorzitter raad van toezicht Cultuurhuis Wherelant in Purmerend



Babette Meerdink
directiesecretaris Van Gogh Museum

Kees van der Meiden
directeur a.i. Noorderlicht

Yolande Melsert
directeur NAPK

Tanja Mlaker
directeur Cultuur Eindhoven

Stef Oosterloo
waarnemend directeur Museumvereniging
lid raad van toezicht Fonds Podiumkunsten

Rob Polak
voorzitter Ethische Codecommissie voor Musea

Adelheid Ponsioen
voorzitter raad van toezicht Museum Het Valkhof
voorzitter bestuur Het Gelders Archief

Wim Poort
hoofd Cultuur Gemeente Den Haag

Henriëtte Post
directeur-bestuurder Fonds Podiumkunsten

Jet de Ranitz
voorzitter college van bestuur Hogeschool Inholland

Günther Rensen
kandidaat notaris Allen & Overy advocaten
voorzitter Vereniging Kunst, Cultuur en Recht

Ryclef Rienstra
directeur VandenEnde Foundation

Axel Rüger
algemeen directeur Van Gogh Museum

Stijn Schoonderwoerd
directeur-bestuurder Nationaal Museum van Wereldculturen

Annick Schramme
hoogleraar cultuurmanagement Universiteit van Antwerpen
programmaleider LinC Lage Landen

Katie Schreiber
senior beleidsadviseur Ministerie van OCW

Jan Willem Sieburgh
directeur-bestuurder a.i. Stedelijk Museum

Cas Smithuijsen
hoogleraar kunst en cultuur op Anton van Duinkerkenleerstoel
Radbouduniversiteit Nijmegen

Dennis Stam
adjunct-directeur Fonds Podiumkunsten

Renée Steenbergen
lid raad van toezicht Centraal Museum Utrecht
onderzoeker Mecenaatsstudies Universiteit Utrecht

Thijs Tromp
bestuurssecretaris Prins Bernhard Cultuurfonds

Marleen van Uchelen
kandidaat notaris Houthoff Buruma

Dorothea van der Velden
lid raad van toezicht Liemers Kunstwerk! Zevenaar

Hedwig Verhoeven
directeur VSCD

Tieneke Verhoeven
lid raad van toezicht MOG Doetinchem



Karen Verkerk
notaris Dirkzwager
lid raad van toezicht Oostpool

Marianne Versteegh
algemeen secretaris Kunsten '92

Frans Vreeke
directeur-bestuurder TivoliVredenburg

Ronald van Weegen
adjunct-directeur Stedelijk Museum

Frank van Westendorp
bestuurslid NVTC

Pia van der Wiel
directiesecretaris Rijksmuseum

Gea Wold
senior medewerker Museumvereniging

Barbera Wolfensberger
directeur-generaal Cultuur en Media Ministerie van OCW

Roline de Wilde
directeur-bestuurder Centraal Bureau Fondsenwerving (CBF)

Jaap Winter
partner Phyleon Governance & Leadership

Rento Zoutman
secretaris Rotterdamse Raad voor Kunst en Cultuur

Marjet van Zuijlen
lid raad van toezicht Chassé Theater
lid raad van toezicht Het Nationale Theater

Wim Zwaan
plv. voorzitter raad van toezicht Kunst en Cultuur Drenthe
voorzitter raad van toezicht GarageTDI

Deze publicatie van de Governance Code Cultuur 2019 is mede mogelijk gemaakt door:

Fonds 21

Fonds Cultuur+Financiering

Fonds Podiumkunsten

Fonds voor Cultuurparticipatie

Ministerie van Onderwijs, Cultuur & Wetenschappen

Mondriaan Fonds

Nederlands Film Fonds

Nederlands Letterenfonds

Stimuleringsfonds Creatieve Industrie

Dit is een uitgave van

Cultuur+Ondernemen
Kerkstraat 204
Postbus 2617
1000 CP Amsterdam

CULTUUR+ONDERNEMEN

www.cultuur-ondernemen.nl
www.governancecodecultuur.nl
info@cultuur-ondernemen.nl
020 535 25 00

Eerste druk 2019

ISBN/EAN: 978-90-821254-3-6

Creative Commons licentie

eindredactie
Erik Akkermans, Amsterdam

ontwerp
Tessa van der Waals, Amsterdam

zetwerk en opmaak
Willem Morelis, Amsterdam

lettertype
Fakt (Thomas Thiemich)

ontwerp logo GCC
Tijl Akkermans, Amsterdam

druk
Mart.Spruijt/Mullervisual, Mijdrecht

bindwerk
Benelux boekbinders bv, Woerden

kleur op snee
Critis bvba, Beernem, België

# 8

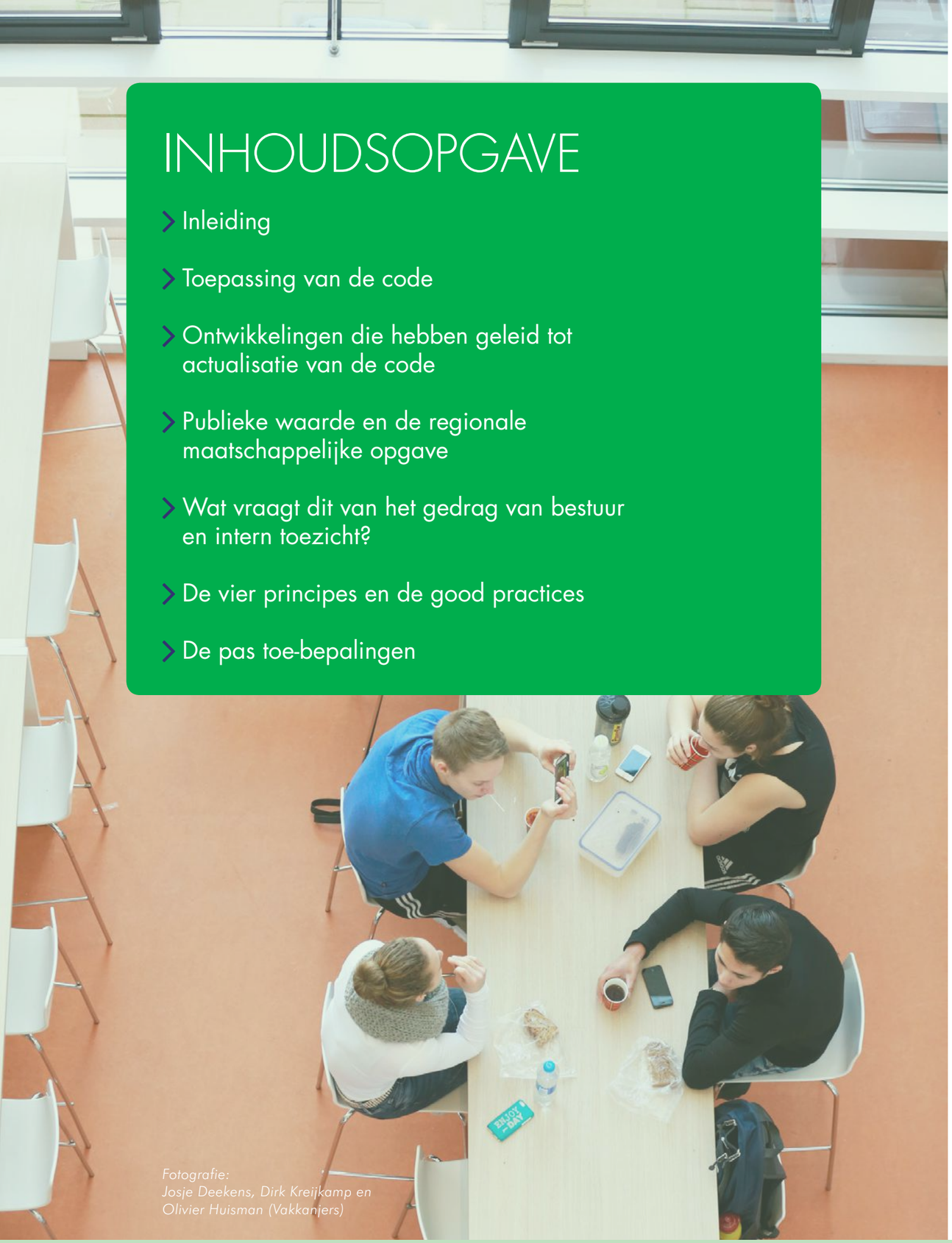
VO RAAD
Vereniging van scholen
in het voortgezet onderwijs

Goed bestuur

# CODE GOED ONDERWIJSBESTUUR VO **2019**

# INHOUDSOPGAVE


- Inleiding
- Toepassing van de code
- Ontwikkelingen die hebben geleid tot actualisatie van de code
- Publieke waarde en de regionale maatschappelijke opgave
- Wat vraagt dit van het gedrag van bestuur en intern toezicht?
- De vier principes en de good practices
- De pas toe-bepalingen

*Fotografie:*
*Josje Deekens, Dirk Kreijkamp en Olivier Huisman (Vakkanjers)*

# INLEIDING

Dit is de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019 (hierna: de code). De vorige code (2015) was gericht op het verder professionaliseren van de governance van onderwijsorganisaties in het voortgezet onderwijs. De Monitoringscommissie Goed Onderwijsbestuur VO concludeert in haar rapport 'Betekenisvol besturen' (2018) dat veel bepalingen uit deze code gemeengoed zijn geworden in de praktijk. In het rapport staat het creëren en zichtbaar maken van publieke waarde daaropvolgend als hoofdthema centraal. Om die waarde te kunnen creëren zijn regionale samenwerking, de participatie van belanghebbenden en een goed samenspel tussen bestuur en intern toezicht onmisbaar. Iedereen die bij een onderwijsorganisatie betrokken is, zal in meer of mindere mate met deze thema's te maken hebben en herkennen dat het niet altijd eenvoudig is om hier invulling aan te geven.

Deze code is bedoeld om bewustwording van, kritische reflectie door en waardengedreven handelen van bestuur én intern toezicht te stimuleren en om invulling te geven aan bovengenoemde thema's. De code is 'principle based': Hij gaat uit van vier principes: verantwoordelijkheid, professionaliteit, integriteit en openheid.

De principes zijn uitgewerkt in handvatten (hierna: good practices) voor toepassing binnen de eigen onderwijsorganisatie en zijn regionale context. Het accent van deze code ligt dan ook op het toepassen van de code vanuit een lerende en reflectieve houding. Daarnaast geldt ook een aantal 'pas toe-bepalingen'. Hieraan moet vanzelfsprekend worden voldaan. De code bevat daarmee basisvoorwaarden voor goed bestuur en intern toezicht en is voor het overige en belangrijkste deel een ondersteunend, richtinggevend en ter inspiratie bedoeld instrument om de governance van onderwijsorganisaties te helpen vormgeven. Daarnaast stimuleert de code bestuur en intern toezicht om de maatschappelijke opgave van het onderwijs te realiseren.

# TOEPASSING VAN DE CODE

De **principes** in de code kennen een ‘pas toe én leg uit’ karakter. Dit betekent dat bestuur en intern toezicht zichtbaar maken hoe zij de code toepassen in hun handelen. Omdat deze toepassing contextafhankelijk is, is het van belang dat bestuur, intern toezicht en andere belanghebbenden het gesprek erover voeren. Op deze manier wordt recht gedaan aan de veelzijdigheid van onderwijsorganisaties.

De **good practices** zijn daarbij behulpzaam. Sommige van deze good practices zijn direct toepasbaar in veel onderwijsorganisaties, terwijl andere vooral bedoeld zijn als input voor het onderlinge gesprek. Daar waar, in een specifieke context, een eigen practice beter is, wil de code stimuleren om deze te formuleren, toe te passen én zichtbaar te maken.

De **pas toe-bepalingen** zijn uitgezonderd van bovenstaande. Deze gelden als lidmaatschapseis van de VO-raad en dienen zonder meer te worden toegepast. Afwijken van de lidmaatschapseisen is voor leden van de VO-raad dan ook niet toegestaan[1].

Aanbevolen wordt om deze code ook met andere functionarissen in de onderwijsorganisatie te bespreken en samen te besluiten welke onderdelen van deze code bijvoorbeeld ook op schoolleiders, bestuurssecretarissen of (G)MR-leden van toepassing zijn.

*1) Leden van de VO-raad zijn statutair gezien de rechtspersonen die scholen voor voortgezet onderwijs in stand houden. Deze worden vertegenwoordigd door het bestuur.*

# ONTWIKKELINGEN
## DIE HEBBEN GELEID TOT ACTUALISATIE VAN DE CODE

Onderwijsorganisaties zijn onderdeel van een maatschappij in beweging. Een maatschappij die continu andere eisen aan het onderwijs stelt en bestaat uit belanghebbenden die in wisselende mate betrokken willen zijn bij de onderwijsorganisatie. Burgers willen meer dan in het verleden worden uitgedaagd om met maatschappelijke organisaties mee te denken, mee te beslissen en mee uit te voeren.

Ook het onderwijs zelf verandert. Dalende leerlingenaantallen zetten bestaande structuren onder druk. Passend onderwijs en het lerarentekort vereisen maatwerk, slimme oplossingen en nieuwe vormen van samenwerking en het vraagt om anders kijken naar de inrichting van onderwijsorganisaties, vernieuwing van onderwijsvormen en daarbij behorend gedrag en cultuur. In het Nederlandse onderwijsbestel, waarin

autonome onderwijsbesturen regionale oplossingen moeten vinden voor bovengenoemde vraagstukken, zijn deze besturen gezamenlijk verantwoordelijk voor een regionaal dekkend, kwalitatief hoogstaand en divers onderwijsaanbod. Daarbij is het altijd balanceren tussen organisatiebelang en het maatschappelijk belang.

Andere uitdagingen in het huidige onderwijs, zoals het bevorderen van kansengelijkheid, waaronder de vrijwillige ouderbijdrage[2)], diversiteitsvraagstukken, onderwijsontwikkeling en toename van verantwoordingsplichten stellen stevige eisen aan iedereen die betrokken is bij het onderwijs. Ook de interne en externe legitimatie van het onderwijs, en van onderwijsbestuur in het bijzonder, vraagt om hernieuwde en continue aandacht. Immers, gezag, en de bronnen daarvan, zijn niet langer vanzelfsprekend en dienen continu opnieuw verworven te worden.

Deze ontwikkelingen in het onderwijs en binnen de maatschappij dwingen tot reflectie, aanpassing en maatschappelijke legitimering van de te varen koers en de te maken keuzes. Met als kernvraag: hoe worden onze leerlingen voorbereid op deelname aan de maatschappij van de toekomst? Dat vraagt van onderwijsorganisaties om een visie te ontwikkelen en zich te verbinden met de relevante ontwikkelingen in de maatschappij en de rol die de onderwijsorganisatie heeft in het creëren van publieke waarde.

*2) Leden van de VO-raad hebben omtrent de vrijwillige ouderbijdrage afgesproken dat zij duidelijk communiceren dat deze bijdrage altijd vrijwillig is en niet mag leiden tot uitsluiting. Daarbij zijn aanvullende onderwijsprogramma's en digitale leermiddelen buiten beschouwing gelaten.*

# PUBLIEKE WAARDE
## EN DE REGIONALE MAATSCHAPPELIJKE OPGAVE

Met onderwijs van hoge kwaliteit, dat jonge mensen voorbereidt op deelname aan onze samenleving en dat aantoonbaar aansluit op de behoeften van leerlingen en de bredere omgeving van de school, creëren scholen publieke waarde. Allen die bij het onderwijs betrokken zijn, zijn verenigd in hun streven naar dit goede onderwijs. Hiervoor zijn het samenspel tussen bestuur en intern toezicht, het goed betrekken van belanghebbenden, zoals personeel, leerlingen en hun ouders en de regionale samenwerking met partners, zoals gemeenten, en andere onderwijsorganisaties belangrijk.

Om publieke waarde te creëren kiezen schoolbesturen continu positie in de uitvoering van de drie kernfuncties van het onderwijs[3)]:

- **Kwalificatie:** onderwijs rust leerlingen uit met kennis, vaardigheden en houdingen, die relevant zijn voor de arbeidsmarkt en waarmee iemand zich in de samenleving kan handhaven en ontwikkelen.
- **Socialisatie:** onderwijs waarin jongeren worden voorbereid op een leven als lid van de maatschappij en waar kennismaking met tradities en praktijken plaatsvindt.
- **Subjectivering:** onderwijs dat bijdraagt aan het vormen van de persoon en de leerling op laat groeien tot een zo optimaal mogelijk verantwoordelijk zelfdenkend en -handelend persoon.

*3) Deze kernfuncties van het onderwijs zijn geduid door Gert Biesta.*

Met deze kernfuncties heeft de vo-sector gedeelde taken en ambities waar de sector gezamenlijke afspraken over maakt. Elk schoolbestuur vult, vanuit de maatschappelijke opgave die zij mag vervullen, de kernfuncties van het onderwijs, de gedeelde ambities en gezamenlijke sectorale afspraken op een eigen manier in en geeft hier uitvoering aan. Eén van de voorwaarden voor bewust bestuur is daarmee: positie kiezen. Het is de taak en verantwoordelijkheid van schoolbesturen om vanuit een open benadering met belanghebbenden tot een eigen specifieke maatschappelijke opgave te komen, de verschillende belangen zorgvuldig te wegen, keuzes te maken en deze vervolgens uit te voeren en toe te lichten. Hierdoor wordt publieke waarde gecreëerd en zichtbaar gemaakt.

# WAT VRAAGT DIT
## VAN GEDRAG VAN BESTUUR EN INTERN TOEZICHT?

Genoemde kernfuncties komen terug in de governance van onderwijsorganisaties. Bestuur en intern toezicht dragen een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor goed bestuur van, en toezicht op de onderwijsorganisatie, passend bij de regionale maatschappelijke opgave. Ook de medezeggenschapsorganen hebben hierin een belangrijke rol en zijn onderdeel van en medeverantwoordelijk voor het goed functioneren van de onderwijsorganisatie. Bewust omgaan met governance en betrouwbaar zijn is essentieel voor de versterking van het onderwijs en voor een gezonde sector. Door de code te hanteren laten de verantwoordelijke bestuurders en intern toezichthouders aan de maatschappij in het algemeen en aan hun belanghebbenden in het bijzonder zien dat zij de gangbare standaarden voor goed bestuur en intern toezicht toepassen en vormgeven binnen de eigen context. Kortom, dat zij betrouwbaar zijn.

**Betrouwbaarheid** is dan ook de bron van de vier principes van deze code, die familie van elkaar zijn. Schoolbesturen en intern toezichthouders zijn betrouwbaar als zij hun verantwoordelijkheid nemen voor publieke waardecreatie, dit ook goed doen door professioneel te handelen en te investeren in hun eigen professionaliteit en die van anderen, integer en juist handelen en hier open over zijn. De functie van het bestuur en de 'persoon' van de bestuurder zijn dan ook onlosmakelijk met elkaar verbonden. Goed bestuur vereist betrouwbare bestuurders, evenals betrouwbare intern toezichthouders en betrouwbare leden van de medezeggenschapsorganen.

Vanuit hun verantwoordelijkheid voor goed onderwijs handelen bestuurders en intern toezichthouders in lijn met de waarden die zij en de onderwijsorganisatie hanteren en in lijn met hun morele kompas. Goed bestuur is immers meer dan naleving van regels en richtlijnen. Het draait om cultuur, gedrag, leiderschap, professionaliteit en discussie over, en handelen naar normen en waarden. De code wil dan ook handvatten meegeven voor de afweging over juist handelen. Bestuurders en intern toezichthouders die 'betrouwbaar' zijn, en met passende drijfveren en intenties hun werk doen, kunnen hun bestuurlijk handelen continu toetsen met behulp van de code. Daarmee (er)kent de code ook meteen zijn beperkingen. De code is een hulpmiddel en geen garantie dat incidenten voorkomen kunnen worden.

# DE VIER PRINCIPES
## EN DE GOOD PRACTICES

De vier principes met good practices zijn hieronder uitgewerkt. Deze zijn niet limitatief en worden door bestuur en intern toezicht ingevuld in de eigen context. De code geeft op deze wijze richting aan en houvast in de belangenafwegingen die bestuur en intern toezicht maken om positie te kiezen, keuzes te maken en de samenwerking tussen alle betrokkenen, gericht op publieke waardecreatie, te versterken.

**> 1) VERANTWOORDELIJKHEID**

**> 2) PROFESSIONALITEIT**

**> 3) INTEGRITEIT**

**> 4) OPENHEID**

# 1) VERANTWOORDELIJKHEID

Besturen zijn verantwoordelijk voor de onderwijskwaliteit en de randvoorwaarden die dat mogelijk maken. Oftewel, zij zijn verantwoordelijk voor het organiseren van het proces waarmee en de kaders waarbinnen goed onderwijs tot stand komt. Het intern toezicht houdt toezicht op de aanwezigheid van heldere normen die als basis dienen voor dat proces. Daarmee creëren zij gezamenlijk publieke waarde, vanuit een visie op goed onderwijs en de onderliggende waarden. Dit wordt zichtbaar in de wijze waarop zij de governance van de onderwijsorganisatie inrichten, gericht op effectieve, efficiënte en gedragen besluitvorming.

**Good practices** die hierbij horen zijn de volgende:

1. Bestuur en intern toezicht bevorderen een open (aanspreek)cultuur waarin mensen elkaar kennen en elkaar kunnen en durven aanspreken. Hierbij horen uitgangspunten ten aanzien van de professionaliteit en professionele ruimte van allen die in de organisatie werken, de 'menselijke maat' binnen de organisatie en het (gesprek over) integer handelen.

2. Het bestuur ontwikkelt een visie op het betrekken van interne en externe belanghebbenden en geeft hier invulling aan. Belanghebbenden worden actief uitgenodigd om mee te denken over de wijze waarop zij bij de onderwijsorganisatie betrokken willen zijn. Het strategisch beleidsplan en andere richtinggevende zaken kunnen hier onderdeel van zijn. Ook de jaarlijkse verantwoording kan gebruikt worden om belanghebbenden te betrekken bij de verdere verbetering van het onderwijs en van de organisatie.
3. Het bestuur spant zich in voor een goede verbinding met belanghebbenden binnen en buiten de organisatie, met bijzondere aandacht voor de relatie met de (gemeenschappelijke) medezeggenschapsraad. Het intern toezicht ziet hierop toe, onder andere door het periodiek gesprek met de (G)MR constructief te benutten.
4. Besturen hebben een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een regionaal dekkend, kwalitatief hoogstaand en zo divers mogelijk onderwijsaanbod. Vanuit die verantwoordelijkheid pakken zij regionale vraagstukken gezamenlijk op. Het intern toezicht vervult hierbij, indien nodig, een extern verbindende en intern stimulerende rol.
5. Het bestuur spreekt periodiek met de (G)MR en eventueel andere belanghebbenden over de toepassing van de principes van de code in relatie tot de opgaven waar de onderwijsorganisatie voor staat.
6. Het intern toezicht ontwikkelt, in afstemming met het bestuur, een toezichtvisie en –kader en operationaliseert deze. Hierin wordt onder andere helder hoe het interne toezicht invulling geeft aan haar rollen (adviseur, werkgever, toezichthouder en netwerker), hoe zij hiernaar handelt en welke informatie daarvoor nodig is. Hierbij wordt als uitgangspunt gehanteerd dat het bestuur de organisatie vertegenwoordigt.
7. Het intern toezicht waarborgt de aanwezigheid van voldoende expertise, ervaring en diversiteit in de eigen geleding, afgestemd op de huidige en toekomstige opgaven van de onderwijsorganisatie.
8. Het intern toezicht beslist als werkgever over de profielschets, benoeming, arbeidsvoorwaarden en beloning en beoordeling, schorsing en ontslag van de leden van het bestuur. Bij de benoeming van een bestuurder toetst het intern toezicht tenminste de betrouwbaarheid, integriteit, kwaliteit en geschiktheid voor de functie.

# 2) PROFESSIONALITEIT

Bestuur en intern toezicht zetten zich in voor een lerende organisatie op alle niveaus om invulling te geven aan de regionale maatschappelijke opgave. Dat betekent dat scholen en zij die daarin werkzaam zijn, zichzelf continu (willen) blijven ontwikkelen. Daarnaast vereist het principe van professionaliteit dat men niet enkel de goede dingen wil doen, maar ook dat men 'de dingen goed wil doen.' Dat vraagt om continue professionalisering, onder andere van bestuur en intern toezicht.

**Good practices** die hierbij horen zijn de volgende:

9. Het bestuur stimuleert een professionele cultuur binnen de organisatie gericht op voortdurende professionalisering en onderlinge samenwerking.
10. Het bestuur en het interne toezicht maken jaarlijks een integrale balans op van het functioneren van het bestuur in relatie tot de opgave(n) van de onderwijsinstelling[4]. Onderdeel daarvan is dat het bestuur eens in de vier jaar deelneemt aan een vorm van collegiale bestuurlijke visitatie. Hierbij worden, daar waar dat nodig is om tot een goed beeld te komen, relevante belanghebbenden betrokken. Dit leidt tot een professionaliseringsbeeld voor het bestuur.[5]
11. Het bestuur zet zich in voor het goed functioneren en de doorlopende professionalisering van de (G)MR en stimuleert de betrokkenheid van leerlingen, ouders en personeel bij de school.
12. Het interne toezicht evalueert periodiek het functioneren van het intern toezicht als collectief en van de individuele leden, het samenspel met het bestuur en eventueel het samenspel met andere belanghebbenden, zoals de (G)MR. Eens in de drie jaar gebeurt deze evaluatie van het interne toezicht onder leiding van een externe partij. Het interne toezicht bespreekt de conclusies hiervan met het bestuur en geeft hieraan uitvoering.
13. Het interne toezicht inventariseert jaarlijks zijn professionaliseringsbehoefte, legt dat vast in een opleidingsplan en geeft invulling aan de uitvoering hiervan.
14. De voorzitter van het intern toezicht bewaakt het goed functioneren van het intern toezicht, collectief en individueel, en ziet toe op de opvolging van de aandachtspunten van de zelfevaluatie.

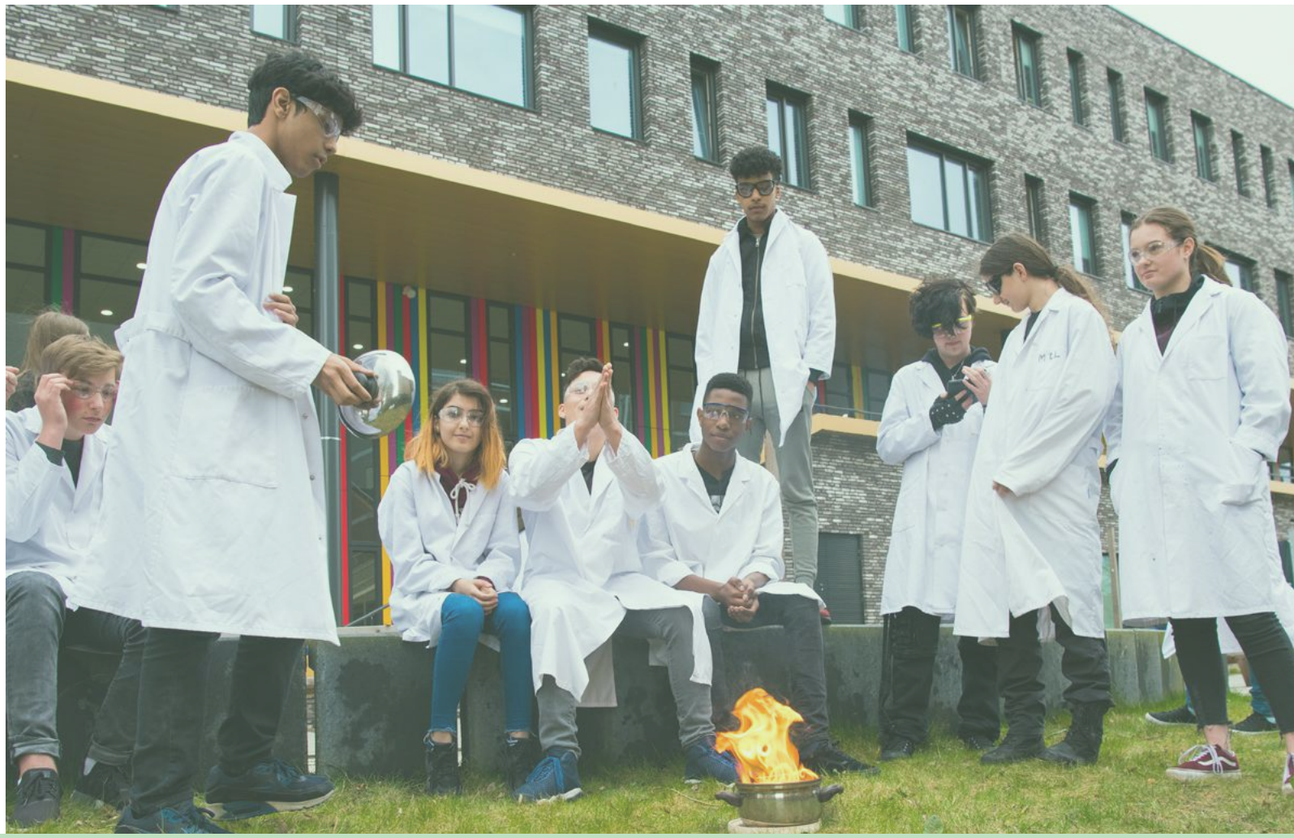
*4) Om een integrale balans op te maken is het van belang om zowel competenties als resultaten aan bod te laten komen.*
*5) Deze good practice heeft betrekking op de invulling van de evaluatie. Pas toe-bepaling 2 heeft betrekking op de rapportage over de evaluatie van het bestuur.*

# 3) INTEGRITEIT

Om het vertrouwen van de samenleving verder te versterken is integer handelen onmisbaar. Integer handelen omvat zoveel als 'het juiste doen, en het niet-juiste laten' en 'naar eer en geweten en naar beste kunnen en vermogen handelen'. Integer handelen krijgt pas vorm in een specifieke context en wordt voor een groot deel bepaald door de drijfveren en intenties van de betrokkenen.

**Good practices** die hierbij horen en daarmee de 'bodem' vormen voor het omgaan met integriteitsvraagstukken, zijn de volgende:

15. Het bestuur organiseert periodiek het gesprek in de onderwijsorganisatie over integer, professioneel en ethisch verantwoord handelen en heeft hier zelf een actieve rol in. Ook het intern toezicht is hierbij betrokken. De uitkomsten van dit gesprek zijn input voor (en kunnen aanleiding geven tot herziening van) de integriteitscode. Bestuur en intern toezicht zijn hierop aanspreekbaar.



16. Het bestuur en het intern toezicht spreken periodiek over de (schijnbare) belangen die hun leden uit hoofde van (neven)functies of persoonlijk hebben[6], maken afspraken over de omgang hiermee en leggen dit vast. Een aantal richtlijnen die hierbij in acht worden genomen zijn:
    - een (oud-)bestuurder is niet binnen vier jaar benoembaar als interne toezichthouder bij dezelfde onderwijsorganisatie of haar eventuele rechtsopvolger[7];
    - het combineren van een bestuursfunctie in het voortgezet onderwijs en een toezichtfunctie in een andere onderwijssector kan verenigbaar en waardevol zijn. Bestuur en intern toezicht spreken voor het aanvaarden van een functie af of er in het geval van benoeming nog steeds sprake is van onafhankelijk functioneren, danwel enige vorm van belangenverstrengeling. Het intern toezicht neemt vervolgens een besluit en verantwoordt zich hierover in het jaarverslag;
    - Er is in ieder geval sprake van ongewenste belangenverstrengeling van bestuurders of interne toezichthouders met andere interne toezichthouders, andere bestuurders of leden van het management die rechtstreeks onder het bestuur vallen bij:
        i. Familiaire danwel daarmee vergelijkbare relaties
        ii. Zakelijke relaties
17. Een interne toezichthouder meldt een (potentieel en/of schijnbaar) tegenstrijdig belang aan de voorzitter van het interne toezicht en zijn collega-leden en verschaft alle relevante informatie. Hieronder valt in ieder geval het door een interne toezichthouder aanvaarden van een hoofd- of nevenfunctie, al dan niet betaald. Het interne toezicht beslist of sprake is van een tegenstrijdig belang en hoe daarmee wordt omgegaan en maakt melding van deze belangenafweging en de uitkomst in het jaarverslag.

*6) De term 'belangenverstrengeling' kan op drie manieren worden uitgelegd. 1) Parallelle belangen: een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar raken en aanvullen. Parallelle belangen kunnen voor onderwijsorganisaties nuttig zijn. 2) Ongewenste belangenverstrengeling: Bepaalde vormen van belangenverstrengeling zijn ongewenst. Bijvoorbeeld als de belangen een zodanige invloed op elkaar hebben dat de onafhankelijkheid van een bestuurder of toezichthouder in het geding komt. Daardoor kan de organisatie worden beschadigd en vertrouwen en/of legitimiteit verliezen. 3) Tegenstrijdig belang: Tegenstrijdig belang is een zodanig direct of indirect persoonlijk belang van een bestuurder of toezichthouder dat deze niet meer in staat is om de belangen van de organisatie op een integere, objectieve en onbevooroordeelde wijze te behartigen.*

*7) Deze good practice heeft dezelfde inhoud als pas toe-bepaling 4 van deze code. Deze good practice is echter van toepassing op intern toezichthouders, daar waar lidmaatschapseis 4, net als alle andere pas toe-bepalingen, van toepassing is op schoolbestuurders. Met de pas toe-bepalingen wordt de bestuurlijke basis voor schoolbestuurders beschreven. Om die reden zijn deze good practice en deze lidmaatschapseis uit elkaar getrokken.*

# 4) OPENHEID

Onderwijsinstellingen hebben een maatschappelijke opgave en voeren die uit met publiek gefinancierde middelen. Om die reden geven zij actief invulling aan het principe 'openheid'. Deze open houding van bestuur en intern toezicht stimuleert het gesprek met belanghebbenden. Daarnaast wordt door actieve informatieverstrekking zichtbaar waar de onderwijsinstelling voor staat, wat zij bereikt en faciliteert zij belanghebbenden om mee te denken over de koers van de onderwijsinstelling.

**Good practices** die hierbij horen zijn de volgende:

18. Het bestuur laat zien hoe de bestuurlijke inrichting, waaronder de checks and balances, van de organisatie is vormgegeven en specifiek de verantwoordelijkheden tussen bestuur, intern toezicht en medezeggenschap. Deze good practice is ook van toepassing op samenwerkingsverbanden passend onderwijs, waar in het toezichthoudend orgaan minimaal één - niet aan één van de deelnemende schoolbesturen verbonden lid - zitting heeft.
19. Het bestuur maakt zichtbaar:
    - welke ambities en doelen zij heeft geformuleerd, bijvoorbeeld in het strategisch beleidsplan, en welke leer- en organisatieopbrengsten zijn behaald;
    - op welke wijze de betrokkenheid van belanghebbenden hierbij is vormgegeven en op welk(e) moment(en) hun inbreng in de beleidscyclus heeft plaatsgevonden;
    - op welke wijze de samenwerking met het primair- en vervolgonderwijs is vormgegeven en
    - op welke wijze zij, in samenwerking met andere onderwijsbesturen, een regionaal dekkend, kwalitatief hoogstaand en zo divers mogelijk onderwijsaanbod nastreeft.
20. Het intern toezicht geeft in het jaarverslag aan op welke wijze het proces rondom de jaarlijkse accountantscontrole is verlopen.

# PAS TOE-BEPALINGEN
## (TEVENS EISEN VAN LIDMAATSCHAP)

Naast 'good practices' voor goed bestuur en intern toezicht heeft de vereniging VO-raad ook een aantal bepalingen gedefinieerd die een 'pas-toe' karakter hebben. Dit zijn de absolute basisvoorwaarden voor goed bestuur. Naleving hiervan bevordert de transparantie richting de samenleving en dient daarmee publieke verantwoording. Deze bepalingen worden periodiek gemonitord en gehandhaafd. De volgende bepalingen dienen zonder meer toegepast te worden door leden van de VO-raad:

1. Het bestuur publiceert:
   a) het jaarverslag, conform de Regeling Jaarverslaggeving Onderwijs;
   b) de statuten;
   c) het bestuursreglement[8)];
   d) de samenstelling, nevenfuncties (zowel bezoldigd als onbezoldigd) en honorering van bestuur en toezichthouder;
   e) het rooster van af- en aantreden van de toezichthouder cf. de maximale termijn van acht jaar[9)];
   f) de klachtenregeling;
   g) de klokkenluidersregeling;
   h) de integriteitscode.
2. Het bestuur rapporteert in het jaarverslag over de wijze waarop de evaluatie van het bestuur door het intern toezicht heeft plaatsgevonden.
3. Een bestuurder in het voortgezet onderwijs kan niet tegelijkertijd de functie van intern toezichthouder vervullen bij een onderwijsorganisatie binnen de onderwijssector VO, niet zijnde een samenwerkingsverband voor passend onderwijs.
4. Een (oud-)toezichthouder in het voortgezet onderwijs kan niet binnen vier jaar na aftreden benoemd worden tot (dagelijks) bestuurder bij dezelfde onderwijsorganisatie als waar hij toezichthouder is of is geweest[10)].

*8) Indien de statuten van de instelling ook het bestuursreglement zijn, voldoet publicatie van de statuten onder deze vermelding*
*9) De totale maximale zittingstermijn voor leden van het intern toezicht is 8 jaar, waarbij per periode van 4 jaar wordt benoemd, tenzij het rooster van aftreden of bijzondere omstandigheden om een kortere termijn vragen.*
*10) In het geval van een crisissituatie kan het intern toezicht bestuurlijke taken tijdelijk overnemen. Zij voorziet erin dat dit zo kort mogelijk is, doch niet langer dan uiterlijk zes maanden.*

Ger van der Sangen*

# Heino Krause (HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 nt. Ma)

## 1 De kern van het arrest in zijn huidige vorm

Het arrest van de Hoge Raad van 13 oktober 2000 (NJ 2000, 699) inzake S. en R./Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie SOBI, ook wel aangeduid als het arrest Heino Krause, betreft de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden leden van een coöperatie rechtstreeks en zonder tussenkomst van de coöperatie schadevergoeding kunnen vorderen van een derde die jegens de coöperatie wanprestatie dan wel een onrechtmatige daad heeft gepleegd. In het cassatiemiddel wordt betoogd dat aan individuele leden van een coöperatie een dergelijke vordering uit 'omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid' niet toekomt onder verwijzing naar HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP). In het oorspronkelijke arrest overweegt de Hoge Raad daarover als volgt:

> 3.4 (…) In beginsel moet worden aangenomen dat de leden van de coöperatie niet zelfstandig een vordering kunnen instellen ter zake van schade die door in dienst van de coöperatie werkzame personen, zoals de directeur, is veroorzaakt in de uitoefening van het bedrijf van de coöperatie. Op die regel zal een uitzondering kunnen worden aanvaard, indien sprake is van een gedraging die specifiek onzorgvuldig is jegens een lid van de coöperatie en deze rechtstreeks in zijn vermogen benadeelt. Van een rechtstreekse benadeling kan echter geen sprake zijn wanneer het nadeel wordt veroorzaakt door de negatieve bedrijfsresultaten ten gevolge van wanbeleid van de directeur van de coöperatie in de bedrijfsvoering, waardoor het lid van de coöperatie minder melkgelden ontvangt dan hij zonder dat wanbeleid zou hebben verkregen.
> 3.5 (…) dat van een rechtstreekse schade reeds daarom geen sprake kan zijn omdat het door de leden ondervonden nadeel een gevolg is van de door het wanbeleid van S. veroorzaakte negatieve bedrijfsresultaat van de coöperatie. De resultaten van de coöperatie hebben wel belangrijke invloed op, doch vallen niet samen met de resultaten van de bedrijven van de leden. De coöperatie oefent immers als rechtspersoon haar eigen bedrijf uit en gestelde wanbeleid van haar directeur heeft primair gevolgen voor de bedrijfsresultaten van de coöperatie. De door de leden in dit geding gevorderde schade is daarom niet een rechtstreekse, doch een afgeleide schade. (…) het Hof heeft ten onrechte in de rechtsverhouding tussen de leden en de coöperatie reden gevonden een specifieke zorgvuldigheidplicht van S. jegens de leden van de coöperatie te aanvaarden. Het hof heeft daarmee miskend dat de leden op grond van hun lidmaatschap van de coöperatie en op grond van de overeenkomsten die zij met de coöperatie hebben gesloten, een rechtsbetrekking onderhouden met de coöperatie op grond waarvan zij mogen verwachten dat de coöperatie hun belangen op zorgvuldige wijze zal dienen. S. moest zich als directeur in dienst van de coöperatie ervoor inspannen dat de coöperatie in de uitoefening van het bedrijf zich naar die norm zou gedragen, doch daaruit volgt niet (…) dat hij ten opzichte van de individuele leden een eigen specifieke zorgplicht had die hij door het gestelde wanbeleid heeft geschonden. De leden kunnen de coöperatie onder omstandigheden verantwoordelijk houden voor het wanbeleid van S.
> 3.6) (…) Het nadeel dat de leden individueel hebben ondervonden, vloeit voort uit hun contractuele verhouding met de coöperatie. De leden hebben ter zake van te weinig ontvangen melkgelden dus slechts recht op schadevergoeding door de coöperatie indien de coöperatie jegens hen toerekenbaar is tekortgeschoten. (…) Al het vorenoverwogene brengt mee dat in het onderhavige geval alleen de coöperatie S. als directeur aansprakelijk kan stellen voor de gevolgen van het door hem gevoerde wanbeleid en dat de leden te dier zake geen individuele vordering tegen hem kunnen instellen. Hieraan kan niet afdoen dat Heino Krause inmiddels is

* Ger van der Sangen is universitair docent Ondernemingsrecht bij de vakgroep Privaatrecht van de Universiteit van Tilburg, verbonden aan het Center for Company Law aldaar en rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank 's-Hertogenbosch.

> opgegaan in Coberco. Al haar rechten en verplichtingen zijn immers (…) overgegaan op Coberco als verkrijgende rechtspersoon.

Volgt vernietiging van het arrest van het Hof.

## 2 Het arrest zoals het behoorde te luiden

### *1. De aan het geschil ten grondslag liggende feiten*

1.1. Heino Krause is een traditionele, zuivelverwerkende coöperatie die uitsluitend melk van de aangesloten boeren verwerkt. De aangesloten boeren zijn op grond van hun lidmaatschap verplicht al hun melk exclusief aan de coöperatie aan te bieden. De financiële afwikkeling van de melkleveranties vindt aldus plaats dat er telkens bij aflevering van melk door de coöperatie aan de boer een voorlopige voorschotprijs wordt betaald. Na het einde van het boekjaar vindt er een eindberekening plaats en wordt per individueel lid van de coöperatie vastgesteld wat hij in totaliteit over het gehele boekjaar aan melkgelden van de coöperatie te vorderen heeft. Blijkt na deze definitieve vaststelling van de melkgelden dat hij in het verleden te veel aan voorschotten heeft ontvangen, dan zal hij het verschil moeten terugstorten. Blijkt daarentegen dat er na aftrek van de reeds betaalde voorschotten nog een restant is, dan is de coöperatie op grond van haar statuten verplicht het restant uit te keren in de vorm van een na- of slotbetaling. De hoogte van de definitieve melkgelden wordt bepaald door de totale omzet te verminderen met de kosten van de verwerking, inclusief de door het bestuur van de coöperatie nodig geachte reserveringen en afschrijvingen. Bij consequente toepassing van een dergelijk verrekensysteem zal de coöperatie slechts in uitzonderlijke situaties een verlies vertonen. De eventuele verliezen van deze traditionele coöperatie komen uiteindelijk voor rekening van de gezamenlijke leden naar rato van hun bijdrage in de melkleveranties. Het bestaan van dit soort verlengstukcoöperaties, waarbij de coöperatie uitsluitend fungeert als verwerkingseenheid en doorgeefluik van de gemaakte opbrengsten en inkomsten, is, anders dan in het verleden, zeer uitzonderlijk [zie over de verlengstukgedachte Van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, diss. UvA 1999, p. 46-49 en 244, en over het ontbreken ervan bij grote agrarische coöperaties Van der Sangen, *Agrarisch Recht* 2001, p. 435-442 en Timmerman, 'Anything goes' in het rechtspersonenrecht, in: Van Dijk/Faber, *Coöperaties en NV's; fiscale rivalen?*, Assen 2000, p. 21-27]. Van belang is verder dat de aanspraken van de leden van deze coöperatie op de opbrengsten niet op enige wijze belichaamd zijn in het lidmaatschap als zodanig en niet in de waarde van het lidmaatschap tot uitdrukking komen.

1.2. Tegen deze achtergrond heeft S. zich in zijn hoedanigheid van directeur van de coöperatie in de periode 1985-1990 schuldig gemaakt aan wanbeleid, doordat hij op grote schaal buiten de normale bedrijfsactiviteiten om en zonder medeweten van het bestuur en de overige leden van de coöperatie, in strijd met de daarvoor geldende wettelijke regels, lactose aan melk en melkpoeder heeft toegevoegd en deze als puur en onverdund heeft verkocht. Om deze melkfraude mogelijk te maken, heeft hij willens en wetens een aantal reeds buiten bedrijf gestelde verouderde indampers weer in gebruik genomen, en de daarvoor benodigde melk bij derden op basis van langlopende leveringsovereenkomsten ingekocht, terwijl zulks op grond van de statuten van de coöperatie volstrekt verboden was. Bovendien kregen deze derden voor de geleverde melk een prijs die aanmerkelijk hoger lag dan hetgeen aan de leden als voorschotprijs op geleverde melk werd vergoed. Door deze gang van zaken heeft de coöperatie op onrechtmatige wijze een verkoopvoordeel verkregen dat, nu de handel en zwendel aan het licht is gekomen, aan de verschillende gedupeerde afnemers door de coöperatie vergoed zal moeten worden. Bovendien zijn ten onrechte voor deze partijen melk en melkpoeder exportsubsidies van de EG ontvangen. De schade wordt verder in negatieve zin beïnvloed doordat de coöperatie aan de door S. gesloten leveringsovereenkomsten met derden gebonden blijft [zie in dit verband art. 2:45 lid 3 jo. 53a BW]. De totale schade

bedraagt ongeveer € 12 miljoen. S. wordt door 147 leden van Heino Krause, die een grote minderheid vormen binnen de coöperatie, aangesproken tot schadevergoeding, op te maken bij staat, en wel op grond van een door S. jegens de leden gepleegde onrechtmatige daad. De 147 leden van de coöperatie worden in de procedure vertegenwoordigd door Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie. Gelijktijdig wordt er op basis van dezelfde feiten geprocedeerd tegen de coöperatie en de toenmalige accountant. S. is overigens voor de melkfraude inmiddels ook strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld.

1.3. De Hoge Raad wil nog wijzen op twee feitelijke bijzonderheden die voor de beoordeling van het geschil van belang zijn. De eerste betreft de positie van de directeur. S. is geen formeel bestuurder van de coöperatie, maar een werknemer die belast is met de dagelijkse leiding van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming. Het bestuur van deze coöperatie bestond volledig uit leden van de coöperatie. Een dergelijke verdeling van het management is bij coöperaties niet uitzonderlijk. De directeur die belast is met de dagelijkse leiding van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming, doet dit in een grote mate van zelfstandigheid, zij het onder formele eindverantwoordelijkheid van het bestuur van de coöperatie. Dat pleegt zich in de regel bezig te houden met de verenigingsrechtelijke kant van de coöperatie en met het vaststellen van algemene beleidslijnen ter zake van de bedrijfsvoering.

1.4. De tweede bijzonderheid is dat reeds in de periode 1985-1990 besprekingen werden gevoerd tussen coöperatie Heino Krause en een andere coöperatie over een fusie, waarbij Heino Krause volledig in de andere coöperatie zou opgaan. Deze fusie is echter niet gerealiseerd, juist vanwege het feit dat de melkfraude aan het licht is gekomen en Heino Krause op dat moment een aanzienlijk exploitatieverlies vertoonde. De fusiepartner is daarop afgehaakt. Nadien is er alsnog een fusie tot stand gekomen met Coberco, zij het onder aanmerkelijk minder gunstige condities dan in het eerste fusievoorstel.

1.5. Op dit moment wordt de processuele positie van Heino Krause voortgezet door Coberco als rechtsopvolger onder algemene titel. De voormalige 147 leden van Heino Krause maken daarbij nog maar een fractie uit van het totale ledenbestand van Coberco (in elk geval minder dan 2%).

*2. Het verloop van het geding*

2.1. De rechtbank heeft de vordering tot schadevergoeding van eisers in eerste aanleg afgewezen met een beroep op HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP) [zie Rb Arnhem 14 november 1996, *JOR* 1997, 25]. In hoger beroep is het Hof van oordeel dat het feitencomplex niet leidt naar de regel van het arrest Poot/ABP, maar dat er sprake is van een sterke overeenkomst met de situatie uit ons arrest inzake Kip/Rabo (HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 m.nt. Ma.). Overeenkomstig de uit dat arrest af te leiden rechtsregel is het Hof van oordeel dat er sprake is van door de leden rechtstreeks geleden schade die definitief ten laste is gekomen van het vermogen van de leden en die veroorzaakt is door het onrechtmatige handelen van de directeur. Onder dergelijke omstandigheden, aldus het Hof, kunnen de leden S. aanspreken uit onrechtmatige daad, indien S. ook jegens de leden in privé een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Ook de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm door S. jegens de leden wordt door het Hof aangenomen. De vordering van de 147 leden wordt door het Hof toegewezen [Hof Arnhem 27 april 1999, *JOR* 1999, 144].

2.2. Mede op basis van een analyse van de wijze waarop het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie wordt afgewikkeld, komt het Hof tot de conclusie dat niet de coöperatie verlies heeft geleden, maar uitsluitend en in laatste instantie de aangesloten leden. De leden waren immers verplicht al hun melk via de coöperatie te doen verwerken, de

ontvangen melkgelden vormde de sluitpost in de exploitatierekening en krachtens de statuten rustte op de leden de verplichting in geval van een negatief resultaat van de coöperatie het tekort jaarlijks aan te zuiveren. Het Hof gaat er daarbij vanuit dat bij een dergelijke gang van zaken de coöperatie in het geheel geen verlies kan lijden. In 1990 vertoonde de exploitatierekening een negatief resultaat van ongeveer € 10 miljoen, dat volledig ten laste van de leden is gebracht door toepassing van het systeem van voorschotprijzen en nabetalingen en aldus is verdisconteerd in de definitieve vaststelling van de melkgelden. Uit het arrest van het Hof blijkt echter niet wat nu precies de schade is die door toedoen van het wanbeleid van de directeur over de jaren 1985-1989 is ontstaan. Wel is duidelijk dat er over deze jaren een positief resultaat is bereikt, maar dat dit resultaat zou zonder het wanbeleid zeker hoger zijn geweest: immers, de coöperatie was ook in die jaren gebonden aan de in strijd met het huishoudelijke reglement van de coöperatie door S. afgesloten dure overeenkomsten met derden ter zake van de bijkoop van melk.

2.3. Tegen de achtergrond van de hierboven beschreven omstandigheden, waaronder het feit dat het hier gaat om een traditionele verlengstukcoöperatie en de daaruit voortvloeiende financiële verwevenheid, acht het Hof een bijzondere zorgplicht van de directeur jegens de bij de coöperatie aangesloten leden aanwezig. Het Hof overweegt: *'In die situatie bestond tussen de coöperatie en de leden niet alleen een lidmaatschapsrelatie, maar ook een relatie die tussen een bedrijf en leveranciers/crediteuren bestaat. In verband met deze dubbele relatie rustte er (…) een bijzondere zorgvuldigheidsplicht op de directeur ten opzichte van de leden. Het door hem als directeur gevoerde beleid had immers rechtstreeks gevolgen voor de financiële positie van de leden (…). Hij diende bij zijn beleid rekening te houden met de financiële belangen van de leden.'*

2.4. Kort samengevat richt het cassatiemiddel zich tegen het volgende. In de eerste plaats heeft het Hof miskend dat er sprake is van door de leden rechtstreeks geleden schade door de gedragingen van S. In de tweede plaats heeft hef Hof ten onrechte geoordeeld dat S. jegens de leden persoonlijk een specifieke zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden.

2.5. A-G Hartkamp sluit zich in grote lijnen aan bij de gedachtegang van het Hof. Zijn uitvoerige conclusie, waarbij hij uitgebreid ingaat op de aard en het karakter van deze coöperatie als verlengstuk van de bedrijven van de leden en de daaruit voortvloeiende economische verbondenheid tussen de coöperatie en haar leden, strekt tot verwerping van het cassatieberoep. Ook hij acht het feitencomplex dusdanig dat hierop niet de rechtsregel van HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP) van toepassing is, maar eerder de rechtsregel van HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma. (Kip/Rabo).

*3. Beoordeling van het middel*

Inleiding

3.1. Met het arrest HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP) leek het vermogensrecht verrijkt te zijn met een nieuw leerstuk dat zich afspeelt op het grensgebied van het rechtspersonenrecht en onrechtmatige daad. Sedertdien is met enige regelmaat in verschillende procedures door individuele aandeelhouders getracht voor zichzelf schadevergoeding te vorderen van een wederpartij van een naamloze of besloten vennootschap die jegens de rechtspersoon wanprestatie heeft gepleegd dan wel een onrechtmatige daad. In deze procedures stellen de eisers dat niet alleen de rechtspersoon door de litigieuze gedragingen van de derde vermogensschade heeft geleden, maar ook de aandeelhouder, wiens vermogensschade zou bestaan uit de daarmee corresponderende waardevermindering van zijn aandelen. Constante jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van het leerstuk van omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid [de term 'omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid' is geïntroduceerd door Raaijmakers, *AA* 1995, p. 494] is dat een dergelijk vorderingsrecht ter zake van waardevermindering van aandelen -

men spreekt ook wel van *schade aan aandelen* of van *afgeleide schade* - aan een individuele aandeelhouder niet toekomt [zie HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP), HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 178 (Cri-Cri), HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 348 m.nt. Ma. (Ventaz), HR 2 mei 1997, *NJ* 662 m.nt. Ma. (Kip en Loetjes/Rabobank Winterswijk) en HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 478 (Chipsol/NV X en L.). In andere zin Rb Den Haag 12 juli 2000 en 14 februari 2001, *JOR* 2001/90 (Van Geest Beheer)].

3.2. In het verlengde van deze meer materieelrechtelijke regel heeft de Hoge Raad tevens een procesrechtelijke regel geformuleerd: noch individuele aandeelhouders, noch de algemene vergadering als vertegenwoordigend orgaan binnen de rechtspersoon kunnen namens de rechtspersoon schadevergoeding vorderen van de derde. Daartoe is het bestuur van de rechtspersoon exclusief bevoegd. Slaagt (het bestuur van) de rechtspersoon erin de aan haar toegebrachte schade van de derde vergoed te krijgen, dan wordt daarmee het vermogen van de rechtspersoon hersteld, en wordt dienovereenkomstig de daarmee corresponderende afgeleide schade geacht te zijn weggenomen. Naar huidig vermogensrecht bestaat er derhalve geen eigen vorderingsrecht van individuele aandeelhouders ter zake van afgeleide schade aan aandelen, noch de bevoegdheid om namens de rechtspersoon de schade te vorderen. Een *derivative action* zoals in het Amerikaanse recht [zie bijv. Chapter 1, § 7.01 e.v. American Law Institute Principles of Corporate Governance en, zeer uitvoerig, Kuipers, *WPNR* 2000, p. 99-103] of een *action sociale* zoals in het Franse recht [zie Jeantin, *Droit des sociétés*, 3e druk, Parijs 1994, nrs. 271 e.v.. Zie ook Timmerman, Van afgeleide schade naar afgeleide actie, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer 2000, p. 15-21] erkennen we in Nederland (nog) niet. Ook het Duitse recht kent onder omstandigheden aan individuele aandeelhouders de bevoegdheid toe om namens de rechtspersoon jegens derden te procederen, in de vorm van een *Aktionärsklage* of *Gesellschafterklage* [zie Timmerman, *a.w.* p. 15-21 en de daargenoemde literatuur]. Een eigen vorderingsrecht van aandeelhouders c.q. leden ter zake van afgeleide schade [zie Kroeze, *WPNR* 1997, p. 720] bestaat in de hierboven genoemde jurisdicties echter eveneens niet.

3.3. Wel is er het arrest van de Hoge Raad inzake Kip/Rabo [HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma.]. In dit arrest vordert Kip in privé schadevergoeding van de Rabobank, omdat de bank op ongeoorloofde en daarmee onrechtmatige wijze druk had uitgeoefend op Kip om zijn aandelen in een door Kip gecontroleerde vennootschap te verkopen ver beneden de marktprijs. De bank doet dit onder gelijktijdige opzegging van het krediet aan de vennootschap, terwijl zij wist dat hierdoor de vennootschap afstevende op haar faillissement en dat Kip zich in privé borg had gesteld voor de schulden van de vennootschap. Onder dergelijke omstandigheden wordt het opzeggen van het krediet door de bank niet alleen jegens de vennootschap als onrechtmatig gezien, maar tevens jegens Kip in privé, terwijl bovendien door de gedwongen verkoop van de aandelen de door Kip geleden schade niet meer via de vennootschap kon worden verhaald, en derhalve definitief ten laste van zijn vermogen is gekomen. Kip heeft derhalve niet uitsluitend *afgeleide schade* geleden, maar rechtstreekse schade in zijn privé-vermogen.

<u>Argumenten tegen de erkenning van een vordering uit omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid</u>

3.4. In onze arresten inzake omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid wordt tot nu toe slechts summierlijk gemotiveerd waarom een vordering van individuele aandeelhouders dan wel leden ter zake van afgeleide schade niet kan worden erkend. Dat wil echter niet zeggen dat voor ons standpunt geen argumenten te vinden zijn. In tegendeel, er bestaan een aantal zeer sterke argumenten. Deze argumenten liggen ook ten grondslag aan onze arresten. Het zijn de navolgende:

a. de toekenning van schadevergoeding aan individuele aandeelhouders of leden kan ertoe leiden dat de rechten van hen die betrokken zijn bij de rechtspersoon en belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon, in

gevaar worden gebracht. De erkenning van een vordering uit omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid zou immers leiden tot een verplaatsing van de schadevergoeding uit de boedel van de rechtspersoon naar het privé-vermogen van de individuele aandeelhouders of leden. Dit is niet anders indien de eisende aandeelhouders of leden doorslaggevende zeggenschap hebben in de rechtspersoon.

b. het toestaan van een zelfstandige vordering van individuele aandeelhouders of leden kan leiden tot een verdere complicatie van de procedure, zoals ook blijkt uit het onderhavige geval, waarbij dezelfde leden ook reeds procederen tegen de eigen coöperatie, en waarbij de coöperatie inmiddels de directeur S. in vrijwaring heeft geroepen. In het algemeen is het onwenselijk dat meerdere partijen gelijktijdig ten aanzien van dezelfde schade vergoeding zoeken, terwijl door de rechtspersoonlijkheid nu juist een materiële en processuele bundeling van belangen en de behartiging ervan wordt beoogd.

c. de erkenning van een vordering ter zake van omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid vindt geen steun in het systeem van de wet, waarin aan rechtspersonen een eigen, van het privé-vermogen van de aandeelhouders of de leden afgescheiden zelfstandig vermogen wordt toegekend, in de zin van rechten en plichten, waarop de crediteuren van de rechtspersoon exclusief verhaal kunnen en dienen te zoeken.

d. overigens biedt het rechtspersonenrecht in zijn algemeenheid voor individuele aandeelhouders en leden voldoende waarborgen om het bestuur van de rechtspersoon te dwingen de schade op de derde te verhalen.

e. de erkenning van een vordering ter zake van omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid kan aanleiding geven tot een ongewenste toename van procedures (hek van de dam-argument).

f. in zijn algemeenheid brengt het bestaan van rechtspersoonlijkheid uit het oogpunt van rechtszekerheid met zich mee dat uiterste terughoudendheid moet worden betracht ten aanzien van vormen van vereenzelviging [zie over vereenzelviging Roelvink, *Door rechtpersonen heen kijken*, Preadvies NJV 1997, Van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, diss. EUR 1995 en Timmerman, Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures, in: Van Solinge/Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Deventer 2002, p. 15-28]. Als rechtsfiguur wordt vereenzelviging door de Hoge Raad als regel niet [vgl. HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214 (Bato's Erf) en HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698 (Rainbow)], doch slechts bij hoge uitzondering toegepast [zie HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213 (Citco/Krijger)]. Vereenzelviging aan de zijde van de eiser – aandeelhouders of leden – is net zo min aan de orde als vereenzelviging aan de zijde van de gedaagde – de bestuurder/enig aandeelhouder.

<u>Uitzonderingen</u>

3.5. Naar ons oordeel moet op de hoofdregel dat een vordering uit omgekeerde doorbraak niet wordt erkend, onder bijzondere feiten en omstandigheden een uitzondering worden gemaakt. Het gaat daarbij om gevallen, zoals het onderhavige, waarbij er een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid bestaat dat de eisers zonder enige vorm van redres blijven. Ook in de literatuur wordt dit standpunt verdedigd [Timmerman, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 498 en *a.w.* onder nr. 3.4. sub f, p. 23, Van Maanen, *WPNR* 2000, p. 799 en Van der Sangen, *S&V* 2001 p. 39]. De uitzondering is te meer op zijn plaats, indien vast staat dat de rechten van hen die betrokken zijn bij de rechtspersoon en belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon, niet in gevaar worden gebracht. De volgende door het Hof vastgestelde feiten en omstandigheden rechtvaardigen naar ons oordeel een uitzondering op de hoofdregel.

In de eerste plaats is Heino Krause kort na het door de directeur gepleegde wanbeleid ten einde een faillissement af te wenden gefuseerd met Coberco, waarbij Heino Krause is

opgehouden te bestaan. Vast staat dat na de fusie in 1990 het bestuur van Coberco geen vordering zal instellen tegen directeur S., terwijl gezien de gewijzigde getalsverhoudingen in de algemene ledenvergadering na de fusie de voormalige 147 leden nog slechts een fractie uitmaken van het totale ledenbestand (in elk geval minder dan 2%). Het een en ander betekent dat de 147 eisers niet de mogelijkheid hebben via besluitvorming in de algemene ledenvergadering van Coberco het bestuur, als dat gezien HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43 (Forumbank) al zou kunnen [zie Van der Sangen, *t.a.p.* p. 38], te dwingen om tot het instellen van een vordering jegens S. over te gaan. Ook een enquêteprocedure biedt geen uitkomst gezien de voorwaarden voor ontvankelijkheid in art. 2:349 aanhef en sub a BW [zie Van der Sangen, *t.a.p.* p. 38].

In tweede plaats zou, indien de coöperatie er wel toe zou overgaan om S. aan te spreken, de betaalde schadevergoeding in de boedel van Coberco vloeien en indirect mede ten goede komen van de andere leden (98%). Er bestaan immers geen regel van rechtspersonenrecht die meebrengt dat een betaalde schadevergoeding aan de rechtspersoon vervolgens uitsluitend moet worden uitgekeerd aan de 147 leden van de voormalige coöperatie Heino Krause [zie Timmerman, *t.a.p.* p. 498, Van Maanen, *t.a.p.* p. 799 en Van der Sangen, *t.a.p.* p. 39], tenzij men daarvoor een beroep op de redelijkheid en billijkheid toereikend acht [vgl. in dit verband HR september 1997, *NJ* 1998, 437 m.nt. PvS (Ontvanger/Hamm), waarbij de Hoge Raad uit billijkheidsoverwegingen een terugvorderingsactie met verhoogde preferentie jegens de boedel toestond voor een abusievelijke betaling op de rekening van de failliet, zonder dat voor een dergelijke actie een grondslag in (het systeem) van de Faillissementswet bestond].

In de derde plaats leidt een en andere opvatting naar ons oordeel op zijn best tot een herhaling van processuele zetten. Afwijzing van de vordering van eisers is ons inziens uit oogpunt van proceseconomie onwenselijk. Dit zou immers betekenen dat de eisers na tien jaar procederen in de onderhavige procedure, vervolgens de coöperatie zelf dienen aan te spreken, aan wie immers de gedragingen van de directeur kunnen worden toegerekend, hetgeen echter er toe leidt dat de coöperatie de directeur in vrijwaring zal roepen. De hoofdprocedure en de vrijwaringprocedure nemen wederom een aanzienlijk tijdsbestek in beslag, waarbij de uitkomst voor de leden overigens hoogst onzeker is. Saillant in dit verband is dat de 147 eisers eerst tegen de coöperatie een zogenaamde jaarrekeningprocedure op grond van art. 999 Rv hebben moeten voeren, voordat überhaupt het definitieve tekort kon worden vastgesteld.

3.6. Ten overvloede wil de Hoge Raad op het volgende wijze. De hoofdregel – geen erkenning van een vordering ter zake van omgekeerde doorbraak – steunt in belangrijke mate op het feit dat de coöperatie een rechtspersoon is met eigen rechten en verplichtingen. Het een en ander betekent echter niet dat de gedragingen van de derde die jegens de rechtspersoon wanprestatie of een onrechtmatige daad opleveren, niet tevens een onrechtmatige daad van de derde jegens de individuele leden of aandeelhouders van een rechtspersoon zouden kunnen opleveren [vgl. HR 3 mei 1947, *NJ* 1946, 323 (Staat/Degens) en verder Du Perron, *Overeenkomsten en derden*, diss. UvA 1999, nrs. 310-318]. Wel is het zo dat het gebruik van de rechtspersoon voor hen die zich hiervan bedienen, verplichtingen met zich mee brengt. Zo moeten zij dulden dat het vorderen van schadevergoeding door tussenkomst van het bestuur van de rechtspersoon plaatsvindt. Daar staat echter tegenover dat het gebruik van rechtspersoonlijkheid er niet toe mag leiden dat de schadeveroorzakende derde zijn verplichting tot schadevergoeding kan ontlopen en zich derhalve achter de rechtspersoonlijkheid kan verschuilen. Onder dergelijke bijzondere omstandigheden is het wegdenken van de rechtspersoonlijkheid juist geïndiceerd. De techniek die men hiervoor kan hanteren, is doorbraak van aansprakelijkheid (piercing/lifting the corporate veil), hetgeen algemeen aanvaard is [zie recentelijk HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (SOBI/Hurks II)]. Een andere methode is vereenzelviging, het volledig wegdenken van de rechtspersoon, hetgeen echter slechts bij hoge uitzondering wordt toegestaan zoals in HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213 (Citco/Krijger). Een vorm van vereenzelviging is ook die, waarbij aandeelhouders of leden namens de rechtspersoon alsnog een actie kunnen instellen. Het gaat niet aan dat het disfunctioneren van de organen van de rechtspersoon - welke rechtspersoon mede het belang

van minderheidsgroeperingen binnen haar geledingen dient te behartigen -, ten voordele strekt van niet bij de rechtspersoon betrokkenen.

Het eindoordeel

3.7. Het voorgaande leidt tot de volgende conclusie. Als uitgangspunt geldt dat, indien een derde aan een coöperatie vermogensschade toebrengt door een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting jegens de coöperatie of door gedragingen die jegens de coöperatie onrechtmatig zijn, alleen de coöperatie uit dien hoofde een vordering heeft tot vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade. Net als bij de aandeelhouder van een naamloze of besloten vennootschap komt aan een of meer leden van de coöperatie in beginsel niet een vordering toe tot vergoeding van schade bestaande uit een vermindering van zogenaamde melkgelden of de verhoging van de verplichting tot het aanzuiveren van een exploitatietekort, die het gevolg is van de vorenbedoelde tekortkoming of onrechtmatige gedraging van een derde jegens de coöperatie.

3.8. De hierboven geformuleerde regel lijdt echter uitzondering indien gegeven de feiten en omstandigheden van het geval de afwijzing van de vordering van de leden er toe zou leiden dat de eisende partijen van enige vorm van redres via de coöperatie verstoken zouden blijven, terwijl er overigens geen gevaar bestaat dat de rechten van hen die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de rechtspersoon, worden geschaad. Van dit gevaar is in casu geen sprake, nu door de meergenoemde fusie Heino Krause is opgehouden te bestaan, en crediteuren ten gevolge van de rechtsovergang onder algemene titel crediteuren van de financieel sterkere coöperatie Coberco zijn geworden. Door in deze zin te oordelen heeft het hof dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

3.9. Overeenkomstig HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 288 m.nt. Ma. (Poot/ABP) en HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662 m.nt. Ma. (Kip/Rabo) is voor toekenning van de vordering van de individuele leden wel vereist *(a)* dat de schade definitief ten laste is gekomen van het vermogen van de leden, en derhalve niet meer via tussenkomst van de coöperatie kan worden weggenomen, en tevens *(b)* dat de derde jegens hen een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, welke schending niet kan worden gevonden in de enkele wanprestatie van de derde jegens de coöperatie.

3.10. Ad a. Overeenkomstig ons arrest HR 15 juni 2001, *NJ* 2001, 478 (Chipshol e.a./NV X. en L) kan niet de opvatting worden aanvaard dat aan de 147 leden wel een recht op schadevergoeding toekomt indien de coöperatie buiten staat is of zich buiten staat heeft gesteld vergoeding van schade van de aansprakelijke derde te vorderen, zodat de leden de schade definitief hebben geleden. De enkele omstandigheid dat de coöperatie de derde niet tot schadevergoeding van de door haar geleden schade aanspreekt, brengt immers niet mee dat de gedragingen van de derde daardoor als specifiek onzorgvuldig jegens de leden van de coöperatie moet worden gezien. Wel staat daarmee vast dat de schade definitief ten laste van het vermogen van de leden is gekomen. Dit klemt temeer in een geval als het onderhavige waarbij de leden nog slechts een fractie uitmaken van het totale ledenaantal van de coöperatie, en er mitsdien geen reële mogelijkheid bestaat om via besluitvorming binnen de coöperatie het bestuur tot het instellen van een schadevergoedingsactie jegens S. te dwingen. Door aldus te beslissen heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, en ook overigens wordt de beslissing gedragen door de in de procedure vaststaande feiten.

3.11. Ad b. Ten aanzien van de vraag of de gedragingen van S. – het meerbedoelde wanbeleid – tevens leiden tot de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de leden persoonlijk, geldt als uitgangspunt dat daartoe een beroep op het enkele lidmaatschap van de coöperatie onvoldoende is. Evenwel bestaat de rechtsverhouding tussen het lid en zijn coöperatie niet alleen uit een lidmaatschapsrelatie, maar er bestaat ook een contractuele relatie op basis waarvan de leden verplicht zijn al hun melk aan de coöperatie te leveren, terwijl op de coöperatie de verplichting rust al hun melk te verwerken. Tevens zijn de

leden verplicht alle financiële verliezen voor hun rekening te nemen. Van belang hierbij is dat de uitoefening van de bedrijfsvoering van de coöperatie in handen is gelegd van S. als directeur van de coöperatie. De uitoefening van deze functie kan niet los worden gezien van de relatie die de coöperatie onderhoudt met haar leden. In zoverre is de overeenkomst tussen de coöperatie en haar directeur ondersteunend aan de overeenkomsten die de leden in het kader van de bedrijfsuitoefening met hun coöperatie (moeten) sluiten [zie in gelijke zin Sieburgh, *Bb* 2001, p. 10 en Van der Sangen, *t.a.p.* p. 37].

3.12. Vergelijkbaar met het arrest HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323 (Staat/Degens) kan het onder omstandigheden jegens de leden van de coöperatie onrechtmatig zijn, indien S. jegens de coöperatie wanprestatie pleegt, terwijl S. weet dan wel behoort te weten dat door zijn wanprestatie de uitvoering van een overeenkomst tussen de coöperatie en de leden wordt gefrustreerd, waardoor de leden jegens de coöperatie krachtens de ook bij S. bekende rechtsverhouding tussen de coöperatie en haar leden, gehouden zijn de daaruit voortvloeiende (meer-)kosten aan de coöperatie te vergoeden. Onder deze omstandigheden dient S. als contractueel betrokkene bij de overeenkomsten tussen de coöperatie en haar leden rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen die de leden hebben bij een juiste en correcte uitvoering van zijn overeenkomst met de coöperatie. Daarbij is maatgevend of S. het mogelijke nadeel van de leden in zijn calculatie moet betrekken [in gelijke zin Du Perron, *a.w.* nr. 313]. Door daarbij de bijzondere relatie tussen de leden van de coöperatie en de directeur bij de bedrijfsuitoefening van belang te achten, heeft het Hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Gezien de aard van de verweten gedragingen – waarvoor S. ook strafrechtelijk is veroordeeld – en de even bedoelde bijzondere relatie tussen de leden van de coöperatie en haar directeur geeft het oordeel van het Hof dat de schade voor de leden voorzienbaar was voor S., alsmede het oordeel dat er alsdan ook er sprake is van wetenschap van de benadeling bij S., geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De daartoe gegeven motivering van het Hof is ook niet onbegrijpelijk.

*Beslissing*

De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt S. en K. in de kosten van het geding in cassatie.

Ondernemingsrecht
Aflevering 2010-3
Artikelen

# Ondernemingsrecht 2010, 23. De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie ( Mr. P.C.S. van der Bijl * [1] )

Een beschouwing omtrent het fenomeen van de coöperatie als houdstermaatschappij naar aanleiding van het recent in de praktijk ontstane coöperatietype - in de beschouwing aangeduid als 'concerncoöperatie' - dat van het ontplooien van houdsteractiviteiten haar bedrijf heeft gemaakt. De auteur wijst op de verschillen tussen de concerncoöperatie en de coöperatievorm die in de juridische literatuur wordt aangeduid als de 'houdstercoöperatie'.
Vervolgens worden beide coöperatievormen door de auteur op hun merites beoordeeld door middel van een analyse van de wijze waarop en de mate waarin deze coöperaties voldoen aan de verschillende formele en materiële vereisten die gesteld worden door de wettelijke omschrijving van de coöperatie, te weten (i) de oprichtingsformaliteiten, (ii) de voorziening in de stoffelijke behoeften van de leden, (iii) de verplichte ledenovereenkomsten en (iv) het (doen) uitoefenen van het coöperatieve bedrijf. De auteur gaat daarbij in op de parlementaire geschiedenis van de wettelijke omschrijving, de relevante jurisprudentie en de in de juridische literatuur geuite opvattingen omtrent de coöperatie als houdstermaatschappij, waarvan sommige door de auteur bestreden worden. Afgesloten wordt met een uiteenzetting over het mogelijke risico van gerechtelijke ontbinding waaraan de concerncoöperatie en de houdstercoöperatie bloot kunnen staan indien zij zich in onvoldoende mate verhouden tot de wettelijke omschrijving. De auteur gaat daarbij tevens in op de vraag in hoeverre dit risico reëel is.

## 1 Inleiding

Hoewel binnen Nederlandse concernverhoudingen de rol van (tussen)houdstermaatschappij traditioneel wordt voorbehouden aan kapitaalvennootschappen en (een enkele keer) aan de CV, geniet de coöperatie steeds vaker de voorkeur als houdstervehikel. Het verschijnsel van de aldus aangewende coöperatie is echter niet geheel nieuw. Zelfs voordat de wet dit uitdrukkelijk toeliet, * [2] beperkten coöperaties hun feitelijke werkzaamheden tot het houden van dochtervennootschappen waarin het coöperatieve bedrijf was ondergebracht; dergelijke coöperaties zal ik overeenkomstig de gebruikelijke titulatuur aanduiden als 'houdstercoöperaties'. De coöperatie zoals die recentelijk in de praktijk toepassing vindt - ik zal haar in het vervolg van deze bijdrage aanduiden als 'concerncoöperatie' - is echter van een ander type.
Een van de verschillen tussen de houdstercoöperatie en de concerncoöperatie is dat de eerste haar coöperatieve bedrijf veelal in de loop van haar bestaan heeft uitbesteed aan een of meer dochtervennootschappen, * [3] bijvoorbeeld met het oogmerk om een zekere risicospreiding te realiseren in haar bedrijf, * [4] om een zogeheten tracking stock-regeling te faciliteren * [5] en/of om risicodragend kapitaal aan te trekken. * [6] De concerncoöperatie wordt daarentegen opgericht als alternatief voor de traditionele houdstervennootschap vanwege het flexibele rechtsregime waaraan de coöperatie onderworpen is in vergelijking met kapitaalvennootschappen, alsmede vanwege bepaalde fiscale faciliteiten waarvan haar leden onder omstandigheden kunnen profiteren. * [7] Een tweede onderscheid is gelegen in de aard en de wijze van de uitoefening van het coöperatieve bedrijf. Hoewel de activiteiten van de houdstercoöperatie zich, evenals die van de concerncoöperatie, veelal beperken tot het functioneren als houdstermaatschappij kan het coöperatieve bedrijf dat de houdstercoöperatie door haar werkmaatschappijen doet uitoefenen van allerhande aard zijn. De concerncoöperatie oefent echter zelf haar bedrijf uit, te weten het houdsterbedrijf. In eerste opzicht lijkt dit onderscheid weinig meer dan een woordenspel; in economische zin wordt de onderneming immers gedreven op het niveau van de werkmaatschappijen, ongeacht of deze gehouden worden door een houdster- of een concerncoöperatie. Beide coöperatievormen mogen echter niet met elkaar worden verward of vereenzelvigd. Hierna zal ik aantonen dat ieder van hen op haar eigen wijze invulling geeft aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie. Afgesloten zal worden met een uiteenzetting over de mogelijke risico's waaraan houdster- en concerncoöperaties bloot kunnen staan indien zij zich in onvoldoende mate verhouden tot deze wettelijke definitie.

## 2 De verhouding tot de wettelijke omschrijving

*2.1 De wettelijke omschrijving van de coöperatie*

De wet geeft de volgende omschrijving van de coöperatie:
De coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Zij moet zich blijkens de statuten ten doel stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen.
* [8]
Deze beschrijving valt in een aantal elementen uiteen; deze zullen hierna achtereenvolgens worden behandeld.

*2.2 Oprichting bij notariële akte*

Het eerste element van de definitie van de coöperatie bepaalt dat iedere vereniging die bij al dan niet authentieke notariële akte * [9] en bij meerzijdige rechtshandeling * [10] als coöperatie wordt opgericht, een coöperatie is. Voor het oprichten als coöperatie is voldoende dat de statuten eenvoudigweg bepalen dat de rechtspersoon een coöperatie is. * [11] Het behoeft geen nadere toelichting dat deze voorschriften geen belemmering vormen voor de houdster- of de concerncoöperatie; beide coöperatietypen kunnen probleemloos worden opgericht als iedere andere coöperatie.

*2.3 Stoffelijke behoeften van de leden*

De coöperatie dient zich blijkens haar statuten ten doel te stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien. De consensus is dat dit moet worden geïnterpreteerd als een verplichting tot het behartigen van de economische belangen van de leden, hetgeen in de literatuur ook wel wordt aangeduid als het onderhouden van economisch of zakelijk verkeer met de leden. * [12] Een coöperatie met een ideëel of sociaal oogmerk valt slecht voor te stellen; in ieder geval moge het duidelijk zijn dat zowel de toepassing van de houdster- als die van de concerncoöperatie voortkomt uit zakelijke overwegingen. Voor de houdstercoöperatie geldt dat enig positief resultaat dat door de uitoefening van het coöperatieve bedrijf wordt behaald door haar werkmaatschappijen via de houdstercoöperatie kan worden uitgekeerd aan haar leden. Daarnaast brengt zij een aantal functionele en organisatorische voordelen met zich mee vanwege haar rol als houdstermaatschappij en heeft zij een kostenbesparende functie vanwege de hiervoor aangestipte fiscale faciliteiten. Het economisch verkeer dat de concerncoöperatie met haar leden onderhoudt, is daarentegen beperkt tot het laatste; enige door haar dochtermaatschappijen gerealiseerde winst komt weliswaar uiteindelijk ten goede aan de leden, maar dit resultaat komt voort uit de ondernemingen die door deze dochters zelf worden gedreven en niet uit het coöperatieve houdsterbedrijf. Het is voor de concerncoöperatie derhalve van belang om vast te stellen of zij op deze relatief passieve wijze in de stoffelijke behoeften van haar leden kan voorzien. Het is in dit opzicht een geruststellende gedachte dat in de literatuur wordt aangenomen dat zelfs een coöperatie die geen winst realiseert voor de leden maar een zuiver kostenbesparend karakter heeft voldoende invulling geeft aan het in dit hoofdstuk behandelde wettelijk criterium. * [13] Deze opvatting wordt mede gestaafd door uitspraken van de Hoge Raad en passages in de wetsgeschiedenis waaruit blijkt dat een winstoogmerk besloten ligt in het besparen van kosten. * [14] Voor de houdster- noch de concerncoöperatie zie ik derhalve een obstakel in de vereiste voorziening in de stoffelijke behoeften van haar leden.

*2.4 Ledenovereenkomsten*

De coöperatie dient de economische belangen van haar leden te behartigen krachtens overeenkomsten (anders dan van verzekering) die met haar gesloten worden in de uitoefening van het coöperatieve bedrijf. * [15] Hoewel de inhoud en de strekking van deze ledenovereenkomsten bij de houdstercoöperatie sterk afhankelijk zullen zijn van de aard van haar bedrijf, is het in de regel mogelijk voor de houdstercoöperatie om dit voorschrift zonder al te veel problemen na te leven. Voor de concerncoöperatie is dit minder eenvoudig aan te nemen, aangezien de voordelen die haar leden genieten inherent zijn aan het lidmaatschap; zij vloeien voort uit de functie die de concerncoöperatie als houdstermaatschappij vervult en (in beginsel) niet uit enige overeenkomst.

Sinds het vereist stellen van de ledenovereenkomsten zijn felle debatten gevoerd over de vraag of het een coöperatie is toegestaan om louter krachtens de lidmaatschapsverhouding te voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden. Samengevat wordt een drietal visies verdedigd:

1. Het sluiten van ledenovereenkomsten wordt gezien en geaccepteerd als conditio sine qua non. * [16]
2. Niet het sluiten van ledenovereenkomsten, maar het economisch verkeer met de leden wordt bepalend geacht voor het bestaansrecht van een coöperatie; de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het economisch verkeer is irrelevant. * [17]
3. Hoewel het sluiten van ledenovereenkomsten een vereiste is, wordt dit niet als het juiste criterium gezien om de rechtsgeldigheid van een coöperatie te toetsen; de wettelijke omschrijving vindt op dit punt geen aansluiting bij de praktijk. * [18]

Vooraleer deze standpunten op hun merites te beoordelen, is het van belang om de overwegingen van de wetgever te schetsen die hebben geleid tot de introductie van het betrokken voorschrift. Bij het opstellen van het ontwerp van Boek 2 Nieuw BW creëerde Meijers een stelsel waarin de verschillende rechtspersonen aan de hand van materiële kenmerken werden afgebakend. * [19] Meijers merkte daarbij het sluiten van ledenovereenkomsten aan als een van de wezenskenmerken van de coöperatie. * [20] Daarmee werd voorts de dualistische verhouding tussen een coöperatie en haar leden tot uitdrukking gebracht; enerzijds wordt deze gevormd door de lidmaatschapsverhouding en anderzijds door de contractuele relatie die voortvloeit uit de overeenkomsten die met de leden worden gesloten. Met het expliciteren van dit onderscheid werd voorkomen dat een coöperatie de beschermingsregeling die van toepassing is bij het eenzijdig wijzigen van ledenovereenkomsten * [21] buiten spel zou kunnen zetten door de rechtsbetrekking met haar leden slechts te construeren door middel van de lidmaatschapsverhouding. * [22] Deze beweegredenen van de wetgever lijken mij achterhaald. Rechtspersonen worden immers niet langer onderscheiden aan de hand van materiële kenmerken; onder het thans vigerende stelsel is de wijze van oprichting doorslaggevend. Voorts wordt Meijers' afbakening tussen de lidmaatschapsverhouding en de ledenovereenkomsten inmiddels algemeen aanvaard. * [23] Hoewel de parlementaire geschiedenis ongetwijfeld heeft bijgedragen aan deze consensus, kan ik mij niet voorstellen dat de rechtsbetrekking tussen een coöperatie en haar leden anders zal worden gekarakteriseerd indien het sluiten van overeenkomsten als verplichting vervalt. Het voorschrift lijkt mij derhalve een onnodig geworden inperking van de vrijheid van inrichting van de coöperatie. Ik schaar mij dan ook niet achter het hiervoor als eerste weergegeven standpunt.
Degenen die de als tweede weergegeven stelling onderschrijven, motiveren hun standpunt voornamelijk door te verwijzen naar de flatcoöperatie - een rechtsfiguur die wordt gebezigd om appartementen te exploiteren - en hetgeen daarover wordt opgemerkt in de wetsgeschiedenis van het Nieuw BW. Aangezien aan het lidmaatschap in een flatcoöperatie een gebruiksrecht met betrekking tot een bepaald appartement is gekoppeld zonder dat daaraan een (huur)overeenkomst ten grondslag ligt, werd destijds de zorg geuit dat deze coöperatievorm niet langer zou kwalificeren als coöperatie met de invoering van de verplichting tot het sluiten van ledenovereenkomsten. Deze zorg werd van regeringszijde weggenomen door te bevestigen dat het niet de bedoeling is geweest om het bestaansrecht van flatcoöperaties in gevaar te brengen als gevolg van de gewijzigde wettelijke omschrijving van de coöperatie. * [24] Ik erken dat de regering zich in deze zin expliciet heeft uitgelaten, maar men bedenke zich dat deze opmerkingen werden gemaakt enerzijds met het oog op de bruikbaarheid van de flatcoöperatie als gevolg van de voorgestelde en later niet gecodificeerde onoverdraagbaarheid van het lidmaatschapsrecht * [25] en anderzijds naar aanleiding van de vraag of de flatcoöperatie geacht kan worden een bedrijf uit te oefenen. De context noopt mijns inziens tot de conclusie dat de wetgever, in tegenstelling tot wat de aanhangers van het tweede standpunt impliceren, geenszins een algemene vrijstelling of hardheidsclausule tot uitdrukking heeft willen brengen met betrekking tot het sluiten van ledenovereenkomsten. Een dergelijke interpretatie van de parlementaire geschiedenis zou bovendien lijnrecht staan tegenover Meijers' hiervoor weergegeven visie dat het sluiten van overeenkomsten een van de essentialia van de coöperatie is. De onderbouwing van de tweede stelling kan mij derhalve niet overtuigen.
Hiermee resteert het enigszins onbevredigende derde standpunt: lex dura sed lex. De kostenbesparing en andere voordelen die een concerncoöperatie voor haar leden realiseert, komt, zoals eerder aangegeven, niet direct voort uit enige overeenkomst; zij vloeit voort uit haar functie als houdstervehikel en haar fiscale behandeling. In dit verband is de door Maeijer aangebrachte nuancering op de door hem ingenomen tweede stelling van wezenlijk belang. Wederom in het kader van de flatcoöperatie geeft hij aan dat, hoewel een dergelijke coöperatie niet krachtens

overeenkomsten in de stoffelijke behoeften van haar leden voorziet, de leden in de regel wel overeenkomsten van bijkomstige aard sluiten met de flatcoöperatie in het kader van de exploitatie van het flatgebouw, zoals schoonmaak- of onderhoudsovereenkomsten. * [26] Hiermee impliceert Maeijer dat dergelijke bijkomstige overeenkomsten voldoende invulling geven aan het wettelijk criterium. Ook Stille en Van Velten zijn deze mening toegedaan; voor het bestaan als coöperatie achten zij vereist dat het lidmaatschap leidt tot al dan niet bijkomstige overeenkomsten tussen de coöperatie en haar leden die verband houden met het coöperatieve bedrijf. * [27] Van Velten baseert zijn standpunt echter (mede) op de eerder aangehaalde, mijns inziens discutabele, passages in de parlementaire geschiedenis.
Indien de wettelijke omschrijving van de coöperatie slechts zou bepalen dat er ledenovereenkomsten moeten worden aangegaan in het coöperatieve bedrijf, zou ik de opvattingen van Maeijer, Stille en Van Velten zonder voorbehoud delen. Echter, de wet vereist voorts dat de coöperatie krachtens deze overeenkomsten voorziet in de stoffelijke behoeften van haar leden. Derhalve kan niet iedere bijkomstige overeenkomst op de juiste wijze invulling geven aan het wettelijk voorschrift; essentieel is of daarmee de stoffelijke behoeften van de leden behartigd worden. Aangezien de wet (gelukkig) geen vereisten stelt aan de mate waarin de economische interactie met de leden gebaseerd moet zijn op ledenovereenkomsten ten opzichte van het economisch verkeer dat voortvloeit uit de lidmaatschapsverhouding, lijkt het mij acceptabel dat een coöperatie hoofdzakelijk in de stoffelijke behoeften van haar leden voorziet uit hoofde van het lidmaatschap, mits de ledenovereenkomsten (die een bijkomstig karakter mogen hebben) eveneens een duit in het zakje doen. Terugkerend naar de concerncoöperatie, concludeer ik dat voor het waarborgen van haar bestaansrecht van wezenlijk belang is dat zij overeenkomsten sluit met haar leden die (i) ten minste verband houden met het coöperatieve houdsterbedrijf en (ii) in meer of mindere mate bijdragen aan de kostenbesparing en andere voordelen waarvan haar leden profiteren. Aangezien het laatste niet afhankelijk is van enige contractuele relatie, kunnen de ledenovereenkomsten (evenals bij de flatcoöperatie) slechts van bijkomstige aard zijn. Te denken valt aan overeenkomsten waarbij de concerncoöperatie zichzelf verplicht een centrale administratie te voeren over haar deelnemingen teneinde hun lasten te verlagen of overeenkomsten waarbij de concerncoöperatie zich jegens haar leden verbindt om de zeggenschap over haar (indirecte) dochtermaatschappijen op zodanige wijze uit te oefenen of te doen uitoefenen dat de winsten die zij genereren gemaximaliseerd worden, een en ander opdat de leden - bij een uitkering van door de concerncoöperatie ontvangen winst - een zo hoog mogelijke belastingdrukverlaging genieten ten opzichte van de situatie waarin zij niet via een concerncoöperatie zouden deelnemen in de dochtermaatschappijen. Het lijkt mij niet noodzakelijk dat de concerncoöperatie meer dan eens een dergelijk overeenkomst aangaat met eenzelfde lid; een eenmalige (duur)overeenkomst is voldoende. * [28]
Een niet onbelangrijk onderdeel van door de concerncoöperatie te sluiten ledenovereenkomsten lijkt mij de kostendekkende vergoeding die zij van haar leden kan bedingen voor de diensten die zij verricht. Een dergelijke vergoeding is in lijn met de in de praktijk voor coöperaties gebruikelijke afrekening van het zakelijk verkeer. * [29] Aangezien de concerncoöperatie vrij ver verwijderd is van de traditionele vorm van de coöperatie, meen ik dat een dergelijke vergoeding bijdraagt aan het verder waarborgen van haar rechtsgeldigheid.
Een aantal auteurs besteedt enige aandacht aan de coöperatievorm waarin slechts of hoofdzakelijk wordt deelgenomen door investeerders waarmee de coöperatie overeenkomsten van kapitaalverschaffing sluit. * [30] Zij dichten een dergelijke beleggerscoöperatie bestaansrecht toe onder verwijzing naar de in de literatuur geuite opvattingen over de houdstercoöperatie. Deze onderbouwing lijkt mij niet juist. Immers, het aanmerken van een beleggerscoöperatie als species van de houdstercoöperatie veronderstelt dat de overeenkomsten op grond waarvan de leden kapitaal ter belegging aan de coöperatie ter beschikking stellen, worden gesloten in het coöperatieve bedrijf dat wordt uitgeoefend door de werkmaatschappijen. De economische realiteit is duidelijk anders; uitzonderingen daargelaten, zullen de werkmaatschappijen van een houdstercoöperatie geen bedrijfsmatige beleggingsactiviteiten ontplooien, maar ondernemingen van een andere aard voeren. De consequentie is dat de beleggerscoöperatie, indien gezien als een houdstercoöperatie, (vrijwel) uitsluitend niet-gebruikende leden kent, hetgeen in strijd is met de coöperatieve grondgedachte.
* [31] De behartiging van de economische belangen van de leden van een beleggerscoöperatie kan haar oorsprong slechts vinden in (overeenkomsten van) kapitaalverschaffing indien zij wordt aangemerkt als species van de concerncoöperatie; daarmee vallen voornoemde bezwaren weg. De concerncoöperatie ontplooit immers houdsteractiviteiten ten behoeve van haar leden; overeenkomsten van kapitaalverschaffing kunnen daaraan dienstig zijn.

*2.5 Het coöperatieve bedrijf*

De coöperatie dient in de stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien door middel van het (doen) uitoefenen van haar bedrijf. In de wetsgeschiedenis wordt aangegeven dat een coöperatie haar gehele bedrijf mag onderbrengen in een of meer dochtermaatschappijen; daarbij werd echter aanvankelijk het uitdrukkelijke voorbehoud gemaakt dat de wettelijke omschrijving (destijds) onvoldoende ruim was om voorts toe te staan dat de ledenovereenkomsten worden gesloten met de werkmaatschappijen in plaats van met de coöperatie zelf. * [32] Ter gelegenheid van de invoering van de structuurregeling voor coöperaties * [33] herzag de wetgever deze kanttekening; de zinsnede door overeenkomsten in de wettelijke omschrijving van de coöperatie werd gewijzigd in krachtens overeenkomsten. Daarmee trachtte de wetgever tot uitdrukking te brengen dat de ledenovereenkomsten onder het thans vigerende regime ook met de werkmaatschappijen gesloten kunnen worden. * [34]
Galle poneert in dit opzicht een aantal interessante stellingen. Hij maakt onderscheid tussen (i) het primaire bedrijf van de coöperatie dat hij omschrijft als de economische interactie tussen de coöperatie en haar leden en (ii) het secundaire bedrijf waarmee hij doelt op de feitelijke bedrijfsuitoefening door de coöperatie. * [35] Onder het begrip bedrijf zoals opgenomen in de wettelijke omschrijving van de coöperatie verstaat Galle het primaire bedrijf; dit zou van oorsprong de bedoeling van de wetgever zijn geweest. * [36] Voorts stelt Galle dat, hoewel de wet de coöperatie niet in de weg staat om het secundaire bedrijf (geheel) uit te besteden aan haar werkmaatschappijen, het primaire bedrijf te allen tijde door de coöperatie zelf uitgeoefend moet worden. Galle concludeert vervolgens dat het sluiten van ledenovereenkomsten, ondanks de gewijzigde redactie van de wettelijke omschrijving na de invoering van de structuurregeling, niet kan worden overgelaten aan de werkmaatschappijen en zoekt steun voor zijn standpunt in, onder meer, de gebrekkige codificatie van de koerswijziging van de wetgever. * [37] In het bijzonder uit hij kritiek op een bepaling van de structuurregeling waaruit blijkt dat een structuurcoöperatie haar werkzaamheden uitsluitend of nagenoeg uitsluitend kan beperken tot beheer- en financieringsactiviteiten. * [38] Deze bepaling veronderstelt, aldus Galle, dat het primaire bedrijf wordt uitgeoefend door de werkmaatschappijen, hetgeen zich niet zou verhouden met de aard en de omschrijving van de coöperatie. * [39]
Voor de houdstercoöperatie kan Galle's redenatie funest zijn; het coöperatieve bedrijf wordt immers geheel uitgeoefend door haar werkmaatschappijen en in deze bedrijfsuitoefening zal het geen uitzondering zijn dat de werkmaatschappijen zonder tussenkomst van de houdstercoöperatie overeenkomsten sluiten met de leden. * [40] Hoewel ik de noodzakelijkheid van het primaire bedrijf en de mogelijkheid tot uitbesteding van het secundaire bedrijf onderschrijf, kan ik mij op een aantal punten niet met Galle's opvattingen verenigen. Zo ben ik het niet eens met zijn opmerking dat de wetgever (reeds van oudsher) met het begrip bedrijf het primaire bedrijf van de coöperatie op het oog heeft. Bij de verankering van de coöperatieve vereniging in het Nederlandse rechtssysteem maakte de wet weliswaar eenzelfde onderscheid als Galle tussen de voorziening in de stoffelijke behoeften van de leden en de coöperatieve bedrijfsuitoefening, * [41] maar hieruit kan ik niet afleiden dat het element bedrijfsvoering destijds als het primaire bedrijf werd aangemerkt. De huidige wettelijke omschrijving is niet anders in dit opzicht; blijkens de hierboven aangehaalde wetsgeschiedenis wordt met de zinsnede het bedrijf dat zij (…) uitoefent of doet uitoefenen gedoeld op de feitelijke bedrijfsuitoefening door de coöperatie, oftewel het secundaire bedrijf. Los van deze enigszins semantische materie ben ik, in tegenstelling tot Galle, van mening dat op basis van genoemde wetsgeschiedenis thans onverkort is toegelaten dat ledenovereenkomsten door de werkmaatschappijen worden gesloten; * [42] ook bij de uitvoering van de SCE-verordening is dit door de minister uitdrukkelijk gesanctioneerd. * [43] Hieraan doet de ondoordachte invoering van de structuurregeling voor coöperaties waarop Galle zich beroept geen afbreuk. Een andersluidende conclusie zou rechtstreeks indruisen tegen de bedoelingen van de wetgever. * [44] De situatie waarin een houdstercoöperatie (slechts) ledenovereenkomsten doet sluiten door haar werkmaatschappijen acht ik niet bezwaarlijk. * [45]
Er bestaat nog een tweetal andere aandachtspunten voor de houdstercoöperatie. In de eerste plaats dient zij niet te ver verwijderd te raken van haar werkmaatschappijen; daardoor wordt het immers lastiger om vol te houden dat zij het cooperatieve bedrijf doet uitoefenen. * [46] Bovendien geldt voor de houdstercoöperatie dat zij beperkt is tot het in overwegende mate direct of indirect houden van deelnemingen in werkmaatschappijen wier bedrijfsvoering overeenstemt met haar statutaire doelstelling. Naarmate haar coöperatieve bedrijf diversifieert - bijvoorbeeld door de acquisitie van branchevreemde entiteiten * [47] - kan deze restrictie nopen tot de noodzakelijke uitbreiding van de in haar statuten opgenomen doelomschrijving. In extreme gevallen kan dit resulteren in een gekunstelde en oneigenlijke coöperatievorm wier coöperatieve bedrijf op steeds ingrijpender wijze wordt bepaald aan de hand van de activiteiten die ontplooid worden door haar werkmaatschappijen. Terra inversa.

Voor de concerncoöperatie zijn de hiervoor in dit hoofdstuk aangesneden onderwerpen weinig relevant. Aangezien de concerncoöperatie zelf het houdsterbedrijf uitoefent, ongeacht de aard van de in lagere echelons gedreven ondernemingen, is er immers geen sprake van het doen uitoefenen van een bedrijf; om dezelfde reden zullen ledenovereenkomsten slechts met de concerncoöperatie zelf worden aangegaan. Voor het bestaansrecht van de concerncoöperatie is daarentegen van essentieel belang vast te stellen of het ontplooien van houdsteractiviteiten kan kwalificeren als het uitoefenen van een bedrijf. Ondanks dat de wet geen definitie van het begrip bedrijf kent, wordt algemeen aangenomen dat hieronder de bedrijfsuitoefening in ruime zin moet worden verstaan. * [48] In de jurisprudentie is uitgemaakt dat hiervan sprake is wanneer het behalen van winst wordt beoogd. * [49] Zoals hierboven uiteengezet, moet worden aangenomen dat het realiseren van kostenbesparing, hetgeen de concerncoöperatie als voornaamste doel heeft, gelijkgesteld wordt met het hebben van een winstoogmerk. Een andere aanwijzing dat het houdsterbedrijf daadwerkelijk een bedrijf is, kan worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis van het Nieuw BW; bepaald wordt dat het onderhouden van bezittingen ten behoeve van de leden aangemerkt kan worden als bedrijfsuitoefening. * [50] De parallel met de concerncoöperatie is evident; zij immers voorziet in de stoffelijke behoeften van haar leden door het houden en als (indirect) aandeelhoudster in stand houden van haar dochtermaatschappijen. Nadrukkelijker is de wetsgeschiedenis bij het wetsvoorstel voor de vaststelling van titel 7.13 BW inzake de personenvennootschappen, waarin van regeringszijde wordt aangegeven dat houdster- en beleggingsactiviteiten die mede zijn gericht op het besparen van kosten als bedrijfshandelingen kunnen kwalificeren. * [51] Deze omschrijving sluit volledig aan bij de bedrijfsuitoefening van de concerncoöperatie. Al met al kan men veilig aannemen dat zij een bedrijf uitoefent. * [52]

## 3 Risico's

Hoewel ik in het voorgaande uiteen heb gezet dat mijns inziens aan beide beschreven coöperatievormen rechtsgeldigheid toekomt, is niet uit te sluiten dat sommigen mijn betoog op bepaalde punten onvoldoende overtuigend zullen vinden. Sommige juristen kunnen hierin een reden vinden om enige terughoudendheid te betrachten bij het adviseren over een houdster- of een concerncoöperatie; een rechtspersoon die niet onder de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm valt, staat immers bloot aan het gevaar van gerechtelijke ontbinding. * [53]
In dit opzicht kan gewezen worden op de terme de grâce die de rechtbank normaliter zal toekennen opdat de coöperatie een geconstateerd gebrek alsnog binnen een redelijke termijn kan helen. * [54] Indien de rechtbank echter oordeelt dat met de inrichting van een houdster- of een concerncoöperatie op fundamenteel onjuiste wijze invulling wordt gegeven aan de wettelijke omschrijving, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat dit met behoud van rechtsvorm te repareren valt; de gratietermijn zal zeer waarschijnlijk leiden tot omzetting van de coöperatie in een kapitaalvennootschap. Om de beoogde (deels fiscale) voordelen van de coöperatie als houdstermaatschappij toch voor zover mogelijk te kunnen behouden, zal de omzetting op haar beurt waarschijnlijk leiden tot een reorganisatie van de houdsterstructuur, hetgeen niet fataal is, maar mij evenmin een wenselijk resultaat lijkt.
Een andere mitigatie van genoemd risico volgt uit de bepaling dat de rechtbank slechts de ontbinding van een rechtspersoon kan uitspreken op verzoek van het Openbaar Ministerie of een belanghebbende. * [55] Aangezien het mij onwaarschijnlijk lijkt dat het Openbaar Ministerie hiertoe overgaat, * [56] resteert slechts de belanghebbende als potentiële bedreiging. De heersende leer is dat degene die de ontbinding van een rechtspersoon verzoekt daarbij een redelijk belang moet hebben. Met een aantal schrijvers meen ik dat dit weinig behulpzame criterium moet worden aangevuld met het vereiste dat de verzoeker zich geconfronteerd moet zien met de (dreigende) manifestatie van een bepaald nadeel als gevolg van het uitblijven van de gerechtelijke ontbinding. * [57] Deze opvatting is in lijn met de zogeheten meerkringenleer die door de Hoge Raad is geformuleerd in het kader van de jaarrekeningprocedure; * [58] niettemin wordt bij deze leer ook buiten de context van het jaarrekeningrecht aansluiting gezocht. * [59] Samengevat houdt de meerkringenleer in dat, behoudens tegenbewijs, een redelijk belang wordt verondersteld van degenen die bij de onderneming betrokken zijn; anderen zijn slechts ontvankelijk indien zij een specifiek en concreet nadeel ondervinden. Binnen de eerstgenoemde kring van belanghebbenden vallen aandeelhouders, certificaathouders, andere leden van organen, de ondernemingsraad en werknemers; * [60] het is opmerkelijk dat crediteuren uitdrukkelijk niet worden gerekend tot de groep van bij de onderneming betrokkenen. * [61]
Alles in aanmerking genomen, resteert de vraag of er een (rechts)persoon bestaat die (i) de ontbinding van een houdster- of een concerncoöperatie wenst te entameren en (ii) ofwel enig nadeel ondervindt als gevolg van niet-ontbinding dan wel tot de eerste kring van belanghebbenden behoort.

Sommigen zullen hierop antwoorden: de Nederlandse fiscus. Integendeel, de Belastingdienst heeft zich de afgelopen jaren welwillend opgesteld ten opzichte van de coöperatie als houdstermaatschappij in structuren waarvan met name concerncoöperaties deel uitmaken. Bovendien, zelfs indien de fiscus de gerechtelijke ontbinding van een houdster- of een concerncoöperatie wenst te veroorzaken, zal de bewijslast op de fiscus rusten; men zal een toegebracht of dreigend nadeel moeten aantonen. Een uphill battle, lijkt me.

## 4 Conclusie

Men kan veilig aannemen dat de wetgever ten tijde van de verankering van de coöperatieve vereniging in het Nederlandse rechtssysteem zich niet had kunnen indenken dat deze rechtsvorm ooit zou worden aangewend voor het ontplooien van houdsteractiviteiten op de schaal waarvan thans sprake is. Niettemin heb ik in deze bijdrage betoogd dat zowel de houdster- als de concerncoöperatie - mits zorgvuldig ingericht - past binnen het huidige wettelijke regime en dat het aldus aanwenden van de coöperatie realiter geen risico (op ontbinding) met zich meebrengt. In de behandeling van de verschillende elementen van de wettelijke omschrijving is het voorts duidelijk gebleken dat de houdstercoöperatie en de concerncoöperatie verre van identiek zijn, ondanks de gelijkenissen die hun feitelijke werkzaamheden vertonen.

---

*[1] P.C.S. van der Bijl is kandidaat-notaris te Amsterdam.

*[2] C.J. van Zeben & J.W. du Pon, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoeringswet Boek 2. Rechtspersonen, Deventer: Kluwer 1977, p. 1247.

*[3] De mogelijkheid tot het doen uitoefenen van het coöperatieve bedrijf door anderen dan dochtermaatschappijen op grond van overeenkomsten laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

*[4] De houdstercoöperatie kan door uitzakking in een separate werkmaatschappij bepaalde risicovolle activiteiten afscheiden van andere bedrijfsonderdelen.

*[5] Bij een dergelijke regeling wordt ontvangen winst die afkomstig is van onderscheiden bedrijfsonderdelen of dochtervennootschappen aan onderscheiden soorten participaties toegekend.

*[6] Door uitgifte van aandelen in het kapitaal van de dochtervennootschap(pen) aan investeerders.

*[7] Het voornaamste voordeel is dat winstuitkeringen door een coöperatie aan haar leden in beginsel niet belast worden met dividendbelasting. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting D.J. Prinsen, 'De buitenlandse belastingplicht van leden met een aanmerkelijk belang in een Nederlandse coöperatie', WFR 2004, p. 1081-1085; S. van Weeghel, 'Coöperaties, dividendbelasting en internationale belastingheffing', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 99-125.

*[8] Art. 2:53 lid 1 BW.

*[9] Art. 2:4 lid 1 BW.

*[10] Art. 2:54 lid 1 BW.

*[11] In gelijke zin J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 404.

*[12] R.J.C. Galle, De coöperatie, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 142-143; M.E. Engelaar, Organen van de coöperatie, Deventer: Kluwer 1995, p. 9; F.J.P. van den Ingh, 'Kenmerken van de coöperatie en haar verhouding tot de leden', S&V 1995, p. 169; Maeijer 1997, p. 405; G.J.H. van der Sangen, Rechtskarakter en financiering van de coöperatie, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 116; M.E. Engelaar, Organisatie en financiering van de coöperatie, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2000, p. 12; P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Gouda Quint 2002, p. 26; J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 216; J.D.A. den Tonkelaar, Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht en Effectenrecht, Deventer: Kluwer 2007, art. 2:53 BW, aant. 2, p. 104.

*[13] Galle 1993, p. 161-162; Van der Sangen 1999, p. 116; Dijk & Van der Ploeg 2002, p. 27; A.L.G.A. Stille, Rechtspersonen, Deventer: Kluwer (losbl.), art. 2:53 BW, aant. 4, p. 53-6; Den

Tonkelaar 2007, art. 2:53 BW, aant. 2, p. 105.

*[14] HR 17 april 1939, NJ 1939, 690 (ANP); HR 13 januari 1966, NJ 1966, 189 (Mariahoeve); Van Zeben 1963, p. 463. Zie ook V.A.E.M. Meijers, A.L. Mohr & W.R. Veldhuyzen, 'Het ondernemingsbegrip in de Handelsregisterwet 2007', WPNR 2009/6794, p. 298.

*[15] De discussies omtrent de (on)mogelijkheid tot het sluiten van overeenkomsten met derden (art. 2:53 lid 3 en 4 BW) laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

*[16] E.D. Harderwijk, 'De statuten van de Coöperatieve Vereniging', TVVS 1959, p. 233-239; J.M. Polak, De coöperatieve vereniging, Preadvies KNB 1965, p. 32; T.J. van der Ploeg, 'Boekbespreking W.C.L. van der Grinten & J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon', S&V 1992, p. 196.

*[17] Maeijer 1997, p. 408; Van der Sangen 1999, p. 216; Engelaar 2000; P.J. Dortmond, De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon, Deventer: Kluwer 1991, p. 13-14, waarin Dortmond zich enigszins voorzichtig uitdrukt door aan te geven dat een lid met wie geen ledenovereenkomst is gesloten een uitzonderingssituatie moet zijn.

*[18] Van Zeben 1963, p. 461; H. de Groot, 'Zijn alle coöperatieve verenigingen wel te vatten onder één definitie en één regeling?', TVVS 1985, p. 38 en 42; J.H. Lunshof, 'De coöperatie; een onzelfstandige ondernemingssoort', Agr.r. 1986, p. 604; J.N. Kras, 'Heeft de coöperatieve vereniging een januskop?', Agr.r. 1989, p. 229; Galle 1993, p. 152-154; Engelaar 1995, p. 11; Van den Ingh 1995, p. 170; Dijk & Van der Ploeg 2002, p. 28 en 115-116; P.J. Dortmond, 'De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?', in: Van der Sangen, Galle & Dortmond (red.) 2007, p. 8, waarmee Dortmond zijn eerder ingenomen standpunt (zie voetnoot 17) lijkt te nuanceren; M. van Olffen, 'Hybride rechtsvormen en alternatieven', in: J.M.M. Maeijer, H.J. de Kluiver & D.F.M.M. Zaman e.a. (red.), Flexibele rechtsvormen, Deventer: Kluwer 2008, p. 104.

*[19] Van Zeben 1963, p. 211, 444-446 en 463-464.

*[20] Van Zeben 1963, p. 456-457.

*[21] Art. 2:59 BW.

*[22] Van Zeben 1963, p. 457-458 en 496; P. Willemse, 'Is de coöperatie in Boek 2 Nieuw BW wel het normaal-type?', TVVS 1978, p. 380; Galle 1993, p. 146; Van der Sangen 1999, p. 207-208.

*[23] T.J. van der Ploeg (red.) e.a., Nieuw vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 77; Galle 1993, p. 152; Maeijer 1997, p. 316-317; Van der Sangen 1999, p. 111; Engelaar 2000, p. 15-16; Den Tonkelaar 2007, art. 2:53 BW, aant. 2, p. 104; G.J.C. Rensen & A. Steneker, 'De coöperatie als financieel instrument (II)', WPNR 2009/6797, p. 381.

*[24] Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1241 en 1244.

*[25] De gebruiksrechten met betrekking tot de appartementen zouden immers eveneens onoverdraagbaar worden, waardoor de flatcoöperatie haar functie zou verliezen.

*[26] J.M.M. Maeijer, 'Het nieuw Boek 2 BW betreffende rechtspersonen', NJB 1976, p. 666; Maeijer 1997, p. 408, p. 12.

*[27] A.L.G.A. Stille, 'De coöperatieve exploitatievereniging in het nieuwe rechtspersonenrecht', TVVS 1977, p. 581; A.A. van Velten, 'De coöperatieve flat- en serviceflatexploitatievereniging', TVVS 1981, p. 127-128; Stille (losbl.), art. 2:53 BW, aant. 4, p. 53-6.

*[28] In gelijke zin Van den Ingh 1995, p. 170; G.J.C. Rensen & A. Steneker, 'De coöperatie als financieel instrument (I)', WPNR 2009/6797, p. 357.

*[29] R. Leep, De coöperatie. Enkele bedrijfseconomische aspecten van afzet- en verwerkingscoöperaties, Amsterdam: Rodopi 1985, p. 8-9; S.M. Bartman & E.J.M. van der Meijden, 'De holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie', in: S.M. Bartman e.a., Strijdige belangen in evenwicht. Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992, p. 14; G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', Ondernemingsrecht 1999, p. 390; Van der Sangen 1999, p. 41; G.J.H. van der Sangen, 'De evolutie van de coöperatie en haar financiering', TvO 2007, p. 154.

*[30] Kemperink 2006, p. 238-244; Rensen & Steneker 2009, p. 356-357. Vgl. Bartman & Van der Meijden 1992, p. 29, die eveneens coöperaties met dergelijke 'beleggersleden' aan de orde stellen.

*[31] In gelijke zin P.J. Dortmond, 'Boekbespreking van S.M. Bartman & E.J.M. van der Meijden, De

holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie, uit Strijdige belangen in evenwicht', S&V 1992, p. 119; P.J. Dortmond, 'Boekbespreking van R.C.J. Galle, De coöperatie in eigentijds perspectief', S&V 1995, p. 13; Dortmond, in: Van der Sangen, Galle & Dortmond (red.) 2007, p. 8-9; P.J. Dortmond, 'De uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap (SCE)', Ondernemingsrecht 2006, 15, p. 45-46. De wetgever hield bij de uitvoering van de SCE-verordening een slag om de arm; zie Kamerstukken II 2005/06, 30 382, nr. 3, p. 15. Anders: Van Olffen 2008, p. 105.

*[32] Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1248.

*[33] Wet van 16 juni 1988 tot invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en voor grote onderlinge waarborgmaatschappijen, Stb. 1988, 305.

*[34] Kamerstukken II 1982/83, 17 725, nr. 3, p. 75.

*[35] Galle 1993, p. 165.

*[36] Galle 1993, p. 166 en voetnoot 76.

*[37] Galle 1993, p. 166-168. In gelijke zin W.C.L. van der Grinten, 'Het bestuur van landbouwcoöperaties', S&V 1990, p. 5. Ook J.H. Lunshof, 'Coöperaties op zoek naar meer financieringsmogelijkheden', S&V 1992, p. 73-74, reageert aarzelend en uit kritiek op de gewijzigde redactie van de wettelijke omschrijving na de invoering van de structuurregeling.

*[38] Art. 2:63d BW.

*[39] Galle 1993, p. 170-171.

*[40] Vgl. Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1247; Kras 1989, p. 229; Dortmond 1991, p. 4; Engelaar 1995, p. 10-11. Anders: Galle 1993, p. 166 en 169.

*[41] Onder coöperatieve vereenigingen verstaat de wet vereenigingen van personen, waarbij de in- en uittreding van leden is toegelaten, en die de bevordering van de stoffelijke belangen der leden ten doel hebben, als door middel van gemeenschappelijke uitoefening van hun nering en ambacht, door aanschaffing van hunne benoodigdheden of het hun verstrekken van voorschotten of crediet (art. 1 lid 1 Wet van 17 november 1876, tot regeling der coöperatieve verenigingen).

*[42] In gelijke zin Bartman & Van der Meijden 1992, p. 16 en 26; Dortmond 1995, p. 11; Van den Ingh, p. 170. Van der Grinten 1990, p. 4-5, lijkt bezwaar te maken tegen de houdstercoöperatie, doch uit het vervolg van zijn bijdrage blijkt dat hij deze coöperatievorm geoorloofd acht mits er sprake is van economisch verkeer tussen de coöperatie en de leden.

*[43] Kamerstukken I 2005/06, 30 382, C, p. 6.

*[44] In gelijke zin De Groot 1985, p. 40; Dortmond 1991, p. 7-9; Engelaar 1995, p. 9-10; Maeijer 1997, p. 407; Van der Sangen 1999, p. 218, 220, 245 en 251-252; Engelaar 2000, p. 12; Dijk & Van der Ploeg 2002, p. 29; Dortmond, in: Van der Sangen, Galle & Dortmond (red.) 2007, p. 6; Stille (losbl.), art. 2:53 BW, aant. 4, p. 53-6b. Vgl. P. Willemse, 'De Coöperatie met dochterbedrijven in de vorm van een nv of bv', TVVS 1981, p. 110. De problematiek die zich voordoet indien leden van coöperaties die op hun beurt lid zijn van een houdstercooperatie overeenkomsten wensen te sluiten met de werkmaatschappijen van die houdstercoöperatie, laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

*[45] In gelijke zin Willemse 1981, p. 112-113; Dortmond 1991, p. 8-10; Bartman & Van der Meijden 1992, p. 26-27; Dortmond 1992, p. 119; Maeijer 1997, p. 407; Van der Sangen 1999, p. 251-256.

*[46] In gelijke zin Dortmond, in: Van der Sangen, Galle & Dortmond (red.) 2007, p. 7; Van Olffen 2008, p. 104. Zie in dit verband ook de discussie die is ontstaan omtrent de invulling van het begrip 'doen uitoefenen' in het licht van art. 2:63d BW; Dortmond 1991, p. 8-10; Engelaar 1995, p. 14-15; Maeijer 1997, p. 407; Van der Sangen 1999, p. 256-263.

*[47] Vgl. Galle 1993, p. 163; Van der Sangen 1999, p. 116-117.

*[48] Galle 1993, p. 161; Engelaar 1995, p. 13; Maeijer 1997, p. 411; Van der Sangen 1999, p. 247; Engelaar 2000, p. 13; Kemperink 2006, p. 236; Den Tonkelaar 2007, art. 2:53 BW, aant. 2, p. 105.

*[49] Zie met name HR 13 januari 1966, NJ 1966, 189 (Mariahoeve).

*[50] Van Zeben & Du Pon 1977, p. 1244. Zie ook Maeijer 1997, p. 411; Meijers, Mohr & Veldhuyzen

2009, p. 297-298.

*[51] Kamerstukken II 2003/04, 28 746, nr. 5, p. 11; Kamerstukken I 2005/06, 28 746, C, p. 9.

*[52] In gelijke zin Dortmond, in: Van der Sangen, Galle & Dortmond (red.) 2007, p. 8; Rensen & Steneker 2009, p. 357.

*[53] Art. 2:21 lid 1 onderdeel c BW.

*[54] Art. 2:21 lid 2 BW.

*[55] Art. 2:21 lid 4 BW.

*[56] Vgl. J.J.M. Maeijer, 'Omzetting van rechtspersonen', WPNR 1983, p. 246; Van der Grinten 1990, p. 5; Maeijer 1997, p. 174-175.

*[57] Van der Ploeg 1992, p. 123; Maeijer 1997, p. 174. Anders: C.W. de Monchy (losbl.), art. 2:21 BW, aant. 2, p. 21-1. Zie ook Hof Leeuwarden 11 april 1945, NJ 1946, 132; Hof 's-Hertogenbosch 17 februari 1972, NJ 1972, 249.

*[58] Art. 2:447 BW en art. 2:448 BW.

*[59] Zie bijv. HR 25 oktober 1991, NJ 1992, 149.

*[60] HR 26 juni 1985, NJ 1986, 307 (Dodewaard); Hof Amsterdam 26 juni 1986, NJ 1987, 976; HR 20 mei 1987, NJ 1987, 973 (De Schelde).

*[61] HR 3 februari 1988, NJ 1989, 225 (SOBI/Naba).

Copyright (C) Kluwer 2010

HOOFDSTUK 1

# De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?

*Prof.mr. P.J. Dortmond*[1]

## 1 Inleiding

Ik kan niet nalaten even stil te staan bij de geschiedenis van de coöperatie. Aanvankelijk kenden wij slechts de vereniging en in het verleden was voor de oprichting van een vereniging de koninklijke erkenning vereist. In 1874 werd die erkenning geweigerd aan de Amerongse Crediet Vereeniging, onder meer omdat jaarlijks winstverdeling onder de leden zou plaats vinden, hetgeen door de minister in strijd werd geacht met de wettelijke regeling van de vereniging.[2] Dit was de aanleiding voor een wettelijke regeling die in 1876 tot stand kwam. Aanvankelijk wilde men de term 'coöperatief' niet hanteren, omdat dit te veel deed denken aan een socialistische beweging in Frankrijk, waaruit nog al wat arbeiderscoöperaties zijn ontstaan. In 1925 kwam een nieuwe wettelijke regeling van de coöperatieve vereniging tot stand en zoals wij hierna zullen zien is de regeling in 1976 overgeheveld naar Boek 2 BW. De coöperatieve vereniging was een species van de vereniging; noemde men zich vereniging maar 'gedroeg' men zich als coöperatieve vereniging, dan golden de specifieke bepalingen van de coöperatieve vereniging. Die onduidelijkheid wilde men al oplossen bij het in 1982 ingediende wetsvoorstel van de Invoeringswet Boek 3, 5 en 6 NBW. In 1989, bij de wetgeving houdende de invoering van de structuurregeling voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, werd het nieuwe stelsel overgenomen; de coöperatie en de onderlinge werden rechtsvormen *naast* de vereniging.

## 2 Twee vormen van coöperatie

In feite kennen wij in ons recht twee vormen van de coöperatie. De meest voorkomende vorm is de coöperatie die overeenkomsten sluit met de leden in het bedrijf dat zij uitoefent of doet uitoefenen. Het gebruikelijke voorbeeld is de melkcoöperatie die overeenkomsten voor de afname van melk sluit met de ledenmelkveehouders. De andere vorm is de coöperatie waarvan de coöperatieve arbeidersvereniging de basis is. Men oefent bijvoorbeeld een bouwbedrijf uit en de leden zijn de werknemers van het bouwbedrijf op grond van een arbeidsovereenkomst met de coöperatie. De leden delen in de resultaten van het bouwbedrijf. Een dergelijk type coöperatie, ook wel genoemd de

1 Prof.mr. P.J. Dortmond is notaris te Amsterdam en hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

2 Zie Asser-Van der Grinten 2-II (De Rechtspersoon), vierde druk, 1976, p. 226.

productiecoöperatie, heeft zakelijk verkeer met haar leden krachtens overeenkomsten, maar verstrekt (uiteraard) niet het lidmaatschap aan degenen met wie zij in het bedrijf, dat door de leden wordt uitgeoefend, overeenkomsten (i.c. bouwcontracten) sluit.[3] Als we de wettelijke definitie van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW lezen, dan zou de vraag kunnen opkomen of de productiecoöperatie daar onder valt. Na de invoering van de definitie van de coöperatieve verenging had Van der Grinten nog zo zijn twijfels.[4] Hij stelde dat arbeidsovereenkomsten wel dienstbaar kunnen zijn aan het bedrijf, doch hij vroeg zich af of arbeidsovereenkomsten overeenkomsten zijn die zijn aangegaan in het bedrijf van de coöperatieve vereniging. Overigens waren, naar aanleiding van de invoeringswet, in de Tweede Kamer in 1960 ook al twijfels geuit.[5] De Minister stelde toen dat de productiecoöperatie wel onder de definitie valt, mits de overeenkomsten met derden andere overeenkomsten zijn dan die met de leden. De twijfel van Van der Grinten vinden wij niet langer in een volgende druk van *De Rechtspersoon* en in de door hem geschreven laatste druk stelt hij, zonder meer, dat de bedoelde productiecoöperatie onder de definitie valt.[6]

De overeenkomsten met de leden kunnen behalve arbeidsovereenkomsten ook zijn: overeenkomsten van opdracht of (andere) managementovereenkomsten, zoals bij een coöperatie van advocaten. Wel is een dergelijke coöperatie slechts een coöperatie als er leden, al dan niet op uitnodiging, kunnen toetreden. Is dit niet het geval, dan ontbreekt het associatieve karakter en is de rechtsvorm geen coöperatie.[7] Uiteraard behoeft men niet iedere op het kantoor werkzame advocaat als lid toe te laten; dat deed de advocatencoöperatie ook niet toen zij nog maatschap was.[8]

## 3 Niet-gebruikende leden

Toen de coöperatieve vereniging werd overgeheveld naar Boek 2 BW, werd in haar definitie als element het sluiten van overeenkomsten met de leden opgenomen. Dat element kwam niet voor in art. 1 van de Wet op de Coöperatieve Vereenigingen van 1925. De Nationale Coöperatieve Raad (NCR) had hier bezwaar tegen.[9] De Minister stelde daarop dat het schrappen van dat vereiste te veel lichamen onder de definitie van de coöperatieve vereniging zou brengen en dat dan elke vereniging die een bedrijf uitoefent, onder de definitie

3 Zie over de productiecoöperatie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 381a en mijn bijdrage aan *S&V* 1995, p. 174 e.v. en aan *De NV*, 1995, p. 185 (column).

4 Asser-Van der Grinten II (De Rechtspersoon), vierde druk, 1976, p. 230.

5 Voorlopig Verslag, Tweede Kamer. Zie Van Zeben, *Invoeringswet*, p. 1242.

6 Asser-Van der Grinten II (De Rechtspersoon), zevende druk 1991, nr. 381a.

7 Zie over het associatieve karakter: R.C.J. Galle, *De coöperatie*, dissertatie, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, p. 101 e.v.

8 Vgl. G.J.H. van der Sangen, 'Civielrechtelijke (on)mogelijkheden van de Eigenaarscoöperatie', *S&V* 1997 p. 39 e.v., die mij overigens een al te strenge mening toeschrijft.

9 Zie voorlopig verslag, Tweede Kamer, opgenomen in Van Zeben, *Boek 2 BW*, p. 461.

zou vallen.[10] Essentieel werden de overeenkomsten met de leden in het uitgeoefende bedrijf.

Zoals ik indertijd in een artikel over de Europese coöperatieve vennootschap (SCE) heb geschreven, verschilden de lidstaten van mening over de vraag of de statuten van een SCE kunnen bepalen dat niet-gebruikende leden, kort gezegd: zij die geen overeenkomsten met de SCE sluiten in het door haar uitgeoefende bedrijf, doch bijvoorbeeld slechts financier van de SCE zijn, naast de gewone leden, het lidmaatschap kunnen verwerven. Uiteindelijk is in art. 14 lid 1 van de SCE-Verordening gekozen voor een lidstaatoptie, inhoudende dat indien de lidstaat waar de SCE haar zetel heeft, niet-gebruikende leden toestaat, de statuten van dergelijke leden mogen uitgaan.[11] Zijn er bij een SCE dergelijke, bijzondere leden, dan beslist de algemene vergadering of een ander orgaan, dat daartoe door de algemene vergadering of op grond van de statuten is gemachtigd, over de toelating (art. 14 lid 1 SCE-Vo.).

De opstellers van 'ons' wetsontwerp worstelden met de vraag of in ons recht bij een coöperatie niet-gebruikende leden zijn toegestaan. Dat is de reden van art. 8 van de uitvoeringswet, waarin de niet-gebruikende leden bij een Nederlandse SCE worden toegelaten. In de MvT bij artikel 8 lezen wij dat in het Nederlandse coöperatierecht de vraag of, en zo ja, onder welke voorwaarden, een nationale coöperatie, niet-gebruikende (kapitaalverschaffende) leden kan hebben, nog niet definitief is beantwoord.[12] Ik schreef in mijn genoemde bijdrage dat de wetgever hier iets te somber was en dat dergelijke leden bij onze coöperatie geoorloofd zijn, doch alleen bij uitzondering, in die zin dat de coöperatie naast de gewone leden, in het belang van (de financiering van) het bedrijf van de coöperatie één of meer van dergelijke leden kan hebben.[13] Overigens wordt in de uitvoeringswet terecht gesteld dat toegestaan zijn niet-gebruikende leden *als bedoeld in art. 14, eerste lid Vo.* Die bepaling in de verordening stelt dat de niet-gebruikende leden kapitaalverschaffers moeten zijn, zodat het bijzondere lidmaatschap niet aan eenieder kan worden aangeboden.

Een bekend voorbeeld van een niet-gebruikend lid was de stichting-administratiekantoor bij de apothekerscoöperatie OPG, toen die coöperatie in 1992 naar de beurs ging. De coöperatie wilde participaties in haar winst en vermogen ter beurze genoteerd hebben, maar de beursautoriteit wilde dit niet omdat aan de participatiebewijzen, in andere handen dan van de leden, geen

10 Memorie van Antwoord. Zie Van Zeben, *Boek 2 BW*, p. 466.

11 Zie ook E.D.G. Kiersch en G.M. ter Huurne, De Europese coöperatieve vennootschap (SCE), *Ondernemingsrecht* 2005, p. 347.

12 In de MvT, p. 15 wordt verwezen naar G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, dissertatie, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1999, p. 385 e.v.

13 Zie over een dergelijk bijzonder lidmaatschap mijn inaugurele rede *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, inaugurele rede KUN, Kluwer, Deventer 1991, p. 3, p. 13 e.v. en G.J.H.van der Sangen, 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal', in: R.C.J. Galle & G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming*, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999, p. 55 e.v. en de literatuur waar hij naar verwijst.

enkel stemrecht kon worden verbonden. In die tijd was bijlage X bij het Fondsenreglement verschenen en om nu zo maar volledig stemrechtloze stukken in de notering op te nemen, dat ging te ver. Niet-royeerbare certificaten van aandelen werden niet langer toegelaten en dan nu stemrechtloze stukken aanvaarden, dat wilde de toenmalige beursautoriteit niet. De oplossing was de oprichting van een niet-gebruikend lid, een stichting-administratiekantoor, die de door de coöperatie uitgegeven participatiebewijzen ten titel van beheer ging houden, waarna certificaten van die stukken werden genoteerd. De stichting werd lid van de coöperatie en kreeg (beperkt) stemrecht.

Het spreekt overigens voor zich dat een coöperatie met (nagenoeg) uitsluitend niet-gebruikende leden geen coöperatie is. Er moet sprake zijn van zakelijk verkeer (en niet slechts een passieve beleggingsrelatie) tussen de leden en de coöperatie of tussen de leden en de bedrijfsuitoefenende wekmaatschappij. Het stemrecht van de niet-gebruikende leden wordt ook in de SCE-Verordening beperkt en wel zodanig dat daarmee als het ware ook het aantal niet-gebruikende leden beperkt wordt.[14] In de ons omringende landen wordt overigens dikwijls uitgegaan van een minimum aantal gewone leden, waarmee wettelijk uitgesloten is dat een coöperatie bijvoorbeeld slechts twee leden en drie niet-gebruikende leden zal hebben.

## 4 De coöperatie met één lid

Art. 2:26 lid 1 BW bepaalt dat de vereniging een rechtspersoon is met leden. Voorts houdt lid 2 van het wetsartikel in dat de vereniging bij meerzijdige rechtshandeling wordt opgericht. Uitgangspunt van onze vereniging en derhalve ook van een coöperatie is dat zij meer dan één lid heeft.[15]

In Duitsland moet een Genossenschaft ten minste zeven leden hebben, terwijl bij een geringer aantal leden ontbinding dreigt.[16] Een SCE, uitgaande van natuurlijke personen die oprichter zijn, kan slechts door ten minste vijf leden worden opgericht. Ons recht is soepeler en wij kennen na de oprichting door ten minste twee leden, als het ware een minimum van één lid, omdat volgens art. 2:19 lid 1 sub d BW een vereniging, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij (slechts) ontbonden is door het *geheel* ontbreken van leden. In art. 2:310 lid 4 BW wordt een fusie toegelaten van een coöperatie met slechts één lid, met een verkrijgende stichting, naamloze vennootschap of besloten vennootschap. Hierbij moet men echter bedenken dat de coöperatie bij die fusie verdwijnt en dat de bepaling gericht is op het ophouden te bestaan van de coöperatie. Het is niet voor niets dat bij de invoering van art. 2:310 lid 4 BW in de Memorie van Toelichting stond : '(…) of waarbij een vereniging fuseert met de rechtspersoon die haar enig *overgebleven* lid is.'[17] Ook in ons recht is de

[14] Zie art. 8 van de uitvoeringswet SCE en daarover mijn bijdrage over de uitvoeringswet SCE-Verordening in *Ondernemingsrecht* 2006-2, p. 47.

[15] Zie ook Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 232.

[16] Zie § 4 en § 80 Genossenschaftsgesetz.

[17] Tweede Kamer, 1983-1984, 18 285, nr. 3, p. 5 (cursief van de auteur).

coöperatie een verenigingsvorm, een rechtsvorm met een associatief karakter, zodat een als coöperatie opgerichte rechtspersoon die vervolgens het lidmaatschap beperkt tot één lid (en daarnaast wellicht een niet-gebruikend lid) en dan wil voortbestaan zonder het lidmaatschap voor anderen als 'gewoon' lid open te stellen, geen coöperatie is. Die rechtspersoon kan dan op grond van art. 2:21 lid 1 sub c BW worden ontbonden.

## 5 De holdingcoöperatie; een bedrijf?

Volgens de in art. 2:53 lid 1 BW opgenomen definitie moet een coöperatie een bedrijf 'uitoefenen' of 'doen uitoefenen'.[18] Het bedrijf kan men doen uitoefenen door een werkmaatschappij. Bij de overheveling van de coöperatieve vereniging naar Boek 2 BW ging de definitie er aanvankelijk van uit dat de coöperatieve vereniging zelf haar bedrijf moest uitoefenen. Pas bij de Invoeringswet werd in een Nota van wijzigingen het 'doet uitoefenen' opgenomen in de wettelijke definitie.[19] Volgens de toelichting werd de verruiming aangebracht om 'tegemoet te komen aan een praktijk, die vooral de laatste jaren o.a. met het oog op fusies is ontstaan'. De coöperatieve vereniging behoefde niet langer zelf haar bedrijf uit te oefenen, maar kon dit overlaten aan een werkmaatschappij. In de toelichting lezen we voorts: 'in een aantal gevallen wordt het bedrijf door een besloten vennootschap geëxploiteerd, maar de aandelen daarvan zijn dan in handen van de vereniging en het bestuur van de vennootschap wordt vanwege de vereniging uitgeoefend; wel pleegt het ook dan de vereniging, en niet de vennootschap, te zijn die de overeenkomsten in het zakelijk verkeer met de leden sluit'. Het doen uitoefenen van het bedrijf werd mogelijk, maar de overeenkomsten vanuit dat bedrijf moesten nog wel met de coöperatie zelf worden gesloten. Dit werd anders bij de Wet van 16 juni 1988, houdende de invoering van de structuurregeling voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Door het opnemen van de woorden 'krachtens overeenkomsten' in de definitie werd het mogelijk gemaakt dat de overeenkomsten niet langer door de coöperatie zelf, maar door de werkmaatschappij met de leden worden gesloten.[20]

Daarmee kan de coöperatie een zuivere holding zijn, mits zij ten behoeve van haar leden, door een werkmaatschappij een bedrijf doet uitoefenen dat de overeenkomsten vanuit dat bedrijf met de leden sluit.[21] Niet uitgesloten is

18 Voor de vraag wat het 'doen' uitoefenen kan inhouden, zie P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, inaugurele rede, KUN 1991, p. 3, p. 8 e.v.; S.M. Bartman en E.M.J.van der Meijden, *Holdingcoöperaties, evolutie of denaturatie*, Utrecht 1992, p. 28 en G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, dissertatie, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1999, p. 256 e.v.

19 De invoeringswet van 8 april 1976. Zie Van Zeben, *Invoeringswet*, p. 1246 en 1247.

20 Zie P.J. Dortmond, De uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap, *Ondernemingsrecht* 2006-2, p. 49 en de literatuur waarnaar wordt verwezen.

21 Zie voor ons recht het woord 'krachtens' in art. 2:53 lid 1 BW en daarover Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 388 en mijn eerder aangehaalde inaugurele rede, p. 2 en p. 7.

dat een coöperatie verschillende bedrijven, bijvoorbeeld twee melkbedrijven doet uitoefenen, door twee werkmaatschappijen in verschillende regio's en dat dan met een deel van de leden overeenkomsten worden gesloten door de ene werkmaatschappij en met de andere leden door de andere werkmaatschappij.

Ik merk nog op dat volgens art. 2:53 leden 3 en 4 BW een coöperatie overeenkomsten die zij met de leden aangaat, ook met anderen kan sluiten mits de overeenkomsten met de leden daardoor niet van ondergeschikte betekenis worden.[22] Hoewel die bepaling geen regeling geeft voor het geval de overeenkomsten niet met de leden doch met de werkmaatschappij worden gesloten, wordt algemeen aangenomen dat de beperking ook ziet op een dergelijk geval.[23] Ik neem dan ook aan dat er van een coöperatie geen sprake is, als er slechts een beperkt aantal personen lid is met wie bedoelde overeenkomsten door de bedrijfsuitoefenende werkmaatschappij worden gesloten en er voor het merendeel overeenkomsten worden gesloten met derden, die géén lid zijn. Bij dit alles moet men uiteraard uitgaan van de overeenkomsten die in het coöperatieve bedrijf met de leden worden gesloten; overeenkomsten die door een melkcoöperatie met derden worden gesloten over bijvoorbeeld de afname van melkproducten of het vervoer daarvan, spelen geen rol.[24]

De laatste tijd ziet men nogal eens vehikels, holdingcoöperaties, met een of meer wekmaatschappijen die bedrijven uitoefenen, of met een al dan niet geringe deelneming in vennootschappen die bedrijven uitoefenen, vaak zodanig dat niet kan worden gesproken van het doen uitoefenen van die bedrijven door de coöperatie al was het maar omdat die werkmaatschappijen en deelnemingen voor de coöperatie slechts een tijdelijke investering zijn. Het spreekt voor zich dat de coöperatie in dergelijke gevallen geen bedrijf doet uitoefenen in de zin van art. 2:53 lid 1 BW. Daar komt bij dat de leden geen overeenkomsten met de werkmaatschappijen of deelnemingen sluiten. Is hier sprake van een coöperatie? Ik zou menen alleen dan als de holding- en beleggingsactiviteiten zijn aan te merken als een bedrijf (dat de coöperatie ten behoeve van haar leden uitoefent) en zij daarbij, in de uitoefening van dat 'bedrijf', overeenkomsten met de leden sluit.

De vraag die vervolgens rijst, is of het zijn van houdstermaatschappij (holding) een bedrijf is? In dit verband vraagt de wetgeving rondom de personenvennootschap de aandacht. In het wetsontwerp werd de openbare vennootschap in art. 7:801 lid 1 BW als volgt omschreven:

22 Zie in dit verband ook de literatuur in noot 18 en R.C.J. Galle, *De coöperatie*, noot 7, p. 172 e.v.

23 Zie G.J.H van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, noot 18 en P.J. Dortmond, *Ondernemingsrecht* 2006-2, p. 49.

24 Zie in dit verband F.J.P. Van den Ingh, *S&V* 1995, p. 171, onderdeel 4. Heb ik het goed begrepen, dan meent W.J. Slagter, *TVVS* 1995, p. 177 dat een advocatencoöperatie om aan het vereiste van art. 2:53 lid 4 BW te kunnen voldoen, ook overeenkomsten met de cliënten zou moeten sluiten. Dat is uiteraard niet nodig bij de productiecoöperatie. Zie ook A.L. Mohr, *De NV* 1995, p. 9 e.v.

> ‘De openbare vennootschap is de vennootschap tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf, die op een voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een haar als zodanig gevoerde naam.’

In de Tweede Kamer werd de vraag gesteld of het begrip ‘bedrijf’ niet zou moeten worden toegelicht en of onder dit begrip ook houdster- of andere beleggingsactiviteiten vallen.[25] Mede naar aanleiding van die vraag werd in art. 801 BW, na ‘de uitoefening van een bedrijf’ ingelast ‘dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen’. Belangrijker, althans voor het onderwerp waarover ik schrijf, is dat de Minister het volgende stelde: ‘Houdster- en beleggingsactiviteiten die mede gericht zijn op het besparen van kosten kunnen onder het begrip bedrijf of onder het begrip bedrijfshandelingen vallen.’[26] In de Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, stelt de Minister nog eens dat het begrip ‘beroep en bedrijf’ ruim moet worden opgevat en herhaalt hij nog eens wat hij over de houdster- en beleggingsactiviteiten stelde.[27]

Als nu in de wetgeving over de personenvennootschap wordt gesteld dat een bedrijf ook kan omvatten houdster- of andere beleggingsactiviteiten, zouden we dan met betrekking tot het begrip bedrijf in art. 2:53 lid 1 BW anders moeten denken? Ik zou menen van niet, doch wel moeten we ons realiseren dat deze holdingcoöperatie overeenkomsten moet hebben met haar leden in het holdingbedrijf dat ze ten behoeve van die leden uitoefent. Het lidmaatschap kan niet een ‘simpele’ deelneming in de holding zijn. Er moeten overeenkomsten en er moet zakelijk verkeer zijn tussen de holding en haar leden.[28] Ik ben het dan ook niet eens met Kemperink die stelt dat een coöperatie die uitsluitend belegt – een beleggingscoöperatie – en waarbij slechts kapitaal door de leden ter belegging wordt gestort krachtens overeenkomsten van deelname, een coöperatie is.[29] Een dergelijk vehikel kent in feite slechts niet-gebruikende leden, in het bijzonder indien de overeenkomst met de coöperatie niet meer is dan een overeenkomst van kapitaaldeelname, waarbij Kemperink die deelname als het ware vergelijkt met een aandeel in een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Kemperink vergelijkt zijn beleggingscoöperatie met een beleggingsbank op coöperatieve grondslag. Hij verliest daarbij uit het oog dat een coöperatieve bank wel degelijk een bedrijf uitoefent, te weten het bankbedrijf.

25 Verslag, Tweede Kamer, 28 746, nr. 4, p. 7.

26 Nota n.a.v. het verslag, Tweede Kamer, 28 746, nr. 5, p. 11.

27 Memorie van Antwoord, Eerste Kamer, 2847, C, p. 9.

28 Zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 388, p. 407; R.C.J.Galle in: *De coöperatie in eigentijds perspectief*, inaugurele rede, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut 1993, p. 20 en mijn bespreking daarvan in *S&V*, 1995, p.13; G.J.H. van der Sangen, dissertatie, zie noot 12, p. 387 e.v. en P.J. Dortmond, De uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap (SCE), *Ondernemingsrecht* 2006-2, p. 46.

29 J.B.W.M. Kemperink,*Vraagstukken rond (terug)storting op NV/BV-aandelen en van coöperatierecht*, dissertatie 2006, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, RUG, deel 53, p. 234 e.v.

HOOFDSTUK 5

# Grensoverschrijdende reorganisaties van coöperaties

*Dr.mr. G.J.H. van der Sangen*[1]

## 1 Inleiding

De coöperatieve ondernemingsvorm is een van de vormen van samenwerking van personen met gelijke economische behoeften. De mogelijkheid tot samenwerking in coöperatief verband staat open voor natuurlijke personen als ook voor rechtspersonen. Daarmee is de rechtsvorm coöperatie een van de juridische uitdrukkingsvormen van de in de grondwet neergelegde vrijheid van vereniging. Er was een tijd waarin de gedachte gemeengoed was dat het gebruik van de vrijheid tot associatie door ondernemingen zou dienen plaats te vinden in door de wetgever voorgeschreven rechtsvormen met een wettelijk voorgeschreven doelstelling en een overeenkomstige dwingendrechtelijk voorgeschreven structuur en inrichting. De leer van de materiële kenmerken die destijds ten grondslag lag aan het door Meijers geïntroduceerde Boek 2 NBW, is echter inmiddels verlaten hoewel ook thans reminiscenties hiervan in het ondernemingsrecht te vinden zijn.[2]

Indien men de economische activiteit van de ondernemer echter voorop stelt, erkent men tevens dat de rechtsvorm waarin deze economische activiteit plaatsvindt, hiervan een afgeleide is. Verandering van de economische activiteit impliceert dan verandering van de organisatie zelf en onder omstandigheden tevens verandering van de juridische structuur of zelfs van de rechtsvorm als zodanig. Dit alles brengt ons bij de stelling dat de vrijheid van associatie niet alleen betekent dat de ondernemer vrij is in zijn keuze van de rechtsvorm en in de inrichting van de gekozen rechtsvorm, maar tevens de vrijheid heeft de structuur en inrichting te veranderen en – in het uiterste geval – de rechtsvorm te wijzigen aan de (gewenste) veranderingen in de organisatie van de onderneming. Kortom, vrijheid van associatie impliceert derhalve ook vrijheid tot reorganisatie zowel intern als extern, door bijvoorbeeld het aangaan van vormen van samenwerking met derden of het geheel of gedeeltelijk organisatorisch samengaan met derden.

Het ondernemingsrecht in het algemeen en het daarin geregelde reorganisatierecht in het bijzonder heeft primair als doel hiervoor faciliteiten te bieden teneinde maatschappelijk gewenste economische activiteit tussen en

---

1 Dr.mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht bij het departement Business Law van de Universiteit van Tilburg en verbonden aan het Center for Company Law.

2 Vlg. in dit verband art. 2:21 lid 1 sub c BW, een bepaling die gezien de dwingendrechtelijke wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW zowel voor academici als practici problemen kan opleveren voor allerlei toepassingen van de coöperatie.

binnen ondernemingen te bevorderen.[3] Deze faciliterende functie van het ondernemingsrecht houdt bovendien niet op bij de Nederlandse grensposten. Inmiddels is duidelijk dat de organisatiegraad van grote agrarische verwerkingscoöperaties niet beperkt is tot louter een nationale achterban, maar ook het internationale lidmaatschap zijn intrede heeft gedaan. Ook de ondernemingsactiviteiten van coöperaties zijn in de regel niet beperkt tot het Nederlandse c.q. Europese grondgebied.

Nu blijkt het Nederlandse recht slechts in beperkte mate in staat om elke vorm van door de ondernemer gewenste nationale of grensoverschrijdende reorganisatie tot stand te brengen. In een aantal gevallen werkt het nationale recht zelfs belemmerend, zoals hierna zal blijken. Dat geldt ook voor nationale en grensoverschrijdende reorganisaties van verschillende vormen van samenwerking in coöperatief verband. Voor een deel valt dit te verklaren door een nog onvoldoende uitgewerkt Nederlands reorganisatie-instrumentarium, maar ook door de grote verschillen tussen de interne structuur en de ondernemingsorganisatie van coöperaties onderling. In geval van grensoverschrijdende reorganisaties van coöperaties door middel van een (juridische) fusie is dat in versterkte mate het geval, alhoewel nieuwe Europese initiatieven hierin verbetering trachten te brengen. Ik doel daarbij met name op de SE-Verordening, de SCE-Verordening en op de Tiende Richtlijn.[4] Verschillen in de juridische structuur van coöperaties vormen echter ook in grensoverschrijdende reorganisaties een belemmerende factor, verschillen die historisch gezien terug te voeren zijn op de wijze waarop de coöperatie in het nationale ondernemingsrecht en/of privaatrecht is ingebed.[5] In het bijzonder

---

3 Vgl. Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, eerste druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 8-10 en 445 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'De toekomst van het ondernemingsrecht: back to basics', *Ars Aequi* 55 (2006) 11, p. 792-804.

4 Zie Verordening 2157/2001 van 8 oktober 2001, *Pb EG* 18 augustus 2003, L 294 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE), Verordening 1435/2003 van 22 juli 2003, *Pb EG* L 207 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) en de Tiende Richtlijn d.d. 26 oktober 2005, Pb EU L 310/1-9 inzake grensoverschrijdende fusies. Zowel de SE-Verordening als ook de SCE-Verordening gaan vergezeld van een onlosmakelijk aan de verordening verbonden richtlijn inzake medezeggenschap van werknemers. Zie Richtlijn 2001/86/EG van 8 oktober 2001, *Pb EG* L 294 respectievelijk Richtlijn 2003/72/EG van 22 juli 2003, *Pb EG* L 207. Zowel de SE als ook de SCE met de bijbehorende richtlijnen inzake medezeggenschap zijn inmiddels in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Zie de Uitvoeringswet Verordening Europese Vennootschap van 17 maart 2005, *Stb*. 2005, 150/151, de Uitvoeringswet Verordening Europese Coöperatieve Vennootschap van 14 september 2006, *Stb.* 2006, 425 (in werking getreden bij wet van 13 oktober 2006, *Stb.* 2006, 465), alsmede aanpassing van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen, *Stb.* 2006, 361 (in werking getreden bij wet van 18 augustus 2006, *Stb.* 2006, 362). Ten aanzien van de Tiende Richtlijn is thans een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ter implementatie aanhangig. Zie wetsvoorstel 30 929.

5 Zo is de Nederlandse coöperatie historisch gezien ingebed in het verenigingsrecht, de Duitse eingetragene Genossenschaft typologisch als een hybride rechtsvorm sui generis met aspecten van een economische belangenvereniging en een verplichte kapitaalstructuur ondergebracht in een aparte wet, de Zwitserse Genossenschaft na de personenvennootschappen opgenomen in het Obligationenrecht en in België wordt de coöperatie beschouwd als een vennootschap, zij het met een veranderlijk kapitaal. Frankrijk

deze verschillen bleken een hinderpaal voor de totstandkoming van Europese regelgeving ter bevordering van grensoverschrijdende samenwerking van en binnen coöperaties, als ook verschillen van inzicht ten aanzien van de noodzakelijk geachte regeling van de medezeggenschap van werknemers en de fiscale behandeling.[6]

Ondertussen blijft er een noodzaak tot facilitering van grensoverschrijdende samenwerking en/of reorganisaties van coöperaties gezien de bestaande en nog steeds groeiende economische behoefte binnen de landbouwsector in de Europese Unie aan schaalvergroting (economy of scale en economy of scope), de behoefte aan een ruimere financiële armslag, de behoefte aan diversificatie van activiteiten en de coördinatie van het optreden van coöperaties op veranderde markten. Algemeen wordt aangenomen dat het arrest van het Europese Hof van Justitie van 15 december 2005, C-411/03 inzake Sevic Systems AG aan de mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusies een nieuwe impuls zal geven en zal leiden tot een uitbreiding van de mogelijkheden daartoe, ook voor coöperatief georganiseerde ondernemingen en concerns.[7] Dit alles neemt echter niet weg dat in het algemeen coöperaties minder mogelijkheden tot reorganisatie hebben dan kapitaalvennootschappen bij gebrek aan vrij overdraagbare lidmaatschapsrechten, zodat een met een onderhandse aandelenfusie vergelijkbare fusie niet voor de hand ligt. De lidmaatschapsrechten in een coöperatie worden in de regel – althans indien het gaat om Nederlandse coöperaties – ook niet verhandeld via de effectenbeurs, zodat ook het openbare bod als fusiemethode bij coöperaties niet mogelijk is.[8] In de beperkte gevallen waarin er wél sprake is van een deelname in het eigen vermogen van de coöperatie door middel van verhandelbare vermogenstitels, is het stemrecht immers in belangrijke mate beperkt of zelfs aan niet-

---

kent afhankelijk van de sector van bedrijvigheid verschillende coöperatieve rechtsvormen, terwijl in Spanje de sociedad cooperativa een meer vennootschappelijk karakter draagt.

6 In het algemeen blijken historisch gegroeide verschillen in de systematiek van het ondernemingsrecht en de behandeling van de verschillende actoren daarin een remmende invloed te hebben op de drijfveren van nationale regelgevers om het eigen ondernemingsrecht aan te passen. Doorbreking van deze 'path dependency' vindt in de regel pas plaats indien een externe prikkel daar aanleiding toe geeft, zoals bijvoorbeeld de verruiming van de mogelijkheden tot migratie van ondernemingen onder invloed van het recht van vrije vestiging binnen de EU en het bestaan van goedkopere alternatieven qua oprichting en instandhouding respectievelijk fiscale behandeling in andere lidstaten. Vgl. J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'Does the European Company Prevent the "Delaware Effect"?', Dumoulin e.a. (eds.), *The European Company*, p. 215-237.

7 Zie over dit arrest G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit na het Sevic-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 178-186, G.-J. Vossestein, 'Companies' Freedom of Establishment after *Sevic*', *ECL* August 2006, nr. 4, p. 177-182 alsmede zijn annotatie in *JOR* 2006/33, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Sevic; grensoverschrijdende fusie binnen de EU', *Ars Aequi* 55 (2006) 9, p. 628-634, J.N. Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2006-3, p. 115-119 en W.J.M. van Veen, 'Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie: de fusierichtlijn voor invoering achterhaald?', *WPNR* 6657, p. 181-184.

8 Uiteraard kan een coöperatie zelf wel een openbaar bod uitbrengen, zij het dat de betaling daarvan niet kan plaats vinden in vrij verhandelbare aandelen in haar eigen kapitaal.

leden/investeerders onthouden, zoals destijds bij de beursgang van apothekerscoöperatie OPG.[9]

Ik merk op dat de omgekeerde situatie, waarbij een coöperatie wordt overgenomen door een niet-coöperatief georganiseerde onderneming, overigens zou leiden tot de totale ontvlechting van de wederzijdse economische afhankelijkheid van enerzijds de aangesloten leden/bedrijfshuishoudingen en de coöperatie en de daaraan verbonden onzelfstandige verlengstukonderneming. In economische zin neemt de primaire doelstelling van de coöperatie – de inkomensvormende functie ten behoeve van de aangesloten leden – dan een einde.[10] De voorziening in de economische behoeften van de oorspronkelijke leden moet dan op andere wijze – contractueel of via een co-makership – worden vormgegeven. In de levenscyclus van een coöperatie is dat een ingrijpende gebeurtenis die slechts de goedkeuring van de aangesloten leden zal verkrijgen indien zij hun economische behoeften op de lange termijn niet meer via de coöperatie bevredigd weten.[11] Het kan verklaren waarom reorganisaties *tussen* coöperaties wél veelvuldig voorkomen in de praktijk, doch reorganisaties tussen coöperaties en op andere leest geschoeide ondernemingen, zoals investor-owned firms, slechts sporadisch, en als zij al voorkomen, de coöperatie in een dergelijk geval fungeert als verkrijgende rechtspersoon bij een concerninterne reorganisatie of bij een overname of joint venture.

---

9 Zie over vormen van eigen vermogensverschaffing door niet-leden bij coöperaties G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Tilburg University, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, alsmede van dezelfde 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397 en 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal. Onbekend maakt onbemind', in: R.C.J. Galle & G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Tilburg University, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 41-61. Een verslag van recente cases, ook internationaal, is te vinden in O.F. Bekkum & J. Bijman (2006), *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, internetpublicatie te downloaden via de site van Universiteit Nijenrode en het Netherlands Institute for Cooperative Entrepreneurship (NICE), geraadpleegd 29 maart 2007.

10 Zie voor een economische analytische beschouwing over de grondslagen van de coöperatieve ondernemingsvorm G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 40-50, met verdere literatuurverwijzingen naar economische literatuur. Zie voorts G.W.J. Hendrikse, *Restructering Agricultural Cooperatives*, Rotterdam School of Economics: Rotterdam 2004, voor een actualisatie van verschillende economische theorieën ter verklaring van het gedrag en het functioneren van coöperaties.

11 Overigens zal dat in de praktijk niet snel gebeuren hetgeen economisch kan worden verklaard uit de transactiekostentheorie zoals deze ontwikkeld is door O.E. Williamson, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, New York: The Free Press 1975 en *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: The Free Press 1985: zolang de gezamenlijke productiekosten van de leden/bedrijfshuishoudingen plus de transactiekosten tussen de leden en hun coöperatie samen met de productiekosten van de coöperatie en de transactiekosten ten opzichte van de opvolgende schakels, die voor een gedeelte zijn overgenomen door de coöperatie, lager zijn dan de productiekosten en transactiekosten indien de verwerking volledig plaats vindt via de markt, zal de oplossing worden gezocht in de organisatie van de coöperatie. De oorzaak hiervan ligt met name in de 'asset specificity' van de productiemiddelen bij zowel de leden als ook bij de coöperatie.

## 2 Reorganisaties binnen de coöperatieve sector

Coöperaties worden in diverse nationale regelingen doorgaans weergeven als platte organisaties met het karakter van een vereniging, zelfs in die gevallen waarin de coöperatie in het nationale recht is ingebed als rechtsvorm met een vennootschappelijke structuur. Evenwel wordt daarbij weinig rekening gehouden met de realiteit waarbij de coöperatie de functie vervult van moedermaatschappij en als zodanig aan het hoofd staat van een coöperatief concern met een holding aan de top en meerdere ondergeschikte business groepen en/of business units.[12] Gegeven de doorgaans grote achterban van aangesloten leden en het feit dat bij een aantal coöperaties deze achterban is georganiseerd in afdelingen c.q. in de vorm van plaatselijke coöperaties, kan de organisatiestructuur van een coöperatief concern worden getypeerd als een zandloper waarbij de verenigingsstructuur en de ondernemingsstructuur samenkomen in het brandpunt van de besturing van de coöperatie.

Verschillende besturingsmodellen zijn er in de praktijk ontwikkeld om aan de potentiële spanning tussen ledenorganisatie en productie- en marktorganisatie tegemoet te komen, zoals die waarbij de coöperatie fungeert als 100%-aandeelhouder van een subholding.[13] Pas laat in de ontwikkeling van de Nederlandse wettelijke regeling van de coöperatie is met dit aspect, zij het gebrekkig, rekening gehouden.[14] Dat neemt echter niet weg dat er in de praktijk ook horizontaal georganiseerde coöperaties zijn die wél beantwoorden aan het coöperatiemodel dat de wetgever voor ogen stond en gelijkenis vertonen met het 'universitas'-model van de vereniging. We denken daarbij aan inkooporganisaties, coöperaties van vrije beroepsbeoefenaren en werknemercoöperaties, maar ook aan coöperatieve rijscholen, de coöperatie ter exploitatie van flatgebouwen of coöperatief georganiseerde taxiondernemingen. Zelfs binnen de bouwsector en binnen kringen van financiële instellingen wordt de coöperatie als vehikel gebruikt. In het laatste geval als fiscaal gunstig doorgeefluik van dividenden bij grensoverschrijdende beleggingsconstructies. Coöperaties worden zelfs van stal gehaald als alternatief voor de vennootschap onder firma en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, rechtsvormen die vanuit de optiek van de startende ondernemer nadelen hebben,

---

12 Vlg. in dit verband de organisatiestructuur van Royal Cosun, bestaande uit een holdingcoöperatie, waarin het bestuur van de coöperatie een meer toezicht houdende functie vervult, en 7 productgroepen die onder leiding staan van een concerndirectie van professionele managers.

13 Met name deze spanning tussen het associatieve aspect van de coöperatie en het ondernemingsaspect heeft in de Duitse economisch en juridische literatuur interessante beschouwingen opgeleverd over de zelfstandigheid van het bestuur ten opzichte van de leden. Zie hierover onder andere G. Draheim, *Die Genossenschaft als Unternehmungstyp*, Göttingen 1955 en R. Henzler, *Betriebswirtschaftlichte Probleme des Genossenschaftswesen*, Wiesbaden 1962.

14 Zo levert de holdingcoöperatie onduidelijkheid op ten aanzien van de vraag of deze vorm van coöperatie voldoet aan de wettelijke omschrijving, de vormgeving van het zakelijk verkeer en de wijze van belastingheffing, in het bijzonder ten aanzien van de verlengstukaftrek. Zie hierover de bijdrage van P.J. Dortmond in deze bundel.

zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid respectievelijk de stortingsplicht en andere verplichtingen voortvloeiend uit de regels van de kapitaalbescherming.[15]

Nu is de aard van de inrichting van de coöperatieve onderneming, de daaruit voortvloeiende complexiteit van de organisatie alsmede de wijze waarop verschillende onderdelen van de onderneming in juridische, economische en in technische en productiematige zin met elkaar verbonden zijn, van grote invloed op de mogelijkheden en beperkingen ten aanzien van reorganisaties bij coöperatief georganiseerde ondernemingen en concerns. Reorganisaties van en binnen coöperatieve ondernemingen zijn doorgaans ingrijpende processen, waarbij de belangen van verschillende participanten binnen de organisatie op evenwichtige wijze vertaald dienen te worden naar strategie, inrichting van de organisatie en naar technische veranderingen ten aanzien van de wijze van productie en het vermarkten van producten. Korte termijnvoordelen zijn hier niet te behalen, omdat het succes van de coöperatie afhankelijk is van de bijdragen van vele participanten, waaronder naast de leden, het bestuur en de toezichthouders van de coöperatie ook het lagere management, werknemers, toeleveranciers, afnemers en nationale en internationale overheden, zoals het ministerie van landbouw, Brussel en de WTO, gerekend kunnen worden. Ook in de economische wetenschap is dat inmiddels een aan belang windende stroming – ook wel aangeduid als de gedragstheorie[16] –, die de taak en de rol van het bestuur kan verklaren bij het maken van rationele keuzes binnen de organisaties. Bij reorganisaties van coöperaties spelen verder vragen van (her)financiering, allocatie van arbeidsplaatsen, mededinging en fiscaliteit een belangrijke rol.

Van vitaal belang is echter steeds op welke wijze door en na reorganisatie de coöperatieve onderneming haar functie ten opzichte van haar leden – eerder door mij omschreven als de inkomensvormende functie van de coöperatie[17] – kan waarborgen en mogelijk kan verbeteren c.q. kan aanpassen aan gewijzigde marktomstandigheden dan wel in staat is zelf over te gaan tot innovatie. De vormgeving van het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie is daarbij een belangrijk aspect dat onderwerp zal zijn van de onderhandelingen over en de feitelijke uitvoering van de reorganisatie. Gezien het economische belang dat leden bij hun coöperatie hebben (zij zijn leverancier c.q. afnemer, vaak eigen en vreemd vermogenverschaffer en tevens zeggenschapshouder), hetgeen zich in de meeste westerse jurisdicties heeft vertaald naar het uitgangspunt van de ledendominantie en 'Selbstorganschaft' en

---

15 Dat gebruik past overigens in de vrijheid van associatie, doch men dient er rekening mee te houden dat de door de wetgever aan de werknemercoöperatie ingeruimde faciliteiten op het gebied van de sociale verzekeringswetgeving in de regel niet gelden voor de 'eigenaarcoöperatie', een coöperatiemodel met uitgesloten aansprakelijkheid waarvan samenwerkende ondernemers lid, werknemer én bestuurder zijn, zonder dat zij de overige werknemers wensen toe te laten tot het lidmaatschap. Zie hierover P.J. Dortmond, 'De werknemerscoöperatie versus de besloten vennootschap', *S&V* 1995, p. 174-178. G.J.H. van der Sangen, 'De ontzielde materie van de "Eigenaarscoöperatie"', in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 313-339.

16 Vlg. R.M. Cyert & J.G. March, *A Behaviarol Theory of the Firm*, Englewood Cliffs, New Jersy: Prentice Hall, second edition 1992.

17 G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie* (1999), p. 42.

daarmee rechtstreeks naar de beslissende invloed van de leden op de governance van de coöperatie, is de vormgeving van het zakelijk verkeer een aspect waarmee in geval van reorganisaties in de eerste plaats rekening dient te worden gehouden. Dit geldt ook voor die gevallen waarbij er sprake is van een coöperatieve vennootschap met een aandelenstructuur. Bij coöperaties op aandelen blijkt het aandelenkapitaal in de praktijk steeds een rol te spelen in het kader van de vormgeving van het zakelijk verkeer tussen de leden en de coöperatie en is daaraan ondersteunend en staat het onderhouden van een zakelijk verkeer door de leden met hun coöperatie voorop. Zo is er in Nederland nog weinig gebruikt gemaakt van de mogelijkheden om de financiële deelname van de leden volledig te los te koppelen van de mate waarin het lid bijdraagt aan het zakelijk verkeer.[18] In andere landen zijn er meer gevallen bekend.[19]

Uitgaande van een coöperatief concern met een coöperatie als moedermaatschappij, een subholding waarin de ondernemingsactiviteiten zijn ondergebracht en een aantal productgroepen c.q. divisies kan er bij de coöperatieve onderneming op verschillende wijzen en niveaus behoefte bestaan tot reorganisatie van de organisatie of tot samenwerking met andere ondernemingen. Het gaat dan om de volgende enuntiatieve opsomming van vormen van reorganisatie naar de mate van integratie (van volledige integratie naar volledige desintegratie):

- de omzetting van de coöperatie in een andere rechtsvorm;
- een interne concentratie van de achterban (van topcoöperatie naar primaire coöperatie);
- het aangaan van een juridische fusie als verkrijgende rechtspersoon;
- het doorvoeren van concerninterne reorganisaties;
- de overname van een bestaande onderneming, gevolgd door integratie in het concern;
- het aangaan van een duurzame deelneming;
- het aangaan van een overeenkomst tot samenwerking, bijv. door het vormen van netwerken of het aangaan van duurovereenkomsten;
- het aangaan van strategische allianties;
- het aangaan van joint ventures;
- het optreden als co-maker zonder doorslaggevende zeggenschap van de coöperatie;
- het afstoten van bedrijfsonderdelen via verkoop, afsplitsing of staking;
- de splitsing van het coöperatieve concern;

---

18 Zie hierover voor suggesties R. Becking, 'Beschouwingen over participatie in het vermogen van de coöperatie', *TVVS* 1989, nr. 11, p. 265-269 en G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397.

19 Vlg. J. Dijsselbloem, J. Peerbooms & A. Zwanenburg, *Financiering in Ierse zuivelcoöperaties gezien vanuit Nederland*, Rijswijk, NCR/KNZB 1992 en de hiervoor reeds aangehaalde studie van Van Bekkum & Bijman (2006). Zie voorts O.-F. van Bekkum & G. van Dijk (eds.), *Agricultural Co-operatives in the European Union. Trends and Issues on the Eve of the 21st Centery*, Assen: Van Gorcum 1997, 175-177.

- het aangaan van een juridische fusie, waarbij de coöperatie als verdwijnende rechtpersoon optreedt.
- de ontbinding van de coöperatie.

Gezien de vergaande en wellicht reeds voltooide concentratie van coöperatieve ondernemingen binnen nationale markten in bepaalde sectoren[20] zullen reorganisaties van coöperatief georganiseerde ondernemingen zich in toenemende mate grensoverschrijdend voordoen. Daarbij denken wij niet alleen aan vormen van horizontale expansie,[21] maar ook aan vergaande verticale integratie en al dan niet verwante diversificatie van producten en zelfs, onder omstandigheden, de totale omvorming van de coöperatie naar een op andere economische principes gebaseerde onderneming.[22]

## 3 Het reorganisatie-instrumentarium voor coöperaties

Zoals hierboven bleek kunnen coöperaties op verschillende wijzen en op verschillende niveaus binnen de onderneming c.q. het concern behoefte hebben aan het toepassen van een vorm van reorganisatie. Traditioneel beschikt de bedrijfsjurist over de aandelenfusie, bedrijfsfusie en juridische fusie als middel om dergelijke reorganisaties tot stand te brengen, aangevuld met de juridische omzetting, de juridische splitsing, de ontbinding en/of (aanvullende) contractuele regelingen. Uit de aard van de structuur van de coöperatie zal een coöperatie bij een aandelenfusie – veelal onderhands – optreden als de overnemende partij. De bedrijfsfusie kan de coöperatie ten dienste staan in geval van een overname van een insolvente onderneming, dan wel in het geval (een bedrijfsonderdeel van) de coöperatie zelve insolvent is en een overnemer slechts geïnteresseerd zou zijn in overname van bepaalde activa en/of passiva van de coöperatie, zoals bepaalde patenten en octrooien.[23] Ook andere omstandigheden

---

20 Ik doel daarbij met name op de melkverwerkende industrie, de suikerbieten verwerkende industrie, de aardappel verwerkende industrie, de groenten- en fruitveilingen en de bancaire sector. Veel informatie daarover is voor wat Nederland betreft beschikbaar via het door de Nationale Coöperatieve Raad voor de land- en tuinbouw uitgegeven blad *Coöperatie*.

21 Friesland Food en Campina zijn goede voorbeelden van horizontale expansie wereldwijd. Ook de Rabobank tracht door overnames haar werkterrein internationaal uit te breiden gezien verschillende overnames van lokale banken in de Verenigde Staten, Ierland en, recentelijk, in Zwitserland. Daarnaast streeft de Rabobank naar internationale samenwerking met andere coöperatief georganiseerde banken in andere EU-lidstaten. Tot de vorming van een pan-Europese coöperatieve bank kwam het tot dusverre nog niet.

22 Zo heeft apothekersorganisatie OPG zich in 2000 omgevormd van een coöperatie van apothekers tot een beursgenoteerde farmaceutische toeleverancier van zowel apothekers als consumenten. Dit ging gepaard met een juridische omzetting van coöperatie naar naamloze vennootschap. De periode 1992-2000 kan worden beschouwd als een overgangsfase, waarin door de beursgang van coöperatie OPG in 1992, het vermogen in de dode hand voor de aangesloten leden/apothekers gefaseerd tot uitkering kwam.

23 Opvallend is het geringe aantal faillissementen in de coöperatieve wereld. In geval van dreigende insolventie wordt in de praktijk in een vroeg stadium naar passende oplossingen gezocht om een faillissement te voorkomen. Een reden daarvoor is dat het afbreukrisico voor de sector als geheel en de aangesloten leden/bedrijfshuishoudingen daarvoor te groot is. Vlg. NCR-rapport 1990, *De financiering van de coöperatieve onderneming*, Delft:

hebben in het verleden aanleiding gegeven tot het hanteren van de bedrijfsfusie om een concentratie van coöperaties tot stand te brengen.

Zo is bekend dat plaatselijke coöperatieve banken niet door middel van een juridische fusie plachten te fuseren, maar door een overname van de activa en passiva van de verdwijnende plaatselijke coöperatie door de verkrijgende, waarbij met het oog op het voortbestaan van nog lopende bankhypotheken ten gunste van de verdwijnende plaatselijke bankcoöperatie deze laatste, hoewel in ontbinding, bleef voortbestaan totdat de hypotheken waren afgelost. De vrees bestond namelijk dat, gegeven de huidige stand van het recht ter zake van het accessoire karakter van bankhypotheken in geval van het samengaan van coöperaties door middel van een juridische fusie, de op dat moment bestaande bankhypotheken van rechtswege zouden veranderen in een vaste hypotheek met als gevolg dat een dergelijke hypotheek geen zekerheid meer zou bieden voor het door de kredietnemer in de toekomst opgenomen krediet. Verder bestond de vrees dat bestaande crediteuren van de bank in geval van een juridische fusie – in theorie – het slagen van de fusie zouden kunnen tegenhouden door het instellen van crediteurenverzet op de voet van art. 2:316 BW. Noch de ene, noch de andere vrees is in de praktijk bewaarheid gebleken.[24] De gekozen fusievorm daarentegen bracht ondertussen aanzienlijke kosten met zich, waaronder kosten voor overdracht van activa gezien de daarbij in acht te nemen leveringsvoorschriften en kosten in verband met de overgang van passiva, waaronder kosten van inlichtingen aan en het verkrijgen van medewerking van crediteuren, en kosten ter zake van de afwikkeling van de transactie, zoals de stuksgewijze beschrijving van de bestanddelen die betrokken waren bij het samenstel van rechtshandelingen die wij achteraf als bedrijfsfusie zouden duiden. Verder brengt het laten voortbestaan van de verdwijnende coöperatie administratieve kosten met zich, zoals het hebben van een bestuur en een kunstmatig beademde algemene vergadering van aandeelhouders en de kosten van inschrijving in het handelsregister. Tot slot diende er een oplossing te worden gevonden voor het probleem dat het gewenst was dat alle leden van de verdwijnende coöperaties zo veel als mogelijk zouden toetreden tot de verkrijgende coöperatie onder voortzetting van de bestaande bancaire relaties.

Gezien de beperkte mogelijkheden gebruik te maken van de aandelenfusie en de aan een bedrijfsfusie verbonden hoge transactiekosten verbaast het dan ook niet dat binnen de coöperatieve sector voor het samengaan van coöperaties de juridische fusie in de regel de aangewezen fusiemethode is. Hoewel de Derde EG-richtlijn[25] destijds slechts verplichte tot implementatie van een wettelijke regeling van de juridische fusie voor naamloze vennootschappen, is de mogelijkheid tot juridische fusie sinds 1987 ook opengesteld voor coöperatieve verenigingen. In 1989 is vervolgens de coöperatie als afzonderlijke

---

Eburon 1990, p. 31-34. Een juridische fusie kan dan uitkomst bieden, zoals bleek in het geval van de noodlijdende coöperatie Heino Krause dat fuseerde met Coberco. Te kennen uit HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699.

24 Zie hierover Raaijmakers/Van der Sangen, *Rechtspersonen*, losbladige, Kluwer: Deventer, aant. 309, p. 53-60 (juli 2003) met verdere literatuurverwijzingen.

25 Richtlijn 78/855/EEG van 9 oktober 1978, *Pb EG* L 295/36.

rechtsvorm geïntroduceerd en losgekoppeld van de gewone vereniging en de onderlinge waarborgmaatschappij.[26] Dit heeft wederom tot het gevolg gehad dat in het kader van een juridische fusie de coöperatie, vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij niet (meer) dezelfde rechtsvorm hebben, zodat zij als hoofdregel pas juridisch kunnen fuseren nadat een van de rechtspersonen zich heeft omgezet in de rechtsvorm van de verkrijgende rechtspersoon. Het vormt een illustratie van de onnodig belemmerende werking voor de vrijheid tot reorganisatie die uitgaat van de eis van de rechtsvormgelijkheid van art. 2:310 BW.

Deze schetsmatige weergave van de wijze waarop een coöperatief concern in aanraking kan komen met verschillende modaliteiten van reorganisatie en/of fusie, toont reeds dat de materie complex is. De complexiteit wordt verder vergroot doordat het Nederlandse reorganisatieinstrumentarium onnodig beperkt is tot bepaalde soorten van reorganisatiemethoden – eerst omzetting, dan juridische fusie[27] en vervolgens eventueel uitkoop – en doordat het gebruik van reorganisatiemethoden veelal beperkt is tot rechtspersonen van een bepaalde soort door de eis van de rechtsvormgelijkheid bij de juridische fusie en door het feit dat zij slechts open staan voor de rechtspersonen van Boek 2 BW. De eenmanszaak en de personenvennootschap – ook niet naar komend recht – vallen niet onder de regeling van de juridische fusie. Dit alles maakt dat het Nederlandse reorganisatierecht een fragmentarisch beeld laat zien. Dat voor een deel de oorzaak van deze versnippering te herleiden is tot de beperkte invloed van het Europese recht op dit gebied – zo was de Derde Richtlijn slechts beperkt tot naamloze vennootschappen – en toegegeven kan worden dat de Nederlandse wetgever bij gelegenheid van die implementatie reeds meer heeft gedaan dan strikt noodzakelijk was,[28] neemt echter niet weg dat door de jaren heen de Nederlandse wetgever zelf niet de tijd en rust heeft gehad c.q. heeft genomen om tot een geïntegreerde aanpak en regeling van het reorganisatieinstrumentarium te komen.[29] Onze Oosterburen kennen een dergelijke aanpak wel blijkens het daar geldende Umwandlungsgesetz.

Van dat gemis dreigt Nederland nu de wrange vruchten te plukken, te meer daar ook bij de implementie van de Tiende Richtlijn[30] uitdrukkelijk – zij het op pragmatische en oneigenlijke gronden – van een dergelijke integrale aanpak

---

26 G.J.H. van der Sangen, *a.w.* p. 103 e.v..

27 De regeling van de juridische fusie kent hierop slechts beperkte uitzonderingen genoemd in art. 2:310 lid 2 en lid 4 BW.

28 Zoals de invoering van de in de Derde Richtlijn onbekende groepsfusie en de uitbreiding van de implementatie tot besloten vennootschappen. Daar staat echter tegenover dat de Nederlandse wetgever niet gekozen heeft voor een ruime mogelijkheid van de cash merger, doch heeft gekozen voor een beperkte mogelijkheid tot bijbetaling, en wel tot 10% van het geplaatste kapitaal.

29 Eerdere pleidooien daarvoor van M.J.G.C. Raaijmakers ten spijt. Zie Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (2006), p. 131, 162, 505 en 506, met verwijzingen naar zijn eerdere werk.

30 Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005, Pb L 310/1.

wordt afgezien.[31] Met name de eis van de rechtsvormgelijkheid werpt ook voor rechtspersonen waarop Titel 7 Boek 2 BW wél van toepassing is, onnodige blokkades op die slechts te omzeilen zijn door voorafgaande omzetting op de voet van art. 2:18 BW of door het verkrijgen van volledige zeggenschap door het verwerven van alle lidmaatschapsrechten in de algemene vergadering in de zin van art. 2:310 BW. Ook de wijze waarop grensoverschrijdende reorganisaties door de Nederlandse wetgever schoorvoetend worden gefaciliteerd door middel van de SE-Verordening en de daarop gebaseerde implementatiewetgeving,[32] de SCE-Verordening[33] en de daarop gebaseerde implementatiewetgeving en de in het vooruitzicht gestelde implementatie van de Tiende Richtlijn voortonen hetzelfde fragmentarische beeld. Toegegeven, strikt genomen kan de Nederlandse wetgever zich beperken tot een regeling van uitsluitend grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. De Tiende Richtlijn noopt immers niet tot een verdergaande regeling.[34]

Zo kunnen op grond van de SE-Verordening uitsluitend naamloze vennootschappen uit verschillende lidstaten grensoverschrijdend binnen de EU fuseren,[35] op grond van de SCE-Verordening uitsluitend coöperaties, zij het dat daaronder begrepen zijn zowel coöperatieve verenigingen als ook coöperatieve vennootschappen,[36] terwijl op grond van de Tiende Richtlijn uitsluitend kapitaalvennootschappen uit verschillende lidstaten grensoverschrijdend met elkaar kunnen fuseren,[37] alsmede een naar Nederlands recht opgerichte Europese Coöperatieve Vennootschap met een coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat.[38] De Tiende Richtlijn staat derhalve niet open voor in

---

31 Een mooie illustratie hiervan vormt de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van de Tiende Richtlijn, TK 2006-2007, 30 929, nr. 3, p. 3: 'Een keuze voor uitbreiding van de regeling tot andere rechtsvormen schept het risico dat een ingewikkelde – en indachtig de korte implementatietermijn tijdrovende – regeling wordt opgesteld die in de praktijk niet aan het doel beantwoordt, omdat in andere lidstaten geen spiegelbeeldige voorschriften zijn ingevoerd. Voor dit punt is in Brussel aandacht gevraagd; denkbaar is dat het toepassingsbereik van de richtlijn(en) wordt heroverwogen.' Dit uitgangspunt miskent mijns inziens echter de grensoverschrijdende dynamiek die het Sevic-arrest heeft, indien een lidstaat nationale fusies tussen ongelijksoortige rechtspersonen wél toestaat, zoals het Duitse Umwandlungsgesetz.

32 Zie over de SE Dumoulin e.a. (eds.), *The European Company. Corporate Governance and Cross-Border Reorganizations from a Legal and Tax Perspective*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2005.

33 Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van de Europese Unie van 22 juli 2003, *Pb EG* 2003, L 207/1 en Richtlijn 2003/72/EG van 22 juli 2003, *Pb EG* 2003, L 207/25. Zie over de SCE P.J. Dortmond, *Ondernemingsrecht* 2006-2, p. 44-50 en R.C.J. Galle, *TvOB* 2006-1, p. 13-20 en *ECL*, 2006, nr. 6, p. 255-260, alsmede ten aanzien van de uitvoeringsregelingen in detail W.J.M. van Veen (red.), *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, serie Recht en praktijk, deel 147, Deventer: Kluwer 2006.

34 Zie hierover G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit na het Sevic-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 178-186.

35 Art. 2 lid 1 SE-Vo.

36 Art. 2 lid 1 sub 4 jo. overweging 7, 9 en 13 van de preambule SCE-Vo.

37 Art. 2 lid 1 Tiende Richtlijn. Zie ook art. 333c lid 1, Wetsvoorstel 30 929.

38 Art. 2 lid 1 jo. art. 3 lid 2 Tiende Richtlijn. Zie ook art. 333a lid 2, Wetsvoorstel 30 929. Uit het wetsvoorstel valt niet geheel duidelijk op te maken of een Nederlandse SCE ook grensoverschrijdend kan fuseren met een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat. Het

Nederland gevestigde coöperaties. Daarvoor is het statuut van de Europese Coöperatieve Vennootschap gedacht. Blijkbaar is de gedachte dat er een verschil bestaat tussen de in de verschillende lidstaten voorkomende rechtsvorm van de coöperatieve *vereniging* en de rechtsvorm van de coöperatieve *vennootschap*. Een uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan zowel de SCE-Verordening als ook aan de Tiende Richtlijn en dat terug te voeren is op een louter juridisch-technische kwalificatie van de reeds bestaande rechtsvormen ten tijde van het ontwerpen van de verordening respectievelijk de richtlijn. Overigens zij opgemerkt dat ten aanzien van de Europese Coöperatieve Vennootschap niet de Europese regelgever dit onderscheid heeft gemaakt, maar de Nederlandse wetgever ter uitvoering van de SCE-Verordening die daartoe wel de ruimte bood. Het gaat uit van de mijns inziens ongefundeerde veronderstelling dat er een juridisch relevant onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen enerzijds coöperatieve verenigingen en anderzijds coöperatieve vennootschappen.

Wezenlijk is dat onderscheid intussen niet. Veelal is er sprake van een historische toevalligheid die heeft geleid tot de keuze van de wetgever. Ook kan niet gezegd worden dat coöperatieve *vennootschappen* in economisch opzicht per definitie anders zouden functioneren dan coöperatieve *verenigingen*. De economische diversiteit van coöperaties is daarvoor – ook internationaal – te groot.[39] Wel is duidelijk dat bij grote agrarische verwerkingscoöperaties coöperatieve aandelen en inleggelden die tegen storting van een geldbedrag worden verkregen, primair niet fungeren als een kapitaaldeelname, maar als een rekenmaatstaf ter afwikkelijk van het zakelijk verkeer tussen de aangesloten leden en hun coöperatie, ongeacht of zij juridisch zijn ingericht volgens het recht van een bepaalde lidstaat als vereniging of als vennootschap. Zelfs de Europese Coöperatieve Vennootschap die een aandelenkapitaal dient te bezitten, wordt in wezen gestructureerd rond het lidmaatschap en aan het aandelenkapitaal zijn ook geen ingrijpende financiële rechten verbonden.[40]

## 4 Het Sevic-arrest: een nieuwe impuls voor een flexibeler reorganisatierecht?

Een mogelijke impuls tot verdere verruiming van het nationale reorganisatie-instrumentarium wordt wel toegedicht aan het arrest van het Europese Hof van

---

voorgestelde art. 2:308 lid 3 doet vermoeden van wél; art. 2:333c lid 2 geeft deze mogelijkheid niet.

39 Vlg. in dit verband H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Belknap Press, Cambridge / London 1996, p. 140 en W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Eburon, Delft 1990, p. 76. Kernvraag is dan ook: wat is een coöperatie in juridische zin en loopt dat parallel met haar economische uitgangspunten? Moet een wetgever hierbij uitgaan van een materiële omschrijving van de coöperatie om 'misbruik' te voorkomen? Of vormt dat juist een ongewenste belemmering voor innovaties van de toepassing van de ondernemingsvorm in de praktijk, bijvoorbeeld op het gebied van de financiering?

40 Zie hierover W.J.M. van Veen (red.), *De Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE)*, Recht en praktijk, deel 147, Deventer: Kluwer 2007, p. 5 en 6.

Justitie inzake Sevic Systems AG.[41] In deze 'landmark decision' wordt weliswaar in algemene en duidelijke termen erkend dat het gebruik van het instrument van de grensoverschrijdende juridische fusie een uitoefening is van het recht van vrije vestiging en maatregelen die dit in het algemeen kunnen beperken in strijd zijn met artikel 43 en 48 EU-Verdrag, maar de reikwijdte van het arrest blijkt voor elke lidstaat anders en afhankelijk van de ruimte die het nationale fusierecht aan vergelijkbare binnenlandse rechtspersonen biedt. Het Europese Hof van Justitie heeft namelijk in het arrest aan de hoofdregel dat het gebruik van de juridische fusie een vorm is van het uitoefenen van het recht op vrije vestiging, een belangrijke beperking toegevoegd, inhoudende dat een grensoverschrijdende juridische fusie slechts dan toelaatbaar is indien een juridische fusie tussen soortgelijke ondernemingen gevestigd binnen het grondgebied van de lidstaat van de verkrijgende rechtspersoon ook mogelijk zou zijn geweest. Verder kan het Nederlandse recht ten aanzien van grensoverschrijdende juridische fusies slechts specifieke beperkingen opleggen indien de beperking zonder discriminatie kan worden toegepast, de beperking gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van openbaar belang, zoals de bescherming van crediteuren en werknemers en de verzekering van de heffing van belastingen, de beperking geschikt is om het doel te verwezenlijken en – cumulatief – niet verder gaat dan nodig voor het bereiken van het doel.[42]

Gezien de huidige blokkades in Titel 7, Boek 2 BW betekent het arrest dat Nederlandse coöperaties kunnen optreden als verkrijgende rechtspersonen waarbij zij het vermogen van een of meer rechtspersonen gevestigd in andere lidstaten kunnen verwerven, onder de voorwaarde dat een dergelijke fusie tussen soortgelijke uitsluitend in Nederlande gevestigde rechtspersonen ook mogelijk zou zijn geweest. Concreet betekent dit dat in Nederland gevestigde coöperaties reeds thans grensoverschrijdend kunnen fuseren met een of meer andere coöperaties uit andere lidstaten op de voet van Titel 2 Boek 2 BW, indien de Nederlandse coöperatie optreedt als verkrijgende rechtspersoon. Toepassing van het Sevic-arrest leidt ertoe dat partijen niet gedwongen worden tot toepassing van de SCE-Verordening en dus tot oprichting van een SCE bij wijze van juridische fusie. Een interessante vraag daarbij is of, in het geval twee coöperaties grensoverschrijdend juridisch fuseren zonder tot de vorming van een SCE over te gaan, zij dan wel gehouden zijn tot een richtlijn conforme toepassing van de regeling van de medezeggenschap en dus in beginsel met de vertegenwoordigers van de

---

41 Zie over het Sevic-arrest onder andere: G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit na het Sevic-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 178-186, G.-J. Vossestein, 'Companies' Freedom of Establishment after Sevic', *ECL* August 2006, nr. 4, p. 177-182 en zijn annotatie in *JOR* 2006/33, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Sevic; grensoverschrijdende fusie binnen de EU', *Ars Aequi* 55 (2006) 9, p. 628-634 en W.J.M. van Veen, 'Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie: de fusierichtlijn voor invoering achterhaald?', *WPNR* 6657, p. 181-184. Inmiddels heeft het arrest ook navolging gevonden in de Nederlandse rechtspraak. Zie Kantonrechter Amsterdam 29 januari 2007, zaaknummer EA 06-3338 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/BKC Holding GmbH).

42 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard) en HvJ EG 11 maart 2004, C-09/02 (De Lasteyrie du Saillant).

werknemers via een bijzondere onderhandelingsgroep een overeenkomst moeten opstellen voor de toepassing van medezeggenschap. Ik zou deze vraag ontkennend willen beantwoorden, omdat de richtlijn noch de implementatie op deze situatie betrekking heeft.[43] Of een Nederlandse coöperatie in het kader van een grensoverschrijdende juridische fusie verdwijnende rechtspersoon kan zijn waarvan het vermogen onder algemene titel overgaat op een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon of coöperatie, hangt af van het daar geldende reorganisatierecht.[44]

Verder kan een in Nederland gevestigde coöperatie grensoverschrijdend fuseren met een in de EU gevestigde kapitaalvennootschap waarvan de coöperatie reeds alle aandelen bezit en waarbij de coöperatie de verkrijgende rechtspersoon is. Of ook een downstream merger mogelijk is waarbij een in een andere lidstaat gevestigde kapitaalvennootschap het vermogen onder algemene titel verwerft van een in Nederland gevestigde coöperatie die van de verkrijgende kapitaalvennootschap 100%-aandeelhouder is, moet ernstig in twijfel worden getrokken. Deze mogelijkheid staat in elk geval op gespannen voet met de thans geldende eis van de rechtsvormgelijkheid en de uitdrukkelijke tekst van de in 2:310 BW genoemde uitzonderingen en vertoont feitelijk alle trekken van een (grensoverschrijdende) omzetting. Daartegenover staat dat een dergelijke situatie strikt genomen niet beoordeeld dient te worden naar het Nederlandse recht, maar naar het recht van de verkrijgende vennootschap. Staat het buitenlandse recht een dergelijke fusie toe, dan kan een dergelijke fusie niet worden tegengehouden gezien het Sevic-arrest.

Dezelfde logica leidt er overigens toe dat een in Nederland gevestigde coöperatie niet als moeder kan optreden in het kader van een grensoverschrijdende groepsfusie, omdat een dergelijke groepsfusie waarbij de coöperatie als moeder fungeert van de verkrijgende kapitaalvennootschap en aan de aandeelhouders van de verdwijnende kapitaalvennootschap lidmaatschapsrechten toekent ook naar Nederlands recht niet mogelijk is[45] en overigens ook niet is voorzien in het aanhangige wetsvoorstel ter implementatie van de Tiende Richtlijn. Voor een dergelijk geval zou een verruiming voor de cash merger een oplossing kunnen zijn. Het alternatief is gebruik te maken van een 'gewone' onderhandse aandelenfusie.

---

43 In geval van een grensoverschrijdende juridische fusie van kapitaalvennootschappen bestaat een dergelijke verplichting binnen afzienbare tijd wél op grond van art. 16 van de Tiende Richtlijn, waarbij de systematiek van de SE-Richtlijn wordt gevolgd op het gebied van de medezeggenschap. De Tiende Richtlijn dient uiterlijk op 15 december 2007 geïmplementeerd te zijn. Zie hierover Ger van der Sangen, 'The European Company and Employee Involvement', in: Dumoulin e.a. (eds.), *The European Company* (2005), p. 192-207.

44 Dit geldt in elk geval voor de Europese Unie. Niet geheel duidelijk is of de regel van het Sevic-arrest zich ook uitstrekt tot landen van de Europese Economische Ruimte. Wetsvoorstel 30 929 strekt zich wél daartoe uit.

45 Art. 2:334 BW spreekt uitdrukkelijk over het toekennen van aandelen in een kapitaalvennootschap. Ook de plaats van het artikel in de afdeling die specifiek gaat over de juridische fusie van kapitaalvennootschappen is veelzeggend.

De eis van de rechtsvormgelijkheid brengt mee dat een in Nederlands gevestigde coöperatie in elk geval niet als verkrijgende rechtspersoon juridisch kan fuseren met een eenmansonderneming, vennootschap onder firma (of naar komend recht de OV(R)), maar ook niet met een stichting, met een naamloze of besloten vennootschap waarvan zij niet enig aandeelhouder is of met een vereniging dan wel een onderlinge waarborgmaatschappij waarvan zij niet tevens enig lid is. Gezien het Sevic-arrest betekent dit dat het ook niet grensoverschrijdend kan. Met een bestaande SE of EESV kan een coöperatie ook niet eenvoudig op grond van Titel 7, Boek 2 BW juridisch fuseren. Formeel-juridisch zou een in Nederland gevestigde coöperatie en in een Nederland gevestigde Europese Coöperatieve Vennootschap *niet* juridisch met elkaar kunnen fuseren, aangezien de Europese Coöperatieve Vennootschap niet heeft te gelden als een coöperatie in de zin van art. 2:308 c.q. 2:310 BW. Daartoe zou een van beide zich eerst moeten omzetten. Een anders luidende opvatting wordt wel verdedigd op grond van art. 9 van de SCE-Verordening die aangezien dit punt niet geregeld is, rechtstreeks van toepassing is. Daarin wordt op de lidstaten de plicht gelegd in hun lidstaten opgerichte Europese Coöperatieve Vennootschappen op gelijke wijze te behandelen als nationale coöperaties.[46] Het omgekeerde hoeft overigens niet.

Al deze reeds bestaande nationale beperkingen in de regeling van de juridische fusie blijven overeind, ook na de beslissing van het Europese Hof van Justitie inzake Sevic Systems AG. Voor een grensoverschrijdende juridische fusie waarbij een Nederlandse coöperatie optreedt als de verkrijgende rechtspersoon gelden de uit het Nederlandse fusierecht voortvloeiende blokkades mutatis mutandis indien de juridische fusie grensoverschrijdend plaatsvindt. Of een Nederlandse coöperatie als rechtspersoon kan verdwijnen en haar vermogen over kan gaan onder algemene titel op een in een andere lidstaat gevestigde rechtstrager, wordt bepaald door het daar geldende reorganisatierecht.

## 5 De Tiende Richtlijn: nog een impuls voor een flexibeler reorganisatierecht?

De titel inzake de juridsche fusie in Boek 2 BW zal binnen afzienbare tijd aangepast worden ter implementatie van de op 26 oktober 2005 vastgestelde EU-richtlijn inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.[47] Het daartoe strekkende, thans aanhangige wetsvoorstel 30 929 van 15 januari 2007 beperkt zich tot een strikt noodzakelijke implementatie, waarbij de mogelijkheid van een grensoverschrijdende juridische fusie van een in Nederlandse gevestigde SCE's met een coöperatieve vennootschap uit een andere lidstaat in art. 2:333c lid 2 wordt geoepend. Deze strikte implementatie zal tot gevolg hebben dat de in Titel 7, Boek 2 BW gestelde eis van de rechtsvormgelijkheid, zoals deze thans geldt voor zuiver binnenlandse fusies, ook zal gelden voor grensoverschrijdende

46 Vlg. Van Veen (red.), *a.w.* p. 82 en 83.
47 Richtlijn 2005/56/EG, *Pb EU* L 310.

juridische fusies. In het kader van de implementatie wordt voorgesteld aan het huidige art. 2:308 een nieuw, derde lid toe te voegen, luidende:

> *'3. Deze titel is voorts van toepassing op een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap die fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte.'*

Verder zal na vernummering van art. 2:334 tot art. 2:333a een nieuwe afdeling in Titel 7 Boek 2 BW worden ingevoegd als *'Afdeling 3A. Bijzondere bepalingen voor grensoverschrijdende fusies'*. De artikelen zijn genummerd van 333b tot en met 333l. De Tiende Richtlijn dient uiterlijk op 15 december 2007 geïmplementeerd te zijn in de nationale wetgeving. Voordat de implementatietermijn is verstreken, bestaat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie op grond van de SE-Verordening en de daarop gebaseerde uitvoeringswetten. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot naamloze vennootschappen en/of reeds bestaande SE's waarvan er ten minste twee in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zoals gezegd kunnen coöperaties op basis van de SCE-Verordening grensoverschrijdend juridisch fuseren, mits ook hier sprake is van een communautaire dimensie.

Zowel de introductie van de SE in het Nederlandse recht als ook de introductie van de Europese Coöperatieve Vennootschap heeft *niet* geleid tot aanpassing van Titel 7, Boek 2 BW. In het bijzonder werden art. 2:308 BW noch 2:310 BW hieraan aangepast. Wel wordt voorgesteld in art. 2:333c lid 2 dat een Nederlandse SCE als verdwijnende vennootschap grensoverschrijdend kan fuseren met een coöperatieve vennootschap uit een andere lidstaat. Verder staat het zo juist genoemde artikel toe dat een Nederlandse SCE als verkrijgende vennootschap optreedt bij een grensoverschrijdende juridische fusie tussen coöperatieve vennootschappen opgericht conform het recht uit verschillende lidstaten.

Het op 13 december 2005, C-411/03 door het Europese Hof van Justitie gewezen arrest inzake SEVIC Systems AG leidt er echter toe dat reeds vóór de implementatie van de Tiende Richtlijn buiten de hiervoor genoemde gevallen van grensoverschrijdende juridische fusies via de vorming van een SE respectievelijk een SCE grensoverschrijdende juridische fusies in beginsel mogelijk zijn tussen vennootschappen gevestigd in verschillende lidstaten binnen de EU. Voorwaarde is slechts dat een soortgelijke fusie naar het recht van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap mogelijk is tussen *soortgelijke* binnenlandse ondernemingen. Een categorische uitsluiting van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusies in het nationale fusierecht is immers in strijd met het op art. 43 en 48 EU-Verdrag gebaseerde recht van vrije vestiging. Daarmee is de reikwijdte van het SEVIC-arrest ruimer dan de Tiende Richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel ter implementatie. Het Sevic-arrest betekent derhalve een principiële erkenning van het recht van vrije vestiging door middel van grensoverschrijdende fusies. Dat betekent ook dat art. 2:308 BW in zijn

huidige vorm aanpassing behoeft, ook buiten de gevallen waarin de implementatie van de Tiende Richtlijn voorziet. De vraag of naar Nederlands recht grensoverschrijdende fusies mogelijk zijn, kan derhalve bevestigend worden beantwoord. Op grond van art. 9 van de SCE-Verordening zou het vorenstaande dan ook gelden voor in Nederland gevestigde SCE's.

Het biedt ook voor coöperaties uit verschillende lidstaten zonder meer de mogelijkheid grensoverschrijdend met elkaar juridisch te fuseren zonder gedwongen te worden tot de oprichting van een Europese Coöperatieve Vennootschap. Een Nederlandse coöperatie kan op grond van art. 2:310 BW en de uitleg van het Sevic-arrest fuseren met een Duitse eingetragene Genossenschaft. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een Belgische coöperatieve vennootschap, indien deze laatste fungeert als verdwijnende rechtspersoon. Immers, het Sevic-arrest spreekt niet over over *gelijke* maar over *gelijksoortige ondernemingen* en gaat daarmee voorbij aan het onderscheid tussen coöperaties met een verenigingsstructuur en coöperaties met een vennootschappelijk karakter.

De erkenning van de mogelijkheid van een grensoverschrijdende reorganisatie tussen coöperaties uit verschillende lidstaten impliceert ook dat zonder gebruik te maken van de SCE-Verordening de mogelijkheid bestaat om de statutaire zetel te verplaatsen. Geconstateerd kan worden dat de rechtsfiguur van de grensoverschrijdende juridische fusie weliswaar niet gelijk is te stellen aan een grensoverschrijdende zetelverplaatsing stricto sensu, maar wel de mogelijkheid biedt materialiter een zelfde resultaat te bereiken. Strikt genomen is het zelfs mogelijk dat twee coöperaties een coöperatie oprichten in een derde lidstaat, die vervolgens als verkrijgende rechtspersoon optreedt bij een grensoverschrijnde fusie, mits naar het fusierecht van de verkrijgende coöperatie een dergelijke fusie tussen louter in die lidstaat gevestigde coöperaties ook mogelijk zou zijn geweest.[48] Dat een grensoverschrijdende zetelverplaatsing nog niet geharmoniseerd is, kan gezien de uitdrukkelijke overwegingen in het SEVIC-arrest geen beletsel meer zijn. Het omzeilt de omslachtige regeling van de zetelverplaatsing zoals deze in de SCE-Verordening is vastgelegd, alsmede de daarin vastgelegde eis dat de werkelijke zetel gelegen moet zijn in dezelfde lidstaat als de statutaire zetel. De kritiek op dit uitgangspunt bij de zetelverplaatsing van een SE geldt mijns inziens hier mutatis mutandis.[49] De eis dat de statutaire zetel in dezelfde lidstaat moet zijn gelegen als de werkelijke zetel, is een inbreuk op het secundaire recht van vrije vestiging zoals dat erkend werd in het Überseering-arrest van het Europese Hof van Justitie.[50]

De SCE-Verordening biedt de mogelijkheid dat coöperaties die opgericht zijn naar het recht van hun lidstaat, grensoverschrijdend fuseren met coöperaties uit andere lidstaten. Een dergelijke grensoverschrijdende juridische fusie leidt tot de oprichting van een Europese Coöperatieve Vennootschap op de voet van art. 2 sub

---

48 Vlg. in dit verband Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (2006), p. 505 en Van der Sangen, TvOB 2006-5, p. 178-186.

49 W. Mulder & G. van der Sangen, 'The European Company and Cross-Border Reorganisations' in: Dumoulin (e.a.), *The European Company*, p. 109-110.

50 HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, *NJ* 2003, 58, m.nt. P. Vlas.

4 SCE-Verordening. De werkingsomvang van de SCE-Verordening is daarmee beperkt tot grensoverschrijdende fusies tussen coöperaties gelegen in twee of meer verschillende lidstaten. Coöperaties uit verschillende lidstaten die grensoverschrijdend willen fuseren, zijn – zoals gezegd – niet verplicht tot de vorming van een SCE. Coöperaties kunnen op andere wijze betrokken zijn bij een grensoverschrijdende fusie. Het Sevic-arrest breidt de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie van coöperaties verder uit. We hebben gewezen op de situatie dat een Nederlandse coöperatie 100%-aandeelhouder is van bijvoorbeeld een Duitse Aktiengesellschaft of GmbH en daarmee wenst te fuseren. Daarnaast is in het wetsvoorstel 30 929 dat strekt tot implementatie van de Tiende Richtlijn, de mogelijkheid opgenomen dat ook reeds opgerichte Europese Coöperatieve Vennootschappen naar Nederlands recht partij kunnen zijn in een grensoverschrijdende fusie met coöperatieve vennootschappen uit andere lidstaten. Een rechtstreekse grensoverschrijdende juridische fusie tussen een Nederlandse coöperatie, een in Nederland gevestigde Europese Coöperatieve Vennootschap daaronder begrepen, en een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat waarin de Nederlandse coöperatie geen 100%-aandeelhouder is, zal ook ondanks het Sevic-arrest *niet* tot de mogelijkheden behoren. Daarvoor dient de coöperatie zich eerst om te zetten. Of een grensoverschrijdende juridische fusie tussen een rechtspersoon uit een andere lidstaat als verkrijgende vennootschap met een Nederlandse coöperatie of SCE als verdwijnende vennootschap mogelijk is, hangt af van het nationale fusierecht van de verkrijgende rechtspersoon en de werking van het Sevic-arrest.

## 6 Slotsom

De mogelijkheden tot grensoverschrijdende reorganisaties voor coöperatief georganiseerde ondernemingen en concerns is zoals hierboven bleek uitgebreid door verschillende gefragmenteerde nieuwe regelingen en als gevolg van het Sevic-arrest. Dit alles neemt echter niet weg dat er redenen kunnen zijn dat men van de hierboven genoemde faciliteiten die de SCE-Verordening of de Tiende Richtlijn bieden, geen gebruik wenst te maken, bijvoorbeeld omdat men de zware regeling voor de medezeggenschap niet wenst toe te passen of omdat men de structuur van de Europese Coöperatieve Vennootschap minder passend acht voor de samenwerking. Onder dergelijke omstandigheden kan men zich ook van de klassieke methode bedienen, waarbij een van de coöperaties haar bedrijf overdraagt aan de verkrijgende coöperatie en haar leden toetreden tot de verkrijgende coöperatie. De verdwijnende coöperatie kan vervolgens worden ontbonden.[51] Ook kunnen twee in verschillende lidstaten gevestigde coöperaties een gezamenlijke kapitaalvennootschap oprichten die vervolgens dochtermaatschappijen en/of filialen opzet in verschillende lidstaten. De rol van de

[51] Zie P.J. Dortmond, 'Juridische fusie van coöperaties', in: R.C.J. Galle & G.J.H. van der Sangen, *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Schoordjik Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1999, p. 181.

ledencoöperaties wordt dan beperkter doordat zij hun activiteiten doen uitoefenen door een groep van kapitaalvennootschappen waarvan hun gezamenlijke dochter optreedt als moedermaatschappij. Wordt slechts een partiële samenwerking beoogd, dan kan een joint venture in de vorm van een kapitaalvennootschap worden aangegaan. Men kan zich daartoe ook bedienen van het Europees Economisch Samenwerkingsverband.[52]

Voor onderlinge waarborgmaatschappijen moet het er voorlopig voor worden gehouden dat deze niet vallen onder de werking van het SCE-Statuut en de daarop gebaseerde Nederlandse implementatiewetgeving. Zij kunnnen echter op grond van het Sevic-arrest reeds thans grensoverschrijdend fuseren met andere rechtspersonen op onderlinge grondslag binnen de EU, mits een dergelijke fusie tussen uitsluitend in een en dezelfde lidstaat gevestigde onderlingen naar het recht van die lidstaat ook reeds mogelijk was. Overigens zij er nogmaals op gewezen dat naar huidig Nederlands recht de onderlinge waarborgmaatschappij niet een gelijke rechtsvorm heeft als de coöperatie, zodat door de eis van de rechtsvormgelijkheid Nederlandse onderlinge waarborgmaatschappijen noch nationaal noch binnen de EU als verkrijgende rechtspersoon rechtstreeks met coöperaties kunnen fuseren, de uitzonderingen van art. 2:310 lid 4 BW daargelaten.

Ook voor verenigingen en stichtingen zijn er vooralsnog geen voorzieningen die grensoverschrijdende fusie faciliteren. Ook hier geldt dat door de werking van het Sevic-arrest het recht van vrije vestiging dat tevens het recht om gebruik te maken van grensoverschrijdende fusie impliceert, met zich brengt dat ondanks het gebrek aan harmonisatie binnen de EU grensoverschrijdende fusies tussen een Nederlandse vereniging c.q. stichting met een vergelijkbare rechtsvorm uit een andere lidstaat niet categorisch mogen worden verboden. Aan een fusie tussen een Nederlandse vereniging en een Duitse eingetragener Verein zal de notaris derhalve zijn medewerking dienen te verlenen. De inschrijving van een dergelijke fusie zal niet kunnen worden geweigerd door de Kamer van Koophandel.[53] Verder zij opgemerkt dat na aanvankelijke plannen op het gebied van de introductie van een Europese Vereniging, een Europese Onderlinge of een Europese Stichting de totstandkoming van Europese regelgeving op deze gebieden geen hoge prioriteit heeft.[54] Op korte termijn vallen hier geen initiatieven te verwachten. Of de SCE door de praktijk op enige schaal zal worden toegepast, valt overigens ernstig te betwijfelen gezien het geringe succes van haar voorbeeld, de SE, tot op dit moment.

---

52 Zie daarover R.C.J. Galle, *De coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 2003, p. 87-98 en Raaijmakers, *Over coöperatieve samenwerkingsverbanden en de positie van derzelver leden*, Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht, *Agrarisch Recht* 1989, nr. 5.

53 Vlg. in dit verband Kantongerecht Amsterdam 29 januari 2007, zaaknummer EA 06-3338 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/BKC Holding GmbH).

54 Vgl. High Level Group-report 4 november 2002, p. 24 en Action Plan Europese Commissie van 21 mei 2003, COM (2003) 284 final.

HOOFDSTUK 5

# Grensoverschrijdende reorganisaties van coöperaties

*Dr.mr. G.J.H. van der Sangen*[1]

## 1 Inleiding

De coöperatieve ondernemingsvorm is een van de vormen van samenwerking van personen met gelijke economische behoeften. De mogelijkheid tot samenwerking in coöperatief verband staat open voor natuurlijke personen als ook voor rechtspersonen. Daarmee is de rechtsvorm coöperatie een van de juridische uitdrukkingsvormen van de in de grondwet neergelegde vrijheid van vereniging. Er was een tijd waarin de gedachte gemeengoed was dat het gebruik van de vrijheid tot associatie door ondernemingen zou dienen plaats te vinden in door de wetgever voorgeschreven rechtsvormen met een wettelijk voorgeschreven doelstelling en een overeenkomstige dwingendrechtelijk voorgeschreven structuur en inrichting. De leer van de materiële kenmerken die destijds ten grondslag lag aan het door Meijers geïntroduceerde Boek 2 NBW, is echter inmiddels verlaten hoewel ook thans reminiscenties hiervan in het ondernemingsrecht te vinden zijn.[2]

Indien men de economische activiteit van de ondernemer echter voorop stelt, erkent men tevens dat de rechtsvorm waarin deze economische activiteit plaatsvindt, hiervan een afgeleide is. Verandering van de economische activiteit impliceert dan verandering van de organisatie zelf en onder omstandigheden tevens verandering van de juridische structuur of zelfs van de rechtsvorm als zodanig. Dit alles brengt ons bij de stelling dat de vrijheid van associatie niet alleen betekent dat de ondernemer vrij is in zijn keuze van de rechtsvorm en in de inrichting van de gekozen rechtsvorm, maar tevens de vrijheid heeft de structuur en inrichting te veranderen en – in het uiterste geval – de rechtsvorm te wijzigen aan de (gewenste) veranderingen in de organisatie van de onderneming. Kortom, vrijheid van associatie impliceert derhalve ook vrijheid tot reorganisatie zowel intern als extern, door bijvoorbeeld het aangaan van vormen van samenwerking met derden of het geheel of gedeeltelijk organisatorisch samengaan met derden.

Het ondernemingsrecht in het algemeen en het daarin geregelde reorganisatierecht in het bijzonder heeft primair als doel hiervoor faciliteiten te bieden teneinde maatschappelijk gewenste economische activiteit tussen en

---

1 Dr.mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht bij het departement Business Law van de Universiteit van Tilburg en verbonden aan het Center for Company Law.

2 Vlg. in dit verband art. 2:21 lid 1 sub c BW, een bepaling die gezien de dwingendrechtelijke wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW zowel voor academici als practici problemen kan opleveren voor allerlei toepassingen van de coöperatie.

binnen ondernemingen te bevorderen.[3] Deze faciliterende functie van het ondernemingsrecht houdt bovendien niet op bij de Nederlandse grensposten. Inmiddels is duidelijk dat de organisatiegraad van grote agrarische verwerkingscoöperaties niet beperkt is tot louter een nationale achterban, maar ook het internationale lidmaatschap zijn intrede heeft gedaan. Ook de ondernemingsactiviteiten van coöperaties zijn in de regel niet beperkt tot het Nederlandse c.q. Europese grondgebied.

Nu blijkt het Nederlandse recht slechts in beperkte mate in staat om elke vorm van door de ondernemer gewenste nationale of grensoverschrijdende reorganisatie tot stand te brengen. In een aantal gevallen werkt het nationale recht zelfs belemmerend, zoals hierna zal blijken. Dat geldt ook voor nationale en grensoverschrijdende reorganisaties van verschillende vormen van samenwerking in coöperatief verband. Voor een deel valt dit te verklaren door een nog onvoldoende uitgewerkt Nederlands reorganisatie-instrumentarium, maar ook door de grote verschillen tussen de interne structuur en de ondernemingsorganisatie van coöperaties onderling. In geval van grensoverschrijdende reorganisaties van coöperaties door middel van een (juridische) fusie is dat in versterkte mate het geval, alhoewel nieuwe Europese initiatieven hierin verbetering trachten te brengen. Ik doel daarbij met name op de SE-Verordening, de SCE-Verordening en op de Tiende Richtlijn.[4] Verschillen in de juridische structuur van coöperaties vormen echter ook in grensoverschrijdende reorganisaties een belemmerende factor, verschillen die historisch gezien terug te voeren zijn op de wijze waarop de coöperatie in het nationale ondernemingsrecht en/of privaatrecht is ingebed.[5] In het bijzonder

---

3 Vgl. Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, eerste druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 8-10 en 445 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'De toekomst van het ondernemingsrecht: back to basics', *Ars Aequi* 55 (2006) 11, p. 792-804.

4 Zie Verordening 2157/2001 van 8 oktober 2001, *Pb EG* 18 augustus 2003, L 294 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE), Verordening 1435/2003 van 22 juli 2003, *Pb EG* L 207 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) en de Tiende Richtlijn d.d. 26 oktober 2005, Pb EU L 310/1-9 inzake grensoverschrijdende fusies. Zowel de SE-Verordening als ook de SCE-Verordening gaan vergezeld van een onlosmakelijk aan de verordening verbonden richtlijn inzake medezeggenschap van werknemers. Zie Richtlijn 2001/86/EG van 8 oktober 2001, *Pb EG* L 294 respectievelijk Richtlijn 2003/72/EG van 22 juli 2003, *Pb EG* L 207. Zowel de SE als ook de SCE met de bijbehorende richtlijnen inzake medezeggenschap zijn inmiddels in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Zie de Uitvoeringswet Verordening Europese Vennootschap van 17 maart 2005, *Stb*. 2005, 150/151, de Uitvoeringswet Verordening Europese Coöperatieve Vennootschap van 14 september 2006, *Stb.* 2006, 425 (in werking getreden bij wet van 13 oktober 2006, *Stb.* 2006, 465), alsmede aanpassing van de Wet rol werknemers bij Europese rechtspersonen, *Stb.* 2006, 361 (in werking getreden bij wet van 18 augustus 2006, *Stb.* 2006, 362). Ten aanzien van de Tiende Richtlijn is thans een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ter implementatie aanhangig. Zie wetsvoorstel 30 929.

5 Zo is de Nederlandse coöperatie historisch gezien ingebed in het verenigingsrecht, de Duitse eingetragene Genossenschaft typologisch als een hybride rechtsvorm sui generis met aspecten van een economische belangenvereniging en een verplichte kapitaalstructuur ondergebracht in een aparte wet, de Zwitserse Genossenschaft na de personenvennootschappen opgenomen in het Obligationenrecht en in België wordt de coöperatie beschouwd als een vennootschap, zij het met een veranderlijk kapitaal. Frankrijk

deze verschillen bleken een hinderpaal voor de totstandkoming van Europese regelgeving ter bevordering van grensoverschrijdende samenwerking van en binnen coöperaties, als ook verschillen van inzicht ten aanzien van de noodzakelijk geachte regeling van de medezeggenschap van werknemers en de fiscale behandeling.[6]

Ondertussen blijft er een noodzaak tot facilitering van grensoverschrijdende samenwerking en/of reorganisaties van coöperaties gezien de bestaande en nog steeds groeiende economische behoefte binnen de landbouwsector in de Europese Unie aan schaalvergroting (economy of scale en economy of scope), de behoefte aan een ruimere financiële armslag, de behoefte aan diversificatie van activiteiten en de coördinatie van het optreden van coöperaties op veranderde markten. Algemeen wordt aangenomen dat het arrest van het Europese Hof van Justitie van 15 december 2005, C-411/03 inzake Sevic Systems AG aan de mogelijkheden tot grensoverschrijdende fusies een nieuwe impuls zal geven en zal leiden tot een uitbreiding van de mogelijkheden daartoe, ook voor coöperatief georganiseerde ondernemingen en concerns.[7] Dit alles neemt echter niet weg dat in het algemeen coöperaties minder mogelijkheden tot reorganisatie hebben dan kapitaalvennootschappen bij gebrek aan vrij overdraagbare lidmaatschapsrechten, zodat een met een onderhandse aandelenfusie vergelijkbare fusie niet voor de hand ligt. De lidmaatschapsrechten in een coöperatie worden in de regel – althans indien het gaat om Nederlandse coöperaties – ook niet verhandeld via de effectenbeurs, zodat ook het openbare bod als fusiemethode bij coöperaties niet mogelijk is.[8] In de beperkte gevallen waarin er wél sprake is van een deelname in het eigen vermogen van de coöperatie door middel van verhandelbare vermogenstitels, is het stemrecht immers in belangrijke mate beperkt of zelfs aan niet-

---

kent afhankelijk van de sector van bedrijvigheid verschillende coöperatieve rechtsvormen, terwijl in Spanje de sociedad cooperativa een meer vennootschappelijk karakter draagt.

6 In het algemeen blijken historisch gegroeide verschillen in de systematiek van het ondernemingsrecht en de behandeling van de verschillende actoren daarin een remmende invloed te hebben op de drijfveren van nationale regelgevers om het eigen ondernemingsrecht aan te passen. Doorbreking van deze 'path dependency' vindt in de regel pas plaats indien een externe prikkel daar aanleiding toe geeft, zoals bijvoorbeeld de verruiming van de mogelijkheden tot migratie van ondernemingen onder invloed van het recht van vrije vestiging binnen de EU en het bestaan van goedkopere alternatieven qua oprichting en instandhouding respectievelijk fiscale behandeling in andere lidstaten. Vgl. J.A. McCahery & E.P.M. Vermeulen, 'Does the European Company Prevent the "Delaware Effect"?', Dumoulin e.a. (eds.), *The European Company*, p. 215-237.

7 Zie over dit arrest G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit na het Sevic-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 178-186, G.-J. Vossestein, 'Companies' Freedom of Establishment after *Sevic*', *ECL* August 2006, nr. 4, p. 177-182 alsmede zijn annotatie in *JOR* 2006/33, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Sevic; grensoverschrijdende fusie binnen de EU', *Ars Aequi* 55 (2006) 9, p. 628-634, J.N. Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2006-3, p. 115-119 en W.J.M. van Veen, 'Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie: de fusierichtlijn voor invoering achterhaald?', *WPNR* 6657, p. 181-184.

8 Uiteraard kan een coöperatie zelf wel een openbaar bod uitbrengen, zij het dat de betaling daarvan niet kan plaats vinden in vrij verhandelbare aandelen in haar eigen kapitaal.

leden/investeerders onthouden, zoals destijds bij de beursgang van apothekerscoöperatie OPG.[9]

Ik merk op dat de omgekeerde situatie, waarbij een coöperatie wordt overgenomen door een niet-coöperatief georganiseerde onderneming, overigens zou leiden tot de totale ontvlechting van de wederzijdse economische afhankelijkheid van enerzijds de aangesloten leden/bedrijfshuishoudingen en de coöperatie en de daaraan verbonden onzelfstandige verlengstukonderneming. In economische zin neemt de primaire doelstelling van de coöperatie – de inkomensvormende functie ten behoeve van de aangesloten leden – dan een einde.[10] De voorziening in de economische behoeften van de oorspronkelijke leden moet dan op andere wijze – contractueel of via een co-makership – worden vormgegeven. In de levenscyclus van een coöperatie is dat een ingrijpende gebeurtenis die slechts de goedkeuring van de aangesloten leden zal verkrijgen indien zij hun economische behoeften op de lange termijn niet meer via de coöperatie bevredigd weten.[11] Het kan verklaren waarom reorganisaties *tussen* coöperaties wél veelvuldig voorkomen in de praktijk, doch reorganisaties tussen coöperaties en op andere leest geschoeide ondernemingen, zoals investor-owned firms, slechts sporadisch, en als zij al voorkomen, de coöperatie in een dergelijk geval fungeert als verkrijgende rechtspersoon bij een concerninterne reorganisatie of bij een overname of joint venture.

---

9 Zie over vormen van eigen vermogensverschaffing door niet-leden bij coöperaties G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Tilburg University, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, alsmede van dezelfde 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397 en 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal. Onbekend maakt onbemind', in: R.C.J. Galle & G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Tilburg University, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 41-61. Een verslag van recente cases, ook internationaal, is te vinden in O.F. Bekkum & J. Bijman (2006), *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, internetpublicatie te downloaden via de site van Universiteit Nijenrode en het Netherlands Institute for Cooperative Entrepreneurship (NICE), geraadpleegd 29 maart 2007.

10 Zie voor een economische analytische beschouwing over de grondslagen van de coöperatieve ondernemingsvorm G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 40-50, met verdere literatuurverwijzingen naar economische literatuur. Zie voorts G.W.J. Hendrikse, *Restructering Agricultural Cooperatives*, Rotterdam School of Economics: Rotterdam 2004, voor een actualisatie van verschillende economische theorieën ter verklaring van het gedrag en het functioneren van coöperaties.

11 Overigens zal dat in de praktijk niet snel gebeuren hetgeen economisch kan worden verklaard uit de transactiekostentheorie zoals deze ontwikkeld is door O.E. Williamson, *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*, New York: The Free Press 1975 en *The Economic Institutions of Capitalism*, New York: The Free Press 1985: zolang de gezamenlijke productiekosten van de leden/bedrijfshuishoudingen plus de transactiekosten tussen de leden en hun coöperatie samen met de productiekosten van de coöperatie en de transactiekosten ten opzichte van de opvolgende schakels, die voor een gedeelte zijn overgenomen door de coöperatie, lager zijn dan de productiekosten en transactiekosten indien de verwerking volledig plaats vindt via de markt, zal de oplossing worden gezocht in de organisatie van de coöperatie. De oorzaak hiervan ligt met name in de 'asset specificity' van de productiemiddelen bij zowel de leden als ook bij de coöperatie.

## 2 Reorganisaties binnen de coöperatieve sector

Coöperaties worden in diverse nationale regelingen doorgaans weergeven als platte organisaties met het karakter van een vereniging, zelfs in die gevallen waarin de coöperatie in het nationale recht is ingebed als rechtsvorm met een vennootschappelijke structuur. Evenwel wordt daarbij weinig rekening gehouden met de realiteit waarbij de coöperatie de functie vervult van moedermaatschappij en als zodanig aan het hoofd staat van een coöperatief concern met een holding aan de top en meerdere ondergeschikte business groepen en/of business units.[12] Gegeven de doorgaans grote achterban van aangesloten leden en het feit dat bij een aantal coöperaties deze achterban is georganiseerd in afdelingen c.q. in de vorm van plaatselijke coöperaties, kan de organisatiestructuur van een coöperatief concern worden getypeerd als een zandloper waarbij de verenigingsstructuur en de ondernemingsstructuur samenkomen in het brandpunt van de besturing van de coöperatie.

Verschillende besturingsmodellen zijn er in de praktijk ontwikkeld om aan de potentiële spanning tussen ledenorganisatie en productie- en marktorganisatie tegemoet te komen, zoals die waarbij de coöperatie fungeert als 100%-aandeelhouder van een subholding.[13] Pas laat in de ontwikkeling van de Nederlandse wettelijke regeling van de coöperatie is met dit aspect, zij het gebrekkig, rekening gehouden.[14] Dat neemt echter niet weg dat er in de praktijk ook horizontaal georganiseerde coöperaties zijn die wél beantwoorden aan het coöperatiemodel dat de wetgever voor ogen stond en gelijkenis vertonen met het 'universitas'-model van de vereniging. We denken daarbij aan inkooporganisaties, coöperaties van vrije beroepsbeoefenaren en werknemercoöperaties, maar ook aan coöperatieve rijscholen, de coöperatie ter exploitatie van flatgebouwen of coöperatief georganiseerde taxiondernemingen. Zelfs binnen de bouwsector en binnen kringen van financiële instellingen wordt de coöperatie als vehikel gebruikt. In het laatste geval als fiscaal gunstig doorgeefluik van dividenden bij grensoverschrijdende beleggingsconstructies. Coöperaties worden zelfs van stal gehaald als alternatief voor de vennootschap onder firma en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, rechtsvormen die vanuit de optiek van de startende ondernemer nadelen hebben,

---

12 Vlg. in dit verband de organisatiestructuur van Royal Cosun, bestaande uit een holdingcoöperatie, waarin het bestuur van de coöperatie een meer toezicht houdende functie vervult, en 7 productgroepen die onder leiding staan van een concerndirectie van professionele managers.

13 Met name deze spanning tussen het associatieve aspect van de coöperatie en het ondernemingsaspect heeft in de Duitse economisch en juridische literatuur interessante beschouwingen opgeleverd over de zelfstandigheid van het bestuur ten opzichte van de leden. Zie hierover onder andere G. Draheim, *Die Genossenschaft als Unternehmungstyp*, Göttingen 1955 en R. Henzler, *Betriebswirtschaftlichte Probleme des Genossenschaftswesen*, Wiesbaden 1962.

14 Zo levert de holdingcoöperatie onduidelijkheid op ten aanzien van de vraag of deze vorm van coöperatie voldoet aan de wettelijke omschrijving, de vormgeving van het zakelijk verkeer en de wijze van belastingheffing, in het bijzonder ten aanzien van de verlengstukaftrek. Zie hierover de bijdrage van P.J. Dortmond in deze bundel.

zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid respectievelijk de stortingsplicht en andere verplichtingen voortvloeiend uit de regels van de kapitaalbescherming.[15]

Nu is de aard van de inrichting van de coöperatieve onderneming, de daaruit voortvloeiende complexiteit van de organisatie alsmede de wijze waarop verschillende onderdelen van de onderneming in juridische, economische en in technische en productiematige zin met elkaar verbonden zijn, van grote invloed op de mogelijkheden en beperkingen ten aanzien van reorganisaties bij coöperatief georganiseerde ondernemingen en concerns. Reorganisaties van en binnen coöperatieve ondernemingen zijn doorgaans ingrijpende processen, waarbij de belangen van verschillende participanten binnen de organisatie op evenwichtige wijze vertaald dienen te worden naar strategie, inrichting van de organisatie en naar technische veranderingen ten aanzien van de wijze van productie en het vermarkten van producten. Korte termijnvoordelen zijn hier niet te behalen, omdat het succes van de coöperatie afhankelijk is van de bijdragen van vele participanten, waaronder naast de leden, het bestuur en de toezichthouders van de coöperatie ook het lagere management, werknemers, toeleveranciers, afnemers en nationale en internationale overheden, zoals het ministerie van landbouw, Brussel en de WTO, gerekend kunnen worden. Ook in de economische wetenschap is dat inmiddels een aan belang windende stroming – ook wel aangeduid als de gedragstheorie[16] –, die de taak en de rol van het bestuur kan verklaren bij het maken van rationele keuzes binnen de organisaties. Bij reorganisaties van coöperaties spelen verder vragen van (her)financiering, allocatie van arbeidsplaatsen, mededinging en fiscaliteit een belangrijke rol.

Van vitaal belang is echter steeds op welke wijze door en na reorganisatie de coöperatieve onderneming haar functie ten opzichte van haar leden – eerder door mij omschreven als de inkomensvormende functie van de coöperatie[17] – kan waarborgen en mogelijk kan verbeteren c.q. kan aanpassen aan gewijzigde marktomstandigheden dan wel in staat is zelf over te gaan tot innovatie. De vormgeving van het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie is daarbij een belangrijk aspect dat onderwerp zal zijn van de onderhandelingen over en de feitelijke uitvoering van de reorganisatie. Gezien het economische belang dat leden bij hun coöperatie hebben (zij zijn leverancier c.q. afnemer, vaak eigen en vreemd vermogenverschaffer en tevens zeggenschapshouder), hetgeen zich in de meeste westerse jurisdicties heeft vertaald naar het uitgangspunt van de ledendominantie en 'Selbstorganschaft' en

---

15 Dat gebruik past overigens in de vrijheid van associatie, doch men dient er rekening mee te houden dat de door de wetgever aan de werknemercoöperatie ingeruimde faciliteiten op het gebied van de sociale verzekeringswetgeving in de regel niet gelden voor de 'eigenaarcoöperatie', een coöperatiemodel met uitgesloten aansprakelijkheid waarvan samenwerkende ondernemers lid, werknemer én bestuurder zijn, zonder dat zij de overige werknemers wensen toe te laten tot het lidmaatschap. Zie hierover P.J. Dortmond, 'De werknemerscoöperatie versus de besloten vennootschap', *S&V* 1995, p. 174-178. G.J.H. van der Sangen, 'De ontzielde materie van de "Eigenaarscoöperatie"', in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 313-339.

16 Vlg. R.M. Cyert & J.G. March, *A Behaviarol Theory of the Firm*, Englewood Cliffs, New Jersy: Prentice Hall, second edition 1992.

17 G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie* (1999), p. 42.

daarmee rechtstreeks naar de beslissende invloed van de leden op de governance van de coöperatie, is de vormgeving van het zakelijk verkeer een aspect waarmee in geval van reorganisaties in de eerste plaats rekening dient te worden gehouden. Dit geldt ook voor die gevallen waarbij er sprake is van een coöperatieve vennootschap met een aandelenstructuur. Bij coöperaties op aandelen blijkt het aandelenkapitaal in de praktijk steeds een rol te spelen in het kader van de vormgeving van het zakelijk verkeer tussen de leden en de coöperatie en is daaraan ondersteunend en staat het onderhouden van een zakelijk verkeer door de leden met hun coöperatie voorop. Zo is er in Nederland nog weinig gebruikt gemaakt van de mogelijkheden om de financiële deelname van de leden volledig te los te koppelen van de mate waarin het lid bijdraagt aan het zakelijk verkeer.[18] In andere landen zijn er meer gevallen bekend.[19]

Uitgaande van een coöperatief concern met een coöperatie als moedermaatschappij, een subholding waarin de ondernemingsactiviteiten zijn ondergebracht en een aantal productgroepen c.q. divisies kan er bij de coöperatieve onderneming op verschillende wijzen en niveaus behoefte bestaan tot reorganisatie van de organisatie of tot samenwerking met andere ondernemingen. Het gaat dan om de volgende enuntiatieve opsomming van vormen van reorganisatie naar de mate van integratie (van volledige integratie naar volledige desintegratie):

- de omzetting van de coöperatie in een andere rechtsvorm;
- een interne concentratie van de achterban (van topcoöperatie naar primaire coöperatie);
- het aangaan van een juridische fusie als verkrijgende rechtspersoon;
- het doorvoeren van concerninterne reorganisaties;
- de overname van een bestaande onderneming, gevolgd door integratie in het concern;
- het aangaan van een duurzame deelneming;
- het aangaan van een overeenkomst tot samenwerking, bijv. door het vormen van netwerken of het aangaan van duurovereenkomsten;
- het aangaan van strategische allianties;
- het aangaan van joint ventures;
- het optreden als co-maker zonder doorslaggevende zeggenschap van de coöperatie;
- het afstoten van bedrijfsonderdelen via verkoop, afsplitsing of staking;
- de splitsing van het coöperatieve concern;

---

18 Zie hierover voor suggesties R. Becking, 'Beschouwingen over participatie in het vermogen van de coöperatie', *TVVS* 1989, nr. 11, p. 265-269 en G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397.

19 Vlg. J. Dijsselbloem, J. Peerbooms & A. Zwanenburg, *Financiering in Ierse zuivelcoöperaties gezien vanuit Nederland*, Rijswijk, NCR/KNZB 1992 en de hiervoor reeds aangehaalde studie van Van Bekkum & Bijman (2006). Zie voorts O.-F. van Bekkum & G. van Dijk (eds.), *Agricultural Co-operatives in the European Union. Trends and Issues on the Eve of the 21st Centery*, Assen: Van Gorcum 1997, 175-177.

- het aangaan van een juridische fusie, waarbij de coöperatie als verdwijnende rechtpersoon optreedt.
- de ontbinding van de coöperatie.

Gezien de vergaande en wellicht reeds voltooide concentratie van coöperatieve ondernemingen binnen nationale markten in bepaalde sectoren[20] zullen reorganisaties van coöperatief georganiseerde ondernemingen zich in toenemende mate grensoverschrijdend voordoen. Daarbij denken wij niet alleen aan vormen van horizontale expansie,[21] maar ook aan vergaande verticale integratie en al dan niet verwante diversificatie van producten en zelfs, onder omstandigheden, de totale omvorming van de coöperatie naar een op andere economische principes gebaseerde onderneming.[22]

## 3 Het reorganisatie-instrumentarium voor coöperaties

Zoals hierboven bleek kunnen coöperaties op verschillende wijzen en op verschillende niveaus binnen de onderneming c.q. het concern behoefte hebben aan het toepassen van een vorm van reorganisatie. Traditioneel beschikt de bedrijfsjurist over de aandelenfusie, bedrijfsfusie en juridische fusie als middel om dergelijke reorganisaties tot stand te brengen, aangevuld met de juridische omzetting, de juridische splitsing, de ontbinding en/of (aanvullende) contractuele regelingen. Uit de aard van de structuur van de coöperatie zal een coöperatie bij een aandelenfusie – veelal onderhands – optreden als de overnemende partij. De bedrijfsfusie kan de coöperatie ten dienste staan in geval van een overname van een insolvente onderneming, dan wel in het geval (een bedrijfsonderdeel van) de coöperatie zelve insolvent is en een overnemer slechts geïnteresseerd zou zijn in overname van bepaalde activa en/of passiva van de coöperatie, zoals bepaalde patenten en octrooien.[23] Ook andere omstandigheden

---

20 Ik doel daarbij met name op de melkverwerkende industrie, de suikerbieten verwerkende industrie, de aardappel verwerkende industrie, de groenten- en fruitveilingen en de bancaire sector. Veel informatie daarover is voor wat Nederland betreft beschikbaar via het door de Nationale Coöperatieve Raad voor de land- en tuinbouw uitgegeven blad *Coöperatie*.

21 Friesland Food en Campina zijn goede voorbeelden van horizontale expansie wereldwijd. Ook de Rabobank tracht door overnames haar werkterrein internationaal uit te breiden gezien verschillende overnames van lokale banken in de Verenigde Staten, Ierland en, recentelijk, in Zwitserland. Daarnaast streeft de Rabobank naar internationale samenwerking met andere coöperatief georganiseerde banken in andere EU-lidstaten. Tot de vorming van een pan-Europese coöperatieve bank kwam het tot dusverre nog niet.

22 Zo heeft apothekersorganisatie OPG zich in 2000 omgevormd van een coöperatie van apothekers tot een beursgenoteerde farmaceutische toeleverancier van zowel apothekers als consumenten. Dit ging gepaard met een juridische omzetting van coöperatie naar naamloze vennootschap. De periode 1992-2000 kan worden beschouwd als een overgangsfase, waarin door de beursgang van coöperatie OPG in 1992, het vermogen in de dode hand voor de aangesloten leden/apothekers gefaseerd tot uitkering kwam.

23 Opvallend is het geringe aantal faillissementen in de coöperatieve wereld. In geval van dreigende insolventie wordt in de praktijk in een vroeg stadium naar passende oplossingen gezocht om een faillissement te voorkomen. Een reden daarvoor is dat het afbreukrisico voor de sector als geheel en de aangesloten leden/bedrijfshuishoudingen daarvoor te groot is. Vlg. NCR-rapport 1990, *De financiering van de coöperatieve onderneming*, Delft:

hebben in het verleden aanleiding gegeven tot het hanteren van de bedrijfsfusie om een concentratie van coöperaties tot stand te brengen.

Zo is bekend dat plaatselijke coöperatieve banken niet door middel van een juridische fusie plachten te fuseren, maar door een overname van de activa en passiva van de verdwijnende plaatselijke coöperatie door de verkrijgende, waarbij met het oog op het voortbestaan van nog lopende bankhypotheken ten gunste van de verdwijnende plaatselijke bankcoöperatie deze laatste, hoewel in ontbinding, bleef voortbestaan totdat de hypotheken waren afgelost. De vrees bestond namelijk dat, gegeven de huidige stand van het recht ter zake van het accessoire karakter van bankhypotheken in geval van het samengaan van coöperaties door middel van een juridische fusie, de op dat moment bestaande bankhypotheken van rechtswege zouden veranderen in een vaste hypotheek met als gevolg dat een dergelijke hypotheek geen zekerheid meer zou bieden voor het door de kredietnemer in de toekomst opgenomen krediet. Verder bestond de vrees dat bestaande crediteuren van de bank in geval van een juridische fusie – in theorie – het slagen van de fusie zouden kunnen tegenhouden door het instellen van crediteurenverzet op de voet van art. 2:316 BW. Noch de ene, noch de andere vrees is in de praktijk bewaarheid gebleken.[24] De gekozen fusievorm daarentegen bracht ondertussen aanzienlijke kosten met zich, waaronder kosten voor overdracht van activa gezien de daarbij in acht te nemen leveringsvoorschriften en kosten in verband met de overgang van passiva, waaronder kosten van inlichtingen aan en het verkrijgen van medewerking van crediteuren, en kosten ter zake van de afwikkeling van de transactie, zoals de stuksgewijze beschrijving van de bestanddelen die betrokken waren bij het samenstel van rechtshandelingen die wij achteraf als bedrijfsfusie zouden duiden. Verder brengt het laten voortbestaan van de verdwijnende coöperatie administratieve kosten met zich, zoals het hebben van een bestuur en een kunstmatig beademde algemene vergadering van aandeelhouders en de kosten van inschrijving in het handelsregister. Tot slot diende er een oplossing te worden gevonden voor het probleem dat het gewenst was dat alle leden van de verdwijnende coöperaties zo veel als mogelijk zouden toetreden tot de verkrijgende coöperatie onder voortzetting van de bestaande bancaire relaties.

Gezien de beperkte mogelijkheden gebruik te maken van de aandelenfusie en de aan een bedrijfsfusie verbonden hoge transactiekosten verbaast het dan ook niet dat binnen de coöperatieve sector voor het samengaan van coöperaties de juridische fusie in de regel de aangewezen fusiemethode is. Hoewel de Derde EG-richtlijn[25] destijds slechts verplichte tot implementatie van een wettelijke regeling van de juridische fusie voor naamloze vennootschappen, is de mogelijkheid tot juridische fusie sinds 1987 ook opengesteld voor coöperatieve verenigingen. In 1989 is vervolgens de coöperatie als afzonderlijke

---

Eburon 1990, p. 31-34. Een juridische fusie kan dan uitkomst bieden, zoals bleek in het geval van de noodlijdende coöperatie Heino Krause dat fuseerde met Coberco. Te kennen uit HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699.

24 Zie hierover Raaijmakers/Van der Sangen, *Rechtspersonen*, losbladige, Kluwer: Deventer, aant. 309, p. 53-60 (juli 2003) met verdere literatuurverwijzingen.

25 Richtlijn 78/855/EEG van 9 oktober 1978, *Pb EG* L 295/36.

rechtsvorm geïntroduceerd en losgekoppeld van de gewone vereniging en de onderlinge waarborgmaatschappij.[26] Dit heeft wederom tot het gevolg gehad dat in het kader van een juridische fusie de coöperatie, vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij niet (meer) dezelfde rechtsvorm hebben, zodat zij als hoofdregel pas juridisch kunnen fuseren nadat een van de rechtspersonen zich heeft omgezet in de rechtsvorm van de verkrijgende rechtspersoon. Het vormt een illustratie van de onnodig belemmerende werking voor de vrijheid tot reorganisatie die uitgaat van de eis van de rechtsvormgelijkheid van art. 2:310 BW.

Deze schetsmatige weergave van de wijze waarop een coöperatief concern in aanraking kan komen met verschillende modaliteiten van reorganisatie en/of fusie, toont reeds dat de materie complex is. De complexiteit wordt verder vergroot doordat het Nederlandse reorganisatieinstrumentarium onnodig beperkt is tot bepaalde soorten van reorganisatiemethoden – eerst omzetting, dan juridische fusie[27] en vervolgens eventueel uitkoop – en doordat het gebruik van reorganisatiemethoden veelal beperkt is tot rechtspersonen van een bepaalde soort door de eis van de rechtsvormgelijkheid bij de juridische fusie en door het feit dat zij slechts open staan voor de rechtspersonen van Boek 2 BW. De eenmanszaak en de personenvennootschap – ook niet naar komend recht – vallen niet onder de regeling van de juridische fusie. Dit alles maakt dat het Nederlandse reorganisatierecht een fragmentarisch beeld laat zien. Dat voor een deel de oorzaak van deze versnippering te herleiden is tot de beperkte invloed van het Europese recht op dit gebied – zo was de Derde Richtlijn slechts beperkt tot naamloze vennootschappen – en toegegeven kan worden dat de Nederlandse wetgever bij gelegenheid van die implementatie reeds meer heeft gedaan dan strikt noodzakelijk was,[28] neemt echter niet weg dat door de jaren heen de Nederlandse wetgever zelf niet de tijd en rust heeft gehad c.q. heeft genomen om tot een geïntegreerde aanpak en regeling van het reorganisatieinstrumentarium te komen.[29] Onze Oosterburen kennen een dergelijke aanpak wel blijkens het daar geldende Umwandlungsgesetz.

Van dat gemis dreigt Nederland nu de wrange vruchten te plukken, te meer daar ook bij de implementie van de Tiende Richtlijn[30] uitdrukkelijk – zij het op pragmatische en oneigenlijke gronden – van een dergelijke integrale aanpak

---

26 G.J.H. van der Sangen, *a.w.* p. 103 e.v..

27 De regeling van de juridische fusie kent hierop slechts beperkte uitzonderingen genoemd in art. 2:310 lid 2 en lid 4 BW.

28 Zoals de invoering van de in de Derde Richtlijn onbekende groepsfusie en de uitbreiding van de implementatie tot besloten vennootschappen. Daar staat echter tegenover dat de Nederlandse wetgever niet gekozen heeft voor een ruime mogelijkheid van de cash merger, doch heeft gekozen voor een beperkte mogelijkheid tot bijbetaling, en wel tot 10% van het geplaatste kapitaal.

29 Eerdere pleidooien daarvoor van M.J.G.C. Raaijmakers ten spijt. Zie Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (2006), p. 131, 162, 505 en 506, met verwijzingen naar zijn eerdere werk.

30 Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005, Pb L 310/1.

wordt afgezien.[31] Met name de eis van de rechtsvormgelijkheid werpt ook voor rechtspersonen waarop Titel 7 Boek 2 BW wél van toepassing is, onnodige blokkades op die slechts te omzeilen zijn door voorafgaande omzetting op de voet van art. 2:18 BW of door het verkrijgen van volledige zeggenschap door het verwerven van alle lidmaatschapsrechten in de algemene vergadering in de zin van art. 2:310 BW. Ook de wijze waarop grensoverschrijdende reorganisaties door de Nederlandse wetgever schoorvoetend worden gefaciliteerd door middel van de SE-Verordening en de daarop gebaseerde implementatiewetgeving,[32] de SCE-Verordening[33] en de daarop gebaseerde implementatiewetgeving en de in het vooruitzicht gestelde implementatie van de Tiende Richtlijn voortonen hetzelfde fragmentarische beeld. Toegegeven, strikt genomen kan de Nederlandse wetgever zich beperken tot een regeling van uitsluitend grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen. De Tiende Richtlijn noopt immers niet tot een verdergaande regeling.[34]

Zo kunnen op grond van de SE-Verordening uitsluitend naamloze vennootschappen uit verschillende lidstaten grensoverschrijdend binnen de EU fuseren,[35] op grond van de SCE-Verordening uitsluitend coöperaties, zij het dat daaronder begrepen zijn zowel coöperatieve verenigingen als ook coöperatieve vennootschappen,[36] terwijl op grond van de Tiende Richtlijn uitsluitend kapitaalvennootschappen uit verschillende lidstaten grensoverschrijdend met elkaar kunnen fuseren,[37] alsmede een naar Nederlands recht opgerichte Europese Coöperatieve Vennootschap met een coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat.[38] De Tiende Richtlijn staat derhalve niet open voor in

---

31 Een mooie illustratie hiervan vormt de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van de Tiende Richtlijn, TK 2006-2007, 30 929, nr. 3, p. 3: 'Een keuze voor uitbreiding van de regeling tot andere rechtsvormen schept het risico dat een ingewikkelde – en indachtig de korte implementatietermijn tijdrovende – regeling wordt opgesteld die in de praktijk niet aan het doel beantwoordt, omdat in andere lidstaten geen spiegelbeeldige voorschriften zijn ingevoerd. Voor dit punt is in Brussel aandacht gevraagd; denkbaar is dat het toepassingsbereik van de richtlijn(en) wordt heroverwogen.' Dit uitgangspunt miskent mijns inziens echter de grensoverschrijdende dynamiek die het Sevic-arrest heeft, indien een lidstaat nationale fusies tussen ongelijksoortige rechtspersonen wél toestaat, zoals het Duitse Umwandlungsgesetz.

32 Zie over de SE Dumoulin e.a. (eds.), *The European Company. Corporate Governance and Cross-Border Reorganizations from a Legal and Tax Perspective*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2005.

33 Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van de Europese Unie van 22 juli 2003, *Pb EG* 2003, L 207/1 en Richtlijn 2003/72/EG van 22 juli 2003, *Pb EG* 2003, L 207/25. Zie over de SCE P.J. Dortmond, *Ondernemingsrecht* 2006-2, p. 44-50 en R.C.J. Galle, *TvOB* 2006-1, p. 13-20 en *ECL*, 2006, nr. 6, p. 255-260, alsmede ten aanzien van de uitvoeringsregelingen in detail W.J.M. van Veen (red.), *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, serie Recht en praktijk, deel 147, Deventer: Kluwer 2006.

34 Zie hierover G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit na het Sevic-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 178-186.

35 Art. 2 lid 1 SE-Vo.

36 Art. 2 lid 1 sub 4 jo. overweging 7, 9 en 13 van de preambule SCE-Vo.

37 Art. 2 lid 1 Tiende Richtlijn. Zie ook art. 333c lid 1, Wetsvoorstel 30 929.

38 Art. 2 lid 1 jo. art. 3 lid 2 Tiende Richtlijn. Zie ook art. 333a lid 2, Wetsvoorstel 30 929. Uit het wetsvoorstel valt niet geheel duidelijk op te maken of een Nederlandse SCE ook grensoverschrijdend kan fuseren met een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat. Het

Nederland gevestigde coöperaties. Daarvoor is het statuut van de Europese Coöperatieve Vennootschap gedacht. Blijkbaar is de gedachte dat er een verschil bestaat tussen de in de verschillende lidstaten voorkomende rechtsvorm van de coöperatieve *vereniging* en de rechtsvorm van de coöperatieve *vennootschap*. Een uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan zowel de SCE-Verordening als ook aan de Tiende Richtlijn en dat terug te voeren is op een louter juridisch-technische kwalificatie van de reeds bestaande rechtsvormen ten tijde van het ontwerpen van de verordening respectievelijk de richtlijn. Overigens zij opgemerkt dat ten aanzien van de Europese Coöperatieve Vennootschap niet de Europese regelgever dit onderscheid heeft gemaakt, maar de Nederlandse wetgever ter uitvoering van de SCE-Verordening die daartoe wel de ruimte bood. Het gaat uit van de mijns inziens ongefundeerde veronderstelling dat er een juridisch relevant onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen enerzijds coöperatieve verenigingen en anderzijds coöperatieve vennootschappen.

Wezenlijk is dat onderscheid intussen niet. Veelal is er sprake van een historische toevalligheid die heeft geleid tot de keuze van de wetgever. Ook kan niet gezegd worden dat coöperatieve *vennootschappen* in economisch opzicht per definitie anders zouden functioneren dan coöperatieve *verenigingen*. De economische diversiteit van coöperaties is daarvoor – ook internationaal – te groot.[39] Wel is duidelijk dat bij grote agrarische verwerkingscoöperaties coöperatieve aandelen en inleggelden die tegen storting van een geldbedrag worden verkregen, primair niet fungeren als een kapitaaldeelname, maar als een rekenmaatstaf ter afwikkelijk van het zakelijk verkeer tussen de aangesloten leden en hun coöperatie, ongeacht of zij juridisch zijn ingericht volgens het recht van een bepaalde lidstaat als vereniging of als vennootschap. Zelfs de Europese Coöperatieve Vennootschap die een aandelenkapitaal dient te bezitten, wordt in wezen gestructureerd rond het lidmaatschap en aan het aandelenkapitaal zijn ook geen ingrijpende financiële rechten verbonden.[40]

## 4 Het Sevic-arrest: een nieuwe impuls voor een flexibeler reorganisatierecht?

Een mogelijke impuls tot verdere verruiming van het nationale reorganisatie-instrumentarium wordt wel toegedicht aan het arrest van het Europese Hof van

---

voorgestelde art. 2:308 lid 3 doet vermoeden van wél; art. 2:333c lid 2 geeft deze mogelijkheid niet.

39 Vlg. in dit verband H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Belknap Press, Cambridge / London 1996, p. 140 en W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Eburon, Delft 1990, p. 76. Kernvraag is dan ook: wat is een coöperatie in juridische zin en loopt dat parallel met haar economische uitgangspunten? Moet een wetgever hierbij uitgaan van een materiële omschrijving van de coöperatie om 'misbruik' te voorkomen? Of vormt dat juist een ongewenste belemmering voor innovaties van de toepassing van de ondernemingsvorm in de praktijk, bijvoorbeeld op het gebied van de financiering?

40 Zie hierover W.J.M. van Veen (red.), *De Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE)*, Recht en praktijk, deel 147, Deventer: Kluwer 2007, p. 5 en 6.

Justitie inzake Sevic Systems AG.[41] In deze 'landmark decision' wordt weliswaar in algemene en duidelijke termen erkend dat het gebruik van het instrument van de grensoverschrijdende juridische fusie een uitoefening is van het recht van vrije vestiging en maatregelen die dit in het algemeen kunnen beperken in strijd zijn met artikel 43 en 48 EU-Verdrag, maar de reikwijdte van het arrest blijkt voor elke lidstaat anders en afhankelijk van de ruimte die het nationale fusierecht aan vergelijkbare binnenlandse rechtspersonen biedt. Het Europese Hof van Justitie heeft namelijk in het arrest aan de hoofdregel dat het gebruik van de juridische fusie een vorm is van het uitoefenen van het recht op vrije vestiging, een belangrijke beperking toegevoegd, inhoudende dat een grensoverschrijdende juridische fusie slechts dan toelaatbaar is indien een juridische fusie tussen soortgelijke ondernemingen gevestigd binnen het grondgebied van de lidstaat van de verkrijgende rechtspersoon ook mogelijk zou zijn geweest. Verder kan het Nederlandse recht ten aanzien van grensoverschrijdende juridische fusies slechts specifieke beperkingen opleggen indien de beperking zonder discriminatie kan worden toegepast, de beperking gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van openbaar belang, zoals de bescherming van crediteuren en werknemers en de verzekering van de heffing van belastingen, de beperking geschikt is om het doel te verwezenlijken en – cumulatief – niet verder gaat dan nodig voor het bereiken van het doel.[42]

Gezien de huidige blokkades in Titel 7, Boek 2 BW betekent het arrest dat Nederlandse coöperaties kunnen optreden als verkrijgende rechtspersonen waarbij zij het vermogen van een of meer rechtspersonen gevestigd in andere lidstaten kunnen verwerven, onder de voorwaarde dat een dergelijke fusie tussen soortgelijke uitsluitend in Nederlande gevestigde rechtspersonen ook mogelijk zou zijn geweest. Concreet betekent dit dat in Nederland gevestigde coöperaties reeds thans grensoverschrijdend kunnen fuseren met een of meer andere coöperaties uit andere lidstaten op de voet van Titel 2 Boek 2 BW, indien de Nederlandse coöperatie optreedt als verkrijgende rechtspersoon. Toepassing van het Sevic-arrest leidt ertoe dat partijen niet gedwongen worden tot toepassing van de SCE-Verordening en dus tot oprichting van een SCE bij wijze van juridische fusie. Een interessante vraag daarbij is of, in het geval twee coöperaties grensoverschrijdend juridisch fuseren zonder tot de vorming van een SCE over te gaan, zij dan wel gehouden zijn tot een richtlijn conforme toepassing van de regeling van de medezeggenschap en dus in beginsel met de vertegenwoordigers van de

---

41 Zie over het Sevic-arrest onder andere: G.J.H. van der Sangen, 'Grenzenloze mobiliteit na het Sevic-arrest', *TvOB* 2006-5, p. 178-186, G.-J. Vossestein, 'Companies' Freedom of Establishment after Sevic', *ECL* August 2006, nr. 4, p. 177-182 en zijn annotatie in *JOR* 2006/33, M.J.G.C. Raaijmakers, 'Sevic; grensoverschrijdende fusie binnen de EU', *Ars Aequi* 55 (2006) 9, p. 628-634 en W.J.M. van Veen, 'Hof van Justitie EG over vestigingsvrijheid en grensoverschrijdende fusie: de fusierichtlijn voor invoering achterhaald?', *WPNR* 6657, p. 181-184. Inmiddels heeft het arrest ook navolging gevonden in de Nederlandse rechtspraak. Zie Kantonrechter Amsterdam 29 januari 2007, zaaknummer EA 06-3338 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/BKC Holding GmbH).

42 HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard) en HvJ EG 11 maart 2004, C-09/02 (De Lasteyrie du Saillant).

werknemers via een bijzondere onderhandelingsgroep een overeenkomst moeten opstellen voor de toepassing van medezeggenschap. Ik zou deze vraag ontkennend willen beantwoorden, omdat de richtlijn noch de implementatie op deze situatie betrekking heeft.[43] Of een Nederlandse coöperatie in het kader van een grensoverschrijdende juridische fusie verdwijnende rechtspersoon kan zijn waarvan het vermogen onder algemene titel overgaat op een in een andere lidstaat gevestigde rechtspersoon of coöperatie, hangt af van het daar geldende reorganisatierecht.[44]

Verder kan een in Nederland gevestigde coöperatie grensoverschrijdend fuseren met een in de EU gevestigde kapitaalvennootschap waarvan de coöperatie reeds alle aandelen bezit en waarbij de coöperatie de verkrijgende rechtspersoon is. Of ook een downstream merger mogelijk is waarbij een in een andere lidstaat gevestigde kapitaalvennootschap het vermogen onder algemene titel verwerft van een in Nederland gevestigde coöperatie die van de verkrijgende kapitaalvennootschap 100%-aandeelhouder is, moet ernstig in twijfel worden getrokken. Deze mogelijkheid staat in elk geval op gespannen voet met de thans geldende eis van de rechtsvormgelijkheid en de uitdrukkelijke tekst van de in 2:310 BW genoemde uitzonderingen en vertoont feitelijk alle trekken van een (grensoverschrijdende) omzetting. Daartegenover staat dat een dergelijke situatie strikt genomen niet beoordeeld dient te worden naar het Nederlandse recht, maar naar het recht van de verkrijgende vennootschap. Staat het buitenlandse recht een dergelijke fusie toe, dan kan een dergelijke fusie niet worden tegengehouden gezien het Sevic-arrest.

Dezelfde logica leidt er overigens toe dat een in Nederland gevestigde coöperatie niet als moeder kan optreden in het kader van een grensoverschrijdende groepsfusie, omdat een dergelijke groepsfusie waarbij de coöperatie als moeder fungeert van de verkrijgende kapitaalvennootschap en aan de aandeelhouders van de verdwijnende kapitaalvennootschap lidmaatschapsrechten toekent ook naar Nederlands recht niet mogelijk is[45] en overigens ook niet is voorzien in het aanhangige wetsvoorstel ter implementatie van de Tiende Richtlijn. Voor een dergelijk geval zou een verruiming voor de cash merger een oplossing kunnen zijn. Het alternatief is gebruik te maken van een 'gewone' onderhandse aandelenfusie.

---

43 In geval van een grensoverschrijdende juridische fusie van kapitaalvennootschappen bestaat een dergelijke verplichting binnen afzienbare tijd wél op grond van art. 16 van de Tiende Richtlijn, waarbij de systematiek van de SE-Richtlijn wordt gevolgd op het gebied van de medezeggenschap. De Tiende Richtlijn dient uiterlijk op 15 december 2007 geïmplementeerd te zijn. Zie hierover Ger van der Sangen, 'The European Company and Employee Involvement', in: Dumoulin e.a. (eds.), *The European Company* (2005), p. 192-207.

44 Dit geldt in elk geval voor de Europese Unie. Niet geheel duidelijk is of de regel van het Sevic-arrest zich ook uitstrekt tot landen van de Europese Economische Ruimte. Wetsvoorstel 30 929 strekt zich wél daartoe uit.

45 Art. 2:334 BW spreekt uitdrukkelijk over het toekennen van aandelen in een kapitaalvennootschap. Ook de plaats van het artikel in de afdeling die specifiek gaat over de juridische fusie van kapitaalvennootschappen is veelzeggend.

De eis van de rechtsvormgelijkheid brengt mee dat een in Nederlands gevestigde coöperatie in elk geval niet als verkrijgende rechtspersoon juridisch kan fuseren met een eenmansonderneming, vennootschap onder firma (of naar komend recht de OV(R)), maar ook niet met een stichting, met een naamloze of besloten vennootschap waarvan zij niet enig aandeelhouder is of met een vereniging dan wel een onderlinge waarborgmaatschappij waarvan zij niet tevens enig lid is. Gezien het Sevic-arrest betekent dit dat het ook niet grensoverschrijdend kan. Met een bestaande SE of EESV kan een coöperatie ook niet eenvoudig op grond van Titel 7, Boek 2 BW juridisch fuseren. Formeel-juridisch zou een in Nederland gevestigde coöperatie en in een Nederland gevestigde Europese Coöperatieve Vennootschap *niet* juridisch met elkaar kunnen fuseren, aangezien de Europese Coöperatieve Vennootschap niet heeft te gelden als een coöperatie in de zin van art. 2:308 c.q. 2:310 BW. Daartoe zou een van beide zich eerst moeten omzetten. Een anders luidende opvatting wordt wel verdedigd op grond van art. 9 van de SCE-Verordening die aangezien dit punt niet geregeld is, rechtstreeks van toepassing is. Daarin wordt op de lidstaten de plicht gelegd in hun lidstaten opgerichte Europese Coöperatieve Vennootschappen op gelijke wijze te behandelen als nationale coöperaties.[46] Het omgekeerde hoeft overigens niet.

Al deze reeds bestaande nationale beperkingen in de regeling van de juridische fusie blijven overeind, ook na de beslissing van het Europese Hof van Justitie inzake Sevic Systems AG. Voor een grensoverschrijdende juridische fusie waarbij een Nederlandse coöperatie optreedt als de verkrijgende rechtspersoon gelden de uit het Nederlandse fusierecht voortvloeiende blokkades mutatis mutandis indien de juridische fusie grensoverschrijdend plaatsvindt. Of een Nederlandse coöperatie als rechtspersoon kan verdwijnen en haar vermogen over kan gaan onder algemene titel op een in een andere lidstaat gevestigde rechtstrager, wordt bepaald door het daar geldende reorganisatierecht.

## 5 De Tiende Richtlijn: nog een impuls voor een flexibeler reorganisatierecht?

De titel inzake de juridsche fusie in Boek 2 BW zal binnen afzienbare tijd aangepast worden ter implementatie van de op 26 oktober 2005 vastgestelde EU-richtlijn inzake grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen.[47] Het daartoe strekkende, thans aanhangige wetsvoorstel 30 929 van 15 januari 2007 beperkt zich tot een strikt noodzakelijke implementatie, waarbij de mogelijkheid van een grensoverschrijdende juridische fusie van een in Nederlandse gevestigde SCE's met een coöperatieve vennootschap uit een andere lidstaat in art. 2:333c lid 2 wordt geoepend. Deze strikte implementatie zal tot gevolg hebben dat de in Titel 7, Boek 2 BW gestelde eis van de rechtsvormgelijkheid, zoals deze thans geldt voor zuiver binnenlandse fusies, ook zal gelden voor grensoverschrijdende

46 Vlg. Van Veen (red.), *a.w.* p. 82 en 83.
47 Richtlijn 2005/56/EG, *Pb EU* L 310.

juridische fusies. In het kader van de implementatie wordt voorgesteld aan het huidige art. 2:308 een nieuw, derde lid toe te voegen, luidende:

> *'3. Deze titel is voorts van toepassing op een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese coöperatieve vennootschap die fuseert met een kapitaalvennootschap of coöperatieve vennootschap naar het recht van een andere lidstaat van de Europese Unie of de Europese Economische Ruimte.'*

Verder zal na vernummering van art. 2:334 tot art. 2:333a een nieuwe afdeling in Titel 7 Boek 2 BW worden ingevoegd als *'Afdeling 3A. Bijzondere bepalingen voor grensoverschrijdende fusies'*. De artikelen zijn genummerd van 333b tot en met 333l. De Tiende Richtlijn dient uiterlijk op 15 december 2007 geïmplementeerd te zijn in de nationale wetgeving. Voordat de implementatietermijn is verstreken, bestaat de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusie op grond van de SE-Verordening en de daarop gebaseerde uitvoeringswetten. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot naamloze vennootschappen en/of reeds bestaande SE's waarvan er ten minste twee in verschillende lidstaten zijn gevestigd. Zoals gezegd kunnen coöperaties op basis van de SCE-Verordening grensoverschrijdend juridisch fuseren, mits ook hier sprake is van een communautaire dimensie.

Zowel de introductie van de SE in het Nederlandse recht als ook de introductie van de Europese Coöperatieve Vennootschap heeft *niet* geleid tot aanpassing van Titel 7, Boek 2 BW. In het bijzonder werden art. 2:308 BW noch 2:310 BW hieraan aangepast. Wel wordt voorgesteld in art. 2:333c lid 2 dat een Nederlandse SCE als verdwijnende vennootschap grensoverschrijdend kan fuseren met een coöperatieve vennootschap uit een andere lidstaat. Verder staat het zo juist genoemde artikel toe dat een Nederlandse SCE als verkrijgende vennootschap optreedt bij een grensoverschrijdende juridische fusie tussen coöperatieve vennootschappen opgericht conform het recht uit verschillende lidstaten.

Het op 13 december 2005, C-411/03 door het Europese Hof van Justitie gewezen arrest inzake SEVIC Systems AG leidt er echter toe dat reeds vóór de implementatie van de Tiende Richtlijn buiten de hiervoor genoemde gevallen van grensoverschrijdende juridische fusies via de vorming van een SE respectievelijk een SCE grensoverschrijdende juridische fusies in beginsel mogelijk zijn tussen vennootschappen gevestigd in verschillende lidstaten binnen de EU. Voorwaarde is slechts dat een soortgelijke fusie naar het recht van de lidstaat van de verkrijgende vennootschap mogelijk is tussen *soortgelijke* binnenlandse ondernemingen. Een categorische uitsluiting van de mogelijkheid tot grensoverschrijdende juridische fusies in het nationale fusierecht is immers in strijd met het op art. 43 en 48 EU-Verdrag gebaseerde recht van vrije vestiging. Daarmee is de reikwijdte van het SEVIC-arrest ruimer dan de Tiende Richtlijn en het daarop gebaseerde wetsvoorstel ter implementatie. Het Sevic-arrest betekent derhalve een principiële erkenning van het recht van vrije vestiging door middel van grensoverschrijdende fusies. Dat betekent ook dat art. 2:308 BW in zijn

huidige vorm aanpassing behoeft, ook buiten de gevallen waarin de implementatie van de Tiende Richtlijn voorziet. De vraag of naar Nederlands recht grensoverschrijdende fusies mogelijk zijn, kan derhalve bevestigend worden beantwoord. Op grond van art. 9 van de SCE-Verordening zou het vorenstaande dan ook gelden voor in Nederland gevestigde SCE's.

Het biedt ook voor coöperaties uit verschillende lidstaten zonder meer de mogelijkheid grensoverschrijdend met elkaar juridisch te fuseren zonder gedwongen te worden tot de oprichting van een Europese Coöperatieve Vennootschap. Een Nederlandse coöperatie kan op grond van art. 2:310 BW en de uitleg van het Sevic-arrest fuseren met een Duitse eingetragene Genossenschaft. Hetzelfde geldt mijns inziens voor een Belgische coöperatieve vennootschap, indien deze laatste fungeert als verdwijnende rechtspersoon. Immers, het Sevic-arrest spreekt niet over over *gelijke* maar over *gelijksoortige ondernemingen* en gaat daarmee voorbij aan het onderscheid tussen coöperaties met een verenigingsstructuur en coöperaties met een vennootschappelijk karakter.

De erkenning van de mogelijkheid van een grensoverschrijdende reorganisatie tussen coöperaties uit verschillende lidstaten impliceert ook dat zonder gebruik te maken van de SCE-Verordening de mogelijkheid bestaat om de statutaire zetel te verplaatsen. Geconstateerd kan worden dat de rechtsfiguur van de grensoverschrijdende juridische fusie weliswaar niet gelijk is te stellen aan een grensoverschrijdende zetelverplaatsing stricto sensu, maar wel de mogelijkheid biedt materialiter een zelfde resultaat te bereiken. Strikt genomen is het zelfs mogelijk dat twee coöperaties een coöperatie oprichten in een derde lidstaat, die vervolgens als verkrijgende rechtspersoon optreedt bij een grensoverschrijnde fusie, mits naar het fusierecht van de verkrijgende coöperatie een dergelijke fusie tussen louter in die lidstaat gevestigde coöperaties ook mogelijk zou zijn geweest.[48] Dat een grensoverschrijdende zetelverplaatsing nog niet geharmoniseerd is, kan gezien de uitdrukkelijke overwegingen in het SEVIC-arrest geen beletsel meer zijn. Het omzeilt de omslachtige regeling van de zetelverplaatsing zoals deze in de SCE-Verordening is vastgelegd, alsmede de daarin vastgelegde eis dat de werkelijke zetel gelegen moet zijn in dezelfde lidstaat als de statutaire zetel. De kritiek op dit uitgangspunt bij de zetelverplaatsing van een SE geldt mijns inziens hier mutatis mutandis.[49] De eis dat de statutaire zetel in dezelfde lidstaat moet zijn gelegen als de werkelijke zetel, is een inbreuk op het secundaire recht van vrije vestiging zoals dat erkend werd in het Überseering-arrest van het Europese Hof van Justitie.[50]

De SCE-Verordening biedt de mogelijkheid dat coöperaties die opgericht zijn naar het recht van hun lidstaat, grensoverschrijdend fuseren met coöperaties uit andere lidstaten. Een dergelijke grensoverschrijdende juridische fusie leidt tot de oprichting van een Europese Coöperatieve Vennootschap op de voet van art. 2 sub

---

48 Vlg. in dit verband Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht* (2006), p. 505 en Van der Sangen, TvOB 2006-5, p. 178-186.

49 W. Mulder & G. van der Sangen, 'The European Company and Cross-Border Reorganisations' in: Dumoulin (e.a.), *The European Company*, p. 109-110.

50 HvJ EG 5 november 2002, C-208/00, *NJ* 2003, 58, m.nt. P. Vlas.

4 SCE-Verordening. De werkingsomvang van de SCE-Verordening is daarmee beperkt tot grensoverschrijdende fusies tussen coöperaties gelegen in twee of meer verschillende lidstaten. Coöperaties uit verschillende lidstaten die grensoverschrijdend willen fuseren, zijn – zoals gezegd – niet verplicht tot de vorming van een SCE. Coöperaties kunnen op andere wijze betrokken zijn bij een grensoverschrijdende fusie. Het Sevic-arrest breidt de mogelijkheid tot grensoverschrijdende fusie van coöperaties verder uit. We hebben gewezen op de situatie dat een Nederlandse coöperatie 100%-aandeelhouder is van bijvoorbeeld een Duitse Aktiengesellschaft of GmbH en daarmee wenst te fuseren. Daarnaast is in het wetsvoorstel 30 929 dat strekt tot implementatie van de Tiende Richtlijn, de mogelijkheid opgenomen dat ook reeds opgerichte Europese Coöperatieve Vennootschappen naar Nederlands recht partij kunnen zijn in een grensoverschrijdende fusie met coöperatieve vennootschappen uit andere lidstaten. Een rechtstreekse grensoverschrijdende juridische fusie tussen een Nederlandse coöperatie, een in Nederland gevestigde Europese Coöperatieve Vennootschap daaronder begrepen, en een kapitaalvennootschap uit een andere lidstaat waarin de Nederlandse coöperatie geen 100%-aandeelhouder is, zal ook ondanks het Sevic-arrest *niet* tot de mogelijkheden behoren. Daarvoor dient de coöperatie zich eerst om te zetten. Of een grensoverschrijdende juridische fusie tussen een rechtspersoon uit een andere lidstaat als verkrijgende vennootschap met een Nederlandse coöperatie of SCE als verdwijnende vennootschap mogelijk is, hangt af van het nationale fusierecht van de verkrijgende rechtspersoon en de werking van het Sevic-arrest.

## 6 Slotsom

De mogelijkheden tot grensoverschrijdende reorganisaties voor coöperatief georganiseerde ondernemingen en concerns is zoals hierboven bleek uitgebreid door verschillende gefragmenteerde nieuwe regelingen en als gevolg van het Sevic-arrest. Dit alles neemt echter niet weg dat er redenen kunnen zijn dat men van de hierboven genoemde faciliteiten die de SCE-Verordening of de Tiende Richtlijn bieden, geen gebruik wenst te maken, bijvoorbeeld omdat men de zware regeling voor de medezeggenschap niet wenst toe te passen of omdat men de structuur van de Europese Coöperatieve Vennootschap minder passend acht voor de samenwerking. Onder dergelijke omstandigheden kan men zich ook van de klassieke methode bedienen, waarbij een van de coöperaties haar bedrijf overdraagt aan de verkrijgende coöperatie en haar leden toetreden tot de verkrijgende coöperatie. De verdwijnende coöperatie kan vervolgens worden ontbonden.[51] Ook kunnen twee in verschillende lidstaten gevestigde coöperaties een gezamenlijke kapitaalvennootschap oprichten die vervolgens dochtermaatschappijen en/of filialen opzet in verschillende lidstaten. De rol van de

[51] Zie P.J. Dortmond, 'Juridische fusie van coöperaties', in: R.C.J. Galle & G.J.H. van der Sangen, *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, uitgave vanwege het Center for Company Law, Schoordjik Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1999, p. 181.

ledencoöperaties wordt dan beperkter doordat zij hun activiteiten doen uitoefenen door een groep van kapitaalvennootschappen waarvan hun gezamenlijke dochter optreedt als moedermaatschappij. Wordt slechts een partiële samenwerking beoogd, dan kan een joint venture in de vorm van een kapitaalvennootschap worden aangegaan. Men kan zich daartoe ook bedienen van het Europees Economisch Samenwerkingsverband.[52]

Voor onderlinge waarborgmaatschappijen moet het er voorlopig voor worden gehouden dat deze niet vallen onder de werking van het SCE-Statuut en de daarop gebaseerde Nederlandse implementatiewetgeving. Zij kunnnen echter op grond van het Sevic-arrest reeds thans grensoverschrijdend fuseren met andere rechtspersonen op onderlinge grondslag binnen de EU, mits een dergelijke fusie tussen uitsluitend in een en dezelfde lidstaat gevestigde onderlingen naar het recht van die lidstaat ook reeds mogelijk was. Overigens zij er nogmaals op gewezen dat naar huidig Nederlands recht de onderlinge waarborgmaatschappij niet een gelijke rechtsvorm heeft als de coöperatie, zodat door de eis van de rechtsvormgelijkheid Nederlandse onderlinge waarborgmaatschappijen noch nationaal noch binnen de EU als verkrijgende rechtspersoon rechtstreeks met coöperaties kunnen fuseren, de uitzonderingen van art. 2:310 lid 4 BW daargelaten.

Ook voor verenigingen en stichtingen zijn er vooralsnog geen voorzieningen die grensoverschrijdende fusie faciliteren. Ook hier geldt dat door de werking van het Sevic-arrest het recht van vrije vestiging dat tevens het recht om gebruik te maken van grensoverschrijdende fusie impliceert, met zich brengt dat ondanks het gebrek aan harmonisatie binnen de EU grensoverschrijdende fusies tussen een Nederlandse vereniging c.q. stichting met een vergelijkbare rechtsvorm uit een andere lidstaat niet categorisch mogen worden verboden. Aan een fusie tussen een Nederlandse vereniging en een Duitse eingetragener Verein zal de notaris derhalve zijn medewerking dienen te verlenen. De inschrijving van een dergelijke fusie zal niet kunnen worden geweigerd door de Kamer van Koophandel.[53] Verder zij opgemerkt dat na aanvankelijke plannen op het gebied van de introductie van een Europese Vereniging, een Europese Onderlinge of een Europese Stichting de totstandkoming van Europese regelgeving op deze gebieden geen hoge prioriteit heeft.[54] Op korte termijn vallen hier geen initiatieven te verwachten. Of de SCE door de praktijk op enige schaal zal worden toegepast, valt overigens ernstig te betwijfelen gezien het geringe succes van haar voorbeeld, de SE, tot op dit moment.

---

52 Zie daarover R.C.J. Galle, *De coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 2003, p. 87-98 en Raaijmakers, *Over coöperatieve samenwerkingsverbanden en de positie van derzelver leden*, Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht, *Agrarisch Recht* 1989, nr. 5.

53 Vlg. in dit verband Kantongerecht Amsterdam 29 januari 2007, zaaknummer EA 06-3338 (Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/BKC Holding GmbH).

54 Vgl. High Level Group-report 4 november 2002, p. 24 en Action Plan Europese Commissie van 21 mei 2003, COM (2003) 284 final.

*Hoofdstuk 9*

# De evolutie van de coöperatie en haar financiering

*Dr.mr. G.J.H. van de Sangen*[1]

## 1 Inleiding

In de evolutie van ondernemingsvormen neemt de coöperatie een unieke en historisch gezien robuuste plaats in. Coöperatief georganiseerde samenwerkingsverbanden vinden hun toepassing in allerlei sectoren, variërend van de agrarische sector, de bancaire en verzekeringssector en als vorm van inkooporganisaties van zowel producten als consumenten. Daarnaast laat de praktijk specifieke toepassingen van de coöperatie zien op kleinere schaal in de vorm van werknemerscoöperaties, coöperaties ter exploitatie van onroerend goed, als rechtsvorm voor de vrije beroepsuitoefening[2] of als beleggingsvehikel.[3] Een enkele keer zien we de coöperatie als rechtsvorm van een tussenholding zonder dat er sprake is van enige achterban.[4] De diversiteit van coöperatief georganiseerde ondernemingen is – ook internationaal bezien – zeer groot, variërend van grote industriële productiecoöperaties, zowel wat betreft de aangesloten achterban als ook ten aanzien van de omvang van de bedrijfsactiviteiten en de daarbij horende vaak internationale concernstructuur, tot zeer kleine coöperaties van een beperkt aantal leden die slechts regionaal en/of voor een beperkt doel ten behoeve van de leden werkzaam zijn.[5]

Historisch gezien heeft de wetgever op het bestaan en het functioneren van coöperaties voor aangesloten producenten of consumenten gereageerd door ondernemingsactiviteiten in coöperatief verband te faciliteren met de invoering van een aparte rechtsvorm met eigen regels. Aanvankelijk was de regelgeving rondom de coöperatie gericht op het faciliteren van plaatselijke en regionaal werkzame coöperaties, voornamelijk in de agrarische producten verwerkende sectoren en het daarbij behorende coöperatieve krediet- en verzekeringswezen. Kenmerkend in de diverse nationale wetgevingen was en is – vaak vanuit een bepaalde ideologische visie

[1] Dr.mr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht bij het departement Business Law van de Universiteit van Tilburg en verbonden aan het Center for Company Law. Dit hoofdstuk bouwt in belangrijke mate voort op eerder verschenen publicaties van de auteur, in het bijzonder 'Financiering van de coöperatie en haar juridische structuur', *Agrarisch Recht* 2001-10, p. 602-613 en *Agrarisch Recht* 2001-11, p. 680-689. Met dank aan prof.dr. J.A.G. van der Geld voor zijn suggesties bij een eerdere versie.

[2] Zie G.J.H. van der Sangen, 'Civielrechtelijke (on-)mogelijkheden van de Eigenaarscoöperatie', *S&V* 1997, p. 37-42 en de daar aangehaalde literatuur.

[3] Zie over de beleggingscoöperatie J.B.W.M. Kemperink, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, uitgave vanwege IvO RUG, deel 53, Deventer: Kluwer 2006.

[4] Zie O.A. Pfeiffer, 'De coöperatie als tussenhoudstermaatschappij', *V&O* 2007, nr. 5, p. 100-102.

[5] Zie hierover H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, Cambridge, Massaschusetts/London: Belknap Press, Harvard University Press 1996, voor productie, aan- en verkoop-, en consumentencoöperaties en G. K. Dow, *Workers' Control in Theory and Practice*, Cambrigde: Cambridge University Press 2003, voor werknemerscoöperaties.

van de wetgever op de rol die de coöperatie zou moeten spelen met het oog op het verheffen van maatschappelijk achtergestelde bevolkingsgroepen – de voorkeurspositie die hen ten deel viel boven niet-coöperatief georganiseerde ondernemingen.[6] Zo kennen de meeste jurisdicties voor coöperatief georganiseerde samenwerkingsverbanden niet alleen een daarop specifiek afgestemde rechtsvorm,[7] maar ook een bepaalde mate van fiscale tegemoetkoming[8] als ook een in potentie neutrale benadering van afspraken in coöperatief verband vanuit mededingingsrechtelijk perspectief.[9]

Anno 2007 kunnen we echter constateren dat de regelgeving met betrekking tot de coöperatie geen gelijke tred heeft gehouden met de economische ontwikkeling van coöperatieve ondernemingen en hun organisatie.[10] Deze economische ontwikkeling wordt gekenmerkt door (globale) expansie, concentratie door middel van fusies en door een vergaande mate van diversificatie van bedrijfsactiviteiten en aangeboden diensten en/of goederen. Dat leidt tot spanningen en roept de vraag op of de regelgeving nog wel voldoet aan de behoeften van de praktijk. Vindt de regelgeving een voldoende rechtvaardiging in de eigen uniciteit van de coöperatieve ondernemingsvorm, een vraag die met name gesteld kan worden ten aanzien van de fiscale en mededingingsrechtelijke behandeling? Of wordt de bestaande regelgeving juist als knellend ervaren en vormt zij een rem op innovaties? Biedt de regelgeving de ruimte de rechtsvorm van de coöperatie te gebruiken voor andere doeleinden dan die de wetgever aanvankelijk voor ogen stond? En zo, ja, past dat in de vrijheid van ondernemerschap[11] of is er sprake van misbruik dat te vuur en te zwaard bestreden moeten worden? Deze spanning tussen de verschillende verschijningsvormen van coöperatief georganiseerde ondernemingen enerzijds en de juridische vormgeving doet zich ook voor op het gebied van de financiering. Zijn coöperatieve ondernemingen gevangen in en door de rechtsvorm van de coöperatie of biedt de rechtsvorm juist mogelijkheden tot innovatie van de financiering, niet alleen binnen de van oudsher agrarische coöperatieve sector?

In dit hoofdstuk analyseer ik de evolutie van de rechtsvorm van de coöperatie vanuit het gezichtspunt van de financiering van haar bedrijfsactiviteiten en de daarbij

6 Zie W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie*, Delft: Eburon 1990, p. 1-64, R.C.J. Galle, *De coöperatie*, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 2-4 en G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 20-39.

7 Zie hoofdstuk 4 van de hand van R.C.J. Galle in dit boek.

8 Zie hoofdstuk 6 van de hand van J.A.G. van der Geld.

9 Zie hoofdstuk 8 van de hand van M.H. van der Woude.

10 In Duitsland heeft dit inmiddels geleid tot een aanzienlijke aanpassing van het Genossenschaftsrecht, welke aanpassing gelijktijdig heeft plaatsgevonden met de introductie van een regeling van de Europese Coöperatieve Vennootschap naar Duits recht. Wet van 16 oktober 2006 (www.juris.de ).

11 Zie hierover uitvoering Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 8 en 641. Zo stelt Kemperink, *a.w.*, p. 244 e.v., recentelijk dat een coöperatie een aantrekkelijk alternatief kan bieden voor de BV en haar buitenlandse equivalenten zoals de Engelse Limited. Daarbij ziet hij mijns inziens over het hoofd dat een dergelijke coöperatie weliswaar mogelijk inpasbaar is binnen de grenzen van art. 2:53 lid 1 BW, maar dat de interne governance dan wel die van het standaardstatuut moet volgen van de coöperatie in Boek 2 BW: dus met een ledenvergadering, het beginsel van one man, one vote, het beginsel van een onoverdraagbaar lidmaatschap en het beginsel van wettelijke aansprakelijkheid. Wenst men dat anders, dan zullen de oprichters de statuten van de coöperatie naar hun wensen inrichten, hetgeen aanzienlijke kosten met zich brengt. Het aanvankelijke voordeel is dan aanmerkelijk kleiner. Zie G.J.H. van der Sangen, *S&V* 1997, p. 37-42.

horende financieringsvormen. In het debat over nieuwe vormen van financiering van de coöperatie gaat veel aandacht uit naar de vraag of de juridische structuur van de coöperatie al dan niet een belemmering vormt voor het aantrekken van kapitaal buiten de kring van de aangesloten leden. Het zoeken naar mogelijkheden om derden te betrekken bij de vorming van eigen vermogen met behoud van de identiteit en de rechtsvorm van de coöperatie blijkt – ook internationaal – een zoektocht naar de heilige graal. De oorzaken hiervan liggen niet uitsluitend in het vermeende inflexibele karakter van de rechtsvorm van de coöperatie.[12] Desalniettemin tonen ontwikkelingen in het buitenland aan dat innovaties op het gebied van de financiering met name moeten worden gezocht in de aanpassing van coöperatieve structuur en, onder omstandigheden, in een volledige wijziging van de rechtsvorm. In dat opzicht biedt het bestaande rechtspersonenrecht, waaronder het thans geldende coöperatierecht en het Statuut van de Europese Coöperatieve Vennootschap voldoende mogelijkheden tot tailor-made oplossingen.

## 2 Financiering van de coöperatie: wettelijke regeling en praktijk

De wettelijke regeling van de coöperatie in Boek 2 BW behandelt de financiering van de coöperatie in art. 2:55 en 56 BW. Uitgangspunt van de wetgever was en is dat de leden in geval van ontbinding van de coöperatie bijdragen in het volledige tekort van de coöperatie. Deze zogenaamde wettelijke aansprakelijkheid van de leden kan gezien worden als een uitgestelde stortingsplicht voor het lid die slechts intreedt in geval van ontbinding en waarvan de hoogte (het obligo) afhankelijk is van de omvang van het tekort. Historisch gezien fungeerde deze ledenaansprakelijkheid als een efficiëntie innovatie op het gebied van de financiering van de eerste coöperatief georganiseerde ondernemingen: de eerste leden waren wel solvabel, maar konden geen kapitaal vooraf fourneren ter storting op aandelen in een naamloze vennootschap, aangezien hun vermogen reeds was aangewend ter financiering van hun eigen bedrijfshuishouding en niet liquide gemaakt kon worden. Het vormde de achtergrond voor de totstandkoming van de Wet op de Coöperatieve Vereenigingen van 1876.

Deze wet bevatte echter van meet af aan de mogelijkheid de ledenaansprakelijkheid te beperken en zelfs geheel uit te sluiten. Hiervan is in de loop der jaren op ruime schaal gebruik gemaakt. Coöperaties met een wettelijke aansprakelijkheid komen in de praktijk slechts sporadisch voor, coöperaties met beperkte aansprakelijkheid vaker, maar de uitgesloten aansprakelijkheid blijkt inmiddels de regel. Ten aanzien van de toepassing van de beperkte aansprakelijkheid blijkt verder dat feitelijk sprake kan zijn van een uitgesloten aansprakelijkheid, aangezien het bedrag gelimiteerd kan worden tot een symbolisch bedrag dat in geen verhouding staat tot de omvang van de bedrijfsactiviteiten. Wie wil weten op welke wijze de coöperatie gefinancierd wordt, vindt in de wet een mogelijkheid die echter in

[12] In 1999 sprak ik van een mythe. Zie G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal', in: R.C.J. Galle & G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 42. De wettelijke regeling van de coöperatie biedt voldoende juridische mogelijkheden tot aanpassing van de structuur van de coöperatieve organisatie om derden op enigerlei te betrekken bij de eigen vermogensvorming van de coöperatie. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, *a.w.*, met name hoofdstuk 6 en van dezelfde 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999-14, p. 390-397.

de praktijk niet (meer) wordt gehanteerd.[13] Een rechtseconoom zou daaraan de conclusie kunnen verbinden dat de ledenaansprakelijkheid als wettelijke grondslag voor de financiering van de coöperatie en als waarborg van de crediteuren geen significante rol van betekenis meer speelt en derhalve niet efficiënt is. Daarmee is echter nog geen antwoord gegeven op de vraag of de coöperatie een efficiënte rechtsvorm is, in het bijzonder ten aanzien van de financiering van haar bedrijfsactiviteiten. Op het eerste gezicht zou ook hier het antwoord negatief kunnen zijn indien men uitsluitend kijkt naar het aantal coöperaties dat bijvoorbeeld in Nederland in de agrarische sector actief is: historisch gezien is het aantal coöperaties drastisch gedaald. Bij nadere beschouwing blijkt dat de overgebleven coöperaties in totale omvang enorm zijn gegroeid in omzet en balanstotaal. Ook het aantal leden is weliswaar gedaald, maar het totale door leden aangeleverde volume ter verwerking is ook dienovereenkomstig gestegen.[14]

Blijkbaar geldt de coöperatieve onderneming binnen de agrarische sector nog steeds als een eigentijdse ondernemingsvorm. Ondanks het feit dat zij in de statuten geen vorm van ledenaansprakelijkheid van betekenis meer hebben, blijken deze ondernemingen desalniettemin vast te houden aan de rechtvorm van de coöperatie zoals deze geregeld is in Boek 2 BW. Gezien de ontwikkeling van de rechtvorm van de coöperatie van 1876 tot op heden is van een vlucht van coöperatieve ondernemingen in andere rechtsvormen, uitzonderingen zoals OPG daargelaten, geen sprake. Eerder is sprake van het omgekeerde: coöperatieve ondernemingen in de agrarische sector houden vast aan de rechtsvorm van de coöperatie, maar de rechtsvorm van de coöperatie wordt ook buiten deze sector gebruikt voor andere doeleinden in concurrentie met bijvoorbeeld de besloten vennootschap, zij het op beperkte schaal. Dit kan een indicatie zijn dat er binnen de rechtsvorm van de coöperatie nog voldoende mogelijkheden bestaan om tot een passende financieringsstructuur te komen. Zo stelt Hansmann: *'(...), it is not apparent that difficulty in raising capital has substantially inhibited the formation and growth of farmer cooperatives. (...) The methods used by marketing cooperatives to raise equity capital are often highly refined and carefully designed.'*[15] Financiering van de coöperatie door eigenvermogensvorming door niet-leden middels een beursgang blijkt ook met behoud van de coöperatieve rechtsvorm zeer wel mogelijk.[16]

## 3 Vormen van ledenfinanciering

Coöperaties hanteren verschillende financieringsinstrumenten. Het samenstellen van de financieringstructuur van een coöperatie is maatwerk en de gekozen instrumenten

[13] Zie G.J.H. van der Sangen, *a.w.* p. 284. Zie voorts G. van Dijk, 'Financiering van coöperatieve ondernemingen in de afgelopen 10 jaar', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 13.

[14] Cijfers hiervoor worden jaarlijks gepresenteerd door de Nationale Coöperatieve Raad voor de land- en tuinbouw in het blad *Coöperatie*. Cijfers zijn ook beschikbaar via het Landbouw Economisch Instituut te Wageningen. Zie voorts Van Bekkum & Van Dijk (eds.), *Agricultural Co-operatives in the European Union. Trends and Issues on the Eve of the 21st Century*, Assen: Van Gorcum 1997, alsmede G. van Dijk, 'Financiering van coöperatieve ondernemingen in de afgelopen 10 jaar', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 12.

[15] Vlg. H. Hansmann, *a.w.*, p. 140 en 141.

[16] Zie O.F. van Bekkum & J. Bijman, *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, conference paper 31 May – 2 June 2006, Ede Netherlands, 7th International Conference on Management in AgriFood Chains and Networks en O.F. van Bekkum, 'De coöperatieve beursgang', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 20-23.

vervullen hun functie in onderlinge samenhang, waarbij bijzondere aandacht dient te worden besteed aan de wijze waarop de coöperatie haar werkzaamheden ten behoeve van de aangesloten leden uitoefent en het zakelijk verkeer met hen financieel afwikkelt.[17] Juridisch gezien biedt de wettelijke regeling van de coöperatie een grote mate van vrijheid om de financiering van de coöperatie in te richten, indien en voor zover deze wordt verstrekt door de leden. Art. 2:27 lid 4 jo. 53a BW bevat daarvoor een algemene regeling in die zin dat voor de leden geldende verplichtingen kenbaar moeten zijn uit de statuten, althans de wijze waarop deze aan de leden kunnen worden opgelegd. Voor het opleggen van verbintenissen aan de leden dient er steeds een statutaire grondslag aanwezig te zijn ingevolge art. 2:34a BW.

Verschillende financieringsinstrumenten worden gehanteerd waarmee de leden zelf bijdragen aan de financiering van de coöperatie. In de eerste plaats kennen de statuten veelal een regeling waarbij door de leden aan de coöperatie kort vreemd vermogen wordt verschaft in de vorm van een soort leverancierskrediet. Dit houdt met name verband met de afwikkeling van het zakelijk verkeer door een productiecoöperatie: de leden leveren periodiek grondstoffen ter verwerking aan de coöperatie, waarvoor zij een voorschotprijs ontvangen. Deze voorschotprijs wordt ook periodiek uitbetaald in de vorm van een creditering op een rekening-courant. Daarnaast dragen de leden van een dergelijke coöperatie bij in het lang vreemd vermogen door verschillende vormen van leden(schuld)rekeningen. Ook deze houden in de regel verband met de uiteindelijke afwikkeling van het zakelijk verkeer. In de praktijk komen verschillende vormen voor die nu eens wel, dan weer geen verplichtend karakter hebben.

Het eigen vermogen wordt in belangrijke mate gevormd naast stortingen bij toetreding in de vorm van een entreegeld door de vorming van algemene reserves door het jaarlijks inhouden van (een gedeelte van) het exploitatieoverschot. Aldus ontstaat er een vermogen waarop de leden gedurende hun lidmaatschap in beginsel geen aanspraak kunnen maken. In dit verband wordt er dan ook gesproken van 'vermogen in de dode hand'.[18] Een aanspraak op uitkering van het opgebouwde vermogen is er in de regel wel in het geval (een gedeelte van) het exploitatieoverschot naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer wordt geboekt op een geïndividualiseerde vermogensrekening. Uitkering vindt dan plaats in geval van regelmatige uittreding of bij bedrijfsbeëindiging.

## 4 Waarom is ledenfinanciering een probleem: het begin van een economische verklaring?

Bij grote agrarische coöperaties kan men een ontwikkeling waarnemen van uitsluiting van de ledenaansprakelijkheid, naar vorming van algemene reserves en, vervolgens, naar het op naam stellen van het eigen vermogen ten behoeve van de leden naar rato van hun bijdrage aan het succes van de coöperatie. Hieraan zijn echter grenzen. Van de ene kant bevinden dergelijke coöperaties zich in een situatie van een toenemende kapitaalbehoefte, anderzijds blijken individuele leden niet zonder meer bereid verder bij te dragen in de eigen vermogensvorming. Op zich is dat een opmerkelijke

[17] Zie O.F. van Bekkum, ‘Financiering van zuivelcoöperaties’, *Coöperatie*, nr. 574, april 2003, p. 2-4, voor een beschrijving van de financieringsstructuur van vier grote zuivelcoöperaties. Hieruit blijkt dat elk van deze coöperaties een geheel eigen opzet voor ledenfinanciering had.

[18] Zie over dit begrip G. van Dijk, *Leven uit de 'dode hand'; over toekomstig coöperatief ondernemerschap*, inaugurele rede LUW 1991.

constatering indien men bedenkt dat vanuit een algemene rechtseconomische opvatting, zoals de nexus-of-contract theorie, het juist de leden zijn die optreden als 'ultimate beneficial owners' van hun coöperatie en aan hen naar rato van hun ledenprestatie de 'residual claim' toekomt. Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij een dergelijke gang van zaken derden – investeerders die geen lid zijn – niet bereid zijn deel te nemen in de eigen vermogensvorming van de coöperatie, tenzij hen compensatie wordt geboden voor het gemis aan 'ultimate beneficial ownership'. Waarom zijn de leden dan zelf niet meer bereid (of in staat) het eigen vermogen in toenemende mate te fourneren dat noodzakelijk is voor een expansie van de bedrijfsactiviteiten van hun coöperatie? Daarvoor zijn een aantal economische oorzaken aan te wijzen.

In de eerste plaats is het voortdurend reserveren van (gedeelten van) het exploitatieoverschot vanuit het gezichtspunt van het individuele lid niet zonder bedenkingen. Het lid is voor zijn inkomen immers afhankelijk van hetgeen in een boekjaar aan hem wordt uitgekeerd. Deze inkomensvormende functie van de coöperatie komt met name onder druk te staan bij die coöperaties die het zakelijk verkeer met de leden afrekenen op basis van het kostendekkingsbeginsel volgens het systeem van voorschotprijzen gevolgd door nabetalingen. Coöperaties die louter fungeren als verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen, komen overigens in de praktijk steeds minder voor. Bij een dergelijke coöperatie heeft een reservering van het exploitatieoverschot immers een negatieve invloed op het niveau van een eventuele nabetaling aan het lid. In besluitvormingstermen gesproken voelt men hier steeds een spanning tussen het door het bestuur te behartigen belang van de coöperatie op lange termijn, ter waarborging van de continuïteit, en het belang van de individuele leden op korte termijn bij een hoge prijs voor geleverde goederen. Deze spanning is minder prangend, maar nog steeds voelbaar aanwezig, indien het zakelijk verkeer tussen de leden en de coöperatie wordt afgerekend op grond van marktconforme prijzen, omdat de leden immers dan reeds verzekerd zijn van een bepaalde vaste vergoeding voor geleverde producten. Uiteraard bestaat een dergelijke zekerheid voor het lid alleen, indien de leden aan het lidmaatschap een leverings*recht* ontlenen, waarvan de voorwaarden gunstiger zijn dan de rechten die niet-leden ontlenen aan afzonderlijke overeenkomsten die zij met de coöperatie aangaan, bijv. op de voet van art. 2:53 lid 3 en lid 4 BW.[19]

In de tweede plaats is er sprake van een *horizonprobleem*: de leden zien niet of, en zo ja, op welke wijze het gevormde vermogen in de dode hand uiteindelijk ten goede komt aan die leden die tijdens hun lidmaatschap hebben bijgedragen aan de vorming van het eigen vermogen.[20] Dit probleem zou kunnen worden opgelost door het lid een aanspraak te geven op uitkering van zijn aandeel in het opgebouwde vermogen in geval van bedrijfsbeëindiging. Het effect is evenwel dat daardoor het vermogen alsnog de coöperatie verlaat.[21] Er zijn evenwel aanwijzingen dat het

[19] Zie G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal', in: *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, R.C.J. Galle/G.J.H. van der Sangen (red.), uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999, p. 52-54.

[20] Zie hierover C. Iliopoulos, 'Verhandelbare eigendomsrechten bij coöperaties' in: *Coöperatie*, nr. 563, augustus 2000, p. 20 en 21, en van dezelfde *Long-term Financing in US and European Agricultural Co-operatives: Emerging Methods for Ameliorating Investment Constraints*, Paper National Agricultural Research Foundation, NCR-194 Conference, October 29, 2003, Kansas City, MO, USA.

[21] Uiteraard is het mogelijk dat de statuten daaraan nadere voorwaarden verbinden bijvoorbeeld dat de solvabiliteit dat toelaat, dat er niet meer dan een *x*-aantal leden per boekjaar hiervan gebruik

horizonprobleem ook kan worden opgelost door het verhandelbaar maken van de geïndividualiseerde vermogensaanspraken, door het creëren van een interne markt.[22] Iliopoulos laat zien dat de mogelijkheid van verhandelbaarheid van de vermogenstitels gekoppeld aan een restrictief toelatingsbeleid en een afrekening van het zakelijk verkeer op basis van marktconforme prijzen, er toe kan leiden dat de leden eerder bereid zijn te (blijven) investeren in de eigen coöperatie.[23] In de waarde van deze vermogenstitels komt als het ware het recht op de geaccumuleerde winst tot uitdrukking. De mogelijkheid om deze waarde te verzilveren door verkoop van deze vermogentitels is derhalve onafhankelijk van de duur van het lidmaatschap.

Een derde probleem bij de vorming van eigen vermogen door reservering is dat de leden voor het op deze wijze aan de coöperatie ter beschikking gestelde kapitaal in de regel geen financiële vergoeding krijgen. Deze vergoeding wordt in de regel geacht onderdeel uit te maken van de uitbetalingsprijs. Onder deze omstandigheden kan het zelfs zo zijn dat sommige leden die niet of in mindere mate bijdragen aan de financiering van de coöperatie, omdat zij een gering zakelijk verkeer met de coöperatie onderhouden, in een gunstiger positie verkeren dan grotere leden. Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel en/of een gedifferentieerde uitbetalingsprijs kan hier uitkomst bieden.[24] Naast het hier gesignaleerde interne free rider-gedrag kan er ook sprake zijn van externe free rider-gedrag in die zin dat door de prijsstellende invloed van de coöperatie niet alleen derden die met de coöperatie handelen dezelfde hoge prijs ontvangen voor geleverde producten maar ook derden, die met branchegenoten handelen die uit concurrentieoverwegingen gedwongen zijn dezelfde prijs te betalen als de coöperatie aan haar leden doet. Ook dit free rider-probleem kan door de introductie van verhandelbare vermogenstitels worden geëlimineerd, waarin de beloning voor verstrekt vermogen tot uitdrukking komt. Overigens biedt de wettelijke regeling van de coöperatie hier mijns inziens voldoende vrijheid: winstaanspraken kunnen op basis van de statuten zonder meer worden

heeft gemaakt en dat het bestuur een zekere staffel hierop toepast naar mate de duur van het lidmaatschap. Hiervoor gelden echter mededingingsrechtelijke beperkingen.

22 Voorbeelden daarvan worden gedocumenteerd bij Zie O.F. van Bekkum & J. Bijman, *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, conference paper 31 May – 2 June 2006, Ede Netherlands, 7th International Conference on Management in AgriFood Chains and Networks en O.F. van Bekkum, 'De coöperatieve beursgang', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 20-23 .

23 C. Iliopoulos, 'Long-term Financing in US and European Agricultural Co-operatives: Emerging Methods for Ameliorating Investment Constraints', Conference Paper 29 October 2003.

24 Er zijn sterke aanwijzingen dat, indien het ledenbestand een grote mate van homogeniteit heeft ten aanzien van de economische behoeften, toepassing van de coöperatie efficiënter is dan een investor-owned firm, doorgaans in de rechtsvorm van een NV of BV. Vlg. O. Hart & J. Moore, *Cooperatives vs. Outside Ownership*, NBER Working Paper, No. 6421, February 1998, www.nber.org/papers/w6421. Omgekeerd geldt dat naar mate de heterogeniteit toeneemt in het ledenbestand, de efficiency van de coöperatie vergeleken met investor-owned firms afneemt. Vgl. P. Rey & J. Tirole, *Financing and Access in Cooperatives*, Paper 30 June 2006. Zie ook H. Hansmann, *a.w.*, p. 140, die homogeniteit van de voorkeuren van de leden als een van de meest kenmerkende voorwaarden voor het ontstaan van coöperaties beschouwd. Voorzichtigheid is echter geboden met het trekken van algemene conclusie. Het onderzoek van Hart & Moore had betrekking op consumentencoöperaties. Zie bijv. M.E. Sykuta & M.L. Cook, 'A New Institutional Economic Approach to Contracts and Cooperatives', *American Journal of Agricultural Economies*, Vol. 83, No. 5, 2001. Zij laten zien dat productiecoöperaties efficiënter met de toeleveranciers kunnen contracteren dan investor-owned firms en wel op een zodanige wijze dat die moeilijk kopieerbaar is voor intestor-owned firms.

gekoppeld aan het bezit van deze vermogenstitels. De invoering ervan behoeft echter steeds een besluit van de algemene vergadering.[25]

In de vierde plaats dient men bij dit alles voor ogen te houden dat een lid van een coöperatie doorgaans niet in staat zal zijn om zijn goederen aan een andere marktpartij aan te bieden respectievelijk van een andere marktpartij af te nemen, dan wel zijn eigen risico te spreiden over meerdere leveranciers c.q. afnemers, gezien de wederzijdse productietechnische en financiële afhankelijkheid van de coöperatie. Dit houdt met name verband met de hoge mate van asset specificity ten aanzien van de investeringen van het lid met het oog op het onderhouden van het zakelijk verkeer met de coöperatie.[26] Bovendien zullen de switching costs aanzienlijk zijn, als gevolg van de verplichting om ter compensatie van onderbezetting een uittreegeld te betalen en, zo nodig, zelf technische aanpassingen te doen in de eigen bedrijfshuishouding, met als gevolg dat de financiële nood op korte termijn bij het lid nog verder toeneemt. Zoals gezegd heeft een lid als regel ook geen mogelijkheid zonder aanzienlijke kosten het hierboven aangestipte portfolioprobleem op korte termijn op te lossen, hetgeen nog versterkt wordt indien er sprake is van een sterke vorm van ledenbinding. Gezien haar doelstelling geldt voor de coöperatie mutatis mutandis hetzelfde. Er is in dan ook aan beide kanten sprake van een *lock-in*-probleem.[27] Deze problemen zijn te herleiden tot de hoge mate van asset specificity, zowel aan de zijde van de bedrijfshuishouding van de aangesloten leden als een de zijde van de coöperatie. De coöperatie wordt dan ook binnen de transactiekostentheorie gezien als een vorm van onvolledige voorwaartse dan wel achterwaartse integratie in de bedrijfskolom, al naar het gelang het een productie- of inkoopcoöperatie betreft.

Zoals hierboven reeds bleek, blijkt de bereidheid van de leden om ook in de toekomst blijvend te investeren in het eigen vermogen van de coöperatie sterk afhankelijk te zijn van de aanwezigheid van een gedifferentieerde eigendomsstructuur waarbij de vermogensaanspraken van de leden op naam zijn gesteld, de aanwezigheid van een (interne) markt waarbij gedurende het lidmaatschap de eigen vermogenstitels verhandeld kunnen worden en waarbij er derhalve sprake is van koersvorming, alsmede van de aanwezigheid van een beperkt toelatingsbeleid. Het heeft in de afgelopen 10 jaar wereldwijd inderdaad geleid tot aanpassingen en variaties op het coöperatieve ondernemingsmodel waarin deze eigenschappen in meer of mindere mate met behoud van de rechtsvorm van de coöperatie worden toegepast.[28] In een enkel geval heeft dat ook geleid tot omzetting van de rechtsvorm van de coöperatie naar de rechtsvorm van de naamloze vennootschap. Opvallend is ook dat er gevallen bekend zijn waarbij de vermogenstitels verhandeld worden binnen de eigen kring van de leden als ook waarbij verhandeling plaatsvindt onder derden via de beurs.[29]

[25] Zie voor een pleidooi hiervoor K. Kyriakopoulos & G. van Dijk, *Innovative Financing for Entrepreneurial and Market-Oriented Agricultural Cooperatives*, Paper presented at CEPFAR/COGECA seminar, 22-25 October 1997, Sanga-Saby, Sweden, p. 5.

[26] Zie G.W.J. Hendrikse & C.P. Veerman, *Marketing Cooperatives and Financial Structure: A Transaction Costs Economic Analysis*, Erasmus Research Instituut of Management, Report Series Research in Management, version March 2000 (www.erim.eur.nl).

[27] H. Hansman, *a.w.* p. 55.

[28] In de Verenigde Staten en Canada heeft dat geleid tot een nieuw soort coöperatiemodel aangeduid als 'New Generation Co-operatives'. Zie hierover en over financiering van coöperaties in het algemeen (voor Canada), A. Harris, *Financing Agricultural Co-operatives. An overview*, zonder jaargang, publicatie vanwege Canada/British Columbia Farm Business Management Program.

[29] Zie het overzicht van O.F. van Bekkum & J. Bijman, *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, conference paper 31 May – 2 June 2006, Ede Netherlands, 7th International Conference on Management in AgriFood Chains and Networks en O.F. van Bekkum, 'De coöperatieve beursgang', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 20-23.

## 5 Juridische knelpunten met betrekking tot ledenfinanciering

### *5.1 Fiscale aspecten*

Kijkend naar de Nederlandse situatie zien we ten aanzien van de fiscale behandeling van de coöperatie en haar leden het volgende beeld. Ongeacht de aard van de coöperatieve samenwerking sluit de fiscale wetgever voor wat betreft de belastingheffing over het behaalde resultaat aan bij de rechtsvorm van de coöperatie. De coöperatie is als zelfstandig belastingplichtig lichaam vennootschapsbelasting verschuldigd over de door haar behaalde winst.[30] De uitgekeerde winst wordt bij de ontvanger belast met inkomstenbelasting c.q. vennootschapsbelasting al naar gelang de ontvanger een natuurlijk persoon of rechtspersoon is. Dit klassieke stelsel leidt in beginsel tot dubbele belastingheffing. Wel bestaat er een mogelijkheid dat op de winst van de coöperaties de zogenaamde verlengstukwinst onder strikte voorwaarden in mindering kan worden gebracht.[31] Deze aftrek van verlengstukwinst wordt echter alleen genoten indien (cumulatief):

- de winst wordt uitgekeerd direct volgend op het boekjaar waarin de winst werd behaald;
- de winst uitsluitend wordt uitgekeerd aan leden/natuurlijke personen;
- de winst wordt uitgekeerd naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer/ledenprestaties;
- de coöperatie zelf het zakelijk verkeer met de leden heeft onderhouden en niet via een of meer dochtermaatschappijen die het bedrijf doen uitoefenen. Op dit laatste punt kan men overigens spreken van een ongewenste discrepantie tussen de civielrechtelijke mogelijkheid het bedrijf ten behoeve van de leden te doen uitoefenen, en de fiscale regeling van de verlengstukaftrek.[32] Kan de verlengstukwinstaftrek niet worden toegepast, bijv. omdat de winst wordt gereserveerd of de bedrijfsuitoefening is ondergebracht in een of meer dochters, dan wordt er wel gezegd dat er sprake is van een torenhoge heffing.[33]

De huidige fiscale behandeling van coöperaties is een van de factoren die er toe kunnen leiden dat de leden niet (meer) bereid zijn winsten door middel van reservering ter beschikking te laten van de coöperatie, omdat dan geen gebruik kan worden gemaakt van de verlengstukwinst, terwijl vergoedingen op ingebracht kapitaal niet aftrekbaar zijn. Een derde probleem is dat de enkele aanwezigheid van leden/rechtspersonen een nadelige invloed heeft op de omvang de verlengstukwinst, omdat alleen de winst uitgekeerd aan natuurlijke personen mee worden genomen in de verlengstukaftrek. Tot slot, bestaat er nog de marktprijsproblematiek: voor de toepassing van de verlengstukaftrek moet de winst worden vastgesteld. Door de fiscus

[30] Zie art. 2 Wet Vpb 1969. Zie over de belastingheffing van de coöperatie en haar leden J.A.G. van der Geld in hoofdstuk 6.

[31] Zie art. 9 Wet Vpb 1969.

[32] Civielrechtelijk wordt immers toegestaan dat de coöperatie haar bedrijf doet oefenen door een of meer werkmaatschappijen. Uiteraard is dan wel van belang dat de leden de mogelijkheid blijven behouden het zakelijk verkeer met een van deze daartoe aangewezen werkmaatschappijen aan te gaan, op straffe van het niet voldaan aan de wettelijke omschrijving van art. 2:53 lid 1 BW. Dit veronderstelt dat de coöperatie doorslaggevende zeggenschap kan uitoefenen binnen *deze beleidsafhankelijke maatschappij*. Deze civielrechtelijke mogelijkheid tot coöperatieve concernvorming is in het kader van de verlengstukaftrek door de fiscale wetgever nog niet onderkend c.q. gefaciliteerd.

[33] Zo wees Kemperink in het verleden erop dat buiten het geval van staking van de onderneming van het lid het stelsel kon leiden tot een belastingdruk over het exploitatieoverschot tot maximaal 74%. Zie hierover J.B.W.M. Kemperink, 'Is de coöperatieve rechtsvorm uniek', in: *Coöperaties en nv's: fiscale rivalen?*, Van Dijk/Faber (red.), Van Gorkum 2000, p. 30. Tegenwoordig is er sprake van een maximale belastingdruk van circa 60%. Zie hierover J.A.G. van der Geld in hoofdstuk 6.

moet worden bepaald of het totaal van de door de coöperatie aan haar leden verleende vergoedingen niet bovenmatig is, d.w.z. geen verkapte winstuitkering inhoudt. Daarvoor zoekt de fiscus aansluiting bij de 'marktprijs'. Indien de betrokken coöperatie echter prijsleider is, is het vaststellen van de marktprijs een fictie, terwijl indien de marktprijs lager wordt gesteld, de coöperatie in kwestie in feite wordt bestraft voor zijn eigen succes.[34]

In het recente verleden is er vanuit coöperatieve kring gepleit voor een aanpassing van het voor coöperaties gelden belastingregime dat meer aansluit bij de financieringsbehoefte van coöperaties en leidt tot een meer evenwichtige belastingheffing bij coöperaties en haar leden.[35] De staatssecretaris heeft toegezegd dit te zullen bezien en het belastingregime voor coöperaties te moderniseren. Evenwel is op dit moment nog onduidelijk of, en zo ja, op welke wijze en op welke termijn het een en ander wordt aangepast. Er zijn echter ook stemmen die er juist voor pleiten de gevolgen van de totale belastingheffing voor coöperaties en naamloze vennootschappen zo veel mogelijk neutraal en dus gelijk te behandelen. Voor een weergave hiervan verwijs ik naar hoofdstuk 6.

### *5.2 Mededingingsrechtelijke aspecten*

Belemmeringen voor een adequate ledenfinanciering zijn er mogelijk ook in het mededingingsrecht, in het bijzonder op het gebied van de toepassing van het kartelverbod van art. 6 NMW respectievelijk art. 81 EG-Verdrag. In de regel zullen de leden immers op basis van de statuten verplicht zijn deel te nemen aan de financiering van de coöperatie in de vorm van een combinatie van het betalen van een geldsom bij toetreding, de verplichting deel te nemen in de eigen vermogensvorming en de vorming van vreemd vermogen en in voorkomende gevallen om bij te dragen in de aanzuivering van een eventueel exploitatie- en/of balanstekort. Essentieel voor een goede werking van deze vormen van lidmaatschap is dat de leden zich niet zonder meer door opzegging van het lidmaatschap aan deze verplichting kunnen onttrekken.

Naar huidig verenigingsrecht heeft het lid evenwel de bevoegdheid – een bevoegdheid die hem niet kan worden ontnomen – het lidmaatschap steeds te beëindigen met ingang van het boekjaar volgend op het jaar waarin werd opgezegd.[36] Het lidmaatschap van de coöperatie kan derhalve niet op een langere termijn dan 2 jaar worden gesteld.[37] Onderzoek naar statuten van coöperaties laat evenwel zien dat er andere feitelijke mogelijkheden in de statuten worden opgenomen die de leden ervan kunnen weerhouden het lidmaatschap te beëindigen. Ik noem in dit verband: de verplichting tot betaling van een uittreegeld, een beperking in de mogelijkheid tot opzegging tot een *x*-aantal leden per jaar, de verplichting alle openstaande schulden aan de coöperatie onmiddellijk te voldoen, c.q. de verbeurdverklaring van aan het lid

[34] Zie hiervoor M.E. van Rossum, 'Knelpunten bij belastingheffing van coöperaties en leden', in: Van Dijk/Faber, *Coöperaties en nv's: fiscale rivalen?*, Van Gorkum 2000, pp. 47-56 en de daar genoemde literatuur en J.J.M. Jansen, Belastingheffing van coöperaties en haar leden, Fiscale Monografieën, nr. 80, Kluwer, Deventer 1996.

[35] Zie o.a. de pleidooien van Jansen, *a.w.* en diens 'Onzekere fiscale toekomst van coöperaties', in: *De coöperatieve onderneming*, Galle/Van der Sangen (red.) p. 95-109, alsmede J.Th.L. Nelissen, 'Belastingheffing van coöperatieve ondernemingen in het perspectief van de rechtsvormneutraliteit', in voornoemde bundel, p. 111-132 en diens bijdrage 'De belastingheffing van coöperatieve ondernemingen in nationaal en internationaal perspectief"' in: Van Dijk/Faber, *Coöperaties en nv's: fiscale rivalen?*, Van Gorkum 2000, p. 63-82.

[36] Zie art. 2:36 lid 1, laatste volzin jo. 53a BW.

[37] Voor de Europese Coöperatieve Vennootschap gelden ruimere termijnen. Een lidmaatschap met een gefixeerde duur van 5 jaar is in elk geval toelaatbaar. Zie art. 15 lid 2 SCE-Vo.

toekomende gelden ingeval van niet-reguliere beëindiging van het lidmaatschap. Al deze statutaire voorzieningen hebben als doel de onderlinge financiële solidariteit te bevorderen met het oog op het functioneren en het waarborgen van de continuïteit van de coöperatie.[38] Overeenkomstig hiermee staat art. 2:60 BW toe aan de uittreding voorwaarden te verbinden in overeenstemming met het doel en strekking van de coöperatie. Uit de jurisprudentie naar aanleiding van art. 2:60 BW blijkt dat de rechter een belangenafweging maakt tussen enerzijds het belang van het lid bij vrije uittreding, anderzijds het belang van de coöperatie bij behoud van haar continuïteit en het belang van de blijvende leden. In de regel zal de uittreevoorwaarde die aan in dit laatste voldoet, op grond van art. 2:60 BW in stand blijven.[39]

De jurisprudentie naar aanleiding van het kartelverbod van art. 6 NMW en art. 81 EG-Verdrag (art. 85 EG-Verdrag oud) is aanmerkelijk strenger. In feite wordt in het kader van de vraag of ten aanzien van een bepaald lid door het stellen van voorwaarden aan de uittreding onderzocht of daardoor feitelijk aan het lid de mogelijkheid wordt ontnomen zich te wenden tot concurrenten van de coöperatie. Daarbij wordt veel waarde gehecht aan de feitelijke marktpositie die een coöperatie binnen de markt inneemt.[40] Hoewel wordt erkend dat een coöperatieve samenwerking als zodanig geen kartel inhoudt en juist door haar functie als countervailing power prijscorrigerend kan werken, is de coöperatie niet als zodanig onttrokken aan de werking van het kartelverbod. Slechts in het geval dat de uittreevoorwaarde economisch noodzakelijk is voor het kunnen functioneren van de coöperatie, is de rechter bereid de uittreevoorwaarde in stand te laten ondanks de mogelijkheid dat daardoor de concurrentie kan worden aangetast.[41] Echter, in het hier bedoelde DLG-arrest betrof het een coöperatie die geen sterke marktpositie had, terwijl het bovendien slechts ging om een enkele uittreevoorwaarde die, zo werd feitelijk vastgesteld, noodzakelijk was voor het goed kunnen functioneren van de coöperatie en het behoud van haar onderhandelingspositie op de markt. Uit de zogenaamde uittreegeldarresten blijkt evenwel dat een cumulatie van uittreevoorwaarden steeds verdacht is en al snel leidt tot een situatie dat de mededinging wordt beperkt.[42] Na verwijzing werd de combinatie van uittreevoorwaarden, waardoor de leden feitelijk de mogelijkheid werd ontnomen zich tot een andere producent te wenden, nietig verklaard.[43]

### *5.3 Civielrechtelijke beperkingen*

Hierboven kwam reeds art. 2:36 lid 1 laatste volzin BW met betrekking tot de mogelijkheid tot opzegging van het lidmaatschap aan de orde en art. 2:60 BW met betrekking tot het stellen van uittreevoorwaarden. Beide regels zijn van dwingend recht en kunnen derhalve niet worden uitgesloten in de statuten. Hetzelfde geldt voor art. 2:36 lid 4 BW: in geval van een besluit tot omzetting, fusie of splitsing kan een lid met onmiddellijke ingang zijn lidmaatschap beëindigen. Een bestaande uittreevoorwaarde dient evenwel, behoudens een beroep op nietigheid, te worden nagekomen.[44] Ook deze bepaling is van dwingend recht. Hoewel zij niet rechtstreeks raakt aan de financiering van de coöperatie, vormt zij wel een niet gewenste

38 Zie over deze vormen van ledenbinding Van der Sangen, *a.w.* p. 336 e.v.
39 Zie Van der Sangen, *a.w.* p. 183 en 184.
40 Zie hierover uitgebreid M.H. van der Woude in hoofdstuk 8.
41 HvJ EG 15 december 1994, C-250/92, *Jur.* 1994, I-5641 (Dansk Landbrugs Grovvareselskab).
42 Arresten HvJ EG 12 december 1995, *NJ* 1996, 665 inzake Dijkstra/Friesland Frico Domo, Oude Luttikhuis/Coberco, Van Roessel e.a/Campina Melkunie en De Bie/Campina Melkunie. Zie hierover I.W. VerLoren van Themaat, 'De uittreegeldarresten', *Agrarisch recht* 1996 p. 54-63.
43 Zie bijv. Hof Den Bosch 29 april 1997, *NJ*kort 1997, 39.
44 Van der Sangen, *a.w.* p. 186.

belemmering in de mogelijkheden om de coöperatie in het kader van een voorgenomen wijziging van de financieringstructuur te reorganiseren. Ik doel daarbij in het bijzonder op de mogelijkheid bepaalde bedrijfsactiviteiten van de coöperatie af te zonderen in afzonderlijke werkmaatschappijen door middel van een afsplitsing (zie art. 2:334a lid 3 BW) of op de mogelijkheid tot het aangaan van een juridische fusie met een andere coöperatie.[45] Ook de omzetting in een naamloze vennootschap met het oog op een eventuele beursgang of een door te voeren aandelenfusie wordt ernstig belemmerd,[46] indien een aanzienlijk aantal leden de bevoegdheid heeft het lidmaatschap van de coöperatie op te zeggen, uiteraard onder medeneming van een deel van de omzet en van het door de leden in de coöperatie geïnvesteerde kapitaal.

In dit verband ware ook aandacht te besteden aan de werking van art. 2:36 lid 3 BW dat de mogelijkheid biedt aan leden van een coöperatie onmiddellijk het lidmaatschap op te zeggen, indien er sprake is van een besluit om de rechten van leden te beperken respectievelijk hun verplichtingen te verzwaren, en wel binnen een maand nadat het besluit aan hen bekend is geworden c.q. is meegedeeld. Ook hier geldt dat in het kader van een herstructurering van de financiering, bijv. door de invoering van een verplichting tot deelname aan een kapitaalrekening, rechten en plichten worden gewijzigd. Het slagen van een dergelijke herstructurering is echter afhankelijk van de instandhouding van het ledenbestand. Art. 2:36 lid 3 BW is echter een bepaling van regelend recht, die mijns inziens bij coöperaties standaard in de statuten zou moeten worden uitgesloten. Daar is reden te meer voor, omdat de rechtspraak art. 2:36 lid 3 BW niet steeds op correcte wijze toepast, nu wel is beslist dat er ook dan sprake kan zijn van een verzwaring van verplichtingen indien een reeds *bestaande* verplichting feitelijk wordt opgelegd die de facto een verzwaring voor het lid inhoudt.[47]

## 6 Nieuwe vormen van ledenfinanciering

Hierboven zijn een aantal economische, fiscale, mededingingsrechtelijke en civielrechtelijke knelpunten in de financiering van de coöperatie belicht. Hieruit bleek dat de leden niet (meer) bereid zijn verder te investeren in het vermogen van de coöperatie. Dit zou wellicht anders kunnen zijn indien de leden de mogelijkheid zouden hebben hun ‘eigendomsaanspraken’, belichaamd in op naam gestelde eigen vermogenstitels, te verzilveren door verkoop. Ook thans bestaan er een groot aantal agrarische coöperaties die een eventueel exploitatieoverschot niet meer toevoegen aan de algemene reserves, maar aan eigen vermogensrekeningen. Het lid wordt op een dergelijke rekening jaarlijks gecrediteerd naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer. In enkele geval zijn aan deze vermogensrekeningen, in dat geval aangeduid

[45] De redenen tot een juridische fusie kan bijvoorbeeld ook gelegen zijn in een dwangreorganisatie teneinde een faillissement van de alsdan verdwijnende coöperatie te voorkomen, zoals bleek bij de fusie tussen Coberco en het noodlijdende Heino Krause. Zie HR 13 oktober 2000, *RvdW* 2000, 205.

[46] In het ontbreken van een aandelenstructuur wordt wel een van de zwaktes van de rechtsvorm coöperatie gezien in vergelijking met de naamloze vennootschap. Immers, een de verkrijgende naamloze vennootschap kan immers een acquisitie in de vorm van een aandelenfusie ‘betalen’ door aan de aandeelhouders van de over te nemen vennootschap eigen aandelen uit te reiken. De aandelenfusie gaat dan gepaard met een emissie c.q. verkoop van aandelen in de verkrijgende vennootschap. Een dergelijke mogelijkheid heeft een coöperatie niet, tenzij de verkrijgende coöperatie daartoe overdraagbare vermogenstitels creëert.

[47] Zie Rb Zwolle 15 juli 1992, *NJ* 1995, 55.

als *coöperatieve aandelen*, tevens leveringsrechten verbonden. Door het nemen van meer van deze aandelen kan men tevens leveringsrechten uitbreiden. Door het creëren van een interne markt zou, in theorie, een lid de waarde van deze 'eigendomsrechten' kunnen verzilveren.

De vraag rijst of de bestaande eigen vermogensrekeningen c.q. coöperatieve aandelen geschikt zijn voor verhandeling. Ondanks het feit dat de statuten kunnen bepalen dat de leden aanspraak hebben op het vermogen van de coöperatie en vermogensgroei, blijkt de verhandelbaarheid van dergelijke aanspraken de facto beperkt tot de kring van de leden die met de coöperatie een zakelijk verkeer onderhouden. In de praktijk blijkt er een directe relatie te bestaan tussen de omvang van het zakelijk verkeer en de mate waarin het lid (verplicht) dient deel te nemen in deze financieringsvormen. Let wel, deze eigen vermogensrekeningen geven op zich geen recht op een aandeel in het jaarresultaat; de waarde komt pas tot uitdrukking bij verkoop dan wel, indien de statuten zulks bepalen, bij beëindiging van het lidmaatschap.[48]

Er zijn zowel in de literatuur[49] als in de praktijk[50] aanwijzingen dat de hierboven gesignaleerde problemen ten aanzien van eigen vermogensrekeningen oplosbaar zijn door de invoering van vermogenstitels die zowel aanspraak geven op een gedeelte van het jaarresultaat als ook op het vermogen en de vermogensgroei. Deelname aan dergelijke vermogenstitels is voor de leden facultatief met het oog op de fiscale behandeling: een exploitatieoverschot wordt uitgekeerd aan de leden, waarbij de leden de keuze hebben het uitgekeerde bedrag aan te wenden ter storting op de vermogenstitel.[51] Teneinde op deze wijze voldoende eigen vermogen door vrijwillige stortingen van de leden terug te ontvangen, is het noodzakelijk dat hierop een aantrekkelijk vaststaand rendement kan worden behaald. Daarbij kan men denken een cumulatief preferente aanspraak op de jaarwinst. Het behalen van koerswinst is vervolgens mogelijk door de vermogenstitel te verkopen aan leden, of zelfs aan derden.

Reeds eerder wees ik erop dat een dergelijke inkleding van de zelffinanciering alleen tot stand kan worden gebracht indien er een ontkoppeling plaats vindt tussen enerzijds de te verstrekken vergoedingen aan de leden ter zake van het zakelijk verkeer, anderzijds de vergoedingen aan de leden en/of derden voor het door hen verstrekte risicodragend kapitaal.[52] Of een dergelijke ontkoppeling tussen het zakelijk

[48] Zie hierover Van der Sangen, *a.w.* p. 315 e.v., alsmede diens bijdrage 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal' in: *De coöperatieve onderneming*, Galle/Van der Sangen (red.), p. 49 en 50.

[49] Zie mijn bijdrage in de in noot 12 genoemde bundel, C. Iliopoulos, 'Verhandelbare eigendomsrechten bij coöperaties', *Coöperatie*, nr. 563, augustus 2000, p. 20 en 21, alsmede G. van Dijk/K.J. Poppe, 'Maak onderscheid tussen eerste en tweede lijnsfinanciering', *Coöperatie Magazine*, nr. 533, december 1992, p. 8 en 9. Aanzetten hiervoor zijn ook te vinden bij W.A. Verburg, 'Coöperaties "going public"', in: *De coöperatieve onderneming*, Galle/Van der Sangen (red.), p. 89.

[50] Voorbeelden zijn te vinden bij De Zeven Provinciën (Friesland Coberco Dairy Foods) – zie hierover Van der Sangen, *a.w.* p. 438 en 439 – en bij Koninklijke Cebeco Groep – zie hierover R.C.J. Galle, 'Cebeco wijzigt organisatiestructuur en financiering', *Coöperatie*, nr. 564, oktober 2000, p. 22 en 23.

[51] Het facultatieve karakter is met name vereist om te kunnen voldoen aan de voorwaarden voor de verlengstukaftrek. Blijkt dat deze verlengstukaftrek om andere redenen niet meer kan worden toegepast, dan vervalt ook de noodzaak van het facultatieve karakter. Een verplichting tot deelname in de financiering door de hier bedoelde eigen vermogenstitels kan echter, zoals hiervoor bleek, in strijd komen met de regels van het mededingingsrecht.

[52] Van der Sangen, *Ondernemingsrecht* 1999-14, p. 396 en in: R.C.J. Galle/G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming*, p. 50 e.v..

verkeer en de deelname in het risicodragend vermogen mogelijk en/of gewenst is, is mijns inziens in eerste en laatste instantie afhankelijk van de door de leden gewenste economische verbondenheid met hun coöperatie. Evenwel blijkt uit onderzoek dat een dergelijke ontkoppeling tevens afhankelijk is van de aard van coöperatieve onderneming en van haar stadium in ontwikkeling.[53]

Het een en ander impliceert ook dat er afstand wordt gedaan van de economische verbondenheid tussen de leden onderling, die in het verleden tot uitdrukking kwam in het gegeven dat het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie wordt afgewikkeld op basis van het *kostendekkingsbeginsel* en het *proportionaliteitsbeginsel*. Immers, een afwikkeling van het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie op grond van deze beginselen zou betekenen dat het aantrekken van risicodragend kapitaal van leden, voor zover de door hen verstrekte gelden geen verband meer houden met het zakelijk verkeer, en/of van derden alleen mogelijk is indien aan hen een vaste, al dan niet preferente vergoeding in het vooruitzicht zou worden gesteld. Problematisch hierbij is echter dat binnen het concept van het kostendekkingbeginsel, de 'winst' van een coöperatie een manipuleerbare grootheid is, of minder pejoratief uitgedrukt, het sluitstuk is van de exploitatierekening waarover ook leden die niet vrijwillig deelnemen in de eigen vermogensvorming beslissen. Mijns inziens is dit probleem met toepassing van het kostendekkingsbeginsel niet oplosbaar, ook niet door aan de leden/investeerders c.q. aan derden een statutair goedkeuringsrecht toe te kennen ten aanzien van besluiten van de coöperatie tot wijziging van de statuten waarin de vaste vergoeding is neergelegd. De conclusie is dat de invoering van de hier bedoelde vrijwillige vermogenstitels teneinde risicodragend kapitaal van leden en/of derden aan te trekken slechts mogelijk is, indien (de leden van) de coöperatie afstand doen van het kostendekkingsbeginsel en het zakelijk verkeer wordt afgerekend op basis van marktconforme, in met de leden aangegane duurovereenkomsten vastgelegde vergoedingen.

De juridische structuur van de coöperatie kan met het oog hierop aldus worden ingericht dat er een scheiding wordt aangebracht tussen eerste en tweede lijnsactiviteiten. In de eerste lijnsactiviteiten vindt het zakelijk verkeer met de leden plaats hetgeen wordt ondergebracht een aparte subholding. Het bestuur oefent gezien haar vertegenwoordigingsbevoegdheid het stemrecht uit op de aandelen in deze subholding; tevens vormt het in deze subholding de raad van commissarissen zodat er een personele unie ontstaat. Essentieel hierbij is dat, voor zover de subholding voldoet aan de criteria van het structuurregime, het (verlichte) structuurregime wordt toegepast op het niveau van de coöperatie, zodat het bestuur van de coöperatie in de algemene vergadering van de subholding zijn ontslagbevoegdheid behoudt ten aanzien van de bestuurders van de subholding.[54] Op dezelfde wijze kunnen de tweede lijnsactiviteiten, waaronder veredelingsactiviteiten en acquisities en buitenlandse deelnemingen die geen directe relatie hebben met de primaire verwerking van de door de leden geleverde goederen, worden ondergebracht in een aparte subholding. Aldus

[53] Zie O.-F. van Bekkum, *Cooperative Models and Farm Policy Reform*, uitgave vanwege het NICE, Van Gorkum 2000, waaruit blijkt dat de bereidheid te investering in de eigen coöperatie geringer is naar mate er sprake is van een groot vermogen in de dode hand, met een achterban met een collectieve structuur en zonder dat er sprake is van productdifferentiatie.

[54] In een dergelijk geval is de subholding NV immers vrijgesteld van het structuurregime op grond van art. 2:153 lid 3 sub a BW. Zie hierover M.E. Schreurs-Engelaar, *Organen van de coöperatie*, uitgave vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 46, Kluwer, Deventer 1995, p. 191-192 en Van der Sangen, *a.w.* p. 264.

ontstaan er twee gescheiden geldstromen, waaronder een marktconforme vergoeding door de eerste lijnsholding aan de leden voor de door hen geleverde goederen. Voor zover deze vennootschap winst maakt, staat de winst ter beschikking van de coöperatie. Deze kan desgewenst volledig worden gereserveerd. De door de vennootschap aan de coöperatie uitgekeerde winst kan echter ook, onder bepaalde voorwaarden, door de coöperatie aan de leden naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer en naar rato van de kwaliteit worden uitgekeerd boven op de marktconforme vergoeding als een soort ledenplusprijs. De leden kunnen vervolgens extra delen in het vermogen van de coöperatie en in de winst van de tweede lijnsactiviteiten door het nemen (tegen volstorting) van daartoe in het leven geroepen participaties op het niveau van de coöperatie. Deze participaties geven recht op een aandeel in de door de tweede lijnsvennootschappen gegenereerde winst.[55] Hetgeen aan de coöperatie als aandeelhouder aan dividend wordt uitgekeerd, moet krachtens de statuten van de coöperatie met een bepaalde cumulatieve preferentie aan de houders van de participatiebewijzen worden uitgekeerd.

De vraag kan rijzen of een dergelijke coöperatie nog wel voldoet aan de wettelijke omschrijving van art. 2:53 lid 1 BW aangezien in de doelstelling van een dergelijke coöperatie besloten ligt dat de winst ook ten goede komt aan anderen dan de leden die met de coöperatie een zakelijk verkeer onderhouden. Zelfs biedt de constructie de mogelijkheid dat derden in het vermogen van de coöperatie investeren. Voorop staat dat, voor zover de statuten niet anders bepalen, de leden uit hoofde van hun lidmaatschap geen recht hebben op uitkering van de winst.[56] Immers, het voordeel dat zij genieten door het onderhouden van een zakelijk verkeer ligt in dit geval besloten in de marktconforme vergoeding. Wel zal er bij een dergelijke afwikkeling van het zakelijk verkeer een zwaardere wissel worden getrokken op de ledenbinding. Het coöperatieve karakter van een dergelijke coöperatie komt immers hierin tot uitdrukking dat de leden aan het lidmaatschap een *exclusief recht* ontlenen hun goederen aan te bieden c.q. goederen en/of diensten van de coöperatie af te nemen. Daartegenover staat de ook in de statuten verankerde plicht van de coöperatie een zakelijk verkeer met de leden te onderhouden conform de statutaire doelstelling.[57]

## 7 Tussenstand: naar eigen vermogensvorming door niet-leden

De financiering van de coöperatie vindt traditioneel plaats door middel van zelffinanciering, aanvankelijk door middel van ledenaansprakelijkheid, later door de vorming van vermogen in de dode hand en door de introductie van eigen vermogensrekeningen. Door haar wettelijke doelstelling en de daaruit voortvloeiende inkomensvormende functie voor de leden worden coöperaties als hoofdregel niet gefinancierd door risicodragend kapitaal afkomstig van niet-leden. Hoewel aangewezen op ledenfinanciering zijn er een aantal knelpunten op economisch, fiscaal, mededingingsrechtelijk en civielrechtelijk vlak die een belemmering kunnen vormen dat leden blijven investeren in de eigen coöperatie. Ondertussen biedt de

[55] Vergelijk in dit verband de mogelijkheden besproken door T.H. Liem/D.J. Ex, ‘Tracking stock: een alternatief voor splitsing van beursvennootschappen?’, *Ondernemingsrecht* 2000-11 p. 313-317.

[56] Art. 2:26 lid 3 jo. 53a BW geeft slechts aan dat een eventuele winst *kan* worden uitgekeerd. Een uitdrukkelijke bepaling zoals bij de nv en bv in art. 2:105/216 lid 1 BW dat de winst ten goede komt aan de leden ontbreekt.

[57] Zie R.C.J. Galle/G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming*, p. 52.

wettelijke regeling van de coöperatie voldoende ruimte om ook andere vormen van ledenfinanciering te construeren, waarbij een ontkoppeling plaatsvindt tussen enerzijds de primaire vergoeding aan de leden in het kader van de afwikkeling van zakelijk verkeer, anderzijds de vergoeding aan leden en/of derden in het kader van door hen ter beschikking gesteld risicodragend kapitaal. Tevens biedt de hier bedoelde scheiding tussen eerste en tweede lijnsactiviteiten een opening voor een eventuele participatie van niet-leden in het risicodragend vermogen van de coöperatie al dan niet door middel van een beurs.

Nu blijkt dat sommige leden van coöperaties niet (meer) bereid zijn (extra) bij te dragen in de vorming van eigen vermogen,[58] is het niet verbazingwekkend dat in het bijzonder grote agrarische coöperaties de mogelijkheid onderzoeken om ook derden, niet-leden dus, door de uitgifte van vermogenstitels te betrekken bij de vorming van eigen vermogen. In het verleden werd niet uitgesloten dat dit zou kunnen plaatsvinden door de uitgifte van effecten ter beurze.[59] De binnen de coöperatieve wereld gevoerde discussie heeft in Nederland tot dusverre slechts in een beperkt aantal gevallen geleid tot het daadwerkelijk aantrekken van risicodragend vermogen van derden.[60] Van het aantrekken van risicodragend kapitaal afkomstig van beleggers door middel van een beursgang is tot dusverre in Nederland geen sprake.[61] Betoogd is wel dat een financiering van de coöperatie met risicodragend kapitaal van niet-leden niet verenigbaar is met het wezen van de coöperatie en haar juridische structuur.[62] Reeds eerder heb ik erop gewezen dat een dergelijke opvatting berust op een misvatting. Hieronder zal blijken dat de wettelijke regeling van de coöperatie voldoende ruimte biedt om coöperaties te financieren met risicodragend kapitaal van derden. De oorzaak van de beperkte toepassing van deze mogelijkheid moet dan ook gevonden worden op het gebied van economische, fiscale, mededingingsrechtelijke en/of civielrechtelijke beperkingen.[63] Een deel daarvan kwam hiervoor reeds aan de orde in paragraaf 4 en 5.

[58] Het een en ander blijkt uit de studie van C. Iliopoulos. Zie *Coöperatie*, augustus 2000, nr. 563, p. 21. Dit beeld komt ook naar voren van een enquête onder Nederlandse coöperanten uitgevoerd door de NCR in samenwerking met De Boerderij.

[59] Zie hierover NCR-rapporten *Struktuur grote (centrale) landbouwcoöperaties*, Den Haag 1973 en *Financiering van de coöperatieve onderneming*, Rijswijk 1990, P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar beursrechtspersoon*, Kluwer, Deventer 1991, S.M. Bartman/E.J.M. van der Meijden, 'Holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie', in: *Strijdige belangen in evenwicht, Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht*, Utrecht 1992, W.A. Verburg, 'Coöperaties going public', in: *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, R.C.J. Galle/G.J.H. van der Sangen (red.), Schoordijk Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1991, en G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Schoordijk Instituut, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1991, in het bijzonder hoofdstuk 6, alsmede van dezelfde 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397.

[60] Zoals in het verleden bij Cebeco-Handelsraad, en wel onderhands door een participatie van de Nationale Investeringsbank.

[61] De beursgang van apothekerscoöperatie OPG in 1992 heeft niet geleid tot het aantrekken van nieuw kapitaal. De emissie van certificaten van participaties OPG had het karakter van een herplaatsing: leden worden bij deze gelegenheid in staat gesteld niet verhandelbare inleggelden om te ruilen in participaties waarvoor via een Stichting Administratiekantoor aan toonder luidende certificaten zijn uitgegeven. OPG heeft zich inmiddels omgezet in een naamloze vennootschap.

[62] Zeer uitgesproken op dit punt is W.J.J. van Diepenbeek, *Coöperatie: Een hele onderneming!*, inaugurale rede Rijksuniversiteit Leiden, 1995, p. 14 en 25.

[63] G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999-14, p. 397.

## 8 Wettelijke doelstelling en eigen vermogensvorming door derden

Volgens art. 2:53 lid 1 BW heeft de coöperatie tot doel '*te voorzien in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen*'. Hieruit valt af te leiden dat de coöperatie een economisch samenwerkingsverband is dat de aangesloten leden economisch voordeel dient te verschaffen. In de wijze waarop de economische voordelen aan de leden moeten toekomen, laat de wetgever de coöperatie een grote mate van vrijheid. Wel wordt de coöperatie verplicht tot het onderhouden van een zakelijk verkeer met haar leden, dat in overeenstemming is met de in de statuten omschreven doelstelling van de coöperatie. Opvallend in dit verband is dat in de visie van de wetgever de leden niet uit hoofde van hun lidmaatschap aanspraak kunnen maken op uitkering van een eventueel exploitatieoverschot. Uiteraard kunnen de statuten een dergelijke aanspraak wel toekennen.[64]

De economische voordelen van de coöperatie kunnen aan de leden op verschillende wijzen opkomen. Zo kan een coöperatie werkzaam zijn volgens het kostendekkingsbeginsel en het profijtbeginsel. Zoals gezegd wordt bij een dergelijke traditionele coöperatie aan de leden voor geleverde goederen een voorlopige voorschotprijs betaald, terwijl na vaststelling van de exploitatierekening een eventueel overschot, na aftrek van de benodigde afschrijvingen en reserveringen, aan de leden wordt uitgekeerd in de vorm van een na- of slotbetaling, en wel naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer. Coöperaties kunnen echter ook op andere wijze aan hun inkomensvormende functie ten behoeve van de leden voldoen. Zo is het mogelijk dat de leden voor geleverde goederen een vooraf bepaalde, vaste vergoeding verkrijgen. Alsdan ontstaat er bij de coöperatie een winst die vergelijkbaar is met die van niet-coöperatieve ondernemingen. Afhankelijk van de statuten kan deze winst (gedeeltelijk) worden gereserveerd of (gedeeltelijk) aan de leden worden uitgekeerd. Uitkering kan dan plaatsvinden naar de mate dat de leden vrijwillig hebben bijgedragen in het eigen vermogen van de coöperatie. Op een dergelijke wijze ontstaat er een scheiding tussen enerzijds de primaire vergoeding ter zake van het zakelijk verkeer met de leden, anderzijds de vergoeding voor de kapitaalverstrekking.[65]

Tegen deze achtergrond is het de vraag of het in strijd is met de wettelijke doelstelling van de coöperatie dat door de uitgifte van participatiebewijzen ook anderen dan de leden een aanspraak krijgen op een aandeel in het jaarresultaat of in een liquidatieoverschot.[66] Gesteld kan worden dat het op zich niet in strijd is met de wettelijke doelstelling van de coöperatie dat ook anderen een aanspraak op het resultaat van de coöperatie verkrijgen, mits de inkomensvormende functie en het onderhouden van een zakelijk verkeer met de leden gewaarborgd zijn.[67] In dit verband is van belang dat de invoering hiervan een statutenwijziging impliceert waaromtrent de algemene vergadering (gezamenlijke leden dus) dient te beslissen. Een introductie

[64] Zie over de wezenskenmerken van de coöperatie G.J.H. van der Sangen, *a.w.*, in het bijzonder hoofdstuk 4.

[65] Vgl. situatie bij bijvoorbeeld Friesland Coberco Dairy Foods.

[66] Participatiebewijzen zijn 'effecten – al dan niet in een papier belichaamd – die de houder jegens de uitgevende vennootschap aanspraak geven op uitkering van een deel van de vennootschappelijke winst en/of het liquidatiesaldo en die niet zijn aandelen in het kapitaal van de desbetreffende vennootschap'. Zie S.E. Eisma, 'Tussen aandeel en schuldbrief: participatiebewijzen', in: *Ondernemingsrechtelijke contracten*, IVO, RUG, Kluwer, Deventer 1991 p. 29. Deze omschrijving acht ik ook van toepassing op de door coöperaties uit te geven participatiebewijzen.

[67] Zie G.J.H. van der Sangen, *a.w.* p. 361-367.

van een participatie van derden in het risicodragend vermogen van de coöperatie acht ik een kernbesluit dat gevolgen heeft voor de structuur en inrichting van de rechtspersoon en waarover steeds een besluit dient te worden genomen van de algemene vergadering.[68]

In het geval de coöperatie het zakelijk verkeer afrekent op basis van vooraf vastgestelde vaste vergoedingen, is het ook denkbaar dat de winst na aftrek van de door de wet en statuten vereiste reserveringen in zijn geheel vatbaar is voor uitkering aan de participatiehouders, en wel naar rato van het kapitaalbelang dat de participatiehouder in de coöperatie heeft. Leden kunnen dan – naast de primaire vergoeding voor de geleverde goederen – op dezelfde voet als derden delen in de winst door het nemen van participaties. Essentieel bij een dergelijke vormgeving van het zakelijk verkeer tussen de coöperatie en haar leden is, zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, dat de leden een exclusief recht hebben om hun goederen te doen verwerken door de coöperatie, terwijl op de coöperatie de verplichting rust de goederen van de leden af te nemen. Behoud van zeggenschap van de leden over de statutaire doelomschrijving en de wijze van invulling van het zakelijk verkeer is hierbij een absolute noodzaak.

## 9 Uitgifte participatiebewijzen en zeggenschap

Bij een participatie door niet-leden in het risicodragend vermogen van de coöperatie hebben de participatiehouders niet uit dien hoofde zeggenschap in de algemene vergadering van de coöperatie. Dit houdt verband met het feit dat stemrecht in een coöperatie als hoofdregel slechts kan toekomen aan leden.[69] De participatiehouder staat in beginsel slechts in een contractuele verhouding tot de coöperatie. Overigens is een ongeclausuleerde invloed van de participatiehouder in de algemene vergadering van de coöperatie uit oogpunt van behoud van de ledeninvloed over de kernactiviteiten van de coöperatie ook helemaal niet gewenst. De aan de participatiehouders toe te kennen invloed kan beperkt blijven tot zeggenschap over de wijze van bepaling van, en hun aanspraken op een aandeel in het exploitatieresultaat c.q. de jaarwinst. Enige zeggenschap op deze punten is ook dan gewenst indien de participatiehouder in de uitgiftevoorwaarden een vaste, cumulatief preferente vergoeding in het vooruitzicht wordt gesteld. De statuten dienen zo te zijn dat statutaire voorzieningen dienaangaande slechts kunnen worden gewijzigd na goedkeuring van de houders van participaties, bijvoorbeeld verenigd in een daartoe in het leven geroepen *vergadering van participatiehouders*.[70] Daardoor komen de

[68] Zie Pitlo/Raaijmakers, Rechtspersonen- en vennootschapsrecht, p. 404 en 405, alsmede HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 279 (UVO/Lopik). Vlg. in dit verband de regel uit HR 13 juli 2007, n.g. (ABN AMRO/VEB e.a.).

[69] Het gaat hier om een algemeen beginsel van verenigingsrecht dat uitsluitend aan het lidmaatschap stemrecht is verbonden. Personen aan wie krachtens de statuten geen stemrecht in de algemene vergadering is toegekend, zijn - ondanks een mogelijk aanduiding als zodanig in de statuten - geen leden in de zin van art. 2:38 lid 1 BW. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, 'Vergader- en stemgerechtigden bij vereniging en stichting', *S&V* 2000, nr. 6, themanummer *Besluitvorming*, p. 155-161.

[70] Een complicatie in dit verband is dat, voor zover ook leden deelnemen in kapitaal door het nemen van participatiebewijzen, deze leden een dubbele invloed kunnen aanwenden in de coöperatie. Er kan een belangentegenstelling ontstaan tussen kapitaalkrachtige leden die in ruime mate op vrijwillige basis deelnemen in de financiering en minder kapitaalkrachtige leden waarvoor deze mogelijkheid niet opgaat (bijv. omdat het beschikbare vermogen moet worden aangewend voor de eigen bedrijfsvoering).

participatiehouders niet alleen in een contractuele verhouding tot de coöperatie te staan, maar ook in een organisatierechtelijke. Het een en ander betekent dat zij tot de kring behoren van art. 2:8 BW en tevens de mogelijkheid hebben om besluiten, waarbij zij een redelijk belang hebben, aan te tasten op de voet van art. 2:14 en 15 BW.

Zoals gezegd hebben de participatiehouders niet als zodanig stemrecht in de algemene vergadering, omdat stemrecht als hoofdregel in de algemene ledenvergadering van een coöperatie alleen verbonden is aan het lidmaatschap als zodanig. Voorstelbaar is dat de participatiehouders ten aanzien van een beperkt aantal onderwerpen wel zeggenschap verwerven in de algemene vergadering van de coöperatie, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van het besluit om de jaarrekening vast te stellen en het besluit om het bestuur en de raad van commissarissen te dechargeren. Art. 2:38 lid 3 BW bevat daartoe de mogelijkheid:

*'De statuten kunnen bepalen dat personen die deel uitmaken van andere organen der vereniging en die geen lid zijn, in de algemene vergadering stemrecht kunnen uitoefenen. Het aantal der door hen gezamenlijk uitgebrachte stemmen zal echter niet meer mogen zijn dan de helft van het aantal der door de leden uitgebrachte stemmen.'*

Het sympathieke van deze voorziening is dat er tevens een maatstaf wordt gegeven voor het behoud van de ledendominantie. Naar huidig recht kan worden aangenomen dat deze vorm van toekenning van zeggenschap aan niet-leden binnen de algemene vergadering van een coöperatie een door de wetgever onderkende en erkende mogelijkheid is. Dit blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van het Statuut voor de Europese Coöperatieve Vennootschap waarin expliciet melding wordt gemaakt van de ruimte die art. 2:38 lid 3 BW thans reeds voor een coöperatie daartoe biedt.[71] Overigens stelt artikel 59 lid 3 SCE-Verordening dat een dergelijk lidmaatschap beperkt moet blijven tot niet-leden die bijdragen in de financiering van de coöperatie en verder dat het stemrecht van niet-leden beperkt is tot niet meer dan 25% van de totale stemrechten.

Toepassing van art. 2:38 lid 3 BW leidt tot een rechtstreeks lidmaatschap met stemrecht voor niet-leden in de algemene vergadering. Een bundeling van de zeggenschap van niet-leden kan vervolgens plaatsvinden door certificering. Alle participatiebewijzen worden met het oog daarop ondergebracht bij een Stichting Administratiekantoor (AK) tegenover uitgifte van certificaten. Krachtens de statuten kan de stichting AK even zoveel stemrechten uitoefenen als corresponderend met het aantal door haar gehouden participatiebewijzen. De stichting AK kan echter gezien art. 2:38 lid 3 BW nooit meer stemmen uitbrengen dan de helft van het aantal door de leden feitelijk uitgebrachte stemmen.[72] In de literatuur is wel de mogelijkheid geopperd dat aan niet-leden stemrecht kan worden toegekend door hen tot een bijzonder commanditair lidmaatschap toe laten.[73] Ik acht deze oplossing niet passend binnen het huidige verenigings- en coöperatierecht. De strekking en de ratio van de

[71] Zie MvT, TK 30 382, nr. 3, p. 15. Vlg. ook art. 8 Uitvoeringswet SCE.

[72] Dit impliceert dat de statuten bij een dergelijke coöperatie een meervoudig stemrecht kent. De mogelijkheid daartoe wordt geopend in art. 2:38 lid 1 BW. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat ook aan niet-leden die aan art. 2:38 lid 3 BW stemrecht ontlenen, een meervoudig stemrecht kan worden toegekend. Zie over de constructie G.J.H. van der Sangen, *a.w.* p. 405-412.

[73] Zie bij Bartman/Van der Meijden, *t.a.p.* p. 30 e.v., J.T.L. Nillesen, 'Financiering van grote coöperaties; Nieuwe vormen van risicodragend vermogen voor coöperaties geplaatst in civiel- en fiscaalrechtelijk perspectief', *Fiscaal Ondernemingsrecht* 1994, p. 113 e.v. en P.J. Dortmond, *t.a.p.* p. 19.

wettelijke regeling van het lidmaatschap van een coöperatie brengen mijns inziens met zich dat een coöperatie alleen leden kent die een zakelijk verkeer met de coöperatie onderhouden of hebben onderhouden.

## 10 Uitgangspunten bij de uitgifte van participaties aan niet-leden

Uit het voorgaande blijkt dat er geen juridische belemmeringen bestaan om aan niet-leden participaties uit te geven. Ook de toekenning van zeggenschap aan participatiehouders is juridisch gezien niet onmogelijk. Wel blijkt er een correlatie te bestaan tussen de mate waarin de participatiehouder aanspraak kan maken op een aandeel in het jaarresultaat en de omvang van de aan de participatiehouder toe te kennen zeggenschap.[74] De te kiezen financieringsconstructie blijkt bovendien afhankelijk te zijn – zonder overigens volledigheid te willen nastreven – van de volgende factoren:

a. de mate van verhandelbaarheid van de participaties en de mogelijkheid om door verkoop koerswinst te behalen;
b. de mogelijkheid dat leden hun vermogensaanspraken kunnen omwisselen in participaties, zodat op deze wijze het vermogen in de dode hand tot leven wordt gewekt;
c. de aard van de emissie van participatiebewijzen (is er sprake van een uitgifte van nieuwe vermogenstitels dan wel van een herplaatsing van bestaande vermogenstitels?);
d. vindt er een scheiding plaats tussen een vergoeding terzake van het zakelijk verkeer en een vergoeding voor verschaft kapitaal, zodat er ontkoppeling plaatsvindt tussen het zakelijk verkeer en de kapitaalverschaffing?;
e. op welke wijze wordt de participatie als zodanig, de daarop ontvangen vergoedingen en een eventuele koerswinst fiscaal behandeld?;
f. op welk niveau van het coöperatieve concern worden de stortingen op de vermogenstitels ontvangen, en op welke niveau en met welk doel worden de gelden aangewend?;
g. is de gekozen financieringsconstructie herhaalbaar?;
h. hoe transparant is de gekozen financieringsconstructie?

De transparantie van de gekozen financieringsconstructie kan bij een beroep op het beleggend publiek een probleem vormen. Zelfs na uitvoerige uitleg hierover in een prospectus waartoe ook een coöperatie op grond van effectenrechtelijke regelgeving gehouden zal zijn, is het nog maar zeer de vraag of de financieringsconstructie – investeren als belegger in een coöperatie – voldoende commerciële aantrekkingskracht heeft. De keuze voor de belegger om deel te nemen in het risicodragend vermogen van een coöperatie wordt echter in de eerste plaats bepaald door het behaalde (past performance) en het te verwachten resultaat (future performance). Inzicht hierin kan worden gegeven door een duidelijk beeld te geven van de als gevolg van de gekozen financieringsconstructie optredende geld- en dividendstromen. Teneinde deze helderheid te bewerkstelligen kan het zinvol zijn

[74] Bij een vaste vergoeding kan de zeggenschap beperkt zijn. Staat de winst evenwel ter beschikking van de algemene vergadering, dan zal ook de participatiehouders invloed wensen bij de besluitvorming omtrent winstbestemming. In soortgelijke zin NCR-rapport *Financiering van de coöperatieve onderneming*, Rijswijk 1990, p. 41.

reeds enige jaren voorafgaande aan de beursgang een scheiding aan te brengen tussen zogenaamde eerste lijnsactiviteiten en tweede lijnsactiviteiten. De activiteiten van het coöperatieve concern worden daartoe ondergebracht in twee afzonderlijke sub-holdings. In sub-holding A worden alle kernactiviteiten van de coöperatie ondergebracht die een direct verband houden met de uitoefening van het primaire bedrijf, d.w.z. het onderhouden van een zakelijk verkeer met de leden, zij het dat het van belang is dat het zakelijk verkeer tussen de coöperatie en haar leden wordt afgerekend op basis van marktconforme prijzen. In sub-holding B worden alle andere activiteiten, het zo genaamde secundaire bedrijf, ondergebracht. Het betreft hier valorisatie-, veredelings- en/of specifieke branche gerelateerde activiteiten. Ook buitenlandse deelnemingen kunnen hieronder worden gebracht, zij het dat hiervoor ook een derde sub-holding in het leven kan worden geroepen. In het algemeen kan men zeggen dat in sub-holding A bulkgoederen worden verwerkt, terwijl in sub-holding B meerwaarde generende activiteiten worden ondergebracht.[75] Afgezien dat hierdoor de mogelijkheid ontstaat dat een ontkoppeling plaats vindt tussen de primaire vergoedingen aan de leden ter zake van het zakelijk verkeer en de vergoedingen aan de leden en/of derden voor aan sub-holding B verstrekt kapitaal, heeft deze scheiding als voordeel dat er duidelijkheid bestaat omtrent de rentabiliteit van het coöperatieve concern als geheel en van haar afzonderlijke onderdelen.[76] Dit komt de beeldvorming bij potentiële beleggers ten goede.[77]

## 11 Beperkte mogelijkheden tot deelname in het eigen vermogen op het niveau van een dochtermaatschappij

In het hier voorgaande is er steeds vanuit gegaan dat eventuele beleggers/derden participeren in het vermogen van de coöperatie zelf. Uiteraard bestaat er ook de mogelijkheid dat beleggers eigen vermogen verschaffen aan een of meer specifieke dochtermaatschappijen binnen het coöperatieve concern of aan een bepaald bedrijfsonderdeel.[78] Deelname in het risicodragend vermogen kan betrekkelijk eenvoudig plaats vinden door emissie van aandelen door de dochtermaatschappij c.q. de sub-holding in kwestie. Een dergelijke wijze van financiering, ook wel ‘floating’ genoemd, kan de aangewezen weg zijn indien het de bedoeling is dat de opbrengst specifiek ten goede moet komen aan de dochtermaatschappij of de sub-holding in kwestie, bijvoorbeeld omdat op dat niveau de opbrengst zal worden aangewend om een acquisitie te plegen. Ook biedt het de mogelijkheid dat de dochter c.q. de sub-holding juridisch fuseert met een over te nemen kapitaalvennootschap, waarbij de

[75] Zie over dit onderscheid G. van Dijk, ‘Bedrijfsorganisatie en structuren van coöperaties’, *Coöperatie*, nr. 562, april 2000, p. 23-26.

[76] In dit verband is van belang dat er tevens een tendens is waar te nemen dat jaarrekeningen van (grote) coöperaties zo worden ingericht dat er sprake is van winst zoals bij de naamloze vennootschap. Zie hierover M.N. Hoogendoorn, ‘De commerciële jaarrekening van coöperaties’, in: *Coöperaties en nv’s: fiscale rivalen?*, G. van Dijk/D. Faber (red.), Van Gorkum 2000, p. 13-21.

[77] Aannemelijk is dat dit probleem minder speelt in het geval van een private equity transactie. In een dergelijke geval zal echter de investeerder de mogelijkheid hebben onduidelijkheden op het gebied van de transparantie in de financieringstructuur ex ante uit te onderhandelen of te verdisconteren in de vergoeding. Dienovereenkomstig zullen de kosten voor financiering van de coöperatie stijgen.

[78] Zie over deze inbrengconstructie G.J.H. van der Sangen, *a.w.*, p. 434 e.v.

aandeelhouders van de verdwijnende vennootschap aandeelhouders worden in de verkrijgende dochtermaatschappij of subholding.[79]

Een belangrijk nadeel van deze methode van financiering van onderdelen van het coöperatieve concern is evenwel dat de methode eindig is en niet onbeperkt herhaalbaar. Uitgifte van aandelen leidt immers in de regel tot zowel een verwatering van financiële, maar nog belangrijker van zeggenschapsrechten. Uiteraard is met het oog op het voeren van een centraal concernbeleid directe of indirecte doorslaggevende zeggenschap in de dochter of de sub-holding een noodzakelijkheid.[80] Zonder nadere statutaire afwijkingen impliceert dit dat de coöperatie via aandelenbezit of anderszins meer dan de helft van de stemrechten moet kunnen uitbrengen in de dochter of de sub-holding. Andere nadelige gevolgen van deze methode zijn dat de dochter c.q. de subholding geconfronteerd wordt met een of meer 'outside-aandeelhouders', wiens rechten als minderheid niet door de coöperatie als meerderheids-aandeelhouder mogen worden veronachtzaamd. Afgezien van het feit dat er niet meer buiten de algemene vergadering van aandeelhouders besluiten kunnen worden genomen (zie art. 2:128 BW), doen er zich steeds spanningen gevoelen tussen de coöperatie en de minderheidsaandeelhouder ten aanzien van de winstvaststelling en winstbestemming, in het bijzonder ten aanzien van het dividend- en reserveringsbeleid. Een dergelijk beleid zal ten opzichte van de outside-aandeelhouders de toets van art. 2:8 BW moeten doorstaan.[81] Ook blijkt dat door de gekozen constructie geen gebruik kan worden gemaakt van een fiscale eenheid tussen de coöperatie en de dochter c.q. de subholding. Overigens leidt het enkele onderbrengen van het primaire bedrijf in een kapitaalvennootschap waarvan de coöperatie enig aandeelhoudster is, ertoe dat de mogelijkheid tot aftrek van de verlengstukwinst verloren gaat. In de regel zal dit leiden tot een dubbele belastingheffing over het door de coöperatie behaalde resultaat.

Vermeld zij dat in de juridische literatuur soms wordt getwijfeld of het mogelijk is het coöperatieve concern op een dergelijke wijze feitelijk te scheiden.[82] Met name is er onduidelijkheid geweest omtrent de vraag of een coöperatie het primaire bedrijf zelf moest uitoefenen, d.w.z. dat op het niveau van de coöperatie de overeenkomsten met de leden moesten worden afgesloten, of dat het toegestaan was dat een dochtermaatschappij dit deed. De heersende opvatting is thans dat een coöperatie het feitelijk onderhouden van een zakelijk verkeer met haar leden mag overlaten aan een daartoe aangewezen dochtermaatschappij. Essentieel hierbij is wel dat de coöperatie over deze dochter doorslaggevende zeggenschap behoud en derhalve in staat is het beleid in de dochter te bepalen met het oog op de vaststelling van de voorwaarden waaronder het zakelijk verkeer plaatsvindt, en tevens dat het zakelijk verkeer met de leden door deze dochter plaatsvindt.[83]

[79] Zoals in hoofdstuk 5 aan bod kwam, zijn de mogelijkheden dat dit ook grensoverschrijdend kan aanzienlijk toegenomen binnen de Europese Unie.

[80] Zie voor de mogelijkheden om het stemrecht van de belegger in dochter c.q. de subholding te beperken G.J.H. van der Sangen, *a.w.*, p. 444-453.

[81] Vgl. in dit verband HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 (Sluis) en Hof Arnhem 26 mei 1992, *NJ* 1993, 182 (Uniwest).

[82] Feitelijk, doch niet juridisch, immers de coöperatie blijft in mijn optiek als aandeelhouder met doorslaggevende zeggenschap een centraal concernbeleid voeren waartoe ook de dochter of subholding in kwestie toebehoort.

[83] Zie hierover de bijdrage van P.J. Dortmond in hoofdstuk 1.

## 12 Een coöperatief beursmodel

Hetgeen hierboven aan de orde kwam - een introductie van participaties op het niveau van de coöperatie, een ontkoppeling tussen activiteiten ter zake van het primaire bedrijf en de meerwaarde genererende activiteiten, alsmede het creëren van mogelijkheden tot financiering van specifieke bedrijfsonderdelen, kan op de volgende wijze worden gecombineerd.[84]

De coöperatie splitst haar activiteiten in twee (of meer) afzonderlijke sub-holding op de wijze van art. 2:334a lid 2 BW. In beide subholdings wordt de coöperatie enig aandeelhouder. In sub-holding A wordt het primaire bedrijf ondergebracht, in subholding B de daartoe bestemde meerwaarde genererende bedrijfsactiviteiten en/of buitenlandse activiteiten. Op het niveau van de coöperatie worden verschillende soorten participatiebewijzen geïntroduceerd: participatiebewijzen A, die alleen toekomen aan de leden en die een recht aan de leden verschaffen tot het jaarlijks onderhouden van een zakelijk verkeer van een bepaalde omvang. Tevens geven deze participatiebewijzen recht op uitkering van een bepaalde al dan niet vaste vergoeding, indien en voor zover subholding A na aftrek van de wettelijke en statutaire reserves winst heeft behaald. Voor zover de statuten van de subholding niet anders bepalen, kan de coöperatie echter ook in haar hoedanigheid van 100%-aandeelhouder de winst geheel of gedeeltelijk reserveren met het oog op het waarborgen van de continuïteit van het primaire bedrijf van de coöperatie.

Op het niveau van de coöperatie worden tevens participatiebewijzen B uitgegeven. Dergelijke participatiebewijzen zouden rechtstreeks kunnen worden geplaatst bij zowel leden als bij derden. Deze participatiebewijzen moeten bij uitgifte volledig worden volgestort. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, hebben de houders van deze participaties niet als zodanig stemrecht in de algemene vergadering. De statuten kunnen echter bepalen dat aan de houders van participatiebewijzen op de voet van art. 2:38 lid 3 BW een bepaald meervoudig stemrecht toekomt. In de regel zal het echter ongewenst zijn dat beleggers rechtstreeks van deze zeggenschap gebruik kunnen maken in de algemene vergadering. Certificering kan op dit punt uitkomst bieden, en wel in die zin dat alle te emitteren participatiebewijzen B worden geplaatst bij een daartoe opgerichte stichting, die als administratiekantoor zal fungeren. Met het oog op een eventuele beursnotering verplicht de stichting zich voor de participatiebewijzen B certificaten aan toonder uit te geven. In de statuten van de coöperatie wordt opgenomen dat de stichting even zovele stemrechten kan uitbrengen als corresponderend met de participatiebewijzen B.[85]

Het bijzondere van de participatiebewijzen B is dat de opbrengst ervan uitsluitend wordt aangewend ter financiering van de activiteiten die zijn ondergebracht in subholding B. Daartegenover bepalen de statuten van subholding B dat de winst, na aftrek van de noodzakelijke reserveringen, wordt uitgekeerd aan de coöperatie. In de statuten van de coöperatie is vervolgens bepaald dat dit aan de

[84] In soortgelijke zin W.A. Verburg, 'Coöperaties going public', in: *De coöperatieve onderneming*, R.C.J. Galle/G.J.H. van der Sangen (red.), W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1999, p. 89.

[85] Overigens betekent dit niet dat de certificaathouders helemaal rechteloos zijn. Analoog aan de regeling bij de nv (art. 2:117 lid 2) zouden de houders van certificaten die met medewerking van de rechtspersoon zijn uitgegeven, dan recht hebben de algemene vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren. Nu een wettelijke regeling ontbreekt, zouden de statuten hierin moeten voorzien. Daarnaast is aannemelijk dat deze certificaathouders ook bevoegd zijn om een enquêteprocedure te starten bij de coöperatie en, onder omstandigheden, bij de dochter. Zie HR 6 juni 2003, *NJ* 2003, 486 (Scheipar) en HR 4 februari 2005, *JOR* 2005/58 (Landis).

coöperatie uitgekeerde dividend uitsluitend kan worden uitgekeerd op participatiebewijzen B en wel naar rato van het kapitaalbelang. De stichting is vervolgens op grond van de administratievoorwaarden verplicht het uitgekeerde dividend onder aftrek van de administratiekosten naar rato van het bezit aan certificaten uit te keren aan de certificaathouders. Uiteraard zijn er wat betreft de verhouding tussen de participatiebewijzen A en B ten aanzien van de zeggenschap in de algemene vergadering en ten aanzien van de winstverdeling variaties mogelijk. Zo kan het stemrecht van de certificaathouders via de stichting beperkt blijven, indien aan hen cumulatief preferente effecten zijn geëmitteerd. De overwinst staat dan ter beschikking aan de algemene vergadering, waarin de leden de meerderheid uitmaken.

Deze methode biedt tevens de mogelijkheid dat de leden extra kunnen delen in de winst van de activiteiten van subholding B indien en voor zover zij certificaten van participatiebewijzen nemen. De methode biedt tevens de mogelijkheid dat de leden de participatiebewijzen A, die in de regel niet verhandelbaar zijn en als het ware het vermogen in de dode hand vertegenwoordigen, kunnen converteren in participatiebewijzen B, die daarmee geacht worden te zijn volgestort. Indien voor de aldus geconverteerde participatiebewijzen certificaten aan toonder ter beurze worden aangeboden, hebben de leden een mogelijkheid de ‘koers’-waarde te verzilveren.

## 13 Conclusie

In dit hoofdstuk stonden een aantal juridische aspecten van de financiering van grote coöperatieve ondernemingen centraal. In het bijzonder is daarbij aandacht besteed aan de bestaande knelpunten op het gebied van de ledenfinanciering. Ook werd onderzocht of, en zo ja, op welke wijze de coöperatie en haar bedrijfsonderdelen kunnen worden gefinancierd met risicodragend vermogen afkomstig van niet-leden. Uitgifte van vermogenstitels op het niveau van de coöperatie deed met name vragen rijzen naar het coöperatieve karakter en het waarborgen van de dienstverlening aan de leden overeenkomstig haar in de statuten verankerde wettelijke doelstelling. Verder bleek dat het toekennen van enige mate van zeggenschap aan de belegger in de organen van de coöperatie juridisch gezien niet op onoverkomelijke bezwaren stuit. Verder is er aandacht besteed aan de mogelijkheid om aandelen aan derden te emitteren op het niveau van een specifieke dochter of subholding. De mogelijkheden daartoe zijn om verschillende redenen feitelijk beperkt. In het bijzonder dient te worden voorkomen dat de coöperatie als grootaandeelhouder de mogelijkheid verliest ten aanzien van deze bedrijfsonderdelen een centraal concernbeleid te voeren. Als laatste is een combinatiemodel besproken dat de mogelijkheid biedt dat leden én beleggers door het nemen van certificaten van participaties kunnen investeren in specifieke tweede lijnsactiviteiten. Bijkomend voordeel van deze constructie is voorts dat de coöperatieve structuur en het kernbedrijf zo veel mogelijk in tact blijven. Al met al blijkt de juridische structuur geen wezenlijke belemmeringen op te werpen voor een financiering van de coöperatie met risicodragend vermogen van derden. Omvorming naar een naamloze vennootschap is derhalve uit juridisch oogpunt niet nodig, tenzij men de aard van de coöperatieve samenwerking als zodanig loslaat, zoals dat het geval was bij OPG. Deze juridische bevindingen blijken opmerkelijk consistent met de ontwikkeling van de verschillende toepassingen van grote agrarische coöperaties over de afgelopen 10 à 15 jaar.

ARTIKEL

# De rechtsvorm van de coöperatie: verleden, heden en toekomst

*Mr. H. Koster**

## 1. Inleiding

Coöperaties komen in Nederland in de praktijk veel voor. Artikel 2:53 lid 1 BW definieert de coöperatie als een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging die zich blijkens de statuten ten doel moet stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen. Uit de wettelijke omschrijving lijkt te volgen dat de coöperatie een bijzonder soort vereniging is. Dit is evenwel niet (meer) het geval. Sinds 1 januari 1989 wordt de coöperatie als een zelfstandige rechtspersoon aangemerkt.[1] Daarvoor was de coöperatie wel een subvorm van de vereniging. Echter, er is in het verleden ook wel beweerd dat de coöperatie een bijzondere vorm van een vennootschap was.[2] Hierop sluit aan dat er wel coöperaties zijn die aandelen uitgeven tegen volstorting van een nominaal bedrag.[3] In de volgende paragrafen ga ik op de ontstaansgeschiedenis van de coöperatie in om deze verschillende visies op de rechtsvorm van de coöperatie nader te onderzoeken. De centrale vraag die ik in deze bijdrage zal beantwoorden is in hoeverre een coöperatie nu een bijzondere vorm van een vereniging is dan wel van een vennootschap. In dit kader zal ik ook bezien of het aanbeveling verdient om bepaalde aspecten van de wettelijke regeling aan te passen. Ik rond af met enkele conclusies.

## 2. De vereniging als historisch uitgangspunt

Voor de totstandkoming van de eerste wetgeving over coöperaties kende de wet drie soorten – destijds was dit het overkoepelende begrip[4] – verenigingen.[5] Ten eerste de burgerlijke maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, ten tweede het zedelijk lichaam,[6] waaronder zedelijke lichamen op openbaar gezag ingesteld zoals de Staat en zijn onderdelen, de vereniging in engere zin, de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, en ten derde de naamloze vennootschap.[7] Een vereniging in engere zin kon worden opgericht op grond van de Wet tot regeling en beperking der uitoefening van het recht van vereniging en vergadering van 22 april 1855. Deze wet vond zijn grondslag in de Grondwet van 1848. Wenste men in de praktijk een coöperatief lichaam op te richten, dan werd veelal een beroep gedaan op deze wet.[8] Zo ontstonden destijds de eerste coöperaties in Nederland. Een andere mogelijkheid waarvan toen weleens gebruikgemaakt werd om een coöperatief lichaam te laten ontstaan, was om een naamloze vennootschap op te richten.[9] De wet van 1855 op grond waarvan een vereniging kon worden opgericht, waarborgde de mogelijkheid van een wisselend ledenaantal en rechtspersoonlijkheid, twee factoren die van belang waren voor de coöperatie. Doorgaans werd met succes de vereiste Koninklijke Goedkeuring verkregen.[10] Het betrof veelal productieve, consumptieve en kredietverenigingen.[11] Deze coöperaties hadden wat betreft hun doelstellingen meer gemeen met de handelsrechtelijke vennootschappen dan met civiel-

* **Mr. H. Koster is universitair docent Ondernemingsrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.**

1. Wet van 16 juni 1988 tot invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen, *Stb*. 305.
2. J.G. Kist, *Beginselen van Handelsrecht*, 1875 (derde deel, tweede druk).
3. Asser/Rensen 2-III*, Kluwer 2012, p. 196, en G.J.H. van der Sangen 'Texels Eigen Stoomboot. Omzetting van een naamloze vennootschap in een coöperatie', *Stichting & Vereniging* 1995, p. 135-142.
4. Zie over de ontwikkelingen van het verenigingsrecht W.L.P.A. Molengraaff, *Beschouwingen over de herziening van het vereenigingsrecht*, rede uitgesproken door den Rector Magnificus ter herdenking van den stichtingsdag der Rijksuniversiteit te Utrecht op 26 maart 1903, De Erven F. Bohn 1903, en H.F.A. Völlmar, *Bijdrage tot herziening van het vereenigingsrecht*, Eduard IJdo 1917.
5. Ik laat de rederij buiten beschouwing.
6. Sommigen beweerden dat de stichting ook een zedelijk lichaam was. Zie voor een andere mening F.A.J. van Lanschot, *Stichtingen als rechtspersonen beschouwd*, Jacs. Hazenberg, Corns. Zoon 1856.
7. Asser/Scholten, *Personenrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink 1929 (zesde druk), p. 591 en 592.
8. R. Kuperus, *De coöperatieve vereeniging*, H.J. Paris 1926, p. 36.
9. E.D. Harderwijk, *Handleiding voor bestuurders van coöperaties*, Kluwer 1961, p. 23.
10. H. Goeman Borgesius, *De coöperatiewet en hare toepassing*, Thieme 1877, p. 9.
11. F.M. Huussen-De Groot, *Rechtspersonen in de negentiende eeuw*, Universitaire Pers Leiden 1976, p. 105.

rechtelijke verenigingen.[12] Dit ging vele jaren goed, totdat Minister van Justitie De Vries een op te richten kredietvereniging uit Amerongen de vereiste Koninklijke Goedkeuring weigerde in 1874. De weigering hield verband met vier bepalingen die voorkwamen in de conceptstatuten, namelijk dat (1) jaarlijks onder de leden een verdeling van de baten zou plaatshebben, (2) kredietverlening aan niet-leden was uitgesloten, (3) de leden hoofdelijk aansprakelijk waren voor de verbintenissen van de vereniging, en (4) een lid zijn inleg bij uittreding kon terugnemen. De minister meende dat deze bepalingen niet pasten bij een rechtspersoon met eigen vermogen, en daarmee niet met het karakter van een zedelijk lichaam. De consequentie hiervan was dat een passende wettelijke basis om een coöperatie op te richten, kwam te ontbreken. De argumenten van de minister om de vereiste Koninklijke Goedkeuring niet te verlenen, zijn destijds kritisch ontvangen.[13] Om de oprichting van coöperaties toch te kunnen faciliteren, en daarmee een rechtspersoon te scheppen waarbij leden hun inleg bij uittreden konden terugnemen, kwam zijn opvolger en latere premier minister Van Lynden met een wetsvoorstel om dit te regelen.

## 3. Wet op de Coöperatieve Vereenigingen 1876

Het wetsvoorstel van Van Lynden werd begin 1875 ingediend bij de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel genaamd 'Regeling der Vennootschappen met veranderlijk kapitaal' hanteerde als uitgangspunt dat de coöperatie een vennootschap was. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp stond daarover bijvoorbeeld vermeld: 'De meeste overeenkomst met de coöperatieve vereenigingen hebben de naamloze vennootschappen'.[14] De term vennootschap met veranderlijk kapitaal was ontleend aan de Franse coöperatiewet van 24 juli 1867. Men had in Frankrijk gekozen voor de omschrijving 'société à capital variable' omdat men vreesde dat aan de aanduiding 'société cooperative' een socialistische betekenis verbonden zou zijn.[15]

Volgens de minister in de memorie van toelichting was sprake van een vennootschap omdat bij een coöperatie, evenals bij een maatschap, de winst behaald wordt ten behoeve van de leden en niet ten behoeve van het lichaam, zoals dat wel het geval was bij zedelijk lichamen.[16]

De Tweede Kamer had veel kritiek op het wetsvoorstel. Een belangrijk discussiepunt was of de coöperatie nu een bijzonder soort vereniging was dan wel een bijzonder soort vennootschap.[17] Zo zei Tweede Kamerlid Van Houten: 'dat als men over het economisch karakter eener C.V. nadacht, men zou zien dat haar het essentieel karakter van vennootschap ontbreekt. Terwijl een C.V. is een vereeniging welke ten doel heeft, binnen de grenzen van hare werkzaamheid, te voorkomen dat ten koste harer leden winst wordt behaald, is een maatschap of vennootschap, volgens onze wet, een vereeniging die ten doel heeft om, ten behoeve harer leden, winst te behalen'.[18] De minister sprak dit betoog echter niet aan en hij merkte op dat toch in beide gevallen hetzelfde resultaat wordt bereikt, namelijk dat men zelf de winst opsteekt.[19] Kritiek was er ook op de naamgeving. De keuze zou namelijk voedsel geven aan een ongezond wantrouwen tegen de coöperatie.[20] Het vervolgens tot stand gekomen compromis hield in dat de coöperatieve vereeniging als een nieuw soort rechtsvorm werd getypeerd. Goeman Borgesius omschreef het destijds als volgt: 'Een coöperatieve vereeniging is – daarover werden ook de ministers en de heer Kappeyne het ten slotte eens – noch een zuivere maatschap, noch een zedelijk lichaam, maar een mixtum quid met accessoire aansprakelijkheid, waarbij in den regel het persoonlijk element op den voorgrond staat, zonder dat daarom het productief maken van kapitaal ten bate der leden is uitgesloten, een nieuwe vorm van associatie, die waar zij gelegenheid opent voor toe- en uittreding van leden, zich aansluit aan het begrip van zedelijk lichaam, maar weder veel meer de vennootschap nadert, voor zoover zij tot bevordering van de stoffelijke belangen der leden een bedrijf uitoefent. Maar juist ook omdat wij hier te doen hebben met een mixtum quid, is ook naar onze overtuiging een speciale regeling noodzakelijk'.[21] De wet kreeg als titel 'Wet op de Coöperatieve Vereenigingen'. De benaming coöperatieve vereniging is overigens een pleonasme, omdat coöperatie al samenwerking betekent. In artikel 2 van de wet was een omschrijving van de coöperatie opgenomen: 'Onder coöperatieve vereenigingen verstaat de wet vereenigingen van personen, waarbij in- en uittreding van leden is toegelaten, en die de bevordering van de stoffelijke belangen der leden ten doel hebben, als door middel van gemeenschappelijke uitoefening van hun nering en ambacht, door aanschaffing van hunnen benoodigdheden of het hun verstrekken van voorschotten of crediet'. Het was daarbij toegestaan de werkkring ook tot derden uit te strekken. Artikel 6 van de wet bepaalde vervolgens dat de coöperatieve vereniging een rechtspersoon is. Deze bepaling luidde: 'Eerst na inschrijving en openbaarmaking der acte van oprigting treedt de vereeniging als regtspersoon op'. Hiermee werd de mogelijkheid tot rechtspersoonlijkheid gecreëerd, die niet afhankelijk was van de goedkeuring van de overheid. Dit systeem voor het ontstaan van rechtspersoonlijkheid werd in die tijd ook voor handelsvennootschappen met rechtspersoonlijkheid in Duitsland en Frankrijk al toegepast.[22] Ten slotte schreef artikel 7 van de wet voor dat

12. F.M. Huussen-De Groot, *Rechtspersonen in de negentiende eeuw*, Universitaire Pers Leiden 1976, p. 105.
13. R. Kuperus, *De coöperatieve vereeniging,* H.J. Paris 1926, p. 39.
14. Besloten vennootschappen bestonden toen nog niet.
15. J.H. Boudewijnse, *De coöperatieve vereeniging naar Nederlandsch recht*, H.L. Smits 1892, p. 39.
16. Idem, p. 16-17.
17. Idem, p. 32 e.v.
18. Idem, p. 35-36.
19. Idem, p. 39.
20. Idem, p. 35-36.
21. H. Goeman Borgesius, *De coöperatiewet en hare toepassing*, Thieme 1877, p. 21.
22. F.M. Huussen-De Groot, *Rechtspersonen in de negentiende eeuw*, Universitaire Pers Leiden 1976, p. 108.

leden altijd in zekere mate aansprakelijk moesten zijn voor de verbintenissen van de coöperatie.

Hiermee was de discussie niet afgelopen. In een ontwerp van de Staatscommissie, ingesteld in 1879 en bestaande uit onder anderen J.G. Kist, T.M.C. Asser en W.L.P.A. Molengraaff, met als taak de herziening van het Wetboek van Koophandel, treft men de volgende definitie aan:[23] 'De coöperatieve vereeniging is de, op den grondslag van vrije in- en uittreding van leden ingerichte vennootschap die, tot voorziening in stoffelijke behoefte harer leden, een bedrijf uitoefent, en voor welker verbintenissen elk der leden persoonlijk als borg aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid kan bij de akte tot een bepaald bedrag worden beperkt.' Ook dit voorstel heeft het niet gehaald. Dit kwam omdat de politiek uiteindelijk besloot alles bij het oude te laten.

Hoe werd er in de literatuur[24] destijds over gedacht? In het handboek van J.G. Kist[25] lees ik over de nieuwe wet: 'De Regering ging uit van het juiste beginsel, dat de coöperatieve vereeniging is eene maatschap[26] en niet eene vereniging van personen in den zin van de wet van 22 april 1855. Terwijl bij een zedelijk ligchaam de inbreng ten doel heeft om eigendom over te dragen op dat ligchaam, …, heeft bij de coöperatieve vereenigingen de inbreng plaats niet alleen om het ingebragte kapitaal op een andere over te dragen, maar integendeel om met behoud daarvan te trachten zoveel mogelijk winst te doen'. Voorts lees ik: 'De coöperatieve vereeniging verkeert dus in denzelfden toestand als de handelsvennootschap. Naar buiten treedt zij als regtspersoon op, (…). Naar binnen evenwel is zij geen regtspersoon, maar eene maatschap of vennootschap. De verhoudingen der leden onderling zijn die van vennooten. Het vermogen van de vereeniging is het gemeenschappelijk eigendom van der leden, even als het vermogen eener handelsvennootschap'.

## 4. Wet op de Coöperatieve Vereenigingen 1925 en opname in Boek 2 BW

Met ingang van 15 juni 1925 is vervolgens de Wet op de coöperatieve vereenigingen 1925 van kracht geworden, die de wet van 1876 verving.[27] Herziening van de wettelijke regeling van de coöperaties werd noodzakelijk gevonden, aangezien de bestaande wetgeving ernstige bezwaren opleverde en niet meer voldeed aan de veranderende eisen van de praktijk.[28] Het moest allemaal – ook toen al – flexibeler en soepeler worden. Zo kwam de sanctie van nietigheid bij geringe fouten te vervallen. Ook werd algehele uitsluiting van aansprakelijkheid van de leden toegelaten en werd de mogelijkheid van een ledenraad geïntroduceerd. Grotendeels ongewijzigd bleef evenwel de wettelijke omschrijving van de coöperatie. Echter, er vond een – niet onbelangrijke – wijziging plaats. In artikel 1 lid 2 werd namelijk bepaald: 'Eene vereeniging, welke aan deze vereischten voldoet, verliest haar karakter niet, indien de statuten haar veroorloven harer werkkring tot derden uit te strekken, noch indien zij naast stoffelijke ook andere belangen behartigt'. Opmerkelijk is de zeer vlotte parlementaire behandeling. Het wetsvoorstel was op 5 april 1924 bij de Tweede Kamer ingediend, werd op 5 en 11 maart 1925 aldaar behandeld en eveneens op 11 maart 1925 aangenomen, waarna de Eerste Kamer op 27 mei 1925 het wetsvoorstel behandelde en dezelfde dag aannam en vervolgens – zelfs in onze huidige moderne elektronische communicatiemaatschappij zou dit nog zeer snel zijn – het KB op 29 mei 1925 verscheen. Ter vergelijking, de flex-BV-wetgeving heeft er bijna honderd jaar later, daarbij geen rekening houdend met de periode van consultatie en raadpleging van externe deskundigen, ongeveer vijf jaar over gedaan. De wet van 1925 heeft gegolden tot inwerkingtreding van Boek 2 BW op 26 juli 1976. Meijers heeft aan de discussie over de rechtsvorm van de coöperatie geen aandacht meer besteed bij het ontwerpen van het Burgerlijk Wetboek[29] en is uitgegaan van de verenigingsvorm. Wel is door de wetgever destijds de concept wettelijke omschrijving van Meijers aangevuld met 'anders dan bijkomstig'. Dit was toegevoegd om de coöperatie duidelijker te onderscheiden van de vereniging. Dit was belangrijk, aangezien Meijers de leer van de materiële kenmerken[30] aanhing en een duidelijke afbakening van de vereniging wenselijk werd gevonden. Ook werd hiermee een heldere afbakening aangebracht ten aanzien van kapitaalvennootschappen. Een andere belangrijke aanvulling was het vereiste dat sprake moest zijn van het sluiten van ledenovereenkomsten. Meijers meende in het kader van zijn leer van materiële kenmerken dat dit een wezenskenmerk was van de coöperatie.[31] Aldus luidde het voorstel in 1960 voor de desbetreffende bepaling: 'Onder coöperatieve verenigingen worden verstaan verenigingen, die zich anders dan bijkomstig ten doel stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien door met hen overeenkomsten te sluiten in het bedrijf, dat de vereniging te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent'. In de Invoe-

23. Kenbaar uit o.a. R.C.J. Galle, *De coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 104, en J.H. Boudewijnse, *De coöperatieve vereeniging naar Nederlandsch recht*, H.L. Smits 1892, p. 139.
24. Andere handboeken Handelsrecht die ik heb geraadpleegd, namelijk van W.L.P.A. Molengraaff uit 1912, M. Polak uit 1927 en J.G. Schürmann uit 1924, besteden hier geen aandacht aan.
25. *Beginselen van Handelsrecht*, 1875 (derde deel, tweede druk).
26. Het begrip maatschap werd destijds als algemene aanduiding gebruikt voor burgerlijke maatschappen, handelingen voor gemene rekening, vennootschappen onder firma, commanditaire vennootschappen en naamloze vennootschappen. Zie hierover J.G. Kist, *Beginselen van Handelsrecht*, 1875 (derde deel, tweede druk), p. 158 en 159.
27. *Stb*. 1925, 204.
28. O. Gezelle Meerburg, W.H. Verloop & C. Weststrate, *De wet op de coöperatieve vereenigingen*, N. Samson 1928 (tweede druk), p. 1.
29. E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire Pers Leiden 1948 (tweede afdeling hoofdstuk 1).
30. De materiële kenmerken worden veelal gedefinieerd als de in de wettelijke omschrijving van een bepaalde soort rechtspersoon voorkomende vereisten voor zijn organisatie, doelstelling en werkterrein. Zie L. Timmerman, 'Zijn de materiële kenmerken van de rechtspersoonsvormen verdwenen?', *WPNR* 1991-6030, p. 877.
31. C.J. van Zeben, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek Boek 2 Rechtspersonen*, Kluwer 1963, p. 456-457.

ringswet werd de bepaling nog wat aangepast en kwam artikel 2:53 lid 2 oud BW als volgt te luiden: 'Onder coöperatieve vereniging wordt verstaan een vereniging die zich ten doel stelt in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien door met hen overeenkomsten te sluiten in het bedrijf dat zij te dien einde ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen. De statuten kunnen de vereniging veroorloven soortgelijke overeenkomsten met de derden te sluiten, doch dit mag niet in een zodanige mate geschieden dat de overeenkomsten met de leden voor het bedrijf slechts van ondergeschikte betekenis zijn'. Ten slotte meld ik nog dat per 1 januari 1989 de benaming coöperatieve vereniging is gewijzigd in coöperatie.[32] Vanaf dat tijdstip werd de coöperatie weer als een zelfstandige rechtspersoon aangemerkt, die niet langer als een bijzondere verenigingsvorm gold. Ook is toen weer een formeel criterium gaan gelden, evenals het geval was onder de wetten van 1876 en 1925, namelijk oprichting bij notariële akte van een vereniging als coöperatie. Het materiële criterium zoals dat daarvoor gold, had als bezwaar dat het rechtsonzekerheid met zich meebracht. Overigens is het materiële criterium niet vervallen, doch bij niet-naleving is nog slechts sprake van een gebrek dat tot ontbinding of omzetting aanleiding kan geven.

## 5. Heden

Met de coöperatie is destijds beoogd een verzoening tot stand te brengen tussen arbeid en kapitaal, om maatschappelijke wanverhoudingen terug te dringen.[33] Ik citeer Goeman Borgesius: 'Door coöperatie te mingegoeden trachten door samenvoeging van kleine krachten, zedelijke en intellectuele, zoowel stoffelijke (…) voor de kleinindustrie dezelfde voordelen te verwerven, die de meerbevoorrechten in de maatschappij, ook zonder vereeniging, deelachtig worden door de macht van hun geld'.[34] Een dergelijk motief was wellicht passend in de standensamenleving zoals die er in de 19e eeuw uitzag, maar lijkt anno 2013 achterhaald. Door factoren zoals de toegenomen welvaart en het gestegen onderwijs- en kennisniveau is de samenleving nogal veranderd sinds 1838. Coöperaties treft men nu bijvoorbeeld ook aan als energiedistributeur, als accountantsorganisatie en bij samenwerkende huisartsen, advocaten of samenwerkende zzp'ers.[35] Verder wordt de coöperatie de laatste jaren ook gebruikt als houdstermaatschappij.[36] Valt dit gebruik overigens wel te verenigen met het vereiste dat het bij een coöperatie om het samen een bedrijf uitoefenen gaat? In het recent ingetrokken wetsvoorstel personenvennootschappen werd de openbare vennootschap omschreven als 'de vennootschap tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfsactiviteiten, die op een voor derden duidelijke wijze naar buiten optreedt onder een haar als zodanig gevoerde naam'. De Minister van Justitie meldde hierbij: 'Houdster- en beleggingsactiviteiten die mede gericht zijn op het besparen van kosten kunnen onder het begrip bedrijf of onder het begrip bedrijfsactiviteiten vallen'.[37] Deze interpretatie van het begrip 'bedrijf' lijkt mij ook voor de coöperatie van belang.[38] Daarnaast zijn er de laatste jaren veel fiscaal gedreven investeringscoöperaties opgericht.[39] De ledenovereenkomsten betreffen dan verplichtingen van de leden tot kapitaalstortingen en afspraken over hun rechten.[40] De uitoefening van het bedrijf wordt dan gevormd door het plegen van investeringen en houdsteractiviteiten. De rendementsbehoefte vormt daarbij de stoffelijke behoefte van de leden waarin wordt voorzien.[41] Uit deze voorbeelden blijkt dat door de behoeften van de praktijk op creatieve wijze nieuwe toepassingsmogelijkheden van de coöperatie zijn ontstaan. Als gekeken wordt naar de kenmerken van een coöperatie, lijkt hierbij wel sprake van enige grensverkenning. Immers, een belangrijk kenmerk van een coöperatie is dat zeggenschap wordt ontleend aan het lidmaatschap met bijbehorende kenmerken en niet aan de inbreng van kapitaal. Bij houdster- en investeringscoöperaties lijkt dit lidmaatschap enigszins 'opgezocht'. Overigens hebben de rechtsvormen van de coöperatie en kapitaalvennootschappen (in toenemende mate) veel gelijkenissen. Het verschil tussen beide rechtsvormen is in de praktijk niet altijd erg helder.[42] Zo kennen beide een algemene vergadering en een bestuur en optioneel – tenzij het structuurregime geldt – een raad van commissarissen. Bij een coöperatie kan, mits statutair toegestaan, het lidmaatschap overdraagbaar zijn, evenals aandelen bij een kapitaalvennootschap.[43] Een onderscheid tussen beide rechtsvormen dat wel eens genoemd wordt,

32. Wet van 16 juni 1988 tot invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen, *Stb*. 305.
33. J.H. Boudewijnse, *De coöperatieve vereeniging naar Nederlandsch recht*, H.L. Smits 1892, p. 1.
34. H. Goeman Borgesius, *De coöperatiewet en hare toepassing*, Thieme 1877, p. 4.
35. Zie over de personencoöperatie J.B.W.M. Kemperink, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, Kluwer 2006, par. 4.3.3.
36. Zie hierover ook P.C.S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010-3, 23, p. 133.
37. *Kamerstukken II* 2005/06, 28 746, nr. 5, p. 11.
38. Zie over een dergelijke interpretatiemogelijkheid M.J. Kroeze, 'De ingetrokken wetsvoorstellen over titel 7.13: een bron van recht', *Ondernemingsrecht* 2012-6, 43.
39. Zie hierover uitgebreid J.B.W.M. Kemperink, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, Kluwer 2006, par. 4.3.2.
40. Kritisch over dit type coöperatie is Dortmond. Zie P.J. Dortmond, 'De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm* , BJu 2007, p. 8. In de memorie van toelichting bij het SCE-wetsvoorstel is hierover evenwel het volgende gezegd: 'Daarentegen wordt over het algemeen niet getwijfeld aan de economische betekenis voor een coöperatie van beleggers, investeringsmaatschappijen en andere kapitaalverschaffers voor het aantrekken van risicodragend kapitaal.' Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 382, nr. 3, p. 15.
41. Asser/Rensen 2-III*, Kluwer 2012, p. 194 en 214-217.
42. Zo ook J.M. Polak, *De coöperatieve vereniging* (preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen), 1965, p. 10.
43. De verplichte blokkeringsregeling bij de besloten vennootschap is immers vervallen.

is dat verenigingen een vereniging van personen is en een kapitaalvennootschap een vereniging van kapitaal. Dit lijkt evenwel onzuiver omdat een kapitaalvennootschap ook een vereniging van personen is. Verder levert het kapitaal ook geen echt verschil op. Het kapitaal van een kapitaalvennootschap geldt als garantie voor derden bij aansprakelijkheid. Er wordt vooraf een reserve gevormd. Een coöperatie met wettelijke aansprakelijkheid of beperkte aansprakelijkheid biedt evenwel ook een dergelijke garantie, doch nu is het 'kapitaal' (mogelijk) achteraf verschuldigd. Ik wijs ook op een fiscaal arrest van de Hoge Raad van 6 mei 1925 (*NJ* 1925, 728) – de motivering is afgezien van dit punt niet heel helder – waaruit dit blijkt. De Hoge Raad legde in deze uitspraak uit dat het feit dat een coöperatieve groothandelsvereniging een kapitaal heeft, geen reden is om deze niet als coöperatie te beschouwen aangezien 'bij haar niet de deelneming in dat kapitaal de grondslag is van het lidmaatschap, doch omgekeerd zij, die toetreden, op grond dier toetreding gehouden zijn zekere bijdragen te geven, waarvan nog bovendien de grootte afhankelijk is van het ledenaantal der toetredende coöperatie'. Een ander kenmerk dat wel eens genoemd wordt, is dat doorgaans de leden ook anders dan financieel bij de coöperatie zijn betrokken. Bij besloten vennootschappen ziet men evenwel een dergelijke betrokkenheid ook nogal eens. Ten slotte, door de flexibilisering van het BV-recht en het voornemen om voor naamloze vennootschappen hetzelfde te doen, vertonen de kapitaalvennootschappen ook wat dat betreft meer gelijkenis met de flexibele rechtsvorm van de coöperatie. De conclusie is dat in de praktijk de rechtsvorm van de coöperatie is opgeschoven in de richting van de kapitaalvennootschappen.

## 6. Tussenstand en een rechtsvergelijkend intermezzo

De coöperatieve vereniging in de eerste wettelijke regeling van 1876 was geen subvorm van de vereniging in engere zin – de huidige 'Boek 2 BW'-vereniging – noch een subvorm van de vennootschap. Deze nieuwe rechtsvorm betrof een mengsel van de rechtsvormen vereniging en vennootschap. Uit de vorige paragrafen blijkt dat de wetgever, ongemerkt zo lijkt het, de coöperatie als een verenigingsvorm is gaan beschouwen, hoewel de wetgever hierop in 1989 teruggekomen is. Ik vermoed dat dit komt omdat de coöperatie in 1876 als coöperatieve vereniging werd aangeduid. Verder is gebleken dat het onderscheid tussen de rechtsvorm van de coöperatie en de kapitaalvennootschappen niet eenvoudig te verwoorden valt. Ten slotte valt in de praktijk waar te nemen dat de rechtsvorm van de coöperatie in de richting van de kapitaalvennootschappen is opgeschoven.

In België is de coöperatie in de wet wel als coöperatieve vennootschap aangeduid. Artikel 350 Wetboek van Vennootschappen bepaalt: 'De coöperatieve vennootschap is een vennootschap die is samengesteld uit een veranderlijk aantal vennoten met veranderlijke inbrengen.' De Belgische coöperatieve vennootschap is daarmee in wezen een kapitaalvennootschap.[44] De aandelen in een Belgische coöperatieve vennootschap zijn op naam en in beginsel vrij overdraagbaar. Afgezien van deze aandelen kan de Belgische coöperatieve vennootschap geen andere effecten uitgeven, welke maatschappelijke rechten vertegenwoordigen of recht geven op een deel van de winst. Ten slotte bepaalt artikel 382 Wetboek van Vennootschappen dat, tenzij anders bepaald is in de statuten, alle vennoten stemgerechtigd zijn in de algemene vergadering en elk aandeel recht geeft op een stem.

Ook de Europese coöperatie is aangeduid als een vennootschap. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE) heeft kenmerken van zowel een vennootschap als van een coöperatie.[45] Opvallend is dat artikel 14 lid 1 SCE-verordening[46] de mogelijkheid biedt om in de statuten te bepalen, mits dat is toegestaan bij de wetgeving van de lidstaat waar de SCE haar statutaire zetel heeft, dat personen die naar verwachting geen gebruik zullen maken van de door de SCE aangeboden goederen of diensten of geen goederen of diensten aan de SCE zullen leveren, kunnen worden toegelaten in de hoedanigheid van kapitaalverschaffers (niet-gebruikende leden). In dat geval beslist de algemene vergadering of enig ander orgaan dat daartoe door de algemene vergadering of op grond van de statuten gemachtigd is, over de toelating. Aan de aandelen in een SCE is evenwel geen stemrecht verbonden. Het stemrecht is aan het lidmaatschap gekoppeld. Nederland heeft deze optie overgenomen. Artikel 8 Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap bepaalt aldus: 'De statuten van een Europese coöperatieve vennootschap met statutaire zetel in Nederland kunnen bepalen dat het lidmaatschap open staat voor niet-gebruikende leden, bedoeld in artikel 14, eerste lid, van de Verordening. Worden in de statuten aan niet-gebruikende leden, bedoeld in artikel 14, eerste lid, van de Verordening, stemrechten toegekend dan bedragen deze tezamen ten hoogste een kwart van het totale aantal stemrechten op grond van de statuten.'

Een coöperatieve vennootschap is in Nederland in de literatuur ook wel eens voorgesteld, naast de coöperatieve vereniging.[47] Ook zou gedacht kunnen worden aan het vervangen van de coöperatie door de coöperatieve vennootschap. Zou een van deze twee suggesties opvolging verdienen? En indien niet, is er anderszins reden om de wettelijke regeling te herzien? Ik beantwoord deze vragen in de volgende paragraaf.

44. H. Braeckmans & R. Houben 'Handboek vennootschapsrecht', *Intersentia* 2012, p. 99.
45. Zie over deze nieuwe rechtsvorm E.D.G. Kiersch & G.M. ter Huurne, 'De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)', *Ondernemingsrecht* 2005, p. 346-353, en W.J.M. van Veen (red.), *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, Kluwer 2006.
46. Verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese coöperatieve vennootschap (SCE) (*PbEU* 2003, L 207/1).
47. J.B. Zeijlemaker, 'Rechtspersonen en ondernemingsrecht', *WPNR* 1972, p. 54.

## 7. Van het heden naar de toekomst

Is het wenselijk om een Nederlandse coöperatieve vennootschap toe te staan, naast de coöperatieve vereniging of om de huidige coöperatie te vervangen door een coöperatieve vennootschap? Ik meen van niet. Gelet op het feit dat een coöperatie een flexibele rechtsvorm is met zowel vennootschapseigenschappen als verenigingseigenschappen die in de praktijk voldoende bruikbaar wordt bevonden, ligt het mijns inziens meer voor de hand de rechtsvorm van de coöperatie als een vaststaand gegeven te beschouwen. Hierop sluit aan dat er nu al coöperaties zijn die aandelen uitgeven tegen volstorting van een nominaal bedrag.[48] De huidige wettelijke regeling belemmert dit niet. Het lijkt eigenlijk – ook gelet op regeling van de Belgische coöperatieve vennootschap en de SCE – in de praktijk niet zo veel uit te maken of een coöperatie als vennootschap of vereniging wordt aangemerkt. Een coöperatieve vennootschap, al dan niet als aanvulling, lijkt daarom niets toe te voegen.

Is er dan anderszins reden om de wettelijke regeling te herzien? Deze vraag beantwoord ik wel bevestigend. Om dit uit te werken, keer ik terug naar de omschrijving van de coöperatie. De wet duidt de coöperatie aan als een 'bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging die zich blijkens de statuten ten doel moet stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen'. Op deze omschrijving valt wel wat aan te merken. Ten eerste meen ik dat de omschrijving van de coöperatie in de eerste zin van artikel 2:53 lid 1 BW herzien zou moeten worden zodat niet langer naar de vereniging wordt verwezen. Immers, hiervoor is vastgesteld dat een coöperatie een flexibele rechtsvorm is met zowel vennootschapseigenschappen als verenigingseigenschappen De herziene wettekst zou als volgt kunnen luiden: 'Een coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte rechtspersoon met leden'. Niet gewijzigd hoeft te worden dat de meeste bepalingen over de vereniging op de coöperatie van toepassing zijn verklaard, aangezien de coöperatie immers onder meer kenmerken heeft van een vereniging. De tweede aanpassing die ik voorstel, houdt verband met het vereiste dat een coöperatie zich blijkens de statuten ten doel moet stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien krachtens overeenkomsten, anders dan van verzekering, met hen gesloten in het bedrijf dat zij te dien einde te hunnen behoeve uitoefent of doet uitoefenen. Met stoffelijke behoeften is gedacht aan behoeften op het economisch vlak. Echter, ik vermoed dat bij lezing lang niet iedereen deze betekenis aan 'stoffelijke' zal toekennen. Het verdient daarom aanbeveling dit in de wettekst tot uitdrukking te brengen door het ouderwetse woord 'stoffelijke' door het woord 'economische' te vervangen zodat de wettekst beter aansluit op wat bedoeld wordt.[49] Een coöperatie behoort de economische behoeften van haar leden te vervullen en niet alleen een ideëel doel hebben.[50] Het lid als persoon is van belang, omdat zijn zakelijke relatie met de coöperatie de reden van het bestaan van de coöperatie vormt. Dat neemt niet weg dat ik meen dat het toegestaan is dat ook in geringe mate niet-economische behoeftevervulling van leden toegestaan is.[51] In de wet van 1925 was het zelfs uitdrukkelijk vastgelegd dat dit toegelaten was. Voor de duidelijkheid zou kunnen worden overwogen om dit opnieuw in de wettelijke omschrijving op te nemen.

Een ander kenmerk van een coöperatie is dat het niet de bedoeling is dat het bedrijf van een coöperatie zich nagenoeg uitsluitend gaat richten op derden. Daarvoor zijn de kapitaalvennootschappen bedoeld. De coöperatie onderscheidt zich, zo is de gedachte, van de naamloze en besloten vennootschap door het sluiten van overeenkomsten met haar leden. Naast het lidmaatschap is er ook een contract. In de literatuur is het standpunt ingenomen dat bijkomstige overeenkomsten al voldoende zijn. Omstreden is dit echter niet.[52] In de praktijk komt dit overigens wel voor. Hierbij kan gedacht worden aan flatcoöperaties, waarbij het lidmaatschap de kern vormt van de relatie tussen het lid en de coöperatie en niet de overeenkomst. Ook bij productiecoöperaties doet zich dit wel voor.[53] In de praktijk worden afspraken ook in statuten, reglementen en besluiten vastgelegd. Ik ben van mening dat het vereiste van het sluiten van overeenkomsten beter geschrapt kan worden.[54] Zoals in paragraaf 5 aan de orde is gekomen, leidt het vereiste van een overeenkomst soms tot moeizame redeneringen om hieraan te voldoen. In de literatuur is gesteld dat aan de wettelijke omschrijving zou moeten worden toegevoegd, ter vervanging van de contractuele relatie, dat de coöperatie zich blijkens haar statuten ten doel moet stellen te voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden door met hen een zakelijk verkeer te onderhouden in het bedrijf dat de coöperatie daartoe ten behoeve van haar leden uitoefent of doet uitoefenen.[55] Zakelijk verkeer als criterium heeft niet mijn voorkeur, omdat het een bestendige interactie impliceert, die er – bijvoorbeeld bij een flatcoöperatie – niet altijd zal zijn. Geschikter lijkt mij de term 'zakelijke relatie'. Ik beveel daarom aan dat het vereiste van het sluiten van overeenkomsten uit de wettelijke omschrijving wordt verwijderd en dat in plaats daarvan een zakelijke relatie

48. Asser/Rensen 2-III*, Kluwer 2012, p. 196, en G.J.H. van der Sangen, 'Texels Eigen Stoomboot. Omzetting van een naamloze vennootschap in een coöperatie', *Stichting & Vereniging* 1995, p. 135-142.
49. Zo ook R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 144.
50. Asser/Rensen 2-III*, Kluwer 2012, p. 202.
51. Zo ook G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 118.
52. P.C.S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010-3, 23, p. 133.
53. G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 209.
54. Zie hierover uitgebreid R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, par. 8.2, en G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, par. 5.2.
55. G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, par. 5.7.

wordt voorgeschreven. Uit de parlementaire geschiedenis[56] – en zo ook de meeste schrijvers[57] – lijkt te volgen dat de overeenkomsten ook door een dochtermaatschappij kunnen worden aangegaan. De wet sluit hier echter niet op aan.[58] Het lijkt wenselijk – onder meer gelet op de tegengestelde meningen in de literatuur – om duidelijker in de wettelijke regeling vast te leggen dat de zakelijke relatie ook kan worden onderhouden door een dochtermaatschappij van de coöperatie zodat er geen enkele twijfel meer kan bestaan dat dit is toegelaten.

Ten slotte besteed ik aandacht aan de financiering van coöperaties. Traditioneel hing de financiering van coöperaties samen met het systeem van ledenaansprakelijkheid op grond waarvan het mogelijk was om van externe financiers geld te lenen. Ook was er wel sprake van een soort van leverancierskrediet door de leden, het vergroten van het eigen vermogen door reserveringen ten laste van het exploitatiesaldo of het verstrekken van geldleningen door de leden.[59] Een andere mogelijkheid is de uitgifte van vermogenstitels – certificaten, aandelen, ledenbewijs of participatiebewijs – op naam aan de leden. Hierbij kan op basis van artikel 2:38 lid 1 BW worden gewerkt met gedifferentieerd stemrecht waardoor een lid meer dan één stem kan hebben.[60] Ook kapitaalfinanciering door derden waarbij de winst van de coöperatie gedeeltelijk aan de kapitaalverschaffers toekomt, wordt wel mogelijk geacht.[61] Daarbij kan aan de derden zeggenschap worden gegeven door gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 2:38 lid 3 BW biedt. Deze bepaling luidt als volgt: 'De statuten kunnen bepalen dat personen die deel uitmaken van andere organen van de vereniging en die geen lid zijn, in de algemene vergadering stemrecht kunnen uitoefenen. Het aantal van de door hen gezamenlijk uitgebrachte stemmen zal echter niet meer mogen zijn dan de helft van het aantal van de door leden uitgebrachte stemmen'.[62] In dit kader merk ik op dat het voor de duidelijkheid zou kunnen worden overwogen om in de wettelijke regeling van de coöperatie op te nemen dat een coöperatie aandelen kan uitgeven aan leden en niet-leden. Dat zou ook verduidelijken dat de coöperatie een rechtsvorm is met zowel vennootschapseigenschappen als verenigingseigenschappen. In elk geval is duidelijk dat een coöperatie naast leden ook niet-leden kan hebben met stemrecht. Kan een coöperatie evenwel ook niet-gebruikende leden met stemrecht hebben? De Nederlandse coöperatiewetgeving kent een dergelijke ledencategorie niet. Is dit niettemin toegestaan? Er is in het verleden wel verdedigd dat kapitaalfinanciering door een bijzonder lid – een stichting administratiekantoor[63] – toegelaten is, waarbij dit lid geen overeenkomst sluit met de coöperatie in het bedrijf dat door de coöperatie wordt uitgeoefend ten behoeve van de leden om in bepaalde stoffelijke behoeften van de leden te voorzien.[64] De wetgever meent echter dat hierover twijfel bestaat.[65] Ik citeer: 'In het Nederlandse coöperatierecht is de vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, een nationale coöperatie niet-gebruikende (kapitaalverschaffende) leden – in dit verband wordt ook wel gesproken over beleggerlidmaatschap, stil of commanditair lidmaatschap – kan hebben nog niet definitief beantwoord. Sommige auteurs concluderen met een beroep op artikel 2:53, eerste lid, BW in ontkennende zin; andere met een beroep op de wetsgeschiedenis in bevestigende zin'.[66] Daarentegen staat de SCE-regelgeving uitdrukkelijk toe dat personen die naar verwachting geen gebruik zullen maken van de door de SCE aangeboden goederen of diensten of geen goederen of diensten aan de SCE zullen leveren, kunnen worden toegelaten in de hoedanigheid van kapitaalverschaffers, niet-gebruikende leden. Artikel 8 Uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap bepaalt in dat kader dat het stemrecht van dergelijke niet-gebruikende leden tezamen ten hoogste een kwart van het totale aantal stemrechten op grond van de statuten kunnen bedragen. Ik meen dat in navolging van de SCE ook de Nederlandse coöperatiewetgeving de mogelijkheid moet bieden dat een coöperatie niet-gebruikende leden met stemrecht kan hebben. Conform artikel 2:38 lid 3 BW kan dan worden bepaald dat het aantal van de door niet-leden en niet-gebruikende leden gezamenlijk uitgebrachte stemmen niet meer zal mogen zijn dan de helft van het aantal van de door gebruikende[67] leden uitgebrachte stemmen.

56. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 725, nr. 3, p. 75.
57. Zie voor een overzicht P.C.S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010-3, 23, p. 135, noot 45.
58. Galle meent daarom dat deze opvatting onjuist is. R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 18.
59. R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 189.
60. R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 193.
61. Zie hierover het NCR-rapport 'Een nieuwe financieringsvorm voor de landbouwcoöperatie' uit 1973. Zie verder ook het NCR-rapport 'Financiering van de coöperatieve onderneming' uit 1990.
62. Deze bepaling hangt samen met artikel 2:37 lid 4 BW. Indien in de statuten is bepaald dat een bestuurder in een vergadering uit een bindende voordracht moet worden benoemd, kan op grond van deze bepaling aan die voordracht het bindend karakter worden ontnomen door een met ten minste twee derden van de uitgebrachte stemmen genomen besluit van die vergadering. Artikel 2:38 lid 3 BW verhindert dat niet-leden een benoeming op grond van een dergelijke voordacht kunnen doordrukken tegen de zin van de leden.
63. Kritisch hierover Galle. Zie R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief*, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 198. Ook Van der Sangen is kritisch, aangezien toch zakelijk verkeer een vereiste is. Zie G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 387.
64. P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, Kluwer 1991, p. 18-19.
65. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 382, nr. 3, p. 15.
66. Dortmond is van mening dat een of meer van dergelijke leden geoorloofd zijn, doch allen bij uitzondering, en in het belang van de (financiering) van het bedrijf van de coöperatie. Zie P.J. Dortmond, 'De uitvoeringswet verordening Europese coöperatieve vennootschap (SCE)', *Ondernemingsrecht* 2006-2, 15, p. 45.
67. Het gaat dan om leden met een zakelijke relatie, zoals hiervoor in deze paragraaf toegelicht.

## 8. Afronding

De coöperatie is een boeiende rechtsvorm. Met de coöperatie is destijds beoogd een verzoening tot stand te brengen tussen arbeid en kapitaal, om maatschappelijke wanverhoudingen terug te dringen. Sinds 1838 is er wel wat veranderd. Coöperaties treft men bijvoorbeeld nu ook aan als energiedistributeur, als houdstermaatschappij en bij samenwerkende dienstverleners. De coöperatieve vereniging in de eerste wettelijke regeling van 1876 was geen subvorm van de vereniging in engere zin – de huidige 'Boek 2 BW'-vereniging – noch een subvorm van de vennootschap. Destijds betrof het een mengsel van de rechtsvormen vereniging en vennootschap. De wetgever is, ongemerkt zo lijkt het, de coöperatie als een verenigingsvorm gaan beschouwen, hoewel de wetgever hierop in 1989 teruggekomen is. De vraag of het wenselijk is om een Nederlandse coöperatieve vennootschap toe te staan, heb ik in deze bijdrage ontkennend beantwoord. Wel meen ik dat er reden is om de huidige wettelijke regeling te herzien. Ik heb enkele suggesties gedaan tot herziening. Het betreft:

- de verwijzing naar de vereniging in de wettelijke omschrijving van de coöperatie kan vervallen;
- het in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden voorzien kan worden vervangen door het in bepaalde economische behoeften voorzien;
- het in de wettelijke omschrijving opnemen dat ook in geringe mate niet-economische behoeftevervulling van leden toegestaan is;
- het vereiste van het sluiten van overeenkomsten kan vervangen worden door het vereiste van een zakelijke relatie;
- de suggestie om duidelijker in de wettelijke regeling vast te leggen dat de zakelijke relatie ook kan worden onderhouden door een dochtermaatschappij van de coöperatie;
- de overweging om in de wettelijke regeling van de coöperatie op te nemen dat een coöperatie aandelen kan uitgeven aan leden en niet-leden;
- de suggestie dat in navolging van de SCE de Nederlandse coöperatiewetgeving ook de mogelijkheid dient te bieden dat een coöperatie niet-gebruikende leden met stemrecht kan hebben, waarbij het aantal van de door niet-leden en niet-gebruikende leden gezamenlijk uitgebrachte stemmen niet meer zal mogen zijn dan de helft van het aantal van de door gebruikende leden uitgebrachte stemmen.

Ik spreek de wens uit dat het nieuwe kabinet in het kader van de modernisering van het Nederlandse ondernemingsrecht de coöperatie ook eens tegen het licht houdt.

# Ondernemingsrecht, Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness


| | | | |
|---|---|---|---|
| Vindplaats: | Ondernemingsrecht 2012/81 | Bijgewerkt tot: | 09-07-2012 |
| Auteur: | Mr. dr. Ger J.H. van der Sangen[1] | | |


## Samenvatting


In deze bijdrage belicht de schrijver de ontwikkeling van de financiering en de eigen vermogensverschaffing bij agrarische coöperaties. In de praktijk zijn instrumenten ontwikkeld die volledig gebruikmaken van de organisatievrijheid van het Nederlandse verenigings- en coöperatierecht. Binnen de bestaande juridische kaders is het mogelijk coöperaties op een innovatieve wijze te financieren via verhandeling van vermogenstitels en ook met kapitaal afkomstig van niet-leden. Daarmee is Nederland internationaal gezien een trendsetter en elementen daarvan zijn ook in de Verenigde Staten inmiddels tot wasdom gekomen. Daarbij wordt wel uit oogpunt van efficiency afstand gedaan van een aantal internationaal gepropageerde ideologische coöperatiebeginselen. Deze coöperatiebeginselen omvatten ‘open membership’, ‘one man, one vote’, het kostendekkingsbeginsel en de afwezigheid van vergoedingen voor ingebracht kapitaal. De spankracht van het Nederlandse coöperatierecht is dermate groot dat zij ook onderdak biedt aan deze innoverende coöperaties. Vervolgens wordt een aantal ontwikkelingen beschreven op welke wijze coöperaties eigen vermogen kunnen aantrekken van leden en niet-leden door de uitgifte van vrij verhandelbare eigen vermogenstitels. Een belangrijk element daarin is dat de coöperatie het zakelijk verkeer met de leden niet meer afwikkelt volgens het kostendekkingsbeginsel maar op basis van marktconforme prijzen. Aandachtspunten hierbij zijn de vraag of en zo ja, op welke wijze ledenfinancieringsprogramma’s bijdragen aan de solvabiliteit, de wijze waarop de winst wordt vastgesteld en de wijze van inrichting van de jaarrekening. Vanuit beleidsmatig oogpunt is een interessant gegeven dat geen van de agrarische coöperaties die internationaal actief zijn en een grote behoefte aan kapitaal hebben, de rechtsvorm van de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) hebben aangenomen, alhoewel die een governance structuur bevat die het juridisch mogelijk maakt investeerders te betrekken bij de eigen vermogensvorming. De vraag is dan ook of het Nederlandse coöperatierecht model kan staan voor een toekomstige aanpassing van het SCE Statuut.


## 1.Inleiding

In deze bijdrage staan enige juridische aspecten van de financiering van coöperaties centraal. De wijze van financiering vormt een belangrijk onderdeel bij de keuze van ondernemers voor een bepaalde rechtsvorm. De rechtsvorm van de coöperatie blijkt wereldwijd de dominante rechtsvorm van



Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

samenwerking van agrarische producenten. Voor de wijze van financiering van agrarische coöperaties bestaat wel enige aandacht, maar zowel in de economische literatuur als ook in de juridische literatuur staat die niet in verhouding tot het belang van de organisatievorm voor de maatschappij vergeleken met de aandacht voor de zogenaamde investor-owned firm.[2] Zo liet Kalmi[3] zien dat het fenomeen coöperatie na de Tweede Wereldoorlog nagenoeg geheel verdwenen was uit de economische literatuur. Inmiddels is er sprake van een opleving binnen de economische literatuur, ook op het gebied van de financiering. Die literatuur is descriptief van karakter en geeft verklaringen voor de veranderingen in de wijze waarop coöperaties worden gefinancierd, zonder dat er al sprake is van een sluitend economisch model voor de financiering van coöperaties.[4] De nadruk ligt vaak op een analyse van de effecten van het loslaten van traditionele coöperatiebeginselen op de governance.[5]
In de juridische literatuur zien we twee oplevingen in de discussie omtrent de financiering van de coöperatie: begin jaren negentig van de vorige eeuw omtrent de discussie of met name agrarische coöperaties mogelijkheden hebben om buiten de kring van de eigen leden eigen vermogen aan te trekken, in het bijzonder of het mogelijk was dat een coöperatie verhandelbare vermogenstitels kon uitgeven aan beleggers via de beurs.[6] Een tweede opleving in de juridische literatuur in de periode 2005-2010 was een reactie op een meer kunstmatige toepassing van de rechtsvorm van de coöperatie als holding of als tussenholding bij internationale financieringsstructuren in private equity-transacties.[7] Het gebruik van de coöperatie was mede ingegeven door fiscale motieven, in het bijzonder door de niet toepasselijkheid van de dividendbelasting op coöperaties.[8] Inmiddels is aan dit ‘fiscale’ gebruik van de coöperatie getracht paal en perk te stellen.[9]Ik laat deze toepassing van de coöperatie als zodanig in deze bijdrage onbesproken en verwijs naar de fiscale bijdragen in dit themanummer.
In deze bijdrage richt ik mij op het ‘klassieke’ gebruik van de coöperatie als ondernemingsvorm van overigens zelfstandige ondernemers die een of meer bedrijfsfuncties gezamenlijk hebben samengebracht in een coöperatie, zoals dat te doen gebruikelijk is in de agrarische sector. Daar is alle reden toe omdat de coöperatieve onderneming en de juridische invulling daarvan hoog op de agenda staan van beleidsmakers, zowel internationaal als ook binnen de Europese Unie. Ik verwijs daarvoor naar de door de Verenigde Naties geëntameerde activiteiten in het kader van het internationale jaar van de coöperatie 2012[10] en naar beleidsinitiatieven van de Europese Commissie ter bevordering van het gebruik van de coöperatie.[11] In dat licht past ook de aandacht van de Europese Commissie voor een revisie van het Statuut voor de Europese Coöperatieve Vennootschap.[12] Dat statuut heeft tot op heden slechts een geringe toepassing gevonden (17 opgerichte SCEs ten tijde van het verschijnen van het SCE-rapport 2010 en thans, zij het onbevestigd, 24 SCEs), hoewel nadrukkelijk in de SCE-Verordening de mogelijkheid onder ogen is gezien en de faciliteiten werden aangereikt dat lidstaten de mogelijkheid konden creëren dat een SCE ook lidmaatschappen kan introduceren met stemrecht voor niet-gebruikende leden die fungeren als kapitaalverschaffers.[13] Niet alleen hebben niet alle landen deze mogelijkheid geïmplementeerd, maar ook in de landen waarin dat wel is gebeurd, zoals in Nederland, wordt van deze mogelijkheid in de praktijk geen gebruikgemaakt.

## 2.Kenmerken van de coöperatie: tussen efficiency en fairness

Zoals hierboven aangeven wordt de ondernemingsvorm van de coöperatie gepropageerd als een geschikt alternatief voor verschillende vormen van samenwerking. Ook wordt daar door beleidsmakers een sociaal-ideologische dimensie aan gegeven.[14] Dat kan echter op gespannen voet


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

staan met een meer economische benadering van de coöperatie die de coöperatie met name beschrijft vanuit de economische functie van de coöperatie voor de aangesloten leden als middel om meer slagkracht te ontwikkelen in de markt en te fungeren als *countervailing power* dan wel als middel om transactiekosten te verminderen.[15] Daarbij zij opgemerkt dat ook de coöperatie als organisatievorm door groei zo complex kan worden dat deze additionele organisatiekosten met zich kan brengen ter oplossing van verschillende agency-problemen die daarmee gepaard gaan. Dat plaatst beleidsmakers en wetgevers overigens voor een dilemma: waar voor de initiële gebruikers in het bijzonder de economische en de inkomensvormende functie vooropstaat, zullen beleidsmakers mogelijk geneigd zijn ook sociaal-ideologische motieven trachten te verweven in beleidsmaatregelen, waaronder de inrichting van de rechtsvorm als zodanig. Een dergelijke keuze kan echter ten koste gaan van de efficiency van de rechtsvorm als zodanig. Het lijkt erop dat wettelijke regelingen van de coöperatie zowel onderdak moeten bieden voor de kleine regionale start-up-coöperatie in ontwikkelingsgebieden als ook voor het grote, internationaal functionerende coöperatieve concern, waarbij recht wordt gedaan aan de verschillende ontwikkelingsstadia waarin de coöperatie en haar leden zich bevinden.[16]
Dergelijke sociaal-ideologische motieven kunnen overigens rechtens zeer relevant zijn omdat er onder omstandigheden ook juridisch tastbare gevolgen aan verbonden zijn. Deze komen met name tot uitdrukking in de behandeling van de coöperatie in de Europese regels voor staatssteun en in de fiscale behandeling van coöperaties. In sommige lidstaten gelden voor coöperaties vanuit ideologisch oogpunt echter ook juridische belemmeringen voor de uitgifte van eigen vermogenstitels buiten de kring van de leden, terwijl in andere lidstaten coöperaties aan bepaalde inrichtingsvoorwaarden moeten voldoen om onder bepaalde begunstigende overheidsmaatregelen te vallen. Opvallend is dat de Nederlandse coöperatiewetgeving een dergelijke ideologische invulling van de rechtsvorm coöperatie nagenoeg ontbeert. Met uitzondering van de zogenaamde verlengstukaftrek in de vennootschapsbelasting en de inmiddels aangepaste vrijstelling voor de dividendbelasting wordt de rechtsvorm van de coöperatie ideologisch neutraal vormgegeven. Dat is temeer opmerkelijk omdat de basis van de regeling teruggaat naar 1876 en de kern van ons huidige coöperatierecht zijn oorsprong heeft in de Wet op de Coöperatieve Vereenigingen van 1925, die op zijn beurt model heeft gestaan voor en de ruggengraat vormt van het huidige coöperatie- én verenigingsrecht, dit terwijl de economisch-analytische benadering van de coöperatie pas opgeld heeft gedaan na de Tweede Wereldoorlog. De Nederlandse civielrechtelijke regeling van de coöperatie was en is – ook internationaal gezien – uitermate flexibel, ook op het gebied van de financiering van de coöperatie. Dat mag een deel van de verklaring zijn – naast de complexiteit van de regeling – waarom in Nederland coöperaties tot op heden praktisch geen gebruikmaken van de SCE.[17]
Volgens de International Co-operative Alliance[18] wordt een coöperatie gedefinieerd als:

“an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social, and cultural needs and aspirations through a jointly-owned and democratically-controlled enterprise.”

Coöperaties zouden daarbij de volgende waarden moeten uitdragen: ‘*selfhelp, self-responsibility, democracy, equality, equity and solidarity*’, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de leden geloven in ‘*the ethical values of honesty, openness, social responsibility and caring for others*’. Om een ‘echte’ coöperatie te zijn moeten coöperaties voldoen aan 7 door de ICA opgestelde cooperatieve beginselen: 1. voluntary and open membership; 2. democratic member control; 3. member economic participation; 4. autonomy and independence; 5. education, training and information of (potential)


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

members; 6. co-operation among co-operatives; and 7. concern for community. Zoals hierna zal blijken, staan een aantal van deze coöperatieve beginselen op gespannen voet met een meer economisch-analytische benadering van de coöperatie en kunnen zij een belemmering vormen voor een efficiënte inrichting van de coöperatie, ook ten aanzien van de financiering, indien deze dwingend zouden worden opgelegd aan coöperaties. Zo wordt het eerste beginsel nogal eens vertaald naar een plicht van de coöperatie om elke toetreder toe te laten die aan de voorwaarden van het lidmaatschap voldoet. Een dergelijke regel kent het Nederlandse recht niet. In tegendeel, het Nederlandse recht biedt zonder meer de mogelijkheid om de coöperatie in te richten met een besloten kring van leden en een restrictief toelatingsbeleid. Er geldt in beginsel geen toelatingsplicht.[19] Deze mogelijkheid is historisch van eminent belang gebleken voor de groei van stabiele coöperaties in de agrarische sector. De keerzijde is dat ook – zij het binnen bepaalde voorwaarden – de coöperatie beperkingen mag stellen aan de mogelijkheid het lidmaatschap te beëindigen teneinde de economische validiteit van de coöperatie te waarborgen. Ook het tweede beginsel, dat van democratic control, wordt wel vertaald naar het uitgangspunt dat er binnen de coöperatie niet alleen sprake dient te zijn van beslissende zeggenschap van de leden over de strategie en werkwijze van de coöperatie – men spreekt ook wel van *ledendominantie* –, maar ook van het uitgangspunt van ‘one man, one vote’. De laatste regel kent het Nederlandse recht slechts bij wijze van regelend recht, terwijl de praktijk laat zien dat met name in de Nederlandse agrarische sector afwijking van de regel naar een meer proportioneel stemrecht dat gerelateerd is aan de omvang van het zakelijk verkeer tussen de leden en hun coöperatie, eerder de hoofdregel is dan de uitzondering. Het zesde beginsel van samenwerking tussen coöperaties onderling staat haaks op het uitgangspunt dat de coöperatie als onderneming opereert binnen een open markt en ook andere coöperaties kan en – onder omstandigheden in het belang van de eigen achterban – moet beschouwen als concurrent.[20] In het laatste beginsel van concern for community zien we gedachte terug dat de coöperatie als ondernemingsvorm en rechtsvorm een bijzondere rol zou moeten vervullen in het kader van het bredere concept van de navolging van beginselen van corporate social responsibility.[21]

Zoals gezegd blijken deze ICA-beginselen die overgenomen zijn door de Verenigde Naties en de Europese Commissie niet van juridisch belang gespeend. Zo is er op 8 september 2011 door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in een drietal gevoegde Italiaanse zaken een arrest[22] gewezen dat betekenis toekent aan de juridische en feitelijke naleving van coöperatieve beginselen, waaronder als meest prominente beginsel, het beginsel van wederkerigheid. Daarbij acht het Hof van belang dat de coöperatie in kwestie – het betrof een werknemercoöperatie van architecten – een geringe toegang had tot financieringsbronnen en ook niet in staat was om aan de leden marktconforme vergoedingen toe te kennen voor verstrekt kapitaal en dat de coöperatie in dat opzicht niet vergelijkbaar was met ‘commerciële’ architectenbureaus in de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap. Onder deze omstandigheden achtte het Hof de gunstige fiscale behandeling die de werknemercoöperatie ten deel viel, niet in strijd met de EU-regels voor staatssteun.[23]

Hoewel onmiskenbaar uit de ICA-principles volgt dat een coöperatie dient te functioneren door middel van en voor de leden en dat het primaire doel van de coöperatie eruit bestaat dat het de leden tot voordeel moet strekken, verzetten deze beginselen zich niet tegen een financiering van de coöperatie mede met eigen vermogen afkomstig van niet-leden, zolang dat maar niet het primaire doel is.[24] Alles overziend kan ik mij echter niet aan de indruk onttrekken dat het beeld dat door de ICA-principles wordt opgeroepen van de coöperatie meer een sociologisch-ideologisch karakter heeft en bedoeld is – terecht overigens – ter bevordering van de zelfredzaamheid van sociaal en economisch zwakkeren in onze


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

samenleving. Die zienswijze staat echter ver verwijderd van de wijze waarop coöperaties als agrarische concerns, coöperatieve banken daaronder begrepen, functioneren.

Geabstraheerd van de sociaal-ideologische dimensie wordt de coöperatie in de economisch-analytische benadering gedefinieerd als:

“die vorm van ondernemen, waarbij overigens zelfstandig blijvende economische eenheden, welke elkaar niet als concurrenten ervaren, een of meer gelijkgerichte economische functies of gedeelten daarvan, gezamenlijk blijvend uitvoeren, teneinde het economsich resultaat van de betreffende functie verbeteren”.[25]

Limperg[26] omschrijft de coöperatie als volgt:

“Onder coöperatie wordt verstaan de samenvoeging van een deel van het productieproces – in de ruime zin van het woord, dus alle handelingen in de voortbrenging omvattende – van een groep bedrijfshuishoudingen die voor het overige deel van haar productieproces technisch en economisch zelfstandig blijven.”

Hoewel op de economisch-analytische definiëring van de coöperatie wel wat valt af te dingen – zo zijn puur dienstverlenende coöperaties moeilijk onder de definitie te brengen –, is kenmerkend voor deze benadering die algemeen geaccepteerd wordt door economen en teruggrijpt naar het standaardwerk van Emelianoff[27] dat een coöperatie wordt beschouwd als een onzelfstandige en van de leden/bedrijfshuishoudingen afhankelijke ondernemingsvorm. Zij kent in haar puurste vorm geen eigen winststreven, maar dient als verlengstuk van de bedrijfshuishoudingen van de leden bij de uitoefening van haar activiteiten. Deze *verlengstukgedachte* vormt de basis voor de wijze waarop – overigens niet alleen in Nederland – de fiscale wetgever heeft getracht vergoedingen van de coöperatie aan de leden voor zover die voortvloeien uit het zakelijk verkeer dat de leden met coöperatie onderhouden en hen naar rato van het zakelijk verkeer worden uitgekeerd, niet te betrekken in de heffing van de vennootschapsbelasting.[28] De bijzondere positie van de coöperatie heeft ook gevolgen gehad voor de inrichting van het verplichte structuurregime op coöperaties, waarbij in feite een verzwakt regime is ingevoerd teneinde de ledendominantie te handhaven.[29] Ook in het jaarrekeningenrecht komt de bijzondere positie van de coöperatie tot uitdrukking doordat de wetgever – uitgaande van de gedachte dat de coöperatie in de ideaaltypische situatie geen eigen winststreven heeft – kan volstaan met een exploitatierekening in plaats van een winst- en verliesrekening, indien daardoor het inzicht wordt gediend.[30] Voor de balans geldt dat ten aanzien van de activa en passiva afzonderlijk opgenomen moeten worden de vorderingen en schulden verband houdend met het zakelijk verkeer (art. 2:370 lid 1 onder e en 375 BW), alsmede een weergave van de regels van de ledenaansprakelijkheid in geval van ontbinding en de regeling van tussentijdse aansprakelijkheid van tekorten.[31] Deze wijze van inrichting van de jaarrekening heeft met name een functie indien een coöperatie daadwerkelijk functioneert als een verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen en waarbij het zakelijk verkeer wordt afgewikkeld volgens het *kostendekkingsbeginsel*. Het aantal coöperaties dat op deze wijze het zakelijk verkeer met de leden afwikkelt, neemt echter af. Coöperaties gaan steeds vaker ertoe over om het zakelijk verkeer af te wikkelen volgens marktconforme prijzen.[32] Erkenning van de coöperatie als een verlengstuk van de leden bleef echter achterwege – ondanks een daartoe strekkende conclusie van A-G Hartkamp – in het arrest van de Hoge Raad inzake *Heino/Krause*.[33]
Wat uit de economisch-analytische benadering naar voren komt, is dat de coöperatie wordt beschouwd als een ondernemingsvorm met als primair doel economisch voordeel te behalen voor de


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

leden. Ideologie en altruïsme hebben daarin een ondergeschikte rol. Ook in de Nederlandse juridische definitie van de coöperatie is geabstraheerd van de sociaal-ideologische dimensie, waarmee overigens niet gezegd wil zijn dat coöperaties geen sociale doelen kunnen nastreven en daarin een functie vervullen. Het is echter nadrukkelijk geen onderdeel van de wettelijke omschrijving van de coöperatie zoals deze thans is neergelegd in art. 2:53 lid 1 BW.[34] Hierna zal blijken dat de wettelijke regeling van de coöperatie uit oogpunt van de financiering van de coöperatie weliswaar een aantal civielrechtelijke beperkingen kent, maar dat deze niet dusdanig zijn dat Nederlandse coöperaties *vanwege de juridische structuur* belemmerd worden in de wijze van financiering.[35] Dat blijkt ook niet uit onderzoek naar de juridische structuur van agrarische coöperaties binnen de Europese Unie en dat is ook niet de situatie in de Verenigde Staten.[36]

## 3.Basisprincipes van coöperatiefinanciering

Uitgaande van de zienswijze dat een coöperatie een onzelfstandige onderneming is die als verlengstuk optreedt van de leden/bedrijfshuishoudingen die een of meer bedrijfsfuncties hebben afgesplitst naar de coöperatie teneinde daardoor kostenvoordelen te behalen, start de financiering van de coöperatie met het uitgangspunt dat de leden als de ultimate residual claimants het daarvoor vereiste kapitaal dienen te fourneren. Tot op heden is het gebruikelijk dat de bijdrage van het individuele lid aan de financiering van de coöperatie plaatsvindt naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer.[37] De wet dwingt daar overigens niet toe, maar het is met alle nuances die de praktijk laat zien, wel de algemene praktijk. In beginsel werkt dat ook door in de vormgeving van de zeggenschap. De begrippen *zelffinanciering* en *ledendominantie* gaan hierbij hand in hand. Voor de toekenning van stemrecht bevat het Nederlandse verenigingsrecht een zeer flexibele regel die het mogelijk maakt in de statuten te differentiëren naar de omvang van het zakelijk verkeer, maar ook naar de mate waarin een individueel lid bijdraagt – al dan niet vrijwillig – aan de financiering. Art. 2:38 lid 1 BW kent daarin geen beperkende maatstaf, in tegenstelling tot een aantal andere lidstaten binnen de EU.[38] Minderheden en kleinere leden vinden in theorie bescherming in het feit dat de invoering van een dergelijk systeem de instemming vereist van de algemene ledenvergadering gezien het feit dat daarvoor een statutenwijziging nodig is. Daarnaast worden zij beschermd door de werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:15 lid 1 onder b jo. art. 2:8 BW. De remedie dat een lid zijn lidmaatschap kan opzeggen, acht ik in dit verband een paardenmiddel.[39] De feitelijke druk van de ‘grotere’ leden kan echter verder dusdanig zijn dat de minderheid binnen de besluitvormende gremia geen tegenwicht meer kan bieden, omdat ook de vertegenwoordiging in bijvoorbeeld de algemene ledenvergadering of een ledenraad in praktijk plaatsvindt naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer dat een bepaalde regio vertegenwoordigt.[40] Opvallend is dat afgezien van de norm van art. 2:8 BW de regeling van de coöperatie geen met art. 2:92 BW vergelijkbare bepaling kent. Ondertussen zou de norm uit het arrest van de Hoge Raad inzake *Van den Berge/Verenigde Bootslieden*[41] ertoe leiden dat indien voor de ongelijke, proportionele behandeling van leden, een economische noodzaak bestaat, de aantasting van de introductie van een systeem waarbij de bijdrage aan de financiering en het aandeel in het exploitatieresultaat niet alleen afhankelijk is van de omvang van het zakelijk verkeer maar ook voor een deel van de bijdrage aan de eigen vermogensvorming, niet zonder meer mogelijk is. De praktijk en jurisprudentie laten hiervan ook weinig tot geen voorbeelden zien.[42] Het kan wel leiden tot vorming van ‘coöperaties’ binnen coöperaties en een aanwijzing zijn dat een coöperatie aan het begin staat van het loslaten van het beginsel van wederkerigheid en solidariteit. Van Diepenbeek sprak in dit verband van een glijdende


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

schaal van deformatie naar verzelfstandiging van de coöperatie ten opzichte van de achterban.[43]

## 4.Traditioneel-juridische benadering van de financiering van coöperaties

Wat opvalt indien we een verbinding trachten aan te brengen tussen het functioneren van de coöperatie en haar financiering enerzijds en de wijze waarop dat juridisch is vormgeven anderzijds, is dat de coöperatiewetgeving op het gebied van de financiering betrekkelijk statisch is. Hoewel de definitie van de coöperatie door de jaren heen op verschillende momenten is aangepast aan de behoeften van de praktijk – ik noem in dit verband in het bijzonder de mogelijkheid dat niet de coöperatie zelf het bedrijf uitoefent dat zij ter verwezenlijking van het doel met de leden moet onderhouden, maar dat toegestaan wordt dat dit geschiedt door een of meer dochtermaatschappijen die vervolgens de overeenkomsten sluiten in het kader van het zakelijk verkeer –,[44] is de wettelijke regeling op het gebied van de financiering in feite onveranderd gebleven. De wet gaat ervan uit dat de coöperatie wordt gefinancierd door een vorm van uitgestelde storting door de leden en wel in de vorm van een wettelijke aansprakelijkheid van de leden jegens de coöperatie in geval van ontbinding, vrijwillig dan wel ten gevolge van faillissement. Zoals bekend bestaat de mogelijkheid dat deze wettelijke aansprakelijkheid in de statuten kan worden beperkt en zelfs geheel kan worden uitgesloten. Daarvan wordt in de praktijk veelvuldig gebruikgemaakt.[45]
Voor zover er wel sprake is van een vorm van volledige of beperkte ledenaansprakelijkheid, kan dat in de praktijk betekenen dat er daadwerkelijk een waarborg ontstaat voor crediteuren, zij het dat de omvang daarvan mede afhankelijk is van de tegoeden die de leden in het kader van de afwikkeling van het zakelijk verkeer ter beschikking hebben gesteld dan wel laten in de vorm van vreemd vermogen, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichte deelname aan een ledenschuldrekening of de nog niet uitgekeerde vergoedingen in rekening-courant. Dit effect wordt veroorzaakt door het arrest van de Hoge Raad inzake *Sol/Cebeco*,[46] waarin de Hoge Raad oordeelde dat het in strijd is met het karakter van de ledenaansprakelijkheid en de waarborg voor de kredietwaardigheid die daarvan uitgaat, dat de leden zich op compensatie kunnen beroepen op het moment dat zij worden aangesproken uit hoofde van de ledenaansprakelijkheid. Daarmee krijgen de vorderingen die de leden hebben jegens de coöperatie in het geval dat er sprake is van een wettelijke aansprakelijkheid dan wel beperkte aansprakelijkheid, feitelijk het karakter van achtergesteld vermogen, zij met een sterk variabel karakter. Het arrest is gecodificeerd in art. 2:55 lid 5 BW.
Ik meen dat de regeling echter niet zo ruim is dat elke vordering van het lid op de coöperatie getroffen wordt door het compensatieverbod. Vorderingen van de leden op de coöperatie die geen gevolg zijn van het zakelijk verkeer, vallen er gezien de ratio van de regeling niet onder. Hierbij kan men denken aan de situatie dat een of meer leden bereid zijn additioneel vreemd vermogen te verstrekken tegen een vaste, hogere vergoeding. Ook vallen mijns inziens vorderingen van leden uit hoofde van hun deelname aan bestuursorganen of voor andere verrichte werkzaamheden daar niet onder.[47]
Opgemerkt zij dat ook zonder dat er sprake is van een wettelijke of beperkte aansprakelijkheid, vreemd vermogen dat is verstrekt door de leden in het kader van het zakelijk verkeer, het karakter kan krijgen van garantievermogen indien duidelijk is dat het langdurig ter beschikking staat van de coöperatie en achtergesteld is ten opzichte van de overige crediteuren. Het feit dat in geval van bedrijfsbeëindiging een lid recht heeft op uitkering van deze tegoeden, maakt niet dat er per definitie geen sprake meer kan zijn van garantievermogen dat mede de solvabiliteit van de coöperatie bepaalt.[48]


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

Andere financieringsinstrumenten dan de wettelijke of beperkte ledenaansprakelijkheid noemt de wetgever niet, maar de wettelijke regeling verbiedt het niet dat een coöperatie gebruikmaakt van de vrijheid van inrichting van de statuten om vorm te geven aan de ledenfinanciering. Ook kent het Nederlandse recht geen uitdrukkelijk verbod dat de eigen vermogensvorming mede door niet-leden plaatsvindt. Impliciet gaat de wettelijke regeling – en dat is consistent met de meeste wettelijke regelingen van coöperaties internationaal gezien – er wel vanuit dat de coöperatie mogelijkheden heeft om de leden naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer dat zij met de coöperatie onderhouden, financieel en juridisch aan zich te binden, hetgeen hierna aan bod komt. De zeer flexibele houding ten opzichte van de wijze van financiering en de inrichting van de statuten betekent echter ook dat de coöperatie kan worden gebruikt als rechtsvorm voor een onderneming waaraan de wetgever in eerste en laatste instantie nooit heeft gedacht. Ik noem de coöperatie als alternatief voor de BV, zelfs voor de eenmans-BV en de besloten samenwerkings-BV. Afgezien van fiscale redenen kan het motief hiervoor zijn dat men de dwingende regels voor oprichting en instandhouding van de BV niet wenst toe te passen maar toch een flexibele rechtsvorm zoekt die gepaard gaat met het voorrecht van uitgesloten aansprakelijkheid. Een coöperatie kent geen regels van kapitaalbescherming en crediteurenbescherming anders dan die voortvloeien uit de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid en voor onrechtmatige vermogensonttrekking en de bepaling van art. 2:58 lid 4 BW.[49] De voordelen die coöperatie in eerste instantie oplevert, moeten echter niet worden overschat.[50] De invoering van het wetsvoorstel inzake de Flex-BV – naast de inmiddels herijking van de fiscale positie – zal er waarschijnlijk toe leiden dat dit ‘alternatieve’ gebruik van de coöperatie zal afnemen, aangezien de Flex-BV de mogelijkheid zal bieden verschillende soorten aandeelhouderschappen te creëren, aan de aandeelhouders in de statuten kwaliteitseisen kunnen worden opgelegd en tevens de statuten kunnen voorzien in het opleggen van extra verplichtingen aan aandeelhouders naast de reguliere stortingsplicht.[51]

## 5.Ledenbinding

We keren terug naar de statutaire mogelijkheden om de leden financieel en juridisch te binden. De wettelijke regeling van de coöperatie biedt de mogelijkheid door een daartoe strekkende regeling in de statuten op te nemen dat de leden verplicht worden naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer deel te nemen in de financiering van de coöperatie. Aanvankelijk gebeurde dit door exploitatieoverschotten na aftrek van de noodzakelijk afschrijvingen, reserveringen en belastingen toe te voegen aan de algemene reserves. Kenmerkend voor deze praktijk was dat leden in beginsel gedurende het bestaan van de coöperatie geen aanspraak hadden op uitkering. Het door de jaren heen gevormde ‘vermogen in de dode hand’[52] – in combinatie met een restrictief toelatingsbeleid – vormde de basis van de kredietwaardigheid van vele agrarische coöperaties en ook de huidige Rabobank Groep dankt haar uitstekende kredietwaardigheid aan het uitgangspunt dat er geen winsten worden uitgekeerd aan de leden. Deze wijze van financiering van de coöperatie is ook thans nog steeds mogelijk. De wettelijke regeling van de coöperatie (en de vereniging) kent namelijk niet de regel dat het jaarresultaat ter beschikking staat van de algemene ledenvergadering, tenzij de statuten een dergelijke regeling van de bestemming van het jaarresultaat bevatten.[53] Anders dan Kemperink heeft betoogd,[54] is het ook niet zo dat de leden van een coöperatie daadwerkelijk tot de winst gerechtigd *moeten* zijn. Uiteraard dienen in overeenstemming met de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW de activiteiten van de coöperatie de leden tot stoffelijk of economisch voordeel te strekken, maar de wet dwingt er niet toe dat dat geschiedt door de leden een opeisbare


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

aanspraak te geven tot uitkering van hun aandeel in de jaarwinst.[55] De wet zegt slechts dat de statuten *voor het geval van ontbinding* de bestemming van het batig saldo bepalen of de wijze waarop de bestemming zal worden vastgesteld.[56] Zouden de statuten van de coöperatie in het geheel geen regeling kennen voor de bestemming van het jaarresultaat, dan is aannemelijk dat daarover op voorstel van het bestuur de algemene ledenvergadering beslist. De leden hebben echter de vrijheid in het kader van de afwikkeling van het zakelijk verkeer en de financiering van de coöperatie ervoor te kiezen dat de coöperatie afstapt van het kostendekkingsbeginsel[57] en aan de leden voor leveranties c.q. afnamen in het zakelijk verkeer een marktconforme vergoeding geeft of in rekening brengt. Daardoor ontstaat er bij de coöperatie een winst in de eigenlijke zin van het woord. De wettelijke regeling verzet zich er vervolgens niet tegen dat de statuten erin voorzien dat ofwel deze 'overwinst' volledig wordt gereserveerd,[58] dan wel naar omvang van additionele eigen vermogensverschaffingen aan de leden worden uitgekeerd als kapitaalvergoeding. Zelfs is het mogelijk ook derden deel te laten nemen in daartoe gecreëerde eigen vermogenstitels en hen daardoor te laten delen niet alleen in de reeds accumuleerde goodwill, maar ook in de toekomstige aanspraken op het geaccumuleerde eigen vermogen.[59]
Men houde daarbij goed voor ogen dat een coöperatie bij een dergelijke inrichting van het zakelijk verkeer wel degelijk nog in de stoffelijke behoeften van de leden voorziet doordat de leden de zekerheid hebben dat zij een zakelijk verkeer met de coöperatie kunnen onderhouden en daarvoor een marktconforme vergoeding ontvangen.[60] Invoering van een dergelijke systematiek veronderstelt wel dat de leden via de algemene vergadering doorslaggevende zeggenschap blijven houden over de kernactiviteiten van de coöperatie. Het leidt ook tot vragen op welke wijze in het verleden opgebouwd vermogen in de dode hand, dat nog niet geïndividualiseerd is, kan worden omgevormd tot geïndividualiseerde aanspraken van de leden op het gevormde eigen vermogen, op welke wijze deze verhandelbaar gemaakt kunnen worden en welke zeggenschaps- en/of vergoedingsaanspraken daaraan kunnen worden gekoppeld tegen de achtergrond van de wettelijke regeling en doelstelling van de coöperatie. Zoals Galle stelde:

"Juridische oplossingen zijn weliswaar voorhanden, dat wil zeggen passen in het op de coöperatie van toepassing zijnde verenigingsrecht en zijn ook in overeenstemming met de wettelijke doelstelling van de coöperatie. Maar, er zijn grenzen die bevestigen dat de coöperatie niet is bedoeld als associatie van kapitalen, doch als associatie van personen welke eenzelfde economische behoefte delen."[61]

Andere vormen van ledenbinding zoals de statutaire verplichting om bij te dragen in tussentijdse exploitatietekorten dan wel balanstekorten worden genormeerd door art. 2:27 lid 4 onder c en art. 2:34a BW en vereisen steeds een statutaire grondslag die voldoende bepaald is.[62] Tot slot bestaat de mogelijkheid om leden feitelijk te binden om lid te blijven van de coöperatie door beperkingen te stellen aan 1. de mogelijkheid tot beëindiging van het lidmaatschap; en 2. door aan de uittreding bezwarende voorwaarden te verbinden. Ten aanzien van de eerste mogelijkheid bevat het coöperatie- en verenigingsrecht in internationale verhoudingen gezien een relatief inflexibele regeling omdat het verenigingsrecht dwingendrechtelijk voorschrijft dat een lid steeds het lidmaatschap kan beëindigen met inachtneming van de opzegtermijn tegen het einde van boekjaar volgend op het jaar waarin werd opgezegd.[63] De termijn van een jaar plus de geldige opzegtermijn kan niet worden verlengd. In het bijzonder voor coöperaties die een bedrijf in stand houden dat relatief kapitaalintensief is, en daarvoor afhankelijk zijn van de constante aanlevering of afname van leden,


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

kan een dergelijke maximering van de opzegtermijn problematisch zijn. Daarvoor probeert art. 2:60 BW een oplossing te bieden in die zin dat de statuten kunnen bepalen dat in geval van uittreding het uittredende lid verplicht is een uittreedgeld te betalen of anderszins de coöperatie dient te compenseren voor het wegvallen van de omzet. Per saldo dient de regeling ter bevordering van de soliditeit en de continuïteit van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming. Voor zover een voorwaarde verdergaat dan deze noodzakelijkheidstoets, wordt de voorwaarde niet voor geschreven gehouden.[64] Ik wijs erop dat de meerderheid van de jurisprudentie waarin uittreedvoorwaarden door leden wordt aangevochten niet meer wordt beslist op grond van art. 2:60 BW maar op grond van art. 6 NMW dan wel art. 101 en 102 VWEU. Daarbij gelden voor agrarische coöperaties en producentenverenigingen bijzondere EU-regels waarin een relatie wordt gelegd met het EU-landbouwbeleid.[65] Hieruit komt naar voren dat onder omstandigheden voor kleine agrarische coöperaties uitzondering kunnen gelden voor de toepassing van het mededingingsrecht, hoewel ook hier ‘hardcore’ prijsafspraken of afspraken over de verdeling van de markt uit den boze zijn. Andere coöperaties buiten de agrarische sector zijn net als andere ‘ondernemingen’ integraal onderworpen aan het nationale of EU-mededingingsrecht.

## 6.Grenzen aan zelffinanciering: op zoek naar efficiency

Bij grote agrarische coöperaties kan men een ontwikkeling waarnemen van uitsluiting van de ledenaansprakelijkheid, naar vorming van algemene reserves en, vervolgens, naar het op naam stellen van het eigen vermogen ten behoeve van de leden naar rato van hun bijdrage aan het succes van de coöperatie. Dergelijke coöperaties bevinden zich in een situatie van een toenemende kapitaalbehoefte, anderzijds blijken individuele leden niet zonder meer bereid verder bij te dragen in de eigen vermogensvorming. Op zich is dat een opmerkelijke constatering indien men bedenkt dat vanuit een algemene rechtseconomische opvatting, zoals de nexus-of-contracttheorie, het juist de leden zijn die optreden als ‘ultimate beneficial owners’ van hun coöperatie en aan hen naar rato van hun ledenprestatie de ‘residual claim’ toekomt. Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij een dergelijke gang van zaken derden – investeerders die geen lid zijn – niet bereid zijn deel te nemen in de eigen vermogensvorming van de coöperatie, tenzij hen compensatie wordt geboden voor het gemis aan ‘ultimate beneficial ownership’. Er bestaan een aantal economische redenen waarom de leden zelf niet bereid (of in staat) zijn het eigen vermogen te fourneren dat noodzakelijk is voor een expansie van de bedrijfsactiviteiten van hun coöperatie.
In de eerste plaats is het voortdurend reserveren van (gedeelten van) het exploitatieoverschot vanuit het gezichtspunt van het individuele lid niet zonder bedenkingen. Het lid is voor zijn inkomen immers afhankelijk van hetgeen in een boekjaar aan hem wordt uitgekeerd. Deze inkomensvormende functie van de coöperatie komt met name onder druk te staan bij die coöperaties die het zakelijk verkeer met de leden afrekenen op basis van het kostendekkingsbeginsel volgens het systeem van voorschotprijzen gevolgd door nabetalingen. Coöperaties die louter fungeren als verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen, komen overigens in de praktijk steeds minder voor. Bij een dergelijke coöperatie heeft een reservering van het exploitatieoverschot immers een negatieve invloed op het niveau van een eventuele nabetaling aan het lid. Men voelt hier steeds een spanning tussen het door het bestuur te behartigen belang van de coöperatie op lange termijn, ter waarborging van de continuïteit, en het belang van de individuele leden op korte termijn bij een hoge prijs voor geleverde goederen. Deze spanning is minder prangend, maar nog steeds voelbaar aanwezig, indien het zakelijk verkeer tussen de leden


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

en de coöperatie wordt afgerekend op grond van marktconforme prijzen, omdat de leden immers dan reeds verzekerd zijn van een bepaalde vaste vergoeding voor geleverde producten. Uiteraard bestaat een dergelijke zekerheid voor het lid alleen, indien de leden aan het lidmaatschap een leverings*recht* ontlenen, waarvan de voorwaarden gunstiger zijn dan de rechten die niet-leden ontlenen aan afzonderlijke overeenkomsten die zij met de coöperatie aangaan, bijv. op de voet van art. 2:53 lid 3 en 4 BW.[66]
In de tweede plaats is er sprake van een *horizonprobleem*: de leden zien niet of, en zo ja, op welke wijze het gevormde vermogen in de dode hand uiteindelijk ten goede komt aan die leden die tijdens hun lidmaatschap hebben bijgedragen aan de vorming van het eigen vermogen.[67] Dit probleem zou kunnen worden opgelost door het lid een aanspraak te geven op uitkering van zijn aandeel in het opgebouwde vermogen in geval van bedrijfsbeëindiging. Het effect is evenwel dat daardoor het vermogen alsnog de coöperatie verlaat.[68] Er zijn evenwel aanwijzingen dat het horizonprobleem ook kan worden opgelost door het verhandelbaar maken van de geïndividualiseerde vermogensaanspraken, door het creëren van een interne markt.[69] Iliopoulos laat zien dat de mogelijkheid van verhandelbaarheid van de vermogenstitels gekoppeld aan een restrictief toelatingsbeleid en een afrekening van het zakelijk verkeer op basis van marktconforme prijzen, ertoe kan leiden dat de leden eerder bereid zijn te (blijven) investeren in de eigen coöperatie.[70] In de waarde van deze vermogenstitels komt als het ware het recht op de geaccumuleerde winst tot uitdrukking. De mogelijkheid om deze waarde te verzilveren door verkoop van deze vermogentitels is derhalve onafhankelijk van de duur van het lidmaatschap.[71]
Een derde probleem bij de vorming van eigen vermogen door reservering is dat de leden voor het op deze wijze aan de coöperatie ter beschikking gestelde kapitaal in de regel geen financiële vergoeding krijgen. Deze vergoeding wordt in de regel geacht onderdeel uit te maken van de uitbetalingsprijs. Dat betekent dat sommige leden die niet of in mindere mate bijdragen aan de financiering van de coöperatie, omdat zij een geringer zakelijk verkeer met de coöperatie onderhouden, in een gunstiger positie verkeren dan grotere leden. Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel en/of een gedifferentieerde uitbetalingsprijs kan deze vorm van intern free rider-gedrag tegengaan.[72] Naast het interne free rider-gedrag kan er ook sprake zijn van extern free rider-gedrag in die zin dat door de prijsstellende invloed van de coöperatie niet alleen derden die met de coöperatie handelen dezelfde hoge prijs ontvangen voor geleverde producten maar ook derden, die met branchegenoten handelen die uit concurrentieoverwegingen gedwongen zijn dezelfde prijs te betalen als de coöperatie aan haar leden doet. Ook dit free rider-probleem kan door de introductie van verhandelbare vermogenstitels worden geëlimineerd, waarin de beloning voor verstrekt vermogen tot uitdrukking komt. Overigens biedt de wettelijke regeling van de coöperatie hier mijns inziens voldoende vrijheid: winstaanspraken kunnen op basis van de statuten zonder meer worden gekoppeld aan het bezit van deze vermogenstitels. De invoering ervan behoeft echter steeds een besluit van de algemene vergadering.[73]
In de vierde plaats dient men bij dit alles voor ogen te houden dat een lid van een coöperatie doorgaans niet in staat zal zijn om zijn goederen aan een andere marktpartij aan te bieden respectievelijk van een andere marktpartij af te nemen, dan wel zijn eigen risico te spreiden over meerdere leveranciers c.q. afnemers, gezien de wederzijdse productietechnische en financiële afhankelijkheid van de coöperatie. Dit houdt met name verband met de hoge mate van asset specificity ten aanzien van de investeringen van het lid met het oog op het onderhouden van het zakelijk verkeer met de coöperatie.[74] Bovendien zullen de switching costs aanzienlijk zijn, als gevolg van de verplichting om ter compensatie van onderbezetting een uittreedgeld te betalen en, zo nodig, zelf


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

technische aanpassingen te doen in de eigen bedrijfshuishouding, met als gevolg dat de financiële nood op korte termijn bij het lid nog verder toeneemt. Zoals gezegd heeft een lid als regel ook geen mogelijkheid zonder aanzienlijke kosten het hierboven aangestipte portfolioprobleem op korte termijn op te lossen, hetgeen nog versterkt wordt indien er sprake is van een sterke vorm van ledenbinding. Gezien haar doelstelling geldt voor de coöperatie mutatis mutandis hetzelfde. Er is in dat opzicht dan ook aan beide kanten sprake van een *lock-in*-probleem.[75]
Zoals hierboven reeds bleek, blijkt de bereidheid van de leden om in de toekomst blijvend te investeren in het eigen vermogen van de coöperatie sterk afhankelijk te zijn van de aanwezigheid van een gedifferentieerde eigendomsstructuur waarbij de vermogensaanspraken van de leden op naam zijn gesteld, de aanwezigheid van een (interne) markt waarbij gedurende het lidmaatschap de eigen vermogenstitels verhandeld kunnen worden en waarbij er derhalve sprake is van koersvorming, alsmede van de aanwezigheid van een beperkt toelatingsbeleid. Het heeft in de afgelopen 10 jaar wereldwijd inderdaad geleid tot aanpassingen en variaties op het coöperatieve ondernemingsmodel waarin deze eigenschappen in meer of mindere mate met behoud van de rechtsvorm van de coöperatie worden toegepast.[76] In een enkel geval heeft dat ook geleid tot omzetting van de rechtsvorm van de coöperatie naar de rechtsvorm van de naamloze vennootschap, zoals bij OPG.[77] Opvallend is ook dat er gevallen bekend zijn waarbij de vermogenstitels verhandeld worden binnen de eigen kring van de leden als ook waarbij verhandeling plaatsvindt onder derden via de beurs.[78] Beursgenoteerde coöperaties zijn onder andere het Duitse BayWa (free float 40%), het Finse Atria (45%), het Zwitserse Emmi (37%), het Ierse Glanbia (46%), het Ierse Kerry Co-op (83%), het Duitse Südzucker (34%), het Finse HKScan (53%, echter met een beperking van het stemrecht) en het Franse Limagrain, via haar dochter Vilmorin waarvan 27% beursgenoteerd is.[79]
In 1999 betoogde ik dat er civielrechtelijk geen dusdanige belemmeringen bestaan binnen het Nederlandse coöperatie- en verenigingsrecht dat een financiering van de coöperatie met eigen vermogen dat mede afkomstig is van niet-leden, onmogelijk zou zijn.[80] Ook internationaal blijken er coöperaties te bestaan die binnen het wettelijke stramien voldoende ruimte vonden voor alternatieve financieringsmodellen. Deze coöperaties worden ook wel *hybride* coöperaties genoemd omdat de coöperatie of de onderliggende ondernemingen niet 100% 'ledeneigendom' zijn. Zoals gezegd is voor de inrichting van het zakelijk verkeer door de coöperatie via een of meer dochtermaatschappijen doorslaggevende zeggenschap essentieel. De praktijk laat echter ook gevallen zien waarbij de coöperatie als minderheidsaandeelhouder participeert in een productiebedrijf en krachtens overeenkomsten het recht heeft om de aanvoer van de leden via de coöperatie gebundeld te laten verwerken door dit productiebedrijf. Daarmee is niet gezegd dat hier geen sprake meer kan zijn van een 'echte' coöperatie omdat het uiteindelijk aan de leden is te beslissen hoever de integratie van bedrijfsactiviteiten via de coöperatie dient plaats te vinden. Voor alternatieve modellen en de civielrechtelijke uitwerking daarvan moge ik verwijzen naar mijn proefschrift.[81]

## 7.Conclusie

De financiering van een onderneming is voor elke ondernemer een cruciaal aspect van het ondernemen. In zowel de economische als juridische literatuur bestaat echter betrekkelijk weinig belangstelling voor de financiering van de bijzondere organisatievorm van de coöperatie die vanuit een organisatiewetenschappelijk oogpunt een hybride karakter heeft. Zij beweegt zich tussen een pure markttransactie en een volledige integratie van activiteiten. De coöperatie als wezenlijk onzelfstandige onderneming heeft wetgevers genoopt een rechtsvorm te creëren met eigen signatuur. Van oudsher


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

worden daar sociaal-ideologische motieven bij betrokken die evenwel haaks kunnen staan op een efficiënte inrichting van de organisatie. Dat kan ook doorwerken op de financiering van de coöperatie. In Nederland heeft de wetgever van meet af aan zo veel mogelijk trachten te abstraheren van enige coöperatie-ideologie. De Nederlandse wettelijke regeling staat ook internationaal gezien en in vergelijking met het SCE-Statuut te boek als flexibel. De huidige juridische regeling van de coöperatie biedt een financieringsmodel – dat van de ledenaansprakelijkheid – dat in de praktijk echter slechts sporadisch wordt gebruikt. De civielrechtelijke regeling van de coöperatie is op het punt van de financiering weliswaar sterk verouderd, maar dat heeft er niet toe geleid dat coöperaties vanwege de juridische structuur bovenmatig belemmerd worden in het aantrekken van financieringsmiddelen van de leden. De praktijk laat verschillende modellen zien binnen het huidige civielrechtelijke raamwerk die het mogelijk maken leden blijvend te betrekken bij de financiering van de coöperatie. Die modellen maken het ook mogelijk toekomstige aanspraken op de opgebouwde goodwill en reserves – het vermogen in de dode hand – veilig te stellen. De reikwijdte en de spankracht van de wettelijke regeling is dermate flexibel dat alternatieve financieringsmodellen mogelijk zijn, zelfs door ook niet-leden – zij het op beperkte schaal – te betrekken bij de eigen vermogensvorming. Opvallend is dat, hoewel het SCE-Statuut uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid dat ook lidmaatschappen kunnen worden gecreëerd voor investeerders en deze mogelijkheid geïmplementeerd is in de Nederlandse uitvoeringswet voor de SCE, in de praktijk dat instrument niet wordt gebruikt. De coöperatie als organisatievorm en rechtsvorm wordt door Europese beleidsmaker echter gezien als een middel om bijvoorbeeld agrariërs binnen de EU efficiënter te organiseren in een open voedingsmiddelenmarkt. Daar hoort ook een flexibel coöperatiestatuut bij dat recht doet aan de verschillende ontwikkelingsstadia en financieringsbehoeften van coöperaties. De geschiedenis van de wettelijke regeling in Nederland leert dat coöperaties floreren door de mogelijkheid van een wettelijke ledenaansprakelijkheid en een restrictief toelatingsbeleid en de mogelijkheid door statutenwijziging de juridische inrichting van de coöperatie bij voortduring steeds te kunnen aanpassen aan de economische behoeften van de leden en de groei van de coöperatieve onderneming.

## Voetnoten

[1] Mr. dr. Ger J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht bij het departement Business Law van Tilburg Law School.

[2] Zie voor het belang van de coöperatie de bijlage bij *Coöperatie* mei 2012, nr. 610, getiteld: *Coöperatie+. De economische betekenis van de coöperatie*, uitgave vanwege de Nationale Coöperatieve Raad voor land- en tuinbouw mei 2012, nr. 1, alsmede Cogeca, *Agricultural cooperatives in Europe. Main issues and trends*, Brussels 16 September 2010, p. 1-175.

[3] P. Kalmi, *The Disappearance of Co-operatives from Economic Textbooks*, Helsinki School of Economics, Working Papers W-398 February 2006.

[4] Vgl. J. Grazell, 'Financiering van de grote (coöperatieve) vereniging', in: R.C.J. Galle (red.), *Handboek Coöperatie*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2010, p. 238-258. Zie voor een overzicht van de grote mate van diversiteit aan financieringsvormen binnen de Nederlandse agrarische coöperatieve sector A.C.M. Zwanenberg, 'Coöperatieve en risicodragend vermogen', in: *Handboek Coöperatie*, p. 293-305, die concludeert dat er bij de 10 grootste coöperaties 25 verschillende vormen van individueel risicodragend vermogen zijn en dat in feite slechts één coöperatie rechtstreeks gebruikmaakt van de kapitaalmarkt via de uitgifte van vrij verhandelbare obligaties en achtergestelde leningen, terwijl de ledencertificaten een beperkte financieringsfunctie hebben en slechts intern verhandelbaar zijn (Rabobank Groep) en één coöperatief concern, ForFarmers Group BV, de mogelijkheid van vrij verhandelbare certificaten heeft geïntroduceerd via een multilateraal handelsplatform (MTF) conform de regels van de Wet financieel toezicht. OPG is aanvankelijk als coöperatie naar de beurs gegaan, maar is inmiddels omgezet in een naamloze vennootschap.


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[5] Zie O.F. van Bekkum, *Cooperative Champions or Investor Targets? The Challenges of Internationalization & External Capital*, Study Commissioned by Landburg & Fødervarer December 2009; O.F. van Bekkum & J. Bijman, *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, Paper presented at the 7th International Conference on Management in AgriFood Chains and Networks, Ede, The Netherlands 31 May-2 June 2006; H. Hansmann, *The ownership of enterprise*, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1996 en M.L. Cook & C. Iliopoulos, 'Ill-defined property rights in collective action: the case of US agricultural cooperatives', in: C. Ménard (Ed.), *Institutions, Contracts and Organizations. Perspectives from new institutional economics*, Edward Elgar, Cheltenham UK/Northampton, MA, USA 2002. Zie voorts F. Chadded & C. Iliopolous, *Ownership and Control in Agricultural Cooperatives*, Paper prepared for the *International Conference on Cooperative Responses to Global Challenges*, Humboldt University, Berlin March 21-23, 2012 en J. Bijman & G. van Dijk, *Corporate Governance in Agricultural Cooperatives: A Perspective from the Netherlands*, Paper presented at the International Workshop Rural Cooperation in the 21st Century: Lessons from the Past, Pathways to the Future, Rehovot, Israël June 15-17, 2009.

[6] Zie in het bijzonder P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1991 en S.M. Bartman & E.J.M. van der Meijden, 'Holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie?', in: *Strijdige belangen in evenwicht. Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht*, Utrecht 1992, p. 13-35. Zie voorts G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397 en G.J.H. van der Sangen, 'De evolutie van de coöperatie en haar financiering', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 145-175. Eerdere gedachten daarover waren reeds ontwikkeld in NCR-rapport (1973), *Struktuur van de grote (centrale) landbouwkoöperatie*, Den Haag 193 en NCR-rapport (1991), *De financiering van de coöperatieve onderneming*, Delft: Eburon 1991.

[7] Zie hierover P.C.S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij: houdstercoöperatie of concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010/23, p. 130 e.v., met uitgebreide literatuurverwijzingen en *Asser/Rensen 2-III** 2012/228 (C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Rechtspersonen, Overige Rechtspersonen*, bewerkt door G.J.C. Rensen, Deventer: Kluwer 2012). Met name Kemperink neemt een zeer ruimhartig standpunt in ten aanzien van de toelaatbaarheid van de zogenaamde beleggingscoöperatie en ook Rensen lijkt dat toelaatbaar te achten. Zie J.B.W.M. Kemperink 2006, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, IvO RUG deel 53, Deventer: Kluwer 2006, p. 269. Zie voor kritiek hierop P.J. Dortmond, 'De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond, *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 1-9. Zelf ben ik van mening dat een dergelijke investeringscoöperatie of beleggingscoöperatie toelaatbaar is omdat de wettelijke doelstelling zo geformuleerd kan worden dat de coöperatie overeenkomsten van opdracht verricht ten behoeve van de leden bestaand uit beleggen en beheer en daarmee kosten voor de leden kan besparen.

[8] Zie S. van Weeghel, 'Coöperaties, dividendbelasting en internationale belastingheffing', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 99-125.

[9] In het Belastingplan 2012 is inmiddels een antimisbruikmaatregel dividendbelasting met dat doel aangenomen. Zie hierover de brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Eerste Kamer van 13 december 2011, AFP/2011/969 en Van der Linden & Houtgraaf, 'De coöp in de dividendbelasting: een zwarte piet op 24 oktober', *WFR* 2011/1617.

[10] Resolution 64/136, General Assembly, United Nations, *Cooperatives in social development*, 18 December 2009, published 11 February 2010.

[11] Zie Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, The European Economic and Social Committee and the Committee of Regions on the promotion of co-operative societies in Europe, COM(2004)18, Brussels, 23 February 2004, waarin verklaard wordt: *"The Commission invites Member States to be guided, when drafting national regulations governing cooperatives, by the 'definition, values and co-operative principles' of the above mentioned Recommendations but also to be sufficiently flexible in order to meet the modern needs of cooperatives."* De aanbevelingen waarnaar verwezen wordt, zijn die van de International Labour Organization die nagenoeg volledig overeenkomen met de coöperatiebeginselen van de International Cooperative Alliance. Deze zogenaamde ICA-principles worden in het vervolg van deze paragraaf inhoudelijk besproken.

[12] Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society, 5 October 2010, Euricse/Cooperatives Europe/Ekai. Zie over de Nederlandse SCE-regeling W.J.M. van Veen (red.), *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)* (serie Recht en Praktijk nr. 147), Deventer: Kluwer 2006.

[13] Zie art. 59 lid 3 SCE-Verordening en art. 8 Uitvoeringswet Verordening Europese Coöperatieve Vennootschap.

[14] In België heeft dat geleid tot de invoering van twee soorten coöperaties, waarbij de gebruikers kunnen opteren voor een coöperatie met een 'sociaal dimensie' die de ICA-principles navolgt en daardoor in een gunstiger fiscale regeling valt. Vgl. art. 665 e.v. Belgische Wet Vennootschappen.

[15] Zie hierover G.W.J. Hendrikse & C.P. Veerman, 'Marketing Cooperatives and Financial Structure: a Transaction Costs Analysis, ' *Agricultural Economics* 2001, 26, 205-216.


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[16] Zie O.F. van Bekkum, *Cooperative Champions or Investor Targets? The Challenges of Internationalization & External Capital*, Study Commissioned by Landburg & Fødervarer, December 2009, p. 59.

[17] Zie hierover Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society, 5 October 2010, Euricse/Cooperatives Europe/Ekai, p. 28-30 en P.H.J. Essers (Eds.), *Reforming the Law on Business Organizations. Back to Basics in Business Law and Tax Law*, Eleven International Publishing, The Hague 2011, p. 206 en 207. Er is op dit moment een SCE naar Nederlands recht opgericht, Cassia Co-op SCE, waarvan de belangrijkste reden voor de keuze voor de SCE was de mogelijkheid om de aanduiding 'European' te voeren.

[18] De International Co-operative Alliance (ICA) is een zelfstandige non-gouvernementele belangenvereniging die zich ten doel stelt het coöperatieve gedachtegoed te verspreiden, in het bijzonder door coöperaties wereldwijd te verenigingen, hen te vertegenwoordigen en te voorzien van informatie en het bieden van samenwerkingsmogelijkheden. De ICA is opgericht in 1895 en heeft op dit moment 276 aangesloten coöperatieve organisaties verspreid over 96 landen in verschillende economische sectoren. Het hoofdkantoor van de organisatie is gevestigd in Genève, Zwitserland. De door de ICA gehanteerde coöperatieve beginselen zijn te vinden op hun website: www.ica.coop/coop/principles.

[19] Zie R.C.J. Galle, *De coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 115 en 224. Onder omstandigheden kunnen regels van mededingingsrecht ertoe dwingen dat leden worden toegelaten tot een coöperatie, omdat dat de enige reële verwerkingsmogelijkheid in de regio is.

[20] Vgl. de situatie met betrekking tot Friesland Campina en Arla die zich deels op dezelfde (internationale) markt richten.

[21] Vgl. hierover T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR. Developments 2000-2010 and case studies*, uitgave IVO, Deventer: Kluwer 2010 en J. Eijsbouts, 'Ruggie's law: filling the human rights' governance gap for multinationals in public international law', in: Esser e.a. (red.), *Met Recht. Opstellen over privaat- en fiscaalrechtelijk ondernemingsrecht, aangeboden aan Theo Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 89-97 en meer in het algemeen de NJV-preadviezen over Maatschappelijk Verantwoord Ondernemerschap (2010) alsmede M.C. Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, October 2001, http://papers.ssrn.com/abstract=220671. Vgl. in dit verband preambule 1 en 10, laatste liggende streepje, bij de SCE-Verordening, waarin coöperaties een rol wordt toegedacht bij de sociale ontwikkeling van bepaalde regio's binnen de EU en waarbij als uitgangspunt geldt dat het vermogen in de dode hand in geval van ontbinding zoveel mogelijk ter beschikking dient te staan van andere coöperatieve organisaties met een vergelijkbaar doel. Sic!

[22] Joined Cases C-78/08-C-80/08 (*Ministero dell'Economia e della Finanze/Paint Graphos Sarl*), 8 September 2011. Vgl. ook Case C-22/01 (*Commission Decision of 15 December 2009 on support measures implemented by Spain in the agricultural sector following the increase in fuel prices*), *OJ* L 235/1-24 June 2010.

[23] Zie art. 107-109 VWEU. Zie hierover S. Stevens, 'Tax Aid and Non-profit Organizations', *EC Tax Review* 2010-4, Kluwer Law International, p. 156-169, en M. Sánchez Rydelski, 'Distinction between State Aid and General Tax Measures', *EC Tax Review* 2010-4, Kluwer Law International, p. 149-155,

[24] Vgl. ook preambule 10 bij de SCE-Verordening: "(…) there should be limited interest on loan and share capital, (…) profits should be distributed according to business done with the SCE or retained to meet the needs of members."

[25] G.J. Terwoorst, *De coöperatieve onderneming*, SMO-Boek 1982, p. 39.

[26] Th. Limperg/G.L. Groeneveld, *Bedrijfseconomie, Verzameld werk. Deel IV. Leer van de externe organisatie*, Deventer: Kluwer 1965, p. 361. Vgl. ook W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. De coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Delft: Eburon 1990.

[27] I.V. Emelianoff, *Economic Theory of Cooperation*, Washington 1942.

[28] Zie hierover J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden* (Fiscale Monografieën nr. 80), Deventer: Kluwer 1996, J.B.W.M Kemperink, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, IVO RUG nr. 53, Deventer: Kluwer 2006 en J.T.L. Nillesen, *Belastingheffing van coöperaties* (Fiscale Brochures), Deventer: Kluwer 2010.

[29] Waarover G.J.H. van der Sangen, 'De structuurregeling bij coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (ook) aanpassen?', *Ondernemingsrecht* 2002 p. 100-105.

[30] Zie art. 2:361 lid 2 BW.

[31] Zie art. 2:392 lid 1 onder d BW, alsmede Richtlijn voor de Jaarverslaglegging 620.404.

[32] Zie hierover en de gevolgen voor de inrichting van de jaarrekening M.N. Hoogendoorn, 'De commerciële jaarrekening van coöperaties', in: G. van Dijk & D. Faber (red.), *Coöperatie en nv's: fiscale rivalen?*, Assen: Van Gorkum 2000, p. 13-20.

[33] Zie G.J.H. van der Sangen, 'Heino Krause (HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/699, m.nt. J.M.M. Maeijer)', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Centrum voor aansprakelijkheidsrecht, Schoordijk Instituut, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003, p. 157-169.

[34] Dat blijkt zeer nadrukkelijk uit de Parl. Gesch. ten aanzien van de vraag op welke wijze de coöperatie afgebakend diende te worden van de gewone vereniging op het moment dat deze rechtsvormen van elkaar werden onderscheiden naar materiële kenmerken. Vgl. G.J.H. van der Sangen, '*Rechtskarakter en financiering van de*


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

*coöperatie*', Schoordijk Instituut, Center for Company Law, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 86 e.v., en *Asser/Rensen 2-III** 2012/221.

[35] Zie G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, passim.

[36] H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1996 (hierna: H. Hansmann 1996), p. 140 en 141: *"(…), it is not apparent that difficulty in raising capital has substantially inhibited the formation and growth of farmer cooperatives. (…) The methods used by marketing cooperatives to raise equity capital are often highly refined and carefully designed"*

[37] Zie J.S. Royer, 'Cooperative Principles and Equity Financing: A Critical Discussion', *Journal of Agricultural Cooperation*, Vol. 7, 1992, p. 79-98 en G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 316, 366 en 372.

[38] Het gaat om Bulgarije, België, Cyprus, Estland, Hongarije, Ierland, Malta, Polen, Portugal en Roemenië. Bij de laatste 3 landen geldt het dwingendrechtelijke vereiste van 'one man, one vote' alleen voor primaire coöperaties en niet voor topcoöperaties. Zie de landenrapporten in: *Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society*, 5 October 2010, Euricse/Cooperatives Europe/Ekai.

[39] Immers daarmee wordt de band met de coöperatie verbroken. Niet alleen zal uittreding in de regel gepaard gaan met het verlies van financiële aanspraken of de plicht tot het betalen van een uittreedgeld, maar deze mogelijkheid veronderstelt ook dat het lid in staat is zijn zakelijk verkeer elders onder te brengen of in staat is zijn bedrijf over te dragen, hetgeen niet steeds mogelijk is of uiterst bezwaarlijk kan zijn. Het kan feitelijk neerkomen op een staking van zijn onderneming.

[40] Zie hierover en de daarbij gehanteerde modellen M.E. Schreurs-Engelaar, *Organen van de coöperatie*, uitgave vanwege het Van der Heijden Instituu, deel 46, Deventer: Kluwer 1995, hfdst. 6.

[41] HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436. Hoewel deze zaak een BV betrof, had de samenwerking tussen de verenigde bootslieden van Terneuzen een coöperatief karakter omdat de kern van die samenwerking was opdrachten voor het aanleggen van schepen onderling te verdelen tussen de aangesloten bootslieden.

[42] De vraag kan wel relevant zijn in het kader van de vraag of een lid bij een verzwaring van zijn lidmaatschapverplichtingen op de voet van art. 2:36 lid 3 BW onmiddellijk kan uittreden, een bevoegdheid die overigens ook kan worden uitgesloten in de statuten.

[43] Van W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Delft: Eburon 1990, p. 77-83.

[44] Zie hierover G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 257 en *Asser/Rensen 2-III** 2012/224.

[45] Zo waren er volgens een telling op 7 april 2010 in de Databank van de KvK 4770 coöperaties ingeschreven, waarvan 4303 een uitgesloten aansprakelijkheid kenden, 309 een beperkte aansprakelijkheid en bij slechts 158 was er sprake van een wettelijke aansprakelijkheid. In 1995/1996 had van de 43 grootste agrarische coöperaties geen enkele coöperatie een wettelijke aansprakelijkheid. Zie G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 4 en bijlage 1.

[46] HR 27 maart 1976, *NJ* 1977/612 (*Sol/Cebeco*).

[47] De bepaling van art. 2:55 lid 5 BW lijkt in dat verband meer op art. 2:248 lid 1 BW dan op de vordering van art. 2:9 BW. Zie voor de relevantie van dat onderscheid HR 18 september 2009, *NJ* 2009/438 (*Simoca*). Zie ook G.J.H. van der Sangen, 'De curator in het vennootschapsrecht: onderstromen en schuivende panelen', *TvOB* 2012, april 2012, nr. 2, p. 60-68.

[48] Dit is in hoge mate een jaarrekeningtechnische aangelegenheid waarover de Raad voor de Jaarverslaglegging in de herziene richtlijn 620 aanwijzingen geeft. Het belangrijkste vereiste is dat in geval van een verplichting tot terugbetaling aan de leden bij uittreding de vordering een achtergesteld karakter heeft en dat de houders daarmee uiteindelijk de grootste risicodragers in de onderneming zijn. Het kan beteken dat eigen vermogensbestanddelen van coöperaties onder de benaming ledenkapitaal of ledenparticipaties ook in geval van een verplichting tot terugbetaling (men spreekt ook wel van 'redeemable' of 'puttable' eigen vermogensinstrumenten) het karakter van eigen vermogen blijven behouden, terwijl anderzijds de mogelijkheid bestaat dat tegoeden op een ledenschuldrekening door het compensatieverbod in combinatie met de lange looptijd meegerekend kunnen worden voor het garantievermogen van de coöperatie. Zie hierover A. Verhoeff, 'De jaarrekening van de coöperatie', in: *Handboek Coöperatie* 2010, p. 282 en 283.

[49] Zie *Asser/Rensen 2-III** 2012/226.

[50] Zie voor een kritisch geluid G.J.H. van der Sangen, 'De ontzielde materie van de Eigenaarscoöperatie', *J.P.L. Cahen-bundel* 1997, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 313-339. De toelaatbaarheid is algemeen erkend, zij het dat aandacht dient te worden besteed aan de specifieke inrichting en exitmogelijkheden waardoor de kosten van de rechtsvorm aanzienlijk hoger zijn. Zie ook P.C.S. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij: houdstercoöperatie of concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010/23, p. 130-136.

[51] Zie hierover de interne rechtsvergelijking van G.J.C. Rensen, *Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2005, passim.


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[52] Zie G. van Dijk, *Leven uit de 'dode hand'; over het toekomstig coöperatief ondernemerschap*, inaugurele rede LUW 1991.

[53] Reservering heeft echter wel tot gevolg dat de zogenaamde verlengstukaftrek van art. 9 Wet VPB 1969 verloren gaat.

[54] J.B.W.M. Kemperink 2006, *Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, uitgave vanwege IVO RUG, deel 53, Deventer: Kluwer 2006, p. 269.

[55] G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 300.

[56] Zie art. 2:27 lid 4 onder f BW. Zie ook art. 2:58 BW dat geen vgl. bepaling kent als art. 2:105/216 lid 1 BW.

[57] Hiervan is sprake indien de coöperatie het zakelijk verkeer met de leden afwikkelt door een systeem voor voorschotbetalingen en een eindafrekening in de vorm van slot- of nabetaling. De gedachte hierbij is dat de coöperatie met haar leden geen marktrelatie onderhoudt. Een dergelijke afwikkeling van het zakelijk verkeer is echter steeds vaker een uitzondering. Zie G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 43 en 44.

[58] Of het moest zijn door de werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, die ook leden onderling jegens elkaar in acht dienen te nemen bij de besluitvorming omtrent reservering van het jaarresultaat of omtrent de invoering van een structurele regeling daartoe in de statuten. De norm van HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/51 (*Sluis*) zou ook hier gelden, zij het dat de economische noodzaak van een dergelijke ingreep dient te worden beoordeeld in het licht van de totale financiering van de coöperatie en de leden gezamenlijk.

[59] Ik werkte dat al eerder uit in mijn proefschrift *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie* (1999), maar het is ook terug te vinden in G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397 en G.J.H. van der Sangen, 'De evolutie van de coöperatie en haar financiering', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 145-175.

[60] Steun voor deze opvatting zag ik ook bij *Asser-Rensen 2-III** 2012/225. Hoewel geen elegant argument zou de opvatting van Kemperink tot het ongerijmde resultaat leiden dat alle coöperatieve Rabobanken die aan de leden een marktconforme vergoeding in rekening brengen en overigens geen winsten uitkeren, niet zouden voldoen aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie.

[61] R.C.J. Galle, *De coöperatie in eigentijds perspectief. Over de wettelijke definitie en de plaats van de coöperatie in het systeem van rechtspersonen*, inaugurele rede KUB 1994, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 29.

[62] Zie hierover G.J.C. Rensen, *Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2005, p. 86 en Dijk/Van der Ploeg 2007, p. 135. Voor financiële verplichtingen die al snel te typeren zijn als een verbintenis, dient steeds een statutaire grondslag te bestaan.

[63] Art. 2:36 lid 1 BW.

[64] Ik verwijs naar G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 174-188, G.J.C. Rensen, *Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders*, p. 150-156 en Dijk/Van der Ploeg 2007, p. 155-157.

[65] Zie hierover voor coöperaties in het algemeen M.H. van der Woude, 'Coöperaties en mededinging', in: G.J.H. van der Sangen e.a. (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 127-175 en voor de positie van agrarische coöperaties A. Gerbrandy & S. de Vries, *Agricultural Policy and EU Competition Law. Possibilities and Limits for Self-Regulation in the Dairy Sector*, Den Haag: Eleven International Publishing 2011.

[66] Zie G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van de coöperatie met beleggingskapitaal', in: R.C.J. Galle/G.J.H. van der Sangen (red.), *De coöperatieve onderneming. Vijf thema's over de veranderende rol van de coöperatie*, uitgave vanwege het Schoordijk Instituut, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 52-54.

[67] Zie hierover C. Iliopoulos, 'Verhandelbare eigendomsrechten bij coöperaties' in: *Coöperatie*, nr. 563, augustus 2000, p. 20 en 21, en van dezelfde *Long-term Financing in US and European Agricultural Co-operatives: Emerging Methods for Ameliorating Investment Constraints*, Paper National Agricultural Research Foundation, NCR-194 Conference, October 29, 2003, Kansas City, MO, USA.

[68] Uiteraard is het mogelijk dat de statuten daaraan nadere voorwaarden verbinden bijvoorbeeld dat de solvabiliteit dat toelaat, dat er niet meer dan een x-aantal leden per boekjaar hiervan gebruik heeft gemaakt en dat het bestuur een zekere staffel hierop toepast naar mate van de duur van het lidmaatschap. Hiervoor gelden echter mededingingsrechtelijke beperkingen.

[69] Voorbeelden daarvan worden gedocumenteerd bij O.F. van Bekkum & J. Bijman, *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, conference paper 31 May-2 June 2006, Ede Netherlands, 7th International Conference on Management in AgriFood Chains and Networks en O.F. van Bekkum, 'De coöperatieve beursgang', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 20-23.

[70] C. Iliopoulos, 'Long-term Financing in US and European Agricultural Co-operatives: Emerging Methods for Ameliorating Investment Constraints', Conference Paper 29 October 2003.

[71] Een illustratieve case die dit standpunt ondersteunt, is de wijze waarop coöperatie FromFarmers via ForFarmers Groep BV het vermogen in de dode hand tot leven heeft gewekt door het gefaseerd op naam te stellen van de leden en vrij te geven voor verhandeling via een multilateraal handelsplatform.


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

[72] Er zijn sterke aanwijzingen dat, indien het ledenbestand een grote mate van homogeniteit heeft ten aanzien van de economische behoeften, toepassing van de coöperatie efficiënter is dan een investor-owned firm, doorgaans in de rechtsvorm van een NV of BV. Vgl. O. Hart & J. Moore, *Cooperatives vs. Outside Ownership*, NBER Working Paper, No. 6421, February 1998, www.nber.org/papers/w6421. Omgekeerd geldt dat naar mate de heterogeniteit toeneemt in het ledenbestand, de efficiency van de coöperatie vergeleken met investor-owned firms afneemt. Vgl. P. Rey & J. Tirole, *Financing and Access in Cooperatives*, Paper 30 June 2006. Zie ook H. Hansmann 1996, p. 140, die homogeniteit van de voorkeuren van de leden als een van de meest kenmerkende voorwaarden voor het ontstaan van coöperaties beschouwt. Voorzichtigheid is echter geboden met het trekken van algemene conclusie.

[73] Zie voor een pleidooi hiervoor K. Kyriakopoulos & G. van Dijk, *Innovative Financing for Entrepreneurial and Market-Oriented Agricultural Cooperatives*, Paper presented at CEPFAR/COGECA seminar, 22-25 October 1997, Sanga-Saby, Sweden, p. 5.

[74] Zie G.W.J. Hendrikse & C.P. Veerman, *Marketing Cooperatives and Financial Structure: A Transaction Costs Economic Analysis*, Erasmus Research Instituut of Management, Report Series Research in Management, version March 2000 (www.erim.eur.nl).

[75] H. Hansman 1996, p. 55.

[76] In de Verenigde Staten en Canada heeft dat geleid tot een nieuw soort coöperatiemodel aangeduid als 'New Generation Co-operatives'. Zie hierover en over financiering van coöperaties in het algemeen (voor Canada), A. Harris, *Financing Agricultural Co-operatives. An overview*, zonder jaargang, publicatie vanwege Canada/British Columbia Farm Business Management Program.

[77] Zie hierover G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 413-427.

[78] Zie het overzicht van O.F. van Bekkum & J. Bijman, *Innovations in Cooperative Ownership: Converted and Hybrid Listed Cooperatives*, conference paper 31 May-2 June 2006, Ede Netherlands, 7th International Conference on Management in AgriFood Chains and Networks en O.F. van Bekkum, 'De coöperatieve beursgang', *Coöperatie*, nr. 580, november 2004, p. 20-23 en het zeer volledige overzicht van O.F. van Bekkum, *Cooperative Champions or Investor Targets? The Challenges of Internationalization & External Capital*, Study commissioned by Landbrug & Fødervarer, December 2009, chapter 4 & 5.

[79] 'De Europese Agribusiness Coöperatie Top 100', in: *Coöperatie+. De economische betekenis van de coöperatie*, uitgave vanwege de Nationale Coöperatieve Raad voor land- en tuinbouw, mei 2012, nr. 1, p. 24-27 (bijlage bij *Coöperatie*, mei 2012, nr. 610).

[80] G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, passim en van dezelfde 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397.

[81] Voor besprekingen van de civielrechtelijke aspecten van (de financiering van) coöperaties: *Asser-Rensen 2-III** 2012/221 e.v., Dijk/Van der Ploeg 2007, passim, Van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij: houdstercoöperatie of concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010/23, p. 130 e.v. alsmede P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1991 en S.M. Bartman & E.J.M. van der Meijden, 'Holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie?', in: *Strijdige belangen in evenwicht. Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht*, Utrecht 1992, p. 13-35. Zie voorts G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 390-397 en G.J.H. van der Sangen, 'De evolutie van de coöperatie en haar financiering', in: G.J.H. van der Sangen, R.C.J. Galle & P.J. Dortmond (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 145-175. Eerdere gedachten daarover waren reeds ontwikkeld in NCR-rapport (1973), *Struktuur van de grote (centrale) landbouwkoöperatie*, Den Haag 193 en NCR-rapport (1991), *De financiering van de coöperatieve onderneming*, Delft: Eburon 1991.


Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Wolters Kluwer Nederland B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Dit document is gegenereerd op 23-02-2016. Kijk voor meer informatie over de diensten van Wolters Kluwer op www.wolterskluwer.nl

# Aspecten van vermogensbescherming bij de coöperatie

*Dr. Ger J.H. van der Sangen*[1]

*Anders dan de NV en BV kent de wettelijke regeling van de coöperatie geen specifieke regels van vermogensbescherming. In de klassieke benadering strekken regels van vermogensbescherming ter bescherming van crediteuren. Die bescherming wordt bij de coöperatie gevonden in de wettelijke ledenaansprakelijkheid en regels van doorbraak van aansprakelijkheid. De schrijvers betoogt echter dat het doel van vermogensbescherming bij de coöperatie ook een functie heeft bij het beschermen van de belangen van de aangesloten leden en in die zin het vermogen van de coöperatie doel gebonden is.*

## 1. Inleiding

Dit artikel behandelt een aantal aspecten van vermogensbescherming bij de coöperatie. Anders dan bij de NV en de BV bevat het Nederlandse coöperatierecht van Titel 3, Boek 2 BW geen systematische regeling van vermogensbescherming. Voor de weinig gebruikte Europese Coöperatieve Vennootschap (hierna: SCE) bestaan er wel regels voor vermogensbescherming omdat de SCE-Verordening uitgaat van een in aandelen verdeeld kapitaal met een verplicht minimumkapitaal.[2] Ook voor de sporadisch voorkomende onderlinge waarborgmaatschappij met aandelenkapitaal bestaan regels voor kapitaal- en vermogensbescherming doordat een aantal regels van de NV daarop van overeenkomstige toepassing worden verklaard.[3]

In dit artikel staat de vraag centraal op welke wijze de vermogensbescherming bij coöperaties in de zin van art. 2:53 lid 1 BW is vormgegeven. Paragraaf 2 beschrijft waarom in de wettelijke regeling van de coöperatie geen regels van vermogensbescherming bestaan en welke normen rond winstuitkering aan de leden bestaan almede de vraag wanneer men kan spreken van winst bij een coöperatie. In paragraaf 3 wordt uiteengezet dat de klassieke benadering van vermogensbescherming, zoals bekend van de NV en BV, voor de coöperatie een te enge benadering is. Terwijl vermogensbescherming in de klassieke benadering

[1] Dr. G.J.H. van der Sangen is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht bij het Department Private & Business Law van Tilburg Law School en verbonden aan het Center for Company Law aldaar. Deze bijdrage is eerder gepubliceerd als hoofdstuk 7 in: B. Snijder-Kuijpers & G.J.C. Rensen, *Handboek notarieel ondernemingsrecht. Vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 132-2, Deventer: Wolters Kluwer 2019, pp. 235-263.

[2] Zie hierover W.J.M. van Veen (red.), *De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)*, serie Recht en Praktijk, deel 147, Kluwer, Deventer 2006, pp. 42-52.

[3] Zie art. 2:62 sub c BW, waarover *Asser-Rensen 2-III* 2017/294.

beoogt crediteuren te beschermen, heeft vermogensbescherming bij de coöperatie ook een functie om het belang van de leden te beschermen bij het in stand houden van het vermogen van de coöperatie gezien het bijzondere karakter van de coöperatie als verlengstuk van de bedrijfsactiviteiten van de leden. De gevolgen hiervan voor de financiering van en de zeggenschap binnen de coöperatie worden uiteengezet in paragraaf 4, waarin tevens de zwakte in de vermogensbescherming wordt geduid doordat leden vrijheid van uittreding hebben. In paragraaf 5 worden een aantal technieken beschreven die het vermogen van de coöperatie – in het belang van crediteren én leden – kunnen beschermen. In paragraaf 6 wordt de verlengstukgedachte genuanceerd aan de hand van het leerstuk van de omgekeerde doorbraak. Paragraaf 7 gaat vervolgens in op de vraag wat de rechtspositie is van leden bij majeure transacties die raken aan de structuur en inrichting van de coöperatie en contrair kunnen zijn aan de wettelijke doelstelling van de coöperatie. Paragraaf 8 stelt de vraag aan de orde of het vermogen van de coöperatie effectief beschermd kan worden door het vormen van statutaire reserves. Paragraaf 9 bevat de conclusie.

## 2. Vermogensbescherming - algemeen

Art. 2:58 lid 4 BW bepaalt dat ten laste van de door de wet voorgeschreven reserves een tekort slecht gedelgd mag worden voor zover de wet dat toestaat. Rensen[4] stelt dat met uitzondering van deze regel de wet ten aanzien van coöperaties geen enkele regel van kapitaalbescherming kent. Inderdaad bestaat er naar Nederlands recht bij coöperaties geen wettelijke verplichting om bij oprichting of gedurende het bestaan van de coöperatie enig kapitaal bijeen te brengen – door verplichte kapitaalstortingen – en vervolgens bijeen te houden – doordat een bepaalde (minimum)omvang aan kapitaal als gebonden vermogen niet kan worden teruggegeven aan de leden. De gedachte van de wetgever was immers dat bij de coöperatie niet vooraf een kapitaal van enige omvang bijeen gebracht diende te worden voor de financiering van de activiteiten van de coöperatie, maar dat de leden in geval van ontbinding van de coöperatie achteraf de gelden fourneren om bij te dragen in een liquidatietekort. Dit in de artikelen 2:55 en 56 BW neergelegde stelsel van een wettelijke ledenaansprakelijkheid is echter van regelend recht. De wettelijke ledenaansprakelijkheid kan worden beperkt en ook in zijn geheel worden uitgesloten. Bij coöperaties is het evenwel gangbaar – maar wettelijk niet verplicht - dat de leden gedurende het bestaan van de coöperatie bijdragen in de financiering van de coöperatie, hetgeen echter door de mogelijkheid van beëindiging van het lidmaatschap leidt tot een veranderlijk of variabel kapitaal.

[4] *Asser-Rensen 2-III* 2017/226. Zie ook Overes, Van der Ploeg & Van Veen, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij* 2019/3.7.

Bij de Europese Coöperatieve Vennootschap (hierna: ECV) is dat echter anders geregeld omdat daar als uitgangspunt geldt dat er een aandelenkapitaal wordt gevormd en dat het geplaatste kapitaal bij oprichting van de ECV een minimumomvang heeft van € 30.000,-. Hiervan moet bij oprichting 25% worden gestort en binnen vijf jaar moet het geplaatste minimumkapitaal volgestort zijn. Dit deel van het eigen vermogen van de ECV kan – hoewel het kapitaal van de ECV in beginsel veranderlijk is – niet worden teruggeven aan de leden. Bovendien moet gedurende die periode 15% van de jaarwinst wordt gedoteerd aan het eigen vermogen totdat het wettelijk vereiste minimumkapitaal is gevormd.[5] In beginsel zijn de leden slechts aansprakelijk jegens de ECV voor hun inbreng. De statuten kunnen echter een verdergaande aansprakelijkheid inhouden. De systematiek is derhalve wezenlijk anders dan bij de coöperatie van artikel 2:53 lid 1 BW.

Vervolgens wijst Rensen er terecht op dat de afwezigheid van een op de coöperatie toepasselijk systeem van kapitaalbescherming en vermogensbescherming nog niet betekent dat coöperaties geheel vrij zijn in het doen van uitkeringen aan de leden. Nu is die vrijheid bij coöperaties overigens wel een belangrijk uitgangspunt.[6] Hoewel op grond van de wet een lid geen opeisbare vordering heeft op een jaarlijkse uitkering, is het wel mogelijk dat een coöperatie 'winst' uitkeert aan de leden indien de statuten van de coöperatie daarin voorzien. Ook wordt in de literatuur verdedigd dat, als de statuten daarover niets bepalen, de algemene ledenvergadering bevoegd is de winst een bestemming te geven, nu een daartoe strekkende bepaling bij de coöperatie ontbreekt. Anders dan Kemperink[7] meent, is daarmee nog niet gezegd dat de winst ook aan de leden moet toekomen. Immers, de inkomensvormende functie van de coöperatie kan ook op andere wijze worden vormgegeven bij de coöperatie.[8]

Tot slot merkt Rensen[9] op dat, waar de bestemming van de 'winst' een bevoegdheid is van de algemene vergadering, tenzij – zo voeg ik er aan toe – de statuten een andere regeling bevatten, het gebruik van die bevoegdheid, zoals zo vaak bij bevoegdheden, niet onbeperkt is. Die beperking is gelegen in de door de rechtspraak inzake bestuurdersaansprakelijkheid en doorbraak van aansprakelijkheid geformuleerde gedragsnormen bij de NV en BV. Het gaat dan in het bijzonder om de normen uit de arresten van de Hoge Raad inzake *Nimox*[10] en *Reinders/Didam*.[11] Deze gedragsnormen

5 *Asser-Rensen 2-III* 2017/487.

6 Dat een coöperatie winst kan uitkeren, blijkt uit art. 2:53a BW waarin de toepasselijkheid van het voor de vereniging geldende uitkeringsverbod van art. 2:26 lid 3 BW voor de coöperatie wordt uitgesloten.

7 J.B.W.M. Kemperink, *Vraagpunten rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht*, diss. RUG 2006, IVO, Deel 53, Kluwer, Deventer 2006, p. 233 en 234.

8 Zie hierover G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, diss. UvA, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1999, passim.

9 *Asser-Rensen 2-III* 2017/226.

10 HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox*)

11 HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (*Reinders/Didam*). Zie ook Rb Rotterdam 15 april 1999, *JOR* 1999/168 (*Berger q.q./Molenaar*)

strekken primair ter bescherming van crediteuren van de vennootschap. Ik ben het graag eens met de stelling dat deze normen ook betekenis (kunnen) hebben voor bestuurders en leden van de coöperatie.[12] Het nemen van een besluit tot uitkering als ook de uitvoering van dat besluit kunnen onder omstandigheden jegens crediteuren van de coöperatie onrechtmatig zijn. Dat zal met name dan het geval zijn indien de leden in een situatie van feitelijke insolventie in staat zijn hun positie als risicodragend vermogensverschaffers van de coöperatie en als gerechtigden tot het eigen vermogen ten koste van de crediteuren ongerechtvaardigd te verbeteren door een verandering in de rangorde van verhaal te bewerkstellingen of door gelden dan wel goederen aan verhaal te onttrekken. Een bestuur van een coöperatie dat daaraan meewerkt in de objectiveerde wetenschap dat crediteuren van de coöperatie daardoor worden benadeeld, handelt jegens de laatsten onrechtmatig. Of dat ook het geval is ten aanzien van de leden in het kader van doorbraak van aansprakelijkheid, is naar mijn mening een open vraag omdat in de regel bij een coöperatie de leden geen wetenschap hoeven te hebben van de mogelijkheid tot benadeling noch van de staat van feitelijke insolventie van de coöperatie, hetgeen voorwaarden zijn voor het intreden van doorbraak van aansprakelijkheid.[13] Ook aan het vereiste van doorslaggevende zeggenschap die voor een doorbraak van aansprakelijkheid vereist is, zal ten aanzien van de leden van een coöperatie niet snel zijn voldaan. Uitzonderingen zijn echter mogelijk en komen in de praktijk ook voor, zoals bij de tussenhoudstercoöperatie met één lid of een joint venture coöperatie met bijvoorbeeld twee leden of in het geval van de in onbruik geraakte eigenaarscoöperatie.[14]

Voor een prudent bestuur van een coöperatie zou derhalve kunnen gelden dat het raadzaam is, voordat het bestuur overgaat tot uitvoering van een uitkeringsbesluit, om te toetsen of de coöperatie na de uitkering nog in staat is om aan haar op dat moment bestaande opeisbare verplichtingen te voldoen. Hoewel het huidige artikel 2:216 BW niet van toepassing is op de coöperatie, valt niet uit te sluiten dat in de rechtspraak aan het stelsel van 2:216 BW reflexwerking wordt toegekend.

Opmerking verdient wel dat niet geheel duidelijk is wat 'uitkering' betekent bij een coöperatie. Uitkeringen aan de leden uit hoofde van het zakelijk verkeer ter afwikkeling van de tussen de leden en hun coöperatie gesloten overeenkomsten waar art. 2:53 lid 1 BW over spreekt, vallen er niet onder, omdat er geen sprake is van uitkering van winst zoals bij

[12] Evenzo L. Houwen, 'Rechtsvorm en governance van privaat gefinancierde zorgondernemingen', *TvOB* 2016-6, p. 184.

[13] Ik mag daarvoor verwijzen naar P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, zeventiende druk, Wolters Kluwer, Deventer 2017, p. 220 e.v. en de daar genoemde rechtspraak.

[14] Zie hierover G.J.H. van der Sangen, 'De ontzielde materie van de "Eigenaarscoöperatie", in: *J.L.P. Cahen-bundel*, Gouda Quint, Deventer 1997, p. 313-339 alsmede van dezelfde 'Insolventie van de coöperatie en de positie van haar leden', *Stichting & Vereniging* 1999, p. 222.

een NV en BV, maar van het nakomen van een contractuele verplichting.[15] Niet geheel duidelijk is of dat ook geldt indien de coöperatie gebruik maakt van slot- of nabetalingen ter afwikkeling van het zakelijk verkeer die betaald worden uit een exploitatieoverschot. Immers, dan is er van winst in de eigenlijke zin van het woord geen sprake en de aanspraken van de leden hierop zijn ook niet op grond van de wet achtergesteld ten opzichte van andere crediteuren. Het leidt immers tot een verplichting tot betaling van de coöperatie aan de leden behoudens een plicht tot reservering op grond van de wet of de statuten. Een coöperatie die conform de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW, het zakelijk verkeer volledig afwikkelt met de aangesloten leden op basis van het *kostendekkingsbeginsel* en het *proportionaliteitsbeginsel* en vervolgens na afloop van het boekjaar een positief exploitatieoverschot als onderdeel van de vergoeding van het zakelijk verkeer uitbetaalt aan de leden, laat derhalve geen winst zien op de exploitatierekening.[16] Dergelijke verlengstukcoöperaties komen nog steeds voor.[17] Van een uitkering van winst in de vorm van dividend kan dan niet worden gesproken. Veel zal afhangen op welke wijze de vergoeding voor het zakelijk verkeer krachtens de statuten is vormgegeven en leidt tot een afdwingbare verplichting tot betaling.

Een andere inrichting van het zakelijk verkeer dat de coöperatie met haar leden onderhoudt, is echter ook mogelijk. Er zijn ook coöperaties waarbij de leden een marktconforme vergoeding ontvangen of betalen voor aan de coöperatie geleverde input respectievelijk afgenomen goederen en/of diensten, zodat er op de winst- en verliesrekening van de coöperatie een winst in de eigenlijke zin van het woord ontstaat. Deze winst staat ter beschikking van de algemene ledenvergadering en is onderworpen aan de hierboven beschreven gedragsnormen voor het doen van uitkeringen zoals deze voor de NV en BV gelden. Een volledige reservering van de winst van een dergelijke coöperatie is echter ook mogelijk.[18] Ook in ander opzicht kan de coöperatie een eigenlijke, verzelfstandige winst tonen en wel doordat de coöperatie los van het zakelijk verkeer met de leden zogenaamde tweedelijns-activiteiten onderneemt al dan niet in een afzonderlijke dochter-BV.[19] Beide contingenties leiden er overigens toe dat de coöperatie in fiscale zin niet meer als verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen optreedt.

[15] Ik laat in het midden of deze verbintenissen moeten voortvloeien uit de 'overeenkomsten' of ook uit het lidmaatschap van de coöperatie. Een streng standpunt daarover wordt ingenomen door Rensen in die zin dat het zakelijk verkeer tussen de coöperatie en haar leden tot stand moet komen 'krachtens het sluiten van overeenkomsten'. Zie *Asser-Rensen 2-III* 2017/221.

[16] Veel betekenend in dit verband is het bepaalde in art. 2:361 lid 2 BW.

[17] Een mooie illustratie van een zuivere verlengstukcoöperatie is te vinden in het arrest van de Hoge Raad inzake *Heino Krause*. Zie over HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 699 (*Heino Krause*) de bijdrage van G.J.H. van der Sangen in: J.B.M. Vranken & I. Giesen (red.), *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2003, p. 157-169.

[18] Hetgeen gebruikelijk is bij coöperatieve banken. Zie hierover W.J.J. van Diepenbeek, *De coöperatieve organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, diss. UM 1990, Eburon, Delft 1990, p. 112.

[19] Zie hierover uitgebreid G.J.H. van der Sangen, *a.w.* (noot 8), p. 440, 441, 461 en 462.

## 3. Klassieke benadering van vermogensbescherming = bescherming van crediteuren

Hetgeen hierboven kort en bondig werd omschreven als het leerstuk van vermogensbescherming is gericht op de bescherming van bestaande en toekomstige crediteuren van de rechtspersoon. Met deze klassieke benadering van vermogensbescherming krijgt een coöperatie te maken door de zojuist aangegeven normen van bestuurdersaansprakelijkheid en het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid, waarbij niet uitgesloten is dat daarbij bij wijze van analogie de systematiek van artikel 2:216 BW wordt toegepast. Zoals gezegd veronderstelt dit dat er ten aanzien van een coöperatie gesproken kan worden van een winstuitkering aan de leden en niet van een vergoeding als onderdeel van de financiële afwikkeling van het zakelijk verkeer tussen de coöperatie en haar leden.

Met de klassieke benadering van vermogensbescherming kan een coöperatie ook te maken krijgen, indien de coöperatie niet zelf het bedrijf uitoefent maar het bedrijf waar artikel 2:53 lid 1 BW over spreekt, doet uitoefenen via een door de coöperatie daartoe opgerichte of aangewezen dochtermaatschappij.[20] Impliceert het 'doen uitoefenen' dat het niét de coöperatie is die de betalingen verricht aan de leden ter afwikkeling van het zakelijk verkeer en waarbij de dochtermaatschappij niét slechts belast is met de feitelijke afwikkeling daarvan, maar dat het onderhouden van het zakelijk verkeer en de betalingen aan de leden rechtstreeks plaatsvinden via de dochtermaatschappij, dan kan bij deze door de coöperatie aangewezen dochtermaatschappij een winst in de eigenlijke zin van het woord ontstaan. Dat is met name het geval indien de dochtermaatschappij marktconforme prijzen vergoedt aan de leden. De winst die dan ontstaat bij de dochtermaatschappij, dient vervolgens eerst volgens de regels voor het doen van dividenduitkeringen bij de BV – doorgaans zijn deze dochtermaatschappijen BV's – uitgekeerd te worden overeenkomstig het stelsel van art. 2:216 BW, waardoor in feite de toepassing van het leerstuk van vermogensbescherming in klassieke vorm alsnog van toepassing wordt op een coöperatie die fungeert als holding. A fortiori geldt dit ook voor dochtermaatschappijen waarin tweedelijnsactiviteiten plaats vinden. Het bestuur van de dochtermaatschappij zal dan de voor de BV geldende normen voor het doen van dividenduitkeringen in volle omvang moeten toepassen.

In beginsel heeft het bestuur van deze beleidsafhankelijke[21] dochter-BV geen eigen beoordelingsmarge om de uitkering van dividend te weigeren indien de balanstest en de uitkeringstest van art. 2:216 BW positief uitvallen gezien de gekozen bewoordingen ('… mag slechts weigeren, indien …'). Een weigering tot uitkering van dividend door het

[20] Zie hierover de nog steeds lezenswaardige oratie van P.J. Dortmond, *De coöperatie; van vereniging naar houdstermaatschappij en beursrechtspersoon*, inaugurele rede KUN, Kluwer, Deventer 1991.

[21] Zie de terminologie van S.M. Bartman & E.J.M. van der Meijden, 'Holdingcoöperatie, evolutie of denaturatie?, in: *Strijdige belangen in evenwicht. Beschouwingen over het Bedrijfsfinancieel recht*, Utrecht 1992, pp. 13-35.

bestuur van de dochter-BV kan op gespannen voet staan met het door het bestuur van de coöperatie aan de leden gecommuniceerde uitkerings- en reserveringsbeleid op het niveau van de coöperatie. Echter, het bestuur van een dochtermaatschappij wordt in het bepalen van zijn eigen positie bij het uitkeren van dividend ondersteund door de parlementaire geschiedenis waaruit blijkt dat ook een bestuurder van een dochtermaatschappij ruimte moet hebben om *in het belang van de dochtervennootschap* een eigen afweging te maken die, zoals gezegd, contrair kan zijn aan het belang van de coöperatie als moeder en het belang van de leden bij een dividenduitkering.[22] Een dergelijke positiebepaling van het bestuur van de dochter kan contrair zijn aan de belangen van de leden van de coöperatie omdat niet ongebruikelijk is dat bij een dergelijke inrichting van de coöperatie de leden naar rato van het zakelijk verkeer deelnemen in de financiering van de coöperatie door het nemen van vermogenstitels in het eigen vermogen en dat de vergoeding hierop bestaat uit een aandeel in de 'winst' van de coöperatie.[23] Door de leden wordt dit ervaren als onderdeel van de totale financiële vergoeding door de coöperatie aan de leden voor hun deelname aan de zelffinanciering van de coöperatie die sterk gekoppeld is aan (de omvang van) het zakelijk verkeer.

Het voorgaande roept de vraag op of vermogensbescherming in de klassieke benadering uitsluitend vanuit het perspectief van de bescherming van schuldeisers wel het leerstuk van vermogensbescherming bij de coöperatie in het juiste perspectief plaatst. Ik meen dat dat een te enge opvatting is ten aanzien van de rol die het leerstuk van vermogensbescherming bij de coöperatie kan en dient te spelen. Er is mijns inziens reden om het leerstuk van vermogensbescherming niet zo beperkt op te vatten als in de klassieke benadering omdat de coöperatie als wettelijk uitgangspunt – zoals hierna zal blijken – een doel gebonden vermogen heeft dat door het bestuur in het licht van de door de wet vereiste en in de statuten verankerde coöperatieve doelstelling dient te worden aangewend.[24] De

[22] Ik wees hier reeds op in mijn bijdrage in: B. Bier e.a. (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht. B.V. en N.V.*, 'Het nieuwe enquêterecht en ondernemingsrechtelijke geschillenbeslechting in besloten verhoudingen', Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 132-1, Wolters Kluwer, Deventer 2016, pp. 507-511. De mogelijkheid van het bestuur van de dochter om 'contrair' te gaan wordt ondersteund door de bevoegdheid van het bestuur van de dochter een enquêteprocedure te starten bij de eigen rechtspersoon en door de inhoudelijke gedragsnorm voor het bestuur zoals door de Hoge Raad geformuleerd in de beschikkingen inzake Cancun. Zie HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (*Cancun*).

[23] We zien in de praktijk ook wel de figuur dat de BV ingericht wordt als ware het een coöperatieve samenwerking of waarbij er sprake is van een persoonsgebonden samenwerking. Met de invoering van art. 2:192 BW in de Flex-BW is er ruimte ontstaan om aan de aandeelhouders extra verplichtingen op te leggen. Vlg. in dit verband G.J.C. Rensen, 'Aandelen en aandeelhouders': in: B. Bier e.a. (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht, B.V. en N.V.*, serie vanwege het Van der Heijen Instituut, deel 132-1, Deventer: Wolters Kluwer 2016, pp. 147-184.

[24] Dat gaat overigens niet zo ver dat er ook wettelijk sprake is van een beklemd vermogen zoals bij de stichting dat het geval is op grond van art. 2:18 lid 6 BW, maar wel zo ver dat sprake is van wat H. Hansmann & R. Kraakman in hun bijdrage 'The Essential Role of Organizational Law', *110 Yale Law Journal*, 387 (2000), pp. 390-440, asset partitioning noemden die twee kanten op werkt: leden en hun

aangesloten leden hebben belang bij de instandhouding van het aan de coöperatie ten dienste staande vermogen omdat daarmee uitvoering wordt gegeven aan de wettelijke doelstelling van de coöperatie door in het belang van de leden een onderneming te drijven en vanuit die onderneming een zakelijk verkeer met de leden te onderhouden. Dat belang van de leden tot instandhouding van het vermogen dat de coöperatieve onderneming mede constitueert, vormt een specifiek en eigen belang dat voortvloeit uit de wet – gezien de wettelijke doelomschrijving in art. 2:53 lid 1 BW – en de vertaling daarvan in de statuten van de coöperatie.[25] Een dergelijke zienswijze werpt ook een ander ligt op de vraag hoe het leerstuk van de afgeleide schade bij een coöperatie dient te worden toegepast,[26] voor de vraag of leden zich effectief kunnen verzetten tegen door het bestuur aangebrachte veranderingen in het vermogen en de structuur van de coöperatie,[27] voor de vraag of het bestuur de bevoegdheid heeft het vermogen van de coöperatie te gebruiken voor niet aan het zakelijk verkeer van de coöperatie gerelateerde activiteiten en, meer in het algemeen, voor de zorgplicht die sinds de Cancun-beschikkingen van de Hoge Raad[28] het bestuur jegens minderheidsleden in acht moet nemen, en tot slotte voor de vraag op welke wijze rekening dient te worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van minderheidsleden in geval van reorganisaties, zoals bijvoorbeeld in de casus die aanleiding gaf voor het arrest van de Hoge Raad inzake DOC Kaas.[29]

Afhankelijk van de aard van de samenwerking binnen de coöperatie heeft het bestuur een beperktere of ruime discretionaire bevoegdheid om binnen de doelomschrijving van de coöperatie en de vastgestelde strategische en financiële beleidskaders het vermogen aan te wenden, maar die aanwending gaat in alle gevallen niet zover dat het wezen van de aard van de samenwerking waarvoor de coöperatie is gevormd, zonder mandaat van de leden wordt aangetast. Het wettelijke uitgangspunt hierbij is dat de coöperatie een besloten samenwerkingsverband is gezien het bepaalde in art. 2:53 lid 3 en 4 BW en de mogelijkheid tot het voeren van strikt toelatingsbeleid. Bij een dergelijke grondvorm van de coöperatie is het mijns inziens onjuist de coöperatie te beschouwen als een van de leden los staand instituut. De in de beschikkingen van de Hoge Raad inzake Cancun[30] geformuleerde plicht voor het bestuur in het kader van de invulling van het belang van de rechtspersoon om het

crediteuren kunnen geen beslag leggen op de activa van de coöperatie (affirmatieve asset partitioning) en crediteuren van de coöperatie kunnen geen beslag leggen op de activa van de aangesloten leden (defensive asset partioning). In dezelfde lijn: A. Fici, 'The Essential Role of Cooperative Law and Some Related Issues,' in: J. Michie e.a (eds.), *Mutual, Co-operative and Co-owned Business*, Oxford University Press, Oxford 2017, p. 539-549.

25 Vlg. in dit verband de bewoordingen van de Hoge Raad in HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (*Willemsen/NOM*), r.o. 5.4.

26 Vgl. HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/699 (*Heino Krause*).

27 Vlg. OK 27 februari 2014, JOR 2014/160 (*Coöperatie TICA*), waarbij een rol speelt dat net als in het BV-recht er geen wettelijke bepaling is die vergelijkbaar is met art. 2:107a BW in het NV-recht.

28 Zie HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (*Cancun*).

29 Zie HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601 (*DOC Kaas*).

30 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (*Cancun*).

bestendige succes van de aan de rechtspersoon verbonden onderneming te bevorderen kan bij een coöperatie niet los worden gezien van de instrumentele, ancilliaire en verlengstukfunctie van de coöperatie in relatie tot de economische beweegredenen waarom de leden de coöperatie hebben opgericht. Ledendominantie en ledenfinanciering zijn daarvan het logische gevolg en als zodanig ook in het coöperatierecht tot uitgangspunt genomen. Het doet dan gekunsteld aan om ten aanzien van de coöperatie als regel aan te houden dat net als bij de beurs-NV[31] het bestuur exclusief bevoegd is de strategie en het beleid van de coöperatie te bepalen, zoals de MvT dat doet bij het wetsvoorstel Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen.[32] Van deze wettelijke grondvorm van de coöperatie, die het karakter draagt van een societas, kan worden afgeweken waarbij de coöperatie zich beweegt in de richting van een universitas. Ook in ander opzicht kan de coöperatie zich onthechten van de aangesloten leden en uitgroeien tot een van de leden los staand instituut. De spankracht van de wettelijke definitie en de regeling van de coöperatie laat daarin veel ruimte, maar is niet het wettelijke uitgangspunt. Ook dan blijft staan dat dergelijke structuurveranderingen de instemming nodig hebben van de algemene ledenvergadering.

## 4. Rechtskarakter van de coöperatie

Nu de wettelijke normen voor vermogensbescherming bij de coöperatie in de klassieke benadering miniem zijn, zoals hierboven aan bod kwam, en er reden is om het leerstuk van vermogensbescherming niet uitsluitend te plaatsen in het perspectief van de bescherming van crediteuren, maar in het kader van de rol en functie die de coöperatie heeft voor de aangesloten leden, zal in het vervolg van dit betoog worden nagegaan op welke wijze de bescherming van het vermogen van de coöperatie kan plaatsvinden in het belang van de leden gegeven het wettelijke doel en de strekking van de aard van de samenwerking in een coöperatie. Daarbij wordt uitgegaan van de grondvorm van de coöperatie zoals die uit de bestaande wettelijke structuur van het coöperatierecht naar voren komt.

In de parlementaire geschiedenis is uitgebreid van gedachten gewisseld hoe het rechtskarakter van de coöperatie moet worden gezien. De grondvorm van de coöperatie wordt beschouwd als een verlengstuk van de bedrijfshuishoudingen van de aangesloten leden waarbij de coöperatie een of meer economische functies van de aangesloten leden overneemt. Hoewel leden op grond van de wet zelf geen opeisbare vordering hebben tot

[31] Zie HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (*ABN AMRO/VEB*), HR 09 juli 2010, *JOR* 2010/228 (*ASMI*) en HR 20 april 2018, *NJ* 2018/331 (*Boskalis/Fugro*).

[32] Zie MvT, TK 2015-2016, 34 491, nr. 3, p. 10: ‘Gehandhaafd blijft ook het beginsel dat het bestuur zijn door de wet en de statuten afgebakende taak autonoom vervult en dat het bestuur bevoegd is tot het bepalen van het dagelijkse beleid en de strategie van de rechtspersoon.’

uitkering van de winst of een exploitatieoverschot,[33] moet de dienstverlening van de coöperatie wel de leden tot economisch voordeel strekken. Hoe dat voordeel aan de leden opkomt, is afhankelijk van de wijze waarop de afwikkeling van het zakelijk verkeer binnen de coöperatie is vormgegeven. Deze *verlengstukgedachte* ligt ten grondslag aan de regeling van de coöperatie in Boek 2 BW en ook de wettelijke definitie van art. 2:53 lid 1 BW is daarvan de juridische weergave. [34] Vervolgens is de verlengstukgedachte ook ten grondslag gelegd aan het voor coöperaties geldende afwijkende structuurregime met een uitdrukkelijk beroep door de wetgever daarvoor op de verlengstukgedachte en de daaruit voortvloeiende ledendominantie.[35] Ook in fiscale zin wordt aan het rechtskarakter van de coöperatie als verlengstuk van de bedrijfshuishoudingen van de aangesloten leden betekenis toegekend in de vorm van verschillende faciliteiten in zowel de vennootschapsbelasting als de dividendbelasting.[36]

Een dergelijke juridische vormgeving heeft ook consequenties voor de financiering van de coöperatie. Coöperaties die functioneren als verlengstuk van de aangesloten leden, waarbij de coöperatie een of meer economische functies van de leden overneemt en het zakelijk verkeer afwikkelt op basis van de beginselen van kostendekking en van proportionaliteit, zijn aangewezen op zelffinanciering. Die afhankelijkheid van zelffinanciering wordt versterkt door de beperkte mogelijkheden om aan niet-leden zeggenschap toe te kennen in de algemene ledenvergadering, ter borging van hun belang als investeerder, gegeven het uitgangspunt van de ledendominantie.[37] Zoals gezegd koos de wetgever voor de techniek van de wettelijke aansprakelijkheid om te voorzien in het garantievermogen van de coöperatie als kredietwaarborg voor vreemd vermogensverschaffers. Buitenlandse rechtstelsel laten andere oplossingen zien, maar ook daar is steeds zelffinanciering het wettelijke uitgangspunt.[38] Het verklaart waarom het Nederlandse coöperatierecht geen bepalingen heeft ter zake van vermogensbescherming.

[33] Overigens is dat sinds de invoering van de Flex-BV ook niet meer het geval gezien de tekst van art. 2:216 lid 1 BW. Wel geldt de grondnorm ontwikkeld in de rechtspraak dat een kapitaalverschaffer in een BV recht heeft op een redelijk dividend. Zie HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/51 (*Sluis*) en HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461 (*VEB/KLM*).

[34] Zie G.J.H. van der Sangen, *a.w.* (noot 8), in extenso hoofdstuk 3.

[35] In essentie leidend tot toepassing van een verzwakt structuurregime waarbij niet de raad van commissarissen het bestuur benoemt en ontslaat, maar de algemene ledenvergadering. Zie hierover *Asser-Rensen 2-III* 2017/272a.

[36] In het bijzonder de verlengstukaftrek in de Wet Vennootschapsbelasting en de aangescherpte regeling voor vrijstelling van de dividendbelasting. Ik mag daarvoor verwijzen naar het recente themanummer van *Tijdschrift voor Fiscaal Ondernemingsrecht*, mei 2018, nr, 156, gewijd aan fiscale aspecten van de coöperatie en de daar genoemde literatuur.

[37] Zie in dit verband art. 2:38 lid 3 BW en de daarin neergelegde begrenzing om aan niet-leden stemrecht in een van de organen van de coöperatie toe te kennen.

[38] Zie hiervoor G. Fajardo e.a. (eds.), *Principles of European Cooperative Law*, Intersentia, Antwerpen 2017, hoofdstuk 3 (Cooperative Financial Structure), p. 73 e.v..

Binnen de context van de ledenaansprakelijkheid van art. 2:55 en 56 BW zou men nog kunnen wijzen op het compensatieverbod van art. 2:55 lid 5 BW hetgeen een codificatie vormt van het arrest van de Hoge Raad inzake SOL/Cebeco.[39] In geval van een wettelijke of beperkte ledenaansprakelijkheid is een lid niet bevoegd – indien het wordt aangesproken te voldoen aan zijn bijdrageverplichting in het tekort van de coöperatie bij ontbinding – om zich jegens de coöperatie te beroepen op verrekening omdat dit volgens de Hoge Raad in strijd is met de strekking van de ledenaansprakelijkheid als kredietwaarborg jegens derden. Opeisbare vorderingen van de leden jegens de coöperatie – ook als die voortvloeien uit het zakelijk verkeer en de zelffinanciering – kunnen derhalve niet door de leden in geval van ontbinding worden verrekend.

Van belang is echter dat het goed functioneren van de coöperatie afhankelijk is van een bepaalde kritische omvang van het aantal leden dat daadwerkelijk een zakelijk verkeer met de coöperatie onderhoudt. Hoe groter de kapitaalintensiteit van de coöperatieve onderneming is, hoe groter de financieringsbehoefte van de coöperatie is waarin, gegeven het uitgangspunt van de zelffinanciering, voorzien moet worden door middel van door de leden gevormd garantievermogen. De omvang van financiering van de actiefzijde van de balans van de coöperatie moet gedragen kunnen worden door het ledenbestand. Het gegeven dat het ledenbestand van een coöperatie per definitie aan verandering onderhevig is, is voor de financiering van de coöperatie en de instandhouding van het vermogen een complicerende factor.

Debet hieraan is voor een belangrijk deel dat de coöperatie vormgegeven is op de fundamenten van het verenigingsrecht. Een dwingendrechtelijk uitgangspunt is bij rechtspersonen van het verenigingstype dat de aangesloten leden altijd de mogelijkheid hebben het lidmaatschap te beëindigen. De beëindiging van het lidmaatschap bij een coöperatie leidt tevens tot de beëindiging van het recht en de plicht van het lid tot het onderhouden van een zakelijk verkeer met de coöperatie,[40] behoudens beperkte doorlopende verplichtingen in het kader van een uittreevoorwaarde. De mogelijkheden voor een coöperatie om de duur van het lidmaatschap af te stemmen op de financiering van de coöperatie vinden hun grens in het verenigingsrecht. De duur van het lidmaatschap kan niet langer worden gesteld dan op de maximale opzegtermijn van art. 2:36 lid 1 laatste volzin BW. Het Nederlandse verenigingsrecht kent niet een lidmaatschap voor bepaalde tijd, zoals bijvoorbeeld de SCE-Verordening. Rensen[41] acht het mogelijk dat een lid met de coöperatie bij overeenkomst afspreekt dat het lidmaatschap niet voor een bepaalde tijdstip wordt opgezegd, maar ik meen dat, zolang de wet hierop niet is aangepast, een dergelijke afspraak de verenigingsrechtelijke opzegging niet aantast. Daarbij moet worden bedacht

[39] HR 26 maart 1976, *NJ* 1977/612 (*SOL/Cebeco*).
[40] Zie over de connexiteit tussen het lidmaatschap en zakelijk verkeer G.J.H. van der Sangen, *a.w.* (noot 8), p. 387.
[41] *Asser-Rensen 2-III* 2017/75.

dat art. 2:60 BW reeds beperkte mogelijkheden biedt aan de uittreding zelve voorwaarden te verbinden, overigens zonder de mogelijkheid dat de wettelijk toegestane maximale opzegtermijn kan worden verlengd. Bovendien is bij de Uitvoeringswet SCE-Verordening niet van de mogelijkheid gebruikt gemaakt voor de introductie van een in tijd gefixeerd lidmaatschap waartoe de SCE-Verordening[42] de mogelijkheid bood, laat staan dat daarop de regeling voor de 'gewone' coöperatie is aangepast.

## 5. Technieken om het vermogen van de coöperatie te beschermen

Hoewel vrijheid van uittreding een wettelijk uitgangspunt is en leidt tot een veranderlijk ledenbestand, hoeft dit overigens nog niet te betekenen dat er ook per definitie sprake is van een veranderlijk kapitaal bij de coöperatie. Er is geen bepaling in het coöperatie- en verenigingsrecht te vinden die uittredende leden het recht geven hun aandeel in het opgebouwde vermogen bij reguliere beëindiging van het lidmaatschap op te eisen en te laten uitkeren. De statuten kunnen uiteraard wel daartoe strekkende bepalingen bevatten. Daartegenover staat dat de wet een lid van een coöperatie niet verplicht om bij te dragen in het vermogen van de coöperatie. Immers, de ledenaansprakelijkheid kan worden uitgesloten en ook overigens bestaat er geen stortingsplicht ter vorming van een startkapitaal.

In de praktijk zijn verschillende technieken ontwikkeld op basis waarvan het vermogen van de coöperatie kan worden opgebouwd en ten aanzien waarvan leden vervolgens al dan niet een aanspraak hebben op uitkering. Ook zijn er technieken ontwikkeld waarbij het gevormde vermogen weliswaar voor de coöperatie behouden blijft, maar het lid de mogelijkheid heeft gekregen om de waarde van zijn belang te verzilveren.[43]

In de eerste plaats kunnen de statuten van de coöperatie bepalen dat de leden verplicht zijn – in de regel naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer dat het lid in het afgelopen boekjaar met de coöperatie heeft onderhouden – bij te dragen in een na het afsluiten van het boekjaar blijkend exploitatietekort of balanstekort. Een dergelijke financiële verplichting behoeft een uitdrukkelijke statutaire grondslag gezien artikel 2:34a BW dat immers bepaalt dat verbintenissen slechts bij of krachtens de statuten aan de lidmaatschap kunnen worden verbonden. Een dergelijke verplichting kan derhalve niet bij reglement of bij besluit van de algemene ledenvergadering aan het lid worden opgelegd indien daarvoor niet al een grondslag aanwezig is in de statuten. Het lid moet immers bij toetreding door

[42] Art. 15 lid 2 SCE-Verordening.

[43] Deze technieken zijn uitvoerig beschreven in G.J.H. van der Sangen, *a.w.* (noot 8), hoofdstuk 5 en 6, alsmede in G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van de coöperatie: tussen efficiency en fairness', *Ondernemingsrecht* 2012-10/11, p. 438-449. Zie ook *Asser-Rensen 2-III* 2017/225.

kennisneming van de statuten kunnen beoordelen wat de aard van de financiële verplichtingen zijn die aan hem kunnen worden opgelegd.

Wordt een statutaire plicht om bij te dragen in een exploitatietekort bij statutenwijziging ingevoerd, dan kan het lid zijn lidmaatschap met onmiddellijke ingang opzeggen met als gevolg dat op hem deze verplichting niet van toepassing is. Een reeds bestaande opzegtermijn of uittreevoorwaarde blijft overigens wel van toepassing. Coöperaties die functioneren als verlengstuk en waarvan de omvang van de onderneming en de financiering is afgestemd om een bepaald ledenbestand, doen er goed aan te overwegen de opzegmogelijkheid van art. 2:36 lid 3 BW in de statuten uit te sluiten.[44] De mogelijkheid tot onmiddellijke opzegging mag vanuit het perspectief van het uittredende lid billijk lijken, maar een ongeclausuleerde mogelijkheid tot opzegging kan de vitaliteit en continuïteit van de coöperatie zelf aantasten en de onderlinge financiële solidariteit tussen de leden. De achterblijvende leden betalen uiteindelijk de last van de uittreding.

In de tweede plaats kunnen de statuten voorzien in de mogelijkheid tot het vormen van algemene reserves doordat de statuten bepalen dat een exploitatieoverschot of winst van de coöperatie wordt toegevoegd aan het eigen vermogen. Indien de statuten van de coöperatie niet bepalen dat de leden na afsluiting van het boekjaar recht hebben op een nabetaling of slotbetaling als onderdeel van de afwikkeling van het zakelijk verkeer, staat het dan resterende exploitatie-overschot of de winst ter beschikking van de algemene vergadering. Dat laatste wordt overigens in de Titel 3 over de coöperatie in het BW nergens met zoveel woorden bepaald, slechts de jaarrekening wordt vastgesteld door de algemene vergadering aan de hand van een door het bestuur opgemaakte jaarrekening. Over de bevoegdheid tot bestemming van de winst of een exploitatieoverschot bevat het coöperatierecht en art. 2:58 BW in het bijzonder geen bepaling. Ik sluit mij graag aan bij de algemene opvatting in de literatuur dat, voor zover de statuten niet voorzien in een reservering van het exploitatieoverschot dan wel de winst, de bestemming daarvan ter beoordeling is van de algemene ledenvergadering.[45]

De praktijk leert echter dat een dergelijke jaarlijks uit te oefenen bevoegdheid van de algemene ledenvergadering bij een coöperatie kan leiden tot spanning met het effectief kunnen besturen en financieren van de aan de coöperatie verbonden onderneming. Het is immers de taak van het bestuur om te zorgen voor een adequate financiering van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming. Het is derhalve zaak om bij het formuleren en opstellen van een statutaire reserveringsbepaling een balans te vinden tussen enerzijds het belang van de leden bij een hoge vergoeding in het kader van het zakelijk verkeer en anderzijds het belang van de coöperatie bij continuïteit, financieringsruimte, investeringsmogelijkheden en innovaties in de toekomst.

[44] Zie voor een toepassing van art. 2:36 lid 3 BW: Rb Zwolle 15 juli 1992, *NJ* 1995/55 (*ECA/NAM*), waarover G.J.H. van der Sangen, *a.w.* (noot 8), pp. 169-173.

[45] Zie *Asser-Rensen 2-III* 2017/226.

Is er eenmaal een algemene reserve gevormd – in de coöperatieliteratuur ook wel het *vermogen in de dode hand* genoemd –,[46] dan kan er op enig moment in de ontwikkeling en groei van de coöperatie weerstand bij de leden ontstaan om aan de algemene reserve te blijven bijdragen.[47] Dit gegeven heeft geleid tot de derde vorm waarin vermogen kan worden opgebouwd. De praktijk laat verschillende varianten zien waarop leden alsnog verplicht zijn op grond van de statuten bij te dragen aan het eigen vermogen maar daarop enige aanspraak kunnen doen gelden. Ik noem in dit verband het op naam van de leden stellen van een deel van de gevormde reserves en de in de toekomst te vormen reserves. Dit op naam van de leden geïndividualiseerde eigen vermogen kan vervolgens bij reguliere uittreding na bijvoorbeeld 10 jaar worden uitgekeerd. Ondanks dat dit leidt tot een verplichting van de coöperatie om op termijn het vermogen uit te keren en het daardoor civielrechtelijk in beginsel niet kwalificeert als eigen vermogen, kunnen deze 'puttable shares' onder omstandigheden toch worden aangemerkt volgens het jaarrekeningenrecht als eigen vermogen en daardoor een bijdrage leveren aan de solvabiliteit van de coöperatie.[48]

Ook laat de praktijk voorbeelden zien waarbij de geïndividualiseerde aanspraken al dan niet binnen de kring van de leden worden verhandeld.[49] Er zijn echter ook voorbeelden waarbij de aanspraken worden omgezet in participaties waarvan certificaten vervolgens kunnen worden geplaatst bij het beleggend publiek.[50] In dit verband wil ik wijzen op een interessante ontwikkeling. Alle coöperaties die op deze wijze hun eigen vermogen op naam hebben gezet van de leden en vervolgens de mogelijkheid hebben gecreëerd om de eigen vermogenstitels over te dragen of uit te geven aan niet-leden, hebben gekozen om het zakelijk verkeer af te wikkelen met de leden op basis van marktconforme prijzen zodat bij de coöperatie een winst ontstaat in de eigenlijke zin van het woord.[51] De leden kunnen dan onverplicht delen in de overwinst van de coöperatie door verhandelbare participaties te kopen, waarvan een deel kan worden volgestort door conversie van het eerder op naam gestelde geïndividualiseerd eigen vermogen. Daarmee toont de praktijk aan dat binnen de door het coöperatierecht getrokken grenzen van het rechtskarakter van de coöperatie het probleem van het vermogen in de dode hand tot een oplossing kan worden gebracht.[52]

46 Zie de oratie van G. van Dijk, *Leven uit de 'dode hand': over het toekomstig coöperatief ondernemerschap*, inaugurele rede LUW 1991.

47 Zie over dit horizonprobleem G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness,' *Ondernemingsrecht*, 2012-10/11, p. 447.

48 Zie hierover nader G.J.H. van der Sangen, 'De financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht*, 2018/156.1, p. 37.

49 Zoals het geval was voor de beursgang bij de Rabobank en bij ForFarmers via een intern trading platform.

50 Zie hierover G.C. van Eck, L.A. Lutz en A.N. Krol, 'Bespreking van de kenmerken van de Rabo participaties en de Rabo Certificaten', *Ondernemingsrecht* 2015/15, p. 88-98 en over ForFarmers, G.J.C. Rensen, 'Privaatrecht Actueel. Een coöperatieve beursnotering', *WPNR* 2016, 7117, p. 627 en 628.

51 Ik noem voor Nederland OPG, Cebeco-Handelsraad, Rabobank en ForFarmers.

52 Zie G.J.H. van der Sangen, *a.w.* (noot 8), hoofdstuk 6.

In de vierde plaats plegen coöperaties de leden te verplichten om bij te dragen in de vorming van vreemd vermogen door het aanhouden van ledenschuldrekeningen die gevoed worden door een dotering uit het jaaroverschot naar rato van het zakelijk verkeer. Indien deze vormen ledenfinanciering in het vreemd vermogen van de coöperatie gekoppeld zijn aan een substantiële vorm van ledenaansprakelijkheid, draagt het door de werking van het compensatieverbod van art. 2:55 lid BW bij aan de vorming van het garantievermogen. Daarnaast kunnen de statuten bepalen dat de ledenschuldrekening een bepaalde langere looptijd heeft en dat de aflossing gestaffeld na rato van jaar dotering plaats vindt zodat er een vaste kern aan langlopend vreemd vermogen ontstaat. In jaarrekening technische zin kan er dan gesproken worden van garantievermogen.[53]

In de vijfde plaats plegen coöperaties die functioneren als verlengstuk van de aangesloten leden en daarvoor een kapitaalintensieve onderneming in stand houden die, zoals gezegd, gefinancierd moet kunnen worden door het bestaande ledenbestand gezien de koppeling met het zakelijk verkeer, als aanvullende statutaire maatregelen gebruik te maken van beperkingen in de mogelijkheid tot uittreding. Deze beperkingen die doorgaans een combinatie zijn van beperkingen in tijd en van financiële maatregelen, dienen te voldoen aan de normering van art. 2:60 BW en aan die van het nationale of Europese mededingingsrecht, in het bijzonder art. 6 NMW en art. 101 en 102 VWEU. Hoewel uittreevoorwaarden integraal getoetst worden aan het mededingingsrecht en in dat kader weinig ruimte blijkt te bestaan om met het unieke karakter en de specificiteit van de economische samenwerking van de coöperatie rekening te houden,[54] blijkt uit de rechtspraak ten aanzien van art. 2:60 BW dat een uittreevoorwaarde in overeenstemming moet zijn met doel en strekking van de coöperatie. Uit de constante rechtspraak hierover blijkt dat daarmee bedoeld wordt dat een uittreevoorwaarde economisch noodzakelijk moet zijn om het wegvallen van de omzet en de financiële deelname van het uittredende lid te kunnen opvangen zodat dat de continuïteit van de coöperatie en de daaraan verbonden onderneming gewaarborgd is.[55] Men zou uittreevoorwaarden kunnen zien als een indirecte vorm van vermogensbescherming.

Bij de introductie van uittreevoorwaarden speelt overigens dezelfde problematiek als bij de introductie van het kunnen opleggen van financiële verplichtingen tijdens het bestaan van de coöperatie, namelijk dat hiervoor steeds een statutaire grondslag moet bestaan. De Hoge Raad heeft ten aanzien van dit aspect voor de geldigheid van

[53] Zie G.J.H. van der Sangen, 'De financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht*, 2018/156.1, p. 37.

[54] Zie A. Gerbrandy & S. de Vries, *Landbouwbeleid en EU-mededingingsrecht. Mogelijkheden en grenzen voor zelfregulering in de melksector*, Eleven international publishing, Den Haag 2011, en G.J.H. van der Sangen, *Support for Farmers' Cooperatives. A Comparative Analysis of Legal Aspects*, Wageningen University 2012, p. 30-39.

[55] Zie Overes, Van der Ploeg & Van Veen 2019/6.5.5 en *Asser-Rensen 2-III* 2017/245.

uittreevoorwaarden bepaald dat de aard van de uittreevoorwaarde kenbaar moet zijn uit de statuten en dat aan de hand van een uit de statuten blijkende maatstaf de maximale omvang van de verplichting moet kunnen worden bepaald. Dat was in het arrest van de Hoge Raad inzake DOC Kaas[56] voldoende aan de hand van de statuten komen vast te staan omdat daarin een maximering van het totaal verschuldigde uittreegeld was opgenomen hoewel de wijze waarop het uittreegeld de facto moest worden berekend nog niet was vastgesteld in een daartoe strekkend reglement.

Uittreevoorwaarden dragen onmiskenbaar bij aan de onderlinge financiële solidariteit binnen coöperaties en moeten binnen de context van art. 2:60 BW voldoen aan de redelijkheid en billijkheid. Binnen de context van het mededingingsrecht wordt echter autonoom getoetst of de (combinatie van) afspraken tussen leden onderling, tussen leden en hun coöperatie of tussen de coöperatie en marktpartijen de mededinging beperken. In beperkte zin wordt daarbij getoetst of de uittreevoorwaarde voldoet aan het 'noodzakelijkheidscriterium'.[57]

## 6. Coöperatie als doel gebonden *rechtspersoon*

Hierboven werd de analogie aangehaald met de stichting en de rechtsfiguur van het beklemd vermogen van art. 2:18 lid 6 BW. De stelling werd verdedigd dat de grondvorm van de coöperatie zoals die uit de wet blijkt, ook een doel gebonden vermogen heeft dat tegen de achtergrond van de economische functie van de coöperatie als verlengstuk van de aangesloten leden moet worden gebruikt. Ondertussen kent de praktijk een grote diversiteit aan toepassingen van de coöperatie: van pure verlengstukcoöperaties naar multipurpose en multi-stakeholder coöperaties.

Hoewel de wetgever uitgaat van de verlengstukgedachte, is de regeling van de coöperatie niet zo ingericht dat de leden rechtstreeks een opeisbare vordering hebben tot uitkering van het exploitatieoverschot of van de winst. In de visie van de wetgever en, zoals hierna zal blijken, ook in de visie van de Hoge Raad is een coöperatie ook rechtspersoon met eigen rechten en plichten, waar ook anderen dan de leden belang bij kunnen hebben dat dat vermogen in stand wordt gehouden. Op die gronden wees de Hoge Raad[58] eertijds de vorderingen van gedupeerde leden van coöperatie Heino Krause jegens de toenmalige directeur in loondienst af. Weliswaar had de toenmalige directeur wanprestatie gepleegd jegens de coöperatie door het plegen van subsidiefraude en stond vast dat de leden het daardoor ontstane tekort bij de coöperatie moesten bij passen, maar de Hoge Raad bestempelde de schade die de leden daardoor leden, slechts als afgeleide schade en zag

[56] HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601 (*DOC Kaas*).

[57] Dat wordt ook wel aangeduid als de leer van de inherente beperking in het kader van de toepassing van art. 101 VWEU. Zie hierover Gerbrandy & De Vries, *a.w.* (noot 54), p. 32-35.

[58] HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/699 (*Heino Krause*).

anders dan het Hof en A-G Hartkamp geen reden om een uitzondering op de regel van het arrest van de Hoge Raad inzake *Poot/ABP*[59] toe te passen. Indien de leden toegestaan zou worden zonder tussenkomst van de coöperatie rechtstreeks de directeur aan te spreken, dan zou de vergoeding buiten het vermogen van de coöperatie blijven. Het ligt volgens de Hoge Raad op de weg van het bestuur van de coöperatie de directeur aan te spreken en, indien deze vordering slaagt, is daarmee de corresponderende afgeleide schade bij de leden weggenomen. In feite is hier sprake van een vorm van wat Hansmann & Kraakman[60] hebben beschreven als 'affirmative asset partitioning'.

De uitkomst was niet bevredigend indien men in ogenschouw neemt dat coöperatie Heino Krause een pure verlengstukcoöperatie was waarin de resultaten één-op-één doorberekend werden in de uitbetalingsprijs aan de leden onder aftrek van de noodzakelijke reserveringen en afschrijvingen, de directeur wist dat door zijn handelen de leden rechtstreeks in hun eigen vermogen werden geraakt en dat de mogelijkheid om de schade via de coöperatie vergoed te krijgen, de facto niet aanwezig waren omdat Heino Krause inmiddels gefuseerd was met Coberco en gezien hun belang in de algemene ledenvergadering van Coberco deze leden het bestuur van Coberco niet konden dwingen te procederen tegen de voormalig directeur.

Gegeven de recente rechtspraak van de Hoge Raad inzake Licorne[61] en Potplantkwekerij[62] zou het oordeel thans wellicht anders zijn geweest. Naar mijn stellige overtuiging[63] zou de uitkomst ook anders zijn geweest indien de vordering van de leden anders was ingekleed, namelijk volgens de regels van de zorgplicht van de contractueel betrokken derde:[64] de directeur (A) pleegt wanprestatie jegens de coöperatie (B), in de wetenschap dat door zijn wanprestatie in de uitvoering van de overeenkomst tussen de coöperatie (B) en haar leden (C) ter zake van het zakelijke verkeer schade optreedt bij de leden door gederfde inkomsten en door de statutaire plicht van de leden, waarvan A als directeur op de hoogte was, een exploitatietekort bij te passen. De analogie met het recente arrest van de Hoge Raad inzake Potplantkwekerij ligt dan voor de hand. Het gaat hier om een zelfstandige onrechtmatige daad in de zin van het arrest van de Hoge Raad inzake Staat/Degens.[65]

59 HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*).
60 Zie H. Hansmann & R. Kraakman, *t.a.p.* (noot 24), passim.
61 HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1811 (*Licorne*).
62 HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1899 (*Potplantkwekerij*).
63 Zie hiervoor mijn bijdrage in: I. Giesen & J.B.M. Vranken, *De Hoge Raad op de hei. Verslag van een experiment*, Boom juridische uitgevers, Den Haag 2003, p. 157-169.
64 De term ontleen ik aan C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. UvA 1999, Kluwer Rechtswetenschappelijke Publicaties, Kluwer, Deventer 1999, p. 84 en 253 e.v..
65 HR 3 mei 1946, *NJ* 1946/323 (*Staat/Degens*).

## 7. Overdracht van activa

Ongeacht of de coöperatie ten behoeve van haar leden optreedt als een zuivere verlengstukcoöperatie of als een coöperatie die het zakelijk verkeer met de leden afwikkelt op basis van marktconforme prijzen, heeft de coöperatie gezien haar wettelijke doelstelling een doel gebonden vermogen. De activa van de coöperatie dienen door het bestuur te worden ingezet ter verwezenlijking van de wettelijke doelstelling van de coöperatie. Daartoe heeft het bestuur enige discretionaire bevoegdheid en instrumenten die verankerd zijn in de statutaire doelomschrijving van de coöperatie. Het eigenlijke doel van de coöperatie is en blijft het onderhouden van een zakelijk verkeer met de leden krachtens het sluiten van overeenkomsten in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van de leden uitoefent en doet uitoefenen. Bij de uitoefening van de bestuurstaak en de normering van wat gezien kan worden als behoorlijk bestuur, is die taakopdracht bij de coöperatie leidend. Vervreemding van activa of een deel van de onderneming die de kern en de aard van de doel gebonden organisatie van de coöperatie aantasten, roept vragen op over de toelaatbaarheid van dergelijke transacties. Datzelfde geldt voor het inzetten van middelen om activiteiten te ontplooien die niet bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling van de coöperatie. In de kern van de zaak gaat het dan om de vraag of leden zich kunnen verzetten tegen voorgenomen transacties die de structuur en inrichting van de coöperatie dusdanig veranderen dat daardoor de initiële economische functie waarvoor de coöperatie werd opgericht, wezenlijk wordt aangetast.

Anders dan bij de NV kent het coöperatierecht hier geen specifieke wettelijke bevoegdheid van de algemene ledenvergadering dat majeure transacties die raken aan de structuur en inrichting van de coöperatie, ter goedkeuring aan haar moeten worden voorgelegd, zoals dat wel het geval is bij art. 2:107a BW. Wel bestaat er een wettelijke plicht voor het bestuur om majeure transacties zoals opgesomd in art. 2:274 BW vooraf ter goedkeuring aan de raad van commissarissen voor te leggen, indien er sprake is van een structuurcoöperatie. Het verdient derhalve aanbeveling te overwegen een soortgelijke regeling als in art. 2:107a BW op te nemen in de statuten van de coöperatie. Tevens dient men in overweging te nemen om voor dergelijke besluiten een gekwalificeerde meerderheid al dan niet in combinatie met een quorum in de statuten op te nemen teneinde te voorkomen dat een 'toevallige' gewone meerderheid voor een rechtsgeldig 'structuur'-besluit voldoende is. Het staat de algemene ledenvergadering van de coöperatie vrij de catalogus van majeure transacties uit te breiden aangezien de limitatieve opsomming en strikte uitleg van het artikel alleen geldt voor de NV.[66]

Door een dergelijke goedkeuringscatalogus wordt de discretionaire bevoegdheid van het bestuur beperkt in het belang van de bescherming van de leden. Overtreding ervan

[66] HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (*ABN AMRO/VEB*).

levert een onbehoorlijke taakvervulling op in de zin van art. 2:9 BW[67] en kan onder omstandigheden ook een onrechtmatige daad opleveren van het bestuur jegens de leden.[68] Een genomen besluit in strijd met de statutaire goedkeuringsbepaling is nietig, maar heeft niet tot gevolg dat daardoor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur wordt aangetast. Het is immers geen uit de wet voortvloeiende beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid in de zin van art. 2:45 lid 3 jo. 53a BW. Of dat in alle gevallen een bevredigende oplossing is, kan worden betwijfeld aangezien inzet en belang van de leden is dat de structuur en inrichting van de coöperatie niet ten nadele van hen wordt aangetast. Dat externe effect kan wel worden bereikt naar huidig recht indien de transactie van het bestuur valt onder de tegenstijdig belangbepaling van art. 2:47 BW.[69] Opschorting of, na gebleken wanbeleid, vernietiging van transacties die de structuur en inrichting van de coöperatie veranderen en waardoor de economische functie van de coöperatie wezenlijk verandert, kan ook geschieden via de enquêteprocedure zoals bleek uit de beschikking van de Ondernemingskamer inzake Coöperatie TICA U.A..

Deze zaak is met name van belang omdat de Ondernemingskamer in de gang van zaken rond de verkoop van de aandelen van de BV waarin de coöperatie het bedrijf waar art. 2:53 lid 1 BW over spreekt, doet uitoefenen, een materiële liquidatie van de coöperatie zag. Weliswaar was op grond van de statuten van de coöperatie voor de verkoop van deze dochter-BV vooraf goedkeuring vereist van de algemene ledenvergadering en ook verkregen door een besluit genomen met een gewone meerderheid, maar omdat de Ondernemingskamer oordeelt dat de transactie leidt tot een materiële liquidatie van de coöperatie en haar werkzaamheden feitelijk worden gestaakt, dienen volgens de Ondernemingskamer de statutaire regels voor ontbinding te worden toegepast. De statuten van de coöperatie voorzagen hiervoor in een gekwalificeerde meerderheid. Daarin zag de Ondernemingskamer gegronde redenen om aan juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. Bij wijze van onmiddellijke voorziening is het besluit geschorst en wordt het bestuur verboden de aandelen in de dochter-BV te verkopen.[70]

67 HR 29 november 2002, *NJ* 2003 (*Berghuizer Papierfabriek/Schwandt*).

68 HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (*Willemsen/NOM*).

69 Indien het wetsvoorstel Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen wet wordt, zal de tegenstrijdig belangregeling slechts interne werking hebben. Ik wijs erop dat belangenverstrengeling ook via het enquêterecht kan worden geadresseerd waarbij de normen van OK 26 mei 1983, *NJ* 1984/481 (*Linders/Hofstee*) gelden. Zie recentelijk ook OK 22 december 2017, *JOR* 2018/210 (*Intergamma*).

70 Zie OK 27 februari 2014, *JOR* 2014/160 en OK 8 december 2015, *JOR* 2015/156, waarover G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015 (7072) en *Asser-Rensen 2-III* 2017/250 en 273a. Overigens werd in de laatste beschikking door de OK geen wanbeleid vastgesteld.

## 8. De rol van gebonden reserves

In de casus van Coöperatie TICA U.A. zou na de verkoop van de dochter-BV via welke de coöperatie haar bedrijf deed uitoefenen, de opbrengt in het kader van de ontbinding en vereffening van de coöperatie worden uitgekeerd aan de leden. Blijkbaar was dat mogelijk op grond van de statuten en behoorde de opbrengst niet te worden toegevoegd aan een gebonden statutaire reserve met als doel een soortgelijke coöperatie te kunnen oprichten. Het staat de coöperatie vrij via de statuten een gebonden reserve te vormen. Voorzover wijziging van de gebonden statutaire reserve niet op voorhand in de statuten is uitgesloten,[71] kan aan een gebonden statutaire reserve het gebonden karakter worden ontnomen door wijziging van de statuten in een vrije reserve, maar een dergelijke statutenwijziging dient dan te voldoen aan hoge eisen van zorgvuldigheid, aan de redelijkheid en billijkheid, en ingegeven te zijn door het belang van de leden bij voortzetting van de activiteiten van de coöperatie.

Anders dan de SCE-Verordening,[72] buitenlandse jurisdicties zoals Portugal,[73] de in academische kringen ontwikkelde Principles of European Cooperative Law[74] en de rechtspraak van Hof van Justitie EU[75] schrijft het Nederlandse rechtspersonenrecht niet dwingend voor wat er met een liquidatieoverschot dient te gebeuren na ontbinding en vereffening. De SCE-Verordening, de coöperatiewetgeving in Portugal, de PECOL en het Hof van Justititie EU schrijven voor dat een liquidatieoverschot wordt verdeeld volgens het beginsel van belangloze verdeling. Daaronder wordt volgens de preambule bij de SCE-Verordening verstaan dat het batig saldo en de reserves na ontbinding uitgekeerd worden aan een ander coöperatief lichaam dat soortgelijke doelstellingen of doeleinden van algemeen belang nastreeft.[76] Zover gaat art. 2:23b lid 1 BW niet: de statuten kunnen aangeven aan wie het batig saldo toekomt. Is dat niet bepaald, dan wordt het batig saldo verdeeld onder de leden van de coöperatie 'in verhouding tot ieders recht'. De wet geeft geen maatstaf wat bij een coöperatie onder dat laatste wordt verstaan. De statuten zouden op dat punt een maatstaf moeten bepalen, bijvoorbeeld naar gelijke delen of naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer. Ook art. 2:27 lid 4 jo. 53a BW strekt ertoe dat de statuten de bestemming van het batig saldo of de wijze waarop deze wordt vastgesteld, bevatten.

[71] In een dergelijk geval is wijziging alsnog mogelijk op grond van de uitzonderlijke mogelijkheid van art. 2:43 lid 2 BW.
[72] Art. 75 SCE-Verordening.
[73] Art. 114 lid 2 en 3 Portugese Coöperatiewet. Zie D. Meira, 'National Report Portugal', in: G. Fajardo e.a., *a.w.* (noot 38), pp. 484-486..
[74] G. Fajardo e.a. (eds.), *a.w.* (noot 38), p. 93.
[75] Hof van Justitie EU 8 September 2011, Gevoegde zaken C-78/08 (*Ministero dell'Economia e delle Finanze en Agenzia delle Entrate tegen Paint Graphos Soc. coop. arl*), C-79/08 (*Adige Carni Soc. coop. arl, in vereffening tegen Agenzia delle Entrate en Ministero dell'Economia e delle Finanze*) en C-80/08 (*Ministero delle Finanze tegen Michele Franchetto*).
[76] SCE-Verordening, preambule 10.

Voor de vermogensbescherming bij coöperaties is verder van belang dat de ontbinding van een coöperatie ook op vrijwillige basis kan geschieden krachtens een besluit van de algemene ledenvergadering. Voor een dergelijk besluit geldt, tenzij de statuten anders bepalen, dat het besluit genomen wordt met tenminste een gekwalificeerde meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen.[77] Gekoppeld aan een quorum ligt hierin een belangrijke bescherming van minderheidsleden binnen een coöperatie. Ook voor het overige is het besluit tot ontbinding onderworpen aan de toets van de redelijkheid en billijkheid.

In de praktijk komt het voor dat voor activiteiten op 'coöperatieve grondslag' niet gebruik gemaakt wordt van de coöperatie maar van een BV waarbij via de statuten en de mogelijkheden die art. 2:192 BW daarbij biedt, een 'coöperatieve' BV wordt vormgegeven.[78] Dat gebeurde ook in de volgende casus. Op enig moment besluiten een aantal veehouders, akkerbouwers en vervoerders samen te gaan werken en een mestverwerkingsfabriek te starten. De kennelijke bedoeling is dat de veehouders een afzetkanaal hebben voor hun overtollige mest, de vervoerders een vaste inkomensbron hebben in de vorm van het transport van mest respectievelijk mestkorrels en dat de akkerbouwers tegen lagere kosten verzekerd zijn mestkorrels van een bepaalde kwaliteit. Met dat oogmerk wordt de Mestverwerkingsfabriek BV opgericht waarvan elk van de partijen een derde van de aandelen houdt. Partijen voorzien reeds bij oprichting dat de fabriek over 10 jaar niet meer zal kunnen voldoen aan de door de EU gestelde emissie-eisen en houden daar in de bedrijfsvoering rekening mee doordat in de afwikkeling van de transacties met de veehouders, vervoerders en akkerbouwers telkens een vast percentage wordt gereserveerd en wordt toegevoegd aan de algemene reserves, teneinde over 10 jaar voldoende middelen te hebben om een nieuwe mestverwerkingsfabriek in gebruik te kunnen nemen. Na verloop van tijd accumuleren de tegoeden op de algemene reserve tot het benodigde bedrag. Op dat moment agenderen de akkerbouwers en de vervoerders het besluit tot ontbinding van Mestverwerkingsfabriek BV en het opvolgende besluit tot uitkering naar evenredigheid van ieders recht van het aandeel in het batig saldo. Het besluit wordt aangenomen met een gewone meerderheid, nu de statuten voor ontbinding van de BV geen hogere meerderheid voorschrijven.

Naar mening van de veehouders is het besluit tot ontbinding en het besluit tot uitkering van het batig saldo in strijd met de aard van de samenwerking en de afspraken die daaromtrent zijn gemaakt tussen de samenwerkende aandeelhouders, en ook de aanwending van de algemene reserves is in strijd met de kennelijke bedoeling waarvoor deze zijn gevormd. Vast staat dat de statuten van Mestverwerkingsfabriek BV geen

[77] Zie art. 2:43 lid 1 jo. 42 lid 4 en 53a BW.

[78] Zie voor een weergave G.J.C. Rensen, 'Aandelen en aandeelhouders': in: B. Bier e.a. (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht, B.V. en N.V.*, serie vanwege het Van der Heijen Instituut, deel 132-1, Deventer: Wolters Kluwer 2016, pp. 147-184.

gebonden statutaire reserves kenden en vast staat ook dat er geen aandeelhoudersovereenkomst kon worden overlegd waaruit de bedoelingen van partijen kon worden afgeleid, namelijk dat na 10 jaar van het eigen vermogen een nieuwe fabriek kon worden gebouwd. Het gevolg is dat de veehouders conform de regels van 2:23b lid 1 BW genoegen moesten nemen met hun aandeel van 1/3 van het batig saldo en tegelijk constateerden dat de activiteiten van de 'coöperatieve' BV feitelijk tot een einde kwamen en het aan hen uitgekeerde bedrag ten enenmale onvoldoende was voor de bouw van een nieuwe fabriek.

Was deze samenwerking vormgegeven in een coöperatie met een verankering van de wettelijke doelstelling in de statuten, de opname in de statuten van een gebonden reserve, de wetenschap dat voor ontbinding een gekwalificeerde meerderheid nodig was geweest, en het vermogen van de coöperatie overeenkomstig haar doelstelling dient te worden aangewend, dan was de uitkomst ongetwijfeld anders geweest. Zeker indien de afspraken over deze samenwerking in een door de leden en de coöperatie ondertekende ledenovereenkomst waren vastgelegd. Wat er ook zij van de vennootschapsrechtelijke doorwerking van deze ledenovereenkomst, het samenstel van feiten en omstandigheden maken dat ontbinding en uitkering van het batig saldo op deze wijze bij een coöperatie snel in strijd komen met de eisen van de redelijkheid en billijkheid en derogeren aan de wettelijke bepaling van art. 2:23b lid 1 BW.[79]

## 9. Conclusie

In dit artikel zijn een aantal aspecten van vermogensbescherming bij de coöperatie behandeld. De keuze van de wetgever eertijds om de coöperatie te doen financieren met de rechtsfiguur van de wettelijke ledenaansprakelijkheid en niet aan de hand van een te vormen aandelen- en minimumkapitaal verklaart waarom de wettelijke regeling van de coöperatie in Titel 3, Boek 2 BW geen systematiek heeft van vermogensbescherming.

Vermogensbescherming strekt in de klassieke benadering zoals deze bekend is bij de NV en BV, ter bescherming van crediteuren. Daarvoor valt men bij de coöperatie terug op voor alle rechtspersonen geldende normen van bestuurdersaansprakelijkheid en eventueel doorbraak van aansprakelijkheid ingeval door een uitkering van de winst crediteuren worden benadeeld. Gesignaleerd werd dat bij een coöperatie niet steeds duidelijk is of er sprake is van een uitkering van winst in eigenlijke zin of dat er sprake is van een uitbetaling aan de leden ter afwikkeling van het zakelijk verkeer, waartoe de coöperatie krachtens de wettelijke definitie overeenkomsten met de leden moet sluiten. Van winst is sprake indien de coöperatie afstand doet van de grondvorm van de coöperatie

[79] Zie voor de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid bij een besloten samenwerkings-BV op coöperatieve grondslag HR 31 december 1993, *NJ* 1994/436 (*Verenigde Bootlieden*).

als verlengstukcoöperatie en het zakelijk verkeer afwikkelt op grond van marktconforme prijzen. Indien de coöperatie gebruik maakt van de wettelijk erkende mogelijkheid het bedrijf te doen uitoefenen via een dochter-BV, zijn overigens de vermogensrechtelijke bepalingen van het BV-recht, art. 2:216 BW in het bijzonder, integraal van toepassing. Het bestuur van de dochter-BV heeft hier een eigen rol of een uitkering van dividend aan de leden binnen de normen van art. 2:216 BW mogelijk is. Dat kan mogelijk contrair zijn aan het door de coöperatie jegens haar leden gevoerde uitkerings- en/of reserveringsbeleid.

De klassieke benadering van vermogensbescherming staat in het teken van de bescherming van crediteuren. Bij de coöperatie is er reden om vermogensbescherming ook te bezien vanuit het belang van de leden bij de instandhouding van het bij de coöperatie gevormde vermogen. Gezien de wettelijke doelstelling van de coöperatie dat zij ten behoeve van de leden een bedrijf uitoefent van waaruit het zakelijk verkeer met de leden wordt onderhouden, is het vermogen van de coöperatie gebonden aan dat wettelijke doel. Hoewel de wet niet dwingt tot het vormen van een vermogen, zijn in de praktijk verschillende technieken ontwikkeld om te voorkomen dat door een veranderlijk ledenbestand het vermogen van de coöperatie erodeert. Deze technieken behelzen de plicht bij te dragen in tussentijdse exploitatietekorten, de vorming van vermogen in de dode hand, statutaire gebonden reserves, op naam van de leden geïndividualiseerde eigen vermogensrekeningen, ledenschuldrekeningen en uittreevoorwaarden. Jaarrekening-technisch kunnen deze vormen van ledenfinanciering een bijdrage leveren aan het garantievermogen van de coöperatie.

Een vorm van vermogensbescherming ligt ook in het feit dat bij de coöperatie – zelfs als deze functioneert als zuivere verlengstukcoöperatie – het vermogen strekt ter bescherming van alle stakeholders die belang hebben bij de instandhouding van het vermogen van de coöperatie. Ingevolge zijn rechtspraak inzake het leerstuk van omgekeerde doorbraak van aansprakelijkheid houdt de Hoge Raad consequent vast aan de gevolgen van rechtspersoonlijkheid. Mogelijk dat het recente arrest van de Hoge Raad inzake *Potplantkwekerij* leidt tot vergoeding van rechtstreekse schade aan de leden, indien de leden schade hebben geleden door een vermindering van omzet en inkomen ter zake van de afwikkeling van het zakelijk verkeer die veroorzaakt is door een derde.

Voor de realisatie van de wettelijke doelstelling van de coöperatie is de continuïteit van het onderhouden van het zakelijk verkeer met de leden binnen de onderneming van de coöperatie essentieel. Ook in die zin is het vermogen van de coöperatie doel gebonden. Het verdient aanbeveling in de statuten van de coöperatie waarborgen op te nemen – bij gebreke aan een wettelijke bepaling daartoe – dat besluiten tot majeure transacties die raken aan de inrichting en structuur van de coöperatie en kunnen leiden tot een partiële of gehele beëindiging van de onderneming en daarmee van de verlengstukfunctie van de coöperatie, de goedkeuring nodig hebben van de algemene ledenvergadering met een gekwalificeerde meerderheid eventueel gecombineerd met een quorum. Het vormen van een of meer statutair gebonden reserves kan een belangrijk instrument zijn voor de

vorming en instandhouding van het vermogen van de coöperatie. Aan de hand van een casus werd de noodzaak toegelicht om in de statuten een passende bestemming op te nemen van het na ontbinding resterende batige saldo.

*Mr. dr. G.J.H. van der Sangen* *

# De rol van principles in het coöperatierecht

**De coöperatie mag zich verheugen in toenemende belangstelling. Gedurende het afgelopen decennium zijn nieuwe vormen van coöperatie ontstaan die opereren in het maatschappelijke middenveld en waarbij het economische motief van de samenwerking in coöperatief verband gekoppeld wordt aan sociale, ideële en maatschappelijke motieven. Regelmatig wenst men daarbij inhoud te geven aan universele coöperatieve waarden en uitgangspunten zoals de ICA-Principles 1995. Dat roept de vraag op welke rol deze principles kunnen spelen bij de juridische vormgeving van de coöperatie aangezien de wettelijke regeling van de coöperatie in Nederland uitgaat van een economische benadering.**

## 1. Inleiding

In deze bijdrage staat de vraag centraal welke beginselen aan de organisatievorm van de coöperatie ten grondslag liggen en op welke wijze deze beginselen hun beslag hebben gekregen, zo men wil doorwerken, op de juridische vormgeving van de coöperatie. In vergelijking tot andere jurisdicties heeft de Nederlandse wetgever bij de definiëring van de rechtsvorm van de coöperatie gekozen voor een normatief kleurloze omschrijving van de coöperatie die – zoals hierna zal blijken – voornamelijk gestoeld is op een economische analyse van de aard van de werkzaamheden van de coöperatie ten behoeve van haar aangesloten leden/bedrijfshuishoudingen en de inkomensvormende functie die de coöperatie voor de leden vervult. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet een oogmerk van de wetgever om sociale, ideologische en maatschappelijke motieven mede ten grondslag te leggen aan de rechtsvorm van de coöperatie. De juridische vormgeving van de coöperatie in Boek 2 BW heeft geleid tot een neutrale en technische regeling van de coöperatie. Zoals gezegd geven andere jurisdicties wel uiting aan sociale, ideologische en maatschappelijke uitgangspunten voor de vormgeving van de coöperatie. In Nederland is er sprake van een scheiding tussen het coöperatierecht als onderdeel van het Nederlandse rechtspersonenrecht en de coöperatieve beweging, terwijl in een groot aantal jurisdicties de rechtsvorm van de coöperatie wordt beschouwd als het juridische instrument voor de coöperatieve beweging (*the cooperative movement*) en de sociale economie (*social economy*), waarin universele waarden en beginselen over de functie en de aard van de samenwerking in coöperatief verband als leidende normatieve uitgangspunten gelden.[1] Deze universele waarden en beginselen kregen echter de laatste jaren – in het bijzonder sinds het annus horribilis 2008 – een steeds grotere aandacht, ook vanuit juridisch perspectief. Hoewel Francis Fukuyama[2] recentelijk meende dat de crisis van 2008 en de daaruit voortvloeiende weerstand tegen het kapitalisme niet heeft geleid tot een linkse beweging, heeft nu juist de coöperatieve beweging sindsdien een groei doorgemaakt en is er sprake van een revival van deze organisatievorm wereldwijd,[3] die ook in Nederland heeft geleid

* **Mr. dr. G.J.H. van der Sangen** is universitair hoofddocent Ondernemingsrecht aan de Tilburg Law School, Departement Business Law en verbonden aan het Center for Company Law aldaar.

1. Ik noem in dit verband Portugal, Spanje en Italië in het bijzonder gezien de uitdrukkelijke vermelding hiervan in de Grondwet en de nationale coöperatiewetgeving. Zie hierover bijdragen van R. Namorado, 'Portugal', p. 636, I.G. Fajardo Garcia, 'Spain', p. 703 en A. Fici, 'Italy', p. 481, in: D. Cracogna e.a. (eds.), *International Handbook of Cooperative Law*, Berlijn: Springer Verlag 2013. Ook België kan daartoe worden gerekend gezien de regeling van de 'geaccrediteerde' coöperatie. Zie hierover A. Coates, 'Belgium', *a.w.* in deze noot, p. 252-253 en 265. Voor geaccrediteerde coöperaties die aan bepaalde eisen moeten voldoen, bestaan er fiscale en sociale verzekeringswetgevingsvoordelen. Zie ook de landenreporten uit Euricse e.a., *Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*, 5 October 2010. Maar ook buiten de EU is een op de ICA-Principles geënte solidariteitsgedachte terug te vinden in nationale coöperatiewetgeving. Zie voor Afrika: D. Hiez & W. Tadjudje, 'The OHADA Cooperative Regulation', *a.w.* in deze noot, p. 90 e.v., en voor Zuid-Amerika: D. Cracogna, 'The Statute of Mercosur Cooperatives', *a.w.* in deze noot, p. 153 e.v.
2. F. Fukuyama, *The Demand of Dignity and the Politics of Resentment*, New York: Farrar, Straus & Giroux 2018, passim.
3. Zo werd het jaar 2012 door de Verenigde Naties uitgeroepen tot het jaar van de coöperatie.

tot nieuwe initiatieven en een groei van het aantal opgerichte coöperaties.[4]

Deze bijdrage stelt zich ten doel verslag te doen van de groeiende belangstelling voor de coöperatie en de daarbij gehanteerde beginselen en te bezien op welke wijze de universele waarden en beginselen ten aanzien van de organisatievorm coöperatie een functie kunnen vervullen binnen het Nederlandse coöperatierecht. Daarbij maak ik graag gebruik van het uit 1899 daterende motto van J.H. Boudewijnse:

'Ware coöperatie is dan die coöperatie die in haar streven uitgaat van dezelfde beginselen waaraan eenmaal de Pioneers van Rochdale op zoo schitterende wijze uitvoering hebben gegeven. Valse coöperatie betreft dan eenvoudig die soort van vereeniging, die, gehuld in den vorm van coöperatieve verenigingen door de wet als zodanig erkend, strekt tot bereiking van geheel zelfzuchtige doeleinden.'[5]

Terwijl E.M. Meijers bij het ontwerp voor een regeling van rechtspersonen in het Nieuw Burgerlijk Wetboek postuleerde:

'Een wetgever, die zijn dwingendrechtelijke bepalingen wenst te zien geëerbiedigd, moet materiële kenmerken voor de verschillende soorten rechtspersonen opstellen, zodat iedere vorm beantwoordt aan een bijzondere door de wet erkende behoefte.'[6]

## 2. Eigen karakter van de coöperatie

Het geven van een omschrijving van de coöperatie blijkt ondanks een historische ontwikkeling van meer dan 150 jaren, een stevige basis in het huidige economische bestel en aandacht van wetgevers en academici geen sinecure. Een globale vogelvlucht over de verschillende juridische omschrijvingen van het fenomeen coöperatie laat een grote verscheidenheid zien. Men spreekt in dat verband ook wel van '*path-dependency*'.[7] Ten aanzien van de juridische vormgeving van de coöperatie wordt die path-dependency niet alleen veroorzaakt door de verschillende wijzen van inbedding in het nationale rechtspersonenrecht, maar ook door verschillen in de ontstaansgeschiedenis van de organisatievorm[8] en verschillen in de sociale en culturele achtergronden en de rol die coöperaties geacht worden daarin te spelen.[9]

Bij nadere beschouwing hebben coöperaties echter een aantal kenmerken gemeen die tot uitdrukking komen in de door de socioloog Dunn gebezigde typering van coöperaties. Een coöperatie onderscheidt zich van *investor-owned firms* door de volgende drie karakteristieken: een coöperatie is *user-owned*, *user-controlled* en *for user-benefit*.[10] Het kernwoord hier is 'user'. De essentie van het lidmaatschap van een coöperatie is niet gelegen in de kapitaalverschaffing en het verkrijgen van een vergoeding voor ingebracht kapitaal, maar in de bevordering door de coöperatie van de economische positie van de aangesloten leden/bedrijfshuishoudingen door het onderhouden van wat ik in mijn proefschrift[11] 'het zakelijk verkeer' tussen de leden en hun coöperatie heb genoemd. In de internationale literatuur is het gebruikelijk om dat aan te duiden met de term '*patronage*'.[12] Fici heeft er in verschillende publicaties op gewezen dat ook op basis van de juridische omschrijvingen van de coöperaties in deze patronage-relatie tussen de leden en hun coöperatie het specifieke en unieke karakter van de rechtsvorm van de coöperatie tot uitdrukking komt en daardoor de identiteit van de coöperatie tot andere rechtsvormen wordt bepaald.[13] Vervolgens blijken twee andere uitgangspunten het bijzondere karakter van de coöperatie te bepalen: dat een coöperatie als oogmerk moet hebben om potentiële leden te verenigen en daarmee de coöperatie een associatief karakter moet hebben, en dat het opgebouwde eigen vermogen van een coöperatie niet vatbaar is voor uitkering maar ter beschikking staat van toekomstige generaties.[14]

Omarmt men deze uitgangspunten als leidend voor de juridische vormgeving van de coöperatie – hiervoor bestaat zoals gezegd internationaal brede steun –, dan kan dat leiden tot kritische vragen over het coöperatieve gehalte van sommige toepassingen van de coöperatie in de

4. Zie voor een overzicht van de initiatieven en toepassingen van coöperaties M. Bosma & E. de Jonge, *Publiek Geheim, de coöperatie in beweging*', Amsterdam: Frissewind 2014.
5. J.H. Boudewijnse, *Welke zijn de beginselen die aan de toepassing der Coöperatieve doeleinden ten grondslag liggen*, Brochure NCB, 's-Gravenhage, mei 1899, p. 15. Timmerman spreekt in dit verband van een uitholling van de materiële kenmerken en wettelijke verboden en wijst op de omstandigheid dat rechtspersonen steeds meer uitwisselbaar worden. Zie L. Timmerman, 'Anything goes in het rechtspersonenrecht', in: G. van Dijk & D. Faber (red.), *Coöperaties en nv's: fiscale rivalen*, Assen: Van Gorcum 2000, p. 21-27.
6. Toelichting Meijers, Van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis Boek 2 BW*, Deventer: Kluwer, p. 211.
7. Zie hierover meer in detail G.J.H. van der Sangen, 'How to Regulate Cooperatives in the EU? A Theory of Path Dependency', *The Dovenschmidt Quarterly*, No. 4, December 2014, p. 131-146.
8. Zie hierover W.J.J. van Diepenbeek, *De Coöperatieve Organisatie. Coöperatie als maatschappelijk en economisch verschijnsel*, Delft: Eburon 1990 en G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, hfdst. 2.
9. Zie hierover C. Gijselinckx & M. Bussels, 'Farmers' Cooperatives in Europe: Social and Historical Determinants of Cooperative Membership in Agriculture' en K. Hagendorn, 'Post-Socialist Farmers' Cooperatives in Central and Eastern Europe', *Annals of Public and Cooperative Economics*, Wiley Blackwell, Vol. 85, No. 4, December 2014, p. 509-530 resp. p. 555-578.
10. J.R. Dunn, 'Basic Cooperative Principles and Their Relationship to Selected Practices', *Journal of Agricultural Corporation* 3, 1988:85.
11. G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, passim.
12. H. Hansmann, *The Ownership of Enterprise*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 1996, p. 12.
13. A. Fici, *International Handbook of Cooperative Law*, 2013, p. 16 e.v., 'The Essential Role of Cooperative Law', *The Dovenschmidt Quarterly*, No. 04, December 2014, p. 147-158 en 'The Essential Role of Co-operative Law and Some Related Issues', in: J. Michie e.a. (eds.), *The Oxford Handbook of Mutual, Co-operative, and Co-owned Business*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 539-549.
14. Zie hiervoor de preambule, sub 10 en art. 75 SCE-Verordening alsmede G. Fajardo e.a., *Principles of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 93-95. Voor de goede orde wijs ik erop dat deze regel conflicteert met het uitgangspunt dat een liquidatieoverschot uitgekeerd wordt aan de leden op grond van art. 2:23b lid 1 BW. Bovendien gaat de

Nederlandse praktijk. Ik noem als voorbeeld het gebruik van een coöperatie met één lidmaatschap gehouden door een internationale beleggingsinstelling, doorgaans een private equity fund, en waarbij de coöperatie louter en alleen fungeert als tussenholding zonder dat er sprake is van enig zakelijk verkeer en zonder dat er sprake is van het oogmerk andere leden te associëren en waarbij de constructie uitsluitend is ingegeven door fiscale motieven, zoals de wens om geen dividendbelasting te betalen. Zoals bekend is een dergelijk artificieel gebruik van de coöperatie fiscaalrechtelijk niet meer mogelijk sinds 1 januari 2018,[15] maar civielrechtelijk wordt door sommigen[16] verdedigd dat een dergelijke tussenhoudstercoöperatie rechtens toelaatbaar is. Mijns inziens voldoet een dergelijke coöperatie niet aan de wettelijke omschrijving van de coöperatie en heeft een dergelijke toepassing met samenwerking in een coöperatie niets van doen.[17] Het risico op ontbinding blijkt echter in de praktijk gering.[18]

## 3. Regulatieve kaders voor coöperaties

Een vraag die vooraf zou kunnen worden gesteld is waarom coöperatieve ondernemingsvormen voorzien dienen te zijn van een juridische basis.[19] De klassieke argumenten daarvoor zijn dat een juridische regeling het gebruik van de ondernemingsvorm kan faciliteren door het bieden van een voorbeeld organisatiestatuut, waardoor transactiekosten voor het oprichten en in stand houden van de ondernemingsvorm kunnen worden verminderd,[20] om belanghebbenden, in de eerste plaats aangesloten leden, te beschermen tegen potentiële negatieve effecten van informatieasymmetrie en *moral hazard* als gevolg van de relatie tussen de leden als principalen en de bestuurders van de coöperatie als agents,[21] om het vermogen van de coöperatie te beschermen tegen (beslag van crediteuren van) de leden, maar omgekeerd ook om leden te beschermen tegen een al te vergaande exposure van vormen van aansprakelijkheid, en tot slot het creëren van rechtszekerheid.

Recentelijk wordt in de literatuur ook gewezen op het juridisch vastleggen van het eigen specifieke karakter van de rechtsvorm van de coöperatie in verhouding tot en in contrast met andere rechtsvormen, in het bijzonder de gewone vereniging aan de ene kant en de kapitaalvennootschap aan de andere kant. De vraag rijst op welke wijze het specifieke karakter en de eigen identiteit van de coöperatie in een juridische regeling van de rechtsvorm tot uitdrukking kan worden gebracht. We belanden dan echter in een Babylonische spraakverwarring. Iedereen heeft zo zijn eigen voorstelling van wat een coöperatie is, maar velen verstaan er iets anders onder. Zoals gezegd wordt dat veroorzaakt door verschillen in sociaaleconomische achtergrond voor het ontstaan of juist het niet ontstaan van coöperaties,[22] een grote mate van path-dependency bij de juridische vormgeving van de coöperatie en door de verschillen in opvatting over de rol die de coöperatie kan en moet spelen in de maatschappij met als gevolg verschillen in economische en sociologische benadering van het fenomeen.

Ook onder coöperatiejuristen bestaat geen volledige overeenstemming over juridische definiëring en de uitgangspunten van de coöperatie. Anders dan bij de kapitaalvennootschappen is er geen sprake van harmonisatie van wetgeving en ook de invoering van de SCE-Verordening heeft er aantoonbaar niet toe geleid dat de wettelijke regelingen van de coöperatie in de EU meer met elkaar in lijn zijn gekomen. Van het beoogde harmoniserende effect van de SCE-Verordening is geen sprake.[23] Daarnaast wordt er in de literatuur ook op gewezen dat er voor de coöperatie in het algemeen weinig specifieke aandacht bij wetgevers bestaat anders dan te voorzien in een rechtspersonenrechtelijk statuut en, voor zover dat wel het geval is, dat er voor het overige te weinig aandacht bestaat voor het eigen karakter en de specificiteit van de rechtsvorm. Men doelt daarbij met name op het feit dat regels van het NV-recht van toepassing worden verklaard op de coöperatie, nagenoeg dezelfde regels voor de jaarverslaggeving gelden,[24] dezelfde regels voor belastinghef-

Nederlandse regeling ervan uit dat er wel winst kan worden uitgekeerd ook als deze voor een deel een vergoeding bevat voor het ter beschikking stellen van eigen vermogen. Zie hierover Asser-Rensen *2-III* 2017/225 en 226.

15. Zie hierover M. Beudeker & E. Kastrop, 'Fiscaliteit en de coöperatie', in: Beudeker e.a., *De coöperatie anno 2017*, Ars Notariatus 166, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 11-28.
16. Zie P. van der Bijl, 'De coöperatie als houdstermaatschappij; houdstercoöperatie en concerncoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2010, afl. 3, p. 130 e.v. Steun hiervoor is ook te vinden bij Asser-Rensen *2-III* 2017/228.
17. In gelijke zin P.J. Dortmond, 'De zuivere holdingcoöperatie, een coöperatie?', in: G.J.H. van der Sangen e.a. (red.), *De coöperatie, een eigentijdse rechtsvorm*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 5. In soortgelijke zin Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, zesde druk, Kluwer: Deventer 2013, p. 44.
18. Ook art. 2:63 BW dat bescherming beoogt te bieden tegen een onjuist gebruik van de aanduiding 'coöperatie' is in de praktijk een dode letter.
19. Zo zijn er landen die voor de coöperatie geen afzonderlijk rechtspersonenrechtelijk statuut hebben zoals Denemarken en het Verenigd Koninkrijk, terwijl andere landen zoals Griekenland en Japan voor nagenoeg elke toepassing van de coöperatie een eigen rechtspersonenrechtelijk statuut kennen. In het geval van Japan zelfs circa 120 regelingen. Zie de desbetreffende hoofdstukken in *International Handbook of Cooperative Law* 2013.
20. Zie hiervoor J. McCahery & E. Vermeulen, *The Corporate Governance of Non-Listed Companies Firms*, Oxford: Oxford University Press 2008 alsmede R. Kraakman e.a., *The Anatomy of Corporate Law*, third edition, Oxford: Oxford University Press 2017.
21. Waarvan een heel kras voorbeeld te zien is in de casus die aanleiding gaf tot HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/699 (*Heino Krause*).
22. Zo blijken coöperaties in de voormalige Oostbloklanden slecht tot ontwikkeling te komen door de negatieve connotatie uit het verleden. Zie K. Hagendorn, 'Post-Socialist Farmers' Cooperatives in Central and Eastern Europe', *a.w.*, p. 555-578.
23. Zie Euricse e.a., *Study on the implementation of the Regulation 1435/2003 on the Statute for European Cooperative Society (SCE)*, 5 October 2010, p. 30.
24. Een uitzondering hierop is art. 2:361 lid 2 BW. Voor het overige is titel 9 BW integraal van toepassing. Wel wordt in het kader van Richtlijnen voor de jaarverslaglegging aandacht gegeven aan de jaarrekening technische verwerking van bepaalde vormen van ledenfinanciering. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht*, mei 2018, nr. 156, p. 35-38.

fing gelden[25] en dezelfde regels van mededingingsrecht gelden.[26] Henrÿ[27] heeft deze ontwikkeling aangeduid als de '*companization of cooperative law*'. Mijns inziens wordt dat versterkt door twee andere ontwikkelingen: namelijk het toenemend gebruik door coöperaties van concernstructuren en een toenemende hybridisering van de coöperaties en de daaraan verbonden onderneming(en),[28] hetgeen overigens vaak hand in hand gaat. Deze twee tendensen zijn logische stappen in het zoeken naar efficiency bij een groei in omvang en complexiteit van de door de coöperatie in stand gehouden ondernemingen. Het gevaar bestaat dat daardoor de focus van regelgevers afdrijft van een adequate, laagdrempelige regeling van de coöperatie voor startende coöperatoren.
Hier rijst volgens mij een belangrijke vraag: zouden mensen die een coöperatie willen oprichten dat kunnen door enkel kennis te nemen van de wettelijke regeling van de coöperatie in het huidige Boek 2 BW? Zouden zij door lezing daarvan ook in staat zijn uit de wettelijke regels af te leiden volgens welke uitgangspunten, beginselen en waarden zij inhoud kunnen geven of juist geacht worden te geven aan hun samenwerking? Zouden oprichters van een consumentencoöperatie, een platform van zzp'ers, een beoogde samenwerking in een werknemersproductiecoöperatie, de buurtgenoten van een postcoderoos energiecoöperatie of ouders van een kinderopvangcoöperatie dat kunnen door alleen de wettelijke regeling als zodanig te bestuderen? Het is mijn indruk dat de wettelijke regeling als taal en infrastructuur om deze coöperatieve initiatieven vorm te geven en te faciliteren daartoe onvoldoende zijn voor de eindgebruikers.[29] Zouden principles en codes een dergelijke rol kunnen vervullen om eindgebruikers voor te lichten over wat er binnen coöperaties mogelijk is?

## 4. Universele coöperatiebeginselen

Volgens de International Labour Organisation, de International Cooperative Alliance en de Verenigde Naties is een coöperatie:

'*an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social, and cultural needs and aspirations through a jointly-owned and democratically-controlled enterprise.*'

Een coöperatie zou volgens de ILO, de ICA en de VN de volgende beginselen, die ook wel te boek staan als de ICA-Principles 1995 en als zodanig geïncorporeerd zijn in ILO Recommendation No. 193, dienen toe te passen:[30]

1. *voluntary and open membership*
2. *democratic member control*
3. *member economic participation*
4. *autonomy and independence*
5. *education, training and information of (potential) members*
6. *co-operation among cooperatives*
7. *concern for community*

Tevens gaan de ILO, de ICA en de VN ervan uit dat daarbij de volgende waarden worden onderschreven door coöperaties:

'*Cooperatives are based on the values of self-help, self-responsibility, democracy, equality, equity, and solidarity. In the tradition of their founders, cooperative members believe in the ethical values of honesty, openness, social responsibility and caring for others.*'

De vraag is of deze coöperatieve beginselen van de ICA niet-bindende beginselverklaringen zijn of dat zij ook enige juridische rechtskracht en binding hebben in welke vorm dan ook.
Bij de ICA zijn nagenoeg alle vertegenwoordigende niet-gouvernementele koepelorganisaties van nationaal georganiseerde coöperaties aangesloten. In Nederland heeft de Nationale Coöperatieve Raad (hierna: NCR) die rol. De NCR is een vereniging die een groot aantal Nederlandse coöperaties verenigt en daarvan de belangen behartigt en fungeert als advies- en kenniscentrum. De NCR is ook een belangrijke gesprekspartner voor de wetgever bij toekomstige wetgeving die betrekking heeft op de coöperatieve sector. De NCR heeft als lid van de ICA de verplichting de ICA-Principles onder de aandacht te brengen van haar leden en de naleving door haar leden te bevorderen. Voor de leden van de NCR – de Nederlandse coöperaties – heeft dat (nog) niet geleid tot een bindende juridische verplichting. Ook in de huidige NCR Code 2015 voor coöperatieve ondernemingen is – anders dan in die voor coöperaties geldende codes in het Ver-

25. Zo zijn er in de EU 12 landen waarin coöperaties integraal onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting, 11 landen, waaronder Nederland, waarin binnen de vennootschapsbelasting faciliteiten bestaan voor coöperaties en 4 landen waarin coöperaties vrijgesteld zijn van de vennootschapsbelasting. Zie Ger van der Sangen, *Support for Farmers' Cooperatives. EU Synthesis and Comparative Analysis – Legal Aspects*, Wageningen: Wageningen University 2012.
26. Zie vorige noot.
27. H. Henrÿ, 'Trends and Prospects of Cooperative Law', *International Handbook of Cooperative Law*, 2013, p. 809. Zie ook D. Hiez, 'Introduction', in: G. Fajardo e.a., *Prinicples of European Cooperative Law. Principles, Commentaries and National Reports*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 13.
28. Daarbij kan men denken aan de volgende factoren die leiden tot hybridisering van de coöperatie: afwikkeling van het zakelijk verkeer met de leden op basis van marktconforme prijzen, een substantieel aandeel van transacties met niet-leden, toepassing van een federatief model, toepassing van een ver doorgevoerde concernstructuur, een substantieel aandeel van de aan de doelstelling van de coöperatie niet-verwante diversificatieactiviteiten, een beroep op externe financiers/beleggers voor de verschaffing van eigen vermogen al dan niet in combinatie met een beursnotering voor door de coöperatie uitgegeven financiële instrumenten.
29. Zie over de rol en functie van wettelijke regels als 'taal' voor de gebruikers en de positieve effecten van symboolwetgeving B. van Klink, *De wet als symbool*, Schoordijk Instituut, Centrum voor wetgevingsvraagstukken, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 427-430.
30. Zie https://www.ica.coop/en/cooperatives/cooperative-identity. Ik houd de Engelse tekst aan omdat deze ingeburgerd is en een vertaling het risico kan inhouden van verlies van puntigheid en strekking.

enigd Koninkrijk[31] – geen verwijzing naar de ICA-Principles opgenomen. Voor de goede orde zij vermeld dat de NCR Code 2015 weliswaar een '*comply or explain*'-principe kent, maar anders dan bij beursvennootschappen geen wettelijke verankering kent om daarvan verslag te doen in de jaarrekening. Naleving van de ICA-Principles bij Nederlandse coöperaties berust derhalve op vrijwilligheid. Het is de vraag of op dit moment de ICA-Principles voor het Nederlandse rechtsgebied hebben te gelden als 'breed gedragen opvattingen over corporate governance', waarbij 'corporate' te vervangen is door '*cooperative*'.[32]

Echter, er wordt ook betoogd dat de ICA-Principles wel degelijk juridische werking hebben omdat de aangesloten landen bij de ILO zich gecommitteerd hebben om de naleving van de ICA-Principles te bevorderen voor, minst genomen, werknemerscoöperaties. De bewoordingen zijn echter algemener en sluiten geen coöperatievorm uit. Met name Henrÿ heeft in zijn publicaties op deze 'publiekrechtelijke' verplichting van staten gewezen.[33] Voor zover mij bekend heeft de Nederlandse overheid op dit punt geen actieve beleidsinitiatieven genomen. Kortom, vooralsnog behelzen de ICA-Principles niet-bindende universele coöperatiebeginselen. Hoewel landen zich via de ILO gecommitteerd hebben aan het bevorderen van de naleving van de ICA-Principles door coöperaties,[34] bestaat er anders dan in andere Europese landen geen wettelijke verplichting voor Nederlandse coöperaties om die na te leven, bestaan er vooralsnog ook geen financiële incentives[35] – via subsidies en belastingmaatregelen – om daaraan te voldoen (anders dan in België en Italië) en is er ook op dit moment geen doorwerking van de ICA-Principles in een voor coöperaties geldende governancecode. Einde verhaal zou men denken? Resteert de vraag waarom deze beginselen geen brede ingang en groot draagvlak hebben gevonden in de Nederlandse coöperatieve sector. Wellicht dat dat te maken heeft met een andere historische achtergrond in Nederland van het fenomeen coöperatie waaruit een meer economische perceptie van de organisatievorm naar voren komt.

## 5. Economische coöperatiebeginselen

In tegenstelling tot de solidaristische duiding van de coöperatie in de ICA-Principles en bijbehorende Values wordt de coöperatie door economen, sociologen en juristen ook omschreven en geduid aan de hand van economische uitgangspunten en beginselen. Zo omschreef Emelianoff[36] de coöperatie in de volgende economische termen:

'*Cooperative organizations represent the aggregates of economic units. (…) The true nature of such an agency can be thoroughly understood only if we clearly keep in mind that the cooperative represents the associated economic unites in their functioning and not their association as a separate economic entity*'.

In feite beschrijft Emelianoff de coöperatie als een vorm van onvolledige voorwaartse respectievelijk achterwaartse verticale integratie, afhankelijk van de vraag of het een afzetcoöperatie of een inkoopcoöperatie betreft.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de opeenvolgende wettelijke regelingen van de coöperatie in Nederland blijkt dat de wetgever steeds bij het definiëren van de rechtsvorm van de coöperatie primair uitging van deze economische benadering van de coöperatie als rechtsvorm als uitdrukking van een vorm van organisatorische samenwerking tussen markt en hiërarchie. In de rechtseconomie wordt de coöperatie dan ook wel geduid als hybride organisatievorm.[37] Was de oriëntatie van de wetgever in Nederland primair om deze economische samenwerkingsvorm een juridische basis te geven, de wetgever heeft tevens onderstreept dat reeds ingeburgerde vormen van de toepassing van de coöperatie waarbij het karakter van de onzelfstandige verlengstukonderneming minder goed te herkennen was, niet buiten de boot mochten vallen. In de parlementaire geschiedenis is duidelijk te lezen dat de flatexploitatiecoöperatie, de werknemerscoöperatie en de consumentencoöperatie geacht werden onder de definitie te vallen.[38] De huidige wettelijke omschrijving van de coöperatie in artikel 2:53 lid 1 BW gaat terug op het Ontwerp Meijers dat trachtte in juridische termen weer

31. Zie https://www.uk.coop/developing-co-ops/grow-your-co-op/codes-governance. In het Verenigd Koninkrijk bestaan op dit moment drie afzonderlijke codes voor consumentencoöperaties, werknemerscoöperaties en agrarische coöperaties. Zij nemen alle drie de ICA-Principles tot uitgangspunt.
32. Hetgeen als consequentie zou hebben dat deze beginselen onderdeel worden van de gedragsnormen voor coöperaties en via de redelijkheid en billijkheid en het enquêterecht zouden doorwerken in het Nederlandse coöperatierecht. Zie over de werking en een inhoudelijke bespreking van de code nader Asser-Rensen 2-*III* 2017/251.
33. Henrÿ spreekt in dat verband van publiekrechtelijk coöperatierecht. De adressanten van de publiekrechtelijke coöperatie zijn de bij de ILO aangesloten landen. Zie H. Henrÿ, 'Public International Cooperative Law', *International Handbook of Cooperative Law* 2013, p. 65-88.
34. Vgl. in dit verband Article 6, ILO Recommendation No. 193: '*A balanced society necessitates the existence of strong public and private sectors, as well as a strong cooperative, mutual and the other social and non-governmental sector. It is in this context that Governments should provide a supportive policy and legal framework consistent with the nature and function of cooperatives and guided by the cooperative values and principles* (…).'
35. De verlengstukaftrekfaciliteit in de vennootschapsbelasting is niet dusdanig ingericht dat de vorming van coöperaties actief bevordert. Wel bestaat er een voorziening in de socialeverzekeringswetgeving ten behoeve van werknemersproductiecoöperaties om leden die tot het bestuur toetreden niet als directeur/grootaandeelhouder te behandelen waardoor bestuursleden van een werknemerscoöperatie wel onder de werknemersverzekeringen vallen. Zie hierover J.J.M. Jansen, *Belastingheffing van coöperaties en haar leden*, Deventer: Kluwer 1998, p. 188-190.
36. I.V. Emelianoff, *Economic theory of co-operation*, Washington 1942, p. 248-249.
37. C. Ménard, 'Cooperatives: Hierarchies or Hybrids?', in: K. Karantininis & J. Nilson (eds.), *Vertical Markets and Cooperative Hierarchies*, Berlijn: Springer Verlag 2007, p. 1-18.
38. Zie Toelichting Meijers bij art. 2.2.2.1. lid 2, Van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 2, Rechtspersonen, Deventer-Antwerpen: Kluwer, p. 456 e.v.

te geven welke economische rol de coöperatie voor de leden reeds vervulde.[39] Het heeft geleid tot de volgende vrij technische definitie van de coöperatie:

'Een coöperatie is een bij notariële akte als coöperatie opgerichte vereniging. Zij moet zich blijkens haar statuten ten doel stellen te voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden krachtens overeenkomsten met hen gesloten in het bedrijf dat de coöperatie ten behoeve van de leden uitoefent of doet uitoefenen.'

De definitie is niet alleen technisch van aard, maar tracht ook materiële kenmerken te geven wat een coöperatie tot coöperatie maakt. Belangrijker is echter dat de Nederlandse wetgever steeds heeft gekozen voor een waardevrije, neutrale definitie van de coöperatie. De wettelijke doelstelling van de coöperatie is economisch. Daarmee is niet gezegd dat een Nederlandse coöperatie naast haar economische doelstelling ook andere meer sociale, ideële doelstellingen aan de samenwerking ten grondslag kan en mag leggen, maar deze dienen dan niet verder te gaan dan 'anders dan bijkomstig'.[40]

De economische benadering van de coöperatie komt in de Nederlandse wetgeving niet alleen in het civiele recht, maar ook in andere rechtsgebieden tot uitdrukking. In het bestek van deze bijdrage kan ik de economische typering van de coöperatie als onzelfstandige onderneming en als verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen niet volledig uitwerken. Ik illustreer dat met een aantal voorbeelden. Coöperaties vervangen de winst-en-verliesrekening door een exploitatierekening, hetgeen met name bij zuivere verlengstukcoöperaties leidt tot een beter financieel inzicht. Coöperaties zijn, omdat zij als verlengstuk van de leden/bedrijfshuishoudingen fungeren en de leden controle moeten houden op de samenstelling van de verplichte raad van commissarissen en het bestuur, generiek vrijgesteld van toepassing van het volledige structuurregime.[41] Daarmee wordt behoud van de ledendominantie in de coöperatie geborgd. De vennootschapsbelasting kent – indien en voor zover de coöperatie daadwerkelijk volgens de criteria van de verlengstukaftrek als verlengstuk van de leden functioneert – een faciliteit die het mogelijk maakt de verlengstukwinst af te trekken van de belastbare winst van de coöperatie. In het mededingingsrecht worden slechts die coöperaties vrijgesteld voor het kartelverbod die eerstelijnsactiviteiten voor de aangesloten leden verrichten.[42]

## 6. Incentives om de ICA-Principles toe te passen

ILO Recommendation No. 193 bevat een opdracht aan de aangesloten staten om bij de vormgeving van de coöperatie te borgen dat niet alleen de economische behoeften van de leden worden bevorderd maar ook dat het mogelijk is via de coöperatie andere sociale en ideële doelstellingen na te streven ten behoeve van bestaande en toekomstige leden. Een dergelijke opdracht ligt ook besloten in de ICA-Principles zelf, in de preambule van de SCE-Verordening en in de Mededeling van de Europese Commissie ter bevordering van coöperatieve vennootschappen in Europa.[43] Anders dan de expliciete wetgeving daartoe – waaronder de Grondwet – in landen als Portugal, Spanje en Italië, kent het Nederlandse recht geen duidelijke incentive om coöperaties in te richten als 'maatschappelijke onderneming', waarbij de coöperatie dan invulling kan geven aan ook door de EU ondersteunde initiatieven en beleidsmaatregelen die worden aangeduid als 'social economy' of 'economie sociale'.[44] Zoals gezegd volstaat de Nederlandse wetgever met een uit 1942 daterend achterhaald fiscaal regime voor de aftrek van de zogenaamde verlengstukwinst van de vennootschapsbelasting en de onlangs aangescherpte faciliteit teneinde misbruik te voorkomen van de vrijstelling van coöperaties van de dividendbelasting. Vervolgens is er slechts een beperkte faciliteit voor werknemersproductiecoöperatie in de socialeverzekeringswetgeving teneinde bestuurders/leden te vrijwaren van een behandeling als directeur/grootaandeelhouder.

Dat het ook anders kan, tonen de drie gevoegde zaken die aanleiding gaven tot de arresten van het Hof van Justitie van de EU van 8 september 2011.[45] In deze zaken was steeds de vraag aan de orde of de generieke vrijstelling van drie verschillende soorten coöperaties van de Italiaanse vennootschapsbelasting strijdig was met de regels voor staatsteun. Het Hof oordeelde dat er weliswaar sprake was van staatsteun, maar dat de regeling ten aanzien van de desbetreffende coöperaties geen blijk gaven van ongerechtvaardigde staatsteun. Ter onderbouwing van dat oordeel verwijst het Hof eerst naar het Europese regulatieve kader dat voor coöperaties in de EU is geschapen, in het bijzonder naar de eerder vermelde Mededeling van

39. Zie uitvoerig over de juridische vertaling van de economische activiteiten van de coöperatie in de wettelijke omschrijving van de coöperatie in art. 2:53 lid 1 BW G.J.H. van der Sangen, *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, hfdst. 3 en recentelijk 'De financiering van de coöperatie in civielrechtelijk perspectief', *Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht*, themanummer Coöperaties, mei 2018, nr. 156, p. 31-38.
40. Ik verwijs voor de parlementaire discussie over de afbakening van de coöperatie ten opzichte van de gewone vereniging naar mijn proefschrift *Rechtskarakter en financiering van de coöperatie*, p. 86-93.
41. Zie hierover Asser-Rensen *2-III* 2017/261 e.v.
42. Zie A. Gerbrandy & S. de Vries, *Agricultural Policy and EU Competition Law. Possibilities and Limits for Self-Regulation in the Dairy Sector*, Den Haag: Eleven International Publishing 2011.
43. *Mededeling van de Commissie over de bevordering van coöperatieve vennootschappen in Europa*, Brussel 23 februari 2004, COM(2004)18.
44. Nederland behoort helaas tot een van de landen van de EU waarin het concept 'sociale economie' niet of nauwelijks wordt erkend. Zie R. Chaves & J. Monzón, *Recente ontwikkelingen in de sociale economie in de Europese Unie*, uitgave CIRIEC nr. 2019/05, p. 13. Zie ook Van der Ploeg/Versteegh/Van Veen, *Civil Society in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.
45. European Court of Justice EU 8 September 2011, Joined Cases C-78/08, *Minimum Norms and Optimum Conditions of its Regulation* (*Ministero dell'Economia e della Finanze versus Paint Graphos Soc. Coop. Arl*), C-79/08 (*Adige Carni Ministero dell'Economia e della Finanze Soc. Coop. arl, in liquidation versus Ministero dell'Economia e della Finanze*) and C-80/08 (*Ministero delle Finanze versus Michele Franchetto*).

de Europese Commissie waarin, volgens het Hof, '*the Commission set out the specific characteristics of cooperative societies and measure to promote the development of that form of undertaking in the Member States*'[46] onder uitdrukkelijke verwijzing naar de SCE-Verordening waarin een uitdrukkelijke verwijzing is opgenomen naar de ICA-Principles. Vervolgens geeft het Hof aan dat de generieke vrijstelling van coöperaties van de Italiaanse vennootschapsbelasting wordt toegekend aan coöperaties op basis van de gekozen rechtsvorm om daarna te onderzoeken of, doordat deze vrijstelling alleen voor coöperaties open wordt gesteld, deze coöperaties worden bevoordeeld boven andere ondernemingen die zich in vergelijkbare feitelijke en juridische omstandigheden bevinden.[47] Daartoe postuleert het Hof:[48]

'*Cooperative societies, the form taken by the legal entities at issue in the main proceedings, conform to particular operating principles which clearly distinguish them from other economic operators. Both the European Union legislature, in adopting Regulation No 1435/2003, and the Commission, in its Communication on the promotion of cooperative societies in Europe, have highlighted those particular characteristics*'.

Voordat het Hof toekomt aan beantwoording van de rechtsvraag geeft het Hof zelf een overzicht van de karakteristieken en kenmerken van coöperaties ter onderscheiding van in het bijzonder kapitaalvennootschappen. Deze karakteristieken en kenmerken zijn volgens het Hof de mogelijkheid van vrije toe- en uittreding, dat de leden bij ontbinding geen aanspraak hebben op het exploitatieoverschot maar dat dit dient te worden uitgedeeld aan een andere coöperatie met een vergelijkbaar doel, dat de coöperatie geen activiteiten ontplooit in het belang van externe eigenvermogensverschaffers, dat er steeds sprake is van '*one member, one vote*'. Het een en ander heeft tot gevolg dat de opgebouwde reserves van een dergelijke coöperatie in de dode hand blijven, niet voor uitkering vatbaar zijn en aangewend moeten worden voor het gemeenschappelijke doel van bestaande en toekomstige leden. Verder dient de coöperatie op te treden in het gemeenschappelijk belang van alle leden opdat alle leden in gelijke mate profiteren van de exploitatie van de coöperatieve onderneming naar rato van de omvang van het zakelijk verkeer. Ten overvloede overweegt het Hof[49] dat coöperaties als algemene regel geen of beperkte toegang hebben tot de kapitaalmarkten en voor hun verdere ontwikkeling afhankelijk zijn van ledenfinanciering en in de regel een geringe vergoeding geven op door de leden ter beschikking gesteld eigen of vreemd vermogen. Als klap op de vuurpijl concludeert het Hof:[50]

'*As a consequence, the profit margin of this particular kind of company is considerably lower than that of capital companies, which are better able to adapt to market requirements.*'

Op basis van het voorgaande komt het Hof tot het volgende eindoordeel:[51]

'*In the light of those special characteristics peculiar to cooperative societies, it must therefore be held that producers' and workers' cooperative societies such as those at issue in the main proceedings cannot, in principle, be regarded as being in a comparable factual and legal situation to that of commercial companies – provided, however, that they act in the economic interest of their members and their relations with members are not purely commercial but personal and individual, the members being actively involved in the running of the business and entitled to equitable distribution of the results of economic performance.*'

Volgens het Hof kunnen coöperaties die niet op deze wijze functioneren volgens het beginsel van wederkerigheid – '*mutuality*' –, geen gebruikmaken van de fiscale vrijstelling omdat ten aanzien van hen wel sprake is van ongerechtvaardigde staatsteun.[52] Het is vervolgens aan de nationale rechter na verwijzing om vast te stellen of de drie coöperaties beantwoorden aan het model van de SCE-Verordening en de Mededeling van de Europese Commissie en daarmee inhoud geven aan de ICA-Principles, dan wel of dat er sprake is van een puur economisch gebruik van de coöperatie zonder dat er sprake is van mutuality.

Wat het Hof hier doet, is in feite een juridisch kader geven voor twee typen coöperaties: de coöperatie als puur economisch samenwerkingsverband en de coöperatie met een sociaal-ideologische doelstelling. Of van dat laatste sprake is, moet volgens het Hof afgemeten worden aan de uitgangspunten en beginselen van de SCE-Verordening en de Mededeling van de Europese Commissie die daarmee juridische invulling geven aan de ICA-Principles. Men kan vraagtekens zetten bij de inhoudelijke beslissing van het Hof, maar feit is wel dat hiermee een juridische basis is gelegd voor de wetgever om bepaalde vormen van coöperaties actief te bevorderen, mits deze coöperaties opereren volgens het uitgangspunt van mutuality. Dat gegeven werpt nieuw licht op de discussie om zzp'ers in een platformeconomie te organiseren in een werknemerscoöperatie[53] en daarbij positieve financiële incentives te geven, bijvoorbeeld in de vorm van een fiscale franchise waaronder men niet belastingplichtig wordt. In algemene zin biedt de ingezette lijn de mogelijkheid om door middel van financiële prikkels inhoud te geven aan een inclusieve samenleving door het gebruik van coöperaties.

46. C-78-90/08, randnummer 4.
47. C-78-90/08, randnummer 54.
48. C-78-90/08, randnummer 55.
49. C-78-90/08, randnummer 59.
50. C-78-90/08, randnummer 60.
51. C-78-90/08, randnummer 61.
52. C-78-90/08, randnummer 62.
53. Zie hierover recentelijk J.M. van Slooten & J. Holscher, 'De werkerscoöperatie', *Ondernemingsrecht* 2019, afl. 6, p. 34-40.

Het biedt vervolgens ook ruimte voor coöperanten om de coöperatie te gebruiken voor andere dan puur economische doeleinden. Het lastige van de materie is wel dat de ICA-Principles geen juridische normen zijn en vertaling behoeven naar juridische regels die gelden binnen de deelrechtsorde[54] van een specifieke coöperatie. De vraag rijst dan of een volledige vertaling daarvan noodzakelijk is in de statuten van een coöperatie of dat de statuten ook kunnen verwijzen naar een voor de coöperatie geldende code waaraan de leden vanaf toetreding via verankering in de statuten gebonden zijn. Voor zover de vertaling van de ICA-Principles en de uitgangspunten van de SCE-Verordening zoals omarmd door het Hof van Justitie EU organisatieregels en gedragsregels betreft, meen ik dat daarvoor een verwijzing naar een door de coöperatie na te leven code voldoende is, uiteraard voor zover die niet strijdig is met de wettelijke bevoegdheidsverdeling en de bestaande statuten. Indien er financiële verplichtingen uit voortvloeien, is steeds volgens artikel 2:34a BW een statutaire grondslag vereist. Een governancecode voor dit soort type coöperaties krijgt dan mijns inziens een andere functie dan het klassieke gebruik van een governancecode die primair een functie heeft bij het voorkomen van potentiële agencyproblemen, zoals destijds de Code Tabaksblat.[55] De code fungeert dan als een ideaaltypisch model of een keuzemenu van modaliteiten van bepalingen voor de inrichting van de coöperaties volgens de wensen (economisch, ideologisch, solidaristisch of maatschappelijk) van de coöperanten. De code geeft dan primair geen antwoord op een potentieel agencyprobleem, maar een format voor de beantwoording van de vraag welk soort coöperatie men wil oprichten. De doorwerking van de gekozen coöperatieve principes in de deelrechtsorde van een specifieke coöperatie is volgens mij een kwestie van juridische techniek. De vraag is of de huidige wettelijke omschrijving en regeling van de Nederlandse coöperatie – aangezien de economische doelstelling voorop moet staan – voldoende flexibel is dat daarmee inhoud gegeven kan worden aan de naleving van de ICA-Principles. Ik meen dat dat het geval is omdat de aard van het door de coöperatie uit te oefenen bedrijf ook kan bestaan in het besparen van kosten, mits er sprake is van enig zakelijk verkeer in overeenstemming met het in de statuten van de coöperatie weergegeven doel. De leden zijn vrij om de coöperatie zo in te richten dat men recht heeft op een vergoeding voor het zakelijk verkeer, maar afziet van een recht op uitkering van een overwinst.[56] Als dat geflankeerd wordt door actief beleid van de overheid om dergelijke coöperaties te bevorderen – waartoe Europese regelgeving en rechtspraak de ruimte bieden –, dan ontstaat er opnieuw momentum voor een *civil society* waarin de coöperatie een hernieuwde rol gaat spelen.

## 7. Conclusie

In deze bijdrage stond de vraag centraal welke rol principles kunnen spelen bij de juridische vormgeving van de coöperatie. Geconstateerd werd dat bij de vorming van de wettelijke regeling van de Nederlandse coöperatie de wetgever is uitgegaan van een puur economische benadering van het fenomeen coöperatie. De wettelijke definitie van de Nederlandse coöperatie vormt de juridische vertaling van een bepaald type van economische samenwerking. De bijdrage beschreef vervolgens dat coöperatiebeginselen, zoals deze kunnen worden afgeleid uit Recommendation No. 193 van de ILO, de ICA-Principles 1995, de SCE-Verordening en de Mededeling van de Europese Commissie over de bevordering van de rol van coöperaties in Europa, een universele gelding hebben en leiden tot een verplichting voor de bij de ILO aangesloten staten om de naleving van de ICA-Principles door coöperaties actief te bevorderen. De universele coöperatiebeginselen, die een sociale en maatschappelijke rol aan coöperaties opdragen, worden – zo bleek – ook erkend door het Hof van Justitie EU als uitgangspunt bij het formuleren van karakteristieken voor de coöperaties die niet puur commercieel opereren maar inhoud geven aan de sociale economie. De erkenning van dit type coöperatie biedt ruimte voor nationale wetgevers om voor dit type coöperaties financiële prikkels te creëren om de groei van het maatschappelijke middenveld te bevorderen. In tegenstelling tot andere landen binnen de EU heeft Nederland daarin tot op heden nog geen actieve rol gespeeld. Deze bijdrage toont aan dat daarvoor zeer wel juridische mogelijkheden zijn.

54. Ik hanteer hier het begrip in de zin zoals Van Schilfgaarde dat gebruikt. Zie Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 17e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 18.
55. Zie hierover Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 385-389.
56. Zie hierover G.J.H. van der Sangen, *a.w.*, p. 481.