

Bestuur en toezicht bij stichtingen
Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen

Serie-informatie

Deze bundel verschijnt in de serie Preadviesen commerciële rechtspraak, een initiatief van de Wetenschappelijke Raad van Houthoff Buruma.

HOUTHOFF BURUMA

Bestuur en toezicht bij stichtingen

Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen

Serie Preadviezen commerciële rechtspraak

Deel 3

Mr. S.W.A.M. Visée

Mr. M.J. van Uchelen-Schipper

Zutphen 2013



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-006-7
NUR 827

© 2013 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

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

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

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

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

Inhoudsopgave

Verkort aangehaalde literatuur (naslagwerken) / 9

Afkortingen tijdschriften / 11

Vindplaatsen governancecodes / 13

Voorwoord – Prof. mr. J.M. Hebly en mevr. dr. J. Roest / 15

1	Stichtingen en governance – Mr. S.W.A.M. Visée en mr. M.J. van Uchelen-Schipper / 17
1.1	Inleiding / 17
1.2	Probleemstelling / 18
1.3	Plan van aanpak en onderverdeling van governanceregels / 19
1.4	Karakteristieken van de stichting; het stichtingenrecht / 21
1.4.1	Bepaalde wettelijke regeling / 21
1.4.2	Doel, doelvermogen en uitkeringsverbod / 21
1.4.3	Ledenverbod / 22
1.4.4	Bestuur / 22
1.4.5	Bestuur- en toezichtmodel / 22
1.4.6	Bevoegdheden van het OM (extern toezicht) / 24
1.4.7	Belanghebbenden(orgaan) / 24
1.5	Bestuur / 25
1.5.1	Collegiaal bestuur, bestuurstaak en taakverdeling / 25
1.5.2	Bestuurdersaansprakelijkheid / 26
1.5.3	Benoeming, schorsing en ontslag / 27
1.6	Raad van toezicht en <i>one tier board</i> / 28
1.6.1	Taak en bevoegdheden van de raad van toezicht / 28
1.6.2	Aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht en regeling in het stichtingenrecht / 29
1.6.3	Regeling voor de <i>one tier board</i> / 30
1.6.4	Benoeming, schorsing en ontslag. Maximaal aantal toezichthoudende functies / 32
1.7	Tegenstrijdig belang / 33
1.7.1	Wettelijke tegenstrijdigbelangregeling / 33
1.7.2	Statutaire tegenstrijdigbelangregeling / 34
1.8	Belanghebbenden(orgaan) en verantwoording / 36
1.8.1	Begrip belanghebbende / 36
1.8.2	Belanghebbendenorgaan / 37
1.8.3	Enquêterecht voor belanghebbendenorgaan; wanbeheer en wanbeleid / 38

1.8.4	Ondernemingsbegrip en financiële verantwoording / 39
1.8.5	Publicatieplicht voor alle stichtingen / 40
1.9	Rechtskarakter van en rechtsverhouding tussen verschillende governanceregels / 41
1.9.1	Rechtskarakter governanceregels / 41
1.9.2	Rechtskracht van de Nederlandse Corporate Governance Code / 42
1.9.3	Verhouding governancecodes en dwingend recht / 42
1.10	Samenvatting, conclusies en aanbevelingen / 44
2	Governance in de zorg – Mr. M.J. van Uchelen-Schipper / 47
2.1	Inleiding / 47
2.2	Probleemstelling en vragen / 48
2.3	Kenmerken en rechtsvorm van een zorginstelling / 49
2.3.1	Publiek of privaat? Kenmerken van een zorginstelling / 49
2.3.2	Rechtsvormkeuze en relatie tot het winstuitkeringsverbod / 50
2.4	Governanceregels in de huidige sectorregelgeving en de Zorgbrede Governancecode / 52
2.4.1	Verhouding tussen verschillende governanceregels en rechtskarakter van de Code / 52
2.4.2	Bestuur- en toezichtmodel (raad van toezichtmodel, raad van beheermodel en <i>one tier</i> -model) / 54
2.4.3	Bestuur; bestuurstaken; benoeming / 55
2.4.4	Raad van toezicht; taken, taakuitoefening / 56
2.4.5	Onafhankelijkheid; onverenigbare functies / 58
2.4.6	Belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang / 59
2.4.7	Belanghebbenden; cliëntenraad / 60
2.4.8	Enquêterecht / 61
2.4.9	Verhouding enquêterecht en toetsing door de Governancecommissie Gezondheidszorg / 62
2.4.10	Financiële verantwoording en verslaggeving / 63
2.5	Governance in toekomstige sectorwetgeving / 64
2.5.1	Algemeen / 64
2.5.2	Verhouding met de Code / 64
2.5.3	Bestuur- en toezichtmodel / 65
2.5.4	Bestuurstaak en -verantwoordelijkheid / 66
2.5.5	Raad van toezicht; taken; taakuitoefening / 66
2.5.6	Raad van toezicht; benoeming en ontslag / 68
2.5.7	Tegenstrijdig belang en rol van de statuten / 69
2.5.8	Rechten van de cliëntenraad; enquêterecht / 70
2.5.9	Verslaggeving; maatschappelijke verantwoording / 71
2.5.10	Extern toezicht op naleving van governancebepalingen / 72
2.6	Samenvatting, conclusies en aanbevelingen / 72
3	Pension Fund Governance – Mr. S.W.A.M. Visée / 75
3.1	Inleiding / 75
3.2	Probleemstelling en vragen / 75
3.3	Kenmerken en rechtsvorm van een pensioenfonds / 76
3.3.1	Kenmerken van een pensioenfonds / 76

3.3.2	Rechtsvorm van een pensioenfonds / 77
3.4	Governanceregels in de huidige sectorregelgeving en de STAR Principles / 79
3.4.1	Pensioenwet / 79
3.4.2	Rechtskarakter STAR Principles / 81
3.4.3	Inhoud STAR Principles / 83
3.5	Governance in toekomstige sectorwetgeving / 86
3.5.1	Algemeen / 86
3.5.2	Wet versterking bestuur pensioenfondsen / 89
3.6	Samenvatting, conclusies en aanbevelingen / 94
	Slotwoord – Mr. S.W.A.M. Visée en mr. M.J. van Uchelen-Schipper / 97

Verkort aangehaalde literatuur (naslagwerken)

- Asser/Rensen 2012
(2-III*) G.J.C. Rensen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 2. Rechtspersonenrecht. Deel III*. Overige rechtspersonen. Deventer: Kluwer 2012.
- De Stichting 2011 *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.
- Dijk/Van der Ploeg 2013 P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013.
- Duynstee J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands Privaatrecht, Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 1978.
- GS Rechtspersonen *Groene Serie Privaatrecht – Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer.
- Handboek Stichting en Vereniging 2013 J.J. Hamers, C.A. Schwarz & D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.
- Van Schilfgaarde 2009 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 15e druk bewerkt door J. Winter, Deventer: Kluwer 2009.

Afkortingen tijdschriften

<i>GJ</i>	Gezondheidsrecht Jurisprudentie
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JOR</i>	Jurisprudentie Onderneming & Recht
<i>NJ</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>O&F</i>	Onderneming en Financiering
<i>Ondernemingsrecht</i>	Ondernemingsrecht en Effectenrecht (voorheen de Naamlooze Vennootschap en TVVS)
<i>RO</i>	Rechtspraak Ondernemingsrecht
<i>TPV</i>	Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken
<i>TvGR</i>	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
<i>TvOB</i>	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
<i>TvT</i>	Tijdschrift voor Toezicht
<i>WPNR</i>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Vindplaatsen governancecodes

Code Cultural Governance Governancecode Woningcorporaties 2011	www.cultuur-ondernemen.nl www.governancecodewoningcorporaties.nl
Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC) Principes voor goed pensioenfondsbestuur 2005 (Pension Fund Governance) (Principes)	www.commissiecorporategovernance.nl en <i>Stcrt.</i> 2009, 18 499 www.pensioenfederatie.nl
Richtlijnen en Regelingen Goede Bestuur en Integriteit Omroepen Zorgbrede Governancecode 2010	www.publiekeomroep.nl www.brancheorganisatieszorg.nl/governancecode_

Voorwoord

Prof. mr. J.M. Hebly* en mevr. dr. J. Roest**

Van oudsher is de stichting gebruikt als rechtsvorm voor organisaties met een ideëel doel als liefdadigheid, kunst of wetenschap. Heden ten dage worden ook ‘maatschappelijke ondernemingen’ als onderwijsinstellingen, woningbouwcorporaties en zorginstellingen georganiseerd in de vorm van een stichting. Tevens wordt de stichting veelvuldig gebruikt als rechtsvorm voor beleggingsondernemingen, pensioenfondsen of als familiestichting.

De in titel 6 Boek 2 BW neergelegde wettelijke regeling van de stichting is geënt op de Wet op de Stichtingen uit 1956. De stichting kent één orgaan, het bestuur, en de wet voorziet niet in een verplicht toezichthoudend orgaan. Het toezicht is extern vormgegeven doordat het Openbaar Ministerie een aantal controlerende bevoegdheden toekomt, waaronder de mogelijkheid om ontslag van een bestuurder bij de rechter te verzoeken in geval van wanbeheer. Hiernaast heeft de rechtbank een aantal bijzondere bevoegdheden, onder andere tot statutenwijziging indien het bestuur deze bevoegdheid statutair niet is toegekend. Men kan zich desondanks afvragen of de juridische structuur van de stichting wel voldoende *checks and balances* ten aanzien van bestuur en toezicht bevat. In 2009 werd mede daarom een wetsvoorstel maatschappelijke onderneming ingediend. Dit wetsontwerp ontmoette zodanige kritiek vanuit praktijk, wetenschap en politiek dat het in januari 2013 formeel is ingetrokken. Omdat vanuit de overheid en de praktijk wordt onderkend dat het stichtingenrecht met onvoldoende waarborgen is omkleed ten aanzien van bestuur en toezicht, zijn governancecodes tot stand gekomen en worden extra verplichtingen voor inrichting van de organisatie vastgelegd in sectorwetgeving. Zulke sectorwetgeving of voorstellen daartoe zijn er bijvoorbeeld in de zorgsector en bij woningcorporaties en het is zeer wel denkbaar dat ook voor de onderwijssector het wettelijke kader wordt aangescherpt na de problemen die zich recentelijk hebben geopenbaard.

Tegen deze achtergrond bieden deze preadviezen stof tot inspiratie en overdenking. In hoofdstuk 1 (Stichtingen en governance) analyseren auteurs de governancestructuur van stichtingen. Zo bespreken zij de verschillende in de praktijk gekozen bestuursmodellen en besteden uitgebreid aandacht aan het *one tier*-bestuursmodel bij de stichting; ook behandelen zij de verschillende grondslagen voor aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders. Het preadvies wordt besloten met een aantal aanbevelingen voor aanvulling van het wettelijk kader van de stichting in Boek 2 BW. In de preadviezen hoofdstuk 2 en 3 wordt de governance in een tweetal specifieke sectoren, zorginstellingen en pensioenfondsen, geanalyseerd. De governanceregulering van juist deze sectoren is interessant omdat wetsvoorstel-

* Prof. mr. J.M. Hebly is partner bij Houthoff Buruma advocaten en notarissen, hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Leiden en voorzitter van de wetenschappelijke raad van Houthoff Buruma.

** Mevr. dr. J. Roest is universitair hoofddocent ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en adviseur en lid van de wetenschappelijke raad van Houthoff Buruma.

len in behandeling zijn respectievelijk aangenomen zijn (Wet cliëntenrechten zorg respectievelijk wijziging Pensioenwet) die binnen afzienbare termijn in werking zullen treden. Marleen van Uchelen-Schipper analyseert in haar preadvies dat de verhouding tussen de regels van governance die in de zorgsector op verschillende niveaus (Boek 2 BW, sectorwetgeving en de Zorgbrede Governancecode) zijn vastgelegd, niet altijd even duidelijk is. Zij doet een aantal voorstellen voor verbetering van de onderlinge afstemming. Hiernaast constateert zij een aantal lacunes in wet- en regelgeving waaronder de mogelijkheid om een *one tier board* te vormen en ten aanzien van tegenstrijdig belang. In zijn preadvies over *Pension Fund Governance* onderwerpt Bas Visée de wijze waarop de governance van pensioenfondsen thans en in de toekomst vorm wordt gegeven aan een kritische beschouwing. Hij signaleert dat de nieuwe wettelijke regeling ingewikkeld in elkaar zit en een aantal lacunes bevat, zoals het ontbreken van voorschriften over de wijze waarop toezichthouders benoemd dienen te worden. Ook constateert hij dat de raad van toezicht over onvoldoende mogelijkheden beschikt om een daadwerkelijke factor van betekenis te zijn.

Wij hopen en verwachten dat deze preadviezen zullen bijdragen aan de discussies die nu en in de toekomst gevoerd zullen worden over de wettelijke vormgeving van bestuur en toezicht bij stichtingen en bij regulering van governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen in het bijzonder.

Rotterdam/Amsterdam, 1 september 2013

Hoofdstuk 1

Stichtingen en governance

Mr. S.W.A.M. Visée* en mr. M.J. van Uchelen-Schipper**

1.1 Inleiding

Stichtingen zijn er in vele soorten en maten en doen dienst voor de meest uiteenlopende activiteiten. De stichting wordt wel omschreven als ‘een juridische organisatievorm voor maatschappelijke activiteiten’.¹ Bestuurders van een stichting beheeren vermogen dat hen niet persoonlijk toebehoort. Om die reden dienen zij over het gevoerde beleid en beheer verantwoording af te leggen.²

Governance (of *good governance*) is een veel gehoorde term, niet alleen in juridische, maar ook in economische literatuur. Wij richten ons op de juridische aspecten van *good governance*, dat wil zeggen de verdeling en invulling van de bestuurlijke en toezichthoudende taak en de wijze waarop daarover verantwoording wordt afgelegd.³ Deze verantwoordingsplicht verdient aandacht omdat een belangrijk deel van onze economie juridisch is georganiseerd in stichtingen, zoals bijvoorbeeld zorginstellingen en pensioenfondsen. In de zorg gaat jaarlijks circa € 90 miljard om. Het totaal belegde vermogen van Nederlandse pensioenfondsen bedraagt ongeveer € 1000 miljard.

De organisatie van en wijze waarop een stichting bestuurd wordt is in grote mate afhankelijk van het doel en de aard van de stichting. Kenmerkend voor alle stichtingen is het ontbreken van leden of aandeelhouders. Vanwege het ontbreken van een leden- of aandeelhoudersvergadering, is het van belang om een weloverwogen stelsel van *checks and balances* te hebben. Dit geldt in het bijzonder voor ‘maatschappelijke stichtingen’, dat wil zeggen stichtingen die al dan niet met (semi)publieke middelen een publiek doel nastreven (woningcorporaties, zorginstellingen, scholen).

De laatste jaren heeft ook de politiek veel aandacht besteed aan *good governance* en het afleggen van verantwoording aan belanghebbenden in de hiervoor genoemde sectoren. Dit blijkt onder meer uit het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming van een aantal jaar geleden.⁴ Het wetsvoorstel introduceerde een nieuwe rechtsvorm als modaliteit van de vereniging of stichting en verplichtte

* Mr. S.W.A.M. Visée is advocaat in Amsterdam, partner van Rutgers & Posch en voormalig partner van Houthoff Buruma.

** Mr. M.J. van Uchelen-Schipper is kandidaat-notaris en professional support lawyer bij de sectie Corporate M&A van Houthoff Buruma.

1. C.J. Zeben & J.W. Dupont, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2 BW*, p. 1412 en D.F.M.M. Zaman, *Een nieuwe rechtsvormgeving* (oratie Utrecht), p. 28-33.

2. Zie hierover Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.4.1.

3. Zie hierover ook M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Governance en toezicht’, in: *Handboek Stichting en Vereniging* 2013.

4. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 003, nr. 2.

deze tot instelling van een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging met vergaande bevoegdheden. Dit wetsvoorstel werd uiteindelijk na veel kritiek ingetrokken.⁵ De discussie over *good governance* is echter nog volop gaande. In recente Kamerdebatten over (misstanden bij) zorginstellingen, woningcorporaties⁶ en scholen komt het aanscherpen van regels omtrent governance bij dergelijke maatschappelijke ondernemingen aan de orde. Het kabinet acht het nodig om niet alleen te kijken naar de inrichting van genoemde sectoren, 'bijvoorbeeld naar het interne toezicht, de rol van inspecties en de kwaliteit van medezeggenschap', maar wil ook 'goed gedrag' van het bestuur in de semipublieke sector stimuleren. 'Een gebrek aan vertrouwen belemmert het functioneren van de semipublieke sector', aldus minister Kamp van Economische Zaken. Met deze opdracht is de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector onder leiding van Femke Halsema ingesteld, die onlangs haar rapport 'Een lastig gesprek' aan minister Kamp heeft aangeboden.⁷

In dit hoofdstuk 1 beschrijven wij de in het algemeen voor stichtingen geldende regels van governance. In hoofdstuk 2 en 3 wordt nader ingegaan op de governancestructuur van zorginstellingen respectievelijk pensioenfondsen.

1.2 Probleemstelling

Het stichtingenrecht dat is opgenomen in Boek 2 BW is zeer beperkt en kent een aantal lacunes die hierna gesignaleerd worden. Deze lacunes worden deels aangevuld door bijzondere sectorale wet- en regelgeving. Wij zullen stilstaan bij de vraag of een dergelijke aanvulling wenselijk is en of Boek 2 BW niet een duidelijker wettelijke basis zou moeten bieden die geldt voor alle stichtingen. Met andere woorden: *Welke lacunes kent het stichtingenrecht? Wat zou in het stichtingenrecht geregeld moeten worden en wat is sectorspecifiek?*

Governancecodes worden in het algemeen gezien als een bruikbaar instrument voor aanvulling van wettelijke regels van goed bestuur die voor een specifieke sector gelden. *Welke regels zijn geschikt voor uitwerking in een governancecode en welke niet?*

De statuten bevatten een basis voor de verdeling van de rechten en bevoegdheden van de verschillende organen. Daarnaast worden in verband met de lacunes en onduidelijkheden in het stichtingenrecht vaak aanvullende regelingen in statuten opgenomen. *Welke statutaire uitwerkingen zijn onder de huidige wet- en regelgeving aan te bevelen?*

5. Kamerstukken II 2012/13, 32 003, nr. 7.

6. Zie onder meer het rapport over de corporatiesector 'De balans verstoord' van februari 2013, dat is opgesteld in opdracht van Aedes Vereniging van Woningcorporaties ten behoeve van de parlementaire enquête woningcorporaties.

7. Bijlage bij Brief 'Toezending rapport Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector' van 11 september 2013 van minister Kamp aan de Tweede Kamer met kenmerk AEP/13152328.

Bovendien stellen wij onszelf steeds de algemene vraag: *Wat is de aard van en de verhouding tussen de diverse regels van governance?*

1.3 Plan van aanpak en onderverdeling van governanceregels

Hierna zullen eerst de karakteristieken van het stichtingenrecht worden behandeld. Daarna komen achtereenvolgens de governanceregels ten aanzien van bestuur, raad van toezicht, tegenstrijdig belang, belanghebbenden en verantwoording aan de orde. We eindigen met een paragraaf over de vraag wat de rechtskracht van en de verhouding tussen de verschillende regels van governance zijn.

De regels van governance die we zullen behandelen zijn op verschillende ‘niveaus’ terug te vinden:

- a. in een algemene wettelijke regeling;
- b. in een bijzondere wettelijke regeling, zoals in sectorspecifieke wet- en regelgeving;
- c. in een governancecode; en
- d. in statuten en/of reglementen.

a. Algemene wettelijke regeling

De algemene wettelijke regeling voor stichtingen is opgenomen in titel 6 van Boek 2 BW. Deze wettelijke regeling wordt ook wel het stichtingenrecht genoemd. Niet alleen in het stichtingenrecht, maar ook algemene bepalingen in Boek 2 BW die gelden voor alle rechtspersonen bevatten relevante governanceregels, zoals regels over behoorlijke taakuitoefening en aansprakelijkheid, enquêterecht en jaarrekeningenrecht. Het bestuur van een rechtspersoon dient zich op grond van deze algemene bepalingen van rechtspersonenrecht te richten op het belang van de rechtspersoon en dient in haar besluitvorming de belangen van alle *stakeholders* mee te nemen. De algemeen geldende regeling voor medezeggenschap van werknemers opgenomen in de Wet op de ondernemingsraden (WOR), zal overigens in dit kader niet of slechts zijdelings worden behandeld.

b. Sectorspecifieke regeling

Regels van bestuur en toezicht zijn ook (in toenemende mate) terug te vinden in sectorspecifieke wet- en regelgeving. Daarbij wordt in sommige sectoren een orgaan dat toezicht houdt verplicht voorgeschreven. Dit geldt bijvoorbeeld voor zorginstellingen, pensioenfondsen en woningcorporaties;⁸ ook de Wet op het voortgezet onderwijs bevat regels voor bestuur en toezicht.⁹ Sectorspecifieke regelgeving voorziet ook in medezeggenschap, bijvoorbeeld medezeggenschap van cliënten in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen, (gewezen) deelnemers en

8. Voor wat betreft woningcorporaties: art. 7 lid 1 van het Besluit Beheer Sociale Huursector juncto art. 70 Woningwet; ook het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting schrijft een toezichthoudend orgaan voor. Voor wat betreft pensioenfondsen art. 33 lid 1 PW. Voor wat betreft zorginstellingen: art. 6.1 Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen; ook het Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg schrijft een toezichthoudend orgaan voor.

9. In art. 24d en 24e Wet op het voortgezet onderwijs wordt een ‘functionele of organieke scheiding van functies van bestuur en intern toezicht’ voorgeschreven.

pensioengerechtigden in de Pensioenwet en huurders in het Besluit Beheer Sociale Huursector.

c. Governancecodes

Geïnspireerd door de Nederlandse Corporate Governance Code die geldt voor beursvennootschappen is er de laatste jaren veel aandacht voor uitwerking van regels van goed bestuur van stichtingen in sectorale codes, zoals de Zorgbrede Governancecode en de STAR Principes voor goed pensioenfondsbestuur.

Bij de verschillende codes gaat het om zelfregulering gericht op verbetering van de kwaliteit van het bestuur en daarmee ook de kwaliteit van het toezicht op het bestuur. In codes zijn zowel regels opgenomen die betrekking hebben op de organisatie van de stichting als richtlijnen voor het individuele handelen van bestuurders en toezichthouders. De codes geven onder meer invulling aan het ontbreken van regels van intern toezicht in het stichtingenrecht van Boek 2 BW. Transparantie, integriteit en verantwoording kunnen gezien worden als centrale begrippen die in veel codes worden uitgewerkt.¹⁰ Het gaat dan onder meer om gedragsnormen voor bestuurders en leden van de raad van toezicht. Ook thema's als duurzaamheid en maatschappelijke betrokkenheid komen steeds vaker in governancecodes aan de orde.¹¹

d. Statuten en/of reglementen

De wet somt een aantal minimumvereisten op die in de statuten van een stichting moeten worden opgenomen, zoals een omschrijving van het doel van de stichting. Daarnaast bieden de statuten de basis voor de interne organisatie van de betreffende stichting. Anders gezegd: de statuten maken de governance van een stichting concreet. Aangezien het stichtingenrecht niet veel regels bevat, heeft een stichting daarin veel ruimte. Zo wordt in de statuten bepaald wie de bestuurders benoemt. Sommige meer gedetailleerde regels, zoals regels met betrekking tot besluitvorming door het bestuur, worden vaak uitgewerkt in een bestuursreglement. Er kunnen ook voor het functioneren van andere organen van de stichting – zoals de raad van toezicht – of subcommissies van organen – zoals de audit committee – reglementen vastgesteld worden. Daarin staan bijvoorbeeld regels over de gewenste samenstelling, diversiteit en expertise van toezichthouders (profielchets).¹²

10. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.4.2.

11. De Commissie-Halsema heeft onlangs in haar advies aan de semipublieke sector 'aanvullende thema's' genoemd waaraan bestaande codes aandacht moeten besteden, zoals het voorschrift dat bestuurders en interne toezichthouders tegenkracht voor zichzelf en voor anderen in de organisatie organiseren. Veel van de door de Commissie-Halsema genoemde thema's zijn echter al verwerkt in bestaande codes.

12. Niet alles wat als reglement wordt aangeduid is een reglement met een rechtspersonenrechtelijke aard, zoals hier bedoeld. Zo bevat een reglement van een pensioenstichting bijvoorbeeld vaak voor het grootste deel bepalingen over de berekeningen van pensioenaanspraken. In dit kader bedoelen wij reglementen die (mede) organisatorische voorzieningen bevatten. Zie over reglementen verder Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 4.4.1.

1.4 Karakteristieken van de stichting; het stichtingenrecht

1.4.1 Beperkte wettelijke regeling

Het stichtingenrecht is, mede in vergelijking tot de regeling voor andere rechtspersonen, zeer summier. Het voordeel van het beperkte stichtingenrecht is dat het de stichting grote inrichtingsvrijheid en flexibiliteit geeft. Nadeel is dat er geen (al dan niet verplichte) regeling voor intern toezicht is, met alle risico's van dien. Daarbij kan onduidelijkheid ontstaan over onderwerpen als tegenstrijdig belang en aansprakelijkheid van toezichthouders van stichtingen.

In de literatuur is de vraag gesteld of het stichtingenrecht – opgenomen in Boek 2 BW – ten aanzien van aangelegenheden die daarin niet zijn geregeld, aangevuld kan worden door analogische toepassing van bepalingen uit het NV/BV- of verenigingsrecht.¹³ Van Veen vindt in de wetsgeschiedenis argumenten voor een dergelijke aanvulling.¹⁴ Zoals hierna zal blijken is echter wat betreft tegenstrijdig belang in de rechtspraak analogische toepassing van (de oude) NV/BV-bepalingen op de stichting afgewezen.

1.4.2 Doel, doelvermogen en uitkeringsverbod

Het doel van een stichting is omschreven in de statuten. De stichting streeft er naar dit doel te verwezenlijken met een daartoe bestemd vermogen (art. 2:285 BW). Anders gezegd: stichtingen hebben een doelgebonden vermogen. De stichting mag slechts uitkeringen doen die in overeenstemming zijn met haar doel. Aangenomen wordt wel dat hiermee zowel het statutaire doel als het feitelijke doel bedoeld wordt.¹⁵ Het feitelijke doel blijkt uit de feitelijke werkzaamheden van de stichting. Het doel van de stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters, bestuurders of toezichthouders. Onder 'uitkering' wordt verstaan: een prestatie zonder gelijkwaardige tegenprestatie. Zo wordt algemeen geoordeeld dat een passende vergoeding aan bestuurders voor dienstverlening bijvoorbeeld niet onder het verbod valt.¹⁶ Wanneer er verboden uitkeringen plaatsvinden, kan de rechtbank de stichting ontbinden (art. 2:21 lid 3 BW). De rechtbank heeft hiertoe een discretionaire bevoegdheid. De ontbinding wordt uitgesproken op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie (OM).

Het doel van de stichting en de daarin – impliciet of expliciet – genoemde begunstigen hebben een belangrijke rol ook voor bestuurders. Het besturen van een stichting omvat in de eerste plaats het zorgen voor de verwezenlijking van haar

13. Zie ook M.J. van Uchelen-Schipper, Boekbespreking/congresverslag 'De stichting: grenzen en governance', WPNR 2012-6915.

14. W.J.M. van Veen, *De Stichting* 2011, p. 13 e.v. Van Veen geeft aan dat de regel in de Wet op de Stichtingen uit 1956 heel summier was en dat de achtergrond voor overheveling naar Boek 2 BW was om meer consistentie aan te brengen in het rechtspersonenrecht, waarbij hiaten zouden worden aangevuld vanuit het verenigings- en vennootschapsrecht.

15. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.2.3 en Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 324.

16. Meer hierover onder andere: C.A. Schwarz, 'Het vermogen van de stichting en het uitkeringsverbod', in: *De Stichting* 2011.

doel.¹⁷ Verwaarlozing van deze taak kan leiden tot aansprakelijkheid in de zin van art. 2:9 BW.

1.4.3 Ledenverbod

Stichtingen kennen geen aandeelhouders¹⁸ of leden.¹⁹ Dat wil niet zeggen dat er geen organen kunnen zijn die invloed kunnen uitoefenen op het bestuur. De in de praktijk lastig te duiden grens is dat de aan het orgaan bij de statuten toegekende bevoegdheden niet zo ver mogen gaan dat zij feitelijk gelijk zijn aan de macht van de algemene ledenvergadering bij een vereniging.²⁰

1.4.4 Bestuur

Het stichtingenrecht verwijst slechts naar één orgaan van de stichting: het bestuur. Het bestuur bestaat uit ten minste één bestuurder. Anders dan in sommige andere landen, schrijft het stichtingenrecht geen minimumaantal bestuurders voor.²¹ Een stichting met slechts één bestuurder en geen interne toezichthouders heeft geen enkele vorm van interne controle. Misbruik van een dergelijke stichting ligt dan op de loer.²² Het voorkomen van de schijn van misbruik is alleen al een reden om bij een stichting een meerhoofdig bestuur in te stellen.

1.4.5 Bestuur- en toezichtmodel

De wet verzet zich er niet tegen dat het bestuur van een stichting bij de statuten aan toezicht is onderworpen. Het ledenverbod wordt hierdoor in beginsel niet overtreden.

Intern toezicht kan op verschillende manieren worden geregeld. In de eerste plaats is bij een meerhoofdig bestuur uit hoofde van het principe van collegiaal bestuur al sprake van een bepaalde mate van interne controle.²³

De laatste jaren wordt, met name bij grotere stichtingen met een onderneming, steeds vaker een apart toezichthoudend orgaan – een raad van toezicht of raad van commissarissen – ingesteld. Bij sommige maatschappelijke ondernemingen, waaronder zorginstellingen en woningcorporaties, wordt dit zelfs in (toekomstige)

-
17. Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 334 en Rb. Amsterdam 11 november 2009, RO 2010, 4 en JOR 2010, 123 (*Stichting Derdengelden*).
18. Zie hierover ook P.J.B. Theeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *0&F* (19) 2011-2.
19. Het ledenverbod volgt uit de wettelijke omschrijving van de stichting, opgenomen in art. 2:285 lid 1 BW.
20. Zie ook Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.3.2, die het meest voelen voor de benadering van Duynstee, waarbij de betekenis van het ledenverbod gezocht wordt in een verbod om een organisatiestructuur te hebben die gelijk is aan de algemene vergadering van een vereniging. Zie ook Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 326.
21. Zie bijvoorbeeld ook het voorstel voor de Europese stichting (*Fundatio Europaea* of FE) waarin een 'governing board' bestaande uit een oneven aantal van ten minste drie leden wordt voorgeschreven (art. 27 van de FE Regulation).
22. Zie ook D.F.M.M. Zaman, *De Stichting* 2011, p. 99 e.v.
23. Zie hierover *Handboek Stichting en Vereniging* 2013, par. 13.2.

sectorale regelgeving voorgeschreven. Het bestuursmodel met een toezichthoudend orgaan wordt ook wel raad van toezichtmodel genoemd.

Daarnaast komt het raad van beheermodel of AB/DB-model voor, met een algemeen bestuur (AB) en een dagelijks bestuur (DB). In dit model is het doorgaans de bedoeling dat het dagelijks bestuur de dagelijkse leiding heeft en het algemeen bestuur meer 'op afstand staat' en in feite een toezichthoudende taak heeft.²⁴

Zelfs 'drielagige' bestuursmodellen (dagelijks bestuur, algemeen bestuur en raad van toezicht) komen voor.²⁵ In het geval de toepasselijke sectorale code uitgaat van een raad van toezichtmodel, terwijl de stichting nog een raad van beheermodel heeft, is het soms lastig de codebepalingen toe te passen. Zo stelt de toelichting bij de Governancecode Woningcorporaties dat de bepalingen over de raad van toezicht²⁶ waar mogelijk op het algemeen bestuur moeten worden toegepast en dat de bepalingen die betrekking hebben op het bestuur, naar hun aard gericht zijn op het dagelijks bestuur.

Het AB/DB-model is echter een fundamenteel ander model dan het raad van toezichtmodel. Indien het algemeen bestuur feitelijk functioneert als een raad van toezicht, dient het bestuursmodel, mede vanwege de interne aansprakelijkheids-overwegingen omgevormd te worden naar een raad van toezichtmodel.²⁷

Bovendien bestaat discussie over de vraag of er twee (statutaire) bestuursorganen naast elkaar kunnen bestaan. Slechts één orgaan kan bestuursorgaan in de zin van de wet zijn. Dit blijkt ook uit de Parlementaire Geschiedenis bij de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet bestuur en toezicht, waar onder meer te lezen is dat (wat betreft NV's en BV's) een taakverdeling slechts binnen één bestuursorgaan mogelijk is.²⁸

Bij een AB/DB-model is dus feitelijk sprake van een *one tier board* met algemene en dagelijkse bestuurders. Maar ook komt het voor dat de dagelijkse bestuurders geen bestuurders in de zin van de wet, maar slechts titulair bestuurders zijn.

Verwarring kan voorkomen worden door in de statuten duidelijk te maken welk orgaan (eind)verantwoordelijk is voor het bestuur in de zin van de wet.²⁹ Dit orgaan wordt ook wel statutair bestuur genoemd. Het dagelijks bestuur of de directie wordt benoemd en ontslagen door het statutair bestuur en functioneert als zodanig onder verantwoordelijkheid van het statutair bestuur.

Hierna gaan we uit van een raad van toezichtmodel, het model dat tegenwoordig bij maatschappelijke ondernemingen het meest gebruikt wordt, met een statutair bestuur en een statutaire raad van toezicht. De *one tier board*, waarbij bestuurders en toezichthouders in één orgaan zijn verenigd, zal daarbij apart worden behandeld.

24. Zie hierover Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 347 en 152.

25. Zie ook p. 33 van de toelichting bij de Governancecode Woningcorporaties 2011.

26. Daar overigens raad van commissarissen genoemd.

27. In gelijke zin Lennarts, die in het licht van de aansprakelijkheidsregels van art. 2:9 BW vraagtekens bij het AB/DB-model plaatst. Leden van het AB die liever worden aangemerkt als toezichthouder kunnen naar haar mening beter kiezen voor een *two tier*-model met een raad van toezicht. M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De Stichting* 2011.

28. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14. Zie hierover ook *Handboek Stichting en Vereniging* 2013, p. 251.

29. Er bestaat discussie over de vraag of er twee bestuursorganen naast elkaar kunnen bestaan en of één van die organen of beide organen het bestuur in de zin van de wet vormen. Zie ook *Handboek Stichting en Vereniging* 2013, par. 13.3.2 en Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 152.

1.4.6 Bevoegdheden van het OM (extern toezicht)

De *checks and balances* die in het verenigingsrecht en NV/BV-recht aanwezig zijn omdat een aantal bevoegdheden dwingendrechtelijk aan de algemene vergadering is toegekend, ontbreken in het stichtingenrecht. Om die reden heeft de wetgever een aantal bevoegdheden aan het OM toegekend. Zo kan het OM het bestuur om inlichtingen verzoeken bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, dan wel het bestuur naar behoren wordt gevoerd (art. 2:297 BW). Een bestuurder die iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten of zich schuldig maakt aan wanbeheer, kan op verzoek van het OM door de rechtbank worden ontslagen (art. 2:298 BW). Dit laatste kan overigens niet alleen door het OM, maar ook op verzoek van iedere belanghebbende geschieden. Belanghebbenden zijn bijvoorbeeld degenen die ‘begunstigde’ zijn, zoals de curator van een gefailleerde stichting. Het begrip ‘belanghebbende’ kan echter nog ruimer zijn en komt hierna uitgebreider aan de orde. De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder schorsen. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting worden. Dit is feitelijk een bestuursverbod. In de praktijk maakt het OM van deze bevoegdheden echter, voor zover ons bekend, niet of nauwelijks gebruik. Het lijkt er op dat het OM zich meer richt op fraude en malversaties binnen stichtingen, waarbij strafrechtelijke handhaving voorop staat en niet zozeer de bewaking van de rechtsorde binnen stichtingen.

1.4.7 Belanghebbenden(orgaan)

Zoals gezegd verwijst het stichtingenrecht slechts naar één orgaan: het bestuur. Naast een bestuur en een raad van toezicht en eventueel een raad van advies, komt het vaak voor dat in de statuten een zekere mate van invloed is toegekend aan (een vergadering van) deelnemers, aangeslotenen of andere betrokkenen. Deze personen zijn – al dan niet op grond van de doelstelling van de stichting – begunstigde, belanghebbende of zijn in ieder geval op enige manier betrokken bij de stichting.³⁰

Het eerdergenoemde en inmiddels al weer ingetrokken wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming introduceerde een verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging als orgaan voor de stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (stichting MO) in de algemene regeling van het stichtingenrecht in Boek 2 BW. In ieder geval schrijft sectorale wetgeving voor veel stichtingen met een bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid, naast een raad van toezicht, een belanghebbendenorgaan (bijvoorbeeld een cliëntenraad of deelnemersraad) voor. Zoals we hierna zullen zien is voor het toekennen van rechten en bevoegdheden aan een dergelijk orgaan een statutaire basis vereist.

30. Zie hierover ook *Handboek Stichting en Vereniging* 2013, par. 13.6.

1.5 Bestuur

1.5.1 Collegiaal bestuur, bestuurstaak en taakverdeling

Het bestuur is belast met het besturen van de stichting en is hierin, behoudens beperkingen in de wet en de statuten, autonoom. Slechts indien dit uit de statuten voortvloeit, is het bestuur bevoegd te besluiten tot het aangaan van bepaalde in de wet genoemde overeenkomsten (zoals verkrijging van onroerend goed en borgstelling³¹) (art. 2:291 lid 2 BW). Volgens de wet vertegenwoordigt het bestuur (als collectief) de stichting. Daarnaast kunnen de statuten de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan één of meer bestuurders toekennen.

Uit de hiervoor genoemde karakteristieken van het stichtingenrecht volgt dat de voornaamste taak van het bestuur het verwezenlijken van het doel van de stichting is. De bestuurstaken volgen verder impliciet uit de wet en (sectorale) regelgeving. In het kader van interne transparantie is van belang dat bestuurstaken en verantwoordelijkheden van bestuurders duidelijk worden afgebakend, ook ten opzichte van de andere organen van de stichting. Governancecodes zijn bij uitstek geschikt voor uitwerking van de taakomschrijving in een bepaalde sector. Zo is in veel codes bepaald dat het bestuur een beleidsplan en een meerjarenbegroting dient op te stellen. De nadruk en aandachtsgebieden kunnen in sectoren verschillen. Zo legt de Zorgbrede Governancecode de nadruk op (verantwoordelijkheid voor) kwaliteit en veiligheid van de zorg.

Zoals aangegeven schrijft de wet slechts voor dat het bestuur uit ten minste één lid bestaat. Indien er meerdere bestuurders zijn, geldt het principe van collegiaal bestuur (art. 2:291 BW). Het bestuur is collectief verantwoordelijk de hem opgedragen bestuurstaak behoorlijk te vervullen. Art. 2:9 BW regelt voor alle rechtspersonen de bestuurstaak en aansprakelijkheid van een bestuurder ten opzichte van de rechtspersoon (interne aansprakelijkheid). Elke bestuurder is gehouden tot een behoorlijke taakvervulling. Bestuurders zijn in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor schade die optreedt als gevolg van onbehoorlijk bestuur van een of meer medebestuurders. Het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid brengt mee dat bestuurders hun taken niet naar willekeur kunnen verdelen. Over de hoofdlijnen van het beleid moeten zij gezamenlijk beslissen. In de literatuur wordt aangenomen dat, naast het algemene beleid, het financiële beleid (bij stichtingen ook wel ‘financieel beheer’ genoemd), tot de taak van het gehele bestuur behoort.³² Gesteld wordt echter ook wel dat het, gelet op de specialisatie binnen grote vennootschappen (en stichtingen?) – met name op het financiële terrein – niet ondenkbaar is dat ook op dat gebied bepaalde specifieke zaken niet tot het werkterrein van de gezamenlijke bestuurders behoren. Uitgangspunt is dus hoofdelijke aansprakelijkheid. Echter, binnen bepaalde grenzen is een taakverdeling mogelijk. Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht is de taakverdeling zelfs wettelijk vastgelegd.

31. Art. 2:291 lid 2 BW noemt overeenkomsten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, en overeenkomsten waarbij de stichting zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van een ander verbindt.

32. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 8.1.

In de praktijk is een taakverdeling tussen bestuurders aan te bevelen. Een taakverdeling is in het bijzonder van belang indien de rechtspersoon een bestuur heeft met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders of algemene bestuurders en dagelijkse bestuurders. Een bestuurder die zich erop beroept dat een aangelegenheid niet tot zijn taak behoort in de zin van art. 2:9 BW zal dat moeten aantonen aan de hand van een taakverdeling in de statuten of in een (door de raad van toezicht goedgekeurd) reglement.

1.5.2 Bestuurdersaansprakelijkheid

Een individuele bestuurder is niet aansprakelijk op grond van art. 2:9 BW indien hij kan aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Of de bestuurder ten aanzien van zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.³³

De verplichtingen die de bestuurder heeft op grond van art. 2:9 BW worden naar Anglo-Amerikaans voorbeeld wel onderscheiden in een plicht tot loyaal handelen (*duty of loyalty*) en een plicht tot zorgvuldig handelen (*duty of care*).³⁴

Duty of loyalty: De loyaliteitsplicht houdt in dat bestuurders op een subjectief bonafide wijze invulling moeten geven aan hun taakopdracht jegens de rechtspersoon. Zij mogen geen voorrang geven aan hun eigen belang boven dat van de rechtspersoon. De loyaliteitsplicht hangt nauw samen met de kwestie van tegenstrijdig belang. *Duty of care*: Bestuurders moeten hun taak op een objectief zorgvuldige wijze vervullen; dat wil zeggen: op een wijze zoals die, naar algemeen inzicht, van een kwaam bestuurder in redelijkheid mag worden verwacht (zie ook bijvoorbeeld de *Laurus*-beschikking³⁵). Een belangrijke taak van een bestuurder van een stichting is het verwezenlijken van het doel van de stichting. Waar bestuurders van kapitaalvennootschappen rekening moeten houden met de belangen van aandeelhouders, moeten bestuurders van stichtingen rekening houden met de belangen van degenen die op grond van haar doelstelling als begunstigden kunnen worden aangemerkt. Maar ook met andere belanghebbenden dient het bestuur rekening te houden. Ook uit de jurisprudentie volgt dat het doel van de stichting een belangrijke rol speelt bij de vraag of haar bestuurders zorgvuldig hebben gehandeld. Zo werd in de *Stichting Freule Lauta van Aysma*-zaak³⁶ zelfs doorslaggevend gewicht toegekend aan het doel en de werkzaamheid van de stichting (in dit geval: huisvesting van bejaarden) en de daarbij betrokken belangen van derden. Het veronachtzamen van het doel zal al snel ernstig verwijtbaar zijn en tot aansprakelijkheid leiden.³⁷ Het Hof

33. HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Ma (*Staleman/Van de Ven*). Als één van die omstandigheden wordt in de rechtspraak genoemd de onderling gemaakte taakverdeling.

34. Zie ook M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De Stichting* 2011.

35. HR 8 april 2005, JOR 2005, 119.

36. Hof Amsterdam 21 september 2010, JOR 2011, 40 en RO 2010, 80 (*Stichting Freule Lauta van Aysma*).

37. Aldus ook Y. Borrius in haar noten bij Rb. Amsterdam 11 november 2009, JOR 2010, 123 en Rb. Amsterdam 11 november 2009, JOR 2010, 56.

Amsterdam oordeelde dat het lopen van (grote) risico's met geleend geld in ieder geval niet verenigbaar was met het doel van Stichting Freule Lauta van Aysma. Volgens Wezeman en Lennarts³⁸ komt dit oordeel er op neer dat een bestuurder van een stichting (die publieke belangen dient) voor de invulling van de zorgvuldigheidsnorm minder speelruimte heeft dan een bestuurder van een NV of BV.

De Hoge Raad heeft bepaald dat handelen in strijd met een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen (zoals de hiervoor genoemde doelomschrijving maar ook een tegenstrijdig belangbepaling) een zwaarwegende omstandigheid vormt in de zin van art. 2:9 BW die in beginsel aansprakelijkheid vestigt.³⁹ De bestuurder kan echter tegenbewijs leveren, bijvoorbeeld door aan te voeren dat hij zich schending van de statuten niet behoeft te realiseren. Wat statutaire bepalingen zijn die de rechtspersoon beogen te beschermen is echter in de rechtspraak niet altijd duidelijk.⁴⁰ In het hiervoor genoemde arrest ging het om het negeren van een statutair goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen bij een BV.

Voor stichtingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen geldt naast voornoemde aansprakelijkheid de regeling van aansprakelijkheid van bestuurders (en toezichthouders) in geval van een faillissementstekort (externe aansprakelijkheid; art. 2:300a juncto art. 2:138 en 148 BW). Indien een bestuurder niet heeft voldaan aan art. 2:10 BW (boekhoudplicht) of art. 2:392 BW (openbaarmaking jaarrekening) heeft hij zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Op deze externe aansprakelijkheid, die overigens voor alle stichtingen ook kan voortvloeien uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), gaan we in dit kader verder niet in.

1.5.3 Benoeming, schorsing en ontslag

De wijze van benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders dient in de statuten te worden geregeld. Zoals hiervoor aangegeven kent het stichtingenrecht een bijzondere regeling van ontslag door de rechtbank in geval van wanbeheer (art. 2:298 BW). Bovendien kan de rechtbank, indien het bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten kan worden voorzien, op verzoek van het OM of iedere belanghebbende in de lege plaatsen voorzien (art. 2:299 BW). De statuten kunnen de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders aan een derde (iemand van buiten de stichting) toekennen. Indien de stichting een raad van toezicht heeft, bepalen de statuten vaak dat deze bevoegd is tot benoeming, schorsing en ontslag. De meeste sectorale wet- en regelgeving gaat ervan uit dat de raad van toezicht deze bevoegdheid heeft. De statuten kunnen daarbij bepalen dat een (belanghebbenden)orgaan of een derde daarbij de bevoegdheid heeft een of meer bestuurders bindend voor te dragen. In sectorale wet- en regelgeving wordt dit recht van bindende voordracht overigens bij een raad van

38. M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De Stichting* 2011.

39. HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (*Berghuizer papierfabriek*).

40. Van Schilfgaarde 2009, p. 168.

toezichtmodel meestal (alleen) toegekend ten aanzien van één of meer leden van de raad van toezicht.⁴¹

Op grond van de Wet bestuur en toezicht geldt sinds 1 januari 2013 een beperking in de benoembaarheid van bestuurders van zogenoemde grote stichtingen (zie voor het begrip ‘grote stichting’: hierna 1.6.4).⁴² Een persoon die reeds het maximumaantal toezichthoudende functies bekleedt kan niet tot bestuurder worden benoemd (art. 2:297a lid 2 BW).⁴³ Bovendien bevatten governancecodes vaak voorschriften die beogen onafhankelijkheid van bestuurders te bewerkstelligen. Een uitwerking daarvan zijn regels over onverenigbare functies.

1.6 Raad van toezicht en *one tier board*

1.6.1 Taak en bevoegdheden van de raad van toezicht

Het spreekt voor zich dat een stichting die (al dan niet op basis van sectorale regelgeving) een raad van toezicht wenst in te stellen, daarvoor een statutaire basis dient te creëren. De statuten bepalen vaak dat de raad van toezicht een aantal belangrijke besluiten, zoals het besluit tot vaststelling van de jaarrekening, statutenwijziging en ontbinding, neemt of moet goedkeuren.

De raad van toezicht heeft als algemene taak het houden van toezicht op (het beleid van) het bestuur en het (gevraagd en ongevraagd) adviseren van het bestuur. Hoewel deze taakomschrijving voor leden van de raad van toezicht niet in het stichtingenrecht is opgenomen, is deze algemeen aanvaard. Deze tekst komt dan ook vaak terug in sectorale governancecodes.

Vaak wordt aan deze taakomschrijving toegevoegd: ‘de raad van toezicht dient zodanig te zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.’

Governancecodes beogen het goed functioneren van organen, zoals de raad van toezicht, te bevorderen. Transparantie, onafhankelijkheid en integriteit zijn daarbij belangrijke aandachtspunten.⁴⁴ Over het begrip onafhankelijkheid met name ten aanzien van commissarissen is de laatste tijd veel geschreven. Van Ginneken maakt een onderscheid tussen formele en materiële onafhankelijkheid van leden van de raad van toezicht.⁴⁵

De formele criteria zijn vaak opgenomen in een lijst van afhankelijkheidscriteria of onverenigbare functies. Deze staan onder meer in sectorale codes maar ook wel

-
41. Waarmee een regeling ontstaat die vergelijkbaar is met de structuurregeling voor NV's en BV's. Ook het ingetrokken wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming ging uit van een dergelijke bevoegdheidsverdeling.
42. Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275 en Wet van 27 september 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Stb.* 2012, 440.
43. Toezichthoudende functie wil in dit verband zeggen: het zijn van commissaris, lid van een ander toezichthoudend orgaan of niet-uitvoerend bestuurder.
44. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.4.
45. M.J. van Ginneken, ‘De onafhankelijke commissaris’, *Ondernemingsrecht* 2012, 134.

in statuten of reglementen. Een voorbeeld is dat iemand die een belangrijke zakelijke relatie heeft met of adviseur is geweest van de stichting als afhankelijk wordt aangemerkt. Materiële onafhankelijkheid zou je ook ‘onafhankelijkheid van geest’ kunnen noemen. Een bestuurder of toezichthouder dient de belangen van alle belanghebbenden (*stakeholders*) in acht te nemen. Voor zover hij is benoemd op voordracht van belanghebbenden, bijvoorbeeld een cliëntenraad, dient hij te opereren ‘zonder last of ruggespraak’. Deze onafhankelijkheid is eigenlijk niet in harde regels maar slechts in normen vast te leggen.

Van Ginneken stelt zichzelf de vraag wat eigenlijk het doel is van formele onafhankelijkheidseisen en of het doel met het stellen van formele criteria wordt bereikt. Vaak lijken de formele criteria simpelweg een verbod. Maar te veel onafhankelijkheid zou ook kunnen leiden tot te veel afstand van de stichting waar toezicht op gehouden wordt. Een band of een afhankelijkheidsrelatie tussen de toezichthouder en de vereniging of stichting kan ook nuttig zijn, bijvoorbeeld omdat de toezichthouder en de stichting parallelle belangen hebben. Of simpelweg omdat de toezichthouder meer betrokken is. Bovendien wordt het met veel formele onafhankelijkheidseisen lastiger om deskundige en ervaren toezichthouders te vinden.

De meer concrete taken en bevoegdheden van de raad van toezicht worden in de statuten opgenomen en worden vaak uitgewerkt in een reglement. Enerzijds dienen deze taken niet zo ver te gaan dat de toezichthouders op de ‘stoel’ van de bestuurders gaan zitten, anderzijds dient de raad van toezicht ook initiërend te zijn door bijvoorbeeld vragen te stellen of ongevraagd advies te geven. Gesteld zou kunnen worden dat de laatste tijd een meer actieve rol van de raad van toezicht verwacht wordt.

Om zijn taak goed te kunnen vervullen heeft de raad van toezicht informatie nodig. Het bestuur heeft een informatieplicht, terwijl de raad van toezicht een informatierecht heeft. In sommige situaties, bijvoorbeeld in geval van bijzondere transacties, tegenstrijdigbelangtransacties of crisissituaties, kan van de raad van toezicht verlangd worden dat hij zelf (aanvullende) informatie opvraagt.

Veel codes bevatten een regeling over informatievoorziening door het bestuur aan de raad van toezicht. De informatievoorziening kan worden uitgewerkt in een reglement: het informatieprotocol.

1.6.2 Aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht en regeling in het stichtingenrecht

Het stichtingenrecht bevat slechts een indirecte verwijzing naar de raad van toezicht. Art. 2:300a BW verklaart slechts voor wat betreft stichtingen die aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen – via art. 2:149 BW – art. 2:9 BW (interne aansprakelijkheid) van overeenkomstige toepassing op de taakvervulling van toezichthouders (commissarissen) in geval van faillissement van de stichting. Daarmee geldt de bepaling van art. 2:9 BW in beginsel niet, althans niet direct, voor leden van de raad van toezicht van andere stichtingen. Dit is anders bij commissarissen van een NV of BV, waarop art. 2:9 BW via een schakelbepaling wel altijd van toepassing is.

In de rechtspraak is aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht wegens onbehoorlijke taakvervulling afgewezen bij gebreke aan een wettelijke grondslag.⁴⁶ In reactie hierop wordt in het Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg⁴⁷ art. 2:9 BW op toezichthouders van zorginstellingen van toepassing verklaard. Ook de onlangs aangenomen Wet versterking bestuur pensioenfondsen⁴⁸ verklaart art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op de leden van de raad van toezicht. Dit leidt ertoe dat toezichthouders in bepaalde sectoren op grond van sectorwetgeving straks wel aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van art. 2:9 BW maar toezichthouders in andere sectoren niet, hetgeen onwenselijk is.

Door sommige auteurs, zoals recentelijk nog door Overes en Lennarts⁴⁹, wordt onder meer om deze reden, gepleit voor een basisregeling in Boek 2 BW voor intern toezicht, vergelijkbaar met de regeling voor NV's en BV's. Overes suggereert dat een basisregeling in ieder geval zou moeten inhouden:

1. regels omtrent de samenstelling van de raad van toezicht;
2. taakomschrijving van de raad van toezicht;
3. rol bij tegenstrijdig belang, en
4. recht op informatie.

Ook wij menen dat er een basisregeling voor de (in beginsel facultatieve) raad van toezicht bij stichtingen zou moeten komen.⁵⁰ Op deze manier zou in het stichtingenrecht voor leden van de raad van toezicht een verwijzing naar art. 2:9 BW opgenomen kunnen worden. Bovendien zou daarbij een tegenstrijdigbelangregeling voor stichtingen in de wet opgenomen kunnen worden (zie ook hierna). Aan de hiervoor genoemde lijst zou naar onze mening ook toegevoegd moeten worden een belet en ontstentenisregeling voor de raad van toezicht. Art. 2:299 BW regelt slechts het geheel of gedeeltelijk ontbreken van bestuurders en niet van leden van de raad van toezicht.

1.6.3 Regeling voor de one tier board

De op 1 januari 2013 in werking getreden Wet bestuur en toezicht⁵¹ heeft voor NV's en BV's wettelijke bepalingen voor de *one tier board* geïntroduceerd. Voor die tijd voorzag de wet slechts in een wettelijke basis voor bestuur en toezicht verdeeld over twee afzonderlijke organen (dualistisch bestuursstelsel). Hoewel de *one tier board* voor 1 januari 2013 al voorkwam, biedt de wettelijke regeling van het monistisch bestuursstelsel voor NV's en BV's meer duidelijkheid. In een *one tier board* worden de bestuurstaken verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe

46. Rb. Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008, 126 (*Hestia*).

47. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 2 (Wcz). De Wcz zal worden opgeknipt en governanceregels komen in een apart wetsvoorstel, maar wij gaan ervan uit dat het van toepassing verklaren van art. 2:9 BW in het nieuwe wetsvoorstel terugkeert.

48. *Stb.* 2013, 302. Zie de wijziging van art. 104 PW, welke wijziging op 1 juli 2014 in werking treedt.

49. C.H.C. Overes & M.L. Lennarts, *De Stichting* 2011, p. 152.

50. Deze regeling zou zoals voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, NV's en BV's kunnen beginnen met het volgende artikel: Bij de statuten kan worden bepaald dat er een raad van toezicht zal zijn.

51. *Stb.* 2011, 275.

aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel de niet-uitvoerende als uitvoerende bestuurders. Een taakverdeling is dus essentieel bij een monistisch bestuursstelsel. Overigens is, in verband met de hiervoor genoemde bestuurdersaansprakelijkheid, een taakverdeling ook van belang voor vennootschappen met een dualistisch bestuursstelsel.

Bij het toebedelen van taken geldt een aantal wettelijke voorwaarden. Aan uitvoerende bestuurders kunnen *niet* worden toebedeeld:

- i. het voorzitterschap van het bestuur;
- ii. het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder, en
- iii. het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

Niet-uitvoerende bestuurders kunnen slechts natuurlijke personen zijn.

In het stichtingenrecht ontbreekt een regeling voor de *one tier board*. Hoewel dit niet betekent dat de *one tier board* niet mogelijk is, zou de wettelijke regeling voor stichtingen naar onze mening ook een duidelijke basis moeten bieden en bepalingen moeten bevatten over het *one tier*-model. De voormalige Minister van Justitie heeft naar aanleiding van Kamervragen hierover in het kader van de Wet bestuur en toezicht gezegd dat er geen reden is om een wettelijke uitwerking van het monistische bestuursmodel te onthouden aan andere rechtsvormen dan de NV en de BV indien de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben. Hij voegt hier echter aan toe dat hem voorsnog niet is gebleken dat die behoefte zodanig groot is, dat een regeling in het wetsvoorstel zou moeten worden opgenomen.⁵² In de praktijk wordt echter al bij veel stichtingen gebruikgemaakt van een *one tier board*, met algemene en dagelijkse bestuurders of niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders binnen één bestuur. Sectorale wetgeving⁵³ en codes⁵⁴ bieden stichtingen soms de keuze tussen toezicht in de vorm van een apart toezichthoudend orgaan of een *one tier board*.

Het tegengestelde doet zich ook voor: dat (toekomstige) sectorale regels een *two tier board* voorschrijven waar NV's en BV's een keuzemogelijkheid hebben. We gaven al aan dat bij zorginstellingen en woningcorporaties een raad van toezicht wordt voorgeschreven. Er moet sprake zijn van een *apart* toezichthoudend orgaan. Bij de behandeling van het wetsvoorstel Herziening toegelaten instellingen volkshuisvesting is dit punt aan de orde geweest. In een brief van april 2012 naar aanleiding van de inbreng van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, zegt minister Spies hierover dat het *one tier*-model niet mogelijk is 'in verband met de noodzaak van instelling van een sterke, onafhankelijke en professionele raad van toezicht'. Zij vervolgt: 'De regering hecht aan een strikte scheiding van functies en verant-

52. Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 17.

53. Zie bijvoorbeeld art. 24d en 24e Wet op het voortgezet onderwijs waarin een 'functionele of organieke scheiding van functies van bestuur en intern toezicht' is voorgeschreven. In het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen op grond waarvan pensioenfondsen kunnen kiezen uit verschillende bestuursmodellen was niet voorzien in het *one tier*-bestuursmodel. In de wet die onlangs is aangenomen, is de mogelijkheid te kiezen voor een *one tier board* alsnog opgenomen. Zie Kamerstukken II 2011/12, 33 182, nr. 3, p. 5 en nr. 8, p. 1-3.

54. Zie bijvoorbeeld punt 19 van de Richtlijnen en Regelingen Goed Bestuur en Integriteit Publieke Omroep van de Commissie Goed Bestuur, te vinden op www.publiekeomroep.nl.

woordelijkheden.⁵⁵ Impliceert de minister daarmee dat sterk, onafhankelijk en professioneel toezicht niet mogelijk zou zijn binnen een *one tier board*? Wij zouden dat willen bestrijden en begrijpen niet hoe dit te rijmen is met de kortgeleden geïntroduceerde regeling voor NV's en BV's. Niet-uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid en zijn om die reden formeel juist meer betrokken bij het algemene beleid (waaronder de strategie). Vanwege die betrokkenheid zijn zij mogelijk ook beter op de hoogte dan wanneer zij in een apart orgaan toezicht zitting hebben. Daardoor is het wellicht eerder mogelijk om in te grijpen als een uitvoerend bestuurder niet naar behoren functioneert. Wenst de politiek niet juist dat interne toezichthouders eerder aan de bel trekken als er iets aan de hand is?⁵⁶

Net als minister Spies bezwaren heeft tegen de *one tier board* bij woningcorporaties heeft de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ, een onafhankelijk adviesorgaan voor de regering) zich uitgesproken tegen de *one tier board* bij zorginstellingen. De RVZ heeft daarvoor vergelijkbare argumenten als de minister. Zie hierover hoofdstuk 2. Het voorontwerp van de Wet tot wijziging van de Pensioenwet uit september 2010 voorzag in een regeling voor een *one tier board* bij pensioenfondsen. In het definitieve wetsvoorstel voor de Wet versterking bestuur pensioenfondsen uit februari 2012 ontbrak de *one tier board* om eind december 2012 via een nota van wijziging weer terug te keren in het uiteindelijk aangenomen wetsvoorstel. Pensioenfondsen wordt hiermee wel flexibiliteit bij de keuze voor een geschikt bestuur- en toezichtmodel geboden. Zie hierover hoofdstuk 3.

Een basisregeling voor de *one tier board* voor stichtingen zou de sectorale wet- en regelgeving steun kunnen bieden en uniformiteit kunnen brengen.

1.6.4 **Benoeming, schorsing en ontslag. Maximumaantal toezichthoudende functies**

Hoewel de wet dit voor stichtingen niet bepaalt, gaan wij ervan uit dat — in lijn met de regeling voor andere rechtspersonen — leden van de raad van toezicht slechts natuurlijke personen kunnen zijn.⁵⁷ Evenals bij bestuurders dient in de statuten geregeld te worden wie de leden van de raad van toezicht benoemt, schorst en ontslaat. Vaak wordt gekozen voor een coöptatieregeling: de raad van toezicht benoemt en ontslaat zijn eigen leden. Bovendien is vaak een rooster van aftreden van kracht. Veel sectorale regelgeving en governancecodes schrijven voor dat een belanghebbendenorgaan, zoals de cliëntenraad van een zorginstelling, een recht van bindende voordracht heeft ten aanzien van één of meer leden van de raad van toezicht. Ook aan individuele belanghebbenden, zoals een gemeente of een overheidsorgaan, kan dit recht worden toegekend.

55. Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 4 april 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 769, nr. 30, p. 2.

56. Rapport *Governance en kwaliteit van zorg*, uitgebracht door de RVZ aan de Minister van VWS, Den Haag 2009.

57. Zie ook Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 171 wat betreft verenigingen die ook geen regeling voor een raad van toezicht kennen (hoewel de raad van commissarissen wel wordt genoemd in art. 2:47 en 48 BW).

Anders dan ten aanzien van bestuurders kent het stichtingenrecht niet een bijzondere regeling van ontslag door de rechtbank op verzoek van belanghebbenden (art. 2:298 BW). Ontslag van leden van de raad van toezicht kan onder omstandigheden slechts bewerkstelligd worden bij wijze van voorlopige of definitieve voorziening in een enquêteprocedure (zie paragraaf 1.8.3).

Op grond van de hiervoor genoemde Wet bestuur en toezicht worden sinds 1 januari 2013 beperkingen gesteld aan het aantal toezichthoudende functies bij grote stichtingen (art. 2:297b BW). Kort gezegd komt de regeling er op neer dat niet tot lid van de raad van toezicht kunnen worden benoemd personen die een toezichthoudende functie bij vijf of meer andere grote stichtingen, NV's of BV's hebben. Het voorzitterschap van de raad van toezicht, raad van commissarissen of de *one tier board* telt daarbij dubbel. Een benoeming in strijd met deze regeling is nietig, maar heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.

De regeling is ingegeven door de wens om de kwaliteit van toezicht te verbeteren en het zogenaamde 'old boys network' te bestrijden. Bestuurders en toezichthouders van 'grote' stichtingen mogen niet te veel functies cumuleren omdat zij daardoor onvoldoende tijd vrij kunnen maken voor het vervullen van hun verschillende functies, aldus de minister.⁵⁸ Uit de uitgebreide parlementaire discussie over deze regeling blijkt dat een dergelijke regeling zich lastig in Boek 2 BW laat vastleggen. De regeling raakt de stichting die kwalificeert als 'groot' in de zin van het jaarrekeningenrecht.⁵⁹ Stichtingen die bij of krachtens de wet verplicht zijn om een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 (jaarrekeningenrecht), vallen ook onder de regeling (art. 2:297a BW). Als voorbeeld van een gelijkwaardige jaarrekening wordt genoemd de jaarrekening die pensioenfondsen moeten opstellen op grond van art. 146 Pensioenwet (PW). Daarnaast geldt een bijzondere wet voor zorginstellingen.

1.7 Tegenstrijdig belang

1.7.1 Wettelijke tegenstrijdigbelangregeling

Het stichtingenrecht kent geen bepaling over tegenstrijdig belang van bestuurders of leden van de raad van toezicht. NV's, BV's en verenigingen kennen wel een tegenstrijdigbelangregeling. In de rechtspraak is analogische toepassing van deze NV/BV-bepalingen op stichtingen afgewezen.⁶⁰ Wij zijn het eens met auteurs die stellen dat er een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voor stichtingen zou moeten komen.

Een tegenstrijdig belang kan zich voordoen tussen (1) de bestuurders en de rechtspersoon en (2) de leden van het toezichthoudend orgaan en de rechtspersoon. Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie betrokken zijn, moeten zich als zodanig jegens elkaar gedragen naar hetgeen door

58. Kamerstukken I 2010/11, 31 763, nr. C, p. 19.

59. Kamerstukken I 2011/12, 32 873, nr. A.

60. Zie onder meer Hof Leeuwarden 9 september 2009, JOR 2008, 329.

redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Deze norm van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) leidt er onder meer toe dat de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden gehouden moeten worden. Daartoe dient een zo groot mogelijke openheid (transparantie) te worden betracht. Dit geldt naar onze mening bij stichtingen evenzeer als bij andere rechtspersonen.

De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling bij NV's en BV's is sinds 1 januari 2013 (Wet bestuur en toezicht) veranderd van een vertegenwoordigingsregeling in een besluitvormingsregeling. De nieuwe regeling gaat ervan uit dat de tegenstrijdigbelangnorm niet een vertegenwoordigingskwestie is, maar een gedragsnorm die de besluitvorming door de bestuurder raakt. De nieuwe regeling komt erop neer dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet meewerkt aan de totstandkoming van het besluit. Een zelfde besluitvormingsregeling is in de wet opgenomen voor de raad van commissarissen van NV's en BV's. De Nederlandse Corporate Governance Code voorzag al in een dergelijke besluitvormingsregeling voor beursvennootschappen. Schending van de besluitvormingsregels bij een NV/BV onder de Wet bestuur en toezicht kan – kort gezegd – leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder of toezichthouder die een tegenstrijdig belang had.

De wet bevat (helaas) geen tegenstrijdigbelangregeling voor stichtingen. De minister merkt daarover in het kader van de wijziging van de tegenstrijdigbelangregeling voor NV's en BV's slechts op dat hij later zal bezien of een tegenstrijdigbelangregeling kan worden ingevoerd bij andere rechtspersonen. Dat zou volgens hem het meest voor de hand liggen wanneer bij die rechtspersonen ook wordt voorzien in een wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel. Bovendien gaat hij ervan uit dat aanvullende wetgeving noodzakelijk zal zijn om een goede aansluiting te verkrijgen op de specifieke kenmerken van die rechtspersoon.⁶¹

Tegenstrijdigbelangregels voor stichtingen worden voor een deel ook uitgewerkt in sectorale codes. Deze regelingen zijn niet altijd duidelijk en wijken onderling af.

Een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling is lastig voor te stellen zolang het stichtingenrecht slechts verwijst naar één orgaan. Indien er een wettelijke regeling voor een facultatieve raad van toezicht in Boek 2 BW komt, zou tegelijk een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling ingevoerd kunnen worden. Vervolgens rijst de vraag hoe deze er uit zou moeten zien; als een vertegenwoordigingsregeling of als een besluitvormingsregeling?⁶² En wat gebeurt er als leden van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang hebben?

1.7.2 Statutaire tegenstrijdigbelangregeling

Tegenstrijdig belang wordt in het algemeen in de statuten van een rechtspersoon uitgewerkt. Zolang er geen wettelijke regeling voor stichtingen is, is een statutaire regeling van extra belang. Een afgewogen governancestructuur houdt naar onze mening in dat in de statuten of reglementen van de stichting een tegenstrijdig be-

61. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19.

62. Zie hierover de verwijzingen van M.J. van Uchelen-Schipper, Boekbespreking/congresverslag 'De stichting: grenzen en governance', *WPNR* 2012-6915.

langregeling is opgenomen. Anders dan een reglement zijn statuten openbaar. Een openbare tegenstrijdigbelangregeling kan de betreffende bestuurder helpen in het aantonen dat hij de geldende procedure heeft gevolgd. De bestuurder kan minder snel worden verweten dat hij in strijd met zijn *duty of loyalty* heeft gehandeld.⁶³

Hoe ziet de statutaire tegenstrijdigbelangregeling er uit: als een vertegenwoordigingsregeling of als een besluitvormingsregeling (conform de Wet bestuur en toezicht)? In de literatuur⁶⁴ bestond discussie over de vraag of de statuten van een stichting — ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling — de vertegenwoordiging van het bestuur in geval van tegenstrijdig belang kunnen beperken. Wij menen in lijn met de rechtspraak⁶⁵ dat een tegenstrijdigbelangregeling in de statuten slechts interne werking kan hebben. Quist⁶⁶ stelt naar onze mening terecht dat het niet mogelijk is om het bestuur in bepaalde, niet in de wet genoemde, gevallen onbevoegd te maken en in zodanige gevallen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging, bijvoorbeeld, toe te kennen aan een door een toezichthoudend orgaan aangewezen persoon. Dat zou in strijd komen met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 2:292 lid 3 BW.

Wij menen dat het onder de Wet bestuur en toezicht geldende principe dat tegenstrijdig belang niet een vertegenwoordigingskwestie is, maar een gedragsnorm voor bestuurders die de totstandkoming van het bestuursbesluit raakt, ook voor stichtingen zou moeten gelden.⁶⁷ Op dit moment schrijven ook de meeste sectorale codes een interne besluitvormingsregeling voor.⁶⁸

In de statuten kan het volgende worden bepaald. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang meldt dit onverwijld (in ieder geval voor de vergadering) aan de voorzitter van het bestuur en, voor zover deze is ingesteld, aan (de voorzitter van) de raad van toezicht. Soms bestaat er onzekerheid over de vraag of er daadwerkelijk een tegenstrijdig belang is. In de eerste plaats dient de bestuurder zelf zich daarover een mening te vormen. Hij kan de vraag voorleggen aan zijn medebestuurders en/of (de voorzitter van) de raad van toezicht. Vaak zal zich dit informeel oplossen, maar voor zover het bestuur hierover een besluit neemt, kan dit besluit worden onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht.

Een bestuurder met een tegenstrijdig belang neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming. Indien alle bestuurders (of de enig bestuurder) geconfronteerd zijn, is besluitvorming niet mogelijk. De statuten dienen dan ook te bepalen dat

63. C.H.C. Overes & M.L. Lennarts, *De Stichting 2011*, p. 143.

64. Zie onder meer P.H.N. Quist, 'Monsterzege. Over stichting en tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008-6745, W.J.M. van Veen, 'Vertegenwoordiging door stichtings- (en verenigings)bestuurders bij tegenstrijdig belang revisited', *TvOB* 2005-5, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, 'Stichtingsbestuurders en tegenstrijdig belang', *TvOB* 2005-4.

65. Hof Leeuwarden 9 september 2008, *JOR* 2008, 329.

66. Zie zijn noot bij de in de vorige voetnoot genoemde uitspraak.

67. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12, waar de minister wat betreft deze norm verwijst naar HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 (*Bruil*). Overigens zegt hij daarbij naar onze mening abusievelijk 'een gedragsnorm die de *besluitvorming door de bestuurder* raakt'. Een bestuurder met een tegenstrijdig belang dient zich te onthouden van stemmen. Indien hij in strijd met dit voorschrift handelt, dan is het besluit vernietigbaar op grond van art. 2:15 BW.

68. Bijvoorbeeld de Code Cultural Governance, de Zorgbrede Governancecode en de Governancecode Woningcorporaties. Het CBF-keur (art. 4 lid 1.E onder b) gaat uit van een vertegenwoordigingsregeling.

in dat geval het artikel omtrent het niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming niet geldt.

Bovendien adviseren wij in de statuten op te nemen dat de raad van toezicht, voor zover deze is ingesteld, zijn goedkeuring moet verlenen aan transacties waarbij een tegenstrijdig belang van één of meer bestuurders speelt.

Ook voor leden van de raad van toezicht is het naar onze mening wenselijk een tegenstrijdigbelangregeling in de statuten op te nemen. Een lid van de raad van toezicht meldt een tegenstrijdig belang ten aanzien van een onderwerp waarover besluitvorming wordt voorbereid onverwijld aan de voorzitter van de raad van toezicht. Ook hier kan bepaald worden dat het betreffende lid van de raad van toezicht niet deelneemt aan de besluitvorming en beraadslaging. Voorts kan de regeling inhouden dat een voorgenomen besluit, waarbij alle leden van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang hebben, vooraf moet worden gemeld aan een ander (belanghebbenden)orgaan of een commissie van belanghebbenden. Tot slot kan worden bepaald dat transacties, waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of toezichthouders spelen, die van materiële betekenis voor de stichting zijn, moeten worden gepubliceerd in het jaarverslag.⁶⁹ Overigens laat een in de vorige zin bedoelde regeling zich misschien beter uitwerken in een op de statuten gebaseerd reglement dan in de statuten zelf.

1.8 Belanghebbenden(orgaan) en verantwoording

1.8.1 Begrip belanghebbende

Wie zijn ‘belanghebbenden’ van de stichting? In sectorale regelgeving en codes wordt wel een onderscheid gemaakt tussen interne en externe belanghebbenden. Oprichters, leden van organen van de stichting en de stichting zelf kunnen in ieder geval worden aangeduid als (interne) belanghebbenden. Daarnaast kunnen sommige derden belanghebbenden zijn. De vraag wie als belanghebbende kan worden aangemerkt is echter niet eenduidig te beantwoorden.⁷⁰ Het antwoord op deze vraag is ook afhankelijk van de wetbepaling waarop een beroep wordt gedaan.

Als belanghebbenden aangeduide derden kunnen een belangrijke rol hebben in verband met het ‘externe toezicht’ op stichtingen. In het kader van een verzoek aan de rechter tot ontslag van een bestuurder op grond van art. 2:298 BW heeft de Hoge Raad bepaald dat ook een gewezen bestuurder onder bepaalde omstandigheden als belanghebbende kan worden aangemerkt.⁷¹ De Hoge Raad heeft in een aantal arresten overwogen dat bij het antwoord op de vraag of een persoon in dit verband als belanghebbende kan worden aangemerkt een rol speelt (1) in hoeverre de verzoeker door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang; of (2) in hoeverre de verzoeker anderszins nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is

69. Vergelijk best practice-bepalingen II.3.4 en III.6.4 van de Nederlandse Corporate Governance Code.

70. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.3.3.

71. HR 10 november 2006, RO 2007, 4 en NJ 2007, 45, m.nt. Ma (Stichting IHD).

gelegen om in de procedure te verschijnen.⁷² Overes en Dijk/Van der Ploeg stellen zich op het standpunt dat een persoon onder omstandigheden zodanig met de rechtspersoon en haar doelstelling verbonden moet worden geacht dat hij ook, zonder dat hij deel uitmaakt of heeft uitgemaakt van haar organen, als belanghebbende kan worden aangemerkt.

Wij merken op dat stichtingsbestuurders zich in ieder geval dienen te realiseren dat (rechts)personen wier belangen de stichting zich op grond van haar statuten (met name het statutaire doel) dient aan te trekken, als belanghebbenden aangemerkt kunnen worden, ook indien zij geen persoonlijke rechtsbetrekking hebben met de stichting.⁷³

1.8.2 Belanghebbendenorgaan

De vormgeving van de belanghebbendenvertegenwoordiging is in beginsel vrij. Indien de belanghebbendenvertegenwoordiging de status van belanghebbendenorgaan wil verkrijgen, is een statutaire basis nodig. Het wettelijk orgaanbegrip is onder meer van belang in verband met besluitvorming. Besluiten van een orgaan die in strijd met de statuten of een reglement zijn genomen, zijn aantastbaar (art. 2:14 en 15 BW).

De statuten van de stichting kunnen aan de vergadering van belanghebbenden bepaalde rechten en/of bevoegdheden toekennen. In hoofdstuk 2 en 3 komen dergelijke organen (zoals een cliëntenraad of deelnemersraad) aan de orde. Het belanghebbendenorgaan functioneert vaak als het orgaan waaraan verantwoording moet worden afgelegd. Bovendien hebben sommige belanghebbendenorganen vaak medezeggenschapsrechten.

Werknemers zijn in feite ook een soort 'intern belanghebbenden'. Er bestaat discussie over de vraag of de ondernemingsraad (or) als 'orgaan' van de stichting als rechtspersoon moet worden aangemerkt. De or is in de eerste plaats een orgaan van de onderneming, die wel als een van de rechtspersoon afzonderlijke organisatie wordt gezien.⁷⁴ De bevoegdheden van de or zijn (voor het grootste deel) neergelegd in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Soms worden rechten van de or ook in de statuten genoemd, bijvoorbeeld het recht om leden van het bestuur of de raad van toezicht voor te dragen. Naar onze mening krijgt de or door deze statutaire toekenning van rechten overigens wel de status van 'orgaan'.⁷⁵

72. HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486, HR 10 november 2006, NJ 2007, 45, m.nt. Ma en HR 29 juni 2007, LJN AZ7705.

73. Zie hierover ook Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.3.3 en C.H.C. Overes, *GS Rechtspersonen*, art. 295, aant. 3.

74. Naarmate in een concreet geval de vennootschapsorganisatie en ondernemingsorganisatie meer naar elkaar toegroeien, kan de or uitgroeien tot een orgaan van de rechtspersoon.

75. Vervolgens kan ook de vraag gesteld worden of een derde waaraan in de statuten rechten worden toegekend, zoals een overheidsinstantie die een bestuurder mag benoemen of voordragen, daarmee orgaan wordt. Zie hierover J.B. Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 14, aant. 3.

1.8.3 Enquêterecht voor belanghebbendenorgaan; wanbeheer en wanbeleid

De regeling van het enquêterecht maakt het mogelijk een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon indien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen. Het enquêterecht richt zich dan ook primair op gedragingen van het bestuur en de raad van toezicht, maar ook beleid van andere organen kunnen voorwerp van onderzoek zijn.⁷⁶ Het enquêterecht is slechts van toepassing op stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een or moet worden ingesteld (art. 2:344 BW). Het recht tot het indienen van een enquêteverzoek bij dergelijke stichtingen komt toe aan (a) de stichting zelf⁷⁷, (b) degenen aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de stichting de bevoegdheid is toegekend, (c) een werknemersvereniging die in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt (vakbond) (art. 2:347 BW); (d) de advocaat-generaal bij het ressortspakket⁷⁸ om reden van openbaar belang (art. 2:345 BW). Deze laatste mogelijkheid is ingegeven door de gedachte dat een rechtspersoon een maatschappelijk instituut is waarin een veelheid van belangen samenkomt.⁷⁹

Het enquêterecht is via sectorspecifieke regelgeving vaak opengesteld voor bepaalde groepen belanghebbenden (bijvoorbeeld de cliëntenvertegenwoordiging bij zorginstellingen⁸⁰, zie hoofdstuk 2, en het verantwoordingsorgaan van pensioenfondsen⁸¹, zie hoofdstuk 3). Meestal wordt het enquêterecht daarbij (nog) niet rechtstreeks toegekend, maar is bepaald dat de statuten een dergelijk belanghebbendenorgaan enquêterecht moeten toekennen. De bepalingen over het enquêterecht zijn, zoals gezegd, echter alleen van toepassing op stichtingen die een or hebben of zouden moeten instellen en kunnen zelfs niet vrijwillig worden toegepast door andere stichtingen. Daarvoor is een wettelijke voorziening nodig. Er wordt wel gepleit voor een uitbreiding van het enquêterecht in die zin dat dit ook van toepassing is voor stichtingen die geen or dienen in te stellen.⁸² Naar onze mening zouden in ieder geval alle stichtingen de mogelijkheid moeten hebben om statutair enquête-recht toe te kennen.

Aangezien een enquête al gauw enige maanden in beslag neemt, kent de wet een bepaling op grond waarvan onmiddellijke voorzieningen voor ten hoogste de duur van het geding kunnen worden getroffen (art. 2:349a lid 2 BW). In de keuze van de te treffen onmiddellijke voorzieningen heeft de Ondernemingskamer (OK) veel vrijheid. Hoewel de voorzieningen naar hun aard voorlopig moeten zijn, kunnen zij een vergaande inbreuk maken op de rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon. Nadat uit een enquêteonderzoek is gebleken dat sprake is van wanbeleid kunnen definitieve voorzieningen worden getroffen. Een voorbeeld van een voorlopige voorziening is het benoemen van een tijdelijke bestuurder. Voorbeelden

76. Van Schilfgaarde 2009, p. 353.

77. Sinds 1 januari 2013.

78. Sinds 1 januari 2013.

79. Van Schilfgaarde 2009, p. 353.

80. Art. 6.2 Besluit toelating zorginstellingen.

81. Art. 219 PW juncto art. 33 PW en art. 212 juncto art. 42 Wet verplichte beroepspensioenregeling.

82. W.J.M. van Veen, 'Toezicht op rechtspersonen, in het bijzonder stichtingen', *WPNR* 2005-6633.

van definitieve voorzieningen zijn het ontslaan van bestuurders of zelfs het ontbinden van een stichting.

Het enquêterecht staat naast het recht van (individuele) belanghebbenden om de rechtbank te verzoeken een bestuurder die iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten dan wel zich schuldig maakt aan *wanbeheer* te ontslaan (art. 2:298 BW). Gesteld wordt wel dat op grond van het enquêterecht voorlopige en definitieve voorzieningen worden getroffen door de OK, die onder omstandigheden, ook op grond van het gewone stichtingenrecht door de rechtbank kunnen worden getroffen.⁸³ Wij merken hierbij echter op dat art. 2:298 BW slechts verwijst naar het bestuur. Voorzieningen ten aanzien van leden van de raad van toezicht lijken slechts mogelijk onder gebruikmaking van het enquêterecht.

De kring van degenen die bevoegd zijn de rechtbankprocedure in gang te zetten is ruimer. Ook is het indienen van een verzoek tot ontslag van een bestuurder bij de rechtbank gemakkelijker dan het instellen van een enquête bij de Ondernemingskamer. Echter, de toets die de rechtbank moet aanleggen (is er sprake van *wanbeheer*?) lijkt een zwaardere toets dan de toets van het enquêterecht (is er sprake van *wanbeleid*?⁸⁴). In 1975 oordeelde de Hoge Raad⁸⁵ dat blijkens de wetsgeschiedenis bij art. 2:298 BW de wetgever slechts een controle op de rechtmatigheid van het beleid van bestuurders op het oog heeft gehad. Aangenomen werd dat de wetgever bij *wanbeheer* als ontslaggrond van een bestuurder niet heeft gedacht aan bestuurlijk wanbeleid in het algemeen, maar aan tekortkomingen ten aanzien van het beheer van het vermogen van de stichting of van de zorg voor verkrijgen van de inkomsten waarover de stichting kan beschikken. Kortom de Hoge Raad verstaat *wanbeheer* als financieel *wanbeheer*. In de lagere rechtspraak en literatuur wordt hierover, zoals ook blijkt uit een recente uitspraak,⁸⁶ inmiddels anders gedacht.⁸⁷

1.8.4 Ondernemingsbegrip en financiële verantwoording

Het bestuur van een stichting is aan haar belanghebbenden verantwoording schuldig voor het gevoerde beleid. Deze verantwoording komt tot uiting in de balans en staat van baten en lasten. Wat betreft financiële verantwoording wordt in de wet een onderscheid gemaakt tussen stichtingen die een onderneming in stand houden en stichtingen die geen onderneming in stand houden. Het begrip ‘onderneming’ is in het kader van financiële verantwoording anders omschreven dan in het enquêterecht. Wat betreft het jaarrekeningenrecht is relevant of er een of meer ondernemingen van de stichting in het handelsregister zijn ingeschreven. Sommige auteurs pleiten voor een meer eenduidig, in Boek 2 BW geregeld ondernemingsbegrip.⁸⁸

83. Asser/Rensen 2012 (2-III*), nr. 355.

84. Onder *wanbeleid* moet worden verstaan: het handelen in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, HR 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (*Batco*).

85. HR 3 januari 1975, NJ 1975, 222, m.nt. GJS.

86. Rb. Rotterdam 6 maart 2013, JOR 2013, 100, waarin de rechtbank de criteria uit het enquêterecht toepast op een verzoek op grond van art. 2:298 BW.

87. Zie ook onder meer Maeijer in zijn noot bij HR 10 november 2006, NJ 2007, 45, waar hij opmerkt dat het opvalt dat in de onderhavige zaak het hof (in r.o. 27) spreekt over (het gevaar van) ‘wanbestuur en/of financieel wanbeheer’. Zie voorts Asser Rensen 2012 (2-III*), nr. 349.

88. D.F.F.M. Zaman, *De Stichting* 2011, p. 99 e.v.

Stichtingen die het oogmerk hebben om met behulp van een onderneming een materieel voordeel te behalen, worden ook wel commerciële stichtingen genoemd. Alle stichtingen hebben een administratieplicht (art. 2:10 BW). Zij dienen jaarlijks een balans en staat van baten en lasten op te maken; er bestaat op dit moment voor stichtingen (nog) geen verplichting deze documenten te publiceren. Voor commerciële stichtingen gelden aanvullende verplichtingen op het gebied van financiële verantwoording. Commerciële stichtingen waarvan de netto-omzet een bepaalde grens (op dit moment € 4,4 miljoen) overschrijdt, moeten een jaarrekening opmaken.⁸⁹ De jaarrekening van commerciële stichtingen moet worden gecontroleerd en gepubliceerd (art. 2:300 en 396 BW). Daarnaast stelt de overheid in subsidieregelingen vaak voorwaarden aan de jaarverslaggeving van een stichting. In het algemeen wordt daarbij teruggegrepen op de wettelijke regeling voor commerciële stichtingen.

Sectorale governancecodes bevatten vaak aanvullende voorschriften ten aanzien van jaarverslaggeving. Zo wordt voorgeschreven dat de namen van bestuurders en leden van de raad van toezicht, relevante nevenfuncties en tegenstrijdigbelangtransacties in de jaarstukken worden opgenomen.

1.8.5 Publicatieplicht voor alle stichtingen

In diverse onderzoeken van een aantal jaar geleden is geconstateerd dat de transparantie van de bestaande stichtingen te wensen overlaat.⁹⁰ Die situatie werd door de toenmalige Minister van Justitie in het perspectief van 'de strijd tegen de financiering van terroristische organisaties en de toenemende financieel-economische criminaliteit' niet langer verantwoord geacht. Sinds 1 juli 2011 is het zogenaamde doorlopend toezicht op rechtspersonen ingevoerd dat zich ook uitstrekt over stichtingen. Het Ministerie van Veiligheid en Justitie screent stichtingen aan de hand van 'levenslooppunten' (o.a. oprichting, bestuurswisseling, deponering jaarstukken) met als doel voorkoming en bestrijding van financieel-economische fraude. Deze screening vindt plaats aan de hand van openbare gegevens (afkomstig uit onder meer het handelsregister, Kadaster en Centraal Insolventieregister) en niet-openbare gegevens van onder meer de Belastingdienst.

Daarnaast is de minister voornemens transparantie te verbeteren door verplichte publicatie van de balans en staat van baten en lasten voor vrijwel alle stichtingen. Een consultatie over een conceptwetsvoorstel tot wijziging van de relevante bepalingen in Boek 2 BW is reeds afgerond.⁹¹ Naar verwachting zal in de loop van 2013

89. Volgens art. 2:360 lid 3 BW is titel 9 over jaarrekeningenrecht eveneens van toepassing op de stichting die een of meer ondernemingen in stand houdt welke ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven, indien de netto-omzet van deze ondernemingen gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren, de helft of meer bedraagt van het in art. 2:396 lid 1 onderdeel b BW bedoelde bedrag, zoals gewijzigd op grond van art. 2:398 lid 4 BW (thans: € 8,8 miljoen). Indien de stichting bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 en deze openbaar wordt gemaakt, blijft de vorige zin buiten toepassing.

90. Aldus de *Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude* (2009A001) van het college van procureurs-generaal.

91. Te vinden op www.internetconsultatie.nl.

of 2014 een wetsvoorstel worden ingediend.⁹² Stichtingen waarvan de jaarrekening al wordt gedeponeerd bij het handelsregister en pensioenfondsen vallen buiten de publicatieplicht. Uit verschillende hoeken is kritiek gekomen op het conceptwetsvoorstel.⁹³ Eén van de kritiekpunten is dat de wetgever is doorgeschoten in zijn doel om het gebruik van stichtingen voor ongeoorloofde doeleinden, zoals terrorismefinanciering, te bestrijden. Wij zijn het eens met bijvoorbeeld Van der Ploeg⁹⁴, dat dit geen doorslaggevend bezwaar is tegen een publicatieplicht. Stichtingen worden op deze manier gedwongen tot (een vorm van) maatschappelijke verantwoording. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft onlangs aangegeven dat het wetsvoorstel nog in voorbereiding is en dat het in ieder geval niet de bedoeling is om met het wetsvoorstel te bewerkstelligen dat titel 9 van Boek 2 BW – waarin voorschriften zijn opgenomen voor de inhoud van de jaarrekening – wordt opgelegd aan stichtingen die daar nu buiten vallen.⁹⁵

1.9 **Rechtskarakter van en rechtsverhouding tussen verschillende governanceregels**

1.9.1 **Rechtskarakter governanceregels**

Het stichtingenrecht van Boek 2 BW is (te) summier, maar duidelijk is dat van deze regels slechts afgeweken kan worden voor zover de wet dat toestaat. Dit wordt ook wel dwingend recht genoemd. Daartegenover staan de statuten die, naast een aantal verplichte elementen, regels bevatten die de stichting vrijwillig heeft opgenomen ten aanzien van haar organisatie. Statuten moeten zijn neergelegd in een notariële akte. Zij veronderstellen een zekere duurzaamheid en continuïteit en kunnen om die reden niet zomaar gewijzigd worden.⁹⁶ Reglementen kunnen ook onderhands worden opgemaakt. Anders dan reglementen zijn statuten openbaar. Dat wil zeggen: derden kunnen de statuten op ieder moment inzien via de Kamer van Koophandel. Voor sommige regelingen, zoals een tegenstrijdigbelangregeling, kan dit een voordeel zijn: derden kunnen zien hoe de stichting met tegenstrijdigbelangsituaties omgaat. Andere regelingen, zoals kwaliteitseisen, een profielschets of een rooster van aftreden voor leden van de raad van toezicht, zal een stichting om die reden vaak bij voorkeur in een niet-openbaar reglement opnemen.

In hoofdstuk 2 en 3 zullen we laten zien dat governanceregels die in sectorale codes staan, steeds meer in sectorale wet- en regelgeving worden opgenomen. Een vaak gehoord argument daarvoor is dat de regels uit de codes ‘niet voldoende afdwingbaar’ zijn. Om deze reden gaan wij uitgebreider in op de rechtskracht van governancecodes.

92. Zie onder meer de brief van de Staatssecretarissen van Veiligheid en Justitie en van Financiën over toezicht en verantwoording in de filantropische sector waarin de publicatieverplichting voor alle stichtingen wordt aangekondigd (*Kamerstukken II* 2012/13, 32 740, nr. 13).

93. Onder meer H. Beckman, ‘Consultatiedocument openbaarmaking jaarrekening van stichtingen: kanttekeningen en opmerkingen’, *Ondernemingsrecht* 2010, 100.

94. T.J. van der Ploeg, *De Stichting* 2011, p. 93.

95. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 5.

96. Aldus ook J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2011.

1.9.2 Rechtskracht van de Nederlandse Corporate Governance Code

De bekendste governancecode is wellicht de Nederlandse Corporate Governance Code. In 1996 werd de eerste Nederlandse corporate governance commissie onder voorzitterschap van J.F.M. Peters ingesteld. De commissie kreeg tot taak het evenwicht tussen toezicht, bestuur en aandeelhouders binnen beursgenoteerde vennootschappen te onderzoeken. Het onderzoek resulteerde in 40 aanbevelingen. De ontwikkelingen op het terrein van corporate governance en de naleving van de aanbevelingen werden enkele jaren later geëvalueerd. De aanbevelingen van Peters waren een succes, maar men meende dat deze nog beter nageleefd zouden kunnen worden. Dit leidde tot het instellen van de Commissie-Tabaksblat, die eind 2003 een corporate governance code presenteerde. Sinds 1 januari 2005 is de code wettelijk verankerd; daarmee is de code echter geen ‘wetgeving in materiële zin’ geworden.⁹⁷ In december 2008 werd de code geactualiseerd door de Commissie-Frijns. De geactualiseerde code (hierna Nederlandse Corporate Governance Code of NCGC) is op 1 januari 2009 in werking getreden.⁹⁸

De NCGC is gepubliceerd in de *Staatscourant*⁹⁹ en bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) aangewezen als gedragscode.¹⁰⁰ Beursgenoteerde ondernemingen respectievelijk institutionele beleggers, zoals pensioenfondsen, zijn wettelijk verplicht in hun jaarverslag of op hun website mededeling te doen over de naleving van de codebepalingen die zijn gericht tot bestuurders of commissarissen respectievelijk institutionele beleggers. Indien codebepalingen niet worden nageleefd, wordt daarvan gemotiveerd opgave gedaan: ‘pas toe of leg uit’ of ‘comply or explain’.¹⁰¹

1.9.3 Verhouding governancecodes en dwingend recht

Governancecodes zijn oorspronkelijk een vorm van zelfregulering. De term ‘zelfregulering’ wordt voor de toepasselijkheid van codes vaak gebruikt, maar is naar onze mening vaak ongelukkig. Zoals hiervoor aangegeven is de NCGC inmiddels wettelijk verankerd: beursvennootschappen moeten in hun jaarverslag aan de NCGC refereren. De handhaving van de naleving van de NCGC ligt in handen van de aandeelhouders. Zij kunnen de afwijkingen van de NCGC goedkeuren of het bestuur bewegen tot aanpassing van de corporate-governancestructuur. Ten behoeve van dit laatste kunnen aandeelhouders gebruikmaken van hun aandeelhoudersrechten (binnen of buiten de algemene vergadering). Zo kan de algemene vergadering van aandeelhouders decharge verlenen, het bezoldigingsbeleid aanpassen en de raad van commissarissen en/of het bestuur ontslaan. Bovendien kunnen aandeelhouders een enquêteprocedure of jaarrekeningprocedure starten. Bovendien

97. Zie: S.W.A.M. Visée, ‘Het rechtskarakter van de Code Tabaksblat’, in: *Markten onder toezicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 279-287, en in het bijzonder p. 283.

98. Jaarlijks wordt door de Monitoringcommissie een rapport uitgebracht over de naleving van de NCGC. Het laatste rapport van de Commissie-Streppel kwam in december 2012 uit.

99. *Stcr.* 2009, 18 499.

100. Zie art. 2:391 lid 5 BW en art. 2 van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag, *Stb.* 2004, 747, zoals laatstelijk gewijzigd bij besluit van 10 december 2009, *Stb.* 2009, 545.

101. Zie art. 3 van het in de vorige noot genoemde besluit en art. 5:86 Wet op het financieel toezicht (Wft).

zal een beursvennootschap die de NCGC publiekelijk aanvaardt, en daarmee in feite een toezegging doet, daaraan in beginsel gehouden kunnen worden. Deze verbindendheid wordt nog versterkt als onderdelen uit de NCGC worden overgenomen in de statuten.

In de *ABNAMRO*-uitspraak heeft de Hoge Raad overwogen dat de NCGC in Nederland heersende algemene rechtsovertuigingen bevat: dit is een duidelijke verwijzing naar art. 3:12 BW.¹⁰² Ook in de *ASMI*-beschikking heeft de Hoge Raad bepaald dat de NCGC mede inhoud geeft aan de eisen van redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.¹⁰³ De NCGC werkt dan ook niet alleen direct maar ook indirect via de vele open normen in het rechtspersonenrecht, zoals de wanbeleidsnorm, de regels voor bestuurdersaansprakelijkheid en de regels voor vernietiging van besluiten. Deze open normen leiden er naar onze mening overigens ook toe dat van de NCGC een zekere reflexwerking uitgaat naar andere ondernemingen, ook ondernemingen die in de vorm van een stichting worden gedreven.

Hetgeen hiervoor over de NCGC is opgemerkt geldt ook voor de Zorgbrede Governancecode die wettelijk is verankerd door middel van de Regeling verslaggeving op basis van de WTZi. In hoofdstuk 3 zullen wij zien dat de wettelijke verankering van de STAR Principes voor goed pensioenfondsbestuur onvolkomen is. Daardoor is de status van deze Principes enigszins diffuus. Andere sectorale governancecodes die niet wettelijk zijn verankerd en waaraan gebondenheid ontstaat via het lidmaatschap van een branchevereniging (zoals de Governancecode voor Woningcorporaties) zijn veel vrijblijvender.

Zoals gezegd, kan in ieder geval de NCGC worden gezien als een codificatie van in de rechtspraak en literatuur uitgekristalliseerde opvattingen. Dit geldt bijvoorbeeld voor het merendeel van allerlei waarborgen rondom belangenverstrengeling. Dat betekent dat terzijdestelling van dergelijke bepalingen weinig zin heeft.¹⁰⁴

Soms meent de wetgever bepalingen uit een code toch om te moeten zetten in dwingende wetgeving. Een voorbeeld is het hiervoor genoemde maximum aantal toezichthoudende functies.

Wij begrijpen de kritiek wel die wordt geuit op het 'promoveren' van codebepalingen in wetgeving.¹⁰⁵ Codes worden opgevat als een samenbundeling van moderne, breed gedragen, opvattingen. Het algemene rechtspersonenrecht (maar ook sectorale wetten) zouden meer 'duurzaam' moeten zijn en minder geleid moeten worden door de 'waan van de dag'. Als een code een voorportaal wordt van wetgeving zal de neiging om de code toe te passen mogelijk afnemen.

De uitwerking van (gedrags)regels en normen die zien op transparantie en integriteit, zoals het opsommen van onverenigbare functies, passen vaak beter in een (gedrags)code. Bovendien bieden sectorale codes de mogelijkheid dergelijke regels meer 'op maat te maken'.

102. HR 13 juli 2007, *JOR* 2007, 178; zie ook HR 14 september 2007, *JOR* 2007, 239 (*Versatel*).

103. HR 9 juli 2010, *JOR* 2010, 228.

104. Aldus ook F.J.P. van den Ingh in zijn noot bij Hof Amsterdam 14 december 2005, *JOR* 2006, 7.

105. Zie bijvoorbeeld J. Winter, 'De staat van ons vennootschapsrecht', *Ondernemingsrecht* 2011, 98.

1.10 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

Good governance houdt in dat er een afgewogen stelsel van *checks and balances* is. Concrete invulling van de bestuurlijke en toezichthoudende taak en verantwoording aan belanghebbenden is vooral bij stichtingen van groot belang omdat een leden- of aandeelhoudersvergadering ontbreekt. Intern toezicht wordt om deze reden voor veel grote stichtingen met een onderneming, waaronder in ieder geval maatschappelijke ondernemingen, als noodzakelijk gezien en in veel sectoren verplicht voorgeschreven.

Opvallend is dat in sommige sectoren stichtingen de keuze wordt gelaten tussen toezicht in de vorm van een apart toezichthoudend orgaan of in de vorm van een *one tier board*, terwijl in andere sectoren een apart toezichthoudend orgaan (*two tier board*) dwingend wordt voorgeschreven. Wij menen dat sterk, onafhankelijk en professioneel toezicht ook mogelijk is binnen een *one tier board*. Bovendien valt niet te begrijpen waarom wel voor alle NV's en BV's, maar niet voor alle stichtingen, flexibiliteit wordt geboden in het kiezen van een passend bestuur- en toezichtmodel.

De wet biedt voor de *one tier board* evenmin als voor de raad van toezicht van een stichting een duidelijke wettelijke basis. In het stichtingenrecht van Boek 2 BW zou een dergelijke regeling voor de (facultatieve) raad van toezicht en de *one tier board* opgenomen moeten worden. Stichtingen hebben dan meer houvast bij de keuze voor en uitwerking van een geschikt bestuursmodel in hun statuten en reglementen.

Bovendien zou in het stichtingenrecht naar onze mening een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling opgenomen moeten worden. Daarbij kan inspiratie worden opgedaan bij de nieuwe regeling voor NV's en BV's.

Bestuurders van een stichting dienen het bijzondere rechtskarakter van de stichting in het oog te houden. Stichtingen hebben een doelvermogen en zijn niet gericht op het behalen van aan kapitaalverschaffers uit te keren winst. Bestuurders kunnen zich dan ook niet op het streven naar winst beroepen ter rechtvaardiging van het varen van een risicovolle koers.¹⁰⁶ Het behalen van de doelstellingen van de stichting dient de primaire drijfveer te zijn.

Vanwege het ontbreken van *checks and balances* in het stichtingenrecht zijn er veel sectorale governancecodes. Deze codes hebben als gemeenschappelijk doel de kwaliteit van het bestuur en het toezicht daarop te verhogen. Onafhankelijkheid, integriteit, transparantie en verantwoording kunnen gezien worden als centrale begrippen. Met name materiële onafhankelijkheid en kwaliteit van bestuurders en interne toezichthouders zijn essentieel voor daadwerkelijk goede governance. Voor zover daarvoor normen te stellen zijn, kunnen deze het beste in codes worden uitgewerkt. Codes kunnen goed inspelen op de actualiteit en hebben – als ze op een correcte wijze wettelijk zijn verankerd – geen vrijblijvend karakter.

106. Zie ook M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De Stichting* 2011.

Een aantal governanceregels uit het stichtingenrecht, sectorwetgeving en codes dient geconcretiseerd te worden in de statuten en reglementen. In de statuten kunnen ook de huidige lacunes in het stichtingenrecht, zoals het ontbreken van een tegenstrijdigbelangregeling, worden ondervangen.

Hoofdstuk 2

Governance in de zorg

Mr. M.J. van Uchelen-Schipper^{*}

2.1 Inleiding

Al een aantal jaren staat *health care governance* in de belangstelling.¹ De afgelopen jaren is de zorgsector opgeschrikt door een aantal incidenten, die het vertrouwen in het bestuur en het interne toezicht onder druk hebben gezet. ‘Falend bestuur en intern toezicht’ worden door de media regelmatig aan de orde gesteld.² Terwijl kwaliteit en veiligheid van de zorg de volledige aandacht van het bestuur en het toezichthoudend orgaan vragen³, staat ook de kwaliteit van het bestuur en het toezichthoudende orgaan zelf (*good governance*) in het middelpunt van de belangstelling. Naar aanleiding van zorginstellingen die in financiële problemen kwamen (Meavita, Zonnehuizen), dringt de politiek aan om ‘de verantwoordelijkheden van het bestuur en de raad van toezicht van zorginstellingen aan te scherpen’.⁴

In hoofdstuk 1 kwam governance bij stichtingen in het algemeen aan de orde. De stichting is de meest voorkomende rechtsvorm in de zorg. Governancestructuren van stichtingen zien er wezenlijk anders uit dan governancestructuren van NV’s of BV’s. Een belangrijk verschil met NV’s en BV’s is dat stichtingen geen aandeelhouders (‘eigenaren’) kennen waaraan verantwoording moet worden afgelegd. Een stichting heeft echter, zeker in de zorg, te maken met een groot belangenpluralisme. Een weloverwogen governancestructuur dient er dan ook voor te zorgen dat aan de verschillende belanghebbenden verantwoording kan worden afgelegd.

Dit hoofdstuk 2 gaat over governance in de zorg. Na het formuleren van een aantal rechtsvragen in paragraaf 2.2, gaat paragraaf 2.3 in op de kenmerken van zorginstellingen die voor governanceregels relevant zijn. Paragraaf 2.4 beschrijft de huidige sectorregelgeving voor zorginstellingen: in het bijzonder de Wet Toelating

* Mr. M.J. van Uchelen-Schipper is kandidaat-notaris en professional support lawyer bij de sectie Corporate M&A van Houthoff Buruma.

1. Zie bijvoorbeeld de Commissie Health Care Governance, *Health Care Governance, Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg*, Rotterdam 1999 (Commissie-Meurs).
2. Zie bijvoorbeeld het bericht in *Het Financieele Dagblad* van 13 april 2013 waarin wordt geschreven dat – blijkens een enquête gehouden in opdracht van het Nationaal Register – raden van toezicht van zorginstellingen onvoldoende meedenken met de bestuurders en inhoudelijk maar matig op de hoogte zijn.
3. ‘Misstanden Maasstad Ziekenhuis’, *Handelingen II* 2011/12, 90 (20 juni 2012). Zie ook het voorwoord bij de Zorgbrede Governancecode 2010.
4. Brief van de Minister van VWS van 5 december 2012 (kenmerk BPZI/ADV-3146506) met antwoorden op Kamervragen. Zie over incidenten in de zorgsector ook A.G.H. Klaassen, ‘Professionalisering van intern toezicht bij zorgaanbieders’, *TvGR* (37) 2013-4.

Zorginstellingen (WTZi), het Uitvoeringsbesluit WTZi⁵ en de Zorgbrede Governancecode. Daarna komen governance-regels aan de orde die zijn opgenomen in het voorstel voor de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) (paragraaf 2.5). De parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel heeft even stilgelegen. Inmiddels is aangekondigd dat het wetsvoorstel zal worden opgeknipt. De governancebepalingen uit de Wcz zullen worden opgenomen in het wetsvoorstel Goed bestuur en medezeggenschap dat eind 2013 of begin 2014 aan de Tweede Kamer zal worden voorgelegd.⁶ Na een beschrijving van toekomstige wetgeving, worden in paragraaf 2.6 enkele conclusies en aanbevelingen geformuleerd.

2.2 Probleemstelling en vragen

In hoofdstuk 1 hebben we laten zien dat regels van governance op vier niveaus zijn vastgelegd:

- a. in een algemene wettelijke regeling;
- b. in een bijzondere wettelijke regeling, zoals in sectorspecifieke wet- en regelgeving;
- c. in een governancecode; en
- d. in statuten en/of reglementen.

In de WTZi en daarop gebaseerde regelgeving wordt een raad van toezicht dwingend voorgeschreven, terwijl regels daarover ontbreken in het algemene stichtingenrecht dat is opgenomen in Boek 2 BW. De toekomstige Wcz verklaart de algemene wettelijke regeling van interne aansprakelijkheid uit Boek 2 BW (art. 2:9 BW) van toepassing op leden van de raad van toezicht, terwijl deze aansprakelijkheidsregeling voor leden van de raad van toezicht niet geldt voor alle stichtingen. Wij vragen ons het volgende af: *Welke sectorspecifieke wetten en regels zijn er op het gebied van governance in de zorg en hoe verhouden deze regels zich met het algemene stichtingen- en rechtspersonenrecht?*

Sectorale governancecodes worden vaak gebruikt om sectorale wetgeving op het gebied van governance aan te vullen. In hoofdstuk 1 gaven wij aan dat integriteit, onafhankelijkheid, transparantie en verantwoording gezien kunnen worden als centrale begrippen die in veel codes worden uitgewerkt. Zo is het in het kader van interne transparantie van belang dat taken en verantwoordelijkheden van de verschillende organen duidelijk worden afgebakend. *Welke (aanvullende) regels bevat de Zorgbrede Governancecode, wat is daarvan de rechtskracht en hoe verhoudt deze code zich met sectorwet- en regelgeving?*

De statuten en reglementen regelen de organisatie van de zorginstelling en bevatten vaak uitwerkingen van regels die zijn opgenomen in sectorwet- en regelgeving en

5. Naast de WTZi, zijn regels over bestuur en toezicht bij zorginstellingen op dit moment opgenomen in de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz), de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz) en de op 1 januari 2013 van kracht geworden Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) (*Stb.* 2012, 583 en 584).

6. *Kamerstukken II* 2012/13, 32 620, nr. 78 (Brief van de Minister van VWS van 8 februari 2013 'Van systemen naar mensen') p. 9 en bijlage 1 bij *Kamerstukken I* 2012/13, 32 620, nr. C. De Minister van VWS heeft bovendien aangekondigd in het najaar van 2013 te komen met een brief over governance in de zorg (*Kamerstukken II* 2012/13, 32 012, nr. 14).

in codes. *Welke statutaire uitwerkingen op het gebied van governance zijn onder de huidige en toekomstige wet- en regelgeving voor een zorginstelling aan te bevelen?*

2.3 Kenmerken en rechtsvorm van een zorginstelling

2.3.1 Publiek of privaat? Kenmerken van een zorginstelling

Marktwerking heeft haar intrede gedaan in de zorgsector. De zorg wordt voor het grootste gedeelte bekostigd door middel van premiegeld en voor een klein deel uit belastingen.⁷ Niet alleen vindt bekostiging van de zorg plaats uit private middelen, zorginstellingen zijn – met uitzondering van academische ziekenhuizen van openbare universiteiten – ook ondergebracht in private rechtsvormen. Een interessante vraag is of zorginstellingen desalniettemin behoren tot de semipublieke sector. Zij hebben immers een publieke taak of – anders gezegd – dienen een publiek belang.

Als het gaat om bezoldiging van topfunctionarissen worden zorginstellingen onder de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) gerekend tot de (semi)publieke sector. De WNT kent drie regimes voor het reguleren van beloningen, aflopend in zwaarte. Onder het eerste regime geldt voor 'publieke en daaraan verwante instellingen' een gemaximeerde bezoldigingsnorm (de 'balkenendenorm'). Onder het tweede regime geldt voor 'aangewezen semipublieke instellingen die verder van de publieke sector afstaan' een sectorale bezoldigingsnorm die wordt overeengekomen tussen de betrokken minister en de sector. Onder het derde regime vallen bepaalde aangewezen semipublieke instellingen die vrij zijn in hun beloningen, maar een openbaarmakingsplicht hebben.⁸ Zorginstellingen vallen onder het zwaarste regime, met gemaximeerde beloningen. In het tweede regime, waaronder bijvoorbeeld zorgverzekeraars vallen, keurt de Minister van VWS de eigen toepasselijke code goed.

De NVZD, de vereniging van bestuurders in de zorg, heeft onlangs een kort geding aangespannen tegen de Staat inzake de onrechtmatigheid van de WNT. De NVZD wees erop dat de zorgsector een eigen beloningscode heeft die niet veel afwijkt van de WNT. Bovendien opereren zorginstellingen in dezelfde sector als zorgverzekeraars die ook uit zorgpremies worden bekostigd. De voorzieningenrechter wees de vordering echter af en ging voorbij aan de privaatrechtelijke kenmerken van de zorgmarkt.⁹

7. Een aantal deelsectoren kan worden onderscheiden, waaronder de 'Zorgaanbieders care' (onder andere gehandicaptenvoorzieningen, thuiszorg, verzorgings- en verpleeghuizen), die grotendeels worden bekostigd uit AWBZ-premiegeld en de 'Zorgaanbieders cure' (organisaties die zorgdragen voor op genezing gerichte behandelingen, onder andere ziekenhuizen) die grotendeels worden bekostigd uit premiegelden die op grond van de Zorgverzekeringswet worden geïnd bij verzekerden. Zie de toelichting bij het voorstel voor de WNT (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 600, nr. 3).
8. Zie hierover ook het artikel 'De zorg is een markt, maar het salaris niet', *NRC Handelsblad* 21 december 2012.
9. De voorzieningenrechter oordeelde onder meer dat er een geoorloofd onderscheid gemaakt kan worden tussen zorginstellingen en zorgverzekeraars, omdat zorgverzekeraars, anders dan zorginstellingen, opereren op een markt waar serieuze concurrentie bestaat over het marktaandeel en aanvullende verzekeringen aanbieden die buiten het semipublieke domein vallen. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 januari 2013, *LJN* BY8165.

Of zorginstellingen behoren tot de semipublieke sector of niet, het is voor de governance van zorginstellingen relevant dat zij een bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid hebben. Dit is dan ook de reden dat de politiek veel nadruk legt op professioneel bestuur, onafhankelijk intern toezicht en een duidelijke afbakening van bevoegdheden tussen bestuur en toezicht. Bovendien wordt veel aandacht besteed aan de rechten van cliënten, maar ook aan verantwoording aan cliënten en andere belanghebbenden.

Zorginstellingen hebben op grond van de WTZi een toelating van de Minister van VWS nodig wanneer zij zorg willen aanbieden die op grond van de Zorgverzekeringswet (Zvw) of de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) voor vergoeding in aanmerking komt (art. 5 WTZi). De ratio van de toelating is dat de (teruggetreden) overheid publieke belangen als kwaliteit, toegankelijkheid en bereikbaarheid van zorg wil waarborgen. Zoals we hierna zullen zien, is de WTZi-toelating een instrument om eisen te kunnen stellen aan de bestuursstructuur en bedrijfsvoering van een zorginstelling.

Een zorginstelling vertoont veel overeenkomsten met andere maatschappelijke ondernemingen, zoals woningcorporaties en scholen. Ook deze maatschappelijke ondernemingen dienen een publiek belang en hebben doorgaans een private rechtsvorm die geen winstuitkering toelaat. In een poging om een algemene regeling met onder meer governancevoorschriften op te leggen aan maatschappelijke ondernemingen werd een aantal jaar geleden het wetsvoorstel voor de maatschappelijke onderneming ingediend.¹⁰ In de Inleiding bij hoofdstuk 1 werd hiernaar al kort verwezen. Het wetsvoorstel introduceerde de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de stichting of vereniging en kende een beperkte mogelijkheid tot winstuitkering.¹¹ Nadat er veel kritiek was geuit op het wetsvoorstel, is het eind 2010 ingetrokken.¹²

2.3.2 Rechtsvormkeuze en relatie tot het winstuitkeringsverbod

De WTZi laat in het midden welke rechtsvorm de zorginstelling dient te hebben. Art. 7 lid 1 spreekt over ‘een organisatorisch verband’.¹³ De meeste zorginstellingen – zoals ziekenhuizen, aanbieders van thuiszorg, instellingen in de GGZ en gehan-

10. *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 2.* In het wetsvoorstel werd een verplichte raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging geïntroduceerd. Eén van de kritiekpunten was dat de belanghebbenden van maatschappelijke ondernemingen niet altijd als groep georganiseerd zijn of kunnen worden.

11. De modaliteit ‘maatschappelijke onderneming’ die aan stichtingen en verenigingen kon worden toegekend ging uit van twee varianten: de maatschappelijke onderneming (M.O.) en de maatschappelijke onderneming met winstuitkering (M.O.W.), waarbij de laatste variant zich onderscheidde doordat winstbewijzen konden worden uitgegeven. Hoewel een winstbewijs in eerste instantie leek op een aandeel, waren er belangrijke verschillen. Zo was de zeggenschap van de winstbewijshouder in het wetsvoorstel zeer beperkt. Bovendien was de positie van de winstbewijshouders onduidelijk. Belangrijk kritiekpunt was dan ook dat een winstbewijs in een stichting M.O.W. waarschijnlijk geen aantrekkelijke beleggingsvorm zou zijn. *Kamerstukken II 2008/09, 32 003, nr. 2.*

12. *Kamerstukken II 2010/11, 32 417, nr. 47* en *Kamerstukken II 2012/13, 32 003, nr. 7.*

13. Een organisatorisch verband behoeft geen rechtspersoonlijkheid te hebben, ook maatschappen kunnen onder de definitie vallen.

dicaptenzorg – zijn ondergebracht in een stichting.¹⁴ Dit houdt verband met het feit dat de WTZi en daarmee samenhangende regels, voor dergelijke instellingen nog geen winstuitkering toelaten. Ook ziekenhuizen die zijn omgezet in een BV en aandelenkapitaal willen aantrekken mogen nog geen winst uitkeren.¹⁵ BV's met een WTZi-toelating moeten door een bepaling in de statuten aantonen (meestal een vermogensklem) dat zij geen winst kunnen of zullen uitkeren. Aandeelhouders moeten verklaren dat zij geen uitkering van winst zullen aanvaarden.¹⁶

Achtergrond van het winstuitkeringsverbod is de vrees van de Minister van VWS dat (a) collectieve middelen en (b) 'in een beschermde omgeving opgebouwd vermogen' (in feite ook indirect collectieve middelen) weglekken naar private kapitaalverschaffers. Kenmerkend voor stichtingen is dat zij een 'doelvermogen' hebben. Voor stichtingen geldt een (winst)uitkeringsverbod.¹⁷ Terzijde merk ik op dat het nog maar de vraag is of de rechtsvorm van de stichting noodzakelijk is om het 'weglekken' van 'publieke' gelden te voorkomen. Ook bij andere rechtsvormen bestaan er mogelijkheden om winstuitkering tegen te gaan of te beperken.¹⁸

In 2012 verscheen het wetsvoorstel dat aanbieders van medisch-specialistische zorg de mogelijkheid biedt om onder bepaalde voorwaarden winst uit te keren.¹⁹ Op grond van dit wetsvoorstel kunnen ziekenhuizen in de vorm van een NV, BV of coöperatie worden ondergebracht. Een aantal ziekenhuizen, zoals het ziekenhuis in Weert, heeft mede anticiperend hierop, reeds de BV-vorm aangenomen.

14. H.H.M. Scholtes & H.J.B. Abeln, 'Governance in de gezondheidszorg', in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg* (preadvis van de Vereniging Handelsrecht 2008-III), Deventer: Kluwer 2008, p. 152.
15. Zie eveneens Antwoorden op Kamervragen van Van Gerven over het uitgeven van aandelen door een ziekenhuis in Weert (2070808840), 13 februari 2008.
16. Een dergelijke verklaring is bijvoorbeeld door de aandeelhouder van het Havenziekenhuis BV afgelegd. De statuten van het Havenziekenhuis bevatten bovendien een vermogensklem (in het kader van de omzetting van een stichting in een BV, art. 2:18 lid 6 BW) en kunnen slechts worden gewijzigd na voorafgaande goedkeuring van de Minister van VWS. Er is een kwaliteitseis voor aandeelhouders opgenomen: de aandelen van de aandeelhouder kunnen slechts worden gehouden (direct of indirect) door publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals het Erasmus MC. Het Havenziekenhuis is daarmee een voorbeeld van een ziekenhuis-BV die in feite geen winst kan uitkeren. Overigens is dit een specifiek voorbeeld omdat het Havenziekenhuis in de structuur van Erasmus MC opgenomen is en daarmee juridisch niet meer op zichzelf staat.
17. Op grond van het stichtingenrecht mag een stichting niet gericht zijn op het behalen van aan kapitaalverschaffers uit te keren winst.
18. Met de invoering van het flexibele BV-recht per 1 oktober 2012 is het mogelijk in de statuten van een BV aandelen met beperkte winstrechten of winstrechtloze aandelen te creëren (art. 2:216 lid 7 BW). Ook kunnen de statuten van een BV bepalen dat de winst waartoe de houders van aandelen van een bepaalde soort – bijvoorbeeld aandelen A – gerechtigd zijn, geheel of gedeeltelijk te hunnen behoeve wordt gereserveerd. Hiermee kan worden bereikt dat op de aandelen A geen winst wordt uitgekeerd, aangezien alle winst moet worden gereserveerd. Indien er voldoende rechtvaardigingsgronden zijn, kan uitkering van winst ook beperkt worden door verplichte reservering (art. 2:216 lid 10 BW). Zo kan in de statuten van een BV geregeld worden dat de in de zorg behaalde winst gereserveerd moet worden en toegevoegd moet worden aan een statutaire (zorg)reserve die niet uitkeerbaar is. Bovendien kan de overdracht van (bijvoorbeeld zorggerelateerde) aandelen voor een bepaalde termijn worden uitgesloten. Interessant in dit verband zijn bijvoorbeeld de (oude) statuten van het Slotervaartziekenhuis.
19. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 168, nr. 2 en *Kamerstukken II* 2012/13, 33 168, nr. 7 (NvW). Zie over het wetsvoorstel D. Molléma & B. Bier, 'Winstuitkering en enkele aspecten van toezicht bij zorgaanbieders', *Ondernemingsrecht* 2012, 97.

Ook de Zorgbrede Governancecode 2010 anticipeert op de mogelijkheid van winstuitkering in de zorg, echter ‘vanuit het perspectief van de maatschappelijke onderneming’. De Code is in eerste instantie geschreven voor stichtingen, maar geeft nu aan dat de bepalingen toegepast kunnen worden op verschillende rechtsvormen. De toelichting bij de Code verwijst naar de NV, BV en coöperatie. In hoofdstuk 5 van de Code zijn onder het kopje ‘Algemene vergadering’, regels in verband met de introductie van risicodragend kapitaal en aandeelhouderschap in de zorg opgenomen.

Deze preadviezen gaan specifiek in op governance bij stichtingen. Governance bij NV’s, BV’s en coöperaties ziet er fundamenteel anders uit vanwege de rechten en positie van de algemene vergadering. Wat betreft de toepassing van governancevoorschriften wordt niettemin regelmatig – soms onterecht – geen onderscheid gemaakt tussen kapitaalvennootschappen en stichtingen. Zo wordt bijvoorbeeld soms vergeten dat de wettelijke regels voor benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen van kapitaalvennootschappen anders zijn dan voor stichtingen.²⁰ Waar bestuurders van kapitaalvennootschappen rekening moeten houden met de belangen van aandeelhouders, moeten bestuurders van stichtingen rekening houden met de belangen van degenen die (direct of indirect op grond van haar doelstelling) als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt. Hoe dit doorwerkt in governance regels komt hierna aan de orde.

2.4 **Governanceregels in de huidige sectorregelgeving en de Zorgbrede Governancecode**

2.4.1 **Verhouding tussen verschillende governanceregels en rechtskarakter van de Code**

De WTZi stelt eisen aan de bestuursstructuur en bedrijfsvoering van zorginstellingen (art. 7 lid 3 onderdeel c WTZi). Deze eisen worden ook wel de transparantie-eisen genoemd en zijn uitgewerkt in hoofdstuk VI van het Uitvoeringsbesluit WTZi.²¹

In 1999 heeft de Commissie Health Care Governance (Commissie-Meurs) op particulier initiatief een rapport uitgebracht over de governance in de zorgsector. Aan de hand hiervan heeft de NVZ in 2004 de NVZ-Governancecode opgesteld. Deze code is in december 2005 vervangen door de Zorgbrede Governancecode. Sinds 1 januari 2010 geldt de vernieuwde Zorgbrede Governancecode 2010 (hierna: Code). De Code is van toepassing op in Nederland gevestigde zorgorganisaties²² en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen. De Code is, evenals de

20. Onder meer in een recente uitspraak van de Rb. Breda (vzr.) 26 september 2012, RO 2013-4, werd geoordeeld dat een zorgaanbieder die een BV-vorm had op grond van de Zorgbrede Governancecode statutair regels moest vastleggen over ontslaggronden, vereiste meerderheid en procedure voor ontslag van leden van de raad van toezicht. Deze regels zijn, anders dan bij stichtingen, grotendeels in de wet opgenomen.

21. De transparantie-eisen met betrekking tot de bestuursstructuur zijn niet van toepassing op academische ziekenhuizen; hierop is de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijke onderzoek van toepassing.

22. De Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU) heeft voor zijn leden een eigen governancecode ingevoerd met de Zorgbrede Governancecode als uitgangspunt.

voorheen geldende Zorgbrede Governancecode van 19 december 2005, opgesteld door de Brancheorganisatie Zorg (BoZ).

De bepalingen uit de Code en de transparantie-eisen stemmen op hoofdlijnen overeen, maar de bepalingen van de Code zijn meer uitgewerkt. De Code is wettelijk verankerd op een wijze die enigszins vergelijkbaar is met de wettelijke verankering van de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC) (zie hierover ook hoofdstuk 1). Een zorginstelling dient in haar jaarverslag aan te geven welke ‘van toepassing zijnde openbaar gemaakte normen zij hanteert voor goed bestuur’ en dient in haar jaarverslag ‘openbaar verantwoording af te leggen over haar beleid en activiteiten’. Hierbij dient de Code als uitgangspunt te worden gehanteerd, aldus art. 3.1 van bijlage 2 bij de Regeling verslaggeving WTZi.²³ Op basis van het principe van ‘pas toe of leg uit’ wordt – evenals bij beursvennootschappen waarop de NCGC van toepassing is – in het jaarverslag (dat onderdeel uitmaakt van het zogenaamde Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording) aangegeven van welke normen uit de Code is afgeweken en waarom.

In de statuten van elk van de brancheverenigingen die zijn verenigd in de BoZ is opgenomen dat hun leden (i.e. de zorginstellingen) de Code moeten naleven. Voor leden van de brancheverenigingen is de toepassing van de Code dus een lidmaatschapsverplichting. Het niet naleven van de Code of het zonder nadere motivering afwijken van de Code, is een grond voor opzegging van het lidmaatschap van de branchevereniging. Bijzonder voor de Code is voorts dat op handhaving wordt toegezien door de Governancecommissie Gezondheidszorg. Op 1 november 2011 deed deze commissie voor het eerst uitspraak over afwijking van de Code.²⁴ De commissie oordeelde dat afwijking van de Code slechts in bijzondere omstandigheden toegestaan is en in beginsel slechts van tijdelijke aard zou moeten zijn. De motivering van de uitleg moet deugdelijk zijn en rekening houden met de eis van proportionaliteit: andere opties moeten als alternatief afgewogen worden.²⁵

Niet alleen is de Code wettelijk verankerd, maar ook is zij – evenals andere sectorale governancecodes – opgesteld door een commissie die breed is samengesteld. Met het ‘zorgveld’ is overleg gevoerd over de inhoud daarvan. Ook de voorzitter van de BoZ geeft in zijn voorwoord bij de Code aan dat deze dient te worden opgevat als een samenbundeling van moderne, breed gedragen, algemene opvattingen in de zorg over goed bestuur, toezicht en verantwoording. Dit geeft steun aan het oordeel dat de Code algemeen aanvaarde inzichten over health care governance vertegenwoordigt. Zoals wij in hoofdstuk 1 aangaven heeft de Hoge Raad in de ABN AMRO-uitspraak ten aanzien van de NCGC overwogen dat deze in Nederland heersende algemene rechtsovertuigingen bevat.²⁶ De NCGC werkt dan ook indirect via de vele open normen in het rechtspersonenrecht, zoals de wanbeleidnorm, de

23. Kleine zorgorganisaties kunnen – mits zij in het laatst uitgebrachte Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording hierop expliciet een beroep gedaan hebben – worden vrijgesteld van enkele bepalingen uit de Code. Deze dispensatie kent een maximale duur van twee jaar (art. 1.3 van de Code).

24. De uitspraak is te vinden op www.scheidsgerechtheidgezondheidszorg.nl.

25. Zie ook TvGR (36) 2012-1, m.nt. J.G. Sijmons.

26. HR 13 juli 2007, JOR 2007, 178; zie ook HR 14 september 2007, JOR 2007, 239 (Versatel).

regels voor bestuurdersaansprakelijkheid en de regels voor vernietiging van besluiten. Hoewel er nog geen vergelijkbare uitspraak ten aanzien van de Code is, menen wij dat daarvoor hetzelfde geldt en dat de Code derhalve relevant is voor de invulling van open (governance)normen die gelden voor zorginstellingen.

2.4.2 Bestuur- en toezichtmodel (raad van toezichtmodel, raad van beheermodel en *one tier*-model)

Een zorginstelling moet een orgaan hebben dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad terzijde staat (art. 6.1 lid 1 onderdeel a Uitvoeringsbesluit WTZi). De taakverdeling tussen het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding dient te worden vastgelegd in de statuten van de zorginstelling (art. 6.1 lid 1 onderdeel c Uitvoeringsbesluit WTZi). Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever met deze bepaling geen verplichting heeft willen opleggen ten aanzien van de te hanteren bestuursstructuur. Dat betekent dat naast het raad van toezichtmodel – met een raad van toezicht en een raad van bestuur – ook een raad van beheermodel – met het algemeen bestuur (AB) als ‘toezichthoudend orgaan’ en een directie of dagelijks bestuur (DB) voor de dagelijkse leiding – kan voldoen aan de transparantie-eisen van de WTZi. Veel zorginstellingen hebben hun raad van beheermodel ‘omgevormd’ naar een raad van toezichtmodel. Een belangrijke reden is dat het algemeen bestuur in het raad van beheermodel weliswaar ‘op afstand staat’, maar nog steeds eindverantwoordelijk is voor het bestuur in de zin van de wet.²⁷

De Code hanteert het raad van toezichtmodel en voegt daar aan toe dat zorgorganisaties die een raad van beheermodel hebben zelf een vertaalslag van de Code naar dat model moeten maken. Dit is onduidelijk en vanuit juridisch perspectief onjuist, aangezien het algemeen bestuur anders dan de raad van toezicht bestuur in de zin van de wet is.²⁸ Wij menen dat zorginstellingen die het raad van beheermodel (nog) hanteren vanwege deze wettelijke bestuursverantwoordelijkheid van het algemeen bestuur, de Codebepalingen die zijn geschreven voor de raad van toezicht niet zomaar kunnen toepassen.

De bepalingen inzake ‘goed bestuur’ die zijn opgenomen in de WTZi zullen op termijn komen te vervallen en worden vervangen door de bepalingen van het wetsvoorstel Goed bestuur en medezeggenschap. Als deze bepalingen er hetzelfde uitzien als de bepalingen uit het wetsvoorstel voor de Wcz, is het raad van beheermodel niet langer toegestaan.

De toezichthouders mogen geen deel uitmaken van de dagelijkse of algemene leiding (art. 6.1 lid 1 onderdeel a Uitvoeringsbesluit WTZi). Uit deze bepaling en de bepalingen in de Code volgt dat er naast het bestuursorgaan een *afzonderlijk* toezichthoudend orgaan moet zijn. Met andere woorden: een orgaan waarin de taken zijn verdeeld over twee soorten bestuurders, bijvoorbeeld uitvoerende en toezichthoudende bestuurders (de *one tier board*) lijkt niet toegestaan. Ook de Code gaat uit van

27. Meer over bestuursmodellen: M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Governance en toezicht’, in: *Handboek Stichting en Vereniging* 2013.

28. Zie ook M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Governance en toezicht’, in: *Handboek Stichting en Vereniging* 2013.

twee *aparte* organen: een raad van bestuur en een raad van toezicht.²⁹ Zoals we in hoofdstuk 1 aangaven is voor kapitaalvennootschappen sinds 1 januari 2013 een wettelijke basis voor de *one tier board* geïntroduceerd. De Minister van Justitie zei hierover in 2008 dat ‘het streven naar een goede corporate governance niet dwingt tot een bepaald bestuursmodel. Goed en onafhankelijk toezicht op het bestuur kan zowel in de *one tier board* als de *two tier board* vorm krijgen’.³⁰ Waarom zou de *one tier board* dan niet geschikt zijn voor zorginstellingen die een stichtingsvorm hebben? Niet-uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid en zijn om die reden formeel meer betrokken bij het algemene beleid. Vanwege die betrokkenheid zijn zij mogelijk ook beter op de hoogte dan wanneer zij in een apart orgaan toezicht zouden houden.

De Raad voor de Volksgezondheid & Zorg (RVZ) heeft in 2009 aangegeven geen voorstander te zijn van het *one tier*-model. De RVZ geeft aan dat de raad van toezicht vaak ‘de hoogste zeggenschap’ heeft aangezien hij bestuurders kan benoemen en ontslaan.³¹ De RVZ meent dat het risico van een *one tier*-systeem is dat het onderscheid tussen bestuur en toezicht vervaagt en de hoogste zeggenschap is geconcentreerd in één bestuurlijk orgaan. Dit ondermijnt volgens de RVZ de *countervailing power* ten opzichte van het bestuur.³² Wij zien het door de RVZ gesignaleerde risico niet en menen dat de *countervailing power* van niet-uitvoerende ten opzichte van uitvoerende bestuurders ook in een monistisch model geregeld kan worden. Zo kan bepaald worden dat er altijd meer niet-uitvoerende dan uitvoerende bestuurders zijn, en dat bepaalde besluiten slechts met instemming van de niet-uitvoerende bestuurders genomen kunnen worden. Bovendien zou bepaald kunnen worden, in navolging van de *one tier board* bij een NV of BV waarvoor het volledige structuurregime geldt (art. 2:164a/274a BW), dat de niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders benoemen.

2.4.3 Bestuur; bestuurstaken; benoeming

Het bestuur is eindverantwoordelijk voor en belast met het besturen van de zorginstelling. Het bestuur dient zich bij de vervulling van haar taak te richten naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en dient daarbij alle in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden af te wegen, aldus de Code.

Een zorginstelling dient op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz) ‘verantwoorde zorg’ aan te bieden. Deze norm wordt in de Kwz niet heel concreet gemaakt. Bovendien zijn sancties op overtreding van de Kwz gericht aan zorginstellingen en – in beginsel – niet aan individuele bestuurders. Ook de Code en de Wcz noemen als specifieke bestuurstaak verantwoordelijkheid voor kwaliteit en

-
29. Voor het raad van beheermodel voegt de Code eraan toe dat er in ieder geval een strikte scheiding dient te bestaan tussen (algemeen) bestuur en directie.
30. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 763, nr. 6, p. 2.
31. Zowel bestuurders als commissarissen in kapitaalvennootschappen worden benoemd door de aandeelhouders. De aandeelhouders hebben ‘de hoogste zeggenschap’ binnen de vennootschap. Bij stichtingen met een aparte raad van toezicht worden de bestuurders vaak op grond van de statuten benoemd door de raad van toezicht.
32. *Rapport Governance en kwaliteit van zorg*, uitgebracht door de RVZ aan de Minister van VWS, Den Haag 2009.

veiligheid van de zorg. Daarnaast is het bestuur verantwoordelijk voor het realiseren van de statutaire en andere doelstellingen, de strategie, het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkelingen, het beheersen van risico's en voor de financiering van de zorgorganisatie, aldus de Code. Hiertoe legt het bestuur verantwoording af aan de raad van toezicht.

Bovendien is voor de algemene bestuurstaak, de bestuursbevoegdheden en bestuurdersaansprakelijkheid het in hoofdstuk 1 genoemde algemene stichtingenrecht van belang. Een bestuurder van een stichting dient rekening te houden met de belangen van degenen die op grond van haar doelstelling als begunstigden kunnen worden aangemerkt. Het veronachtzamen van dit doel en de belangen van begunstigden kunnen leiden tot aansprakelijkheid. Gesteld zou kunnen worden dat een bestuurder van een stichting die een publiek belang dient, zeker wat betreft het beheer van het vermogen van de stichting, een behoudender koers dient te varen dan een bestuurder van een NV of BV (zie hoofdstuk 1).

Het bestuur bestaat uit een door het toezichthoudend orgaan te bepalen aantal leden. De WTZi schrijft geen minimumaantal bestuurders voor. Het komt dan ook regelmatig voor dat ziekenhuizen slechts één bestuurder hebben.³³ De (on)wenselijkheid hiervan kwam in hoofdstuk 1 al aan de orde.

Bestuurders van een zorginstelling met een raad van toezichtmodel worden benoemd, geschorst en ontslagen door de raad van toezicht. De raad van toezicht fungeert als werkgever van de bestuurders en stelt onder meer een 'maatschappelijk passende beloning' vast (art. 3.2.2 van de Code, zie ook de WNT genoemd hiervoor).

2.4.4 Raad van toezicht; taken, taakuitoefening

Het Uitvoeringsbesluit WTZi schrijft voor dat de zorginstelling een orgaan heeft dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding en deze met raad ter zijde staat. Bij de vervulling van zijn taak richt de raad van toezicht zich naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden af. De Code somt op waar de raad van toezicht ten minste toezicht op dient te houden. Daaronder vallen onder meer de realisatie van doelstellingen, kwaliteit en veiligheid van zorg, naleving van wet- en regelgeving en verhouding met belanghebbenden. De Code bevat bovendien een lijst van belangrijke bestuursbesluiten, zoals het besluit tot juridische fusie of ontbinding van de zorginstelling, die in ieder geval zijn onderworpen aan goedkeuring van de raad van toezicht.

Tegenwoordig wordt steeds meer betrokkenheid verwacht van toezichthouders. Evenals bij beursvennootschappen is de taak van de raad van toezicht de laatste jaren verzaamd. Zo is er een aantal terreinen waar de verantwoordelijkheden van de raad van toezicht zijn toegenomen, zoals het toezicht op het risicobeheersings- en controlesysteem, het toezicht op de strategie van de vennootschap en het toezicht

33. Bijvoorbeeld het Maasstad Ziekenhuis had één bestuurder. Zie antwoord van minister Schippers in debat Tweede Kamer Misstanden Maasstad Ziekenhuis 31 mei 2012, TK 90 90-8-29.

op de financiële verslaggeving. Toezicht dient tegenwoordig meer preventief dan repressief van aard te zijn.³⁴ Zo zal het periodiek beoordelen van financiële gegevens vaak onvoldoende zijn voor een goede taakuitoefening.

De Code schrijft voor dat het bestuur de raad van toezicht tijdig alle informatie verschafft die hij nodig heeft voor de goede uitoefening van zijn taak. Afspraken hierover worden vastgelegd in een informatieprotocol (vergelijkbaar met een reglement). Dit protocol omschrijft bijvoorbeeld welke informatie in welke frequentie moet worden overgelegd aan de raad van toezicht. Dat is voor financiën vaak wel geregeld, maar niet altijd voor informatie over kwaliteit, veiligheid en risicobeheer.³⁵

De statuten van de zorginstelling bevatten bepalingen over benoeming, ontslag en aantal toezichthouders. Volgens de Code is de raad van toezicht verantwoordelijk voor benoeming, schorsing en ontslag van zijn eigen leden. Dit wordt ook wel een systeem van coöptatie genoemd. Ten aanzien van benoeming van één lid van de raad van toezicht geldt het hierna te noemen recht van bindende voordracht van de cliëntenraad. De statuten kunnen ook aan anderen, bijvoorbeeld de or, maar ook een adviesraad of een externe partij, benoemingsrechten of bindende voordrachtsrechten toekennen. Zoals in de hierna volgende paragraaf wordt omschreven, kan het feit dat een lid van de raad van toezicht benoemd is door bijvoorbeeld een cliëntenraad, waarmee hij in feite een belangenvertegenwoordiger wordt, strijdig zijn met het onafhankelijkheidsbeginsel. Om die reden wordt er in de toelichting bij de Code op gewezen dat partijen in goed overleg afstand kunnen doen van deze benoemingsrechten. Daartegenover kan dan afgesproken worden dat zij door de raad van toezicht betrokken zullen worden bij het opstellen van het gewenste profiel en/of bij de wervings- en selectieprocedure.³⁶

Voor de raad van toezicht wordt een rooster van aftreden opgesteld aangezien de leden voor een periode van vier jaar worden benoemd. Een lid kan maximaal tweemaal voor deze vierjaarsperiode in de raad van toezicht zitting hebben (art. 4.2.7). De gronden voor schorsing van leden van de raad van toezicht moeten in de statuten vastgelegd worden (art. 4.2.9).

De (gewenste) samenstelling van de raad van toezicht wordt meestal uitgewerkt in een reglement en een daarbij behorende profielschets. Aandachtspunten kunnen daarbij zijn een bepaalde spreiding van leeftijd van de leden en verdeling van functies over mannen en vrouwen.³⁷ Leden van de raad van toezicht dienen te beschikken over specifieke deskundigheid. In de laatste versie van de Code in 2010 is meer aandacht gekomen voor de scholing van leden van de raad van toezicht. Vaak wordt blijkens het reglement en/of de profielschets gestreefd naar een raad van toezicht met leden die – naast relevante kennis en ervaring in de zorg – expertise hebben op financieel, juridisch en HRM-gebied.³⁸

34. J. Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma & H.M. Vletter-van Dort, 'De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders(vergadering) bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2012, 29.

35. Aldus F.C.B. van Wijmen, 'Goed toezicht in ziekenhuizen', *TvT* (2) 2011-1, p. 16.

36. Zie het hiervoor genoemde rapport van de RVZ en de toelichting bij art. 4.4.2 van de Code, p. 54.

37. Zie ook toelichting bij de Code, p. 50. Vergelijk tevens art. 2:166/276 BW dat de participatie van vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen bij grote NV's en BV's moet bevorderen.

38. Zie ook F.C.B. van Wijmen, 'Goed toezicht in ziekenhuizen', *TvT* (2) 2011-1, p. 16.

In 2010 is ook de volgende bepaling aan de Code toegevoegd: Het aantal bestuurlijke of toezichthoudende functies van de leden van de raad van toezicht is zodanig beperkt dat een goede taakvervulling door ieder van de leden gewaarborgd is (art. 4.2.6). Sinds 1 januari 2013 geldt een algemene wettelijke regeling die het aantal bestuurlijke en toezichthoudende functies bij grote rechtspersonen beperkt: zie paragraaf 1.6.4.

2.4.5 Onafhankelijkheid; onverenigbare functies

Aan de onafhankelijkheid van de raad van toezicht wordt de laatste tijd veel aandacht besteed en belang gehecht. Sommige zorgverzekeraars controleren of een zorginstelling onafhankelijkheidseisen uit de Code daadwerkelijk heeft verankerd in haar statuten. In een uitspraak van 26 september 2012 oordeelde de rechtbank dat een zorgverzekeraar (CZ) het zorgcontract met een zorginstelling mocht opzeggen op de grond dat de onafhankelijkheidseisen uit de Code niet voldoende in haar statuten waren vastgelegd.³⁹

De raad van toezicht dient zo te zijn ingericht dat de leden van de raad van toezicht ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren, aldus het Uitvoeringsbesluit WTZi.

Leden van de raad van toezicht behoren hun functie te vervullen zonder last of ruggespraak en zonder een deelbelang te laten prevaleren, aldus art. 4.4.2 van de Code. Dit geldt in het bijzonder voor leden die op voordracht van anderen of door anderen dan de raad van toezicht zelf zijn benoemd. Door sommigen wordt een benoemings- of voordrachtsrecht met het oog op het hierna te noemen beginsel van onafhankelijkheid ook wel afgewezen met het argument dat het onzuiver is om 'belangenvertegenwoordiging' in de raad van toezicht te hebben. De Code bevat bovendien concrete, formele bepalingen over onafhankelijkheid. Zoals we in hoofdstuk 1 aangaven kleven er ook nadelen aan te veel nadruk op onafhankelijkheid. Dit zou ten koste kunnen gaan van deskundigheid en expertise en daarmee de adviserende rol kunnen uithollen.⁴⁰

Een uitwerking van formele onafhankelijkheid is de bepaling over onverenigbare functies (art. 3.2.3 van de Code): een voormalig lid van de raad van toezicht van de zorginstelling mag gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn toezichthoudende functie niet benoemd worden tot bestuurder. Het omgekeerde geldt ook: een voormalig bestuurder van de zorginstelling is gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn bestuurlijke functie niet benoembaar tot lid van de raad van toezicht. Evenmin zijn tot de leden van de raad van toezicht benoembaar werknemers of personen die tot de zorgorganisatie toegelaten zijn tot drie jaar na het einde van hun arbeidscontract of toelatingsovereenkomst.

Hiervoor werd de uitspraak van de Governancecommissie Gezondheidszorg van 1 november 2011 al aangehaald. In deze zaak was een voormalig lid van de raad van toezicht tot bestuurder benoemd in dezelfde zorgorganisatie. De Governancecommissie oordeelde: 'In het algemeen is het onwenselijk dat een voormalig lid van

39. Zie de hiervoor genoemde uitspraak Rb. Breda (vzr.) 26 september 2012, RO 2013, 4.

40. Zie ook Van Ginneken ten aanzien van onafhankelijkheidseisen voor commissarissen van (beurs)vennootschappen in M.J. van Ginneken, 'De onafhankelijke commissaris', *Ondernemingsrecht* 2012, 134.

de raad van toezicht wordt benoemd tot bestuurder van dezelfde organisatie. Heldere en zuivere rolverdeling tussen toezichthouders en bestuurders is ook van belang voor het vertrouwen binnen de organisatie. Afwijking van de Code op dit punt is slechts in bijzondere omstandigheden toegestaan en is in beginsel slechts van tijdelijke aard.’

Een lid van de raad van toezicht kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van bestuurder of van de raad van toezicht van een *andere* zorgorganisatie binnen hetzelfde gebied (art. 4.4.4). Er geldt een uitzondering voor groepsmaatschappijen (personele unie) die in de praktijk nog wel eens tot vragen leidt.⁴¹ Boek 2 BW kent een ruime omschrijving van het begrip ‘groep’, te weten: een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen met elkaar organisatorisch zijn verbonden (art. 2:24b BW). Naast het begrip groep wordt in dit verband ook vaak het begrip ‘gelieerde stichting’ gehanteerd. Voor de kwalificatie groep of gelieerde stichting is relevant of sprake is van centrale leiding, maar ook dat is niet een eenduidig begrip. Vanwege deze onduidelijkheden is aan te raden in de statuten of in een reglement zo mogelijk uit te werken wat, in verband met genoemde uitzondering, concreet bedoeld wordt met groepsmaatschappijen of gelieerde stichtingen.

2.4.6 Belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang

Elke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling tussen een lid van het bestuur c.q. lid van de raad van toezicht en de zorgorganisatie dient te worden vermeden, aldus art. 3.3.1 en 4.5.1 van de Code. Ten opzichte van de Code uit 2005 zijn de bepalingen over (het voorkomen van) belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang aangescherpt. Wat betreft tegenstrijdig belang is de volgende zin toegevoegd: Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de raad van toezicht. Vaak is het raadzaam in een bestuursreglement op te nemen welke transacties in ieder geval als zodanig kwalificeren. Voor wat betreft tegenstrijdige belangen van leden van de raad van toezicht geldt een identieke bepaling. Ook in dat geval is goedkeuring van de raad van toezicht vereist. Overigens is de raad van toezicht verantwoordelijk voor de besluitvorming over het oplossen van zaken waarbij belangenverstrengeling aan de orde kan zijn, aldus art. 4.5.2 van de Code.

Wij menen dat de Code zich goed leent voor een regeling over tegenstrijdig belang, zolang een regeling in het stichtingenrecht ontbreekt. Het is echter wel van belang dat een zorginstelling deze regels in de statuten en reglementen herhaalt en uitwerkt. Wij adviseren in de statuten op te nemen dat ingeval een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, goedkeuring wordt gevraagd van de raad van toezicht en daarnaast dat de geconflicteerde bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging

41. De uitzondering luidt ‘tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie’. De uitzondering is onder meer geschreven voor de situatie dat leden van de raad van toezicht ook lid zijn van de raad van toezicht van een groepszorginstelling. In dat geval is sprake van een personele unie.

en zich onthoudt van stemmen in de vergadering van het bestuur. Eenzelfde bepaling adviseren wij voor leden van de raad van toezicht in de vergaderingen van de raad van toezicht.

2.4.7 Belanghebbenden; cliëntenraad

Kenmerkend voor een zorginstelling is dat zij een maatschappelijk doel dient en als zodanig te maken heeft met diverse belanghebbenden. De zorginstelling legt als maatschappelijke onderneming aan belanghebbenden verantwoording af over het gevoerde beleid en de geleverde prestaties door middel van het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording (zie ook hierna).

Belanghebbenden kunnen volgens de toelichting op de Code worden onderscheiden in externe belanghebbenden (onder meer gemeentes, ministeries, patiëntenverenigingen, zorgverzekeraars) en interne belanghebbenden (onder meer cliëntenraad, ondernemingsraad, medische staf).⁴² Belanghebbenden worden vaak vertegenwoordigd door een raad of organisatie. Volgens de Code dient het bestuur vast te stellen wie belanghebbenden zijn en hoe zij vertegenwoordigd worden. Het bestuur stelt op grond van de Code ook het beleid voor de 'dialoog met belanghebbenden' vast, dat wil zeggen: de wijze waarop zij belanghebbenden informeert en met belanghebbenden in overleg treedt.

De belanghebbenden dan wel hun vertegenwoordigers worden door het bestuur geïnformeerd en/of geraadpleegd over een aantal onderwerpen, zoals de hoofdlijnen van het strategisch beleid, het overdragen van zeggenschap en de opheffing of inkrimping van werkzaamheden van de organisatie, aldus de Code. De bedoeling van het raadplegen is volgens de toelichting dat de zorginstelling kennis kan nemen van de bij de belanghebbenden levende wensen en behoeften.

Teneinde de informatievoorziening aan en raadpleging van belanghebbenden te structureren, kan het raadzaam zijn te concretiseren in de statuten en/of een reglement wie de stichting in ieder geval aanmerkt als (interne) belanghebbenden. Het spreekt voor zich dat belangrijke interne belanghebbenden van de zorginstellingen in ieder geval patiënten of cliënten zijn. Door aan de cliëntenraad in de statuten een aantal rechten en bevoegdheden toe te kennen, verkrijgt zij de status van 'orgaan' van de zorginstelling.

Sectorale wetgeving bepaalt welke rechten de cliëntenraad in ieder geval heeft. De cliëntenraad wordt thans voorgeschreven in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz).⁴³ In de toekomst wordt deze regeling vervangen door de Wcz (onderdeel Goed bestuur en medezeggenschap). De regeling van de cliëntenraad in de Wmcz bevat veel overeenkomsten met de regeling van de ondernemingsraad in de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Overigens kunnen de cliëntenraad en

42. Aldus de toelichting op de Code, p. 40 en 41.

43. Het Ministerie van VWS heeft in mei 2008 een programma gepresenteerd om de rechten van de cliënt in de zorg te versterken, waarbij zij zeven rechten voor de cliënt onderkent, waaronder het recht op medezeggenschap en goed bestuur, zie Programma 'Zeven rechten voor de cliënt in de zorg: Investeren in de zorgrelatie', 23 mei 2008 (*Kamerstukken II 2007/08*, 31 476, nr. 1).

de or binnen een zorginstelling naast elkaar functioneren aangezien zij aparte deelbelangen behartigen.⁴⁴

De Wmcz bepaalt dat in de statuten wordt neergelegd dat de cliëntenraad bij benoeming van ten minste één bestuurslid het recht van bindende voordracht heeft. Wanneer het bestuur echter bestaat uit ‘personen die hun functie uitoefenen op grond van een arbeidsovereenkomst met een geldelijke beloning’, waarmee verwezen lijkt te worden naar het raad van toezichtmodel, heeft de cliëntenraad ten aanzien van de benoeming van ten minste één lid van de raad van toezicht het recht van bindende voordracht.

De Wmcz verplicht de zorginstelling schriftelijk onder meer te regelen: het aantal leden van de cliëntenraad, de wijze van benoeming en welke personen kunnen worden benoemd. Doorgaans wordt een dergelijke regeling opgenomen in een reglement. De cliëntenraad kan het bestuur ongevraagd adviseren. De zorginstelling dient op grond van de Wmcz een aantal voorgenomen besluiten ter advies voor te leggen, zoals besluiten met betrekking tot wijziging van doelstelling, overdracht van zeggenschap, fusie, belangrijke wijzigingen in de organisatie, inkrimping of uitbreiding van werkzaamheden, de begroting en de jaarrekening (art. 3 lid 1 Wmcz).

Zoals aangegeven bepaalt ook de Code dat niet alleen de cliëntenraad, maar belanghebbenden in het algemeen over belangrijke besluiten moeten worden geïnformeerd en/of geraadpleegd. De vraag komt dan op wat de verhouding tussen de voorschriften uit de Code en de voorschriften voor cliëntenraden in sectorale wetgeving (Wmcz) is. Uit de toelichting op de Code blijkt in ieder geval dat de Code niet af doet aan de wettelijke of contractuele rechten van bepaalde groepen van belanghebbenden, zoals de or, cliëntenraad en medische staf.⁴⁵

2.4.8 Enquêterecht

In het algemeen valt op dat de laatste jaren door middel van wetgeving getracht wordt de positie van cliëntenraden te versterken.⁴⁶ Een voorbeeld hiervan is art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi dat de zorginstelling⁴⁷ verplicht in haar de statuten het recht tot het indienen van een enquête toe te kennen aan een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt. Dit enquêterecht kwam in hoofdstuk 1 uitgebreider aan de orde. De statuten moeten bepalen welk orgaan dat cliënten vertegenwoordigt enquêterecht krijgt. Een herhaling van deze verplichting uit het

44. Zie over samenloop tussen WOR en Wmcz ook J. Roest, *Handboek Stichting en Vereniging* 2013, par. 29.8.

45. Toelichting op de Code, p. 42.

46. Zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30 649, nr. 3 en het in mei 2008 door het Ministerie van VWS gepresenteerde programma om de rechten van de cliënt in de zorg te versterken waarbij zij zeven rechten voor de cliënt onderkent, waaronder het recht op medezeggenschap en goed bestuur, zie Programma ‘Zeven rechten voor de cliënt in de zorg: Investeren in de zorgrelatie’, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 476, nr. 1.

47. Verwezen wordt naar de instelling die de rechtsvorm van stichting of vereniging in de zin van art. 2:344 BW heeft, dat wil zeggen een stichting of vereniging die een onderneming in stand houdt waarvoor een or moet worden ingesteld.

Uitvoeringsbesluit WTZ is nadien in art. 2.2.3 van de Code geplaatst. Vaak bepalen de statuten dat enquêterecht aan de cliëntenraad (of in geval van geestelijk gehandicaptenzorg bijvoorbeeld de ouder- of familieraad) als bedoeld in de Wmcz toekomt.⁴⁸ Opvallend is dat de toekomstige Wcz expliciet naar de cliëntenraad verwijst als orgaan dat de bevoegdheid tot het instellen van een enquête krijgt. Een statutaire toekenning van het enquêterecht lijkt daarmee niet meer nodig, maar de zorginstelling heeft daarmee ook geen vrijheid meer om dit recht toe te kennen aan een ander, mogelijk meer voor de hand liggend, orgaan dat de belangen van cliënten vertegenwoordigt.

De zorginstelling kan in de statuten of in een overeenkomst ook aan anderen dan de cliëntenraad enquêtebevoegdheid toekennen, zoals bijvoorbeeld aan de or. Het enquêterecht komt op grond van het algemene rechtspersonenrecht in ieder geval ook toe aan de vakbond (art. 2:347 BW).

Pas sinds een aantal jaar wordt gebruik gemaakt van de bevoegdheid tot het instellen van een enquête bij een zorginstelling.⁴⁹ Twee keer werd een enquête ingesteld op verzoek van een (centrale) cliëntenraad. Het betreft de uitspraken van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam van 29 april 2010⁵⁰ (*Stichting Zorgcentra De Betuwe*) en 20 mei 2010⁵¹ (*Stichting Sherpa*). In twee andere gevallen werden enquêtes ingesteld door de ondernemingsraad⁵² en de vakbond.⁵³ In de door de cliëntenraden ingestelde zaken was sprake van een vertrouwensbreuk tussen bestuur en raad van toezicht enerzijds en cliëntenraden anderzijds. Door de cliëntenraden was het vertrouwen in de raad van toezicht opgezegd met als gevolg dat besluitvorming stagneerde. Het enquêterecht kan een geschikt middel zijn om een dergelijke impasse in de besluitvorming te doorbreken.⁵⁴ De Ondernemingskamer kan een groot aantal voorzieningen treffen. Zo was er als voorlopige voorziening bij Stichting Zorgcentra De Betuwe een nieuwe toezichthouder aangesteld.⁵⁵

2.4.9 Verhouding enquêterecht en toetsing door de Governancecommissie Gezondheidszorg

Belanghebbenden die op enigerlei wijze nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop een zorgorganisatie de Code heeft nageleefd, kunnen binnen de grenzen van het Reglement Governancecommissie Gezondheidszorg een toetsingsverzoek indienen bij de Governancecommissie Gezondheidszorg.⁵⁶ In de hiervoor genoemde

48. Dat is overigens niet per definitie zo. De toelichting op de WTZi noemt ook de Consumentenbond en de Nederlandse Patiënten en Consumenten Federatie. Het Ministerie van VWS heeft deze organisaties tot dusverre, voor zover ons bekend, niet bereid kunnen vinden deze taak op zich te nemen.
49. Zie ook K.K. Gussinklo, 'Openheid van zaken bij failliete zorginstelling Meavita', *Ondernemingsrecht* 2011, 87.
50. JAR 2010, 141 en RO 2010, 49.
51. TvGR 2011, 35 en RO 2010, 59.
52. Hof Amsterdam (OK) 1 maart 2005, JOR 2005, 87 (*Skon*).
53. Hof Amsterdam (OK) 30 mei 2011, GJ 2011, 124 (*Meavita*).
54. Zie onder meer de wenk in RO 2010, 59.
55. Zie hierover ook *Kamerstukken II* 2011/12, 32 402, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag bij de Wcz), p. 70 e.v.
56. Aldus hoofdstuk 7 van de Code. Volgens art. 1 aanhef en onderdeel 8 van het reglement wordt verstaan onder *belanghebbende*: de natuurlijke of rechtspersoon die rechtstreeks bij de zorgorganisatie

uitspraak van 1 november 2011 oordeelde de Governancecommissie dat de (voormalige) werknemers die nadeel hadden ondervonden kwalificeerden als belanghebbenden. Sijmons geeft in zijn noot bij deze uitspraak aan dat verzoekers zich in deze zaak zorgen maakten over de wijzigingen in de organisatie die door het bestuur waren doorgevoerd zonder dat het managementteam (waarvan zij deel uitmaakten), de ondernemingsraad en de cliëntenraad betrokken waren. Hier ligt volgens hem potentieel een casus waarbij tot wanbeleid (in de zin van art. 2:355 BW) zou kunnen worden geconcludeerd, aangezien mogelijk in strijd met interne procedures is gehandeld.⁵⁷

Een verschil tussen dit toetsingsverzoek en het enquêterecht is dat een grotere groep belanghebbenden een verzoek bij de Governancecommissie kan indienen. Het inschakelen van de Governancecommissie is een minder zware procedure dan de enquêtetprocedure. Een nadeel kan in sommige gevallen zijn dat de Governancecommissie geen juridisch bindende uitspraken doet. De Governancecommissie geeft echter wel duidelijkheid of de Code geschonden is.

Het algemene stichtingenrecht dat in hoofdstuk 1 aan de orde kwam, kent overigens aan belanghebbenden ook nog de mogelijkheid toe de rechter te verzoeken een bestuurder, die zich schuldig maakt aan wanbeheer, te ontslaan.

2.4.10 Financiële verantwoording en verslaggeving

Het bestuur van de zorginstelling dient de begroting, de balans, de resultatenrekening en de daarbij behorende toelichting op te stellen overeenkomstig de Regeling verslaggeving WTZi (art. 15 WTZi). Bijlage 2 bij deze regeling bevat voorschriften voor de inrichting van het jaarverslag (art. 8 Uitvoeringsbesluit WTZi). In het jaarverslag dient de zorginstelling aan te geven welke normen zij hanteert voor goed bestuur en het afleggen van openbare verantwoording voor haar beleid en activiteiten. De Code geldt als uitgangspunt. In het jaarverslag wordt minimaal aangegeven van welke normen wordt afgeweken en waarom.

De zorginstelling beschrijft in het jaarverslag voorts de manier waarop zij voldoet aan de transparantie-eisen. Het jaarverslag bevat gedetailleerde informatie over onder meer de samenstelling van het bestuur en de raad van toezicht, nevenfuncties van de leden, profiel, aantal vergaderingen dat gehouden is, de ingestelde commissies en de wijze waarop het toezichthoudend orgaan toezicht houdt. Op grond van de Wmcz en de Kwaliteitswet dient de zorginstelling informatie te verstrekken over de wijze waarop de cliëntenraad is gefaciliteerd en over de adviezen die de cliëntenraad gevraagd of ongevraagd heeft uitgebracht en de beleidsonderwerpen die met de cliëntenraad zijn besproken.

Zorginstellingen dienen bovendien de jaarlijkse verantwoordingsverplichtingen op grond van wet- en regelgeving samen in één document te bundelen: het Jaar-

is betrokken en op enigerlei wijze nadeel ondervindt van de wijze van naleving van de Zorgbrede Governancecode door de zorgorganisatie.

57. TvGR (36) 2012-1.

document Maatschappelijke Verantwoording. Het bestuur is verantwoordelijk voor de kwaliteit en juistheid van het Jaardocument en de raad van toezicht ziet erop toe dat het bestuur deze verantwoordelijkheid vervult (art. 2.3.2 van de Code). Het doel van het Jaardocument is het verstrekken van verantwoordingsinformatie aan belanghebbenden over de aanwending van de collectieve middelen voor de AWBZ en de Zorgverzekeringswet gefinancierde zorg.⁵⁸ Het bestuur legt in het Jaardocument verantwoording af over het gevoerde beleid ten aanzien van belanghebbenden (art. 2.3.4 van de Code). De raad van toezicht legt verantwoording af over zijn in het verslagjaar verrichte werkzaamheden (art. 2.3.5 van de Code). Onderdeel van het Jaardocument is het maatschappelijk verslag dat bestaat uit informatievragen over bestuur, toezicht en bedrijfsvoering.

2.5 Governance in toekomstige sectorwetgeving

2.5.1 Algemeen

In juni 2010 is het voorstel voor de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) bij de Tweede Kamer ingediend.⁵⁹ Zoals de titel doet vermoeden beoogt dit wetsvoorstel de rechten van cliënten (patiënten) van zorginstellingen (de Wcz spreekt over zorgaanbieders) te versterken. Het wetsvoorstel is op 5 juni 2012 controversieel verklaard en heeft daardoor enige tijd stilgelegen. In februari 2013 maakte de nieuwe Minister van VWS bekend het wetsvoorstel voor de Wcz (hierna: Wetsvoorstel Wcz) in verschillende delen op te knippen.⁶⁰ In een apart wetsvoorstel zal 'Goed bestuur en medezeggenschap zorg' geregeld worden. Deze nieuwe wet zal de Wmcz en de bepalingen over governance van de WTZi vervangen. Het aparte wetsvoorstel wordt eind 2013 naar de Tweede Kamer gestuurd.⁶¹ Hoewel de inhoud van dit aparte wetsvoorstel op dit moment niet bekend is, lijkt het erop dat daarin de bepalingen over governance uit het wetsvoorstel Wcz worden overgenomen. Om die reden gaan wij hierna in op het Wetsvoorstel Wcz en geven wij aan welke onderdelen naar onze mening verbetering behoeven.

De regels die in de Wcz zijn opgenomen zijn slechts van toepassing op zorgaanbieders die in de regel door meer dan tien personen zorg doen verlenen. De Wcz schrapt de toelatingseis die nu geldt op grond van de WTZi. De bepalingen van de Wcz gaan gelden als zelfstandige eisen.

2.5.2 Verhouding met de Code

De verantwoordelijke ministers menen, onder verwijzing naar de Zorgbrede Governancecode, dat zelfregulering in de huidige context onvoldoende is omdat:

1. de Code over een aantal onderwerpen geen regels stelt (bijvoorbeeld over de relatie tussen bestuur en 'zorgprofessional' en de rol van belanghebbenden);
2. de Code niet juridisch afdwingbaar is;

58. Aldus de website van VWS: www.zorggegevens.nl.

59. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 2.

60. *Kamerstukken II 2012/13*, 32 620, nr. 78 (Brief van de Minister van VWS van 8 februari 2013 'Van systemen naar mensen'), p. 9 en bijlage 1 bij *Kamerstukken I 2012/13*, 32 620, nr. C.

61. Zie de hiervoor genoemde bijlage 1 bij *Kamerstukken I 2012/13*, 32 620, nr. C.

3. het ‘pas toe of leg uit-beginsel’ ervoor zorgt dat zorginstellingen van de bepalingen kunnen afwijken (indien zij daarvoor een goede reden hebben);
4. niet alle zorgaanbieders aangesloten zijn bij de Code.⁶²

Wij menen op basis van hetgeen we in paragraaf 1.9 hebben omschreven, dat niet zomaar op voorhand gesteld kan worden dat de Code ‘niet juridisch afdwingbaar is’. De Code wordt volgens de ministers (gelukkig) niet overbodig. Zelfregulering blijft voor een aantal onderwerpen het geijkte middel, aldus de ministers. Als voorbeelden worden genoemd: taakverdeling van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan en informatieverschaffing van het bestuur aan het toezichthoudend orgaan. Net zoals nu zal op grond van de Wcz in het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording verslag wordt gedaan over naleving van de Code.

Op een aantal punten vinden de ministers zelfregulering echter niet gepast of onvoldoende. Als voorbeeld worden de onafhankelijkheidscriteria⁶³ voor leden van de raad van toezicht genoemd. Wij menen dat regels over onafhankelijkheid beter uitgewerkt kunnen worden in een sectorale code. Codes zijn ook beter geschikt voor het formuleren en invullen van normen die kwaliteit en professionaliteit van bestuurders en toezichthouders beogen te bevorderen. Codes kunnen bovendien beter inspelen op actuele ontwikkelingen en incidenten.

2.5.3 Bestuur- en toezichtmodel

Art. 40 lid 1 onderdeel a Wetsvoorstel Wcz bepaalt het volgende: ‘de statuten zijn zodanig ingericht dat er een orgaan is dat tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken bij de zorgverlening, en het bestuur met raad ter zijde te staan’. In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt benadrukt dat een afzonderlijk orgaan, naast het bestuur, van belang is voor een helder onderscheid in taken en bevoegdheden. Het raad van toezichtmodel lijkt het uitgangspunt voor de Wcz.⁶⁴ Een raad van beheermodel met een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur lijkt niet te rijmen met de genoemde tekst van art. 40 en de toelichting daarop. Ook een *one tier board* lijkt niet toegestaan. In de toelichting wordt helaas niet ingegaan op de vraag waarom een bestuur met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders niet geschikt zou zijn.

62. Aldus *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 64 en 65.

63. De leden van het toezichthoudend orgaan dienen onafhankelijk te zijn, aldus art. 40 lid 3 Wetsvoorstel Wcz. Concrete regels over onafhankelijkheid en onafhankelijke taakuitoefening door leden van de raad van toezicht zullen straks op basis van de Wcz bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) worden uitgewerkt. Niet helemaal duidelijk is wat hiermee bedoeld wordt en hoe die uitwerking eruit komt te zien. Volgens de toelichting gaat het om ‘het uitsluiten van omstandigheden die de onafhankelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan in gevaar brengen’. Deze omstandigheden staan op dit moment in de Code en zullen bij het voorbereiden van de AMvB meegenomen worden, aldus de toelichting.

64. In gelijke zin A.G.H. Klaassen, ‘Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg’, *TvGR* (35) 2011-5 en A.G.H. Klaassen, ‘Professionalisering van intern toezicht bij zorgaanbieders’, *TvGR* (37) 2013-4.

2.5.4 Bestuurstaak en -verantwoordelijkheid

Het Wetsvoorstel Wcz besteedt veel aandacht aan (verantwoordelijkheid voor) kwaliteit en veiligheid van de zorg. De statuten moeten één of meer bestuurders aanwijzen die in het bijzonder is of zijn belast met kwaliteit (art. 40 lid 2 Wetsvoorstel Wcz). Onduidelijk is of dit betekent dat de raad van toezicht, het orgaan dat bevoegd is tot benoeming van bestuurders, de bevoegdheid heeft te bepalen welke bestuurders deze taak op zich moeten nemen of dat het bestuur uit haar midden iemand aanwijst. Wij nemen aan dat bedoeld is dat in de statuten een (basis voor de) onderlinge taakverdeling van bestuurders opgenomen moet zijn.⁶⁵

De ministers haasten zich in de toelichting aan de aanwijzing van één of meer ‘kwaliteitsbestuurders’ toe te voegen dat dit niets af doet aan de verantwoordelijkheid van het voltallige bestuur voor de kwaliteit van de zorg.⁶⁶ Dat is niets nieuws aangezien het beginsel van collectieve bestuursverantwoordelijkheid al volgt uit het algemene rechtspersonenrecht (art. 2:9 BW). Het is opmerkelijk dat de ministers menen dat zij een wettelijke bepaling nodig hebben. De aandacht voor kwaliteit volgt bovendien al duidelijk uit de Code. De wet schrijft toch ook niet voor dat ten minste één bestuurder is belast met de financiën (zoals een CFO)?

Verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid betekent ook dat het bestuur (eind)verantwoordelijk is voor kwaliteit en veiligheid van door zorgprofessionals binnen de zorginstelling verleende zorg, aldus de toelichting. Dat houdt in dat het bestuur de zorgprofessionals moet kunnen aanspreken en dat de zorgprofessional aan het bestuur verantwoording aflegt op het gebied van kwaliteit en veiligheid. Het lijkt vanzelfsprekend dat het bestuur eindverantwoordelijk is voor haar werknemers. Kennelijk ligt dit anders voor zorgprofessionals binnen zorginstellingen en hebben bestuurders meer concrete ‘regels’ nodig om hun zorgprofessionals aan te kunnen spreken.

Het Wetsvoorstel Wcz bepaalt uitdrukkelijk dat bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door het toezichthoudend orgaan (art. 40 lid 1 onderdeel d). Gecombineerd met de andere hierna te noemen wettelijke bevoegdheden, heeft het toezichthoudend orgaan van een zorginstelling behoorlijk veel macht en instrumenten om toezicht te houden op het bestuur. Overigens komt de verdeling van taken en bevoegdheden tussen bestuur en raad van toezicht grotendeels overeen met de huidige verdeling op grond van de Code.

2.5.5 Raad van toezicht; taken; taakuitoefening

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt aangegeven dat de aandacht van toezichthoudende organen nu vooral gericht is op de financiële toestand en het strategisch beleid van zorginstellingen.⁶⁷ De voorgestelde Wcz beoogt het toezichthou-

65. Overigens geldt dat ook al onder het algemene rechtspersonenrecht. Zie art. 2:9 BW dat op 1 januari 2013 is gewijzigd, *Stb.* 2011, 275.

66. *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.*

67. *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 66* waar wordt verwezen naar P. Meurs & T. Schraven, *Naar stimulerend en slim toezicht*, 2006. Onderzoeksraad voor de Veiligheid, *Een onvolledig bestuurlijk proces: hartchirurgie in UMC St. Radboud*. RVZ, *Governance en kwaliteit van zorg*, 2009.

dend orgaan te professionaliseren, zijn positie te versterken en zijn taken uit te breiden. In art. 40 lid 1 onderdeel a Wetsvoorstel Wcz is een taakomschrijving voor leden van de raad van toezicht opgenomen: het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken bij de zorgverlening en het met raad terzijde staan van het bestuur. Zoals gezegd past een dergelijke algemene taakomschrijving – voor zover deze al niet voor alle stichtingen geldt – naar onze mening beter in het algemene stichtingenrecht.

Het Wetsvoorstel Wcz vervolgt dat ‘in de statuten gewaarborgd moet worden dat de leden van de raad van toezicht in staat zijn tot een goede taakvervulling’ (art. 40 lid 1 onderdeel d Wetsvoorstel Wcz). Onduidelijk is hoe statuten dit kunnen waarborgen. Ook overigens lijkt de voorgestelde bepaling overbodig. Dit laat uiteraard onverlet dat het van belang is dat statuten, maar met name ook reglementen en profielschetsen, bepalingen over taakverdeling bevatten, eventueel aangevuld met bepalingen over benodigde kennis, ervaring en deskundigheid.

In de Wcz willen de ministers het toezichthoudende orgaan meer en betere wettelijke bevoegdheden geven om het bestuur te controleren. De wettelijke bevoegdheden zijn onder meer opgenomen in art. 40 lid 1 onderdeel e Wetsvoorstel Wcz. Naast de bevoegdheid bestuurders te benoemen, te ontslaan en te dechargeren, is een aantal belangrijke bestuursbesluiten, zoals het besluit tot fusie, onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. Bovendien neemt de raad van toezicht besluiten ‘omtrent het goedkeuren van de jaarrekening’ (onder 6 van onderdeel e). Op grond van het algemene stichtingenrecht dienen leden van het toezichthoudende orgaan de jaarrekening nu ook al mee te ondertekenen (art. 2:300 lid 2 BW).

De verplichting om een raad van toezicht in te stellen geldt voor iedere afzonderlijke zorginstelling, ook als deze onderdeel uitmaakt van een groep met andere zorginstellingen, aldus de toelichting.⁶⁸ Hieraan is toegevoegd dat dezelfde personen deel kunnen uitmaken van de verschillende toezichthoudende organen binnen de groep (zogenaamde personele unie), ‘mits daarmee de onafhankelijkheid van het functioneren van deze leden niet in gevaar komt’.⁶⁹ Wij achten een generieke verplichting om een raad van toezicht in te stellen voor elke zorginstelling in een groep ongelukkig en ongewenst. In een groep van zorginstellingen bestaat een centrale leiding die onder effectief toezicht dient te staan. Het daarnaast instellen van afzonderlijke raden van toezicht bij iedere zorginstelling in de groep, kan leiden tot onevenwichtige bestuurs- en toezichtsverhoudingen. Niet voor niets bestaat een vrijstelling van het structuurregime met de verplichte instelling van een raad van commissarissen voor afhankelijke maatschappijen, waardoor alleen de topvenootschap die de centrale leiding uitoefent onder toezicht van een raad van commissarissen staat.

Via art. 40 lid 5 Wetsvoorstel Wcz wordt art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op leden van de raad van toezicht. Wij zijn het ermee eens dat ook het functioneren van leden van de raad van toezicht toetsbaar dient te zijn en deze leden onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk moeten kunnen worden

68. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 142.

69. Helaas wordt niet duidelijk gemaakt wat hier concreet mee wordt bedoeld.

gesteld. Wij menen echter, zoals veel andere schrijvers, dat dit via een schakelbepaling in het stichtingenrecht in Boek 2 BW geregeld zou moeten worden, zodat dit niet alleen geldt voor stichtingen in de zorg, maar ook voor andere stichtingen, zoals woningcorporaties en pensioenfondsen.

2.5.6 Raad van toezicht; benoeming en ontslag

De leden van het toezichthoudend orgaan moeten natuurlijke personen zijn (art. 40 lid 1 onderdeel b van het Wetsvoorstel Wcz). Ook dit voorschrift hoort naar onze mening in het algemene stichtingenrecht van Boek 2 BW thuis. Boek 2 BW kent een vergelijkbare bepaling voor commissarissen van NV's, BV's en coöperaties.

In verband met *checks and balances* ligt het voor de hand om voor zorginstellingen een toezichthoudend orgaan voor te schrijven.⁷⁰ Hiervoor hebben wij gepleit om daarnaast toezicht mogelijk te maken binnen een *one tier board*. Het aanvullende voorschrift in het Wetsvoorstel Wcz dat de raad van toezicht uit ten minste drie leden bestaat is ook begrijpelijk in het kader van 'interne' *checks and balances*. Oftewel, zoals de MvT dat zegt, 'om te waarborgen dat belangrijke afwegingen van het toezichthoudende orgaan in een dialoog door meerdere personen kunnen worden voorbereid en gemaakt'.⁷¹ Dit zorgt er tevens voor dat bij ontstentenis van een lid van de raad van toezicht de overige toezichthouders blijven functioneren. Overigens zouden ook de statuten een belet op de ontstentenisregeling moeten bevatten, voor het geval sprake is van belet van alle leden van de raad van toezicht, aangezien het Wetsvoorstel niets regelt op dit gebied. Ook in het algemene stichtingenrecht ontbreekt een dergelijke regeling (zie hoofdstuk 1).

Voor de raad van toezicht geldt een systeem van coöptatie: de raad van toezicht benoemt en ontslaat zijn eigen leden (art. 40 lid 1 onderdeel e Wetsvoorstel Wcz).⁷² De benoeming vindt plaats aan de hand van een 'door de zorgaanbieder' opgestelde profielschets (art. 40 lid 1 onderdeel f Wetsvoorstel Wcz). Deze profielschets moet op grond van art. 40 lid 1 onderdeel d goedgekeurd worden door de raad van toezicht. Hieruit lijkt te volgen dat de raad van toezicht de profielschets niet zelf opstelt maar 'slechts' kan goedkeuren.⁷³ De achterliggende gedachte blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis. Is het de bedoeling dat het bestuur de profielschets opstelt? Het is niet logisch dat het bestuur de zwaarte van het op haar te voeren toezicht kan bepalen.

Ondanks de reeds genoemde kritiek dat de onafhankelijkheid van de raad van toezicht in het geding kan zijn met name bij benoemingsrechten maar ook bij voordrachtsrechten, is het recht van de cliëntenraad om een bindende voordracht

70. De vraag is echter of dit ook logisch is voor zorginstellingen die de vorm van een NV, BV of coöperatie hebben indien en zodra het hiervoor genoemde Wetsvoorstel winstuitkering aangenomen wordt. Alleen voor structuurvennootschappen en structuurcoöperaties geldt dit vereiste op grond van Boek 2 BW. Zie ook D. Mollema & B. Bier, 'Winstuitkering en enkele aspecten van toezicht bij zorgaanbieders', *Ondernemingsrecht* 2012, 97.

71. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 143.

72. In dit preadvies wordt ervan uitgegaan dat de zorginstelling een stichting is. Vreemd genoeg gold deze regel tot aan de nota van wijziging (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 7) voor alle rechtsvormen, dus ook voor NV's en BV's.

73. Zie ook A.G.H. Klaassen, 'Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg', *TvGR* (35) 2011-5.

te doen voor de benoeming van één lid van de raad van toezicht gehandhaafd (art. 41 lid 1 Wetsvoorstel Wcz).

Het wetsvoorstel bevat een bijzondere bepaling voor het geval de raad van toezicht niet naar behoren (dat wil onder meer zeggen: niet ‘onafhankelijk’) functioneert. Art. 40 lid 4 Wetsvoorstel Wcz bepaalt letterlijk: ‘Op schriftelijk verzoek van het bestuur, het toezichthoudend orgaan of de cliëntenraad kan de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam een lid van het toezichthoudend orgaan ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak of wegens andere gewichtige redenen op grond waarvan er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het toezichthoudend orgaan niet zal voldoen aan het eerste lid, onderdeel b.’ Volgens de MvT is art. 40 lid 4 Wcz opgenomen ‘omdat met het oog op het waarborgen van onafhankelijkheid een ander orgaan niet directe zeggenschap kan worden gegeven over de raad van toezicht’.

De bepaling doet denken aan de bijzondere ontslagregeling voor commissarissen van grote NV’s en BV’s (de structuurregeling van art. 2:161/271 lid 2 BW). Anders dan onder de structuurregeling kent de Wcz het recht echter niet toe aan de or. Bovendien verwijst de ontslagregeling bij structuurvennootschappen naar ‘gewichtige redenen of een ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris redelijkerwijze niet van de vennootschap kan worden verlangd’. Dit lijkt in ieder geval een zwaardere toets dan het ‘niet onafhankelijk en kritisch kunnen opereren’. En zou, indien er sprake is van een niet onafhankelijk samengestelde raad van toezicht, niet de hele raad van toezicht ontslagen moeten worden in plaats van een of meer leden? De mogelijkheid om op grond van dit artikel leden van de raad van toezicht te ontslaan is niet opengesteld voor alle belanghebbenden. Zoals hierna zal blijken is ook het recht om een enquêteverzoek in te dienen niet voor iedereen opgesteld.

2.5.7 Tegenstrijdig belang en rol van de statuten

Art. 40 lid 1 onderdeel b Wetsvoorstel Wcz houdt (in samenhang gelezen met de aanhef van lid 1) in dat ‘de statuten zodanig zijn ingericht dat de raad van toezicht zodanig is samengesteld dat de leden geen persoonlijk belang bij zorgverlening hebben en ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren’. De vraag die opkomt, is hoe de statuten dat concreet kunnen bereiken.

Begrijpen wij het goed, dan beoogt deze bepaling – naast onafhankelijkheid – belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang te voorkomen. Wat betreft tegenstrijdig belang menen wij dat het beter zou zijn als in Boek 2 BW een basisregeling wordt opgenomen die voor alle stichtingen geldt. Volgens de omschrijving in de voorgestelde Wcz mogen leden van de raad van toezicht geen persoonlijk belang hebben bij zorgverlening. Zuiverder lijkt het aan te sluiten bij de omschrijving van tegenstrijdig belang in Boek 2 BW voor NV’s en BV’s zoals die recentelijk is gewijzigd op grond van de Wet bestuur en toezicht. Volgens deze Boek 2 BW-omschrijving moet het gaan om een ‘direct of indirect persoonlijk belang dat strijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’. Relevant is dus niet alleen het persoonlijke belang bij zorgverlening maar juist de vraag of

dit strijdig is met het belang van de zorginstelling. Overigens dient het niet alleen te gaan om persoonlijke belangen van toezichthouders, maar ook om persoonlijke belangen van bestuurders.

Niet duidelijk is waarom de dwingendrechtelijke bepalingen van de Wcz over 'goed bestuur' (art. 40 lid 1 Wetsvoorstel Wcz) in de statuten opgenomen (in feite: herhaald) moeten worden.⁷⁴ De toelichting stelt slechts dat de statuten van de zorginstelling binnen een jaar aangepast moeten worden. Maar waarom is dit nodig als de bepalingen van dwingend recht zijn?

2.5.8 Rechten van de cliëntenraad; enquêterecht

Het Wetsvoorstel Wcz schrijft, evenals de Wmcz, een cliëntenraad voor. Uit de evaluatie van de Wmcz in 2000 kwam naar voren dat, hoewel de Wmcz een veelheid aan instrumenten biedt, deze in de praktijk niet altijd optimaal worden benut en er knelpunten zijn.⁷⁵ In de Wcz krijgt de cliëntenraad meer bevoegdheden. Bovendien beoogt de Wcz de financiering van cliëntenraden en de afhandeling van geschillen tussen zorgaanbieder en cliëntenraad beter te regelen.

De Minister van VWS zal in het najaar met een brief over goed bestuur in de zorg komen. Onlangs heeft zij al aangekondigd dat zij, waarschijnlijk via de Wcz, het recht om de raad van toezicht te ontslaan aan de cliëntenraad wil toekennen.

In de wet is een lijst opgenomen van onderwerpen waarvoor advies van de cliëntenraad moet worden verkregen. Voor bepaalde onderwerpen uit de lijst geldt dat de cliëntenraad een instemmingsrecht heeft. Het instemmingsrecht vervangt het huidige verzwaard adviesrecht en sluit volgens de toelichting op de Wcz meer aan bij de wijze waarop het instemmingsrecht voor ondernemingsraden is geregeld. Cliëntenraden behouden daarnaast het recht om voor één lid van het toezichthoudende orgaan een bindende voordracht te doen (art. 41 Wetsvoorstel Wcz).

De zogenaamde Commissie van vertrouwenslieden blijft gehandhaafd. Aan deze commissie kan de cliëntenraad geschillen over de toepassing van de wettelijke regels voorleggen om een bindende uitspraak te krijgen (art. 38 Wetsvoorstel Wcz). Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de medezeggenschapsregeling die de zorginstelling heeft getroffen niet in overeenstemming is met de wettelijke eisen (art. 33), of de zorginstelling de cliëntenraad in onvoldoende mate de beschikking geeft over voorzieningen en geldmiddelen (art. 34), het bestuur onvoldoende inlichtingen verstrekt (art. 35), het bestuur niet tijdig en correct om advies vraagt (art. 36) en het instemmingsrecht niet op de juiste wijze toepast (art. 37).⁷⁶

Zoals bleek, bepaalt de huidige Wmcz dat de statuten het recht van enquête toekennen aan een orgaan dat de cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt. In

74. Zie ook A.G.H. Klaassen, 'Professionalisering van intern toezicht bij zorgaanbieders', *TvGR* (37) 2013-4 en A.G.H. Klaassen, 'Wet cliëntenrechten zorg en Boek 2 BW', *Ondernemingsrecht* 2011, 76.

75. *Evaluatie Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen*, ZorgOnderzoek Nederland, Den Haag, december 2000, waarnaar wordt verwezen in *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 58 e.v.

76. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 402, nr. 6, p. 70 e.v.

de praktijk wordt het recht toegekend aan de cliëntenraad maar het kan ook een ander orgaan (zoals een familieraad maar ook een algemene patiëntenvereniging) zijn. Dit lijkt ons flexibel, maar de verantwoordelijke ministers geven aan dat het onder de huidige Wmcz niet altijd duidelijk is welk orgaan bevoegd is. In de praktijk worden volgens de ministers vaak statutaire drempels opgeworpen die het enquêterecht nagenoeg onbereikbaar maken.⁷⁷ Het Wetsvoorstel Wcz kent het enquêterecht om die reden rechtstreeks aan de cliëntenraden toe; een statutaire grondslag is niet meer vereist.⁷⁸

Een rechtstreekse toekenning van het enquêterecht aan de cliëntenraad als onder art. 40 lid 4 Wcz lijkt echter strijdig met de bepalingen van Boek 2 BW, waar een limitatieve opsomming is opgenomen van degenen die bevoegd zijn een enquête in stellen (art. 2:346 en 347 BW). Bovendien worden de gronden voor het enquêteverzoek al deels ingevuld. Niet duidelijk is wat de verhouding is met het algemene enquêterecht.

Als er geen cliëntenraad is ingesteld komt het enquêterecht slechts toe aan degenen die dit recht op grond van de algemene regeling in Boek 2 BW (de rechtspersoon zelf, de vakvereniging en de advocaat-generaal bij het ressortspakket) of op grond van een overeenkomst of de statuten gekregen hebben.

Anders dan de cliëntenraad heeft de or geen wettelijk enquêterecht, ook niet in de onlangs gewijzigde regeling van Boek 2 BW.⁷⁹ De Minister van Veiligheid en Justitie noemde in 2010 als belangrijkste argument dat een or geen rechtspersoonlijkheid heeft en daardoor niet in de kosten kan worden veroordeeld. Dit geldt echter ook voor de cliëntenraad. Voor de or is er alleen een rol in het enquêterecht indien een andere enquêteregentigde het verzoek doet en hij zich kan voegen als belanghebbende of indien hij bij de statuten enquêterecht toegekend heeft gekregen.⁸⁰

2.5.9 Verslaggeving; maatschappelijke verantwoording

In hoofdstuk 6 paragraaf 1 van het Wetsvoorstel Wcz zijn regels opgenomen in verband met de zogenaamde maatschappelijke verantwoording. De MvT geeft aan dat inmiddels enige jaren ervaring is opgedaan met het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording, waarmee verantwoordings- en informatieverplichtingen zijn gestroomlijnd. Op deze manier kunnen zorginstellingen een integraal beeld geven van het reilen en zeilen van hun organisatie. Bijkomend voordeel is dat de onderlinge vergelijkbaarheid van informatie toeneemt. Met het Wetsvoorstel Wcz zal de stroomlijning zoals die in het Jaardocument is verwerkt in de wet worden verankerd.

77. *Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 66.*

78. Overigens geldt dit niet alleen voor stichtingen. Ook bij andere rechtsvormen heeft de cliëntenraad enquêterecht. In de memorie van toelichting wordt gesteld dat bij BV's aandeelhouders weliswaar de mogelijkheid hebben een enquêteverzoek in te dienen, maar hun invalshoek zal een andere zijn dan die van de cliëntenraad van de BV (*Kamerstukken II 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 144 e.v.*).

79. Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het burgerlijk wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, *Stb.* 2012, 274. Zie over het niet toekennen van enquêtebevoegdheid aan de or: de memorie van toelichting bij deze wet (*Kamerstukken II 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 11-14*).

80. Aldus de wenk bij RO 2010, 59.

2.5.10 Extern toezicht op naleving van governancebepalingen

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) houdt toezicht op de zorg. De Minister van VWS heeft onlangs in de Toezichtvisie IGZ onder meer aangegeven dat de IGZ nadrukkelijk (ook) op 'goed bestuur' let.⁸¹ De IGZ spreekt zorgaanbieders, hun raden van bestuur en raden van toezicht aan op hun bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid, aldus de minister. Voorts is het de bedoeling dat de IGZ in de toekomst toezicht houdt op naleving van de (governance)bepalingen die zijn opgenomen in de Wcz.

2.6 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

Regels van governance bij zorginstellingen zijn vastgelegd op verschillende niveaus: in algemene en bijzondere wetgeving en in de Zorgbrede Governancecode. De verhouding tussen deze verschillende regels is niet altijd duidelijk. Sommige regels overlappen elkaar en op andere gebieden zijn lacunes.

Het algemene stichtingenrecht is beperkt maar biedt ook flexibiliteit, bijvoorbeeld ten aanzien van de keuze voor een bestuursmodel. Huidige en toekomstige wet- en regelgeving voor zorginstellingen vullen het algemene stichtingenrecht aan, maar beperken daarbij de keuze voor een bestuursmodel aangezien zij uitgaan van een apart toezichthoudend orgaan (*two tier*-model). Wij menen dat goed en onafhankelijk toezicht bij zorginstellingen ook binnen een *one tier*-model te regelen is.

Het Wetsvoorstel Wcz verklaart de interne aansprakelijkheidsregels van art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op leden van de raad van toezicht. Aangezien deze regels ook zouden moeten gelden voor leden van raden van toezicht van andere soorten stichtingen, menen wij dat dit in het stichtingenrecht geregeld zou moeten worden. Datzelfde geldt voor de algemene taakomschrijving van de raad van toezicht in het Wetsvoorstel Wcz en het voorschrift dat leden van de raad van toezicht natuurlijke personen moeten zijn.

De rechten van belanghebbenden of – meer specifiek – cliënten zijn versnipperd geregeld, in onder meer de Wmcz en de Code. Belanghebbenden die nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop de zorginstelling de Code heeft nageleefd, kunnen het beleid laten toetsen door de Governancecommissie Gezondheidszorg. Zij kunnen ook op grond van het algemene stichtingenrecht de rechter verzoeken om het bestuur te ontslaan indien er sprake is van wanbeheer. De cliëntenraad heeft bovendien op grond van sectorwetgeving het recht een enquêteprocedure in te stellen. Ook de wetgever heeft ingezien dat de rechten van cliënten op verschillende plaatsen zijn geregeld waardoor deze niet altijd duidelijk kenbaar zijn. De regels in het Wetsvoorstel Wcz introduceren echter weer andere onduidelijkheden.

Het Wetsvoorstel Wcz lijkt te proberen governanceregels op één niveau te regelen met als argument dat de Code onvoldoende afdwingbaar is. Wij menen dat over

81. Bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 33 149, nr. 4.

de rechtskracht van de Code genuanceerd gedacht dient te worden. Benadrukt dient te worden dat de verklaring van een zorginstelling in haar jaarverslag dat zij bepalingen uit de Code toepast rechtsgevolgen heeft: een zorginstelling kan aan een dergelijke toezegging worden gehouden. Daarnaast heeft de Code indirect rechtskracht doordat hij gebruikt wordt bij de invulling van vele open normen, zoals (on)behoorlijk bestuur. Desalniettemin meent de politiek dat een groot aantal governance-regels uit de Code tot wet verheven moet worden.

Tegenwoordig wordt in verband met *good governance* veel nadruk gelegd op beginselen als transparantie, verantwoording en onafhankelijkheid. Er komen steeds meer formele onafhankelijkheidsregels voor leden van de raad van toezicht in (toekomstige) sectorwetgeving voor zorginstellingen. De Code is naar onze mening beter geschikt voor uitwerking van onafhankelijkheidseisen van bestuurders en toezichthouders. Maar ook governancevoorschriften over taakverdeling, kwaliteits-eisen en deskundigheidseisen kunnen beter in de Code worden uitgewerkt. Een voorbeeld is een Codebepaling dat de zorginstelling een of meer bestuurders (en eventueel leden van de raad van toezicht) moet aanwijzen die in het bijzonder belast zijn met (het toezien op naleving van voorschriften over) veiligheid van de zorg.

In statuten en reglementen van een zorginstelling kunnen op maat gemaakte en uitgewerkte regelingen opgenomen worden. Zij verduidelijken de verhouding tussen en de verschillende taken en bevoegdheden van het bestuurlijk en het toezichthoudend orgaan. Bovendien kan daarin vastgelegd worden hoe het bestuur de raad van toezicht van informatie voorziet. Een tegenstrijdigbelangregeling is gedeeltelijk opgenomen in de Code. In verband met een weloverwogen governancestructuur is een statutaire uitwerking van de tegenstrijdigbelangregeling voor bestuurders en toezichthouders echter onmisbaar.

Hoofdstuk 3

Pension Fund Governance

Mr. S.W.A.M. Visée*

3.1 Inleiding¹

Vanwege onzekerheden op de financiële markten (onder meer tot uiting komend in een aanhoudend lage rentestand) en demografische veranderingen zijn vele pensioenfondsen in de problemen geraakt: verschillende fondsen zijn genoodzaakt te korten op hun pensioenuitkeringen. Inmiddels wordt hard gewerkt aan een oplossing voor deze problemen: zo hebben de sociale partners in juni 2011 het Pensioenakkoord gesloten dat thans wordt uitgewerkt. Niet alleen het pensioenstelsel behoeft aanpassing; ook bestuur, toezicht en verantwoording bij pensioenfondsen moeten worden verbeterd.

Na een algemeen hoofdstuk 1 over de *governance van de stichting*, kwam in hoofdstuk 2 *healthcare governance* aan de orde. Dit hoofdstuk 3 gaat in op *pension fund governance*. In paragraaf 3.2 is de probleemstelling opgenomen: grosso modo wordt in hoofdstuk 3 over de pensioensector stilgestaan bij dezelfde rechtsvragen als in hoofdstuk 2 over de zorg. Paragraaf 3.3 gaat over de kenmerken en de gebruikelijke rechtsvorm van pensioenfondsen. In paragraaf 3.4 wordt aandacht besteed aan de huidige sectorregelgeving voor pensioenfondsen. Deze is vervat in de Pensioenwet² en in de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de Stichting van de Arbeid. Paragraaf 3.5 beschrijft de wijziging van de Pensioenwet die is voorzien in de onlangs aangenomen Wet versterking bestuur pensioenfondsen.³ Tot slot worden in paragraaf 3.6 enkele conclusies getrokken en enige aanbevelingen gedaan.

3.2 Probleemstelling en vragen

In hoofdstuk 1 hebben wij de gelaagdheid van governanceregels uiteengezet:

- a. in een algemene wettelijke regeling;
- b. in een bijzondere wettelijke regeling, zoals in sectorspecifieke wet- en regelgeving;
- c. in een governancecode; en
- d. in statuten en/of reglementen.

* Mr. S.W.A.M. Visée is advocaat in Amsterdam, partner van Rutgers & Posch en voormalig partner van Houthoff Buruma.

1. Dit hoofdstuk 3 is een bewerking van en bouwt voort op een artikel van S.W.A.M. Visée: 'In slakengang naar een beter bestuur bij pensioenfondsen', *TPV* 2011, 26, p. 5-13 en zijn bijdrage aan *Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance: Het bestuurs- en toezichtmodel van pensioenfondsen*, ZIFO-reeks nr. 7, Deventer: Kluwer 2012, p. 60-80.
2. In dit hoofdstuk 3 blijft het beroepspensioenfonds, dat is geregeld in de Wet verplichte beroepspensioenregeling, buiten beschouwing.
3. *Stb.* 2013, 302. Het belangrijkste deel van de nieuwe wet treedt op 1 juli 2014 in werking, *Stb.* 2013, 330.

Waar de (algemene) wettelijke regeling van de stichting (behalve in een paar wettelijke verwijzingen) zwijgt over intern toezicht, spreekt de Pensioenwet daar wel over. De Wet versterking bestuur pensioenfondsen gaat nog verder en verklaart art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op de leden van de raad van toezicht. Vanaf 1 juli 2014 geldt de algemene wettelijke regeling van interne aansprakelijkheid uit Boek 2 BW wel voor toezichthouders in de pensioensector maar niet voor toezichthouders bij stichtingen in het algemeen.⁴ Dat brengt ons op de volgende vraag: *Welke sectorspecifieke regelgeving is er op het gebied van governance in de pensioensector en hoe verhouden deze regels zich met het algemene stichtingen- en rechtspersonenrecht?*

Hiervoor zagen wij al dat (sectorale) governancecodes vaak worden gebruikt om sectorale regelgeving op het gebied van governance aan te vullen. De regeling van de governance van pensioenfondsen in de Pensioenwet is uiterst beperkt. Zo komt het woord toezicht in de betekenis van intern toezicht letterlijk een keer in de wet voor.⁵ Geïnspireerd door de Code Tabaksblat uit december 2003 werden in de pensioensector allerlei initiatieven gestart om te komen tot aanbevelingen en een gedragscode voor het beter besturen van pensioenfondsen. Deze initiatieven werden gebundeld en resulteerden in de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de Stichting van de Arbeid (STAR) die in december 2005 werden gepubliceerd. Bij nadere beschouwing steken de STAR Principes bleek af tegen de Nederlandse Corporate Governance Code. In dit hoofdstuk 3 beantwoorden wij de navolgende vraag: *Welke (aanvullende) regels bevatten de STAR Principes, wat is daarvan de rechtskracht en hoe verhouden deze Principes zich tot de sectorwet- en regelgeving?*

De wet en regelgeving in de pensioensector en de STAR Principes laten enige leemtes zien die ingevuld kunnen worden in de statuten en reglementen van pensioenfondsen. De vraag die wij ons stellen is: *Welke statutaire uitwerkingen op het gebied van governance zijn onder de huidige en toekomstige wet- en regelgeving voor een pensioenfonds noodzakelijk of aanbevelingswaardig?*

3.3 Kenmerken en rechtsvorm van een pensioenfonds

3.3.1 Kenmerken van een pensioenfonds

In Nederland bestaat slechts een beperkt pensioen van overheidswege (de AOW). Het belangrijkste deel van ons pensioensysteem (de zogenoemde ‘tweede pijler’ die zorgt voor aanvullende uitkeringen) is tot stand gebracht door (organisaties van) werkgevers en werknemers. De sociale partners zijn pensioenregelingen overeengekomen en hebben de uitvoering daarvan opgedragen aan pensioenfond-

4. Aangetekend dient te worden dat art. 2:9 BW wel van overeenkomstige toepassing is verklaard op toezichthouders van stichtingen in geval van faillissement van een stichting die aan heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen: zie art. 2:300a juncto art. 2:149 BW. Overigens zagen wij in hoofdstuk 2 al dat het Wetsvoorstel Wcz voorziet in het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 2:9 BW op toezichthouders in de zorg.

5. Dat wil zeggen: de Pensioenwet zoals deze luidt voor inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen waarin wijzigingen en aanvullingen op de Pensioenwet zijn opgenomen.

sen. In totaal hebben Nederlandse pensioenfondsen € 1007 miljard⁶ bijeengebracht voor pensioenen.

Kerntaken van een pensioenfonds zijn: het beheer (met inbegrip van belegging) van de aan het fonds in de vorm van betaalde premies toevertrouwde gelden, de administratie van de rechten (inclusief de uitbetaling van het verschuldigde pensioen) en de informatieverstrekking aan belanghebbenden. Een pensioenfonds kan een deel van zijn werkzaamheden uitbesteden aan een derde; de mate waarin dat geschiedt verschilt aanzienlijk. Aan de ene kant van het spectrum staat het zelf administrerend pensioenfonds dat met eigen personeel de pensioenadministratie, het vermogensbeheer en de informatieverzorging verzorgt: dit komt in de praktijk niet zoveel meer voor. Aan de andere kant van het spectrum staat het pensioenfonds dat alle kerntaken heeft uitbesteed. Indien een pensioenfonds (nagenoeg) al zijn taken heeft uitbesteed aan een externe managementorganisatie, heeft het idealiter nog wel een bestuursbureau zodat de pensioenfondsbestuurders voldoende zijn opgewassen tegen de professionals in de managementorganisatie.

Dankzij wettelijke verplichtstellingen bouwt een zeer groot deel van de Nederlandse beroepsbevolking een pensioen op in de 'tweede pijler'. Voor het overige is de overheidsbemoeienis gering: pensioen is de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers. Volgens de definitie van art. 1 PW is een pensioenfonds een rechtspersoon, waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ten uitvoering van ten minste een basispensioenregeling. Uit deze definitie blijkt dat het door de werkgevers en werknemers bijeengebrachte pensioenkapitaal is afgezonderd in specifiek voor dat doel opgerichte rechtspersonen. Aldus heeft de wetgever bevorderd dat overeengekomen pensioenverplichtingen daadwerkelijk kunnen worden nagekomen. Schuldeisers van werkgevers en werknemers kunnen zich niet op het vermogen van het pensioenfonds verhalen. Bovendien worden werkgevers en werknemers beschermd tegen hun neiging om het door hen afgezonderde kapitaal te besteden voor een ander doel dan de uitvoering van een pensioenregeling.

3.3.2 Rechtsvorm van een pensioenfonds

De Pensioenwet schrijft – opvallend genoeg – niet voor welke rechtsvorm een pensioenfonds dient te hebben.⁷ Wel is volgens de wet voor omzetting van een pensioenfonds in een andere rechtsvorm een verklaring van geen bezwaar van de toezichthouder vereist.⁸ Ook dient een pensioenfonds de deelnemersraad in de

6. Gezamenlijke balanstotaal van alle Nederlandse pensioenfondsen per ultimo 2012: zie www.statistics.dnb.nl/financieele-instellingen/pensioenfondsen/macro-economische-statistiek-pensioenfondsen/index.jsp. Opvallend is overigens dat dit gezamenlijke balanstotaal ondanks de financiële crisis met circa € 130 miljard is toegenomen ten opzichte van eind 2011.

7. Vergelijk art. 3:19a Wet op het financieel toezicht (Wft) dat bepaalt dat een premiepensioeninstelling met zetel in Nederland de rechtsvorm heeft van naamloze vennootschap, besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, stichting of Europese naamloze vennootschap.

8. Art. 108a PW.

gelegenheid te stellen advies uit te brengen over een omzetting van een pensioenfonds in een andere rechtsvorm.⁹

In de praktijk is een pensioenfonds veelal een stichting. Bij uitzondering wordt voor een pensioenfonds de rechtsvorm van naamloze vennootschap, besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of vereniging gebruikt.¹⁰ In de literatuur heeft De Lange een andere rechtsvorm voor een pensioenfonds gepropageerd, namelijk die van de onderlinge waarborgmaatschappij.¹¹ De onderlinge waarborgmaatschappij is een bijzondere vorm van de vereniging. Ook voor een andere bijzondere verenigingsvorm bestaat belangstelling in de pensioensector: de coöperatie. Omdat een vereniging in tegenstelling tot een stichting leden kent, is de medezeggenschap van deelnemers in een pensioenfonds gemakkelijker te regelen in een vereniging, namelijk door middel van de algemene ledenvergadering. Anderzijds is de stichtingsvorm naar haar aard passend voor een pensioenfonds, omdat de stichting volgens art. 2:285 lid 1 BW een rechtspersoon is die beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken. Het vermogen van een pensioenfonds is typisch een doelvermogen: het is bestemd ter financiering van een levenslang pensioen. Maatman noemt in zijn dissertatie een ander interessant aspect op grond waarvan hij de stichting de natuurlijke rechtsvorm voor het pensioenfonds vindt: de fiduciaire relatie tussen (het bestuur van) de stichting en degenen die vermogen hebben 'toevertrouwd'; het bestuur van een stichting dient het toevertrouwde vermogen zo goed mogelijk te beheren. Volgens het eerdergenoemde lid 1 van art. 2:285 BW kent de stichting geen leden. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat het doel van de stichting niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan haar oprichters of bestuurders. Art. 2:304 BW stelt buiten twijfel dat deelnemers in een pensioenfonds niet kunnen worden beschouwd als leden van de stichting en dat pensioenuitkeringen aan oprichters/bestuurders niet hebben te gelden als verboden uitkeringen in de zin van het derde lid van art. 2:285 BW.

Zonder ons uit te spreken over de meest wenselijke rechtsvorm voor een pensioenfonds, constateren wij slechts dat een goede wettelijke regeling voor de governance van pensioenfondsen een deugdelijk fundament behoeft. Dat fundament is een duidelijke keuze van de wetgever voor een rechtsvorm van pensioenfondsen. Immers, de governance van een rechtspersoon is bij de verschillende rechtsvormen anders geregeld. Door een heldere keuze voor een bepaalde rechtsvorm kan de wetgever aansluiten bij de regeling van die rechtsvorm in Boek 2 BW. In dit hoofdstuk 3 sluiten wij ons aan bij de gebruikelijke praktijk en gaan wij ervan uit dat een pensioenfonds de rechtsvorm van de stichting heeft. In de meeste artikelen van de Pensioenwet lijkt de wetgever stilzwijgend van dezelfde veronderstelling uit te gaan.

9. Art. 111 lid 2 aanhef en onderdeel k PW.

10. R.H. Maatman, *Het pensioenfonds als vermogensbeheerder* (diss. Nijmegen), 2004, par. 5.2.

11. P.M.C. de Lange, 'De rechtsvorm van de pensioenuitvoerder', *NJB* 1997, p. 1798-1803 en P.M.C. de Lange, *Subjectief Pensioenrecht* (inaugurele rede Nijmegen), 1999, p. 25-36. Zie hierover in kritische zin: T.J. van der Ploeg, 'De rechtsvorm en de bestuurlijke organisatie van pensioenfondsen', *TPV* 2005-1, p. 14-19.

Tijdens de parlementaire behandeling van de hierna (in paragraaf 3.5) te noemen Wet versterking bestuur pensioenfondsen is de rechtsvorm van pensioenfondsen wel kort aan de orde geweest; de regering liet toen weten: 'De Pensioenwet verplicht pensioenfondsen er niet toe om de stichting als uitvoeringsvorm te kiezen. De regering heeft bij de vormgeving van de governance de stichting als uitgangspunt genomen. De reden hiervoor is dat vrijwel alle bestaande pensioenfondsen de vorm van een stichting hebben.'¹²

3.4 **Governanceregels in de huidige sectorregelgeving en de STAR Principes**

3.4.1 **Pensioenwet**

De Pensioenwet regelt in hoofdstuk 2 de pensioenovereenkomst tussen werkgever en werknemer die deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. Op grond van art. 23 PW dient een werkgever een pensioenovereenkomst onder te brengen bij een pensioenuitvoerder: dat is een ondernemingspensioenfonds (opf), een bedrijfstakpensioenfonds (bpf) of een verzekeraar.¹³ Daartoe sluit de werkgever een uitvoeringsovereenkomst met de pensioenuitvoerder. Hoofdstukken 3 en 4 van de Pensioenwet bevatten gedetailleerde voorschriften ten aanzien van de inhoud van deze overeenkomst respectievelijk de pensioenuitvoerder. Art. 33 lid 1 PW bepaalt dat een pensioenuitvoerder zijn organisatie zodanig inricht dat een goed bestuur gewaarborgd is waardoor er in ieder geval (a) verantwoording wordt afgelegd aan de aanspraak- en pensioengerechtigden en de werkgever en (b) intern toezicht is. Hoofdstuk 5 van de Pensioenwet gaat over pensioenfondsen in het algemeen en hoofdstuk 6 van de Pensioenwet behandelt het financieel toetsingskader inzake pensioenfondsen. Tot slot bevat de Pensioenwet voorschriften omtrent extern toezicht en gerechtelijke procedures.

Sprekend over *pension fund governance* regelt de Pensioenwet met name de samenstelling van het bestuur van het pensioenfonds en de instelling en de bevoegdheden van de deelnemersraad. De regeling van de dagelijks beleidsbepalers en het verantwoordingsorgaan in de Pensioenwet is heel summier. Over intern toezicht zegt de Pensioenwet niets, behalve dat het genoemd wordt in het hiervoor aangehaalde art. 33 lid 1.

In de praktijk geschiedt de beleidsvoorbereiding en -uitvoering vaak door een titulaire directie die geen deel uitmaakt van het bestuur. In dit verband moeten volgens art. 105 lid 1 PW ten minste twee natuurlijke personen het dagelijks beleid van een pensioenfonds bepalen. Art. 105 lid 2 PW schrijft voor: 'De personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of medebepalen richten zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, pensioengerechtigden en de werkgever en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze verte-

12. Nota naar aanleiding van het nader verslag van 29 maart 2013, *Kamerstukken II 2012/13*, 33 182, nr. 14, p. 2.

13. Als alternatief kan de werkgever een premieovereenkomst onderbrengen bij een premiepensioeninstelling.

genwoordigd kunnen voelen.’ Zien wij het goed, dan geldt dit voorschrift zowel voor de titulaire directie als voor het statutaire bestuur van een pensioenfonds. Hetzelfde geldt volgens ons voor de normen van de leden 3 en 5 van art. 105 PW inhoudende dat de (mede-)beleidsbepalers van een pensioenfonds deskundig en betrouwbaar dienen te zijn.

Volgens art. 99 lid 1 PW wordt het bestuur van een bpf in beginsel gevormd door vertegenwoordigers van werkgevers- én werknemersverenigingen in de betrokken bedrijfstak, in gelijke aantallen. De statuten van een bpf kunnen voorzien in andere bestuurders dan vertegenwoordigers van werkgevers- en werknemersverenigingen, zoals gewezen deelnemers of pensioengerechtigden. Deze andere bestuurders hebben voor de toepassing van art. 99 lid 1 PW te gelden als werknemersvertegenwoordigers (art. 99 lid 2 PW).

In het bestuur van een opf bezetten de werknemersvertegenwoordigers *ten minste* evenveel zetels als de werkgeversvertegenwoordigers, met dien verstande dat indien vertegenwoordigers van pensioengerechtigden zetels bezetten, zij tezamen met werknemersvertegenwoordigers *ten minste* evenveel zetels bezetten als de werkgeversvertegenwoordigers (art. 99 lid 3 PW). Bij een zogenaamde multi-opf,¹⁴ een opf dat pensioenregelingen uitvoert voor meerdere ondernemingen of groepen, wordt elke onderneming of groep volgens art. 99 lid 4 PW door ten minste een werknemersvertegenwoordiger en een werkgeversvertegenwoordiger vertegenwoordigd in het bestuur. Dit kan ertoe leiden dat het bestuur van een multi-opf onwerkbaar groot wordt. Art. 99 lid 6 PW bepaalt dat, indien de statuten van een opf voorzien in stemgerechtigde vertegenwoordigers in het bestuur van anderen dan werknemers of de werkgever, die vertegenwoordigers voor de toepassing van het derde en vierde lid worden gelijkgesteld met de werknemersvertegenwoordigers. Er zij op gewezen dat de (hierboven onderstreepte) woorden *ten minste* in art. 99 lid 3 PW uitdrukken dat werknemersvertegenwoordigers (en daarmee gelijkgestelde bestuursleden) ook de meerderheid kunnen vormen in het bestuur van een opf.

De bepalingen in de Pensioenwet over de bestuurssamenstelling van een pensioenfonds spreken alleen over zetelverdeling. Opvallend genoeg zwijgt de Pensioenwet over het stemrecht van bestuursleden dat uiteindelijk beslissend is voor de machtsverhoudingen binnen pensioenfonds. Denkbaar is dat het stemrecht in de statuten niet gelijk is verdeeld over de verschillende bestuursleden. Aldus kan de heel strikt lijkende pariteitseis voor bedrijfstakpensioenfonds gemakkelijk worden ontgaan.

Ondernemingspensioenfonds met veel pensioengerechtigden dienen volgens art. 100 lid 1 PW de medezeggenschap voor pensioengerechtigden te regelen. Dat kan door vertegenwoordigers van pensioengerechtigden zitting te laten nemen in het bestuur, dan wel door een deelnemersraad in te stellen: een orgaan waarin vertegenwoordigers van pensioengerechtigden en van deelnemers evenredig vertegenwoordigd zijn en waarin ook vertegenwoordigers van gewezen deelnemers

14. Zie over de multi-opf: R.H. Maatman, ‘Multi-opf en premiepensioeninstelling (PPI)’, *Ondernemingsrecht* 2010, 143.

zitting kunnen hebben. Tenzij bij een opf al is voorzien in een deelnemersraad en een bestuur waarin vertegenwoordigers van pensioengerechtigden zitting hebben, behoort een opf een schriftelijke raadpleging onder pensioengerechtigden te houden over de wijze waarop de medezeggenschap van pensioengerechtigden vorm moet worden gegeven (art. 100 lid 2 PW). Het bestuur van een opf is volgens art. 110 lid 1 PW ook verplicht tot het instellen van een deelnemersraad indien daartoe wordt verzocht door ten minste 5% van de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. Op grond van art. 109 lid 1 PW is de instelling van een deelnemersraad verplicht bij een bpf.

Een pensioenfonds dient in ieder geval de deelnemersraad om advies te vragen over de in art. 111 lid 2 PW genoemde voorgenomen belangrijke besluiten, zoals vaststelling van het jaarverslag en de jaarrekening, de actuariële en bedrijfstechnische nota en het vaststellen of wijzigen van het toeslagbeleid (in wezen het indexatiebeleid). Daarnaast kan de deelnemersraad ook uit eigen beweging advies uitbrengen over 'aangelegenheden die het pensioenfonds betreffen' (art. 111 lid 1 PW). Ingeval een besluit van het pensioenfonds niet in overeenstemming is met het – gevraagde of ongevraagde – advies van de deelnemersraad, kan deze raad beroep instellen bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Volgens art. 217 lid 5 PW kan het beroep uitsluitend worden ingesteld 'ter zake dat het pensioenfonds bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen', welke formulering is overgenomen uit art. 26 WOR. Het beroepsrecht bij de ondernemingskamer met name ten aanzien van niet door het bestuur opgevolgde *ongevraagde* adviezen biedt de deelnemersraad een belangrijk machtsmiddel.

Uit het eerdergenoemde art. 33 lid 1 PW blijkt dat pensioenfondsen een verantwoordingsorgaan moeten instellen voor het afleggen van verantwoording aan de aanspraak- en pensioengerechtigden en de werkgever.¹⁵ Op grond van art. 219 PW heeft het verantwoordingsorgaan het recht van enquête als bedoeld in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW. Voor het overige zwijgt de Pensioenwet over de taken en bevoegdheden van het verantwoordingsorgaan. Daarvoor moet men te rade gaan bij de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de STAR.

3.4.2 Rechtskarakter STAR Principes

Op 16 december 2005 heeft het bestuur van de STAR het rapport 'Principes voor goed pensioenfondsbestuur (Pension Fund Governance)' vastgesteld. Het rapport is opgesteld op verzoek van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en voorbereid door een werkgroep waarin naast vertegenwoordigers van de sociale partners ook vertegenwoordigers van de pensioenkoepels, de verzekeraars en de ouderenorganisaties zitting hadden. Het rapport bestaat uit zes hoofdstukken en bevat niet alleen principes voor goed pensioenfondsbestuur voor pensioenfondsen (hoofdstuk 4) maar ook voor rechtstreeks verzekerde regelingen (hoofdstuk 5). De STAR was van oordeel dat goed pensioenfondsbestuur niet vrijblijvend mocht zijn

15. Zie hierover: A.F. Verdam, 'Toezicht en verantwoording binnen het pensioenfonds', *WPNR* 2011-6871, p. 61-68.

en dat daarom naleving van de principes wettelijk verplicht gesteld diende te worden.¹⁶ De regering heeft het idee van een wettelijke verplichtstelling overgenomen¹⁷, maar deze is door onvolkomen regelgeving uiteindelijk niet gerealiseerd.

De basis voor de beoogde wettelijke verankering ligt in art. 33 lid 2 PW, dat bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur regels kunnen worden gesteld met betrekking tot het eerste lid.¹⁸ Die regels kunnen in het bijzonder betrekking hebben op de naleving van de in die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen principes voor goed pensioenfondsbestuur. In art. 11 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (hierna: Uitvoeringsbesluit PW) worden als principes voor goed pensioenfondsbestuur als bedoeld in art. 33 lid 2 PW aangewezen de Principes voor goed pensioenfondsbestuur, zoals geformuleerd door de STAR op 16 december 2005. Dit besluit zegt echter niets over de naleving van de STAR Principes, laat staan over welke hoofdstukken uit het STAR-rapport precies zouden moeten worden nagekomen. Desalniettemin schrijft De Nederlandsche Bank op haar website dat alle pensioenfondsen per 1 januari 2008 de STAR Principes moeten hebben ingevoerd. Ook in de literatuur wordt er veelal ten onrechte van uitgegaan dat de STAR Principes een verbindend karakter hebben.¹⁹

Aleen Maatman en Blom hebben geconstateerd dat de STAR voor ogen had dat de naleving van de Principes wettelijk verplicht zou worden gesteld, maar dat art. 11 Uitvoeringsbesluit PW slechts bepaalt dat de Principes worden aangemerkt als de thans geldende principes van goed pensioenfondsbestuur.²⁰ Daarom noemde Maatman de status van de Principes 'enigszins ambigu'. Volgens hem verdiende het aanbeveling om de status van de Principes te verduidelijken: 'Een goede gelegenheid daarvoor dient zich aan naar aanleiding van de evaluatie van de Principes in 2008'. Van deze gelegenheid is géén gebruik gemaakt: het rapport van de pensioencommissie van de SER omtrent de inventarisatie van de implementatie van de Principes gaat uit van de onjuiste veronderstelling dat naleving van de Principes wettelijk verplicht is gesteld en besteedt geen aandacht aan de juridische status van de Principes.^{21, 22}

16. Zie p. 12 van het rapport.

17. Nota van wijziging 30 maart 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 14, p. 4 en nota naar aanleiding van het verslag 17 mei 2006, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 413, nr. 17, p. 71-72.

18. Zie hierboven de eerste alinea van par. 3.4.1.

19. Zie onder meer: Voorhoeve in zijn commentaar op de Principes in T&C Pensioenrecht, A.F. Verdam in zijn in noot 15 genoemde artikel op p. 63 en B.C.G. Jennen & H.J.Th. Biemond, 'Pensioenfondsen, integriteit en toezicht: het juridische kader', *TPV* 2011, 3, p. 19.

20. R.H. Maatman, 'Pension Fund Governance 2007', *Ondernemingsrecht* 2007, 130, p. 444 en L.H. Blom, 'Evaluatie PFG en medezeggenschap van start', *Pensioen & Praktijk* 2008, 10, p. 25. Wellicht naar aanleiding van deze artikelen heeft de CDA-fractie in januari 2009 vragen gesteld over de naleving van de Principes (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 811, nr. 6, p. 5). De minister heeft daar kortweg op geantwoord dat de regering kan bevestigen 'dat deze regels ook daadwerkelijk nageleefd dienen te worden' (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 811, nr. 7, p. 12). De minister heeft blijkbaar toen niet onderkend dat in art. 11 Uitvoeringsbesluit PW een nalevingclausule ontbreekt.

21. Zie Inventarisatie Principes voor goed pensioenfondsbestuur, rapport pensioencommissie SER, 19 maart 2009, p. 3 en 9. Ook in de kabinetsreactie op het SER-rapport komt het rechtskarakter van de Principes niet aan de orde: brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 4 december 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 294, nr. 37.

22. De wettelijke verankering van de STAR Principes is onvergelykbaar met die van de Nederlandse Corporate Governance Code: deze Code is gepubliceerd in de *Staatscourant* en aangewezen als gedragscode. Beursgenoteerde ondernemingen respectievelijk institutionele beleggers, zoals pensioenfondsen, zijn wettelijk verplicht in hun jaarverslag of op hun website mededeling te doen over de

Door de onvolkomen formulering van art. 11 Uitvoeringsbesluit PW, is naleving van de Principes wettelijk niet verplicht: daarmee zijn de Principes dus géén wetgeving in materiële zin. Dat lijkt ons ook niet meer dan billijk. Het gaat niet aan dat de wetgever haar regelgevende bevoegdheid zou delegeren aan de STAR. Onzes inziens hebben de STAR Principes te gelden als de in Nederland levende opvattingen ten aanzien van goed pensioenfondsbestuur. Deze opvattingen zijn relevant omdat volgens art. 3:12 BW bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, onder meer rekening moet worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen. Deze formulering sluit aan bij art. 2:8 lid 1 BW dat stipuleert dat een rechtspersoon (zoals een pensioenfonds) en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Een tussen hen krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit, geldende regel is volgens art. 2:8 lid 2 BW niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Met andere woorden: de STAR Principes zijn van belang bij de invulling van de open norm van de redelijkheid en de billijkheid. Daarnaast zijn de STAR Principes uiteraard verbindend, voor zover ze zijn overgenomen in statuten of reglementen van pensioenfondsen.

3.4.3 Inhoud STAR Principes

Na deze beschouwingen over het rechtskarakter van de STAR Principes besteden wij nu aandacht aan de inhoud ervan. Hoofdstuk 4 van het STAR-rapport omvat de Principes voor goed pensioenfondsbestuur en bestaat uit bepalingen over bestuur, verantwoording en intern toezicht. De Principes over bestuur zijn deels weinigzeggend en niet erg ambitieus, deels een herhaling van wat elders reeds voorgeschreven of aanbevolen is en hebben deels niets van doen met goed pensioenfondsbestuur (Principe A4).²³ Het meest waardevol is misschien nog wel Principe A13 dat bepaalt dat het bestuur een procedure vaststelt voor een periodieke evaluatie van het functioneren van het bestuur als geheel en van de individuele bestuursleden. Als daaruit blijkt dat een bestuurslid niet functioneert, kan dat leiden tot zijn vervanging (Principe A14).

Principe B1 luidt dat het bestuur een verantwoordingsorgaan instelt en de inrichting en bevoegdheden daarvan vastlegt in de statuten en reglementen. In het verantwoordingsorgaan zijn actieve deelnemers, pensioengerechtigden en de financieel betrokken werkgever(s) in gelijke mate vertegenwoordigd. Het bestuur kan ervoor kiezen dat ook gewezen deelnemers (de zogeheten slapers) zijn vertegenwoordigd in het verantwoordingsorgaan (Principe B2). Het verantwoordingsorgaan kan naar keuze van het bestuur bestaan uit de deelnemersraad aangevuld met vertegenwoor-

naleving van de codebepalingen die zijn gericht tot bestuurders of commissarissen respectievelijk institutionele beleggers. Indien codebepalingen niet worden nageleefd, wordt daarvan gemotiveerd opgave gedaan: 'pas toe of leg uit'. Voor institutionele beleggers is dit geregeld in art. 5:86 Wft. Zie over het rechtskarakter van de Nederlandse Corporate Governance Code: S.W.A.M. Visée, 'Het rechtskarakter van de Code Tabaksblad', in: *Markten onder toezicht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 279-287.

23. Vergelijk Winter die het nodige heeft aan te merken op het rapport van de STAR in: J.W. Winter, 'Pensioenfondsbestuur in Echternach', *TPV 2006-1*, p. 17-20.

digers van de werkgever(s) (Principe B4). De belangrijkste bevoegdheid van het verantwoordingsorgaan is om jaarlijks een oordeel te geven over het handelen van het bestuur aan de hand van het jaarverslag, de jaarrekening en de andere informatie, waaronder de bevindingen van het interne toezicht, over het door het bestuur uitgevoerde beleid, alsmede over de beleidskeuzes voor de toekomst. Dit oordeel wordt, samen met de reactie van het bestuur daarop, bekendgemaakt en in het jaarverslag van het fonds opgenomen (Principe B8). Aldus kan het verantwoordingsorgaan jaarlijks een vertrouwensoordeel over het bestuur uitspreken. In de praktijk zal het zeer moeilijk zijn voor een bestuur om na een eventueel negatief oordeel voort te gaan zonder ingrijpende wijzigingen in het beleid. Anderzijds hoeft het bestuur geen ontslag te nemen en kan het verantwoordingsorgaan het bestuur ook niet naar huis zenden.²⁴ Wel heeft het verantwoordingsorgaan als gezegd ingevolge art. 219 PW het recht een enquêteverzoek in te dienen bij de ondernemerskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Een besluit van het verantwoordingsorgaan tot het indienen van een enquêteverzoek vergt wel een in Principe B11 niet nader omschreven gekwalificeerde meerderheid. Uit de inventarisatie van de Principes door de SER blijkt dat ongeveer de helft van de fondsen voor een besluit tot het indienen van een enquêteverzoek een eis van een tweederde meerderheid stelt, al dan niet aangevuld met aanwezigheidseisen. Ongeveer 5% van de fondsen gaat uit van een gewone meerderheid; de overige fondsen stellen zwaardere eisen dan een tweederde meerderheid. Ongeveer 10% van de fondsen vereist unanieme besluitvorming, hetgeen in strijd is met Principe B11.²⁵ Door deze invulling van Principe B11 in de praktijk is het machtige wapen dat het verantwoordingsorgaan met het enquêterecht in handen heeft gekregen behoorlijk ontkracht.

De Principes voorzien ook in intern toezicht door onafhankelijke deskundigen, hetgeen kan worden gezien als een nadere uitwerking van het bepaalde in art. 33 lid 1 PW. Volgens Principe C1 draagt het bestuur zorg voor de organisatie van een transparant intern toezicht. Dit lijkt te betekenen dat de bestuurders hun eigen toezichthouders kunnen uitzoeken. Hierdoor lijken loyaliteiten te ontstaan die niet bevorderlijk zijn voor adequaat toezicht.²⁶ In ieder geval zeggen de Principes niets over de benoeming van toezichthouders: dit dient derhalve in de statuten van een pensioenfonds te worden geregeld. Volgens Principe C2 heeft het interne toezicht betrekking op het kritisch bezien van het functioneren van (het bestuur van) het pensioenfonds. Het is sterk de vraag of het interne toezicht daarmee op een juiste wijze is ingebed in de organisatie van een pensioenfonds. Immers, in de praktijk vinden de beleidsvoorbereiding en -uitvoering veelal plaats of door een directie binnen de organisatie of door een externe pensioenuitvoerder. Het bestuur neemt dan wel de formele besluiten, maar functioneert in de praktijk meer als een soort toezichthoudend orgaan dat het beleid vaststelt en uitvoeringsbesluiten goedkeurt. Als een directie binnen de organisatie van een pensioenfonds de beleidsvoorbereiding en -uitvoering voor haar rekening neemt, zou het goed zijn deze

24. Zie over verantwoording Winter in zijn in de vorige noot genoemde artikel en A.F. Verdam, 'Toezicht en verantwoording binnen het pensioenfonds', *WPNR* 2011-6871.

25. *Inventarisatie Principes voor goed pensioenfondsbestuur*, rapport pensioencommissie SER, 19 maart 2009, p. 4 en 5.

26. Vergelijk H.M. Vletter-Van Dort, 'Toezichthouder bij een pensioenfonds: gedoemd te falen?', *Ondernemingsrecht* 2013, 27, zie met name het einde van par. 2.3.

directie de formele bestuursrol te geven en het huidige bestuur, dat zich in feite alleen bezighoudt met beleidsvaststelling en toezicht, om te vormen tot raad van toezicht. Indien de beleidsvoorbereiding en -uitvoering is uitbesteed aan een externe managementorganisatie, staat het bestuur van het pensioenfonds op afstand en stelt het vooral beleid vast dat door deze uitvoeringsorganisatie is voorbereid. In feite functioneert het bestuur dan als quasi toezichthouder en het is niet erg effectief dat bestuur nog eens onder toezicht van onafhankelijke deskundigen te stellen. Beter is het om de deskundigheid van het bestuur te vergroten en het bestuur te laten ondersteunen door een kleine, zeer professionele staf (in de praktijk wel bestuursbureau genoemd), zodat het een goed tegenwicht biedt aan de externe managementorganisatie.

Volgens Principe C3 heeft het interne toezicht ten minste tot taak het beoordelen van beleids- en bestuursprocessen en de ‘*checks en balances*’ binnen het fonds, de wijze waarop het fonds wordt aangestuurd en de wijze waarop door het bestuur wordt omgegaan met de risico’s op de langere termijn. Op grond van Principe C4 rapporteert het interne toezicht aan het bestuur dat deze rapportage vervolgens bespreekt met het verantwoordingsorgaan. Uit Principes C3 en C4 volgt dat met het interne toezicht in de Principes in feite niet het soort toezicht wordt bedoeld zoals dat aan de raad van commissarissen is opgedragen bij een beursvennootschap. Daar strekt het toezicht zich uit tot het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de onderneming en is het toezicht niet beperkt tot procedures en processen. Ten tweede is het toezicht van een raad van commissarissen in een beursgenoteerde onderneming doorlopend en niet beperkt tot een jaarlijkse rapportage. Ten slotte legt een raad van commissarissen verantwoording af over haar toezichthoudende taak aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Van de uitwerking van het interne toezicht in de Principes valt weinig meer te verwachten dan dat het ‘het bestuur van tijd tot tijd een spiegel voorhoudt’, zoals Verdam het uitdrukt.²⁷

Volgens Principe C5 kan het bestuur voor de inrichting van het interne toezicht kiezen uit een aantal mogelijkheden, zoals visitatie, het instellen van een afzonderlijk orgaan voor intern toezicht, de systematiek van de *one tier board* of een auditcommissie. Uit de inventarisatie door de SER blijkt dat in 2008 bijna 80% van de fondsen intern toezicht heeft georganiseerd. De meeste fondsen hebben gekozen voor een visitatiecommissie en een rapportagefrequentie van een keer in de drie jaar.²⁸ Deze wijze van implementatie van het door de Principes voorziene interne toezicht sluit aan bij het hiervoor omschreven beeld van toezicht als ‘spiegelfunctie’ voor het bestuur.

Al met al zijn de STAR Principes niet meer dan een erkenning van het belang van goed pensioenfondsbestuur en de plicht tot verantwoording aan belanghebbenden. De STAR Principes bevatten weinig concrete bepalingen om een en ander daadwerkelijk te verwezenlijken. Gelet op de ontstaansgeschiedenis van de STAR Principes mocht misschien ook niet meer verwacht worden dan dit weinig vergaande rapport

27. A.F. Verdam, ‘Toezicht en verantwoording binnen het pensioenfonds’, WPNR 2011-6871, p. 66.

28. Zie p. 5 van het in noot 25 genoemde SER-rapport.

dat duidelijk als een politiek compromis valt te kenschetsen. In ieder geval is de inhoud van de STAR Principes niet te vergelijken met die van de Nederlandse Corporate Governance Code,²⁹ die genuanceerde bepalingen bevat omtrent de taak en werkwijze van de raad van bestuur en de raad van commissarissen, de onafhankelijkheid en deskundigheid van de leden van de raad van commissarissen, tegenstrijdige belangen, verantwoordelijkheid van aandeelhouders/institutionele beleggers, de financiële verslaglegging en de positie van de interne auditfunctie en de externe accountant.

Inmiddels heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangekondigd dat de STAR Principes moeten worden herzien en partijen hiertoe uitgenodigd.³⁰ Vervolgens hebben de Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid minister Kamp laten weten een Code Pensioenfondsen te willen opstellen en een Monitoringcommissie te willen instellen. De Code zal werken op basis van het ‘pas toe of leg uit’-principe. De pensioenfondsen moeten jaarlijks rapporteren over hoe de Code is toegepast en nageleefd.³¹ Tot zover de plannen van de Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid die zich bij het opstellen van de nieuwe Code kunnen laten inspireren door de Nederlandse Corporate Governance Code. Aldus worden enerzijds hogere *governance*-standaarden bij pensioenfondsen bereikt en wordt anderzijds recht gedaan aan de heterogeniteit onder pensioenfondsen. Tegelijkertijd is het zaak dat de nieuwe Code Pensioenfondsen op de juiste wijze wettelijk zal worden verankerd. De wijze waarop de Nederlandse Corporate Governance Code wettelijk is verankerd kan daarbij tot inspiratie dienen.

3.5 Governance in toekomstige sectorwetgeving

3.5.1 Algemeen

Spoedig na de inwerkingtreding van de Pensioenwet per 1 januari 2007 bleek de noodzaak van aanscherping van de daarin opgenomen regeling voor *pension fund governance*. In juli 2008 werd een initiatiefwetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend tot wijziging van de Pensioenwet met betrekking tot een evenwichtige samenstelling van en de medezeggenschap in pensioenfondsbesturen. In december 2009 schreef minister Donner — mede naar aanleiding van de inventarisatie van de STAR Principes — aan de Tweede Kamer dat de *pension fund governance*-structuur moest worden gestroomlijnd.³²

Ook de Commissie-Frijns die onderzoek had gedaan naar het beleggingsbeleid en het risicobeheer bij pensioenfondsen concludeerde in januari 2010 dat het *governance*-model verbetering behoeft. Het bestuur dient volgens de Commissie-Frijns aantoonbaar zodanige expertise te bezitten op het gebied van risicomanagement en vermogensbeheer dat het in staat is initiërend op te treden. Omdat die benodigde

29. De Nederlandse Corporate Governance Code is gepubliceerd in *Stcrt.* 2009, 18 499.

30. Zie de memorie van toelichting bij het hierna te bespreken Wet versterking bestuur pensioenfondsen: *Kamerstukken II* 2011/12, 33 182, nr. 3, p. 22.

31. Zie de brief van de Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid van 11 april 2012 aan minister Kamp.

32. Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 4 december 2009, *Kamerstukken II* 2009/10, 28 294, nr. 37.

expertise moeilijk te vinden is in de kring van belanghebbenden, pleitte de Commissie-Frijns voor een grotere rol voor externe deskundigen in het bestuur van pensioenfondsen. Minister Donner bleek het op dit punt eens te zijn met de Commissie-Frijns. In een nieuwe brief aan de Tweede Kamer formuleerde hij de volgende uitgangspunten voor de verbetering van de *governance*: (1) versterking van de deskundigheid, (2) adequate vertegenwoordiging van alle risicodragers, en (3) stroomlijning van organen en bevoegdheden.³³

In september 2010 schreef minister Donner aan de Eerste Kamer dat hij een internetconsultatie was begonnen voor een voorontwerp van wet tot wijziging van de Pensioenwet in verband met aanpassing van het bestuursmodel voor pensioenfondsen.^{34, 35} Het voorontwerp bevatte een uitwerking van het huidige paritaire model. Daarnaast kondigde de minister aan nog twee andere modellen te zullen uitwerken: 'een extern model waarin het bestuur volledig uit externe deskundigen bestaat en een gemengd bestuursmodel, ook wel bekend onder de naam *one tier board*, waar taken binnen het bestuur worden verdeeld over niet-uitvoerende (algemeen bestuur) en uitvoerende bestuurders (dagelijks bestuur)'. Het was de bedoeling dat pensioenfondsbesturen uit een van de drie modellen een eigen bestuursmodel zouden kunnen kiezen en dat alle modellen uiteindelijk in een integraal wetsvoorstel zouden worden opgenomen. Het is onduidelijk wat er is gebeurd met de resultaten van de internetconsultatie omtrent dit voorontwerp van wet van minister Donner. Zijn opvolger minister Kamp kwam namelijk in juli 2011 met een nieuw voorontwerp van Wet versterking bestuur pensioenfondsen zonder uitgebreid te refereren aan het eerdere voorontwerp van wet en de daarover gehouden internetconsultatie.³⁶

Het voorontwerp van wet van minister Kamp behelsde 'een integrale aanpassing van de *governance* en medezeggenschap van pensioenfondsen'. Qua uitgangspunten leek het voorontwerp van minister Kamp op dat van zijn voorganger. Het voorontwerp van minister Kamp bevatte net als dat van minister Donner drie bestuursmodellen waaruit sociale partners zouden kunnen kiezen. In de voorstellen van minister Kamp waren ook het externe bestuursmodel met beroepsbestuurders en het gemengde bestuursmodel met een *one tier board* nader uitgewerkt. Ook over het voorontwerp van minister Kamp werd een internetconsultatie gehouden die leidde tot 33 reacties.³⁷

33. Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 23 maart 2010, *Kamerstukken II 2009/10*, 31 537, nr. 17.

34. Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Eerste Kamer van 27 september 2010, *Kamerstukken I 2010/11*, 31 537, nr. B.

35. Zie over het voorontwerp van wet van september 2010: Verdam in zijn in noot 27 aangehaalde artikel, p. 67 en 68.

36. Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de voorzitter van de Eerste Kamer van 1 juli 2011. In de bij de brief gevoegde memorie van toelichting op het voorontwerp van Wet versterking bestuur pensioenfondsen wordt alleen in par. 8.1.2 kort stilgestaan bij het voorontwerp van minister Donner en de daarover gehouden consultatie.

37. Het voorontwerp van Wet versterking bestuur pensioenfondsen, de memorie van toelichting en de consultatiereacties op het voorontwerp zijn te raadplegen op: www.internetconsultatie.nl/governancepensioenfondsen. Zie over dit voorontwerp: A.F. Verdam, 'Het voorontwerp van Wet versterking bestuur pensioenfondsen', *WPNR 2011-6908*, p. 967-974.

Op 24 februari 2012 diende minister Kamp het wetsontwerp voor de Wet versterking bestuur pensioenfondsen bij de Tweede Kamer in.³⁸ De wet is aangenomen op 10 juli 2013. De in dit kader relevante wijzigingen die de Wet versterking bestuur pensioenfondsen aanbrengt in de Pensioenwet treden op 1 juli 2014 in werking. Het belangrijkste verschil tussen het uiteindelijk aangenomen wetsvoorstel en het voorontwerp van wet waarover minister Kamp een internetconsultatie hield is dat het gemengde bestuursmodel met een *one tier board* in het wetsvoorstel ontbrak. Na hevige kritiek in en buiten de Kamer heeft staatssecretaris Klijnsma het *one tier*-bestuursmodel alsnog aan het wetsvoorstel toegevoegd.³⁹ Ook op andere punten is het wetsvoorstel toen en nadien nog verder aangepast.⁴⁰ Hierna zal de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (hierna: de Wet) worden besproken zoals deze uiteindelijk is aangenomen.⁴¹

In januari 2012 werd het eerder genoemde initiatiefwetsvoorstel van Koşer Kaya en Blok tot wijziging van de Pensioenwet met betrekking tot een evenwichtige samenstelling van en de medezeggenschap in pensioenfondsbesturen aangenomen door de Eerste Kamer. Deze wijziging van de Pensioenwet is op 1 juli 2013 in werking getreden.⁴² Op grond van de initiatiefwet hebben pensioenfondsen een jaar de tijd om hun statuten, reglementen en overeenkomsten aan te passen aan de nieuwe wet, zodat de bepalingen uit de initiatiefwet vanaf 1 juli 2014 materieel effect zullen hebben. Aangezien de Wet inmiddels is aangenomen en eveneens op 1 juli 2014 effect zal hebben, worden de bepalingen uit de Wet geldend recht en niet die uit de initiatiefwet.⁴³ In dit verband is relevant dat in de Wet is opgenomen dat pensioengerechtigden verplicht in het paritaire bestuur van zowel een opf als een bpf zijn vertegenwoordigd.⁴⁴ Zulks is dus niet langer afhankelijk van een schriftelijke raadpleging onder pensioengerechtigden (die wordt afgeschaft). Aldus gaat de Wet verder de initiatiefwet. Wel blijft – anders dan in de initiatiefwet – het aantal bestuurszetels voor pensioengerechtigden in de Wet gemaximeerd.

38. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 182, nr. 1-4. Zie over dit oorspronkelijke wetsvoorstel: A.F. Verdam, 'Na consultatie en advies Raad van State, over het Wetsontwerp Versterking bestuur pensioenfondsen', *WPNR* 2012-6931, p. 389-394.

39. Zie de brief van staatssecretaris aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 21 december 2012, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 10 alsmede de nota van wijziging van 27 december 2012, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 11.

40. Zie de tweede en derde nota van wijziging van 27 december 2012 respectievelijk 29 maart 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 12 en 15. Voorts zijn nog enkele amendementen van Tweede Kamerleden aangenomen.

41. *Kamerstukken I* 2012/13, 33 182, nr. A.

42. Wet van 23 april 2012 tot wijziging van de Pensioenwet met betrekking tot een evenwichtige samenstelling van en de medezeggenschap in pensioenfondsbesturen, *Stb.* 2012, 203 en Besluit van 7 januari 2013 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 23 april 2012 tot wijziging van de Pensioenwet met betrekking tot een evenwichtige samenstelling van en de medezeggenschap in pensioenfondsbesturen (*Stb.* 203), *Stb.* 2013, 14.

43. Zie de in noot 39 genoemde brief van 21 december 2012. Zie hierover nader: nota naar aanleiding van het nader verslag van 29 maart 2013: *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 14, p. 12.

44. Zie art. 100 en 102 van de Wet. Deze verplichting geldt ook voor het hierna te noemen paritair gemengd bestuur en het omgekeerd gemengd bestuur dat eveneens hierna aan de orde komt. Zie art. 101a van de Wet dat verwijst naar eerdergenoemde art. 100 en 102.

3.5.2 Wet versterking bestuur pensioenfondsen

De Wet geeft pensioenfondsen de keuze tussen een paritair, een onafhankelijk of een gemengd bestuursmodel. Dit laatste bestuursmodel kent drie varianten: een paritair gemengd, een onafhankelijk gemengd en een omgekeerd gemengd bestuursmodel. Het onafhankelijke bestuursmodel werd in de voorontwerpen van wet van ministers Donner en Kamp aangeduid met de betere term: extern bestuursmodel. Het onafhankelijk bestuur, zoals het nu heet, bestaat namelijk uit externen: bestuurders die niet directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden bij het pensioenfonds zijn.

De gedachte van de wetgever is dat de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nadat zij in het *Staatsblad* is geplaatst, niet direct in haar geheel in werking treedt, maar voor het overgrote deel eerst na één jaar. Dit geeft pensioenfondsen de tijd om een bestuursmodel te kiezen en dat nader in te richten. Een en ander moet worden vastgelegd in de statuten van het pensioenfonds. Dit betekent dat het bestuur van een pensioenfonds besluit over het nieuwe bestuursmodel en de precieze inrichting daarvan en dat in ieder geval de deelnemersraad daarover dient te adviseren.⁴⁵ Afhankelijk van de statuten van een pensioenfonds dienen ook andere gremia te worden betrokken bij de keuze en inrichting van het bestuursmodel.

Hoewel de term *paritair bestuur* in de huidige Pensioenwet niet voorkomt, wordt hij al sinds jaar en dag gebruikt om uit te drukken dat de bestuurszetels in een pensioenfonds gelijkelijk zijn verdeeld tussen werknemers- en werkgeversvertegenwoordigers. Hiervoor (paragraaf 3.4.1) zagen wij al dat de werknemersvertegenwoordigers de meerderheid kunnen vormen in het bestuur van een opf, waardoor de benaming paritair bestuur alsdan minder op zijn plaats is. De Wet introduceert de term paritair bestuur in de Pensioenwet, terwijl deze vlag de lading straks nog minder dekt, zoals hierna zal blijken. De Wet bevat een zeer gedetailleerde en moeilijk leesbare regeling voor de zetelverdeling in het bestuur;⁴⁶ nog steeds ontbreken bepalingen over stemrecht van de bestuursleden. Kort gezegd, komt het erop neer dat de werkgeversvertegenwoordigers evenveel zetels bezetten als de vertegenwoordigers van werknemers en pensioengerechtigden tezamen. De verdeling van de zetels tussen vertegenwoordigers van werknemers respectievelijk van pensioengerechtigden vindt plaats op basis van onderlinge getalsverhoudingen, met dien verstande dat vertegenwoordigers van pensioengerechtigden ten hoogste de helft van het aantal bestuurszetels bezetten dat vertegenwoordigers van werknemers en pensioengerechtigden gezamenlijk bezetten. Van deze verdeling kan worden afgeweken indien de betrokken partijen daarmee akkoord zijn. Aldus art. 102 lid 1 van de Wet. Daarnaast geldt zo nodig in afwijking van dit artikellid dat de vertegenwoordigers van pensioengerechtigden maximaal 25%⁴⁷ bezetten van

45. Zie art. 111 lid 2 onderdeel b PW. Zoals wij hiervoor (par. 3.4.1) zagen, kan de deelnemersraad beroep bij de Ondernemingskamer instellen indien het besluit van het pensioenfonds niet in overeenstemming is met zijn advies.

46. Art. 100 en 102 van de Wet.

47. Bij een opf bedraagt dit percentage 50, indien het om een zeer grijs fonds gaat, waarbij de actieven minder dan 10% van het totaal aantal aangeslotenen uitmaakt. Zie art. 100 lid 2 in verbinding met art. 102 lid 2 van de Wet.

het totaal aantal zetels dat door vertegenwoordigers van de drie geledingen wordt bezet. Aan het paritaire bestuur kunnen maximaal twee bestuurders worden toegevoegd die niet directe vertegenwoordigers zijn van de belanghebbenden bij het pensioenfonds.

Volgens de memorie van toelichting is het uitgangspunt dat sociale partners zelf kiezen voor de mate van zeggenschap en verantwoordelijkheid bij de uitvoering van hun pensioenregeling; daarbij hebben deze private partijen contractsvrijheid.⁴⁸ Echter, bij de zetelverdeling van het paritaire bestuur laat de Wet nauwelijks enige vrijheid aan de sociale partners. Dit wringt in het bijzonder indien het werkgeversdeel van de premie keihard is gemaximeerd en daarmee de risico's richting deelnemers en pensioengerechtigden zijn verschoven. Ook in dat geval dient volgens de Wet het aantal zetels voor vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers gelijk te zijn, hetgeen moeilijk te rechtvaardigen is. Dit leidt ertoe dat vertegenwoordigers van werkgevers en pensioengerechtigden samen een meerderheid in het bestuur hebben en aldus bijvoorbeeld een premieverhoging voor de werknemers zouden kunnen doordrukken.

De Wet verplicht een bpf met een paritair bestuur tot instelling van een raad van toezicht die het recht van goedkeuring van een aantal bestuursbesluiten krijgt (art. 104 lid 3) alsmede het recht van enquête (art. 219 lid 1); een opf mag kiezen tussen intern toezicht in de vorm van een raad van toezicht of door middel van een jaarlijkse visitatie.⁴⁹ De Wet maakt niet duidelijk wie de leden van de raad van toezicht of visitatiecommissie benoemt. Voor wat betreft het intern toezicht borduurt de Wet sterk voort op wat de STAR Principes hierover bepalen: zoals hiervoor betoogd (paragraaf 3.4.3) sluiten die bepalingen weinig aan op de werkelijkheid van de aansturing van de meeste pensioenfondsen. Daarbij komt dat de raad van toezicht niet bevoegd is tot benoeming, schorsing of ontslag van bestuurders. Indien een bestuurder disfunctioneert, kan de raad van toezicht derhalve niet adequaat ingrijpen. Aldus kan de raad van toezicht de in de Wet aan hem opgedragen taak: 'toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds',⁵⁰ moeilijk waarmaken. Dit geldt temeer voor de visitatiecommissie die geen wezenlijke bevoegdheden heeft. Terecht stelde de Raad van State de – wat ons betreft retorische – vraag 'of van een visitatiecommissie die eenmaal per jaar optreedt wel mag worden verwacht dat deze op gelijke wijze toezicht kan houden op het beheer en de uitvoering van een pensioenfonds als een raad van toezicht'.⁵¹

Volgens de memorie van toelichting maakt het *onafhankelijke bestuursmodel* 'het mogelijk om het fonds te laten besturen door onafhankelijke beroepsbestuurders

48. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 182, nr. 3, p. 7-8.

49. Volgens de memorie van toelichting zal na een periode van vijf jaar na inwerkingtreding van de wet worden geëvalueerd hoe het stelsel van intern toezicht functioneert. Dan zal worden bezien of op dat moment ondernemingspensioenfondsen verplicht kunnen worden tot het instellen van een permanente raad van toezicht. Zie: *Kamerstukken II 2011/12*, 33 182, nr. 3, p. 11.

50. Zie art. 104 lid 2 van de Wet. De taakomschrijving voor de visitatiecommissie in art. 104 lid 9 gebruikt dezelfde woorden.

51. Advies Raad van State, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 182, nr. 4, p. 13.

die geen binding hebben met een van de drie geledingen'.⁵² Naar ons oordeel is de Wet op dit punt niet zo erg vernieuwend: ook volgens de huidige Pensioenwet kunnen de geledingen onafhankelijke beroepsbestuurders voordragen voor benoeming, waarbij in statuten kan worden opgenomen dat zij zonder last of ruggespraak dienen te functioneren. Statutair kan ook worden bepaald dat deze professionele bestuurders, hoewel zij formeel hebben te gelden als werknemers- of werkgevers-vertegenwoordigers, zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar de belangen van alle bij het pensioenfonds betrokkenen, niet enkel naar het deelbelang van werknemers of werkgevers. Zulk een statutaire bepaling sluit aan bij art. 105 lid 2 PW. Aldus kan ook de onafhankelijkheid van bestuurders die zijn aangewezen door werknemers of werkgevers worden gewaarborgd. Op grond van de huidige Pensioenwet geldt alleen een uitzondering voor vertegenwoordigers van pensioengerechtigden in het bestuur van een opf.⁵³ De Wet regelt niet hoe de beroepsbestuurders in het onafhankelijke bestuursmodel worden benoemd, geschorst en ontslagen. In het onafhankelijke bestuursmodel is het interne toezicht hetzelfde geregeld als in het paritaire bestuursmodel.⁵⁴

De Wet introduceert in het onafhankelijke bestuursmodel⁵⁵ een nieuw orgaan samengesteld uit de drie geledingen: het belanghebbendenorgaan, dat een goedkeuringsrecht heeft ten aanzien van bestuursbesluiten betreffende overdracht van verplichtingen van het pensioenfonds of overname van verplichtingen door het pensioenfonds, liquidatie, fusie, splitsing of omzetting van een pensioenfonds, de vorming van een multi-opf, het strategisch beleggingsbeleid, de premie, het toeslagbeleid, vaststelling van herstelplannen, premierestitutie of -korting en vermindering van verworven pensioenaanspraken en -rechten. De gedachte van de regering is dat aldus wordt gegarandeerd dat werkgevers, werknemers en gepensioneerden grip houden op bestuursbeslissingen die hun belangen direct raken. Het belanghebbendenorgaan heeft naast de zeer uitgebreide goedkeuringsrechten ook nog advies- en verantwoordingstaken.⁵⁶ Deze taken zijn vergelijkbaar met de huidige taken van de deelnemersraad en het verantwoordingsorgaan die in het onafhankelijke bestuursmodel niet zullen voorkomen.⁵⁷ Zo kan het belanghebbendenorgaan gevraagd of ongevraagd advies uitbrengen aan het pensioenfonds met een beroepsmogelijkheid bij de Ondernemingskamer; daarnaast heeft het ook het recht van enquête.

Al met al is het belanghebbendenorgaan zo zwaar opgetuigd dat het onafhankelijke bestuur erg afhankelijk is van de medewerking van dit orgaan.⁵⁸ Opvallend is in dit verband dat leden van het belanghebbendenorgaan worden beschouwd als

52. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 182, nr. 3, p. 6.

53. Zie art. 101 lid 4 PW dat bepaalt dat de benoeming van vertegenwoordigers van pensioengerechtigden in het bestuur van een opf plaatsvindt na verkiezing van de vertegenwoordigers *door en uit de pensioengerechtigden*. De beperking van dit huidige artikel lid wordt in de Wet geschrapt.

54. Zie hiervoor en art. 103 van de Wet.

55. Ook in het hierna te behandelen onafhankelijke gemengde bestuursmodel moet een belanghebbendenorgaan worden ingesteld: zie art. 115b van de Wet.

56. Zie art. 115c van de Wet.

57. Hetzelfde geldt voor het onafhankelijke gemengde bestuursmodel.

58. Zie de kritische opmerkingen van de Raad van State op p. 14 van zijn advies.

(mede)beleidsbepalers waarvoor de nieuwe geschiktheidstoets zal gaan gelden.⁵⁹ Omdat het belanghebbendenorgaan wordt samengesteld volgens regels die gelden voor samenstelling van het paritaire bestuur⁶⁰, is er in wezen weinig verschil tussen het onafhankelijke en paritaire bestuursmodel: waar in het paritaire bestuursmodel alle macht bij het bestuur berust, ligt in het onafhankelijke model het initiatief voor de besluitvorming bij het bestuur dat echter telkens goedkeuring behoeft van het belanghebbendenorgaan.⁶¹ In het onafhankelijke bestuursmodel steekt het takenpakket van de raad van toezicht schraal af tegen de uitgebreide bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan. In feite is voor de raad van toezicht in het onafhankelijke model geen zelfstandige rol van betekenis weggelegd.⁶²

Op veler verzoek⁶³ heeft de regering het zogenoemde *gemengde bestuursmodel* in de Wet opgenomen: een vage term voor een bestuursmodel waarbij uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk in het bestuur zitten dat ook wel *one tier board* wordt genoemd. In dit model stelt het bestuur als geheel het beleid vast: daarvoor zijn alle bestuursleden verantwoordelijk. De uitvoering van het beleid ligt in handen van de uitvoerende bestuurders onder toezicht van de niet-uitvoerende bestuurders. In art. 101a van de Wet wordt voor de bestuurssamenstelling en taakverdeling van het gemengd bestuur aangesloten bij de nieuwe wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel van de NV en de BV.⁶⁴ Zo kan de taakverdeling tussen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders statutair worden vastgelegd. Verder dient de voorzitter van het bestuur een niet-uitvoerende bestuurder te zijn. Als gezegd creëert de Wet drie vormen van gemengd bestuur: het paritair, onafhankelijk of omgekeerd gemengd bestuur.

In het *paritair gemengd bestuur* is de samenstelling van het uitvoerend deel van het bestuur overeenkomstig de hiervoor behandelde samenstelling van het paritair bestuur. De niet uitvoerende bestuurders die onder meer met het interne toezicht zijn belast, zijn ten minste drie natuurlijke personen die niet directe vertegenwoordigers van belanghebbenden bij het pensioenfonds zijn.

In het *onafhankelijk gemengd bestuur* is de samenstelling van het uitvoerend deel van het bestuur conform de samenstelling van het onafhankelijk bestuur die hiervoor is beschreven. De niet-uitvoerende bestuurders zijn ten minste drie natuurlijke

59. Zie memorie van toelichting, p. 13 en 14.

60. Art. 115b van de Wet verwijst voor de samenstelling van het belanghebbendenorgaan naar art. 100 lid 1-5 en art. 102.

61. De laatste zin van art. 115c lid 9 van de Wet bepaalt 'fijntjes' dat het belanghebbendenorgaan zijn goedkeuring voor een voorgenomen bestuursbesluit niet zal onthouden dan nadat het bestuur in de gelegenheid is gesteld het besluit te heroverwegen, hetgeen enig inzicht geeft in hoe de wetgever de machtsverhoudingen ziet.

62. Voorgaande conclusies ten aanzien van het belanghebbendenorgaan in het onafhankelijke bestuursmodel gelden eveneens voor dat orgaan in het onafhankelijke gemengde bestuursmodel.

63. Zie hiervoor het slot van par. 3.5.1. Onder meer Maatman, Schuit en Visée hebben in de literatuur gepleit voor de *one tier board*: zie R.H. Maatman & S.R. Schuit, 'Versterking bestuur pensioenfondsen', *Ondernemingsrecht* 2012, 68, onder 10 en S.W.A.M. Visée, 'Het bestuurs- en toezichtsmodel van pensioenfondsen', t.a.p., p. 73 en 80.

64. De leden 4, 5 en 6 van het gewijzigde art. 101a zijn ontleend aan de leden 1, 2 en 3 van art. 2:129a/239a BW dat is ingevoerd bij Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht, *Stb.* 2011, 275. De Wet bestuur en toezicht is op 1 januari 2013 in werking getreden.

personen die niet directe vertegenwoordigers van belanghebbenden bij het pensioenfonds zijn. Dit betekent dat het onafhankelijk gemengd bestuur in zijn geheel uit externe bestuurders bestaat.

De samenstelling van het *omgekeerd gemengd bestuur* is precies omgekeerd vergeleken met die van het paritair gemengd bestuur. De uitvoerende bestuurders zijn niet directe vertegenwoordigers van belanghebbenden bij het fonds. De samenstelling van het niet-uitvoerende deel van het bestuur is overeenkomstig de samenstelling van het paritair bestuur, behalve dat de voorzitter onafhankelijk dient te zijn.⁶⁵ Voorts kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld over de samenstelling van een omgekeerd gemengd bestuur en over de taakverdeling in en de organisatie van dit bestuur.

Afgezien van de nog bij AMvB te stellen regels over het omgekeerd gemengd bestuursmodel, valt het op dat het gemengd bestuursmodel meer vrijheid van inrichting geeft dan het paritaire model. Zo is de regeling van goedkeuring van bestuursbesluiten door de raad van toezicht niet van overeenkomstige toepassing verklaard op niet-uitvoerende bestuurders.⁶⁶ Ook ontbreekt een bepaling dat de meerderheid van de leden van het gemengd bestuur niet-uitvoerend bestuurder moet zijn.⁶⁷ Al met al zal veel statutair maatwerk vereist zijn teneinde het toezicht van de niet-uitvoerende bestuurders op de uitvoerende bestuurders formeel goed vast te leggen. Voorts springt in het oog dat in het omgekeerd gemengd bestuursmodel de voorbereiding en de uitvoering van het beleid in handen kan worden gegeven van professionals onder toezicht van vertegenwoordigers van de geledingen, terwijl zulks onmogelijk is in het paritaire model.

Volgens de Wet dienen alle pensioenfonds met een paritair bestuursmodel of een paritair gemengd dan wel omgekeerd gemengd bestuursmodel een verantwoordingsorgaan in te stellen; dit orgaan heette in het oorspronkelijke wetsvoorstel van februari 2012 nog deelnemers- en pensioengerechtigdenraad. In die nieuwe naam kwam tot uitdrukking dat in het orgaan de deelnemers en de pensioengerechtigden evenredig – op basis van onderlinge getalsverhoudingen – zijn vertegenwoordigd. Bij amendement is aan het tweede lid van art. 115 lid 2 toegevoegd dat de werkgever in dit orgaan vertegenwoordigd kan zijn, indien de werkgever of de deelnemers en pensioengerechtigden dat wensen. Om die reden is bij datzelfde amendement de naam van het orgaan gewijzigd in verantwoordingsorgaan. Het nieuwe verantwoordingsorgaan behoudt de taken en bevoegdheden van het huidige verantwoordingsorgaan. Daarnaast verkrijgt het nieuwe verantwoordingsorgaan de adviesrechten van de huidige deelnemersraad met beroepsmogelijkheid bij de Ondernemingskamer (zie hiervoor in paragraaf 3.4.1).

65. Zie art. 101a lid 7 dat art. 100 en 102 van overeenkomstige toepassing verklaart op de samenstelling, zetelverdeling en benoeming van de niet-uitvoerende bestuurders. Blijkens art. 101a lid 4 en 8 moet de voorzitter niet-uitvoerend bestuurder en onafhankelijk zijn.

66. Zie de tweede zin van het gewijzigde art. 101a lid 4 dat wel het bepaalde ten aanzien van de taak van de raad van toezicht in lid 2 maar niet het bepaalde in lid 3 (de goedkeuringsregeling) van het gewijzigde art. 104 van overeenkomstige toepassing verklaart op niet-uitvoerende bestuurders.

67. Vergelijk best practice-bepaling III.8.4 van de Nederlandse Corporate Governance Code.

De Wet verklaart art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op leden van de raad van toezicht en niet-uitvoerende bestuurders van pensioenfondsen. Hetgeen in art. 2:9 BW is bepaald ten aanzien van bestuurders vindt overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakvervulling en aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht en niet-uitvoerende bestuurders.⁶⁸ Tot slot bevat de Wet een specifieke regeling voor bestuurders en toezichthouders in de pensioensector gericht op een beperking van het aantal toezichthoudende functies dat zij mogen bekleden.⁶⁹

3.6 Samenvatting, conclusies en aanbevelingen

In pensioenland wordt al lange tijd gesproken en geschreven over *pension fund governance*. Een daadwerkelijke verbetering van het bestuur- en toezichtmodel van pensioenfondsen laat evenwel nog steeds op zich wachten. Een goede wettelijke regeling vereist een stevig fundament in de vorm van een duidelijke keuze van de wetgever voor de gewenste rechtsvorm van pensioenfondsen: die keuze is niet gemaakt in de huidige Pensioenwet noch in de aangenomen wijzigingen van de Pensioenwet. Voor het gemak uitgaand van de in de praktijk gebruikelijke rechtsvorm van de stichting, hebben we gezien dat de wettelijke regeling van die rechtsvorm erg beperkt is. Derhalve zijn aanvullende voorzieningen in de Pensioenwet hoogst noodzakelijk. Hierboven bleek echter dat ook de regeling van *pension fund governance* in de huidige Pensioenwet zeer summier is. Daarnaast zagen wij dat de STAR Principles een juridische basis ontberen en overigens weinig om het lijf hebben. Thans wordt gewerkt aan een nieuwe Code Pensioenfondsen die de STAR Principles zal vervangen. De nieuwe Code dient betekenisvol te worden en moet wettelijk verankerd worden à la de Nederlandse Corporate Governance Code.

De Wet handhaaft het paritaire model en introduceert twee nieuwe bestuursmodellen: het onafhankelijke model dat overduidelijk ‘paritaire’ trekken vertoont en het gemengde model dat de *one tier board* mogelijk maakt. In het onafhankelijke model ligt veel macht bij het paritair samengestelde belanghebbendenorgaan: het bestuur is sterk afhankelijk van de medewerking van dit orgaan en voor de raad van toezicht is nauwelijks een zelfstandige rol van betekenis weggelegd. Het gemengde model kent drie varianten. Het meest interessant is het omgekeerd gemengde bestuursmodel waarbij de uitvoering van het beleid in handen is van externe professionals en de vertegenwoordigers van belanghebbenden optreden als niet-uitvoerend bestuurders. Jammer genoeg biedt de Wet niet de mogelijkheid van een hiermee vergelijkbaar *two tier*-systeem waarbij het bestuur bestaat uit professionals en de raad van toezicht uit vertegenwoordigers van belanghebbenden. Overigens moeten de thans paritair samengestelde pensioenfondsbesturen te zijner tijd een keuze maken uit de verschillende bestuursmodellen. Zeker niet uitgesloten is dat zij opteren voor het paritaire model waarmee vrijwel alles bij het oude blijft.

Al met al zit de Wet uiterst ingewikkeld in elkaar. De Wet is enerzijds heel gedetailleerd; anderzijds blijven vele belangrijke onderwerpen ongeregeld. Zo bepaalt

68. Zie de gewijzigde art. 104 lid 2 en art. 101a lid 4.

69. Zie de gewijzigde art. 105a/106a die tevens de basis vormen voor nader bij AMvB te stellen regels. De specifieke regeling voor de pensioensector zal ook doorwerken naar de algemene regeling ter beperking van het aantal toezichthoudende functies in Boek 2 BW.

de Wet niets over de benoeming van toezichthouders. Dit zal in de statuten van pensioenfondsen moeten worden opgenomen.

De Wet beoogt onder meer het interne toezicht bij pensioenfondsen te versterken, maar is daar niet in geslaagd. Een jaarlijkse visitatie is niet te kwalificeren als serieus toezicht en de raad van toezicht heeft te weinig (machts)middelen om haar verantwoordelijkheden waar te maken. Zo ontbreekt de mogelijkheid om bestuurders te benoemen, schorsen en ontslaan.

Slotwoord

Mr. S.W.A.M. Visée* en mr. M.J. van Uchelen-Schipper**

Aan het eind van hoofdstuk 1 kwamen wij tot de conclusie dat het stichtingenrecht in Boek 2 BW een basisregeling voor de (facultatieve) raad van toezicht en de *one tier board* zou moeten bevatten. Basisprincipes voor bestuur en toezicht die van toepassing zijn op alle stichtingen horen naar onze mening niet thuis in (toekomstige) sectorale wet- en regelgeving. Een algemene regeling in het stichtingenrecht biedt uniformiteit en houvast.

Wij begrijpen dat er inmiddels wetgeving in de maak is waarbij het stichtingenrecht wordt uitgebreid. Daarin zal naar alle waarschijnlijkheid een algemene taakomschrijving voor de raad van toezicht en een schakelbepaling naar art. 2:9 BW, wat betreft de taakvervulling en aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht, opgenomen worden.

Wij merken op dat de nieuwe regeling zo veel mogelijk flexibiliteit zou moeten bieden, bijvoorbeeld ten aanzien van de keuze voor een bestuursmodel en de wijze van benoeming van bestuurders en leden van de raad van toezicht. Sectorale wet- en regelgeving kan de basisregels van het stichtingenrecht aanvullen, bijvoorbeeld door in de betreffende sector intern toezicht verplicht voor te schrijven. Daarbij tekenen wij aan dat het raad van toezichtmodel vaak niet het enige geschikte model is. In de zorg wordt zowel in huidige en toekomstige wet- en regelgeving een *apart* toezichthoudend orgaan voorgeschreven. Wij menen dat goed en onafhankelijk toezicht op het bestuur ook in een *one tier board* vorm kan krijgen.

Bij veel stichtingen heeft de raad van toezicht de bevoegdheid bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan. Dit geldt niet voor pensioenfondsen. Wij menen dat ook het toezichthoudend orgaan van een pensioenfonds dergelijke meer serieuze bevoegdheden en (machts)middelen zou moeten krijgen zodat het haar verantwoordelijkheden waar kan maken.

De basisregeling in het stichtingenrecht zou dusdanig flexibel moeten zijn dat gekozen kan worden voor een *one tier board* waarbij niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders benoemen (vergelijk art. 2:164a/274a lid 2 BW voor de *one tier*-structuurvennootschap).

Voor de benoeming van leden van de raad van toezicht (of niet-uitvoerende bestuurders) geldt vaak met het oog op onafhankelijkheid van de raad van toezicht een systeem van coöptatie. Naast dit systeem zou het mogelijk moeten blijven dat leden

* Mr. S.W.A.M. Visée is advocaat in Amsterdam, partner van Rutgers & Posch en voormalig partner van Houthoff Buruma.

** Mr. M.J. van Uchelen-Schipper is kandidaat-notaris en professional support lawyer bij de sectie Corporate M&A van Houthoff Buruma.

van de raad van toezicht door derden worden benoemd. Bij veel pensioenfondsen worden leden van de raad van toezicht door het bestuur benoemd. Deze praktijk achten wij vanuit het oogpunt van evenwichtige governance onwenselijk. Het bestuur organiseert op deze manier immers haar eigen toezicht.

Vaak hebben bepaalde belanghebbenden, zoals ‘cliënten’ van een zorginstelling, voordrachtsrechten ten aanzien van de benoeming van leden van de raad van toezicht. Wie belanghebbenden zijn, hoe zij in een belanghebbendenorgaan georganiseerd worden en welke rechten zij hebben, is en blijft bij uitstek een onderwerp voor sectorale wet- en regelgeving.

In huidige en toekomstige sectorwetgeving wordt aan het belanghebbendenorgaan, waaronder bijvoorbeeld het verantwoordingsorgaan bij pensioenfondsen, enquête-recht toegekend. De wettelijke bepalingen van het enquêterecht kunnen op dit moment echter slechts van toepassing worden verklaard indien de stichting een or heeft of zou moeten instellen. Naar onze mening zou het voor *alle* stichtingen, ook stichtingen die geen or maar wel een belanghebbendenorgaan hebben, mede vanwege het ontbreken van leden of aandeelhouders, mogelijk moeten zijn om bij de statuten enquête-recht toe te kennen aan het belanghebbendenorgaan. Het enquête-recht zou op dit punt aangepast moeten worden.

De Minister van VWS heeft aangekondigd dat de cliëntenraad van een zorginstelling het recht krijgt om (via de rechter) de raad van toezicht te ontslaan. Niet bij alle stichtingen laten belanghebbenden zich in een belanghebbendenorgaan organiseren. Om deze reden zou de basisregeling in het stichtingenrecht ook aan *individuele* belanghebbenden mogelijkheden moeten bieden voor het geval leden van de raad van toezicht niet naar behoren functioneren. Hiertoe zou art. 2:298 BW moeten worden aangevuld. Niet alleen bestuurders, maar ook leden van de raad van toezicht zouden door de rechter op verzoek van een belanghebbende ontslagen moeten kunnen worden indien sprake is van handelen in strijd met de wet of de statuten dan wel ‘wanbeheer’.

Indien een stichting een raad van toezicht heeft ingesteld met de bevoegdheid bestuurders te benoemen en te ontslaan doet zich de situatie van art. 2:299 BW, waarin de rechter bestuurders moet benoemen indien het gehele bestuur ontbreekt, in beginsel niet meer voor. Wel ontstaat er een probleem als alle leden van de raad van toezicht ontbreken. De nieuwe basisregeling zou om die reden een bepaling over belet en ontstentenis van leden van de raad van toezicht moeten bevatten. Daarin zou bepaald kunnen worden dat de rechtbank in dergelijke gevallen op verzoek van iedere belanghebbende in de benoeming van nieuwe leden van de raad van toezicht voorziet.

Wij hebben hiervoor gepleit voor een basisregeling in het stichtingenrecht in geval van tegenstrijdig belang van bestuurders en leden van de raad van toezicht. Deze wettelijke regeling zou er naar onze mening, in lijn met de regeling voor NV’s en BV’s, als volgt uit dienen te zien.

- Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de stichting. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan

worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van toezicht. Bij het ontbreken van een raad van toezicht wordt het besluit, ondanks het tegenstrijdig belang van alle bestuurders, genomen door het bestuur, tenzij de statuten anders bepalen.

- Een lid van de raad van toezicht neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de stichting. Wanneer hierdoor geen besluit van de raad van toezicht kan worden genomen, wordt het besluit ondanks het tegenstrijdig belang van alle leden van de raad van toezicht genomen door de raad van toezicht, tenzij de statuten anders bepalen.

Het laatste deel van beide bepalingen biedt de mogelijkheid om in de statuten een onafhankelijke derde te betrekken. De statuten kunnen bepalen dat besluitvorming bij tegenstrijdig belang van alle bestuurders en leden van de raad van toezicht verschuift naar de onafhankelijke derde. Bij veel stichtingen zal dit echter niet mogelijk of niet wenselijk zijn. In dat geval wordt het besluit toch door het besmette orgaan genomen. In aanvulling hierop of als alternatief zou in de statuten voorgeschreven kunnen worden dat een derde de besluiten dient goed te keuren.

De stichting zou zich in ieder geval kunnen verbinden om, vrijwillig of op grond van sectorale wet- en regelgeving, transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders of toezichthouders spelen die van materiële betekenis zijn voor de stichting, te publiceren in het jaarverslag. Bovendien kan transparantie worden betracht door voorbeelden van tegenstrijdigbelangsituaties en omgang daarmee te omschrijven in een reglement. Het bestuur en de raad van toezicht van een stichting kunnen op deze manier anticiperen op vragen en dergelijke vragen zo veel mogelijk voorkomen.

Transparantie en informatievoorziening zijn ook sleutelbegrippen in governance-codes. Voor het goed kunnen functioneren van de verschillende organen binnen de stichting is onderlinge informatievoorziening van groot belang. Voor zorginstellingen is uitwerking in een informatieprotocol voorgeschreven, maar ook andere stichtingen kunnen een informatieprotocol onderdeel van hun reglementen maken. Hiervoor hebben wij aangegeven dat codes goed kunnen inspelen op de actualiteit en specifieke regels van governance die voor een bepaalde sector gelden. Zij hebben – als ze op een correcte wijze wettelijk zijn verankerd – geen vrijblijvend karakter.

Een stichting die, geholpen door uitgebreider stichtingenrecht en duidelijke sectorale regelgeving, kiest voor een heldere infrastructuur – dat wil zeggen: een helder bestuur- en toezichtmodel, een heldere taakomschrijving en een heldere taakverdeling – beschikt over een belangrijke basis voor daadwerkelijk professioneel bestuur en toezicht.

