

Hoofdstuk 15

POSITIE ALGEMENE VERGADERING EN AANDEELHOUDERS OF LEDEN

Mr. K.J. Bakker & mr. A.J. Snoei¹

15.1 Inleiding

15.1.1 Aanleiding en onderzoeksvraag

Organisaties in de semipublieke sector zijn gericht op het creëren van maatschappelijke waarde, bijvoorbeeld de verlening van goede zorg (ziekenhuizen) of het faciliteren van cultuurbeoefening (muziekscholen, kunsthallen).² Dit doel betekent ook dat de financiering in deze sector een andere rol heeft dan in de commerciële sector: in de semipublieke sector mag wel winst worden gemaakt, maar winstgevendheid is in wezen secundair; voorop staat maatschappelijke waardecreatie, niet financieel-economische waardecreatie. Organisaties in de semipublieke sector bedienen zich dan ook vooral van rechtsvormen die niet primair commercieel zijn, zoals de vereniging en de stichting.

Commerciële organisaties hebben fundamenteel een ander doel dan semipublieke organisaties. Zij zijn gericht op financieel-economische waardecreatie – op winst(gevendheid), kort gezegd.³ Het is vanwege dergelijke voordelen dat aandeelhouders investeren in NV's en BV's en leden zich verenigen in coöperaties. Om die reden mogen aandeelhouders en leden zich binnen deze rechtspersonen in principe richten naar hun eigen belang.⁴ Toch is de afgelopen jaren meer en meer aandacht gekomen

1 Koen Bakker is promovendus en docent bij het Van der Heijden Instituut en het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit en professional support lawyer bij Quist Geuze Meijeren Notarissen. Arnoud Snoei is kandidaat-notaris ondernemingsrecht bij VPVA notarissen te Ede.

2 Zie L.G.H.J. Houwen, 'Normen en (morele) waarden van de Governancecode Zorg', *Ondernemingsrecht* 2020/3 (hierna: Houwen 2020) en de verschillende governancecodes waarin dit primaat is verankerd. Zie bijvoorbeeld de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2019, p. 3; Governance Code Cultuur 2019, principe 1; Governancecode Woningcorporaties 2020, principe 1; Governancecode Zorg, principe 1.

3 B. Kemp, 'Naar een werkbaar en realistisch model voor *stakeholder governance* en de rol van aandeelhouders daarin', *MvO* 2022/1-2.

4 Voor vennoten van personenvennootschappen kunnen soortgelijke vraagstukken spelen. Vennoten vervullen veelal een dubbele rol in die zin dat zij zowel kapitaalverschaffer als bestuurder in één zijn, in tegenstelling tot bij rechtspersonen, waar die hoedanigheden gescheiden zijn en blijven, ook al zijn

voor de mogelijkheden die *commerciële* rechtsvormen zouden kunnen bieden voor *semipublieke* organisaties. Dat speelt in het bijzonder binnen de zorg, waar de BV toch al veel werd (en steeds meer wordt) gebruikt.⁵ Zorgorganisaties⁶ zouden met commerciële rechtsvormen gemakkelijker privaat risicodragend kapitaal kunnen aantrekken. Daarmee kunnen zij investeren en zo ondernemerschap in deze sector faciliteren. De keerzijde daarvan is dat zorginstellingen ook dan nog altijd zijn gericht op maatschappelijke waardecreatie. Dat kan een spanningsveld opleveren met de opzet van de commerciële rechtsvormen, en vooral met de rol de aandeelhouders of leden daarvan. Die zijn immers allemaal primair gericht op financieel-economische waardecreatie.

Leidende vraag van deze bijdrage is welke normen gelden voor aandeelhouders en leden – hierna samen aangeduid als ‘stemgerechtigden’ – en de algemene vergadering van rechtspersonen die actief zijn in de semipublieke sector. Concreter onderzoeken wij in welke mate stemgerechtigden bij hun handelen hun eigen belang bij financieel-economische waardecreatie tot richtsnoer mogen nemen en in welke mate zij ook rekening moeten houden met het rechtspersoonlijk belang zoals ingekleurd door het maatschappelijk doel van die organisatie.

15.1.2 Afbakening

Wij concentreren ons op de zorgsector en de mogelijkheid tot het doen van winstuitkering daarin. In deze sector is de meeste aandacht geweest voor de rol van privaat risicodragend kapitaal. De recent vernieuwde Governancecode Zorg 2022 wijdt er zelfs een aantal principes aan.⁷ Wij concentreren ons voorts op de BV en de coöperatie; de stichting laten wij buiten beschouwing vanwege het uitkeringsverbod⁸ en het ledenverbod,⁹ waardoor deze rechtsvorm geen stemgerechtigden met financieel-

die in één persoon verenigd. Dit vertroebelt de normstelling voor vennoten in personenvennootschappen. Dit maakt deze rechtsvormen niet minder interessant om te onderzoeken, maar de verschillen met aandeelhouders en leden in rechtspersonen zijn zodanig dat wij daarop binnen het bestek van deze bijdrage niet kunnen ingaan.

- 5 Zie hierover onder anderen Houwen 2020 en L.G.H.J. Houwen & C.F. Perquin-Deelen, ‘Het (fictieve) einde van de winstuitkeringen in de zorg?’, *Ondernemingsrecht* 2020/1. Zie voor de reikwijdte van het begrip ‘semipublieke organisaties’ Hoofdstukken 1 en 4-7 Handboek.
- 6 In deze bijdrage gebruiken wij het begrip ‘zorginstelling’ om de juridische entiteit aan te duiden en het begrip ‘zorgorganisatie’ als breder begrip om het organisatorische verband van waaruit zorg wordt verleend en die zich in een bepaalde rechtsvorm heeft gestructureerd aan te duiden.
- 7 Zie in het bijzonder Principes A.1 en A.3.
- 8 Art. 2:285 lid 3 BW. Het verbod geldt voor oprichters, degenen die deel uitmaken van de organen van de stichting (door Bregstein aangeduid als ‘machthebbers’; zie M.H. Bregstein, ‘Naar aanleiding van het verslag betreffende de wettelijke regeling inzake stichtingen’, *WPNR* 1955/4417, p. 444), of anderen. Zie voorts Asser/Rensen 2-III 2022/348.
- 9 Art. 2:285 lid 1 BW. Van strijd met het ledenverbod is volgens Rensen sprake indien de stichting een orgaan heeft dat op één lijn te stellen is met de algemene ledenvergadering van een vereniging en dat de voor de algemene ledenvergadering gebruikelijke bevoegdheden heeft; zie Asser/Rensen 2-III 2022/351. In de praktijk komen wel stichtingen voor met aangeslotenen die bijvoorbeeld een

economisch belangen kent. Personenvennootschappen laten wij buiten beschouwing omdat deze geen aandeelhouders en leden kennen eveneens. Ten slotte behandelen wij de NV en de onderlinge waarborgmaatschappij niet, vanwege het (zeer) beperkte gebruik van deze rechtsvormen onder zorginstellingen, maar onze bevindingen zullen veelal in soortgelijke zin gelden voor deze rechtsvormen.

De volkshuisvestingssector laten wij vanwege de focus op winstuitkering in dit hoofdstuk buiten beschouwing, gelet op de aldaar wettelijk voorgeschreven rechtsvormen. Toegelaten instellingen in de zin van de Woningwet kunnen slechts verenigingen en stichtingen zijn.¹⁰ Evenmin behandelen wij de onderwijssector in dit hoofdstuk vanwege een vergelijkbare reden: *openbare* scholen voor primair en voortgezet onderwijs die in stand worden gehouden door een privaatrechtelijke rechtspersoon, kunnen enkel in stand worden gehouden door een stichting.¹¹ Openbare instellingen voor beroeps-onderwijs worden helemaal niet in stand gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen,¹² alle hogescholen worden in stand gehouden door stichtingen,¹³ openbare universiteiten worden niet in stand gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen en de bijzondere en levensbeschouwelijke universiteiten worden in stand gehouden door een vereniging, stichting of kerkgenootschap.¹⁴ De instandhouding van *bijzondere* scholen door een andere privaatrechtelijke rechtspersoon dan de stichting is weliswaar *sec* niet bij wet verboden, maar de bekostigingsvoorwaarden houden wel in dat dergelijke rechtspersonen niet het maken van winst mogen beogen.¹⁵ Bovendien is onze inschatting dat praktijktoepassingen van bijzondere scholen die in stand worden gehouden door een privaatrechtelijke rechtspersoon die niet een stichting, vereniging of kerkgenootschap betreft, in aantal (nagenoeg) nihil zullen zijn. Tot slot betrekken wij evenmin culturele instellingen in dit hoofdstuk, aangezien culturele instellingen in verband met veelvoorkomende voorwaarden van subsidieverstrekkers de stichting als rechtsvorm hebben.

15.1.3 Opbouw van het hoofdstuk

Wij beginnen vanuit de theorie: par. 15.2.1 beschrijft het primaire richtsnoer waarnaar stemgerechtigden moeten handelen. In par. 15.2.2 zetten wij de uiteen welke

periodieke bijdrage betalen aan de stichting. Zolang het orgaan dat deze aangeslotenen tezamen vormen binnen de stichting geen (beslissende) zeggenschapsrechten heeft bij of krachtens de statuten van de stichting, zal er geen sprake zijn van strijd met het ledenverbod. Vgl. ook omtrent de definitie van 'orgaan' van de rechtspersoon Huizink, in: J.B. Huizink, 'Commentaar op art. 2:14 BW', in: J.B. Huizink (red.) *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (laatst geüpdatet 25 oktober 2021), aant. 3.1; Asser/Rensen 2-III 2022/348; Asser/Kroeze 2-I 2021/186.

10 Art. 19 lid 1 Woningwet.

11 Art. 17 lid 1 jo. 48 lid 1 Wet op het primair onderwijs en art. 42 lid 1 Wet op het voortgezet onderwijs.

12 Art. 1.1.1 Wet educatie en beroepsonderwijs (definitie 'openbare instelling').

13 Bijlage behorende bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, sub g.

14 Bijlage behorende bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, sub a, b en i.

15 Art. 55 Wet op het primair onderwijs, art. 49 Wet op het voortgezet onderwijs en art. 2.1.3 lid 3 Wet educatie en beroepsonderwijs.

rechtsgronden (met de normen die daarbij horen) grondslag kunnen bieden voor beperking van het handelen door stemgerechtigden. De verschillende factoren die – samen met voornoemde rechtsgronden en bijbehorende normen – bepalen of het handelen van de stemgerechtigden in de omstandigheden van het geval inderdaad wordt gesanctioneerd, behandelen wij in par. 15.2.3. Par. 15.2.4 beschrijft vervolgens hoe naleving van een norm kan worden afgedwongen. In par. 15.3 gaan wij in op het winstrecht en de winstuitkering, wederom toegespitst op de zorgsector. In par. 15.4 concretiseren wij deze normen door ons te concentreren op vier veelvoorkomende structuren van ondernemingen in de zorgsector: de DGA-structuur (par. 15.4.2), het allocatiemodel (par. 15.4.3) en de medisch-specialistische structuur (par. 15.4.4). Dit doen wij aan de hand van de *raison d'être* van organisaties in deze sector, de sectorale regelgeving (waaronder governancecodes), het rechtspersoonlijk belang, en de betrokken maatschappelijke belangen. Wij geven onze conclusies in par. 15.5.

15.2 Normering van stemrechtuitoefening en besluitvorming

15.2.1 Wat is het richtsnoer voor stemgerechtigden en de algemene vergadering als orgaan?

Anders dan bijvoorbeeld toezichthouders mogen aandeelhouders en leden in principe hun eigen belang behartigen in de rechtspersoon.¹⁶ Dit is eerst door de Hoge Raad bepaald in de *Wennex*-uitspraak, waarin de Hoge Raad (onder meer) oordeelde dat het stemrecht een recht is dat de aandeelhouder heeft om zijn eigen belang in de vennootschap te dienen. De aandeelhouder mag zich dus naar zijn eigen belang richten bij de uitoefening van dat stemrecht.¹⁷ Dit zou zelfs kunnen worden gezien als een “in Nederland levende rechtsovertuiging”,¹⁸ die is terug te voeren op het recht op

16 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*I*lb 2019/101; B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid; de positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129, diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna: Kemp 2015a), par. 5.8 en 5.10 en B. Kemp, ‘De rol en positie van de aandeelhouder bij een kapitaalvennootschap in financiële problemen’, *TvOB* 2015/6 (hierna: Kemp 2015b), par. 2.2, p. 218.

17 HR 30 juni 1944, *NJ* 1994/465 (*Wennex*), r.o. 5 en 7; HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (*Melchers*), r.o. 4; HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (*Aurora*), r.o. 2 bij het eerste principale middel en zie over de hieraan voorafgaande discussie ook P.W. Kamphuisen, ‘Overeenkomsten betreffende het stemrecht in een naamloze vennootschap’, *NV* 1941, nr. 12, p. 349-357 (hierna: Kamphuisen 1941); P.W. Kamphuisen, ‘Overeenkomsten betreffende het stemrecht in een naamloze vennootschap’, *NV* 1942, nr. 6, p. 144-145; F.J.F.M. Duynstee, ‘Overeenkomsten betreffende het stemrecht in een naamloze vennootschap’, *NV* 1941/1942, p. 114-115 (hierna: Duynstee 1941/1942), p. 114 en 179; HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (*Wennex*). Zie voorts hierover Huizink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:8 BW, aant. 2.4: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*I*lb 2019/101; Kemp 2015a, par. 5.2 en Kemp 2015b, par. 2.2, p. 218.

18 Kemp 2015a, par. 6.3, p. 225.

ongestoord genot van eigendom zoals neergelegd in art. 1 Eerste Protocol EVRM.¹⁹ Sinds *Wennex* is dit ook de heersende opvatting.

Naar onze mening is de *Wennex*-norm in het algemeen de norm voor het handelen van een aandeelhouder binnen de vennootschap. Bij de uitoefening van andere aandeelhoudersrechten – zoals het spreekrecht of een benoemingsrecht dat aan een soorttaandeel is verbonden – mag de aandeelhouder zich dus eveneens in beginsel naar zijn eigen belang richten. Ook die rechten zijn de aandeelhouder “gegeven om zijn belang in de vennootschap te dienen”.²⁰ De *Wennex*-norm impliceert voorts dat de aandeelhouder zijn stemrecht mag uitoefenen volgens het inzicht of de instructie van een andere aandeelhouder of van een derde, zelfs als de aandeelhouder nog niet weet wat tijdens de algemene vergadering besproken zal worden.²¹ Een andere benadering is dat aandeelhouders zich bij de stemuitbrenging moeten richten naar het vennootschappelijk belang (dat in de regel wel weer in belangrijke mate wordt bepaald door hun belangen). Deze benadering overtuigt niet. De vennootschap – en dus haar belang – heeft inderdaad een zekere zelfstandigheid, waarvan de aandeelhouder zich rekenschap moet geven (waarover meer in par. 15.2.2.5).²² Uit de jurisprudentie of de wet volgt echter niet dat de aandeelhouder zich moet *richten* naar dit belang. Voorts is deze benadering niet in overeenstemming met de ratio van het aandeelhouderschap. Aandeelhouders in vennootschappen met een onderneming met een zeer pluriform karakter of met een zeer maatschappelijk doel, moeten zich dat karakter of dat doel wel degelijk aantrekken,²³ maar zullen vooral aandeelhouder zijn geworden omwille van de winst die het aandeelhouderschap kan opleveren.²⁴ Hoewel een aandeelhouder zich tegenwoordig meer rekenschap moet geven van het vennootschappelijk belang, is dit geen reden om aan te nemen dat de *Wennex*-leer op dit punt echt is verlaten.²⁵

19 J.M. De Jongh, ‘Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur’, *Ondernemingsrecht* 2011/124 (hierna: De Jongh 2011), par. 4.1.

20 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (*Wennex*), r.o. 5.

21 HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (*Melchers*), r.o. 4.

22 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Cancun*), r.o. 4.2.1. Zie ook B.F. Assink, ‘Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang’, *WPNR* 2015/7048 (hierna: Assink 2015), p. 111. Assink stelt hier terecht dat voor het bestuur de belangen van betrokkenen bij de vennootschap “veeleer een begrenzer van/correctief [vormen] op hetgeen de vennootschap” mag doen. Dit gaat a fortiori op voor de aandeelhouder.

23 Houwen 2020, par. 3.2; B.F. Assink & L. Timmerman, ‘Langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders’, *Ondernemingsrecht* 2019/157 (hierna: Assink & Timmerman 2019), par. 1, p. 865 en par. 3, p. 870-871.

24 B.F. Assink & L. Timmerman, ‘Wie vaart er nu in een “empty vessel”?’, *WPNR* 2022/7378, p. 525-536, par. 2 en 5.

25 Zie voor een toets van deze strekking Assink & Timmerman 2019, par. 3, p. 870-872, die overigens wel opmerken dat een herbezinning hierop passend is; M. Olaerts, ‘Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?’, *Ondernemingsrecht* 2017/113 en Kemp 2015a, hoofdstuk 5 (in het bijzonder par. 5.8).

Voor leden van verenigingen geldt hetzelfde als voor aandeelhouders: ook zij mogen zich bij binnen de rechtspersoon in beginsel richten naar hun eigen belang. Dit kan allereerst worden ontleend aan het principe van ledendominantie, dat uitgangspunt is bij de coöperatie.²⁶ Hun centrale positie duidt erop dat hun (eigen) belangen vooropstaan. Het kan ten tweede worden gebaseerd op de gemeenschappelijke wethistorische oorsprong. De kapitaalvennootschappen van nu hebben immers hun grondslag in de vereniging. Ten derde hebben verenigingen en kapitaalvennootschappen wetsystematisch eenzelfde opzet: beide hebben een algemene vergadering waarin de leden aanwezig mogen zijn, het woord voeren en stemmen.²⁷ Ten vierde is eenzelfde duiding voor beide types rechtspersonen functioneel voor de rechtsontwikkeling en rechtsvinding, omdat zo parallellen kunnen worden getrokken tussen beide rechtspersonen bij vraagstukken over (de normering van) hun handelen.

Voor de algemene vergadering – het orgaan dus, niet zozeer haar leden – geldt naar onze opvatting een andere norm: de algemene vergadering moet zich richten naar het rechtspersoonlijk belang waarin de verschillende betrokken belangen tot uiting komen, zoals bij zorgorganisaties het belang van cliënten. Dat lijkt tegenstrijdig, zoals ook is geconstateerd door Kemp, die deze opvatting al verdedigde: het *orgaan* moet zich naar het *rechtspersoonlijk* belang richten, maar zijn *leden* mogen zich naar hun *eigen* belang richten. Vanwege deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid is Kemp's opvatting niet de heersende, voor zover wij kunnen zien. Naar onze mening is deze opvatting echter niet zo innerlijk tegenstrijdig als het lijkt. Als de leden in de algemene vergadering een besluit tot stand brengen, mogen en zullen zij stemmen conform hun eigen belang. Zij moeten echter ook rekening houden met de redelijkheid en billijkheid en in het verlengde daarvan ook met het rechtspersoonlijk belang – hetgeen tegelijkertijd mede wordt vormgegeven door hun belangen.²⁸ Het rechtspersoonlijk belang kan zelfs zodanig veel zwaarder wegen dat stemgerechtigden in

26 Asser/Rensen 2-III 2022, nr. 247; G.J.H. van der Sangen, 'Financiering van coöperaties: tussen efficiency en fairness', *Ondernemingsrecht* 2012/81, par. 2. Vgl. in deze zin ook G.J.H. van der Sangen, 'Eigen vermogensvorming bij coöperaties door beleggers. Contradictie of paradox?' *Ondernemingsrecht* 1999, p. 396-397.

27 Zie nader Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/30; Asser/Rensen 2-III 2022/105; G.J.H. van der Sangen, 'Betrokkenheid van leden en andere aangeslotenen bij de besluitvorming binnen de vereniging en de coöperatie', in: R.C.J. Galle (red.), *Handboek coöperatie*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2012, p. 106-152, par. 1.4.8; J.M. De Jongh, *Tussen societas en universitas* (Reeks vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 94, diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2014 (hierna: De Jongh 2014), nr. 114, p. 234-236 en nr. 152, p. 332; J.D.A. den Tonkelaar, 'Boekbespreking P.L. Dijk & T. J. van der Ploeg, *Van vereniging, coöperatie en stichting*, Gouda Quint, Arnhem', *S&V* 1991, p. 129-133 (p. 131); Asser/Scholten & Bregstein 1954, p. 81-87; 150 e.v.; Asser/Scholten 1940, p. 69-74; L.E. Visser & J.G. Kist, 'De naamloze vennootschap volgens de wet van 2 Juli 1928, Stb. no 216', in: *Beginselen van handelsrecht (III supplement naaml. venn.)*, 's-Gravenhage: Belinfante 1929, p. 1; E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de naamloze vennootschap in Nederland voor de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam, Van der Vecht 1908, p. 25-31. Anders: Asser/Van der Grinten 2-II 1976, p. 125-131 en eerder nog Asser/Van Heusde 1885, p. 512.

28 Hierop gaan wij in par. 15.2.2.5 verder in.

feite zijn gehouden hun eigen belang opzij te zetten ten behoeve van het rechtspersoonlijk belang. Denkbaar is echter dat stemgerechtigden bij hun stemuitbrenging niet voldoende rekening hebben gehouden met het rechtspersoonlijk belang.²⁹ Dat hoeft niet problematisch te zijn, maar als dat zover gaat dat het resulterende besluit afbreuk doet aan het rechtspersoonlijk belang, dan zal het in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid en dus vernietigbaar zijn.³⁰ De algemene vergadering heeft dan als *orgaan* niet gehandeld conform het rechtspersoonlijk belang – waarnaar het zich moet richten – en heeft zich dus niet gedragen conform de vereisten van de redelijkheid en billijkheid.³¹

Het is goed te benadrukken dat de inhoud van het rechtspersoonlijk belang per rechtspersoon verschilt, en dus ook de wijze waarop het bestendige succes van de rechtspersoon moet worden gerealiseerd.³² Hoewel als uitgangspunt publieke (ook wel ‘algemene’ of ‘maatschappelijke’) belangen niet zijn betrokken bij het rechtspersoonlijk belang,³³ is dat wel het geval bij rechtspersonen die actief zijn in de zorgsector (en ook in veel andere semipublieke sectoren). Hoe het “bestendige succes” van zorgorganisaties vorm krijgt, wordt immers *principieel* bepaald door de succesvolle realisatie van goede zorg in de breedste zin van het begrip. Dergelijke belangen worden bij zorgorganisaties “naar binnen gehaald”, zo niet uitdrukkelijk in de statuten dan wel via de redelijkheid en billijkheid en feitelijk door de aard van de activiteiten van de rechtspersoon.³⁴ Houwen constateert dus terecht dat die publieke belangen direct doorwerken in het belang van de zorgorganisatie, en dat stemgerechtigden (op grond van art. 2:8 lid 1 BW, waarover par. 15.2.2.5) daarmee rekening moeten houden als zij bevoegdheden in de betrokken rechtspersoon uitoefenen.³⁵

Hoewel stemgerechtigden zich dus in beginsel naar hun eigen belang mogen richten bij stemuitbrenging, kunnen zij op grond van art. 2:8 lid 1 BW zijn gehouden andere belangen – in het bijzonder het rechtspersoonlijk belang – bij de stemuitbrenging te betrekken. Doen zij dat niet en neemt de algemene vergadering (als

29 Kemp 2015a, hoofdstuk 6.

30 Art. 2:15 lid 1 sub b jo. 2:8 lid 1 BW, waarover ook par. 15.2.4.2.

31 Kemp 2015a, hoofdstuk 8.

32 HR 10 februari 2023, *NJ* 2023/166 (*Bab/Cordial & Turnham*), r.o. 3.4.2-3.4.5; HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Cancun*), r.o. 4.2.1; HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167 (*Fortis*), r.o. 3.25; Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41 (*Fortis*), 4.2.1; Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189, *Ondernemingsrecht* 2010/91 (*PCM*), r.o. 3.2, 3.13.

33 Belangenpluralisme is niet onbekend in het algemene vennootschapsrecht (wij wijzen bijvoorbeeld op de structuurregeling van art. 2:152/262 e.v. BW en bevoegdheden van de ondernemingsraad als art. 2:134a BW) maar deze is verder pas betrekkelijk recentelijk echt aan het doorzetten bij commercieel georiënteerde vennootschappen. Zie over deze ontwikkeling onder meer Assink & Timmerman 2019; De Jongh 2014, nr. 154, 165-169, 205-208 en 216-219.

34 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/125; P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht* (Reeks vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016 (hierna: Van Schilfgaarde 2016), nr. 50, p. 138-140 en nr. 52, p. 147; Assink 2015, nr. 15-16 en 18. Zie voorts Hoofdstuk 17 Handboek.

35 Houwen 2020, par. 3.2.

orgaan) daardoor een besluit dat in strijd is met het rechtspersoonlijk belang, dan kan dat besluit worden vernietigd, omdat de algemene vergadering zich als orgaan ten onrechte niet naar het rechtspersoonlijk belang heeft gericht, terwijl dat wel haar gedragsnorm is.

15.2.2 Welke rechtsgronden normeren het handelen van stemgerechtigden?

15.2.2.1 Inleiding

De eigenbelangbehartiging door de aandeelhouder is dus ook aan grenzen gebonden. Aandeelhouders mogen het stemrecht gebruiken zoals zij willen zolang dit niet “tot maatschappelijk onbetamelijke gevolgen zou leiden”, en “mits dit niet ontaardt in misbruik van recht” zo oordeelde de Hoge Raad in *Wennex*.³⁶ Meerdere rechtsgronden bieden mogelijkheden om de eigenbelangbehartiging door stemgerechtigden te normeren, met andere woorden om “de grenzen van geoorloofde bevoegdheidsuitoefening te bepalen en [...] willekeurige machtsuitoefening aan banden [te leggen]”.³⁷ Achtereenvolgens bespreken wij (i) strijd met de wet; (ii) strijd met de goede zeden of openbare orde; (iii) misbruik van bevoegdheid; (iv) redelijkheid en billijkheid; en (v) de samenloop van voorgaande categorieën.

15.2.2.2 Strijd met de wet

Als een rechtshandeling tot stand is gekomen in strijd met een dwingende wetsbepaling,³⁸ dan geeft art. 3:40 lid 2 en 3 BW daarvan het gevolg: een dergelijke rechtshandeling is in principe nietig, maar kan vernietigbaar zijn als het een meerzijdige rechtshandeling is en als de wetsbepaling die door de rechtshandeling is geschonden alleen strekt ter bescherming van één van de betrokken partijen. De rechtshandeling kan zelfs gewoon geldig zijn als de bepaling niet de strekking heeft tot nietigheid of vernietigbaarheid te leiden. Wij menen met Hijma, Van den Brink, Zwolve en Den Hollander dat onder het bereik van art. 3:40 lid 2 BW niet alleen rechtshandelingen moeten worden beoordeeld waarvan het *verrichten* in strijd is met een dwingende wetsbepaling, maar ook rechtshandelingen waarvan de inhoud of de

36 HR 30 juni 1944, *NJ* 1994/465 (*Wennex*), r.o. 7. Wij zouden nu ‘misbruik van bevoegdheid’ zeggen. Overigens bevatten de *Melchers* en *Aurora*-uitspraken niet een dergelijke begrenzing van de eigenbelangbehartiging, maar naar onze mening moet daarin niet worden gelezen dat de Hoge Raad meent dat deze beperking niet geldt. Zie hierover ook het einde van nr. 7 van de annotatie van Hijmans van den Bergh bij HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (*Aurora*).

37 M.J. van Ginneken & L. Timmerman, ‘De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2011/123.

38 Zie nader over de reikwijdte van dit begrip H.J. van Kooten, ‘Commentaar op art. 3:40 BW’, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (laatst bijgewerkt 15 februari 2019) (hierna: Van Kooten 2019); Asser/Sieburgh *6-III* 2022, nr. 314.

strekking dergelijke strijdigheid oplevert.³⁹ Dit is anders dan de heersende opvatting, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis en rechtspraak, die inhoudt dat onder art. 3:40 lid 2 en 3 BW alleen valt het geval dat het tot stand komen van een rechtshandeling in strijd is met de wet; een (tot stand gekomen) rechtshandeling waarvan de inhoud of strekking in strijd is met de wet, valt niet daaronder.⁴⁰ Niettegenstaande de wetsgeschiedenis dwingt echter de *wettekst* niet tot deze opvatting: daar staat immers enkel dat “[s]trijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling”, zonder de specificatie dat dit alleen voor het verrichten geldt. Voorts is de logica van deze opvatting kwestieus. Zowel in geval van een onwettige verrichting als een onwettige inhoud of strekking wil de wetgever immers een bepaalde uitkomst tegengaan of waarborgen (met de sanctie van art. 3:40 lid 2 BW).⁴¹ Bovendien zien wij niet in dat een rechtshandeling waarvan de *inhoud* of de *strekking* in strijd is met de wet, zou moeten voldoen aan de gevoelsmatig hogere lat van strijdigheid met de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW),⁴² terwijl een soortgelijke rechtshandeling waar-

39 J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 74 e.v.; J. Hijma, ‘De ongeoorloofde oorzaak’, *WPNR* 1991/6030, p. 886; J. Hijma, ‘Nietigheden in het vermogensrecht’, *RMThemis* 1992/11, p. 403 e.v.; V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), 2002 (hierna: Van den Brink 2002), p. 28-30; W.J. Zwolve, ‘Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie’, *WPNR* 2001/6501 (hierna: Zwolve 2001), p. 60; P.W. den Hollander, ‘De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad’, *NTBR* 2013/4 (hierna: Den Hollander 2013), par. 7-8. Anders: Asser/Sieburgh 6-III 2022/315, 317, 322a, 325 en 347a-347, die enigszins onprecies en verwarrend stelt dat art. 3:40 BW “ziet op dwingende wetsbepalingen die het sluiten van de overeenkomst, haar inhoud of haar strekking betreffen” (mijn onderstreping) maar verderop stelt dat de geldigheid van “[e]n overeenkomst die verplicht tot een prestatie die niet rechtstreeks is verboden, doch slechts met overtreding van een verbod kan worden verricht, [en] een overeenkomst ertoe strekt een partij tot wetsovertreding in staat te stellen” moet worden getoetst aan de goede zeden en de openbare orde van art. 3:40 lid 1 BW.

40 HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*), r.o. 3.5.1 en 3.7; HR 1 juni 2012, *NJ* 2013/172 (*Esmilo/Mediq*), r.o. 4.4; HR 11 mei 2001, *NJ* 2002/364 (*AZL*), r.o. 4.4; HR 22 januari 1999, *RvdW* 1999, 18 (*Uneto/De Vliert*), r.o. 3.3.4; HR 3 april 1998, *NJ* 1998/588 (*Gemeente Alkemade/Hornkamp*), r.o. 3.3.2. Zie voorts onder andere Van Kooten 2019, art. 3:40 BW, aant. 6.2 en 7.8 en 7.10; Asser/Sieburgh 6-III 2022, nr. 317, 325-325a, 345 en 347c en 347e; J. Hijma, ‘Nieuw nulliteitenrecht’, *WPNR* 2017/7133, par. 5; J. Hijma, ‘Ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht’, *WPNR* 2013/6994, par. 3; H. ten Oever & G. Veldt, ‘Vragen over nietigheid op grond van art. 3:40 lid 1 BW: Een pleidooi voor een twee fasen toets’, *NTBR* 2016/52 (hierna: Ten Oever & Veldt 2016), par. 2, p. 356; Den Hollander 2013; V. van den Brink, ‘Strijd met de wet of de openbare orde: nietig of niet?’, *NbBW* 2001/10, p. 114-116 (hierna: Van den Brink 2001) (p. 113 e.v.) en V. van den Brink, ‘De rechtshandeling in strijd met de openbare orde’, *NbBW* 2000/5, p. 62-66 (p. 62 e.v.) (ook over de voorgeschiedenis hiervan).

41 Den Hollander 2013, par. 2.

42 Zie daarover verder par. 15.2.2.3. Inmiddels wordt dan ook – naar onze mening terecht – aangenomen dat een rechtshandeling niet direct in strijd is met de openbare orde op de *enkele* grond dat inhoud of strekking van die rechtshandeling in strijd zijn met de wet. Zie hierover verder de jurisprudentie en literatuur genoemd in voetnoot 40.

van het *verrichten* in strijd is met de wet direct nietig zou zijn op grond van eenvoudige strijd met de wet (art. 3:40 lid 2 BW).⁴³

15.2.2.3 Strijd met de goede zeden of openbare orde

Een rechtshandeling kan voorts nietig zijn als de inhoud of de strekking daarvan als zodanig in strijd is met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW).⁴⁴ De oordelen over wat de openbare orde en de goede zeden omvatten, zullen verschillen al naar gelang het tijdsgewricht en de context en zijn uiteindelijk terug te voeren op “de opvatting die op de grootst mogelijk maatschappelijke consensus steunt”.⁴⁵ Tussen de goede zeden en de openbare orde is in het algemeen geen scherp onderscheid te maken; het gaat bij beide categorieën om normen, beginselen of regels van ongeschreven (dwingend) recht die in de Nederlandse samenleving als fundamenteel worden ervaren.⁴⁶ Overlap is goed mogelijk.⁴⁷

Onder ‘goede zeden’ verstaan wij de breed gedragen opvattingen in de maatschappij over wat behoorlijk – ‘zedelijk’ – gedrag is.⁴⁸ Wat zedelijk is, hangt af van het tijdsgewricht en de context,⁴⁹ en is uiteindelijk terug te voeren op “de opvatting die op de grootst mogelijk maatschappelijke consensus steunt”. Denkbaar is bijvoorbeeld dat schenkingsovereenkomsten tussen patiënt en behandelaar wegens strijd met deze norm nietig zouden kunnen zijn.

Onder het begrip ‘openbare orde’ verstaan wij de fundamentele beginselen, normen en belangen waarvan de inachtneming noodzakelijk is voor het voortbestaan en goed functioneren van de Nederlandse samenleving, maatschappelijke organisatie en rechtsorde.⁵⁰ Strijdigheid hiermee komt aan de orde als deze fundamentele zijn

43 Vgl. in soortgelijke zin Van den Brink 2001, p. 115-116.

44 Van Kooten 2019; Asser/Sieburgh 6-III 2022/333. Zie over het begrip ‘inhoud’ A.C. van Schaick, ‘De strekking der overeenkomst’, *WPNR* 1990/5971, p. 506 en A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 87 e.v.; Van den Brink 2002, p. 19, noot 50. Zie over ‘strekking’ C.J. van Zeven en J.W. du Pon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek*, Boek 3, *Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 190; HR 28 oktober 2011, *NJ* 2012/495 (*Ponzi-scheme*), r.o. 3.6.2; HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/128, p. 310-311 (*Burgman/Aviolanda*) en Asser/Sieburgh 6-III 2022/325, 333 en 335; Hijma, *WPNR* 2017/7133, par. 4 en *WPNR* 1991/6030, par. 2 en 7.

45 Asser/Sieburgh 6-III 2022/311; Van Kooten 2019; Ten Oever & Veldt 2016, par. 2, p. 355-356; Van den Brink 2002, p. 194, 203, 220-223; C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden), 1920, p. 35-38, 55 e.v. (hierna: Petit 1920) (p. 48-49).

46 Van Kooten 2019; HR 11 mei 2001, *NJ* 2002/364 (*AZL*), r.o. 4.4.

47 Asser/Sieburgh 6-III 2022/311; Ten Oever & Veldt 2016, par. 2, p. 356.

48 Asser/Sieburgh 6-III 2022/311 en 330 e.v.; Van den Brink 2002, p. 194, 203, 209-212; Zwalve 2001, p. 607-609; Van Kooten, 2019; Ten Oever & Veldt 2016, par. 2, p. 355-356; Petit 1920, p. 35-38, 55 e.v.

49 Van Kooten 2019; Van den Brink 2002, p. 194, 203, 220-223; Petit 1920, p. 48-49.

50 HR 11 december 2015, *NJ* 2017/59 (*Wijnen Bouw/Muller*), r.o. 3.5.1; HR 11 mei 2001, *NJ* 2002/364 (*AZL*), r.o. 4.4; Van den Brink 2002, p. 30; Asser/Sieburgh 6-III 2022/345; Ten Oever & Veldt 2016, par. 2, p. 356.

geschonden of “het algemeen belang in gevaar komt in een mate die raakt aan de grondvesten van ons rechtsstelsel en/of onze samenleving”.⁵¹ Deze norm kan bijvoorbeeld zijn geschonden als een rechtshandeling tussen twee personen afbreuk doet aan een hoeksteen van het rechtsverkeer in de zorgsector.⁵²

15.2.2.4 Misbruik van bevoegdheid

Heeft iemand in het privaatrecht een bevoegdheid, dan mag die persoon zich bij de uitoefening van die bevoegdheid in de regel laten leiden door diens eigen belang. De grenzen van die bevoegdheid liggen in ieder geval daar waar misbruik begint, zo volgt uit (art. 3:15 jo.)⁵³ art. 3:13 BW.⁵⁴ Iedereen jegens wie een bevoegdheid wordt misbruikt, kan een beroep doen op art. 3:13 BW, mits degene een “voldoende belang” heeft (art. 3:303 BW).⁵⁵ De toetsing van de betrokken belangen die moet uitwijzen of de uitoefening van de bevoegdheid is toegestaan, is marginaal. Stemgerechtigden mogen zich immers als uitgangspunt naar hun eigen belangen richten.⁵⁶ Uit lid 2 volgt dat in twee gevallen in ieder geval sprake is van misbruik van bevoegdheid: als de bevoegde persoon handelde “met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend”,⁵⁷ en als de bevoegde persoon in redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid had kunnen komen, mede gelet op de kenbare⁵⁸ (grote) onevenredigheid tussen de betrokken belangen.⁵⁹

Art. 3:13 BW is vooral nuttig als het doel is de uitoefening van een bevoegdheid te houden:⁶⁰ de uitoefenaar van de misbruikte bevoegdheid kan zich daarop niet met succes beroepen; een eventuele uit de misbruikte bevoegdheid resulterende rechtshandeling is (absoluut of relatief) nietig. Misbruik van bevoegdheid kan ook in

51 Aldus Van den Brink 2002, p. 28.

52 Hof Den Bosch 9 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2096 (*Monddoodclausule*).

53 De norm geldt ook binnen het rechtspersonenrecht, zo niet via deze schakelbepaling dan wel via analoge toepassing. Zie Kemp 2015a, par. 6.2.3.2, p. 218-220.

54 P.A. Stein, ‘Commentaar bij art. 3:13 BW’, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (laatst geüpdatet 15 december 2018) (hierna: Stein 2018), aant. 1 en 4; P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1985 (hierna: Rodenburg 1985), p. 3-11; W.C.L. van der Grinten, in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw (Van der Grinten-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 367-375.

55 Kemp 2015a, par. 6.4.2.

56 Kemp 2015a, par. 6.5.2.

57 E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW nr. A4), Deventer: Wolters Kluwer 2019 (hierna: Schrage 2019), nr. 14-15; Stein 2018, aant. 34-40; Rodenburg 1985, nr. 13. Zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 16 januari 2004, *NJ* 2004/184 (*Goglio*) en de *NJ*-noot van Maeijer, par. 2.

58 HR 21 mei 1999, *RvdW* 1999, 82 (*Kerkhofen Wekking/Spoelstra*), r.o. 3.4.

59 Schrage 2019, nr. 14-15; Stein 2018, aant. 43-48.

60 Stein 2018, aant. 9.

rechte worden gebruikt om jegens de misbruiker een rechterlijk verbod, een dwangsom of een declaratoir vonnis te verkrijgen.⁶¹

15.2.2.5 Redelijkheid en billijkheid

Als betrokkenen bij de organisatie van de rechtspersoon⁶² moeten aandeelhouders en leden zich op grond van art. 2:8 lid 1 BW gedragen naar wat in redelijkheid en billijkheid van hen wordt gevergd. Het doel van deze norm is de verhoudingen tussen de betrokkenen bij de rechtspersoon in goede banen te leiden.⁶³ Aandeelhouders kunnen zich enerzijds jegens andere betrokkenen bij de rechtspersoon beroepen op de redelijkheid en billijkheid.⁶⁴ Omgekeerd kunnen zij ook zelf op die grond een zorgplicht hebben jegens die betrokkenen.⁶⁵ Dit volgt uit de tekst van art. 2:8 lid 1 BW, uit de rechtsgeschiedenis van de NV,⁶⁶ uit de parlementaire geschiedenis,⁶⁷ en uit de *The Mill Resort*-uitspraak.⁶⁸

De inhoud van de redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wat in een concreet geval ‘redelijk en billijk’ is, en wiens belangen

61 Rodenburg 1985, nr. 35.

62 Zie art. 2:38, 2:118 en 2:228 lid 1 BW; zie Kemp 2015b, p. 218; B. Kemp, ‘Normering van aandeelhouders. Redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid?’, *NJB* 2013/660. In het oorspronkelijke voorstel voor het huidige art. 2:8 BW werden de leden of aandeelhouders met zoveel woorden genoemd. Zie C.J. van Zeben, W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2, Rechtspersonen*, Deventer-Antwerpen: Kluwer 1962, p. 135.

63 Huizink 2021a, aant. 2.1, 2.4 en 6.1; Van Schilfgaarde 2016, nr. 43, p. 117-119.

64 In verschillende uitspraken wordt bijvoorbeeld aangenomen dat de vennootschap een zorgplicht kan hebben tegenover (bijvoorbeeld minderheids)aandeelhouders, zoals HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Cancun*), r.o. 4.2.2. Zie voorts Hof Amsterdam (OK) 14 december 2005, *JOR* 2006/7 (*Versatel II*), r.o. 3.4, waarin de belangen van de minderheidsaandeelhouders onvoldoende waren verdisconteerd bij de benoeming van bestuurders en commissarissen. Zie ten slotte nog Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, *JOR* 2021/296 (*Allure Energie*), r.o. 4.10. Daarin lag op grond van de redelijkheid en billijkheid een informatieplicht op de vennootschap jegens een 50%-aandeelhouder, maar die werd mede gegrond op het feit dat de bestuurder van de vennootschap tevens de andere 50% van de aandelen had.

65 Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 (*PCM*), r.o. 3:13; Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *JOR* 2010/60 (*Inter Access*), r.o. 3.14-3.17; Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, *JOR* 2002/6 (*Decidewise*), r.o. 3.5; Rb. Amsterdam (Pres.) 20 december 2001, *KG* 2002, 24 (*Gorillapark*), r.o. 7; Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2000, *JOR* 2001/251 (*RNA*), r.o. 3.18. Zie ook Assink & Timmerman 2019, par. 3, p. 870; Asser/Van Olfen & Rensen 2-*Ila* 2019/131; J. Barneveld, ‘PCM & private equity – Over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen’, *WPNR* 2009/6791; F.J.P. van den Ingh, ‘Stemgedrag van aandeelhouders’, in: J.B. Huizink (red.), *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), 2000, p. 203-213 (p. 209-210).

66 Zie art. 1374 en 1375 BW (oud) en onder andere Kamphuisen 1941, p. 351-352; Duynstee 1941/1942, p. 114-115.

67 Hier gaf de minister aan dat hij de toepasselijkheid van de redelijkheid-en-billijkheidsnormen op de verhoudingen ‘tussen de leden en organen van de [rechtspersoon]’ wenselijk vindt. Zie *Kamerstukken II* 1957/58, 3769, nr. 5, p. 20 en *Kamerstukken II* 1984/85, 17 725, nr. 7, p. 14-15, waarover uitgebreid Kemp 2015a, par. 6.2.2.

68 HR 29 september 2006, *NJ* 2006/639, *JOR* 2007/62 (*The Mill Resort*), r.o. 3.3.2, 3.4 en 3.5.

in welke mate in aanmerking komen, wordt bepaald aan de hand van de algemeen erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuiging en de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken, aldus art. 3:12 BW.⁶⁹ In het algemeen kan worden gezegd dat de redelijkheid en billijkheid vereisen dat de betrokkenen rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen in die zin dat zij die belangen niet onevenredig schaden bij hun handelen.⁷⁰

Naar onze mening zijn de redelijkheid en billijkheid zowel beoordelingsnormen voor de rechter als gedragsnormen voor de betrokkenen.⁷¹ In art. 2:8 BW staat duidelijk dat de betrokkenen zich moeten “gedragen” zoals de normen van redelijkheid en billijkheid van hen vorderen. Dat gevorderde gedrag kan (en zal) bij de rechter worden afgedwongen, maar partijen kunnen dit gedrag ook buitenrechtelijk van elkaar verlangen.⁷² Deze normen zijn vaag, maar in concrete omstandigheden zal een belangenafweging – al dan niet door de rechter – wel kunnen leiden tot een concretisering van wat daar en dan redelijk en billijk is.⁷³ Een eventuele rechterlijke toetsing van stemrechtuitoefening is marginaal, omdat stemgerechtigden zich in beginsel naar hun eigen belangen mogen richten.⁷⁴ Daarnaast kunnen betrokkenen die afweging echter zelf ook maken en van elkaar het gedrag vorderen dat de redelijkheid en billijkheid volgens hen vordert.

Stemgerechtigden kunnen op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden zijn zich ook het rechtspersoonlijk belang aan te trekken. Daarop wezen wij al in par. 15.2.1. Het rechtspersoonlijk belang concretiseert dan wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid vergen van de stemgerechtigden. Ook andere normen kunnen op deze manier doorwerken op stemgerechtigden.⁷⁵ Dit diepen wij voor de zorg verder uit in par. 15.4.

15.2.2.6 Samenloop

De redelijkheid en billijkheid, misbruik van bevoegdheid en de goede zeden en de openbare orde vertonen verschillen. Zo spelen de openbare orde en de goede zeden, alsmede misbruik van bevoegdheid, ook als verder geen rechtsverhouding bestaat tussen partijen, terwijl normen van de redelijkheid en billijkheid altijd betrekking

69 Asser/Kroeze 2-I 2021/227; Kemp, *VHI* 129 2015, par. 6.2.2.2.

70 Asser/Kroeze 2-I 2021/224 en 226-227; Asser/Sieburgh 6-III 2022/391 e.v.

71 Evenzo: Van Schilfgaarde 2016, nr. 14; Kemp 2015a, par. 6.2.2.2 en voorts de daar genoemde auteurs.

72 In gelijke zin: Kemp 2015a, par. 6.2.2.2, p. 213-214.

73 Aldus M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen: beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief* (Reeks vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 35, diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999, p. 29.

74 Kemp 2015a, par. 6.5.2.

75 Zie bijvoorbeeld Houwen 2020, par. 3.2 (over normen in de zorg); Van Schilfgaarde 2016, nr. 53; B. Bier, ‘Betekent winstrecht ook recht op winst?’, in: P.J. van der Korst, R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder (Serie Onderneming & Recht, deel 69)*, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Bier 2012), par. 6.4.3 (over normen bij winstuitkering).

hebben op personen die in een rechtsverhouding staan tot elkaar.⁷⁶ Een tweede verschil is te zien bij de rechtsgevolgen. De aanvullende redelijkheid-en-billijkheidsnorm kan als gedragsnorm niet alleen gebruik van een bevoegdheid tegengaan, maar kan ook positieve verplichtingen opleggen, zoals ook Kemp constateert.⁷⁷ Daarin onderscheidt deze aanvullende werking zich van zowel art. 2:8 lid 2, 3:13 als art. 3:40 BW. Deze hebben elk ‘negatieve’ werking: een bepaald rechtsgevolg komt niet tot stand. Art. 2:8 lid 2, 3:13 en 3:40 BW kunnen voorts feitelijk hetzelfde gevolg hebben, maar verschillen doordat art. 3:40 BW leidt tot nietigheid, terwijl art. 2:8 lid 2 en 3:13 BW abstractere sancties hebben: een regel blijft buiten toepassing respectievelijk een bevoegdheid kan niet worden uitgeoefend.⁷⁸ Dit is niet zonder belang: alleen nietige rechtshandelingen kunnen worden geconverteerd (art. 3:42 BW), bekrachtigd (art. 3:58 BW), of partieel nietig zijn (art. 3:41 BW).

Er zijn echter ook gelijkenissen. In het bijzonder worden deze normen veelal op een sterk soortgelijke manier ingevuld. Bij vaststelling van wat de openbare orde vereist, zijn algemeen erkende rechtsbeginselen en -overtuigingen en maatschappelijke belangen immers evengoed van groot belang als bij concretisering van de eisen van de redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW). Het is ook lastig een (groot) verschil te zien tussen een bevoegdheid misbruiken en in onaanvaardbare mate onredelijk of onbillijk handelen. Het zal geregeld voorkomen dat meerdere van de hierboven uiteengezette gronden kunnen worden aangevoerd om rechtshandelingen aan te vechten. Misbruik van bevoegdheid wordt zelfs wel gezien als een species van het genus ‘(handelen in strijd met de) redelijkheid en billijkheid’.⁷⁹

15.2.3 Welke factoren bepalen de toepasselijkheid van deze normen?

Eenzijds mogen stemgerechtigden dus hun eigen belangen nastreven, anderzijds worden zij daarbij beperkt door de normen die in de vorige paragraaf zijn uiteengezet. Vervolgvraag is wanneer die normen dan eigenlijk zijn geschonden. Zowel De Jongh als Kemp hebben factoren gearticuleerd die samen bepalen wanneer van schending sprake is – en dus hoe stemgerechtigden mogen dan wel moeten handelen. Door in de omstandigheden van het geval op zoek te gaan naar deze factoren, die wij hieronder hebben samengebracht, kan een inschatting worden gemaakt van de mate waarin aandeelhouders hun eigen belangen mogen behartigen c.q. bij hun eigenbe-

⁷⁶ Anders: Asser/Sieburgh 6-III 2022/398 en 401, die de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid breder ziet.

⁷⁷ Kemp 2015a, par. 6.2.3.1-6.2.3.3, p. 217-218 en p. 221.

⁷⁸ Zie W.C.L. van der Grinten, in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge (red.), *Verzamelde geschriften van W.C.L. van der Grinten 1978* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 77), Deventer: Kluwer 1978, p. 241-250 (p. 244-245, nr. 4).

⁷⁹ Schrage 2019, nr. 9; Stein 2018, aant. 3-4 en; Kemp 2015a, par. 6.2.3.3.

langenbehartiging ook de belangen van anderen betrekken vanwege de onevenredige gevolgen voor die anderen.⁸⁰

1. Macht: naarmate een stemgerechtigde meer invloed heeft, rust op die stemgerechtigde navenant meer verantwoordelijkheid.⁸¹ Onder ‘macht’ mag hier een in omvang groot stemrecht in de algemene vergadering worden verstaan, maar ook andere rechten, zoals initiatief- en goedkeuringsrechten.
2. Achtergrond van de stemgerechtigde: naarmate de stemgerechtigde gelet op zijn achtergrond meer kennis en expertise heeft, mag van deze stemgerechtigde een grotere mate van verantwoordelijkheidsbesef – en navenant gedrag – worden verwacht.⁸² Deze factor kan hier samenvallen met de vorige factor, maar dat hoeft niet. Daarnaast kan de achtergrond van de stemgerechtigde ook betekenen dat hij andere, mogelijk tegenstrijdige belangen, heeft, waarvan hij zich intern jegens andere betrokkenen rekenschap moet geven.⁸³
3. De betrokken belangen: hier is allereerst van belang hoe groot de *gevolgen* voor andere betrokkenen zijn als de stemgerechtigde zich naar zijn eigen belang richt; hoe groter die gevolgen zijn, hoe eerder die stemgerechtigde daarmee rekening zal moeten houden.⁸⁴ Ten tweede maakt ook de tegenstrijdigheid van het eigen belang met de verschillende andere belangen nog uit voor de mate waarin de eigenbelangbehartiging van de stemgerechtigde door de beugel kan.⁸⁵ Bij het voorgaande zijn ook de activiteiten van de rechtspersoon van belang, zoals de sector waarin deze opereert.⁸⁶
4. Subsidiariteit en proportionaliteit: de stemgerechtigde behoort het gebruik van zijn rechten af te stemmen op het daarmee te dienen doel, zodat schadelijke conflicten en onbedoelde bijeffecten zo veel mogelijk worden voorkomen.⁸⁷

Deze factoren passen wij in par. 15.4 toe op zorgorganisaties.

15.2.4 Hoe kan naleving van een norm worden afgedwongen?

15.2.4.1 Voorkoming van normschendend handelen

Vreest een belanghebbende dat een stemgerechtigde zal handelen in strijd met een gegeven norm, dan kan die belanghebbende de rechter vragen te verbieden dat de algemene vergadering plaatsvindt, te verbieden dat de stemgerechtigde op een

80 De Jongh 2011, par. 4.2. Zie voor een uitgebreidere verhandeling van elk gezichtspunt het stuk van De Jongh.

81 De Jongh 2011, par. 4.2.1; Kemp 2015a, par. 10.2-10.3. Dit speelde bijvoorbeeld ook in HR 14 september 2007, *JRV* 2007/589 (*Versatel*).

82 Kemp 2015a, par. 10.4.

83 De Jongh 2011, par. 4.2.4.

84 De Jongh 2011, par. 4.2.1 en 4.2.3.

85 De Jongh 2011, par. 4.2.4.

86 Kemp 2015a, par. 10.5.

87 De Jongh 2011, par. 4.2.2.

bepaalde manier zal stemmen of te verbieden dat het orgaan op een bepaalde manier zal besluiten. De normen die in par. 15.2.2 zijn uitgewerkt, zijn de materiële rechtsgronden voor dergelijke verboden.⁸⁸ Deze verboden kunnen worden gevorderd in een bodemzaak, al dan niet door middel van een (overigens tamelijk zeldzame) voorlopige voorziening (art. 223 Rv), maar ook in kort geding als er een spoedeisend belang is (art. 254 Rv). Met name in kort geding heeft de rechter een grote vrijheid bij het treffen van voorzieningen. Wel moet het verbod voldoende specifiek zijn, zodat de gedaagde weet waaraan deze zich moet houden.⁸⁹

Een andere route is het verzoeken van een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure, zoals het verzoek tot een verbod om te stemmen of besluiten.⁹⁰ Dergelijke verboden zijn immers tijdelijk en kunnen in de omstandigheden van het geval gemakkelijk proportioneel worden gemaakt, bijvoorbeeld door het verbod te beperken tot een looptijd of bepaalde besluiten.⁹¹ Deze route staat in het semipublieke domein echter niet altijd open (bijvoorbeeld in de onderwijssector).⁹²

15.2.4.2 Vernietiging en nietigheid van normschendend handelen

Besluiten kunnen (gedeeltelijk) worden vernietigd als deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 2:15 lid 1 sub b jo. 2:8 lid 1 BW). Wij achten vernietiging ook mogelijk bij voorbereidende besluiten en besluiten iets *niet* te doen (inclusief voorgestelde maar verworpen besluiten). Hiermee wordt immers ook de wil van de rechtspersoon vastgesteld, namelijk “de wil iets niet te doen”.⁹³ Voorts kan een besluit in strijd met de wet nietig zijn (art. 2:14 lid 1 BW).

Een stem kan niet worden vernietigd, maar kan wel nietig zijn (art. 2:13 lid 1 BW). Nietigheid van stemmen kan tot gevolg hebben dat een voorgesteld besluit worden verworpen of juist aangenomen.⁹⁴ Als tussen de stemgerechtigde en een

88 K.A.M. van Vught, *Het besluit van de rechtspersoon* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 162, diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020 (hierna: Van Vught 2020), par. VII.2.

89 T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Commentaar bij art. 254 Rv’, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (laatst bijgewerkt 6 maart 2022), aant. 17.1 en 17.6; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Commentaar bij art. 257 Rv’, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (laatst bijgewerkt 6 maart 2022) (hierna: Tjong Tjin Tai 2022c), aant. 3; Kemp 2015a, par. 7.4.1.

90 Kemp 2015a, par. 7.4.1 en 7.4.7 en 9.3-9.4; F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 105), Deventer: Kluwer 2017 (hierna: Eikelboom 2017), par. 15.3.

91 Zie in gelijke zin HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002/5 (*SkyGate*), r.o. 3.6; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Commentaar bij art. 256 Rv’, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer (laatst bijgewerkt 6 maart 2022), aant. 3.1 en Tjong Tjin Tai 2022c, aant. 6; Kemp 2015a, par. 7.4.5-7.4.6.

92 Voor de toepasselijkheid van het enquêterecht in het semipublieke domein verwijzen wij naar Hoofdstuk 19 Handboek.

93 Van Vught 2020, par. II.4.2-II.4.6, p. 28-34.

94 Van Vught 2020, par. III.3 en V.4 e.v.

belanghebbende in geschil is of het handelen van de stemgerechtigde nietig is, bijvoorbeeld wegens strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW), lijkt het vorderen van een verklaring voor recht de geëigende route. Hetzelfde geldt voor misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW).⁹⁵

15.2.4.3 Tot stand brengen ander besluit ('gebod', 'herziening')

Eventueel na vernietiging van een ontoelaatbaar besluit kan worden geprobeerd een ander besluit tot stand te brengen. Dit zou kunnen via de gewone burgerlijke rechter,⁹⁶ maar wellicht ook via een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure.⁹⁷ Allereerst zou kunnen worden gevorderd dat een stemgerechtigde wordt veroordeeld zo te stemmen dat het gewenste besluit tot stand komt.⁹⁸ Ten tweede kan deze vordering ook worden ingesteld tegen de rechtspersoon in plaats van tegen de stemgerechtigde. In dat geval is de rechtspersoon gehouden het besluit tot stand te brengen. Dat moet dan alsnog gebeuren door stemuitbrenging in de algemene vergadering, maar de stemgerechtigden zijn dan in principe gehouden zodanig te stemmen dat het geboden besluit tot stand komt.⁹⁹ In beide gevallen zal de materiële grondslag art. 2:8 lid 1 BW zijn.¹⁰⁰ De rechter kan hierin ook nog een stap verdergaan door dergelijke geboden reëel te executeren, waardoor de rechterlijke uitspraak dezelfde werking heeft als de gewenste stemuitbrenging of het gewenste besluit.¹⁰¹

15.2.4.4 Afschrikking en schadevergoeding: wanbeleid en aansprakelijkheid

Voorts strekt het enquêterecht mede ter bescherming van (minderheids)aandeelhouders tegen eventueel machtsmisbruik door de andere aandeelhouders, en tot sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon.¹⁰² Daartoe gaat allereerst jegens stemgerechtigden en de rechtspersoon een afschrikkende, preventieve werking uit van de mogelijkheid een enquêteprocedure of aansprakelijkheidsprocedure te beginnen. Het gaat dan vooral om het onderzoek, een eventueel wan-

95 Stein 2018, aant. 28; Rodenburg 1985, nr. 35.

96 Art. 223 en 254 Rv. Zie Van Vught 2020, par. VII.4.1.

97 Dit zou kunnen door de benoeming van een OK-bestuurder of beheerder, die dan het aangewezen besluit zou kunnen bewerkstelligen, vergelijkbaar met de dwangvertegenwoordiger van art. 3:300 lid 1 BW. Zie verder hierover Van Vught 2020, par. VII.8.1; Eikelboom 2017, par. 15.2.2; Kemp 2015a, par. 7.4.2-7.4.6.

98 Zie uitgebreid Kemp 2015a, par. 7.4.2-7.4.4.

99 Zie uitgebreid Eikelboom 2017, par. 15.2.2.5; Kemp 2015a, par. 9.5-9.6.

100 Van Vught 2020, par. VII.4.1; K.J. Bakker, 'Doorwerking van stemvolmachten met steminstructie', *Ondernemingsrecht* 2020/4 (hierna: Bakker 2020), par. 4.4.

101 Zie hierover Van Vught 2020, par. VII.4.2-VII.4.3; Bakker 2020, par. 4.4; Kemp 2015a, par. 7.4.3-7.4.4 en 9.5. Terughoudend: Eikelboom 2017, par. 15.2 (in het bijzonder 15.2.1.3. en 15.2.2.5). Van Vught, hiervoor genoemd, heeft Eikelbooms bezwaren naar onze mening dogmatisch sluitend en dus overtuigend ontkracht.

102 Zie recentelijk hierover HR 10 februari 2023, *NJ* 2023/166 (*Bab/Cordial & Turnham*), r.o. 3.4.3.

beleidoordeel en eventuele eindvoorzieningen, hier in het bijzonder de schorsing van besluiten en de onderbeheerstelling van aandelen (art. 2:351, 2:355 en 2:356 sub a en e BW).¹⁰³ Het oordeel wanbeleid kan bovendien dienen als ammunitie in latere aansprakelijkheidsprocedures tegen die stemgerechtigden. Ook zagen wij al in par. 15.2.4.1 en 15.2.4.2 dat de *onmiddellijke* voorzieningen in een enquêteprocedure kunnen worden gebruikt voor personen die willen optreden tegen te vergaande eigenbelangbehartiging door stemgerechtigden en onjuiste besluitvorming binnen de rechtspersoon.¹⁰⁴

Verder kunnen degenen die belang hebben bij de besluitvorming stemgerechtigden of de rechtspersoon aansprakelijk stellen voor schade. Dat kan in de eerste plaats op grond van art. 6:162 BW, als de stemgerechtigde een (positieve) zorgplicht of (negatieve) zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden tegenover de belanghebbende. Ook art. 6:74 BW kan uitkomst bieden, bijvoorbeeld als een stemgerechtigde handelt in strijd met een verplichting uit hoofde van de statuten of een leden- of aandeelhouderovereenkomst. Het risico van aansprakelijkheid kan een afschrikkende, preventieve werking hebben op het gedrag van stemgerechtigden.¹⁰⁵ Naast de afschrikkende werking kunnen met schadevergoeding ook de nadelige gevolgen van niet-naleving van normen worden weggenomen. Een wanbeleidoordeel kan daarvoor nog een opmaat vormen.

15.2.4.5 Uitstoting en uittreding

Uitstoting en uittreding behandelen wij kort, omdat dit laatste redmiddelen zijn. Met de uitstootregeling kunnen aandeelhouders of de vennootschap vorderen dat een medeaandeelhouder zijn aandelen overdraagt aan hen. De norm voor toewijzing is hier dat de gedaagde aandeelhouder door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld (art. 2:336 en 2:341 BW). Via de uittreedregeling kan een aandeelhouder proberen te bewerkstelligen dat zijn medeaandeelhouders zijn aandelen overnemen. De grondslag voor toewijzing houdt in dat de vorderende aandeelhouder door gedragingen van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd

¹⁰³ Zie Van Vught 2020, par. VII.8.2; Kemp 2015a, par. 7.4.7.

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 (*PCM*).

¹⁰⁵ HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox*) is een sprekend voorbeeld van een geval waarin dit aan de orde was. Daarin werd een winstuitkeringsbesluit onrechtmatig geacht jegens de schuldeisers omdat de vennootschap na de winstuitkering niet langer haar schulden kon betalen. Sindsdien vormt de vraag of de vennootschap de schulden nog kan betalen, een ondergrens voor een winstuitkeringsbesluit. Vgl. in dat kader ook HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*), en zie nader Kemp 2015a, par. 7.6.

(art. 2:343 BW).¹⁰⁶ Deze rechtsmiddelen staan niet open voor coöperaties of hun leden.

15.2.5 *Synthese*

De theorie samenvattend staat voorop dat stemgerechtigden hun eigen belangen mogen nastreven in de algemene vergadering. Deze vrijheid wordt beperkt door verschillende normen, namelijk het verbod op strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW), de norm van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 lid 1 BW). Daarbij komt nog dat het rechtspersoonlijk belang van een rechtspersoon die in de zorgsector actief is, in belangrijke mate wordt ingevuld door het maatschappelijke belang bij goede zorgverlening. Of deze normen in concreto in de weg staan aan de eigenbelangbehartiging van de stemgerechtigden, hangt uiteraard af van de omstandigheden van het geval en in het bijzonder vier factoren: de machtsverhoudingen, de achtergrond van de stemgerechtigde, de betrokken belangen en de algemene subsidiariteit en proportionaliteit. Wij onderzoeken hieronder in par. 15.4 hoe deze factoren bij organisaties in de semipublieke sector toepassing vinden en dus hoe de eigenbelangbehartiging van stemgerechtigden in zorgorganisaties wordt beperkt. Ten slotte kan naleving van deze normen worden afgedwongen bij de voorzieningenrechter, de gewone burgerlijke rechter of de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure.¹⁰⁷ Bij deze rechters kan op verschillende remedies worden ingezet: een verbod op bepaald normschendend handelen, vernietiging van een normschendende rechtshandeling of inroeping van de nietigheid daarvan, een gebod om normconform handelend af te dwingen, een aansprakelijkheids- of enquêteprocedure of in uiterste gevallen, een vordering tot uitstoting van een andere aandeelhouder of tot eigen uittreding als aandeelhouder.

15.3 **Winstuitkering**

15.3.1 *Inleiding*

Vooraf bij de resultaatbestemming, oftewel winstuitkering, binnen zorginstellingen is veel aandacht voor de rol van stemgerechtigden.¹⁰⁸ In deze paragraaf onderzoeken

106 Wij wijzen erop dat de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (Wagevoe) de nodige wijzigingen zou kunnen gaan brengen in de normen voor toewijzing die wij hier hebben genoemd. Zie nader www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenquete.

107 Zie over de keuze tussen deze rechtsgangen Kemp 2015a, par. 7.4.7.

108 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2019/20, 32 620, nr. 238, p. 5 en van de externe toezichthouders IGJ en NZa, *De Signalering: Versterk de integriteit en professionaliteit van de bedrijfsvoering* 2019, p. 1-2. Enkele uitspraken die (onder meer) draaien om winstuitkering in de zorg of het weglekken van zorggelden zijn bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 20 juni 2019, *JOR* 2019/220 (*PrivaZorg*),

wij daarom de rol van de algemene vergadering en de stemgerechtigden bij winstuitkering. De normen die hierboven in par. 15.2.2 zijn beschreven, reguleren ook (het proces van) winstuitkering. Daarnaast geeft ook het rechtspersonenrecht algemene regels omtrent dit proces. Daaraan voegt de sectorwetgeving – in het bijzonder art. 5 van de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) – een belangrijke norm toe in de vorm van het verbod van winstoogmerk voor bepaalde typen van zorg. Voorts heeft bepaling A.3 (Winstuitkering) van de Governancecode Zorg 2022 (GCZ 2022) specifieke aandacht voor winstuitkering door zorginstellingen. Wij gaan in deze paragraaf achtereenvolgens in op deze drie normeringsbronnen – het rechtspersonenrecht, de sectorale wetgeving, en de GCZ 2022 – die voor winstuitkering in het bijzonder relevant zijn.

15.3.2 *Rechtsvormspecifieke regelingen*

15.3.2.1 De BV

De BV is naar haar aard gericht op het behalen van winst, vermogensrechtelijk voordeel, ten behoeve van de aandeelhouders als verschaffers van risicodragend vermogen.¹⁰⁹ Aandeelhouders in BV's hebben in verband daarmee een winstrecht.¹¹⁰ De algemene vergadering is bevoegd te besluiten tot bestemming en uitkering van die winst. Pas met een dergelijk besluit wordt het winstrecht een (opeisbaar) recht op winst.¹¹¹ Voordat echter een winstuitkeringsbesluit kan worden genomen, moet de vermogenspositie van de BV eerst een tweetal testen hebben doorstaan: de beperkte balanstest en de uitkeringstest. Het hoofddoel van deze winstuitkeringsbeperkingen is vermogensbescherming ten behoeve van schuldeisers.¹¹²

De beperkte balanstest schrijft voor dat winstbestemming en -uitkering slechts mag voor zover het eigen vermogen groter is dan de wettelijke en statutaire reserves.¹¹³ Voor zover een genomen besluit tot winstbestemming van de algemene vergadering deze grens niet haalt, is dat besluit (partieel) nietig.¹¹⁴ Is die grens gehaald, dan mogen aandeelhouders zich bij de stemuitbrenging verder door hun eigen belang laten leiden (zie par. 15.2.1). Wel worden aandeelhouders bij de stemuitbrenging begrensd door de verschillende normen genoemd in par. 15.2.2 en kunnen zij op die grond zijn gehouden zich toch te onthouden van stemming voor de winstuitkering.

Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144 (*DeSeizoenen II*) en Hof Amsterdam (OK) 15 december 2020, *ARO* 2021/26 (*Multihulp*).

109 Asser/Van Olffen & Rensen *2-IIa* 2019/17.

110 Art. 2:190 jo. 2:216 lid 1, 5 en 6 BW. Asser/Van Olffen & Rensen *2-IIa* 2019/180 en 189-190; Kemp 2015a, par. 4.3.4; Bier 2012, par. 6.2.1 en par. 6.4.

111 Asser/Van Olffen & Rensen *2-IIa* 2019/188-189; Bier 2012, par. 6.4.3.3 en 6.5.

112 Asser/Van Olffen & Rensen *2-IIa* 2019/108.

113 Art. 2:216 lid 1 BW.

114 Art. 3:41 BW. Asser/Van Olffen & Rensen *2-IIa* 2019/204.

Het winstuitkeringsbesluit behoeft verder goedkeuring van het bestuur. Het bestuur verleent die goedkeuring, tenzij de uitkeringstest uitwijst dat de vennootschap na de winstuitkering niet meer zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.¹¹⁵ Als winst wordt uitgekeerd zonder goedkeuringsbesluit, dan ontbreekt een rechtsgrond voor winstuitkering en kan dat bedrag daarom als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd.¹¹⁶ Als het bestuur ondanks een negatieve uitkomst van de uitkeringstest toch goedkeuring verleent, kan dat grond zijn voor (bestuurders)aansprakelijkheid.¹¹⁷

Als een vennootschap jarenlang geen winst uitkeert omdat alle winst telkens wordt gereserveerd, kan dat worden gezien als beperking van het winstrecht. Dergelijke beperkingen kunnen bijvoorbeeld worden gerechtvaardigd door het doel van de vennootschap en het vennootschappelijk belang, of door statutaire bepalingen die de bevoegdheid tot winstbestemming en -uitkering beperken of toekennen aan een ander orgaan.¹¹⁸ Aandeelhouders hebben uit hoofde van hun winstrecht echter in principe een gerechtvaardigd belang bij winstuitkering en kunnen daarom niet zomaar voor onbepaalde tijd van winst worden uitgesloten.¹¹⁹ Voor het niet uitkeren van winst moet een goede reden zijn en daarvoor moeten alle betrokken belangen worden gewogen. Gebeurt dit niet, dan kan dergelijk beleid in rechte worden getoetst.¹²⁰ Afgezien van wettelijke en statutaire regelingen omtrent een recht op winst, wordt het al dan niet bestaan van een recht op winst fundamenteel bepaald door de normen van par. 15.2.2, in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid.¹²¹

15.3.2.2 De coöperatie

Winstuitkering ligt anders bij de coöperatie. Deze moet zich ten doel stellen in bepaalde stoffelijke (financieel-economische) behoeften van haar leden te voor-

115 Art. 2:216 lid 2 BW.

116 Asser/Van Olfen & Rensen 2-*Ila* 2019/208.

117 Art. 2:216 lid 3 BW. Zie in dit verband ook HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox*).

118 Art. 2:216 lid 1 BW. Een voorbeeld van een geval waarin de aandeelhouders zichzelf te veel bevoordeelden was Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 (*PCM*), r.o. 3.10.

119 Zie het uitgangspunt in art. 2:216 lid 1 BW en verder Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282 (*JeeZet*), r.o. 3.10; Hof Amsterdam (OK) 15 maart 2005, *JOR* 2005/88 (*Sirvana/EMBA*), r.o. 3.23.

120 Zie Hof Amsterdam 15 november 2011, *JOR* 2012/6 (*VEB/KLM-Air France*); HR 12 juli 2013, *JOR* 2013/301 (*VEB/KLM-Air France*), r.o. 3.3.3 en 3.4.2; HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51 (*Sluis*), r.o. 3.3. Van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken kan bijvoorbeeld ook sprake zijn als een statutaire bepaling een grondslag biedt voor de litigieuze winstreservering of het uitblijven van winstuitkering, zoals het geval was in *Sluis*.

121 Zie par. 15.2.2.5 en verder ook R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 116, diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2013, par. 7.5.4.2; Bier 2012, par. 6.2.1 en par. 6.4. Overigens was het onder het vennootschapsrecht van vóór 2012 niet mogelijk om aandeelhouders (statutair) geheel uit te sluiten van deling in de winst (zie art. 2:216 lid 8 BW (oud)), hetgeen nu in beginsel slechts mogelijk is voor aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (zie art. 2:216 lid 7 BW).

zien.¹²² Dat ‘voorzien in stoffelijke behoeften’ zal doorgaans zijn geregeld en kunnen worden afgedwongen via de ledenovereenkomst met de coöperatie.¹²³ Hoewel het begrip ‘stoffelijke behoeften’ als zodanig zich leent voor discussie, moge duidelijk zijn dat resultaat- en vermogensuitkering hier onder vallen.¹²⁴ De coöperatie richt zich echter in tegenstelling tot de BV in eerste instantie niet op winstmaximalisatie ten behoeve van kapitaalverschaffers. De coöperatie drijft een onderneming ten behoeve van haar leden, waarbij de coöperatie zakelijk verkeer onderhoudt met de leden zelf op basis van de ledenovereenkomst(en) en waarbij die leden niet (uitsluitend) risicodragend vermogen ter beschikking stellen. Coöperaties lenen zich daarmee typologisch vooral voor kostenbesparingen door bijvoorbeeld gezamenlijke inkoop en andere vormen van schaalvoordeel.¹²⁵

Een coöperatie mag wel winst uitkeren aan haar leden.¹²⁶ Hier geldt fundamenteel hetzelfde als voor de BV: de vraag of leden jegens de coöperatie aanspraak kunnen maken op winstuitkering of andere stoffelijke voordelen, moet worden beantwoord aan de hand van de normen behandeld in par. 15.2.2.¹²⁷ Evenwel is in het geval van de coöperatie niet altijd evident wat onder ‘(winst)uitkeringen’ moet worden verstaan. Aan betalingen aan leden door de coöperatie ligt in eerste instantie de ledenovereenkomst ten grondslag. Dat betreft dus geen winstuitkeringen, maar het nakomen van contractuele verplichtingen. Ook voor uitkering van een exploitatieoverschot aan een lid kan een contractuele basis zijn, in welk geval geen sprake is van een winstuitkering.¹²⁸ Van winstuitkering in rechtspersonenrechtelijke zin kan dus slechts sprake zijn als er een exploitatieoverschot is dat niet krachtens de ledenovereenkomsten wordt uitgekeerd. Van die situatie gaan wij hierna uit.

De algemene vergadering van de coöperatie is uit hoofde van haar restbevoegdheid bevoegd tot bestemming van de winst, net als bij de BV.¹²⁹ Winstuitkering wordt daarbij voor de coöperatie niet wettelijk beperkt. Aannemelijk is echter dat de *Nimox*-uitspraak ook geldt voor de coöperatie. Hieruit volgt dat winstuitkering tegenover derden zoals schuldeisers van de rechtspersoon

122 Art. 2:53 lid 1 BW.

123 Asser/Rensen 2-III 2022/242-244.

124 Rensen spreekt bijvoorbeeld over ‘behoefte in het economische vlak’; zie Asser/Rensen 2-III 2022/242.

125 R.C.J. Galle, ‘De coöperatie in de wet; wettekst met toelichting’, in: R.C.J. Galle (red.), *Handboek coöperatie*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2012, p. 473-497 (par. 5.1.2, p. 475-476); W.E. Kuiper & C.Ph. van der Winden, ‘De coöperatie in de zorgsector’, in: R.C.J. Galle (red.), *Handboek coöperatie*, Dordrecht: Convoy Uitgevers 2012, p. 675-697 (par. 5.11.2.2, 5.11.2.4 en 5.11.5, p. 677-679 en 683).

126 Art. 2:53a lid 1 jo. 2:26 lid 3 BW.

127 Art. 2:8 lid 1, maar via de ledenovereenkomst ook 6:2/248 lid 1 BW.

128 Zo ook: G.J.H. van der Sangen, ‘Aspecten van vermogensbescherming bij de coöperatie’, *TvOB* 2020/1 (hierna: Van der Sangen 2020), p. 36.

129 Art. 2:53a lid 1 jo. 40 lid 1 BW. Aannemelijk is dat ook zonder uitdrukkelijk besluit tot winstbestemming de leden gerechtigd zijn tot de winst; zie Asser/Rensen 2-III 2022/248.

onrechtmatig kan zijn, ook indien van de geldigheid van het winstbesluit als zodanig moet worden uitgegaan.¹³⁰ Bestuurders van de coöperatie doen er dus ook verstandig aan erop te letten of de coöperatie na de beoogde winstuitkering kan voortgaan met het betalen van de opeisbare schulden en, indien dat niet zo is, niet over te gaan tot uitvoering van het (in beginsel geldige) besluit tot winstuitkering.

15.3.3 Wet toelating zorginstellingen

15.3.3.1 Inleiding

Het huidige winsttoegmerkverbod voor zorginstellingen is neergelegd in de WTZi. Voor bepaalde organisatorische verbanden die zorg verlenen waarop aanspraak bestaat op grond van de Wet langdurige zorg (Wlz) of de Zorgverzekeringswet (Zvw)¹³¹ geldt een verbod om een winsttoegmerk te hebben.¹³² Dit verbod van winsttoegmerk was tot 1 januari 2022 gekoppeld aan de WTZi-toelating die deze zorginstellingen die verzekerde zorg leveren moesten hebben. Nu het WTZi-toelatingssysteem grofweg is vervangen door het Wtza-vergunningsstelsel, geldt het verbod van winsttoegmerk rechtstreeks voor een aantal in het Uitvoeringsbesluit WTZi aangewezen categorieën van zorginstellingen.¹³³ Vanwege de wettelijke systematiek geldt dit winsttoegmerkverbod in beginsel voor alle categorieën zorginstellingen die (verzekerde) zorg verlenen, maar het Uitvoeringsbesluit WTZi wijst een aantal categorieën van zorg aan waarvoor een winsttoegmerk wel is toegestaan.¹³⁴ Grosso modo kan worden volstaan met de samenvatting dat het huidige winsttoegmerkverbod niet van toepassing is op de meeste zorginstellingen waar zorgbehoevenden niet langdurig verblijven (*extramurale* instellingen).¹³⁵ Instellingen waar zorgbehoevenden wel langdurig verblijven (*intramurale* instellingen), alsmede instellingen voor medisch-specialistische zorg vallen in de regel wél onder het winsttoegmerkverbod.

130 HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox*), r.o. 3.3.1 en HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3045 (*Reinders/Didam*). Ook L.G.H.J. Houwen, 'Rechtsvorm en governance van privaat gefinancierde zorgondernemingen', *TvOB* 2016/6 (hierna: Houwen 2016a), p. 184 en Van der Sangen 2020, p. 35 lijken een analoge toepassing voor te staan.

131 Om precies te zijn: organisatorische verbanden die zorg of een andere dienst verlenen waarop aanspraak bestaat ingevolge artikel 3.1.1 van de Wet langdurige zorg of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in art. 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet.

132 Zie art. 1 lid 1 sub f jo. art. 5 WTZi jo. art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

133 Zie *Kamerstukken I* 2019/20, 34 768, A, p. 1-2.

134 Zie art. 5 WTZi jo. art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

135 Met uitzondering van extramurale instellingen die verzekerde medisch-specialistische zorg (anders dan psychiatrische zorg) verlenen of erfelijkheidsadvisering verstrekken.

15.3.3.2 Inhoud winstoogmerkverbod

De inhoud van het winstoogmerkverbod is nog steeds dezelfde, ondanks het grotendeels vervallen van de WTZi per 1 januari 2022.¹³⁶ Het verbod van winstoogmerk strekt er blijkens de parlementaire geschiedenis niet toe te verbieden dat zorginstellingen een positief exploitatieresultaat behalen.¹³⁷ Met het verbod is dan ook niet beoogd om een *winstoogmerk* – het gericht zijn op een positief resultaat – als zodanig te verbieden. Wel wordt het zorginstellingen verboden dat zij zich *primair* richten op winsoptimalisatie met als doel het *uitkeren* van die winst als vergoeding voor het ter beschikking stellen van risicodragend vermogen.¹³⁸ Het beogen van winst is in zichzelf ook logischerwijs niet bezwaarlijk, aangezien winst de vermogenspositie van de instelling kan verbeteren en/of (noodzakelijke) investeringen in (de kwaliteit van) de zorgverlening mogelijk kan maken. Het streven naar een positief resultaat past daarnaast bij een efficiënte en doelmatige bedrijfsvoering,¹³⁹ iets wat de overheid ook onder andere heeft geprobeerd te bereiken door middel van invoering van een stelsel dat in hoge mate vraaggericht is.¹⁴⁰ Wat betreft de praktische uitwerking van het winstoogmerkverbod geldt overigens dat de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) zowel feitelijk handelen als het oogmerk van een zorginstelling toetst.¹⁴¹

15.3.3.3 Organisatorisch verband

Van belang om te vermelden is dat het winstoogmerkverbod geldt voor instellingen, dat wil zeggen voor organisatorische verbanden die zorg verlenen waarop ingevolge de Wlz of Zvw een aanspraak bestaat. Het begrip ‘organisatorisch verband’ omvat blijkens de toelichting alle verschijningsvormen van instellingen die geen vrije beroepsbeoefenaren zijn,¹⁴² dus ook rechtsvormen zonder rechtspersoonlijkheid.¹⁴³ De toelichting op de WTZi gaat hierbij mede in op het voorbeeld van een maatschap van medisch specialisten binnen een ziekenhuisorganisatie. De toelichting gaat ook op voor een coöperatie van medisch specialisten. Een specialistenmaatschap

136 De (Aanpassings)wet toetreding zorgaanbieders heeft blijkens de toelichting niet als doel gehad materiële wijzigingen aan te brengen in het tot dan toe geldende winstuitkeringsregime; zie *Kamerstukken I* 2019/20, 34 767, C, p. 30 (MvA).

137 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 19-20 (MvT).

138 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 168, nr. 3 (MvT); L.G.H.J. Houwen, ‘Rechtsvorm en governance van privaat gefinancierde zorgondernemingen’, in: B. Berden, L.G.H.J. Houwen & S. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015 (hierna: Houwen 2015c), p. 163.

139 E. Plomp, *Winst in de zorg: juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 2011 (hierna: Plomp 2011), p. 23.

140 Vgl. Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 2, p. 19 e.v. (Nota Vraag aan bod).

141 Art. 5.1 Beleidsregel Transparante bedrijfsvoering en verbod op winstoogmerk, Nederlandse Zorgautoriteit (*Stcrt.* 2022, 56).

142 W. Amersfoort, ‘Commentaar op art. 1 WTZi’, *T&C Gezondheidsrecht* 2015, aant. 6.

143 *Stb.* 2005, 575, p. 14-15 (NvT).

of -coöperatie binnen het ziekenhuis wordt ook wel aangeduid als medisch-specialistisch bedrijf (MSB). Als medisch specialisten zelfstandig zorg verlenen, wordt gesproken van een zelfstandig behandelcentrum (ZBC).

Een ZBC wordt in beginsel zelfstandig gekwalificeerd als instelling (organisatorisch verband)¹⁴⁴ voor de WTZi. Voor dergelijke ZBC's geldt een verbod om winst uit te keren op grond van art. 5 WTZi. Het ZBC had voorheen een eigen WTZi-toelating nodig, waaraan het verbod van winstoogmerk was gekoppeld. Na aanpassing van de WTZi-systematiek geldt het ZBC als instelling waarvoor het verbod (rechtstreeks) geldt. Voor het MSB ligt dit anders. Het MSB valt binnen een overkoepelend organisatorisch verband, te weten de ziekenhuisorganisatie. Het ziekenhuis wordt over het algemeen georganiseerd in een stichting. Het ziekenhuis wordt in die structuur gekwalificeerd als de instelling voor medisch-specialistische zorg waarvoor het winstoogmerkverbod geldt. Het MSB valt dan, hoewel het in feite ook een organisatorisch verband is, onder het grotere organisatorische verband van het ziekenhuis.¹⁴⁵ Het winstoogmerkverbod geldt daarom alleen rechtstreeks voor het ziekenhuis, niet voor het MSB.

Het voorgaande onderscheid komt omdat de WTZi aansluit bij het contracteren van Wlz-/Zvw-zorg met zorgverzekeraars en -kantoren. Dit volgt uit de instellingsdefinitie in de WTZi; het gaat er om of de instelling zorg verleent waarop *aanspraak* bestaat ingevolge die wetten. De instellingsdefinitie wijkt hiermee af van die in de Wtza en de Wkkgz, die aansluit bij het feitelijk (doen) verlenen van zorg.¹⁴⁶ De toepasselijkheid van het verbod van winstoogmerk voor ZBC's die niet binnen het organisatorische verband van een ziekenhuis vallen, kan overigens worden vermeden door het contracteren met zorgverzekeraars te laten plaatsvinden door een aan het ZBC gelieerde entiteit die de feitelijke zorgverlening uitbesteedt aan het ZBC.¹⁴⁷

144 Vgl. het begrip 'instelling' in art. 1 lid 1 sub f WTZi: "een organisatorisch verband dat zorg of een andere dienst verleent waarop aanspraak bestaat ingevolge artikel 3.1.1 van de Wet langdurige zorg of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de Zorgverzekeringswet".

145 Vóór de wijziging van de WTZi-systematiek viel het MSB onder de WTZi-toelating van het ziekenhuis en had het dus als zodanig geen eigen WTZi-toelating nodig; zie *Stb.* 2005, 575, p. 15 (NvT). Het winstoogmerkverbod gold derhalve ook niet voor het MSB.

146 W.K. Bischoff & D.M.C. van Hoewijk, 'Private equity in de zorg, een mijnenveld?', *Ondernemingsrecht* 2020/153, par. 3.1.

147 Uitbesteding vindt in de praktijk vaak ook plaats in de zogenoemde uitbestedingsstructuur of hoofd- en onderaannemerstructuur, waarbij de hoofdaannemer (stichting dan wel BV) contracteert met de zorgverzekeraar en gebonden is aan het winstoogmerkverbod, maar vervolgens de (volledige) feitelijke zorgverlening uitbesteedt aan een gelieerde BV; in deze constructie kunnen zorggelden 'weglekken' via de onderaannemer, waarvoor het winstoogmerkverbod niet geldt. Zie over deze structuur onder meer E.L. De Jongh & L.G.H.J. Houwen, 'Winstuitkering en uitbesteding van medisch-specialistische zorg', in: B. Berden, L.G.H.J. Houwen & S. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015, p. 206-207 en A.G.H. Klaassen, 'BV-constructies in de zorgsector: van schijn naar werkelijkheid', *MvO* 2018/1-2, p. 36-44. Dat deze structuur thans (nog) is toegestaan, is meermaals in de wetgeschiedenis bevestigd – onlangs nog in het kader van de Wet toetreding zorgaanbieders, zie *Kamerstukken I* 2019/20, 34 767, C, p. 30-31 (MvA).

In de praktijk kan door deze structuren in principe legaal winst worden uitgekeerd binnen ZBC's.

15.3.3.4 Winstklem

Het gebruik van rechtsvormen die naar hun aard winst (BV) of vermogensrechtelijk voordeel (coöperatie) beogen, is in de zorg wel toegestaan, ook voor zorginstellingen waarvoor een winstoogmerkverbod geldt.¹⁴⁸ Het winstoogmerkverbod impliceert dat bij deze commerciële rechtsvormen uit de statuten moet blijken dat zij kort gezegd zijn ingericht conform het winstoogmerkverbod.¹⁴⁹ De statuten dienen hiertoe een zogeheten 'winstklem' te bevatten waaruit blijkt dat zij niet als doel hebben om winst uit te keren.¹⁵⁰ Onder het WTZi-regime volstond voor de WTZi-toelating eveneens een verklaring van aandeelhouders van een zorg-BV waarin zij afzagen van winstuitkering.¹⁵¹ Er bestond en bestaat overigens geen wettelijk voorschrift dat een dergelijke verklaring verplicht, maar mogelijk kan een dergelijke verklaring nog wel dienen als alternatief voor een statutaire winstklem.

Opgemerkt zij dat een statutaire winstklem wel schuurt met de aard van de BV respectievelijk coöperatie, namelijk de gerichtheid van die rechtspersonen op het behalen van winst ten behoeve van aandeelhouders¹⁵² onderscheidenlijk het voorzien in stoffelijke behoeften van leden.¹⁵³ Aan de vraag hoe het winstoogmerkverbod en de winstklem zich verhouden met dit wezenskenmerk van de BV en de coöperatie is in de parlementaire behandeling ten onrechte weinig aandacht geschonken. De fundamentele vraag dringt zich namelijk op of de BV of coöperatie die statutair de mogelijkheid tot winstuitkering (geheel) uitsluit, wel voldoet aan de materiële kenmerken van haar rechtsvorm. Voor de BV geldt naar huidig recht immers dat slechts houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding statutair geheel van winst kunnen worden uitgesloten. In onze ogen kan een te rigide geformuleerde statutaire winstklem daarom in strijd zijn met de vennootschapsrechtelijke openbare orde, al zal dat risico betrekkelijk zijn in het licht van de privaatrechtelijke partijautonomie en de flexibele aard van het rechtspersonenrecht.¹⁵⁴ Winstuitkering moet kortom ten minste in theorie mogelijk blijven, hoezeer winstuitkering ook is

148 Zie Plomp 2011, p. 21-22.

149 Zie bijvoorbeeld A.G.H. Klaassen, 'De strijd om het Slotervaartziekenhuis', *Ondernemingsrecht* 2015/14, par. 2.

150 Vgl. *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, nr. 2032, p. 3.

151 Het CIBG – de instantie van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dat de aanvragen voor WTZi-toelatingen beoordeelde – accepteerde een dergelijke verklaring in plaats van een statutaire winstklem. Zie ook Q. Keukens & L.B. Vissers, 'De omzetting van een 'zorgstichting' in een 'zorg-bv'', *O&F* 2012/1, p. 4-14 (p. 9).

152 Asser/Kroeze 2-I 2021/150.

153 Art. 2:53 lid 1 BW; Asser/Kroeze 2-I 2021/147.

154 Art. 3:40 lid 1 BW, waarover hierboven par. 15.2.2.3.

beperkt.¹⁵⁵ Die beperkingen zijn in principe mogelijk en gerechtvaardigd met het oog op het doel en het belang van de vennootschap.

Aanvullend kan de vraag worden gesteld of de BV en de coöperatie dan wel de aangewezen rechtsvormen zijn voor een zorgorganisatie waarop het winstoogmerkverbod van toepassing is. Gezien de principiële flexibiliteit van het rechtspersonenrecht achten wij dit in elk geval wel mogelijk, al was het maar omdat de aandelen van de aandeelhouders nog altijd een aandeel in het kapitaal vertegenwoordigen die onder meer recht kan geven op een deel van het liquidatiesaldo. De toegevoegde waarde van een BV, ook al mag deze geen winst uitkeren, is dan ook primair gelegen in de mogelijkheid om risicodragend vermogen in de zorginstelling in te brengen en om de verschaffers daarvan stemrecht te geven. Voor de gemiddelde investeerder die (mede) uit is op rendement, biedt een winstklem echter een weinig aantrekkelijk vooruitzicht. Ook de coöperatieregeling laat de nodige vrijheid toe, al zal het criterium van ‘voorzien in stoffelijke behoeften’ van art. 2:53 lid 2 BW altijd in het oog moeten worden gehouden.

15.3.3.5 Verboden winstuitkeringen

Een vervolgvraag is wat moet worden verstaan onder een verboden winstuitkering. Aannemelijk is in elk geval dat het doen van winstuitkeringen op grond van een winstbestemmingsbesluit verboden is.¹⁵⁶ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dit ook wel: onder uitkeren van winst wordt verstaan het uitkeren van winst als vergoeding voor het ter beschikking stellen van *eigen vermogen* door privaatkapitaalverschaffers. Plomp meent op basis van de wetsgeschiedenis dat daarnaast met het winstoogmerkverbod vooral is beoogd de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten te verbieden.¹⁵⁷ De wetgever heeft hiermee willen voorkomen dat het private (aandeelhouders)belang, dat enkel gericht kan zijn op winst op korte termijn, leidend kan zijn bij strategische beslissingen waar publieke belangen een rol spelen.¹⁵⁸ De parlementaire geschiedenis kan op dit punt overigens minder goed worden doorvertaald naar

155 Zie voor een aantal suggesties voor winstuitkeringsbeperkingen Plomp 2011, p. 400-401. Ook is het wettelijk mogelijk om de bevoegdheid tot winstbestemming bij een ander orgaan neer te leggen of om de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur van een zorginstelling uit te breiden.

156 Dit is ook in zoveel woorden benoemd door de minister in 2009: “privaat kapitaal is [wel] toegestaan, maar gemaakte winst [moet] in de onderneming blijven en [mag] niet aan de kapitaalverschaffers [worden] uitgekeerd”, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 012, nr. 1, p. 29 (Governancebrief d.d. 9 juli 2009). Overigens zij gewezen op het feit dat deze uitspraak dateert van voor het ontstaan van de mogelijkheid om risicodragend kapitaal te verschaffen zonder stemrecht te hebben, namelijk via stemrechtloze aandelen.

157 Plomp 2011, p. 24. Zie bijvoorbeeld *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 957, p. 1, waarin de minister wijst op het onderscheid tussen winstuitkering aan een aandeelhouder en het betalen van rente op een obligatie, namelijk dat de aandeelhouder naast recht op winst ook zeggenschapsrechten heeft.

158 Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 012, nr. 1, p. 31 (Governancebrief, d.d. 9 juli 2009).

coöperaties, omdat daar over het algemeen geen sprake is van (passieve) beleggers die niet of nauwelijks zijn betrokken bij de zorgorganisatie zelf.

Problematisch – in elk geval bij de BV – is kennelijk de combinatie van winst- en zeggenschapsrechten. Gelet daarop is het verdedigbaar dat ook een proportionele vergoeding voor ter beschikking gesteld vermogen – ook als de hoogte daarvan afhangt van de hoogte van de winst – in beginsel is toegestaan, mits de ontvanger geen zeggenschapsrechten heeft in de BV en het geen eigen vermogen betreft. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij een (variabele) rentebetaling als vergoeding voor vreemd vermogen, zoals een obligatielening.¹⁵⁹ Dan bestaat er immers niet direct een risico dat korte termijn-winststreven de boventoon voert bij strategische beslissingen over de zorgorganisatie. In dat licht valt overigens niet goed in te zien waarom bijvoorbeeld een winstuitkering aan een houder van stemrechtloze aandelen verboden zou zijn. Toch is aannemelijk dat dit niet geoorloofd is, aangezien dat een vergoeding voor risicodragend vermogen betreft. Ook maakt de huidige regeling een willekeurig voorkomend onderscheid tussen houders van statutaire en niet-statutaire winstbewijzen. Statutaire winstbewijzen¹⁶⁰ geven een contractueel recht op een deel van de winst, hoewel er aan de daadwerkelijke uitkering van die winst nog wel een besluit tot winstbestemming ten grondslag dient te liggen. Dat maakt de uitkering van de winst tot een winstuitkering in de zin van Boek 2 BW en daarmee zou het een vorm van verboden winstuitkering zijn. Een niet-statutair winstbewijs geeft daarentegen geen recht op een deel van de winst in rechtspersonenrechtelijke zin, maar op een bedrag dat gelijk is aan een deel van de winst.¹⁶¹ Met betaling van de vergoeding voldoet de BV aan een verplichting (schuld)¹⁶² en is dus geen sprake van een (verboden) winstuitkering.

Verder zouden bestuurdersbeloningen, voor zover deze bovenmatig zijn doordat zij niet in verhouding staan met de verrichte bestuurderswerkzaamheden, kunnen worden gezien als een vorm van (verkapte) winstuitkering. Ten aanzien daarvan is het dus ook de vraag of dat strijd kan opleveren met het winsttoogmerkverbod. Wij zouden menen van niet, omdat er simpelweg geen sprake is van een winstuitkering in rechtspersonenrechtelijke zin. De Wet Normering Topinkomens (WNT), die de

159 Dat rentebetaling in het kader van een obligatielening is toegestaan, geeft de minister aan in *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 957, p. 1. De vraag of deze ook mag afhangen van de hoogte van de winst, wordt ontkennend noch bevestigend beantwoord.

160 Er is discussie over de vraag of deze winstbewijzen een statutaire grondslag behoeven. Zie L.W. Kelterman & F.A. Baggerman, 'Winstbewijzen, een civielrechtelijk overzicht. Deel 2. Statutaire basis en uitgifte', *WPNR* 2019/7257, p. 757-760 (hierna: Kelterman & Baggerman 2019) voor een overzicht van auteurs die menen dat dit type winstbewijs een statutaire grondslag behoeft. Kelterman en Baggerman zelf, alsmede Blanco Fernández en Schwarz, menen van niet; zie ook J.M. Blanco Fernández & C.A. Schwarz, 'Enkele opmerkingen over het participatiebewijs', *WPNR* 1992, p. 287-293 (p. 289).

161 Vgl. Asser/De Serië 2-IV 2017/377 en Kelterman & Baggerman 2019, p. 759.

162 Hiermee lijkt het op de rentebetaling voor een 'gewone' lening, met als enige verschil dat ze afhangt van de hoogte van de winst. Dat hoeft in onze ogen niet problematisch te zijn, zolang de vergoeding proportioneel is en niet wordt gecombineerd met zeggenschapsrechten.

inkomens van (zorg)bestuurders normeert, doet overigens afbreuk aan de praktische relevantie van die vraag. De WNT laten wij voor het overige buiten beschouwing.¹⁶³

Ten slotte geven wij nog een aantal voorbeelden van vermogensonttrekkingen die onder bereik van het winstoogmerkverbod zouden kunnen vallen: (i) de vermindering van het nominale geplaatste kapitaal door de zorg-BV, (ii) de inkoop van eigen aandelen door de zorg-BV en (iii) de uitkering van het batig saldo aan aandeelhouders bij ontbinding van de zorgcoöperatie¹⁶⁴ of -BV.¹⁶⁵ Kapitaalvermindering kan in de eerste plaats door een (aandeelhoudersbesluit tot) statutenwijziging waarbij de nominale waarde van aandelen wordt verlaagd.¹⁶⁶ In dat geval vindt een vermogensonttrekking plaats doordat het verschil tussen het oude en het nieuwe, lagere geplaatste kapitaal aan de aandeelhouders wordt terugbetaald. Kapitaalvermindering kan daarnaast plaatsvinden door intrekking van aandelen anders dan om niet.¹⁶⁷ Een kanttekening hierbij is dat het intrekken van aandelen slechts tot een vermogensonttrekking leidt voor zover de ingetrokken aandelen niet door de BV zelf worden gehouden, omdat enkel dan een terugbetaling aan de aandeelhouders plaatsvindt. Ook de inkoop van (certificaten van) aandelen door de BV in haar eigen kapitaal anders dan om niet is een vorm van vermogensonttrekking. Hierbij wordt de koopprijs voor die aandelen aan het vermogen van de BV onttrokken ten gunste van de verkopende aandeelhouder (of certificaathouder). Dit betreft in tegenstelling tot kapitaalvermindering geen besluit van de algemene vergadering, maar een bestuursbesluit¹⁶⁸ en een vertegenwoordigingshandeling bij het aangaan van de koopovereenkomst. Voor een dergelijke inkoop van aandelen door de vennootschap is echter vaak op grond van de statuten machtiging vereist van de algemene vergadering.¹⁶⁹ Het besluit om die machtiging te verlenen, zou kunnen worden gezien als een besluit over een (andere) vermogensonttrekking.

Voor kapitaalvermindering en inkoop van eigen aandelen is expliciet bevestigd in de parlementaire geschiedenis dat dit geen vormen van verboden winstuitkering zijn.¹⁷⁰ Voor wat betreft kapitaalvermindering, kunnen wij dit standpunt volgen. Dit is weliswaar een besluit over een vermogensonttrekking, maar toch niet te kwalifi-

163 Bij de WNT is reeds stilgestaan in Hoofdstuk 22 Handboek, waar wij voor de volledigheid naar verwijzen.

164 Art. 2:27 lid 4 sub f BW bepaalt dat de statuten van de vereniging ofwel een bestemming van het batig saldo van de vereniging ingeval van ontbinding moeten bevatten, ofwel de wijze moet bevatten waarop deze bestemming moet worden vastgesteld; in de praktijk is de algemene vergadering hiertoe bevoegd.

165 Vgl. Plomp 2011, p. 22.

166 Zie art. 2:208 lid 1 BW.

167 Zie art. 2:208 lid 1 en lid 2 BW.

168 Art. 2:207 lid 1 BW.

169 Voor de NV geldt op grond van art. 2:98 lid 4 BW dat voor verkrijging van (volgestorte) aandelen in het kapitaal van de vennootschap zelf anders dan om niet een machtiging van de algemene vergadering is vereist. Dat wettelijke voorschrift is voor de BV afgeschaft met de invoering van de Wet Flex-BV, maar een soortgelijke bepaling is vaak alsnog in BV-statuten terug te vinden.

170 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 168, nr. 3, p. 6 (MvT).

ceren als vergoeding voor ter beschikking gesteld eigen vermogen. Het gaat immers om wijzen waarop het ter beschikking gestelde eigen vermogen zélf (de inleg) wordt onttrokken, niet om een vergoeding voor dat vermogen (het rendement op de inleg). Voor inkoop van aandelen kan dit echter anders liggen, omdat in de koopprijs voor de betreffende aandelen ook een vergoeding besloten kan liggen voor de waardevermeerdering van die aandelen (rendement op de inleg). Een dergelijke waardevermeerdering kan bijvoorbeeld aan de orde zijn vanwege de vorming of stijging van een winstreserve van de zorginstelling. Hierdoor kan er bij inkoop van aandelen materieel alsnog sprake zijn van een vergoeding voor risicodragend vermogen van privaatkapitaalverschaffers, net als bij een besluit tot winstbestemming. Voor zover de koopprijs van de aandelen hoger ligt dan de totale nominale waarde van die aandelen, menen wij daarom dat er (materieel) alsnog sprake kan zijn van een vorm van winstuitkering. Naar de huidige wet is bij inkoop van aandelen kortom geen sprake van een verboden winstuitkering, maar hiermee is de wetgever in onze ogen niet geheel consequent.

Tot slot is het de vraag of uitkering van het liquidatiesaldo moet worden beschouwd als een vorm van verboden winstuitkering. De wet bepaalt allereerst dat aandeelhouders respectievelijk leden in beginsel tot het liquidatiesaldo zijn gerechtigd.¹⁷¹ Het huidige winsttoogmerkverbod lijkt daarnaast niet op uitkering van het liquidatiesaldo aan aandeelhouders/leden te zien. Uitkering van een liquidatiesaldo kan echter mede de uitkering van een winstreserve (in de rechtspersoon overgebleven rendement op de inleg) inhouden. De WTZi, noch een andere wet, wijst (een) alternatieve gerechtigde(n) aan voor het deel van het liquidatiesaldo dat een winstreserve betreft. Wij menen dat de wetgever hierin niet consequent is geweest, omdat ook op deze wijze (alsnog) een vergoeding voor risicodragend eigen vermogen kan worden uitgekeerd. In theorie zou hier betrekkelijk eenvoudig misbruik van kunnen worden gemaakt door na een aantal rendabele jaren de zorg-BV te liquideren, waarbij ook de winstreserve – die op grond van art. 5 WTZi niet zou mogen worden uitgekeerd via een winstbestemmingsbesluit – wordt verdeeld onder de aandeelhouders. Wat ons betreft bevat de huidige regeling hier dus een lacune die met een wetswijziging zou kunnen worden opgelost. Zorginstellingen waarvoor een winsttoogmerkverbod geldt, zouden bijvoorbeeld kunnen worden verplicht om het liquidatiesaldo – althans voor zover dat een winstreserve betreft – te bestemmen voor een zorginstelling met een soortgelijke doelstelling.¹⁷²

171 Art. 2:23b lid 1 BW.

172 Vergelijkbaar met de eisen voor een algemeen nut beogende instelling (ANBI); zie art. 5 lid 1 letter a sub 3 AWR jo. art. 1a lid 1 sub h Uitvoeringsregeling AWR. Deze problematiek speelt ook bij de (wellicht ooit in te voeren) BVm, waarvoor een soortgelijke bepaling wordt geopperd met betrekking tot de bestemming van een liquidatiesaldo; zie de *Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)*, p. 25 (te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/bvm>).

Overigens roept de huidige regeling meer vragen op als het gaat om de bescherming tegen weglek van vermogen dat is opgebouwd in een zorginstelling waarvoor het winstoogmerkverbod geldt. Een BV zou in theorie immers ook de statutaire doelomschrijving zodanig kunnen wijzigen dat het winstoogmerkverbod niet langer van toepassing is¹⁷³ en vervolgens alsnog kunnen overgaan tot liquidatie dan wel een besluit tot winstbestemming.¹⁷⁴ Een nieuwe regeling die voorziet in een vermogensklem voor zorg-BV's die zijn onderworpen aan het winstoogmerkverbod, vergelijkbaar met de regeling die geldt bij omzetting van een stichting in een BV,¹⁷⁵ zou voor het laatste wellicht (deels) uitkomst kunnen bieden. Het vermogen dat ten tijde van de statutenwijziging in de BV aanwezig is, wordt dan beklemd en in de statuten dient te worden opgenomen dat dit vermogen behoudens rechterlijke toestemming enkel mag worden besteed aan het 'oude' doel. Daarbij zou dan ook moeten worden bepaald dat wijziging van die bepaling rechterlijke toestemming behoeft. Een meer ingrijpende optie zou zijn om een statutenwijziging – of een fusie/splitsing waarbij vermogen overgaat op een BV waarvoor geen winstoogmerk geldt – te onderwerpen van goedkeuring van de rechter of een publiekrechtelijke instantie. In de aanzet voor de maatschappelijke BV (BVM), waar deze problematiek ook speelt, wordt voorgesteld dat het BVM-regime door de BV zelf pas kan worden beëindigd na een periode waarin belanghebbenden daartegen in verzet kunnen komen.¹⁷⁶ Dit zou ook een mogelijkheid kunnen zijn om de belangen van bijvoorbeeld cliënten van de zorginstelling beter te waarborgen tegen de weglek van zorggeld.

15.3.3.6 Gevolgen verboden winstuitkering

Indien in een voorkomend geval een zorg-BV een winstuitkering doet die in strijd is met het verbod van winstoogmerk, is de vraag wat daarvan de gevolgen zijn. Wij menen dat in een dergelijk geval sprake is van nietige besluitvorming, en wel op verschillende rechtsgronden. Ten eerste is het besluit tot winstbestemming van de algemene vergadering naar onze mening nietig op grond van art. 2:14 lid 1 BW.

173 Door zich een ander type van zorgverlening – of geheel andere activiteiten – ten doel te stellen en de winstklem uit de statuten te verwijderen.

174 Wij zouden menen dat wanneer er voldoende samenhang aanwezig is tussen het besluit tot statutenwijziging en het besluit tot liquidatie/winstuitkering, deze besluiten wel in potentie aantastbaar zijn op grond van strijd met de redelijkheid en billijkheid.

175 Art. 2:18 lid 6 BW. Zie wat deze vermogensklem in het verband van zorginstellingen ook H. Linders, 'Maatschappelijk vermogen in een veranderende ziekenhuisbekostiging', in: B. Berden, L.G.H.J. Houwen & S. Stevens (red.), *Financiering van zorginstellingen*, Deventer: Vakmedianet 2015, p. 299-311 (p. 306-307), met name met het oog op de problematiek die speelde toen het Wetsvoorstel privaat kapitaal het mogelijk zou moeten maken voor medisch-specialistische zorginstellingen om in een beschermde omgeving opgebouwd vermogen (deels bestaand uit collectieve middelen) als winst uit te keren.

176 Zie de *Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM)*, p. 23-25.

Het besluit is immers in strijd met de wet, specifiek art. 5 WTZi. Weliswaar verbiedt de WTZi naar de letter niet het doen van winstuitkeringen bij de betreffende zorginstellingen, maar dat verbod kan daarin – gelet op het uit de wetsgeschiedenis kenbare doel van de bepaling – wel worden gelezen. De teleologische interpretatie van art. 5 WTZi noopt dus tot de nietigheid van het besluit wegens strijd met de wet. Dezelfde redenering voert tot nietigheid van een eventueel goedkeuringsbesluit van het bestuur, dat op grond van art. 2:216 lid 2 is vereist voor de winstuitkering. Een besluit dat strekt tot winstuitkering – dat dus op zich al nietig is – heeft zonder goedkeuring van het bestuur ook nog eens geen gevolgen.¹⁷⁷ De nietigheid van deze besluitvorming ontnemt de rechtsgrond aan de feitelijke winstuitkering, die door de vennootschap in de regel als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd.¹⁷⁸

Voorts kan nog worden betoogd dat reeds een stem voor het voorgestelde besluit tot winstuitkering nietig is wegens strijd met de wet.¹⁷⁹ De redenatie zou hier zijn dat deze stem een onwettige inhoud of strekking heeft. Hiertegen kan worden aangevoerd dat de stem enkel is gericht op het realiseren van een besluit tot winstuitkering, en alleen dat besluit moet worden getoetst aan het winstoogmerkverbod. Dat overtuigt ons niet. De stemuitbrenging alleen al is immers gericht op het tot stand brengen van een rechtshandeling die in strijd is met de wet. Deze stemuitbrenging wordt dus weliswaar niet *als zodanig* verboden, maar heeft wel een onwettige strekking. De rechtshandeling van stemuitbrenging is daarmee nietig op grond van art. 3:40 lid 1 BW. Die onwettige strekking wordt nog onderbouwd door de redelijkheid-en-billijkheidsnorm van art. 2:8 lid 1 BW. Op grond van die norm zou een stemgerechtigde zich in het algemeen moeten onthouden van stemmen voor een besluit in strijd met de wet, concreet het winstoogmerkverbod.¹⁸⁰ De nietigheid van de stemmen vóór een winstuitkeringsbesluit leidt tot de verwerping van het voorgestelde besluit.

15.3.3.7 Wetsvoorstel integere bedrijfsvoering zorgaanbieders

Tot slot zij voor de volledigheid gewezen op het voorstel voor de Wet integere bedrijfsvoering zorgaanbieders (Wibz). De WTZi zou bij invoering van de Wibz komen te vervallen en het winstoogmerkverbod zou verhuizen naar de Wet marktordening zorg (Wmg). In het ontwerp wordt de terminologie ‘winstuitkering’ gehanteerd in plaats van ‘winstoogmerk’ en er worden een aantal typen van winstuitkering uitgezonderd van het verbod. Hieronder valt opmerkelijk genoeg onder meer winstuitkering aan een natuurlijk persoon die alle aandelen houdt in een zorg-BV, omdat een dergelijke winstuitkering blijkens de toelichting samenhangt met diens

¹⁷⁷ Art. 2:216 lid 2 BW.

¹⁷⁸ Art. 6:203 lid 1 BW.

¹⁷⁹ Art. 3:40 lid 1 BW – niet lid 2, zoals de heersende leer nog altijd lijkt te zien. Zie hierover par. 15.2.2.2.

¹⁸⁰ Zie in soortgelijke zin Houwen 2020/3, par. 3.2

werkzaamheden en kan worden gezien als loon.¹⁸¹ Wij laten het voorstel voor wat betreft dit hoofdstuk verder voor wat het is, nu onzeker is of en hoe dit voorstel de eindstreep zal halen.

15.3.4 Governancecode Zorg

De Governancecode Zorg 2022 (GCZ 2022, of: de Code) bevat principes en bepalingen op het gebied van de governance van zorginstellingen.¹⁸² De Code bevat onder meer een aantal bepalingen met betrekking tot de positie en het richtsnoer van leden en aandeelhouders van zorginstellingen. Ook op het gebied van winstuitkering kent de GCZ 2022 een specifieke bepaling. De Code wijdt hier geen principe aan, maar een onderdeel in de ‘Toepassing specifieke situaties’, waar wij in het vervolg nader op ingaan.

Als uitgangspunt heeft volgens de Code te gelden dat de algemene vergadering en haar individuele aandeelhouders een volwaardige rol spelen in het systeem van *checks and balances* van de zorginstelling. Evenwel dienen zij daarbij nadrukkelijk rekening te houden met de maatschappelijke doelstelling en de centrale positie van de cliënt daarin.¹⁸³ Opvallend is ten eerste dat deze tekst enigszins is gewijzigd ten opzichte van de Governancecode Zorg 2017 (GCZ 2017). Daarin ontbrak de aanvulling “en haar individuele aandeelhouders”. Dit is temeer opvallend aangezien deze aanvulling wel in de Zorgbrede Governancecode 2010 was te vinden.¹⁸⁴ Gaat het om het uitoefenen van stemrecht op het gebied van winstuitkering en andere vermogensonttrekkingen, dan wordt in de GCZ 2022 enkel de algemene vergadering genoemd die als orgaan rekening dient te houden met de belangen van de zorgorganisatie op korte en lange termijn en haar maatschappelijke doelstelling en positie.¹⁸⁵ Wat onder ‘andere vermogensonttrekkingen’ kan worden verstaan, hebben wij reeds behandeld in par. 15.3.3.5. Wij achten het niet waarschijnlijk dat met het voorgaande onderscheid – voor zover daarvan kan worden gesproken – een inhoudelijk verschil is beoogd, in de zin dat in het laatstgenoemde geval van winstuitkering en andere vermogensonttrekkingen de verplichting om rekening te houden met doelstelling en positie van de cliënt uitsluitend geldt voor het orgaan.¹⁸⁶

181 Het wetsvoorstel en de toelichting zijn te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/wibz/>.

182 Bij de Code is reeds uitvoerig stilgestaan in Hoofdstuk 4 Handboek, waar wij voor de volledigheid naar verwijzen.

183 Zie Principe A.1. GCZ 2022 (De algemene vergadering).

184 Een toelichting op deze toevoeging in de GCZ 2022 ontbreekt in de Toelichting op wijzigingen in de geactualiseerde Governancecode Zorg 2022, welke raadpleegbaar is via www.brancorganisatieszorg.nl/nieuws_list/governancecode-zorg-geactualiseerd. Waarom deze toevoeging wel in de governancecodes van 2010 en 2022 te vinden is en niet in die van 2017, is ons onbekend.

185 Zie A.3. GCZ 2022 (Winstuitkering).

186 Om ons onbekende redenen is de aanvulling “en haar individuele aandeelhouders” wel te vinden in de Zorgbrede Governancecode 2010 en na in de GCZ 2017 geschrapt te zijn, weer teruggekeerd in de GCZ 2022.

In het navolgende gaan wij in op een aantal praktijksituaties waarin het voorgaande een rol speelt. Hierbij is onder meer van belang om een onderscheid te maken tussen zorginstellingen waarvoor het winsttoegmerkverbod geldt en zorginstellingen waarvoor dat niet geldt.

15.4 Concretisering: normering in de zorg

15.4.1 Inleiding

In deze paragraaf passen wij bovenstaand kader toe op de verschillende structuren in de zorg. Hiervoor grijpen wij terug op genoemde normen en de factoren uit par. 15.2.3, te weten: (1) macht, (2) achtergrond van de stemgerechtigde, (3) de betrokken belangen en (4) subsidiariteit en proportionaliteit. Wij werken eerst uit hoe een en ander invloed uitoefent op winstuitkering door zorginstellingen die zijn vormgegeven in een DGA-structuur (par. 15.4.2). Daarna passen wij deze normen en factoren toe op het allocatiemodel (par. 15.4.3). Wij sluiten af met een soortgelijke toepassing op medisch-specialistische bedrijven (par. 15.4.4).

15.4.2 DGA-structuur¹⁸⁷

Bij met name kleinere en middelgrote zorg-BV's komt niet zelden een structuur voor met een directeur-grotaandeelhouder (DGA). Wij gaan er bij het beschrijven van deze structuur van uit dat er een enig aandeelhouder en bestuurder (natuurlijk persoon) is van een holdingvennootschap, welke holdingvennootschap tevens enig aandeelhouder en bestuurder is van een BV die als werkmaatschappij daadwerkelijk de zorg verleent, de zorg-BV te noemen.¹⁸⁸ De DGA kan in een DGA-structuur in principe geheel zelf bepalen of hij of zij tot winstuitkering overgaat; althans, of hij of zij een besluit tot winstbestemming neemt. De normen die wij hebben beschreven in par. 15.2.2 kunnen daaraan echter grenzen stellen. Of die grenzen worden overschreden, hangt af van de factoren die wij hebben uiteengezet in par. 15.2.3. Zijn die grenzen overschreden, dan bieden de middelen uit par. 15.2.4 mogelijkheden om naleving van voornoemde normen af te dingen. Hieronder illustreren wij hoe deze normering zoal zal kunnen uitwerken in een DGA-structuur.

Niet voor iedere zorginstelling geldt het winsttoegmerkverbod, ook niet voor iedere zorg-BV.¹⁸⁹ Aangenomen dat het winsttoegmerkverbod wel van toepassing is,

¹⁸⁷ Zie nader Hoofdstuk 10 Handboek over deze structuur in de zorg in het algemeen. Zie nader Hoofdstuk 13 Handboek over bestuur in semipublieke organisaties.

¹⁸⁸ Men vergelijk bijvoorbeeld de situatie in Hof Den Bosch 8 december 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3758 (*Thuiszorgorganisatie Zorgpunt*).

¹⁸⁹ De vragen voor welke zorginstellingen het verbod geldt en wat moet worden verstaan onder een verboden winstuitkering, hebben wij reeds behandeld in par. 15.3.3.2 respectievelijk par. 15.3.3.5.

geldt het volgende normerend kader voor het handelen van de DGA. Om te beginnen kan niet worden gezegd dat het uitbrengen van een stem voor een besluit tot winstbestemming als zodanig in strijd is met een dwingende wetsbepaling, aangezien de WTZi het uitbrengen van een zodanige stem sec niet verbiedt. De *strekking* van een dergelijke stem lijkt ons daarentegen wél in strijd met het winstoogmerkverbod, aangezien die stem doorslaggevend is en daarmee, zij het indirect, in beginsel verplicht tot het doen van een verboden winstuitkering. Dit betoogden wij in wezen al in par. 15.3.3.6. Dit leidt tot de conclusie dat de stem nietig is wegens strijd met art. 3:40 lid 2 BW jo. 5 WTZi jo. art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi, waardoor in dat geval geen winstuitkeringsbesluit tot stand komt. Aan de vraag hoe de normen van par. 15.3.2 hier uitwerken, komen wij gelet op die conclusie niet toe.

Betreft het een zorg-BV waarvoor het verbod tot winstuitkering *niet* geldt, dan vindt het voorgaande vanzelfsprekend geen toepassing. Van strijd met een dwingende wetsbepaling is dan in principe geen sprake. De hoge lat van strijd met de goede zeden of de openbare orde zal in onze ogen evenmin snel gehaald worden. Ook afgezien daarvan is de bevoegdheid van de DGA echter niet ongelimiteerd. Voor de DGA geldt allereerst dat hij als enige de aandeelhouders*macht* kan uitoefenen, waardoor zijn stem de facto al een aandeelhoudersbesluit tot stand kan doen komen (factor 1). Zijn stemgedrag is vanwege die grote macht en navenante potentiële impact aan zwaardere eisen gebonden dan die van bijvoorbeeld een minderheidsaandeelhouder. Dit hangt samen met factor 3, namelijk het feit dat de individuele stemuitbrenging van de DGA als aandeelhouder in potentie grote gevolgen heeft voor bij de zorgorganisatie betrokken belangen. Bij het stemmen voor een excessieve winstuitkering die dergelijke belangen in onaanvaardbare mate aantast, is niet ondenkbaar dat de DGA misbruik maakt van zijn bevoegdheid (zie par. 15.2.2.4), zeker als zijn eigen belang bij winstuitkering vergeleken met de geschade belangen uit verhouding is. Bij een onaanvaardbare aantasting van bij de zorgorganisatie betrokken belangen denken wij aan een geval waarin het uitkeren van winst (acuut) gevaar voor de gezondheid of de noodzakelijke verzorging van patiënten op zou leveren. Gelet op het feit dat het winstoogmerkverbod niet geldt voor de extramurale zorg, waar patiënten over het algemeen niet snel in acuut (levens)gevaar verkeren, is echter te betwijfelen of dergelijke situaties in de praktijk snel aan de orde zullen zijn. In een geval waarin de continuïteit van de zorgorganisatie minder acuut, maar toch evident op het spel komt te staan vanwege een winstuitkering, kan echter wellicht ook sprake zijn van misbruik van bevoegdheid. Voorwaarde hiervoor is dat er een onevenredigheid bestaat tussen het belang bij de winstuitkering en de belangen die daardoor worden geschaad. Dat kunnen belangen van zorgbehoevenden bij de continuïteit van de zorgverlening zijn, maar ook andere belangen zoals die van werknemers. Voor het eerste speelt de categorie van de zorginstelling mee; het belang van de continuïteit van de verlening van mond-zorg door een specifieke tandartsenpraktijk zal bijvoorbeeld minder prangend zijn

dan dat van een organisatie voor intensieve thuiszorg.¹⁹⁰ Bij de beoordeling van de potentiële onevenredigheid tussen het belang bij winstuitkering en andere belangen, zullen tot slot de subsidiariteit en de proportionaliteit van de winstuitkering (factor 4) moeten worden afgewogen.

De redelijkheid en billijkheid is echter in onze ogen – gezien de mogelijke rechtsgevolgen ervan – een bruikbaarere normeringsgrond, waarbij met name de factoren macht en de betrokken belangen op de wijze zoals beschreven in het voorgaande van belang zijn.¹⁹¹ Het is, zoals uiteengezet, niet ondenkbaar dat een besluit tot winstuitkering aan de DGA andere belangen schaadt. Zorgbehoevenden¹⁹² zijn in principe niet krachtens de wet en de statuten betrokken bij de organisatie van de rechtspersoon en zij worden dan ook niet als zodanig rechtstreeks beschermd door art. 2:8 BW. Hun belangen maken wel onderdeel uit van het vennootschappelijk belang, waarnaar de DGA zich moet richten. Indirect kan de DGA dus alsnog zijn gehouden zich hun belangen aan te trekken. Gegeven dat daarnaast de doelstelling van een zorgorganisatie het verlenen van goede zorg inhoudt en deze doelstelling het vennootschappelijk belang in grote mate kleurt, kan in onze ogen in ieder geval worden betoogd dat een winstuitkering in strijd met die doelstelling eveneens strijdig kan zijn met de redelijkheid en billijkheid. Met andere woorden: als een specifieke winstuitkering het verlenen van goede zorg¹⁹³ bemoeilijkt of zelfs onmogelijk maakt, zou het besluit daartoe in strijd met de redelijkheid en billijkheid en derhalve aantastbaar kunnen zijn (art. 2:15 lid 1 sub b BW).

Tot slot zij opgemerkt dat ook de achtergrond van de stemgerechtigde (factor 2) in DGA-structuren van groot belang kan zijn. De DGA is vaak initiatiefnemer van de zorgorganisatie, verschaft kapitaal en is in zijn rol als bestuurder intensief betrokken bij de onderneming.¹⁹⁴ Vanwege de hoedanigheid van bestuurder heeft de DGA dan ook de nodige kennis en expertise met betrekking tot de zorgorganisatie, die de lat voor het handelen als aandeelhouder hoger leggen dan voor bijvoorbeeld een (passieve) investeerder.

15.4.3 Allocatiemodel¹⁹⁵

Een andere structuur die zorginstellingen in de praktijk hanteren, is het allocatiemodel in een concernstructuur. Dit model kent verschillende verschijningsvormen, maar wij verstaan hieronder een structuur met een holdingvennootschap als enig

190 Beide categorieën van zorginstellingen behoren tot de extramurale zorginstellingen.

191 Zie met betrekking tot de samenloop van de normeringsgronden misbruik van bevoegdheid en redelijkheid en billijkheid par. 15.2.2.6.

192 Zoals in soortgelijke zin bijvoorbeeld ook de werknemers.

193 En wellicht ook breder, namelijk toegankelijke en betaalbare zorg; zie bepaling 1.3 GCZ 2022.

194 Vgl. ook Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorg en Welzijn (NVTZ), *Leidende principes voor BV-configuraties: Zorg organiseren in – en toezichhouden op – een onderneming met een besloten vennootschap*, 2021, p. IX (bijlage II).

195 Zie nader Hoofdstuk 10 Handboek over deze structuur in de zorg in het algemeen.

aandeelhouder van een zorg-BV, een servicevennootschap en eventueel een vastgoedvennootschap.¹⁹⁶ Het verbod van winstuitkering kan in deze structuur deels worden ontweken,¹⁹⁷ doordat een deel van de vergoedingen die de service- en vastgoedvennootschap van de zorg-BV ontvangen, kan worden uitgekeerd als winst, daar het winsttoogmerkverbod voor die vennootschappen niet geldt.¹⁹⁸ Voor het navolgende is het wederom de vraag op welke wijze de aandeelhouder(s) in deze structuur in concreto worden genormeerd bij het uitkeren van winst.

De holdingvennootschap handelt in de beschreven structuur als enig aandeelhouder van zowel de zorg-BV als de servicevennootschap als de vastgoedvennootschap. Voor wat betreft de normering van de holdingvennootschap als enig aandeelhouder van de zorg-BV zij allereerst verwezen naar par. 15.4.2 voor zover dit het enig aandeelhouderschap in een zorg-BV betreft. Met name hetgeen in die paragraaf is opgenomen over de aandeelhoudersmacht en de betrokken belangen (factoren 1 en 3) is hier met betrekking tot de stemuitbrenging voor een besluit tot winstbestemming ook van toepassing. Minder eenduidig is hoe het handelen van de holdingvennootschap als enig aandeelhouder van de service- en vastgoedvennootschap wordt genormeerd. Voor deze vennootschappen geldt geen winsttoogmerkverbod; zij houden zich ook niet bezig met het verlenen van zorg. Niettemin kunnen bedrijfsvoering in het algemeen en specifiekere winstuitkeringen in deze vennootschappen in theorie weerslag hebben op de zorg-BV, aangezien deze vennootschappen deel uitmaken van hetzelfde concern en aangezien ze onderling in sterke mate zijn vervlochten, zowel feitelijk, rechtspersonenrechtelijk als contractueel. Onverantwoord dividendbeleid zou er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat de verplichtingen aan de zorg-BV niet meer kunnen worden nagekomen, waardoor de continuïteit van de zorg(-BV) in gevaar kan komen. Dit is met name pregnant voor de vastgoedvennootschap, die als eigenaar van het zorgvastgoed vanzelfsprekend een cruciale rol vervult in de zorgverlening. Hierin komt naar voren dat de vastgoedvennootschap juridisch wel, maar feitelijk niet een losstaande entiteit is; zij maakt deel uit van een zorgconcern dat (onder meer) als doel heeft om goede zorg te verlenen. Dit concernbelang maakt ook onderdeel uit van het vennootschappelijk belang van de vastgoedvennootschap.¹⁹⁹ Via deze weg wordt de zorgverlening ook iets voor de aandeelhouder om in de belangenafweging bij een winstuitkering door de vastgoedvennootschap te betrekken.

Een vervolgvraag is wat de praktische relevantie van het voorgaande is. Op het moment dat sprake zou zijn van een besluit tot winstbestemming dat het verlenen

196 Deze structuur vormde het onderwerp van de *DeSeizoenen*-uitspraken van de Ondernemingskamer: Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (*DeSeizoenen I*) en Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144 (*DeSeizoenen II*).

197 Al is niet gezegd dat het ontwijken van het winsttoogmerkverbod de enige reden is voor het opzetten van een dergelijke structuur, omdat hier ook bijvoorbeeld doelmatigheids- en risicospreidingsredenen voor kunnen zijn.

198 Dat dit zo is, is met zoveel woorden bevestigd in Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465 (*DeSeizoenen I*), r.o. 3.22.

199 Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*I*lb 2019/131.

van goede zorg beperkt of onmogelijk maakt,²⁰⁰ zou dat besluit bijvoorbeeld tot gevolg moeten hebben dat de eigendom dan wel de kwaliteit of veiligheid van het zorgvastgoed in gevaar komt. Dat kan immers directe consequenties hebben voor de continuïteit of kwaliteit van de zorgverlening. Concreet valt te denken aan een winstuitkering die zodanig is dat de vastgoedvennootschap haar verplichtingen niet meer kan voldoen jegens een hypotheekhouder, die als gevolg daarvan kan overgaan tot executie. Ter voorkoming van een dergelijk scenario bestaat echter al de uitkeringstest, die het bestuur voorschrijft in zo'n geval de voor de winstuitkering vereiste goedkeuring te onthouden. Beter denkbaar is een voorbeeld waarin de vastgoedvennootschap door een winstuitkering niet langer in staat is om bepaalde investeringen in de kwaliteit of veiligheid van het zorgvastgoed te doen, zoals noodzakelijk onderhoud aan het gebouw. Voor de servicevennootschap is een soortgelijk scenario voorstelbaar, voor zover deze diensten levert die cruciaal zijn voor de continuïteit en de kwaliteit van de zorgverlening. Het belang van bijvoorbeeld ondersteuning op technologisch en IT-vlak binnen zorginstellingen neemt toe en het ontbreken van een adequate digitale infrastructuur zou een weerslag kunnen hebben op de zorgverlening. Kortom: de holdingvennootschap moet zich er als enig aandeelhouder van een vastgoed- en servicevennootschap rekenschap van geven dat ook deze zustervennootschappen onderdeel zijn van een zorgconcern en dat het belang van goede zorgverlening binnen dat concern ook in acht moet worden genomen bij winstuitkeringen door die zustervennootschappen. De factoren (aandeelhouders)macht (factor 1) en de betrokken belangen (factor 3) gelden hierbij net als in par. 15.4.2 bij de DGA-structuur. Bovendien weegt de achtergrond van de stemgerechtigde (factor 2) in onze ogen zwaar, vanwege de nauwe betrokkenheid van de holdingvennootschap bij het gehele zorgconcern, het totaaloverzicht dat zij in die hoedanigheid heeft en het daaruit voortkomende vermogen om de gevolgen van winstuitkeringen voor het concern te kunnen overzien.

15.4.4 Medisch-specialistische bedrijven

Medisch specialisten organiseren zich in de praktijk vaak in een medisch-specialistisch bedrijf (MSB). Veel gebruikte rechtsvormen van MSB's zijn de maatschap en de coöperatie. Het meest in het oog springende verschil tussen deze rechtsvormen is dat de maatschap een personenvennootschap is, die (vooralsnog)²⁰¹ geen rechtspersoonlijkheid heeft, terwijl de coöperatie wel een rechtspersoon is. Aangezien de maatschap geen aandeelhouders of leden kent, behandelen wij in het vervolg enkel het MSB als coöperatie in de ziekenhuisorganisatie. Daarbij merken wij volledigheidshalve op dat MSB's een verscheidenheid aan verschijningsvormen hebben (ook

200 Zie par. 15.4.2.3.

201 Van 21 februari tot en met 31 mei 2019 liep de consultatiefase van het Wetsvoorstel modernisering personenvennootschappen. Het in het ontwerp voorgestelde art. 7:803 lid 1 BW kent rechtspersoonlijkheid toe aan personenvennootschappen (zie www.internetconsultatie.nl/1313).

binnen ziekenhuizen) die niet allemaal overeenkomen met de hier behandelde verschijningsvorm.²⁰²

Het ledenbestand van een MSB-coöperatie bestaat veelal uit de praktijkvennootschappen van de medisch specialisten, waar zij DGA van zijn.²⁰³ De coöperatie sluit dan ledenovereenkomsten met deze praktijkvennootschappen.²⁰⁴ Op basis daarvan kunnen aan hen onder meer vergoedingen worden betaald. In deze figuur zijn het dus de medisch specialisten zelf die (via hun praktijkvennootschap) in de (medisch-specialistische) zorgorganisatie van het MSB werkzaam zijn en tegelijkertijd (eveneens via hun praktijkvennootschap) door hun lidmaatschapsverhouding zeggenschap over de zorgorganisatie kunnen uitoefenen.²⁰⁵ Verder gelden in algemene zin de winstuitkeringsbeperkingen zoals besproken in par. 15.3.2.2 en het richtsnoer voor de algemene ledenvergadering en individuele leden (par. 15.2).

In het vervolg gaan wij in op de vraag hoe de normering van leden kan uitwerken in een MSB dat zich heeft gestructureerd in een coöperatie,²⁰⁶ en wel specifiek als het gaat om het besluit tot bestemming van een exploitatieoverschot. Wij gaan er daarbij van uit dat sprake is van een MSB waarvoor het winsttoogmerkverbod niet geldt.²⁰⁷ Dit komt dus enkel aan de orde indien over het uitkeren van het exploitatieoverschot in de ledenovereenkomsten met (de praktijkvennootschappen van) de aangesloten medisch specialisten niet reeds is overeengekomen dat dit overschot aan hen zal worden uitgekeerd.²⁰⁸ Wederom is het de vraag hoe de in par. 15.2.3 behandelde factoren uitwerken in de normering van stemgerechtigden – in dit geval de medisch specialist als DGA van zijn praktijkvennootschap en de praktijkvennootschap als lid van het MSB.

Voor de normering van de medisch specialist als DGA van zijn praktijkvennootschap is het in par. 15.4.2 behandelde niet zonder meer toepasbaar. Een groot verschil is dat de (zorg)onderneming in beginsel wordt gedreven door de coöperatie en niet door de praktijkvennootschap van de medisch specialist, die meer het karakter aanneemt van een holdingvennootschap. Hierdoor heeft winstuitkering door de praktijkvennootschap in principe geen weerslag op de onderneming; deze winst is immers reeds in een eerder stadium onttrokken aan de zorgorganisatie. Waar de factoren aandeelhoudersmacht en achtergrond van de stemgerechtigde (factoren 1 en 2) – die

202 Zie voor een uitgebreider overzicht bijvoorbeeld L.G.H.J. Houwen, 'De organisatie van het ziekenhuis: integratieproces of Echternach-processie?', *TvGR* 2018/4, p. 273-301 (hierna: Houwen 2018) (p. 276-277 en 283-286).

203 Vgl. Houwen 2016a, p. 179.

204 Zie par. 15.3.3.2.

205 Houwen 2015c, p. 174-175.

206 Wij gaan niet verder in op de MSB-maatschap, aangezien het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW daarop niet van toepassing is.

207 Hoewel het medisch-specialistische zorg betreft en daarbij in beginsel een winsttoogmerkverbod geldt, zij verwezen naar par. 15.3.3.3 waar is uiteengezet waarom het winsttoogmerkverbod doorgaans niet van toepassing is op MSB's in een ziekenhuisorganisatie.

208 Zie par. 15.3.3.2.

een belangrijke rol zullen spelen in elke DGA-structuur – hier nog wel spelen, zullen de betrokken belangen (factor 3) in dit voorbeeld een minder grote rol spelen. Dit wordt anders naarmate er vanuit de praktijkvennootschap bepaalde onderdelen van de zorgorganisatie worden gefinancierd en de zorgverlening daarmee deels afhankelijk is van (de financiële situatie van) de praktijkvennootschap.

Wellicht interessanter is de positie van de praktijkvennootschap als lid van het MSB. In die hoedanigheid stemt zij voor of tegen een besluit tot winstbestemming. Dat besluit kan in voorkomende gevallen wel een effect hebben voor de zorgorganisatie en raakt in potentie aan de feitelijke zorgverlening.²⁰⁹ Winst die wordt uitgekeerd in plaats van gereserveerd, kan bijvoorbeeld niet meer worden aangewend voor bepaalde (noodzakelijke) investeringen in bedrijfsmiddelen zoals apparatuur, of het onderhoud daaraan. Als het MSB daardoor onvoldoende aan haar doelstelling – het verlenen van goede zorg – kan beantwoorden, lopen het eigenbelang van het lid en het belang van het MSB uiteen. De vraag is dan weer in welke mate een individueel lid zich dan alsnog naar zijn eigenbelang mag richten.

Wij menen dat het lid in het voorgaande voorbeeld tegen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid aan kan lopen. In het voorbeeld van de MSB-coöperatie kunnen de factoren van par. 15.2.3 hierbij als volgt uitwerking hebben. De eerste factor, (leden)macht, speelt hier enkel een rol voor zover de desbetreffende praktijkvennootschap (statutair) een significant deel van de stemrechten bezit,²¹⁰ ofwel bijzondere zeggenschapsrechten met betrekking tot dit besluit heeft. Meer macht betekent ook meer verantwoordelijkheid voor de betreffende medisch specialist, althans zijn of haar praktijkvennootschap. In de regel zullen deze rechten echter – zo is onze inschatting – niet zijn gedifferentieerd per medisch specialist. Daardoor zal deze factor doorgaans hoogstens een geringe rol spelen. Daarentegen geldt voor alle (praktijkvennootschappen van de) medisch specialisten dat zij werkzaam zijn in de zorgorganisatie en, in tegenstelling tot bijvoorbeeld sommige DGA's, ook in hoge mate bij de zorgverlening zelf. Vanwege deze hoedanigheid en vanwege hun medische achtergrond beschikken zij, naar mag worden aangenomen, over voldoende kennis en expertise met betrekking tot de zorgverlening en de onderneming om de effecten van een bepaalde winstuitkering op de zorgorganisatie in te schatten. De achtergrond van de stemgerechtigden (factor 2) is hierom des te meer van belang bij MSB's. Voort spelen de bij het besluit betrokken (andere) belangen (factor 3) ook hier weer een rol, met name de belangen van de coöperatie als zorginstelling met als doelstelling het verlenen van goede zorg en de daarmee verbonden patiëntenbelangen. Zoals geschetst zijn er voorbeelden denkbaar waarin winstuitkering het verlenen van goede zorg kan belemmeren.

209 Het MSB is een (juridisch) zelfstandige entiteit die zelf een medisch-specialistische zorgonderneming drijft en ook zelf behandelovereenkomsten sluit met patiënten. De verantwoordelijkheidsverdeling tussen ziekenhuis en MSB is wel sterk afhankelijk van de onderlinge samenwerkingsovereenkomst; zie ook Houwen 2018, p. 277.

210 Art. 2:38 lid 1 BW laat gedifferentieerd stemrecht toe.

15.5 Synthese en conclusies

In deze bijdrage hebben wij uiteengezet welke normen gelden voor aandeelhouders en leden – stemgerechtigden – en de algemene vergadering van rechtspersonen die actief zijn in de semipublieke sector. Ter beantwoording van deze hoofdvraag hebben wij het kader van de normering van stemrechtuitoefening geschetst. Daarin hebben wij allereerst behandeld welke rechtsnormen aandeelhouders en leden in acht moeten nemen bij de uitoefening van hun stemrecht, welke factoren daarbij van belang zijn, en op welke manieren naleving van die normen kan worden afgedwongen. Stemgerechtigden mogen zich bij stemrechtuitoefening richten naar hun eigen belang. Die eigenbelangbehartiging kan evenwel stuiten op art. 3:40 BW als dat in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde. Art. 3:13 BW kan voorts stemrechtuitoefening blokkeren als dat stemrecht wordt misbruikt. Verder kan een stemgerechtigde op grond van art. 2:8 (en 6:2/248) lid 1 BW zijn gehouden zich op een bepaalde wijze te gedragen – in het bijzonder door zich het rechtspersoonlijk belang aan te trekken, dat bij zorginstellingen mede wordt ingekleurd door het publieke belang bij goede zorg. Ook kan deze norm regels die tussen betrokkenen gelden buiten werking verklaren (lid 2). Specifiek voor winstuitkering – een pregnant onderwerp voor zorginstellingen – voegt Boek 2 BW daaraan nog de beperkte balanstest en een uitkeringstest aan toe (art. 2:216 lid 1 en 2 BW). Voor zorginstellingen komt daarbij nog het winsttoogmerkverbod (art. 5 WTZi jo. art. 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi) en op grond van de Governancecode Zorg 2022 moeten stemgerechtigden in de zorg ook rekening houden met de maatschappelijke doelstelling van zorgorganisaties en de centrale positie van de cliënt daarin.

Relevante factoren bij de vraag of al deze normen beperkingen opleggen aan stemgerechtigden, zijn namelijk (1) (aandeelhouders-/leden)macht, (2) achtergrond van de stemgerechtigde, (3) andere betrokken belangen en (4) subsidiariteit en proportionaliteit. Hier kan een lijn worden getrokken tussen commerciële organisaties en semipublieke organisaties. Vanwege de opvattingen in de maatschappij en de meer fundamentele belangen (zoals gezondheid, maar ook onderwijs) die in de semipublieke sector spelen, hebben stemgerechtigden minder vrijheid om binnen de rechtspersoon hun eigen belangen te behartigen dan stemgerechtigden in de commerciële sector dat hebben. Ten slotte kan naleving van voornoemde normen worden afgedwongen bij de voorzieningenrechter, de gewone burgerlijke rechter of de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure. Bij deze rechters kan op verschillende remedies worden ingezet: (1) een verbod op bepaald normschendend handelen, (2) vernietiging van een normschendende rechtshandeling of oproeping van de nietigheid daarvan, (3) een gebod om normconform handelen af te dwingen, (4) een aansprakelijkheids- of enquêteprocedure of (5) in uiterste gevallen een vordering tot uitstoting van een andere aandeelhouder of tot eigen uittreding als aandeelhouder.

Wij hebben bovenstaande kader gebruikt ter beantwoording van voornoemde hoofdvraag. Daarvoor keken wij specifiek naar drie veelvoorkomende vormen waarin zorgorganisaties zijn gestructureerd, te weten de DGA-structuur, het alloca-

tiemodel met een vastgoed- en servicevennootschap en het MSB in coöperatievorm. Een eerste conclusie luidt dat het stemmen voor een besluit tot winstuitkering bij een zorginstelling waarvoor het winstooogmerkverbod geldt, nietig is. Voor zorginstellingen waarvoor het verbod niet geldt, hebben wij de genoemde vier factoren betrokken om te bepalen of bij winstuitkering sprake kan zijn van normschending door de stemgerechtigde. Wij hebben uiteengezet welke van deze factoren in deze structuren met name van betekenis zijn voor het antwoord op de vraag in hoeverre de stemgerechtigde in casu zijn eigen belang mag nastreven bij winstuitkering en hoeveel verantwoordelijkheid hierbij op de stemgerechtigde rust, en op welke manier die factoren in deze structuren uitwerken. Een gemene deler is dat in het geval van een zorginstelling de andere bij het besluit betrokken belangen dan het eigenbelang van de stemgerechtigde zwaar kunnen wegen. Dit geldt vooral in gevallen waar het besluit tot winstuitkering negatieve gevolgen kan hebben voor (de kwaliteit van) de zorgverlening, gelet op de doelstelling van zorginstellingen – het verlenen van goede zorg. In het allocatiemodel werkt dit gegeven (mede) via het concernbelang door bij winstuitkering door de vastgoed- en servicevennootschap. Aandeelhoudersmacht speelt verder met name een rol bij de DGA-structuur en het allocatiemodel, waar de aandeelhouder solistisch een besluit tot winstuitkering tot stand kan brengen. De achtergrond van de stemgerechtigde werkt tot slot per structuur anders uit, maar is in elke vorm wel van groot belang aangezien in elke vorm de stemgerechtigde nauw betrokken is bij en kennis en expertise heeft over de zorgorganisatie; als ondernemer/(concern)bestuurder of als medisch specialist.

Zorginstellingen kunnen dus in bepaalde gevallen winst uitkeren. Geldt het winstooogmerkverbod *niet* voor een zorginstelling, dan is winstuitkering in principe mogelijk, mits de hiervoor beschreven kaders goed in acht worden genomen. Geldt het winstooogmerkverbod *wel*, dan is het uitkeren van winst als vergoeding voor risicodragend vermogen in principe uitgesloten. Hierbij zij dan tot slot wel opgemerkt dat inkoop van eigen aandelen en uitkering van een liquidatiesaldo een geitenpaadje naar winstuitkering kunnen vormen, onverminderd de door ons beschreven normering van stemgerechtigden en het feit dat toepasselijkheid van het winstooogmerkverbod gelet op de ratio ervan nog als verzwarende factor zou kunnen optreden.