

# Aansprakelijkstellingen in de semipublieke sector en de afstemming met het regime voor overheidsaansprakelijkheid

NTBR 2018/32

In deze bijdrage staat centraal de vraag welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht, naar huidig recht alsmede ingevolge de (ontwerp) Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, biedt voor de aansprakelijkstelling van semipublieke organisaties en/of hun bestuurders en/of toezichthouders als het gaat om verwijten die zien op de wijze waarop ze het publieke belang behartigen. Hoe is de rechtspositie van gedupeerden die de organisatie zelf, respectievelijk van bestuurders en/of commissarissen, aansprakelijk stellen? Betoogd wordt dat bij de beoordeling van de vraag naar buitencontractuele aansprakelijkheid van semipublieke organisaties parallellen kunnen worden getrokken met de beoordeling van de vraag naar overheidsaansprakelijkheid.

## 1. Inleiding

### 1.1 Incidenten, regeldruk, governance, toezicht en ... het risico van aansprakelijkheid?

Verpleeghuizen, thuiszorgorganisaties, scholen, vervoersbedrijven, woningcorporaties... In de semipublieke sector beslissen tal van maatschappelijke organisaties iedere dag ingrijpend over fundamentele belangen. Denk aan de gezondheidszorg, het onderwijs, sociale huisvesting, enzovoort. Wat de desbetreffende organisaties kenmerkt, is dat ze een publieke taak of functie hebben, maar dat ze niet tot de overheid behoren. Het zijn rechtspersonen in de zin van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW), veelal stichtingen of verenigingen.<sup>2</sup> De privatisering golf van de jaren negentig en een reeks misstanden in de semipublieke sector in de jaren daarna, hebben geleid tot een lawine van regelgeving. Het merendeel daarvan bestaat uit (samenhangende)<sup>3</sup> regels op sectorniveau voor de oprichting, inrichting, bekostiging, bevoegdheden en beloning alsmede het beheer van en toezicht op semipublieke organisaties. Hierbij is er aandacht

voor de inzet van 'handhavingsinstrumenten' voor de overheid en externe toezichthouders, maar de nadruk ligt vooral bij de eigen *governance*, intern toezicht en disciplinerende maatregelen binnen organisaties zelf. Dit moet bevorderen dat adequaat en bij voorkeur proactief wordt ingegrepen.<sup>4</sup>

Aanleiding voor de onderhavige bijdrage is dat de rijksoverheid in 2016 besliste om óók het aansprakelijkheidsrecht in de semipublieke sector actief in te zetten als een 'zwaard' voor het afdwingen van goed bestuur en toezicht: het risico van aansprakelijkheid zou onwenselijk gedrag ontmoedigen.<sup>5</sup> Diverse organisatorische normen en gedragsregels zijn ingevoerd, die dan tevens aansprakelijkheidsclaims tegen semipublieke organisaties en/of hun bestuurders en/of toezichthouders zouden ondersteunen. Critici waarschuwen dat dit strakke keurslijf van regels goed bestuur en toezicht juist ondermijnt.<sup>6</sup> Daarnaast is, mede onder invloed van het rapport van de Commissie-Halsema, besloten *actief* de drempel te verlagen voor aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen (leden van de raad van toezicht) in de semipublieke sector. Dit heeft uiteindelijk, niet zonder slag of stoot, zijn weerslag gekregen in de (ontwerp) Wet Bestuur en Toezicht rechtspersonen (WBTR). Het wetsvoorstel strekkende tot invoering van deze wet is momenteel aanhangig bij de Tweede Kamer.<sup>7</sup>

In het hier relevante onderdeel van het wetsvoorstel staat dat wanpresterende bestuurders én commissarissen van

1 Citeerwijze: E.F.D. Engelhard, 'Aansprakelijkstellingen in de semipublieke sector en de afstemming met het regime voor overheidsaansprakelijkheid', NTBR 2018/32. Esther Engelhard is universitair hoofddocent privaatrecht van de Universiteit Utrecht, verbonden aan Ucall (Utrecht Centre for Accountability and Liability Law). Tevens is zij raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

2 Die al dan niet ondernemingen drijven; vandaar de neutrale term 'organisatie'.

3 De rijksoverheid benadrukt dat de overeenkomsten tussen de diverse branches (woningmarkt, zorg, onderwijs, vervoer, enz.) binnen de semipublieke sector groter zijn dan de verschillen. Zij kiest dan ook nadrukkelijk voor een samenhangende aanpak, aldus *Kamerstukken II 2013/14*, 28479, 69, p. 5 (Kabinetsreactie op rapport Commissie Behoorlijk Bestuur).

4 *Kamerstukken II 2013/14*, 33822, 4 en *Kamerstukken II 2013/14*, 32300, 7, Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 13 januari 2013. Zie ook reeds de Miljoenennota 2010, par. 3.8: het (toenmalig) kabinet streeft voor de semipublieke sector naar aanscherping van regels, versterking van het toezicht en herstel van morele waarden en normen.

5 Dit is de centrale boodschap van de Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 12 november 2013: "Het aansprakelijkheidsrecht kan worden ingezet als instrument om goed bestuur en toezicht te stimuleren: de wetenschap van mogelijke aansprakelijkheid kan onzorgvuldig gedrag ontmoedigen (...). Deze brief bevat vier invalshoeken om vanuit het aansprakelijkheidsrecht gewenst gedrag van bestuurders en toezichthouders te stimuleren en ongewenst gedrag te ontmoedigen, om zo het bestuur en het interne toezicht bij instellingen in semipublieke sectoren te verbeteren" (*Kamerstukken II 2013/14*, 33750 VI, 31, p. 2). Hier wordt nadrukkelijk aan gerefereerd voor het wetsvoorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen dat in 2016 bij de Tweede Kamer is ingediend. Dit vormt 'de hoeksteen van de maatregelen (...) zoals deze zijn aangekondigd in de brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013'. Aldus de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3, p. 3).

6 Zo stelt Nolen voor het onderwijs dat naarmate het aantal zorgplichten groter is en de normen fijnmaziger zijn, bestuurders minder ruimte toekomt voor het maken van een eigen afweging. Dit zou negatieve consequenties hebben, M. Nolen, *De bestuurder in het onderwijs. De juridische positie van de bestuurder in vijf onderwijssectoren*, diss. VU, 2016, p. 286 e.v.

7 'Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen' (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, WBTR), *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 1-3.

een rechtspersoon (ongeacht of dit de semipublieke sector betreft), indien sprake is van onbehoorlijke taakvervulling, tenzij hen daarvan geen ernstig verwijt treft, persoonlijk hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon (semipublieke organisatie) ingevolge (thans) art. 2:9 BW.<sup>8</sup> Dat brengt in die zin nieuws dat ook de leden van de raad van toezicht van (onder meer) stichtingen en verenigingen hiermee *rechtstreeks* onder deze regeling vallen.<sup>9</sup> Maar ook bepaalt dit wetsvoorstel dat bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen van Boek 2, óók alle stichtingen, verenigingen en coöperaties, bij faillissement *jegens derden (zoals leden of cliënten)*, dus in externe relaties, op dezelfde voet aansprakelijk zijn ingevolge (thans) art. 2:138/2:248 BW (voor commissarissen thans ex art. 2:149/2:259 BW) als bestuurders respectievelijk commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen.<sup>10</sup> Voor deze bijdrage minder relevant, maar zeker niet onbelangrijk, is nog dat bij deze faillissementsaansprakelijkheid voor onbezoldigde bestuurders en commissarissen van niet-commerciële verenigingen en stichtingen en informele verenigingen een wat minder stringent regime wordt voorgesteld.<sup>11</sup>

Gaande het wetgevingstraject inzake de (ontwerp) WBTR is de oorspronkelijke gedachte om het aansprakelijkheidsrecht als een zwaard te laten fungeren in de semipublieke sector, steeds verder afgezwakt.<sup>12</sup> Het wetsvoorstel geeft regels voor het algemene deel van het rechtspersonenrecht omtrent een monistisch bestuursmodel, uniformering van de tegenstrijdig belangregeling en het ontslag van bestuurders. Deze aspecten zijn niet specifiek gericht op de semi-

publieke sector. Ze zullen hier buiten beschouwing blijven. Ik zal me beperken tot een bespreking op hoofdlijnen van de voorstellen die de (ontwerp) WBTR inhoudt met betrekking tot het aansprakelijkheidsregime. Dit betreft één onderdeel van het wetsvoorstel. Dit onderdeel komt op hoofdlijnen aan bod, als onderdeel van de overkoepelende vraag naar wat het aansprakelijkheidsrecht gedupeerden van misstanden in de semipublieke sector te bieden heeft. Daarbij zal de aandacht vooral uitgaan naar de aansprakelijkstelling die gericht is tegen de semipublieke organisatie zelf, en slechts in de tweede plaats naar de aansprakelijkstelling van bestuurders en/of commissarissen persoonlijk.

## 1.2 Onderzoeksvragen en afbakening

De centrale vraag van de onderhavige bijdrage luidt: welke mogelijkheden biedt het aansprakelijkheidsrecht, naar huidig recht alsmede ingevolge het genoemde onderdeel van de (ontwerp) WBTR, voor de aansprakelijkstelling van semipublieke organisaties en/of hun bestuurders en/of toezichthouders als het gaat om verwijten die zien op *de wijze waarop ze het publieke belang behartigen*? Hoe is de rechtspositie van gedupeerden die het 'zwaard' van aansprakelijkstelling van de organisatie zelf respectievelijk bestuurders en/of commissarissen, ter hand nemen? Dit zijn in de regel particulieren die schade ondervinden of dreigen te ondervinden van misstanden. Hierbij valt primair te denken aan degenen die behoren tot de doelgroep van de desbetreffende semipublieke organisatie, veelal leden of cliënten (aangezien het vaak zal gaan om maatschappelijke dienstverleners). Tevens kan schade worden ondervonden door bijvoorbeeld onbetaald gebleven leveranciers van en dienstverleners aan de organisatie. Maar aangezien deze bijdrage gericht is op aansprakelijkstellingen die verband houden met veronachtzaming van de publieke taak, zal de hiervoor als eerste genoemde doelgroep hier centraal staan.<sup>13</sup>

Leden of cliënten kunnen de semipublieke organisatie aansprakelijk stellen voor hun schade, waar mogelijk contractueel en in ieder geval buitencontractueel, en ze kunnen eventueel (ook) de bestuurders en commissarissen persoonlijk aansprakelijk stellen. In het navolgende staat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad centraal. In de jurisprudentie wordt wisselend gekozen voor een contractuele of delictuele grondslag, waarbij het criterium uiteindelijk erop neerkomt of de semipublieke organisatie haar taak zorgvuldig heeft uitgevoerd. Voor de nadere invulling en de beoordeling hiervan in concrete gevallen zal uiteraard de uitleg van relevante contractsbepalingen, indien die er zijn, wel een rol kunnen spelen.

Verder zal in de onderhavige bijdrage nog kort worden ingegaan op de situatie waarin de semipublieke organisatie zélf schade lijdt waarvoor zij (oud)bestuurders en commissarissen persoonlijk aansprakelijk stelt. Dit onderdeel is in het bijzonder gericht op art. 2:9 BW.

8 De regeling inzake bestuurdersaansprakelijkheid zoals die nu is neergelegd in art. 2:9 lid 2, tweede volzin BW zal, indien dit wetsvoorstel kracht van wet krijgt, worden opgenomen in een afzonderlijke wetsbepaling, te weten art. 2:9b BW.

9 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 7 en 17*: wat er verandert, is dat het aansprakelijkheidsregime van art. 2:9 lid 2 BW (art. 2:9b nieuw) voor alle verschillende typen rechtspersonen wordt geconcentreerd in één algemene basisregeling.

10 De regeling van art. 2:138/2:248 BW zal, indien dit wetsvoorstel kracht van wet krijgt, worden neergelegd in een nieuwe, uniforme regeling, te weten art. 2:9c BW.

11 Vanwege het verlamme effect dat hiervan uit kan gaan bij bijvoorbeeld kleine buurt- of sportverenigingen; *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 7*. Voor hen geldt niet dat indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW of 2:394 BW, het zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, aldus (ontwerp) art. 2:9c lid 2, derde volzin BW. In de semipublieke sector is dit onderscheid niet irrelevant; zo wijst C.M. Harmsen, 'Artikel 2:9c BW: aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de rechtspersoon', *Ondernemingsrecht 2017/104* (p. 584-589) (p. 611) op onderwijssectoren waar nog sprake is van onbezoldigde bestuurders en leden van de raad van toezicht.

12 Het aanvankelijk beoogde doel om te komen tot, aldus de Brief van de Minister, *Kamerstukken II 2013/14, 33750 VI, 31, p. 2-3* 'een betere borging van publieke belangen' in de semipublieke sector, is de laatste twee jaren stiltes bijgesteld naar het doel dat beoogd wordt 'dat de wettelijke regeling van de rechtspersonen in Boek 2 BW wordt aangevuld en verduidelijkt' (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 1-2*). Terecht kritisch hierover zijn S.M. Bartman e.a., 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *Maandblad voor Ondernemingsrecht 2016*, p. 227-233 (op p. 228). Ook meer in het algemeen, dus ook voor wat betreft andere in het wetsvoorstel geregelde onderwerpen, wordt betwijfeld of het wetsvoorstel in de rechtspraak 'in praktische zin tot veel verandering zal leiden' (Redactioneel bij het themanummer 'Bestuur en Toezicht', *Ondernemingsrecht 2017/100* (p. 565)).

13 Doch zie par. 4.

## 2. Terreinverkenning: semipubliek domein en publieke belangen

### 2.1 Betekenis van 'publiek belang'

Voordat we aan de opgeworpen vragen toekomen, vragen de termen semipublieke organisatie en publiek belang om opheldering. Het zijn termen die zo'n diversiteit aan organisaties en terreinen bestrijken dat het moeilijk is om met precisie een algemeen toepasselijke definitie te geven; die vindt men dan ook niet.

Het rapport 'Het borgen van publiek belang' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR)<sup>14</sup> biedt echter nuttige inzichten. Zo stelt dit rapport voorop dat een 'publiek belang' méér is dan gemeenschappelijke private belangen of 'maatschappelijke belangen'.<sup>15</sup> Van een publiek belang is pas sprake als de overheid zich de behartiging van een maatschappelijk belang aantrekt op grond van de overtuiging dat dit belang anders niet goed tot zijn recht komt. Dit 'zich aantrekken van belangen' betekent dat de overheid het tot een doelstelling van haar beleid maakt dit belang te (laten) behartigen.<sup>16</sup> Bekend is dat de overheid voor haar beleid op verschillende manieren privaatrechtelijke partijen inschakelt; daarnaast manifesteert zij zichzelf in de vorm van privaatrechtelijke organisaties. Omgekeerd werken diverse privaatrechtelijke organisaties samen met de overheid en wordt men gesubsidieerd en/of gecontroleerd door de overheid. Het is haast ondoenlijk al die vormen en varianten van afzonderlijke kwalificaties te voorzien.

### 2.2 Drie kenmerken van semipublieke organisaties

Ook de term semipublieke organisaties is nergens éénduidig gedefinieerd; het is een fluïde niet-juridische term, die zich het beste laat hanteren aan de hand van criteria of kenmerken waaraan organisaties in meer of minder mate zullen voldoen (en dan op basis daarvan al dan niet onder de reikwijdte van de term vallen).<sup>17</sup> 'Semipublieke organisaties' hebben

mijns inziens drie kenmerken. Het eerste kenmerk is dat ze geen deel uitmaken van de overheid (of hieraan gelijkgestelde organisaties).<sup>18</sup> Het zijn geen bestuursorganen of overheidsbedrijven, terwijl ze wél vergaand beslissen over de toegankelijkheid en inrichting van specifieke diensten of voorzieningen waar het menselijk bestaan van afhankelijk is. Ze doen dit zonder daartoe uitgerust te zijn met een publiekrechtelijke bevoegdheid; ze maken gebruik van de markt op basis van een concreet, juridisch genormeerd samenspel met de overheid, waarbij de overheid het behartigen van algemeen belang aan hen overlaat. De term semipublieke organisatie wordt ook soms in een ruimere zin gebruikt, namelijk in die zin dat er bestuursorganen toe worden gerekend. Dit omvat de niet krachtens publiekrecht ingestelde (privaatrechtelijke) organisaties zoals bedoeld in art. 1:1 lid 1, onder b Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>19</sup> Bij deze b-organen (zoals de Autoriteit Financiële Markten) hebben we met de overheid van doen. Ze zijn gebonden aan het publiekrechtelijk normenkader, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>20</sup> Dit geldt strikt genomen niet voor semipublieke organisaties, wat overigens niet wegneemt dat het verdedigbaar kan zijn om (de inhoud of strekking van) sommige publiekrechtelijke normen of beginselen 'analoog' te laten gelden voor semipublieke organisaties (waarover hierna meer).

Het tweede kenmerk is dat 'semipublieke organisaties' niet in de eerste plaats gericht zijn op het maken van winst. Volgens hun statuten wordt een specifiek maatschappelijk of een ideëel doel gediend,<sup>21</sup> al hebben ze veelal, mede om dit doel te verwezenlijken, ook een commercieel oogmerk.<sup>22</sup> De organisatie van verpleeghuizen bijvoorbeeld is particulier en verpleeghuizen mogen een winstoogmerk hebben, maar hun primaire belang dient bij de zorg te liggen.<sup>23</sup> De gedachte hierachter is dat semipublieke organisaties *primair* tot taak hebben om in de meest basale behoeften van de maatschappij te voorzien, zoals gezondheidszorg, ouderenzorg, thuis-

14 *Het borgen van publiek belang*, Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), Den Haag: Sdu 2000, p. 22.

15 De term publiek belang wordt ook wel in deze neutrale betekenis gebruikt, bijv. als het gaat om het belang van het publiek om informatie te kunnen ontleenen aan goedkeurende accountantsverklaringen. Zie o.a. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080 en AW2082, NJ 2008/528 en 529, m.nt. C.C. van Dam (*Vie d'Or*) en de reacties van o.a. de AFM en de VEB op de *greenpaper* van de NBA-stuurgroep Publiek Belang van juni 2017 ([www.nba.nl/projecten/in-het-publiek-belang](http://www.nba.nl/projecten/in-het-publiek-belang)).

16 *Publieke zaken in de samenleving*, Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), Amsterdam: Amsterdam University Press 2012 (WRR-rapport 2012), p. 13. *Idem* N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving*, diss. VU 2014, p. 32.

17 Deze benadering koos ook reeds de Adviescommissie Rechtspositie Politieke Ambtsdragers (Commissie Dijkstal), in haar *Advies Normeren en Waarderen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2006/07, 28479, 32*. Zij noemt als criteria de (enigszins omstreden) status van een rechtspersoon met een wettelijke taak (zie art. 1.1 Comptabiliteitswet 2016), naast de mate waarin een organisatie inkomsten uit publieke middelen ontvangt, het publieke belang dat een organisatie dient en de mate waarin sprake is van commerciële concurrentie (als contra-indicatie). Voor de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector is op die wijze zelfs expliciet benoemd welke sectoren en instellingen ten aanzien van die wet tot de semipublieke sector worden gerekend, zie *Kamerstukken II 2010/11, 32600, 3 (MvT)*, p. 15 e.v.

18 Wát tot de overheid behoort, is echter afhankelijk van de wettelijke context. Zie Jak 2014, p. 22 e.v. en zie bijv. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9210, NJ 2012/141 (*Staat/Essent NV*) en ECLI:NL:HR:2012:BQ9214 (*Staat/Delta NV*) in de context van het Besluit aandelen netbeheerders.

19 Waarvoor bij het ontbreken van een wettelijke grond in essentie vereist is dat de organisatie in overwegende mate door de overheid wordt gefinancierd of dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van haar voorzieningen in beslissende mate door de overheid worden bepaald. Zie de Conclusie van Staatsraad A-G Widdershoven ter zake van de kwestie RvS 23 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2260 (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio*), met name bij r.o. 3.9 e.v.

20 Zie Jak 2016, p. 58, die b-organen wél onder de term 'semipublieke organisatie' schaar, maar inhoudelijk tot dezelfde conclusie komt.

21 E.R. Helder, 'Maatschappelijke onderneming en social enterprise', *Tijdschrift voor Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht* 2014-3, p. 93-100 (op p. 95) en E.R. Helder, *De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming*, diss., Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

22 Dit zijn dus niet noodzakelijk non-profitorganisaties, zie *Particulier initiatief en publiek belang. Beschouwingen over de aard en toekomst van de Nederlandse non-profitsector*, P. Dekker (red.), Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau (SCP) 2002, p. 16. De activiteiten zijn vaak ondernemingsgewijs gefinancierd.

23 Vgl. voor zorginstellingen ook art. 2:285 lid 3 BW en zie S.L. Rive, 'Bijzonderheden van bestuurdersaansprakelijkheid in de zorg', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie Van der Heijden Instituut nr. 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 592.

zorg, scholing, sociale huisvesting en vervoer. Uiteindelijk prioriteren ze (het behartigen van) deze publieke taak boven het eigen commercieel gewin. Daarin verschillen ze van verzekeraars en andere winstgerichte ondernemingen, zoals bijvoorbeeld ook de Nederlandse Aardoliemaatschappij (NAM). De NAM is een *joint venture* van Shell en ExxonMobil die door gaswinning ten behoeve van de Nederlandse markt (en de overheid) een publiek belang behartigt, maar die dit geheel en al doet vanuit een commercieel motief. Mijns inziens zou men kunnen stellen dat nu de kosten en opbrengsten in belangrijke mate worden gedragen dóór en toekomen aan de Staat,<sup>24</sup> en de overheid een bepalende rol speelt,<sup>25</sup> de NAM, als een zelfstandige rechtspersoon, in bepaalde opzichten *feitelijk* gelijk dient te worden gesteld met een overheidsorganisatie.<sup>26</sup> Maar van een *semipublieke* organisatie in de door mij verstande zin is bij de NAM geen sprake.

Er is nog een derde kenmerk van semipublieke organisaties en dát kenmerk ziet op de rol van de overheid: de overheid heeft verantwoordelijkheid voor het te behartigen publieke belang. Het onderscheidend vermogen zit dus niet alleen hierin, dat semipublieke organisaties primair een publieke taak hebben waarmee ze een ‘hoger’ belang dienen dat voor de samenleving als geheel gewenst is (een publiek belang), maar dat óók de overheid zich dat belang aantrekt.<sup>27</sup> Zij zorgt voor institutionele normering,<sup>28</sup> ondersteuning, handhaving en/of toezicht. Hierin verschillen semipublieke organisaties van onder meer recreatie- of sportorganisaties.

**2.3 De publieke taak vraagt om legitimiteit en zorgplichten, óók in de zin van art. 6:162 BW**

Deze kenmerken zijn op verschillende manieren van betekenis voor de aansprakelijkheid van de semipublieke organisatie respectievelijk haar bestuurders of commissarissen. Ten eerste brengt de publieke taak mee dat hoge eisen van zorgvuldigheid mogen worden gesteld aan de semipublieke sector en de desbetreffende organisaties. Ze hebben als hoofdtak immers het beheer van bepaalde ‘gemeenschapsgoederen’ op zich genomen,<sup>29</sup> en ze leveren diensten of

voorzieningen aan doelgroepen die zich doorgaans in een kwetsbare, afhankelijke positie bevinden – leden of cliënten zijn als het ware onderworpen aan de regels van de semipublieke organisatie,<sup>30</sup> vaak vrijwel zonder ander passend aanbod. Dit geeft semipublieke organisaties macht en invloed. Mede hierom lijkt het verdedigbaar dat ze moeten voldoen aan strikte voorwaarden. Ze dienen, mits en voor zover dit past binnen hun (statutaire) doel, ten behoeve van hun publieke taak en de concrete belangen van leden of cliënten, te zorgen voor kwaliteit, betaalbaarheid en toegankelijkheid van hun voorzieningen of diensten en een zorgvuldige belangenafweging. Of aan deze eisen is voldaan, kan vervolgens in het kader van een aansprakelijkstelling in het kader van art. 6:162 BW en 2:9 BW worden beoordeeld.

Ook de rol van de overheid is zeer relevant voor de aansprakelijkstelling. De betrokkenheid van de overheid betekent enerzijds dat zij (mede)verantwoordelijk is voor het te behartigen belang, terwijl anderzijds de handelingsvrijheid van de semipublieke organisaties en van haar bestuurders en commissarissen, met name ten aanzien van de inrichting van de organisatie en de belangenafweging, beperkt is. Talloze eisen zijn verankerd in regelgeving, (eigen) gedragscodes en hetgeen externe toezichthouders verlangen. Dit geeft invulling aan de wettelijke plicht en ongeschreven zorgvuldigheidsplicht in de zin van art. 6:162 BW.

**3. Aansprakelijkstelling van de semipublieke organisatie**

**3.1 Inleiding**

Welke mogelijkheden biedt het aansprakelijkheidsrecht om een semipublieke organisatie zélf aansprakelijk te stellen voor schade die is veroorzaakt door de wijze waarop zij (of haar organen en/of medewerkers)<sup>31</sup> invulling of uitvoering geeft aan haar (semi-)publieke taak?<sup>32</sup> Semipublieke orga-

24 E.C. Gijselaar, R. Rijnhout & J.M. Emaus, ‘Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM’, AA 2014, p. 801-813 (op p. 802-803).  
 25 Die rol zou groter zijn dan tot dusverre gedacht. Zo zou de Staat via Energiebeheer Nederland flink meebetalen aan een vertrekregeling voor boventallige NAM-medewerkers, *De Volkskrant* 27 december 2017. Een onthulde *side letter* over de exploitatie van het Groningse gasveld zou de Staat mede-exploitant maken, *Algemeen Dagblad* op 1 februari 2018.  
 26 Ik laat dit verder rusten. In een andere richting wijst evenwel Rb. Noord-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4402 (*Maatschap Groningen e.a.*), r.o. 4.13.  
 27 Deze rol heeft de overheid op diverse andere terreinen, ook buiten de semipublieke sector, denk aan de bankensector. De twee eerder genoemde kenmerken zijn cumulatief nodig om als semipublieke organisatie te worden aangemerkt.  
 28 Een voorbeeld hiervan zijn de Wet toelating zorginstelling (Wtzi) en het Uitvoeringsbesluit Wtzi (Besluit van 3 november 2005, houdende uitvoering van enige bepalingen van de Wet toelating zorginstellingen) resp. het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015, *Stb.* 2015, 231, en de wetsvoorstellen inzake de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza), *Kamerstukken II* 2016/17, 34767, 2 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34768, 2. Zie hierover nader A.G.H. Klaassen, ‘Statutaire inrichting van zorginstellingen en het wetsvoorstel Wet toetreding zorgaanbieders’, *WPNR* 2018/7192, p. 361-369.  
 29 WRR-rapport 2012, p. 15.

30 Vgl. Ch.A. Reich, ‘The Individual Sector’, 100 *Yale LJ* 1409 (1990-1991), p. 1409-1448, die spreekt van ‘inside/outside’: “Most people spend a major portion of their lives within a system or organization, public or private. This inside territory is governed by different rules and principles than those prevailing on the traditional outside. A corporation or government agency is not a democracy. It is governed from the top. [People within] are not full citizens. They do not vote; instead, they take orders. On the inside, there are no courts (enz.)” (p. 1423).  
 31 Wier gedragingen in beginsel in het maatschappelijk verkeer als een gedraging van de semipublieke organisatie (althans de rechtspersoon) kunnen worden aangemerkt, zie HR 6 april 1979, ECLI:NL:PHR:1979:AH8595, *NJ* 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (*Kleuterschool Babel*) en hierover B.M. Katan, ‘Kenniss van de bestuurder = kennis van de rechtspersoon. Toch?’, *Ondernemingsrecht* 2018/22 (p. 135-141), waar ook redenen voor/gevallen van uitzondering worden besproken (en reeds B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen*, diss. Radboud Universiteit Nijmegen 2017, Deventer: Wolters Kluwer 2017). Voorts zijn semipublieke organisaties risicoaansprakelijk (ex art. 6:170 BW) voor fouten van hun ondergeschikten.  
 32 Er is nog weinig algemene literatuur die dit terrein bestrijkt. Zie mijn preadvies ‘(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het ‘grijze’ gebied’, in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid*, Nijmegen: Wolf legal publishers 2010, p. 11-58 en N. Jak, ‘Semipublieke instellingen en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: een verkenning’, *NTB* 2016/8, afl. 3 (p. 56-65). Specifiek over het hier relevante deel van het wetsvoorstel: D.N. de Boer & A. Schennink, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector’, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk* 2014/3, p. 25-29.

nisaties staan bloot aan de 'normale' regels van buitencontractuele (en contractuele) aansprakelijkheid.<sup>33</sup> Risico-aansprakelijkheid riskeert de semipublieke organisatie in haar hoedanigheid van werkgever of bezitter.<sup>34</sup> Ingevolge art. 6:162 BW daarentegen zijn semipublieke organisaties aansprakelijk op een schuldgrondslag.<sup>35</sup> De eiser dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat het handelen of nalaten van (een medewerker van) de semipublieke organisatie onrechtmatig is, wat veelal erop neerkomt dat zij een jegens hem geldende, geschreven of ongeschreven, gedragsnorm heeft geschonden,<sup>36</sup> alsmede dat dit onrechtmatig handelen/nalaten aan de semipublieke organisatie toerekenbaar is en dat de schade van de eiser het gevolg is van deze schending. Vanwege de toch al niet geringe omvang van deze bijdrage zal de nadruk liggen op het eerstgenoemde vereiste (onrechtmatigheid), aangezien dit het meest complex is.<sup>37</sup>

### 3.2 Beoordeling van onrechtmatigheid

#### 3.2.1 Uitgangspunt: de lat ligt hoog

Van semipublieke organisaties mag worden verwacht dat ze, belast als ze zijn met een publieke taak, deze taak, door het dienen van hun statutair of reglementair bepaalde doel, te allen tijde in het oog te houden, uiteraard met inachtneming van (en verweven als het is met) hun rechtspersoonsbelang en individuele belangen van de doelgroep, leden of cliëntèle. De mate waarin hun publieke taak (en de hiermee gemoeide belangen) is of dient te zijn verankerd in het belang van de rechtspersoon is, ook in het licht van het wetsvoorstel Bestuur en Toezicht Rechtspersonen, een bron van discussie.<sup>38</sup> Dit is *in concreto* bovendien lang niet altijd eenvoudig vast te stellen. Maar het enkele feit dat men belast is met een publieke taak, maakt dat in het kader van art. 6:162 BW de lat voor de door hen te betrachten zorg extra hoog ligt indien het desbetreffende publieke belang

in het geding is.<sup>39</sup> Hier bestaat een parallel met het regime voor de overheid als aansprakelijk gestelde partij, zij het dus met het (belangrijke) verschil dat semipublieke organisaties het rechtspersoonsbelang dienen te bewaken en te bevorderen. Ter vergelijking: van trambestuurders mag bij de wijze waarop ze de tram besturen nóg meer zorg worden verwacht dan normaliter in het wegverkeer is vereist juist omdat ze het openbaar nut dienen.<sup>40</sup> Van semipublieke organisaties en hun bestuur mag worden verlangd dat ze zich bij hun belangenafweging rekenschap geven van hun publieke taak en hun maatschappelijke positie. Toch kan uit het gegeven dat de lat hoog ligt waar het publieke belang in het geding is niet uit worden afgeleid dat de aansprakelijkstelling relatief eenvoudig is, zoals we hierna zullen zien; het tegendeel is het geval.

#### 3.2.2 Voldoende ernst

De civiele rechter zal niet licht tot het oordeel komen dat de semipublieke organisatie (of haar medewerker(s)) een jegens de gedupeerde geldende zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Daarin verschilt haar aansprakelijkheidsrisico niet van andere schadeveroorzakers, waaronder de overheid.<sup>41</sup> Indien de schade werd veroorzaakt door gevaarzettend handelen of nalaten, zal voor de beoordeling van de onrechtmatigheid hiervan veelal een afweging worden gemaakt van de factoren die zijn genoemd in het *Kelderluik*-arrest:<sup>42</sup> wat was de hoegrootheid van de kans op schade, welke voorzorgsmaatregelen had de semipublieke organisatie (of de desbetreffende medewerker van de organisatie) kunnen en moeten nemen, enzovoort. Voorbeelden zijn schade die door de medewerker van een thuiszorgorganisatie is veroorzaakt bij het verrichten van huishoudelijke hulp ingevolge de Wet Maatschappelijke ondersteuning (Wmo).<sup>43</sup> Te denken valt ook aan de onjuiste toepassing van onrustbanden,<sup>44</sup> verbranding door het te ver openzetten van de thermostaat tijdens het baden van de zwaar gehandicapte bewoner van een zorginstelling, onvoldoende toezicht op zorgcliënten of gebreken in de huisvesting.

33 In deze bijdrage ligt de nadruk op buitencontractuele aansprakelijkheid, zie par. 1.2.

34 Denk aan gevallen waarin de organisatie als werkgever wordt aangesproken voor schade die wordt geleden door haar medewerkers (art. 7:658 BW) of derden (art. 6:170 BW) of als bezitter van een gebrekkige zaak of opstal (art. 6:173 en 6:174 BW), enz.

35 Art. 6:162 BW (met dien verstande dat lid 3 toerekening krachtens verkeersopvatting mogelijk maakt waardoor strikt genomen van schuld, in de zin van verwijtbaarheid, geen sprake behoeft te zijn). Voor leden/cliënten van de semipublieke organisatie kan het onder omstandigheden, zoals hiervoor is aangegeven, in de rede liggen om *contractuele* aansprakelijkheid ingevolge art. 6:74 BW in te roepen en, waar relevant, specifieke bepalingen van Boek 7 BW.

36 Of: dat er inbreuk is gemaakt op een voldoende concreet, afgebakend subjectief recht van de eiser. Zie par. 3.2.5.

37 Ook het relativiteitsvereiste en de vereisten van toerekenbaarheid resp. causaliteit kunnen een rol van betekenis spelen. Vanwege de noodzaak tot afbakening van deze bijdrage zal ik ze hier laten rusten.

38 Zie Overes 2016, p. 87 en ook E. Plomp, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector?', in: J.M. Blanco Fernandez e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen*, Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht', Zutphen: Paris 2016, p. 105-147 (op p. 134 e.v.). Dit is niet de plaats om op deze discussie uitvoerig in te gaan; wel komen enkele aspecten van deze discussie hierna nog aan bod.

39 Ook overigens voor het vereiste van toerekenbaarheid kan wellicht op onderdelen een parallel worden getrokken met overheidsaansprakelijkheid. Zo is de risicotoerekening bij overheidsaansprakelijkheid analoog toepasselijk verklaard voor de private netbeheerder. HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1750, NJ 2016/275, m.nt. J.S. Kortman (*Windpark Zeeland/Delta BV*).

40 Vgl. o.a. HR 27 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0346, NJ 1992/131, m.nt. P.A. Stein (*De gemeente Amsterdam/Rienks*) en de NJ-noot van J. Hijma, nr. 7, bij HR 14 juli 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6526, NJ 2001/417 (*Geertsema/De Niet en HTM*).

41 Zie ook de Conclusie van Spier voor HR 9 mei 2014, ECLI:NL:PHR:2014:242 (*Gladde brug*), vanaf nr. 3.3.1.

42 HR 5 november 1965, ECLI:NL:PHR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*). Vgl. in de context van aansprakelijkheid van de overheid bijvoorbeeld, hoewel een art. 81 RO-zaak, HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:102, (*Plakoksel*) en dan met name de Conclusie van AG Spier voor dit arrest.

43 Voorbeeld ontleend aan Jak 2016, p. 56.

44 Vgl. Rb. Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631 (*St. Amphia Ziekenhuis*): recht op schadevergoeding, hier contractueel ingevolge art. 6:77 BW, van bejaarde die bekkenbreuk oploopt door de inzet van een Zweedse band.

3.2.3 *Beleidsruimte vraagt om een hogere drempel voor aansprakelijkheid*

De drempel voor de aansprakelijkheid van semipublieke organisaties wordt *de facto* hoger naarmate ze, ondanks de toegenomen regeldichtheid, meer ruimte hebben voor het maken van een eigen belangenafweging. Denk aan de beslissing over niet toelating of plaatsing van hulpbehoevenden, die daardoor moeten terugvallen op mantelzorg of elders professionele zorg moeten betrekken,<sup>45</sup> of aan de beslissing van een GGZ-instelling over de condities waaronder men patiënten opvang biedt.<sup>46</sup> Dergelijke beslissingen zullen doorgaans, ook indien ze tot schade hebben geleid, slechts beperkt aanknopingspunten bieden voor het aannemen van onrechtmatigheid. Hier springt wederom een zekere parallel in het oog met hetgeen geldt voor de *overheid*: ook bij schadeveroorzakend *overheids*optreden dat (betrekkelijk) ongenormeerd is, zal de civiele rechter in principe niet gauw een aanleiding zien om tot het oordeel te komen dat dit optreden onrechtmatig is (en dus aanleiding geeft tot aansprakelijkheid).<sup>47</sup>

Voor semipublieke organisaties geldt, anders dan voor de overheid, dat ze privaatrechtelijke actoren zijn, die weliswaar veelal gebonden zijn aan te behalen doeleinden en allerlei formele en technisch eisen (zoals toelatingseisen, subsidievoorwaarden e.d.), maar die daarbuiten in beginsel, binnen de grenzen van het recht, vrij zijn in hun beleidskeuzes en concrete afwegingen. Het is in die zin wellicht minder passend om voor zo'n organisatie zèlf van 'beleidsvrijheid' te spreken.<sup>48</sup> Niettemin lijkt het op zijn plaats, zoals ik hiervoor liet zien, om *op dit punt* parallellen te trekken met overheidsaansprakelijkheid. Op basis van sectorale wet- en regelgeving, bijvoorbeeld geconcretiseerd in wettelijke bekostigingsvoorwaarden, alsmede statutair, wordt van semipublieke organisaties verwacht dat zij voldoen aan hun doel, waarin 'in de regel het publieke belang verweven is'.<sup>49</sup> Overes wijst erop dat het feit dat semipublieke organisaties een belangrijke bijdrage leveren aan publieke belangen (zoals goed onderwijs dat voor iedereen toegankelijk is) niet betekent dat de verantwoordelijkheid van dat *publiek belang als zodanig* op de schouders van de organisa-

tie komt te rusten.<sup>50</sup> Die stelt zich bijvoorbeeld, als het een onderwijsinstelling is, slechts het geven van onderwijs zoals bepaald in onderwijsregelgeving zonder daarbij winst te beogen ten doel (en is dus tot niet méér gehouden dan deze publieke taak). Dit is, ook in het kader van een aansprakelijkheidstelling die berust op het verwijt van veronachtzaming van de publieke taak, een essentieel, zij het niet altijd scherp onderscheid. Maar ook hetgeen de publieke taak zelf vraagt is veelal niet scherp; die vraagt immers om beleidsoverwegingen, die onderling kunnen botsen (het belang van toegankelijkheid kan bijvoorbeeld tot lage prijzen nopen, maar ten koste gaan van de kwaliteit) en die ook kunnen botsen met het geïndividualiseerde belang van cliënten. Illustratief is mijns inziens (in dit opzicht)<sup>51</sup> een geschil over de weigering van een woningbouwvereniging om een woning toe te wijzen aan een woningzoekende die meerdere malen een huurachterstand had gehad bij een andere woningcorporatie. Deze weigering was volgens de President in Kort Geding onrechtmatig, aangezien de woningbouwvereniging naar zijn oordeel een '*monopoliepositie had ten aanzien van een zo onontbeerlijk goed als woonruimte*'. Zij had het belang van sociale huisvesting voorop moeten stellen; juist dát maakte haar weigering om een huurovereenkomst aan te gaan, onrechtmatig.<sup>52</sup> Maar: in hoger beroep toonde het Gerechtshof Arnhem begrip voor de (kennelijke) noodzaak voor de woningbouwvereniging om – nu juist ook vanuit dit oogpunt van 'een goed woning- en exploitatiebeleid' – eisen aan woningzoekenden te stellen. Naar het oordeel van het hof brengt de 'maatschappelijke verantwoordelijkheid' van de woningbouwvereniging weliswaar een verplichting tot extra zorgvuldigheid en daardoor beperkingen mee waardoor de woningweigering onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn jegens de desbetreffende woningzoekende. In de belangenafweging weegt evenwel juist het publieke belang het zwaarst: de woningcorporatie moet huurders kunnen weigeren indien het risico groot is van een latere ontruiming. De eiser heeft hier 'geen bijzondere omstandigheden in zijn voordeel' tegenover kunnen stellen. De aansprakelijkheidsclaim wordt afgewezen.<sup>53</sup>

Semipublieke organisaties behoeven, zeer vergelijkbaar met de overheid, ruimte voor het zelf ontwikkelen en in de praktijk brengen van hun beleid. Dat wordt bemoeilijkt als de civiele rechter elk besluit dat nadelig is voor leden of cliënten (of andere betrokkenen), in het kader van de vraag naar aansprakelijkheid zou 'overdoen'. Deze organisaties dient – wat ik dan toch maar zal aanduiden met – 'beleids- of beslissingsruimte' (*'margin of appreciation'*) te worden

45 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181 (Stichting SAZ).

46 Zie bijvoorbeeld High Court of Australia 12 november 2014, [2014] HCA 44 (Hunter and New England Local Health District/Mc Kenna/Simon): nabestaanden van omgebrachte man stellen (o.m.) de psychiatrische instelling van de dader aansprakelijk; claim afgewezen vanwege het ontbreken van een *duty of care* jegens de naasten.

47 J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets aparts? In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die van private partijen?', in: *Coulant Compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspraak*, T. Barkhuysen e.a., Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150 (op p. 144) en o.a. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, NJ 2014/368, m.nt. T. Hartlief (Reaal Schadeverzekeringen NV/De Gemeente Deventer). Instructief, hoe wel een art. 81 RO-zaak en onder de vlag van art. 6:174 BW, is ook o.m. HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, NJ 2012/689 (Paalrot), r.o. 4.5 en 4.6.

48 De term beleidsvrijheid is gebruikelijker als het om het bestuur van de organisatie gaat, maar dan in de betekenis van: het blijven binnen de kaders van de bestuursbevoegdheid, zie o.a. *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/200.

49 *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 4, p. 4.

50 C.H.C. Overes, 'Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot de onderwijssector', in: J.M. Blanco Fernandez, e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen*, Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht', Zutphen: Paris 2016, p. 87 e.v.

51 Jak 2016, p. 59 noemt het navolgende voorbeeld om een tegengesteld punt te maken, namelijk dat voor woningcorporaties de lat hoog ligt.

52 Rb. Zwolle 4 mei 1984, ECLI:NL:RBZWO:1984:AH0336, KG 1984/176 (Woningbouwvereniging Lelystad/Mulder).

53 Hof Arnhem 11 februari 1985, ECLI:NL:GHARN:1985:AC1833, NJ 1986/446 (Woningbouwvereniging Lelystad/Mulder).

ge Gund. Dit noopt, net als bij claims tegen de overheid, tot terughoudendheid bij de inhoudelijke beoordeling van de vraag naar aansprakelijkheid.<sup>54</sup> Voor de vraag in hoeverre terughoudendheid van de civiele rechter op haar plaats is, wordt de beleids- en beoordelingsvrijheid van het overheidslichaam van geval tot geval beoordeeld. De mate van terughoudendheid is dan ook verschillend.<sup>55</sup> De beleids- of beslissingsruimte die semipublieke organisaties hadden op het moment van hun litigieuze handelen of nalaten, zal sterk verschillen per branche, per organisatie en per toebedeelde publieke taak. De civiele rechter die oordeelt over de vraag naar (on)rechtmatigheid van *zuivere* beleidsbeslissingen van semipublieke organisaties, zal zich hierbij doorgaans terughoudend opstellen. Een voorbeeld hiervan biedt de rechtszaak tegen Stichting Florence, een zorgaanbieder die zich ten doel stelt de zelfredzaamheid van ouderen te vergroten en die ging over de beslissing om haar zorgcomplex te renoveren of te slopen. De vordering kwam er in de kern op neer dat hoogbejaarde bewoners van haar zorgcomplex een verhuizing wegens sloop zou worden bespaard.

“Nu Florence naast verhuurder ook zorgaanbieder is, heeft zij een extra zorgplicht ten opzichte van eisers, te meer nu dit een kwetsbare groep betreft”, aldus de eisers.

Maar de beslissing om te slopen kon slechts terughoudend worden getoetst en eisers hadden onvoldoende gesteld voor het oordeel dat Florence te weinig oog zou hebben gehad voor de belangen van deze groep bewoners.<sup>56</sup> Ook het opleggen van een lokaalverbod door een verzorgingstehuis

aan familie van een cliënt zal de rechter respecteren, mits in de onderliggende afweging het belang van de bewoners om bezoek te kunnen ontvangen centraal heeft gestaan.<sup>57</sup>

**3.2.4 Beperkte middelen (capaciteit, personeel, financieel)**  
Ingewikkelder is de vraag in hoeverre de civiele rechter, binnen de grenzen van de ruimte die hij zich aanmeet voor het geven van een oordeel over een schade-incident, betekenis kan toekennen aan het eventuele verweer dat de semipublieke organisatie over beperkte financiële of andersoortige middelen heeft beschikt, waardoor zij de schade niet kon voorkomen. Ook op dit punt biedt de rechtspraak inzake overheidsaansprakelijkheid nuttige inzichten waarvan men zich kan afvragen of ze op vergelijkbare wijze een rol kunnen en behoren te spelen bij aansprakelijkheidsclaims tegen semipublieke organisaties.

Dit ‘beperkte middelen’-verweer wordt, sinds jaar en dag, typisch gevoerd bij onrechtmatige daadsacties tegen de overheid.<sup>58</sup> Het aansprakelijk gestelde overheidslichaam zou door haar lage personeelsbezetting of de beperkte financiële middelen (immers publiek geld) beperkt in staat zijn om maatregelen te treffen om de schade te voorkomen. Zo’n verweer kan gewicht krijgen bij de inhoudelijke beoordeling van de vraag naar onrechtmatigheid van het litigieuze overheidsoptreden (dan wel bij de beoordeling van gebrekkigheid in het kader van art. 6:174 BW),<sup>59</sup> vergelijkbaar met wat we zagen voor het (overigens hier niet steeds eenvoudig van te onderscheiden) verweer dat sprake is van beleidsvrijheid. De betekenis en relevantie van dit verweer dienen echter voldoende te worden onderbouwd door het overheidslichaam dat zich erop beroept.<sup>60</sup> De enkele stelling dat haar financiële middelen ontoereikend waren, zal in de regel niet volstaan.<sup>61</sup> Hartlief wijst op nadelige consequenties hiervan in die zin dat rechters op basis van de overgelegde informatie zouden moeten gaan oordelen over de vraag welke ruimte op de overheidsbegroting passend is.<sup>62</sup>

Juist ook gelet op de beperkte financiële armslag en capaciteitstekorten waarmee men in de semipublieke sector regelmatig kampt, ligt het voor de hand de vraag te stel-

54 Zie al in het kader van art. 1401 BW oud: HR 29 maart 1940, ECLI:NL:HR:1940:95, NJ 1940/1128, m.nt. E.M. Meijers (*Heldenkermis*) en HR 9 oktober 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4240, NJ 1982/332 (*Waterschap Bargerbeek/Juurlink*) en voor art. 6:162 BW o.a. Rb. 's-Gravenhage 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes, (*Urgenda*). *Idem* in het kader van art. 6:174 BW, HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.2.

55 Marginale toetsing is uitzonderlijk. Vgl. o.a. HR 9 november 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AD5302, NJ 2002/446, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Berg/Waterschap de Oude Rijnstromen*), r.o. 3.5.3 (sprake was hier van ‘een zekere’ beleidsvrijheid van het waterschap, wat wellicht noopte tot terughoudendheid, maar niet tot marginale toetsing) met bijv. HR 14 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam onder NJ 2008/529 (*DNB/Stichting Vie d’Or*), r.o. 4.3.3 en HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349, NJ 2015/217, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Band/De Stichting Autoriteit Financiële Markten*), r.o. 3.4.3 (in deze gevallen – van litigieuze toezichtsfalen – was sprake van ‘aanzienlijke’ beleidsvrijheid van de toenmalige Verzekeringkamer resp. de AFM: beoordeeld moest worden ‘of in de omstandigheden en met de kennis van toen de toezichthouder in redelijkheid tot de desbetreffende beslissing heeft kunnen komen’) en *idem* HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier (*J/ Staat*), r.o. 3.4.2 en 3.4.3 (gelet op de ‘grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid’ bleef de beoordeling beperkt tot de vraag ‘of de Arbeidsinspectie in redelijkheid tot haar beleid met betrekking tot toezicht en controle dan wel tot haar optreden in een concreet geval heeft kunnen komen (...)).

56 V.zr. Rb. 's-Gravenhage 5 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI6727 (*Stichting Florence*). Vgl. op dit punt Rb. Midden-Nederland 28 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2383, *Park Boswijk* (particuliere eigenaren vechten de besluitvorming aan van de Vereniging voor Eigenaren (VvE) waarin o.a. woningcorporatie Seyster Veste een meerderheidsstem heeft), r.o. 4.10.1: niet met ieder individueel belang behoef door de VvE rekening te worden gehouden, mits de wensen en belangen serieus in haar afweging zijn betrokken (in mijn woorden, EE).

57 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6873 NJF 2013/480 (*appellant/geintimeerde*).

58 Zie reeds o.m. HR 9 januari 1942, ECLI:NL:HR:1942:124, NJ 1942/295 (*Motorongeval Ferwerderadeel*), waar het niet succesvol was.

59 Zie o.m. HR 9 oktober 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4240, NJ 1982/332, m.nt. C.J.H. Brunner (*Waterschap Bargerbeek/Juurlink*); HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 (*Wilnis*), m.nt. T. Hartlief.

60 Aldus ten aanzien van de wegbeheerder: HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831, NJ 2014/368, m.nt. T. Hartlief (*Reaal Schadeverzekeringen NV/De Gemeente Deventer*), r.o. 3.6.2.

61 Dit behelst een aanvullende stelplicht, waarover nader I. Giesen, ‘Aansprakelijkheid van de (letselschade)advocaat voor informatieverzuimen: het bewijs van de zorgplichtschending en de (ontbrekende) eigen schuld van de cliënt’, *TVP* 2016, p. 35–45. Vgl. na verwijzing Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022: verweer gemeente dat financiële middelen beperkt waren was onvoldoende onderbouwd. Zie op dit punt ook reeds Brunners *NJ*-noot bij het voornoemde arrest *Waterschap Bargerbeek/Juurlink*.

62 In zijn *NJ*-noot bij *Reaal/Deventer* en in B.J. van Etekhoven e.a., ‘Overheidsaansprakelijkheid anno 2018: de stand van de rechtsontwikkeling’, *O&A* 2018/23 (p. 43–98) p. 64.

len in hoeverre parallellen kunnen worden getrokken met deze rechtspraak. Weliswaar hebben semipublieke organisaties veelal enig commercieel belang, en zijn ze hiervoor financieel en beleidsmatig verantwoordelijk; ze moeten zich richten naar hun publieke taak, naast het belang van de (individuele) leden of cliënten, en hun handelingsvrijheid is beperkt door vele (sectorale) publiekrechtelijke regels. Dergelijke beperkingen noodzaken *semipublieke* organisaties dan ook, vergelijkbaar met de overheid, tot keuzes en prioritering: ten aanzien van wie of wat en hoe worden de beschikbare middelen ingezet?<sup>63</sup> Gelet op die noodzaak kunnen leden of cliënten veelal evenmin als van de overheid hoge verwachtingen van de semipublieke organisatie hebben. Vanuit die gedachte kan de beperkte financiële armslag in het voordeel van de semipublieke organisatie worden meegenomen in het onrechtmatigheidsoordeel van de rechter. Minder voor de hand ligt dit indien de semipublieke organisatie het verwijt treft een gevaar voor mens of goed te hebben gecreëerd of te hebben laten voortbestaan, hetgeen zich vaak zal voordoen op uitvoeringsniveau (in het voorgaande gaf ik daar al voorbeelden van). Dát zal vermoedelijk minder gauw worden 'gerechtvaardigd' door haar beperkte financiële armslag. De *Kelderluik*-toets gaat immers uit van een objectieve maatman, die niet kampt met praktische beperkingen.<sup>64</sup>

In welke gevallen zal een verweer dat betrekking heeft op de beperkte financiële armslag of personele beperkingen waarmee de semipublieke organisatie kampt, nu op begrip kunnen rekenen bij de rechter? Dit zal sterk afhangen van de ernst van de litigieuze fouten en de belangen die hiermee gemoeid zijn. Illustratief is de kwestie *X/Stichting Bureau Jeugdzorg (BJZ)*. X verweet BJZ nalatigheid bij de wijze waarop door BJZ uitvoering was gegeven aan de door de rechter bevolen ondertoezichtstelling van zijn minderjarige dochter (in het kader van de omgangsregeling tussen de ex-echtelieden).<sup>65</sup> Hij vorderde smartengeld uit hoofde van een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad. Daarvoor baseerde hij zich op het rapport van de Klachtencommissie Jeugdzorg waarin onder meer werd vastgesteld *'dat er keer op keer fouten zijn gemaakt, dat onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van klager, dat onvoldoende overlegd is met hem en dat (dus) veel van zijn klachten terecht zijn'*. BJZ had erkend *'dat veel is misgegaan en dat geregeld sprake was van ziekte en afwezigheid van de tweede gezinsvoogd'*, waardoor geen beslissingen konden worden genomen. Hier had het hof kennelijk begrip voor want het stelde 'concrete en verwijtbare gedragingen' te missen (die waren niet of on-

voldoende gesteld) om de onrechtmatigheid te onderbouwen. Dát BJZ 'een' zorgplicht had jegens haar cliënt stond niet ter discussie. Maar de beweerdelijke schending van die zorgplicht was met de ongelukkige communicatie en behandeling van zijn zaak nog niet gegeven. Men kan zich hierbij moeilijk aan de indruk onttrekken dat dit oordeel anders zou zijn geweest als het een gevaarzettingsituatie had betroffen.

Scherp is dit laatstbedoelde onderscheid echter niet. Hoe moet immers worden omgegaan met tussengebieden waarin de concrete beleidskeuzes van de semipublieke organisatie waartoe haar beperkte middelen aanzetten als consequentie hebben dat (ernstige) gevaren ontstaan of blijven voortbestaan voor mens en goed? Past het de rechter bijvoorbeeld óók terughoudend te zijn (in het voordeel van de semipublieke organisatie) bij verwijten die gericht zijn op de keuze voor het structureel kunnen inzetten van middelen waarmee psychiatrische patiënten in GGZ-instellingen kunnen worden bedwongen? Als voorbeeld kan het incident dienen waarbij een bejaarde en dementerende bewoner van een verpleeghuis is overleden nadat hij door personeel met een 'Zweedse band' aan zijn bed was vastgebonden.<sup>66</sup> Al jarenlang had de Inspectie voor de gezondheidszorg gewezen op ernstige gevaren van de Zweedse band. Na zeven fatale incidenten in 2008,<sup>67</sup> is door de inspectie en de minister een 'intentieverklaring' geïnitieerd. Inmiddels wordt de Zweedse band niet of nauwelijks meer gebruikt. In het kader van een aansprakelijkstelling zal de rechter, binnen de beperkte ruimte die hij zich toemeet voor de beoordeling van de keuze van het verpleeghuis voor de aanschaf en het gebruik van dit middel, ook de omstandigheden meewegen die hiertoe nopen, zoals zeer risicovol gedrag van patiënten, maar ook capaciteitstekorten en werkdruk. Maar brengen die omstandigheden mee dat het gekozen beleid om zulke restrictiemiddelen door het personeel te (laten) inzetten, niet onrechtmatig is (uiteraard verondersteld dat het middel in kwestie niet verboden is en correct wordt gebruikt)? Of wordt de vraag naar (on)rechtmatigheid van de keuze voor onrustbanden waaraan bijzondere risico's verbonden zijn, nu juist beoordeeld op basis van de *Kelderluik*-maatstaf indien die risico's zich verwezenlijken?

Diverse vergelijkbare voorbeelden zijn hier denkbaar. Hoe te oordelen (hypothetisch) over de beslissing van ziekenhuizen om de concentratie van (medisch)verloskundige zorg in een bepaalde regio af te bouwen? Of over bezuinigingen die afbreuk doen aan de veiligheid van openbaar-vervoersorganisaties als het gaat om geweldsdelicten in de trein of de bus? Of over het beleid van een woningcorporatie die ineens ontruiming gelast wegens vermoedelijke aanwezigheid van asbest? De civiele rechter zal in zulke gevallen in

63 Ook in de maatstaf voor aansprakelijkheid van decentrale overheden zien we dat beperkte financiële middelen meewegen, zie o.a. HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1058, NJ 2000/234, m.nt. A.R. Bloembergen (*Waterschap De Dommel*) en bij art. 6:174 BW: HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*).

64 Zie par. 3.2.2 en in die zin ook AG Spier in het bijzonder in nr. 4.14.2 van zijn Conclusie voor HR 9 juni 2002, ECLI:NL:HR:2006:AV4315, JA 2006/99 (*Amsterdams motorongeval*); zie ook T. Hartlief, 'De draagkracht van de gedaaagde overheid, *NJB Vooraf*, *NJB* 2014/975 (p. 1307).

65 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7075 (*Stichting Bureau Jeugdzorg Overijssel*).

66 *De Volkskrant* 20 november 2009.

67 Tussen juni 2007 en mei 2008 zijn hierdoor ten minste vier mensen overleden in de ouderenzorg, één in de verstandelijk gehandicaptenzorg en twee in ziekenhuizen, aldus het rapport *Zorg voor vrijheid: terugdringen van vrijheidsbeperkende maatregelen kán en moet'* van de IZG aan de minister, Den Haag 2008 p. 9.



zijn oordeel betrekken dat de semipublieke organisatie rekening heeft te houden met diverse – ook onderling tegenstrijdige – belangen, waarbij als uitgangspunt heeft te gelden dat haar daarvoor vrijheid moet worden gegund. Hij zal daarom vermoedelijk terughoudendheid betrachten,<sup>68</sup> maar voor de mate waarin dat gebeurt zal van grote betekenis zijn in hoeverre het gevoerde beleid een gevaar vormt voor de betrokkenen en/of fundamentele rechten schendt.<sup>69</sup> Dit laatste vraagt nog om een korte toelichting.

### 3.2.5 Fundamentele rechten

Bij de beoordeling van het verweer dat de organisatie beperkte middelen had en dat haar beleidsvrijheid toekwam vraagt immers, ook los van de hiervoor besproken begrenzing die de *Kelderluik*-factoren bieden (en buiten gevallen waarin er een reële kans is op letselschade), een ander aspect aandacht. De beleidsvrijheid in de semipublieke sector is begrensd door gelijke-behandelingswetgeving en door fundamentele rechten van leden of cliënten (of andere betrokkenen), zoals neergelegd in onder meer het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en fundamentele vrijheden (EVRM). Voor met name de zorgsector springen bijvoorbeeld art. 3 EVRM (het recht op een menswaardige behandeling)<sup>70</sup> en art. 8 EVRM (het recht van *family life* en *privacy*) in het oog. Bij de (dreigende) schending van fundamentele rechten en vrijheden kan de rechtshabende hiertegen (onder meer) ageren met een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad. Zulke vorderingen worden typisch gericht tegen de Staat of andere publiekrechtelijke rechtspersonen, maar zoals bekend kunnen (sommige) fundamentele rechten doorwerken in horizontale verhoudingen en kunnen ze ondersteunend zijn bij schadeclaims tegen semipublieke organisaties.<sup>71</sup>

Een schoolvoorbeeld, hoewel enigszins gedateerd, is de kwestie *RK Woningbouwvereniging Binderen/Kaya*.<sup>72</sup> Kaya had een vordering uit onrechtmatige daad ingesteld tegen de woningbouwcorporatie, die hem een andere woning zou hebben onthouden enkel vanwege zijn buitenlandse afkomst. Hij vorderde dat hem alsnog een woning werd toegewezen, op straffe van een dwangsom. Hij voerde voor zijn stelling dat het beleid discriminatoir was, cijfermatige, sta-

tistische verschillen aan waaruit bleek 'dat zeer weinig van de vrijgekomen woningen aan buitenlanders werden toegewezen'. Hiervoor kon de woningcorporatie geen deugdelijke redenen geven. Rechtbank en hof kwamen op die grond tot het oordeel dat de woningbouwvereniging, wier taak het is om woningzoekenden aan een woning te helpen, zich hierdoor inderdaad schuldig had gemaakt aan discriminatie en om die reden onrechtmatig had gehandeld. Dat oordeel liet de Hoge Raad in stand.

## 4 Aansprakelijkstelling van bestuurders en/of commissarissen

### 4.1 'Met handen gebonden' bestuurders: terughoudendheid in het kader van art. 2:9 BW?

Hiervoor werd de aansprakelijkstelling van de semipublieke organisatie door haar leden of cliënten besproken, maar uiteraard kan ook de organisatie zélf schade ondervinden van de veronachtzaming van de publieke taak door haar bestuur. In dat geval kan zij bestuurders en eventueel commissarissen persoonlijk voor haar schade aansprakelijk stellen.<sup>73</sup> Stichtingen kunnen dit echter nog niet. Het wetsvoorstel inzake de WBTR beoogt daarin verandering te brengen; ook elke commissaris kan intern aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijke taakvervulling, ook door de niet-commerciële stichting.<sup>74</sup>

Een omstreden voorbeeld op het vlak van bestuurders- en toezichthoudersaansprakelijkheid biedt de *Hestia*-zaak.<sup>75</sup> De stichting Hestia exploiteerde tot 2003 een verzorgingshuis en een verpleeghuis en was voor de financiering daarvan grotendeels afhankelijk van een budget dat werd vastgesteld door het College Tarieven Gezondheidszorg (CTG). In accountantsrapporten was vastgesteld dat sprake was van tekortschietend management, onder meer bestaande uit het niet structureel aanpakken van het te hoge ziekteverzuim onder het personeel. Het College Sanering Ziekenhuisvoorzieningen (CSZ) had, kort gesteld, een miljoenen subsidie betaald voor de sanering van Hestia en had door cessie de vorderingen verkregen van Hestia op de (oud)bestuurders. Echter: het CSZ kon onvoldoende aantonen dat sprake was van een concreet ernstig verwijt én hoe een andere, betere aanpak van het ziekteverzuim het financieringstekort zou hebben kunnen terugdringen. Daarvoor achtte de rechtbank van belang 'dat Hestia de door haar beheerde instellingen exploiteerde in een volledig door de overheid gereguleerde markt waarin geen sprake was van enige concurrentie' en dat zij voor haar inkomsten nagenoeg geheel afhankelijk was van een door de overheid vastgesteld finan-

68 Zoals bekend wordt bijvoorbeeld ook bij waterschappen 'vol' getoetst, o.a. HR 9 november 2001, NJ 2002/446, m.nt. C.J.H. Brunner (*Van den Berg/De Oude Rijnstromen*).

69 Vgl. onder meer HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1296, NJ 2006/430, m.nt. J.B.M. Vranken (*TBS*), r.o. 3.5.

70 Uit de rechtspraak (die weliswaar de overheid betreft) blijkt dat er dan wel heel wat aan de hand dient te zijn; vgl. EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev/Bulgarije*), dat primair gaat over een (in essentie) 'gedwongen' opname maar waarin het EHRM tevens oordeelt dat Bulgarije (o.m.) art. 3 EVRM schendt nu de condities van het verpleeghuis waarin die opname plaatsvond erbarmelijk waren (geen fatsoenlijke voeding, amper activiteiten). Zie, uitvoerig, Engelhard preadvies 2010.

71 Zie bijv. Rb. Rotterdam 12 oktober 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU5235 (*Erasmus medisch centrum*); botbreuk door onrustband en Rb. 12 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG6738 (*Stichting De Stromen Opmaat Groep*); dood door schuld wegens inzet Zweedse band, met voeging van nabestaanden.

72 HR 10 december 1982, NJ 1983/687, m.nt. E.A. Alkema (*Woningbouwvereniging Binderen/Kaya*).

73 Mits die aansprakelijkheid niet rechtsgeldig statutair of contractueel is uitgesloten. Als een beëindigingsovereenkomst werd gesloten, dan kan redelijke uitleg daarvan ook uitsluiting impliceren, zie o.a. Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4751, JIN 2018/9, m.nt. Peters en El Houzi (*WSG/X*).

74 Aldus (ontwerp) art. 2:11b lid 1 BW; zie A.G.H. Klaassen, 'Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de semipublieke sector: een betere aansluiting op Boek 2 BW is wenselijk', *Ondernemingsrecht* 2017/107 (p. 604-614).

75 Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF3733 (*Hestia*).

cieringsmodel.<sup>76</sup> De bestuurders hadden daardoor weinig beleidsruimte en de rechtbank was niet overtuigd dat zij de grenzen van hun beleidsruimte, voor zover die er wél was, ernstig hadden overschreden. Voor verwijten jegens commissarissen ligt de lat nog hoger, aangezien zij voor hun informatie afhankelijk zijn van de betrokken bestuurders. Ook in andere zaken is van een ernstig verwijt geen sprake indien de bestuurder ‘met handen gebonden’ was.<sup>77</sup>

Dit ernstig verwijt-criterium geldt indien de aansprakelijkstelling berust op art. 2:9 BW. Die regeling verplicht bestuurders niet alleen jegens de rechtspersoon om hun taken naar behoren te vervullen, maar biedt bij schending van deze norm ook grond voor hun aansprakelijkheid. Nodig is dat sprake is van ‘een onmiskenbare tekortkoming, een tekortkoming waarover geen redelijk oordelend en verstandig bestuurder twijfelt’,<sup>78</sup> waar de bestuurder ‘persoonlijk een ernstig verwijt’ van treft.<sup>79</sup> Dit laatste wordt beoordeeld naar het moment van de taakvervulling en aan de hand van alle omstandigheden van het geval, onder meer: ‘de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico’s, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, of is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.’<sup>80</sup>

#### 4.2 Welk gewicht hebben de publieke taak en de afhankelijkheid van publieke middelen bij de ernstig verwijt-toets?

Dit toetsingskader roept vragen op bij interne aansprakelijkstellingen van het bestuur in de semipublieke sector.<sup>81</sup>

Als bestuurshandelingen in strijd zijn met wettelijke, statutaire of andere rechtsregels die de rechtspersoon beogen te beschermen of met een aanwijzing van de minister,<sup>82</sup> dan is dat (in beginsel) een zwaarwegende omstandigheid die, behoudens tegenbewijs, de aansprakelijkheid van het bestuur vestigt.<sup>83</sup> Daarnaast zouden bestuurders bij de vervulling van hun taak ‘zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de rechtspersoon en haar onderneming betrokken zijn’.<sup>84</sup> Volgens het wetsvoorstel inzake de WBTR dienen bestuurders en commissarissen van de rechtspersonen van Boek 2 BW, ook verenigingen en stichtingen, zich bij de vervulling van hun taak te richten naar ‘het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie’. Dit is ingegeven vanuit de behoefte aan uniformering van de regeling die thans reeds geldt voor de NV en BV (art. 2:129/2:239 lid 5 BW resp. art. 2:140/2:250 BW).<sup>85</sup> Daarbij wordt erkend dat het belang van de stichting in overwegende mate wordt bepaald door haar statutaire doelstelling.<sup>86</sup>

Minder duidelijk is welke betekenis en welk gewicht naar geldend en toekomstig recht (ingevolge het wetsvoorstel) toekomen aan *het publieke doel* van de semipublieke organisatie *als zodanig* en haar afhankelijkheid van publieke middelen, bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een ernstig verwijt.<sup>87</sup> Met deze omstandigheden (de publieke taak en de afhankelijkheid van publieke middelen) kan men, zo lijkt het, twee kanten uit. Zo kan men op basis van dit argument tot het oordeel komen dat het bestuur ‘met handen gebonden was’, zoals in de voornoemde *Hestia*-uitspraak. Maar hiervoor gaf ik op basis van dit argument aan dat de lat hoger dient te liggen dan bij ‘normale’, zuiver private ondernemingen, in die zin dat de publieke taak en publieke financiering in het kader van art. 2:9 BW vragen om zorgvuldig financieel beleid.<sup>88</sup> Het nemen van grote finan-

76 Rb. Amsterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BF3733 (*Hestia*), r.o. 4.2.

77 O.a. Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (*Directeur/Bureau Jeugdzorg*), r.o. 6.4.5.

78 *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/445; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0919 (*Stichting Vestia Groep*), r.o. 4.8.

79 G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 338. De ernstig verwijt-maatstaf kleurt de toerekeningsmaatstaf.

80 Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5413 (*Woningstichting De Kleine Meijerij*), r.o. 4.10. Vgl. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Majier (*Staleman e.a./Van de Ven Automobielbedrijf Venlo BV e.a.*) en *idem* Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0919 (*Stichting Vestia Groep*), r.o. 4.8 en zie *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\** 2015/199. Een mee te nemen factor kan voorts zijn dat de bestuurder onbezoldigd was; *Asser/Rensen 2-III* 2017/163 en Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (*Rode Kruis*).

81 In het navolgende wordt niet steeds nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen de taakverdeling van individuele bestuurders resp. het collectief bestuur, doch zie A.F. Verdam, ‘Over de bestuurstaak, taakverdeling en individuele verantwoordelijkheid van de bestuurder. Enkele opmerkingen naar aanleiding van het nieuwe art. 9 in het Wetsontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2017/7135, p. 97-100 (met verwijzingen).

82 Zie De Boer & Schennink 2014, p. 27 wijzend op Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455, *NJF* 2014/21 (*Servatius*); doch kritisch de Wenk, *RO* 2014/12; Groeneveld-Louwerse 2004, p. 132; C.H.C. Overes, ‘Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders. Bestuurders opgelet!’, *Ondernemingsrecht* 2015/103 (p. 517-525).

83 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, *NJ* 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*); De Boer & Schennink 2014, p. 27.

84 Dier belangen mogen ‘niet onnodig of onevenredig worden geschaad’, aldus in iets voorzichtiger bewoordingen HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan (*Cancun*), r.o. 4.2.2, doch zie K.H.M. de Roo, ‘De nallevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen’, *Ondernemingsrecht* 2018/2 (p. 3-12) (op p. 4).

85 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 11; zie kritisch J.M. Blanco Fernandez, ‘Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht’, in: J.M. Blanco Fernandez e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen*, Preadviezen Vereniging ‘Handelsrecht’, 2016, Zutphen: Paris 2016, p. 31-57 (op p. 42 e.v.) en P.D. Olden, ‘Taak, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders’, *Ondernemingsrecht* 2017/103 (p. 578-583) (p. 580).

86 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 12.

87 Hof Amsterdam 21 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6929 (*Stichting Freule Lauta van Aysma*), r.o. 4.5. Zie ook WODC-rapport 2012, p. 38 en *Asser/Rensen 2-III* 2017/338. Doch zie hierover kritisch Overes 2015, p. 521.

88 *Id.* De Boer & Schennink 2014, p. 26 onder verwijzing naar Rb. Oost-Brabant 17 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257.

ciële risico's, bijvoorbeeld, is daarmee niet verenigbaar.<sup>89</sup> In het wetsvoorstel inzake de WBTR kent het nieuw beoogde art. 2:9 BW omtrent behoorlijke taakvervulling slechts de toevoeging, en een beoogd (ontwerp) art. 2:11 BW is gelijklopend voor *commissarissen*,<sup>90</sup> dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden (onderneming of) organisatie. Bij onbehoorlijke taakvervulling zijn ze – ook commissarissen – aansprakelijk, tenzij hen geen ernstig verwijt treft en ze niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. In de rechtspraak wordt voor commissarissen thans nog de route gevolgd van een onrechtmatige daadsactie (art. 6:162 BW), waarbij de vereisten als het ware analoog worden ingekleurd.<sup>91</sup>

Deze – desondanks nog hoge – drempels dienen ervoor te zorgen dat voldoende rekening wordt gehouden met de beleidsvrijheid van het bestuur.<sup>92</sup> De rechter laat op dit punt dan ook terughoudendheid zien, zoals de reeds aangehaalde *Hestia*-uitspraak illustreert. Los daarvan zijn er de nodige praktische barrières, zoals een *décharge*-besluit, die beperkend zijn voor aansprakelijkheid van bestuurders, laat staan van commissarissen, voor wanbeleid.<sup>93</sup> Dat is dan ook verre van een eenvoudige weg.<sup>94</sup> Toch wordt deze weg ook in de semipublieke sector soms bewandeld, naar verluidt om daarmee een signaal af te geven.<sup>95</sup> Het gaat dan veelal om grote, mediagevoelige financiële schandalen, waarbij semipublieke organisaties politiek en maatschappelijk onder druk staat om actie te ondernemen, al dan niet op instigatie van de overheid.

Hiervan te onderscheiden is nog de situatie dat bestuurders en/of commissarissen persoonlijk aansprakelijk worden ge-

steld door anderen dan de semipublieke organisatie zelf, bijvoorbeeld door leden/cliënten (of door onvoldaan gebleven leveranciers). Als aansprakelijkheid van de semipublieke organisatie als zodanig deze gedupeerden geen soelaas biedt,<sup>96</sup> dan zal hun blik immers mogelijk gericht zijn op het bestuur of intern toezicht binnen de semipublieke organisatie.<sup>97</sup> De centrale vraag is hierbij in het kader van art. 6:162 BW of de bestuurders en eventueel de commissarissen een persoonlijk op hen rustende wettelijke of ongeschreven gedragsnorm hebben geschonden.<sup>98</sup> De invulling hiervan wordt 'gekleurd' door art. 2:9 BW; ook hiervoor geldt dus dat sprake moet zijn van een ernstig verwijt.

#### 4.3 *Uitbreiding van aansprakelijkheid bij faillissement*

Bij faillissement biedt de regeling van art. 2:138/2:248 BW gedupeerden thans in het algemeen extra bescherming, doch deze regeling geldt niet voor informele verenigingen en niet-commerciële stichtingen en verenigingen.<sup>99</sup> Het wetsvoorstel inzake de (ontwerp)WBTR 'uniformeert'<sup>100</sup> deze regeling in (ontwerp) art. 2:9c BW voor alle rechtspersonen als bedoeld in art. 2:3 BW. Beoogd wordt dat ook bestuurders van de niet-commerciële stichtingen en verenigingen – en krachtens (ontwerp) art. 2:11c BW zelfs commissarissen – bij faillissement hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de (kennelijk) onbehoorlijke taakvervulling waarvan aannemelijk is dat die een belangrijke oorzaak is van het faillissement.<sup>101</sup> Dat is relevant voor onder meer onderwijsinstellingen en zorginstellingen; woningcorporaties zijn onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting.<sup>102</sup> De bedoelde uitbreiding wordt zo toegelicht dat ook de niet-commerciële zich schuldig kunnen maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim.<sup>103</sup> Ook voor hen zou daarom de regeling moeten gelden zoals thans neergelegd in art. 2:138/2:248 BW. Deze regeling geeft een onweerlegbaar vermoeden dat de desbetreffende bestuurders resp. commissarissen hun taak 'kennelijk onbehoorlijk' hebben vervuld indien er niet is voldaan aan de administratie- (art. 2:10 BW) of publicatieplicht (art. 2:394 BW) en zij geeft een rechtens weerlegbaar vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Deze beide vermoedens gelden volgens het wetsvoorstel echter *niet* bij claims tegen de onbezoldigde bestuurders van niet-commer-

89 Hof Amsterdam 21 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6929 (*Stichting Freule Laut van Aysma*), r.o. 4.5: met onder meer het doel van de stichting werkzaam te zijn in de volkshuisvesting van bejaarden (enz.) is het lopen van grote financiële risico's met geleend geld niet verenigbaar. In deze laatste zin ook E. Schiemann, 'De taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen bij stichtingen naar huidig en komend recht', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie Van der Heijden Instituut nr. 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 263-288 (op p. 277).

90 Slechts voor vennootschappen regelt art. 2:9 BW, via art. 2:149/2:259 BW, interne aansprakelijkheid van commissarissen. Doch zie in geval van faillissement van de commerciële vereniging (waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte) of stichting art. 2:50a en 300a BW en o.a. J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid*, diss. VU, Deventer: Kluwer 2004, p. 130 e.v. en p. 72 e.v. en Rive 2017, p. 594.

91 Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, *JOR* 2014/126, m.nt. U.B. Verboom (*Servatius*), r.o. 4.6.

92 *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\** 2015/200.

93 Bartman e.a. 2016, p. 230.

94 Vgl. de vragen over de noodzaak van een enquêteprocedure die bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de WBTR Kamervragen zijn gesteld: *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 5, p. 4 (Verslag 9 september 2016). Zie bijv. ook Rb. Zwolle 18 april 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW2998 (*Woningstichting Rochdale*).

95 Zoals in de almaar voortlepende *Freule*-zaak: Rb. 's-Gravenhage 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15398 (*Stichting Freule Laut van Aysma*) en reeds o.m. Hof Amsterdam 21 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6929, *JOR* 2011/40, m.nt. Wezeman.

96 Bijvoorbeeld omdat zij zich kan vrijwaren of omdat zij geen verhaal biedt.

97 Contractueel of statutair kan wellicht worden bepaald dat de semipublieke organisatie de rekening daarvan betaalt, al kan men betwijfelen is of dat wenselijk is.

98 Zie hierover Nolen 2016, p. 403 e.v.

99 Althans verenigingen waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte resp. die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen alsmede stichtingen die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Voor verenigingen en stichtingen die wel aan de genoemde criteria voldoen respectievelijk voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, gelden de schakelbepalingen van art. 2:50a BW en art. 2:300a BW resp. art. 2:53 a BW die bij faillissement art. 2:138/2:248 BW (en art. 2:149/2:259 BW voor de aansprakelijkheid van commissarissen) van overeenkomstige toepassing verklaren.

100 Althans: concentreert, de huidige bepalingen zijn al gelijklopend, zie Harmsen 2017, p. 585.

101 Schiemann 2017, p. 263 e.v.

102 Harmsen 2017, p. 611.

103 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3 (MvT), p. 7.

ciële stichtingen en verenigingen en van informele verenigingen. Bezoldigde bestuurders en commissarissen zijn onder deze voorwaarden dus volgens het wetsvoorstel in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het faillissementstekort, tenzij succesvol betwist wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.<sup>104</sup> Slechts kunnen zij zich individueel disculperen indien ze bewijzen dat henzélf rechtens geen verwijt treft van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur én dat zij, afzonderlijk, niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Dit verweer lijkt, waar dit thans (naar geldend recht) reeds wordt gevoerd, slechts bij uitzondering succesvol te zijn.<sup>105</sup>

In de literatuur wordt getwijfeld aan de wenselijkheid van de in het wetsvoorstel voorgestelde uitbreiding, zij het dat de kritiek vooral ziet op de beoogde aansprakelijkheid van bezoldigde bestuurders en commissarissen van de niet-commerciële stichtingen en verenigingen, en (hoewel minder vergaand) op de beoogde uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid van onbezoldigde bestuurders. De toch al omstreden bewijsvermoedens van (naar geldend recht) art. 2:138/2:248 lid 2 BW zouden de drempels voor bestuurdersaansprakelijkheid ingeval van faillissement te zeer verlagen; de vraag is opgeworpen waarom niet met de hoge drempel van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW kan worden volstaan.<sup>106</sup> Deze uitbreiding zou bovendien de werving van bestuurders en commissarissen van de betreffende stichtingen/verenigingen kunnen bemoeilijken.<sup>107</sup> Voorts worden vraagtekens geplaatst bij de relevantie van 'het enkele feit dat de ene bestuurder een beloning krijgt en de ander niet' voor de beoordeling van de wijze waarop zij hun taak hebben vervuld bij schending door het bestuur van de administratie- of openbaarmakingsplicht.<sup>108</sup> Met betrekking tot de semipublieke sector wordt de feitelijke betekenis van de voorgestelde aanscherpingen wel gerelativeerd. Bartman e.a. wijzen erop dat voor organisaties met een publieke taak veelal zal worden getracht te voorkomen dat ze failliet gaan, waardoor faillissementsaansprakelijkheid in zoverre feitelijke betekenis mist.<sup>109</sup> Daar kan echter niet voor elke sector op worden vertrouwd (denk aan faillissementen in de zorg). Dat pleit veeleer voor een gedifferentieerde aanpak, in de richting die door Harmsen is voorgesteld, waarbij de huidige regeling van art. 2:138/2:248 BW wordt gehandhaafd en slechts op sectorniveau kan worden uitgebreid naar bijvoorbeeld niet-commerciële onderwijs- en zorgstichtingen, onder de voorwaarde dat de desbetreffende bestuurders en leden van de

raad van commissarissen een 'normale' bezoldiging ontvangen.<sup>110</sup>

## 5. Uitgeleide

Het voorgaande overziende, luidt de conclusie dat semipublieke organisaties *de facto* slechts beperkt aansprakelijkheid riskeren en dit beeld zien we ook bij aansprakelijkstellingen van hun bestuurders buiten faillissement, ondanks dat het aantal aansprakelijkstellingen sinds de eeuwwisseling behoorlijk zou zijn toegenomen.<sup>111</sup> Van aansprakelijkheid is in de regel pas sprake bij ernstige gevaarincidenten of wanbeleid. Voor zover het gaat om andersoortige gevallen die tot schade leiden, vermoed ik dat de claimbereidheid, in ieder geval waar de gedupeerden leden of cliënten van semipublieke organisaties zijn, doorgaans ook beperkt is, gelet op hun afhankelijkheid van de desbetreffende organisatie,<sup>112</sup> hun gebrek aan financiële middelen om langdurig te procederen en hun informatieachterstand.<sup>113</sup> Veeleer zullen zij kiezen voor het bewandelen van alternatieve wegen om 'hun gram te halen', al zijn de schadebedragen die via geschillencommissies kunnen worden verhaald begrensd. Men zou kunnen stellen dat dit een goede zaak is: vele, langlopende schadeprocedures en de negatieve media-aandacht die dat meebrengt zouden de sector of organisatie die toch al vaak kampt met beperkte financiële armslag 'de kop kunnen kosten'. Dat zou immers ertoe kunnen leiden dat haar (doorgaans kwetsbare) doelgroep daar indirect, bijvoorbeeld via tariefverhogingen, de prijs voor betaalt. Anders is dit bij faillissement; daar is het regime zoals thans voorgesteld in de (ontwerp) WBTR nogal vergaand en lijkt – voor de semipublieke sector althans – de sectorgewijze benadering, zoals door Harmsen is voorgesteld, een bevredigender oplossing.

Verder heb ik laten zien dat het nuttig is om op onderdelen bij de beoordeling van de vraag naar buitencontractuele aansprakelijkheid van semipublieke organisaties parallellen te trekken met de beoordeling van de vraag naar overheidsaansprakelijkheid. Voor deze interne afstemming van beide aansprakelijkheidsregimes pleit dat zowel de wijze van vestiging (althans beoordeling) van de aansprakelijkheid alsook haar begrenzing niet zouden moeten afhangen van de vraag in wiens handen de behartiging ligt van het publiek belang.<sup>114</sup>

104 M.H.C. Sinninghe Damsté & A. Attaïbi, 'Een bloemlezing van de recente jurisprudentie over art. 2:138/2:248 BW', *TOP* 2017/480, nr. 6 (met verwijzingen).  
 105 Zie het rechtspraakonderzoek van Sinninghe Damsté & Attaïbi 2017, nr. 6, 480.  
 106 J.M. de Jongh, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2017/102 (p. 568-577) (op p. 575) en reeds Blanco Fernandez 2016, p. 47.  
 107 Blanco Fernandez 2016, p. 47 en De Jongh 2017, p. 575.  
 108 Harmsen 2017, p. 587.  
 109 Bartman e.a. 2016, p. 230.

110 Harmsen 2017, p. 611.  
 111 Zie Overes 2015, p. 517.  
 112 Vooral in de zorgsector, zie recent bijv. de uitlatingen van minister Bruins in het kader van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 34858, 6 (Nota n.a.v. het verslag), p. 72.  
 113 Enige verbetering ligt in de rede indien de wet de mogelijkheid gaat bieden om collectief schadevergoeding te verkrijgen.  
 114 Laatsbedoelde vraag wordt immers, afhankelijk van onder meer het politieke klimaat, wisselend beantwoord. Zie o.a. Jak 2014, p. 22 e.v., die voor woningcorporaties een slingerbeweging laat zien tussen verstatelijking en juist weer privatisering en verzelfstandiging; Nolen 2016, p. 63 e.v. over dergelijke bewegingen in het onderwijs; en Rive 2017, p. 591 e.v. ten aanzien van de zorg.