



‘De wet zou wat meer houvast mogen bieden’

De raad van toezicht kan dankzij de nieuwe Wet bestuur en toezicht rechtspersonen straks zijn tanden laten zien. Marleen van Uchelen, kandidaat-notaris bij Houthoff Buruma in Amsterdam, ziet positieve en negatieve kanten aan het wetsvoorstel. ‘Het is niet helemaal duidelijk wat er onder een toezichthoudend orgaan wordt verstaan.’

TEKST Peter Steeman | BEELD Truus van Gog

De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zou aanvankelijk 1 januari 2016 in werking treden. Die datum wordt niet gehaald. Op dit moment ligt er een conceptwetsvoorstel. In het wetsontwerp wordt het aansprakelijkheidsregime van bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen, waaronder stichtingen en verenigingen, vastgelegd. Kandidaat-notaris Marleen van Uchelen doet voor haar promotie onderzoek naar de rol en de positie van de raad van toezicht van de stichting in het algemeen en van bepaalde soorten stichtingen in het bijzonder. Hierover hield zij op 13 november tijdens het Symposium ‘Onderzoek het ondernemingsrecht! 2015’ van de Stichting Wetenschappelijk Onderzoek (Notarieel) Ondernemingsrecht een presentatie. Van Uchelen noemt het wetsvoorstel een goed initiatief. ‘Het wetsvoorstel geeft de raad van toezicht een aantal basisbevoegdheden. Er staat bijvoorbeeld dat de raad van toezicht de bevoegdheid heeft om bestuurders te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Daarmee wordt de toon gezet. Je krijgt het gereedschap om als raad van toezicht je toezicht uit te oefenen. Zonder die bevoegdheid is het heel lastig om daadwerkelijk in te grijpen bij een bestuur dat onder de maat presteert.’

TOEZICHTHOUDEND ORGAAN

Toch plaatst ze ook kanttekeningen. ‘Het goede is dat eindelijk de taak van de raad van toezicht wordt vastgelegd, maar de wet zou wat meer houvast mogen bieden. Het is nog niet duidelijk wat er onder een toezichthoudend orgaan wordt verstaan. Duidelijk is wel dat de raad van toezicht onder de regels valt.’ Die regelgeving voor een stichting met een ‘raad van toezicht-model’ is er eigenlijk alleen op sectoraal niveau, aldus Van Uchelen. In sectorregels staat omschreven wat een raad van toezicht bij die specifieke stichtingen moet doen. Sectorregels overlappen elkaar niet alleen, maar beschrijven in sommige gevallen ook algemene taken en bevoegdheden die voor de raad van toezicht van iedere stichting van belang zijn. ‘Die algemene taken zouden eigenlijk in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek beschreven moeten worden. Maar het wetsvoorstel heeft het niet over een raad van toezicht, maar over een toezichthoudend orgaan.’ Wanneer is er eigenlijk sprake van een toezichthoudend orgaan? Stichtingen kunnen naast een raad van toezicht ook een heel ander orgaan instellen dat het bestuur controleert: een kascommissie, huurdersraad of een cliëntenraad. Wat is het verschil tussen die organen en een raad van toezicht? ‘Notarissen vinden het in principe prettig om een flexibele regeling te hebben. Bij de ene stichting kies je voor een

raad van advies, bij de ander voor een kascommissie of een raad van toezicht. Wanneer je als notaris wordt gevraagd een bijzondere stichting als een zorginstelling op te richten, is een raad van toezicht verplicht en moet je op zoek naar bijzondere regels. Bijvoorbeeld in sectorale wetten en codes. Je statuten worden dan ingewikkelder.’ Er is een risico verbonden aan het feit dat niet duidelijk is wanneer je een toezichthoudend orgaan bent, vindt Van Uchelen. ‘Het risico is dat leden van een toezichthoudend orgaan niet beseffen wat hun wettelijke verantwoordelijkheid is. Ook een raad van advies die feitelijk toezicht gaat uitoefenen, kan als een toezichthoudend orgaan in de zin van de wet gekwalificeerd worden. De consequentie is dat de leden mogelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden vanwege onbehoorlijk toezicht.’

ONE TIER BOARD

‘Wat ik verder mis in de wet is de regeling van het monistisch bestuursmodel, oftewel de *one tier board*, waarbij bestuurders en toezichthouders in hetzelfde orgaan zitten. Soms functioneert een *one tier board* beter dan een raad van toezicht, omdat de toezichthouders dichter op het bestuur zitten. In nv’s en bv’s is wel geregeld wat de verhouding moet zijn tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Dat wordt voor stichtingen door de minister niet genoemd.’



‘Als je het hebt over goed bestuur en toezicht zijn regels vaak van secundair belang. Het gaat om het feitelijke gedrag’

BEWUST FLEXIBEL

Ondanks dat diffuse en beperkte wettelijke kader heeft de stichting een goede reputatie. Van Uchelen spreekt van een ‘heel mooie rechtsvorm die prima functioneert’. ‘Al in de achttiende eeuw waren er stichtingen. Wettelijke kaders waren er nauwelijks. Het bestaan van stichtingen als een zelfstandige entiteit werd door de overheid erkend. Ze functioneerden ook goed. De eerste wettelijke regeling voor de stichting dateert uit 1956. Die wet is heel summier en bewust flexibel. Er staat dat een stichting een bestuur moet hebben, bestaande uit minimaal één persoon. Op een rechtspersoon met maar één persoon vindt natuurlijk geen enkele interne controle plaats. De vraag drong zich op: moet er geen raad van toezicht bij geregeld worden?’

De minister vond dat niet nodig. Stichtingen regelden dat prima zelf.’ Voorwaarde is wel dat een stichtingsbestuur zich verzekerd weet van voldoende tegenkracht. ‘Bij andere rechtspersonen vervult een algemene vergadering van leden of vervullen aandeelhouders die rol. Daar heb je die tegenkracht altijd. Voor een stichting is een raad van toezicht heel geschikt. Je stelt een orgaan in dat een heel duidelijke taakopdracht heeft: toezicht houden op het beleid van het bestuur. Een raad van toezicht is er om het bestuur tot de orde te roepen, maar ook de belangen van anderen te behartigen. Dat model is inmiddels steeds meer gangbaar voor semipublieke instellingen. Voor zorginstellingen is het zelfs verplicht.’

DOORVRAGEN

Veel toezichthouders willen het graag goed doen, is de ervaring van Van Uchelen. ‘Cliënten willen bij het oprichten van een stichting voldoen aan alle regels. Zorgen dat de governancestructuur goed staat. Daar springen notarissen prima op in. Vanuit zijn ervaring met het ondernemingsrecht weet de notaris hoe je in interne regels de *governance* vastlegt. Welke bevoegdheden worden aan de raad van toezicht toebedeeld en wat doet die precies? De notaris kan een cliënt op inconsistenties wijzen. Stel dat de oprichters van de stichting een raad van advies willen instellen.

Op zo’n moment kan de notaris doorvragen. Wat gaat die raad van advies doen? Alleen adviseren of ook toezicht houden? De notaris kan dan aangeven dat de naam de lading niet meer dekt.’

RAAMWERK

Dat er incidenten zijn bij semipublieke instellingen betekent voor Van Uchelen niet dat de stichting als rechtsvorm niet functioneert. ‘Iedereen roept: “De kwaliteit van bestuur en toezicht moet worden verbeterd.” Als je het hebt over goed bestuur en toezicht zijn regels vaak van secundair belang. Het gaat om het feitelijke gedrag van bestuurders en toezichthouders. Als het misgaat in een stichting is dat niet alleen een gevolg van onvoldoende of onduidelijke regels. Dan draai je het om. Het gaat mis omdat mensen niet kritisch genoeg zijn of er te weinig tijd voor vrijmaken. Als notaris kun je een raad van toezicht de *tools* geven om zijn tanden te laten zien, maar uiteindelijk gaat het erom of je ze gebruikt. Zijn de mensen deskundig? Daar heb je als notaris geen invloed op. Je kunt wel zorgen dat de taken en bevoegdheden zo duidelijk zijn dat je een raamwerk creëert waarbinnen die toezichthouders goed kunnen functioneren. Daar is de notaris heel geschikt voor. Juist vanuit die neutrale positie heeft hij een oog voor de verschillende belangen.’ ■