



De Minister van Veiligheid en Justitie
De weledelgestrenghe heer mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Utrecht, 5 mei 2014

Geachte heer Opstelten,

Op uw verzoek doen wij u hierbij toekomen onze reactie op het ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

De NVTZ heeft met belangstelling kennisgenomen van de tekst. De NVTZ (Nederlandse Vereniging Toezichthouders Zorg) is met 750 aangesloten instellingen en circa 3600 individuele leden de grootste toezichthoudersvereniging van Nederland. Onze leden bevinden zich in de gehele sector van zorg en welzijn. Aan de ene kant in grote complexe instellingen zoals academische/topklinische ziekenhuizen en grote ggz-instellingen tot aan de andere kant van het spectrum in kleine lokale ouderenzorg- en welzijnsvoorzieningen. De NVTZ onderschrijft, ook gelet op het maatschappelijk debat hierover, de aandacht voor de inrichting, kwaliteit, functioneren en aansprakelijkheid van bestuur en toezicht in de semipublieke sector. Als belangenbehartiger van de toezichthouders in zorg & welzijn geven wij u graag onze visie op het voorontwerp van bovengenoemde wet.

De NVTZ wil een drietal belangrijke punten voor het voetlicht brengen die betrekking hebben op de aanleiding en het doel van het voorontwerp.

Allereerst de procesmatige kant. De NVTZ vraagt zich af of dit voorontwerp niet te vroeg komt. De kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Halsema roept immers op om (eerst) een debat te voeren over gedragsregels, codes en de onderwerpen die in uw brief van november 2013 en dit voorontwerp terugkomen. Ten tweede herkent de NVTZ zich niet in de stelling dat de bestaande verschillende regelingen per rechtspersoon niet zouden bijdragen aan de kwaliteit van bestuur en toezicht. Het overnemen van regelingen bestemd voor de N.V. en B.V. naar de stichtingsvorm doet af aan het bijzondere karakter van de semipublieke-organisatie (zie ook de brief 26 september 2013 namens de gezamenlijke verenigingen van toezichthouders). Ten derde heeft NVTZ bezwaar tegen het niet onderkennen van de behoefte tot een eigen (materiële) norm voor een toezichthoudend orgaan te komen.

Deze drie voor de NVTZ belangrijke punten lichten wij hieronder toe. Een verdere uitwerking met concrete voorbeelden wordt in de opvolgende bijlage onderaan deze brief gegeven.

De procesmatige kant

Het voorontwerp is een uitwerking van uw brief van 12 november 2013 en geeft als directe aanleiding (een deel van) de bevindingen van de Commissie Halsema (d.d. 11 september 2013). Na het rapport van deze commissie kwam het kabinet met een standpunt (d.d. 12 december 2013). Ook kwamen de diverse vakministers met voorstellen; voor de zorg is daarbij de brief van de Minister van VWS van 20 december 2013 van belang.

Het kabinet deed een beroep op vertegenwoordigers vanuit alle geledingen om het debat te voeren over codes en gedragsregels. Daarnaast werd de oproep gedaan om ook de verschillende thema's die de Commissie Halsema benoemt in de sectorale governancecodes over te nemen. Een onderhavige wijziging van het rechtspersonenrecht (daarmee geldend voor alle sectoren) loopt dan ook – onterecht- vooruit op de discussie hoe de kwaliteit van bestuur en toezicht in de semipublieke sector te verbeteren is. Dit debat dient eerst gevoerd te worden. Daarenboven is coördinatie van initiatieven geboden om tegenstrijdigheden in diverse wetgevingstrajecten tegen te gaan.

Om daadwerkelijk deze kwaliteit te waarborgen middels een verduidelijkte taakomschrijving, is het goed in het achterhoofd te houden dat de beoogde wijzigingen in het rechtspersonenrecht een zeer generiek karakter dragen. De NVTZ zou graag een fundamenteel debat over deze onderwerpen hebben en een coördinatie van initiatieven zien tussen het wijzigen van het generieke rechtspersonenrecht en de diverse specifieke sectorale wijzigingen.

Het is niet dat de NVTZ zich verzet tegen generieke aanpassingen, maar als belangenbehartiger van de toezichthouders in de zorg vindt zij dat er een breder debat gevoerd moet worden over het wezen van goed bestuur en toezicht in de semipublieke sector. Meer in het bijzonder in de sector van zorg & welzijn. Wat is het wezen en de context van (goed) toezicht? Wat zijn daarmee de verwachtingen aan toezicht en wat is de concrete normstelling voor toezichthoudende organen in een specifieke (sub)sector? Aangezien een deel van deze inzichten wel en andere niet sectorspecifiek zijn, kan aansluitend worden bezien welke zaken in het rechtspersonenrecht als –generieke- oplossing thuis horen en welke zaken sectoraal bezien worden via sectorale wetgeving (of buiten de wetgever om via governance codes, aanbevelingen et cetera).

Het bijzondere karakter van de semipublieke-organisatie

Zoals gezegd herkent de NVTZ zich niet in het uitgangspunt dat de bestaande verschillende regelingen per rechtspersoon niet zouden bijdragen aan de kwaliteit van bestuur en toezicht. Het overnemen van regelingen bestemd voor de N.V. en B.V. naar de rechtsvorm stichting doet af aan het bijzondere karakter van de semipublieke-organisatie waarbij met name van belang is de 'bredere blik' die een toezichthoudend orgaan moet hebben.

De Commissie Halsema oordeelde reeds dat gezien de essentiële taak van de Raden van Toezicht het bevreemding wekt dat er onduidelijkheid bestaat over de verantwoordelijkheid en bevoegdheden. Dit voorontwerp lost wat dit betreft niks op; sterker nog scheidt nieuwe onduidelijkheden. De zeer algemene (en daarmee summier) taakomschrijving van de toezichthouder, zelfs nog beperkter dan die van de N.V. en B.V., houdt geen rekening met de bredere blik van een toezichthouder bij een semipublieke-organisatie. De enige onderwerpen die middels dit voorstel worden ingevuld zien alleen op 'onbehoorlijke zaken' die aanleiding kunnen geven tot ontslag en/of aansprakelijkheid. De

door de Commissie Halsema genoemde ‘reflectie op de maatschappelijke taak’ krijgt geen enkele plek in het voorontwerp.

Dat de continuïteit van de organisatie soms strijdig kan zijn met het toezien door de RvT op het behartigen van het maatschappelijke taak/ belang brengt ons bij het laatste bezwaar van de NVTZ.

Eigen materiële norm semipublieke-organisatie

Het uitgangspunt in het voorontwerp dat verschillen tussen rechtspersonen niet zouden bijdragen aan de kwaliteit van bestuur en toezicht leidt er toe dat de werkelijkheid van de N.V./B.V. steeds vaker rechtstreeks wordt vertaald naar de stichtingsvorm. Een dergelijke extrapolatie van voorschriften van genoemde vennootschappen naar de stichting is niet per se een goed idee als het om een semipublieke-organisatie gaat. De Commissie Halsema merkt immers ook op dat bij de uitvoering van semipublieke taken instellingen tegelijkertijd rekening hebben te houden met uiteenlopende belangen. Zo moet het bestuur zich verantwoorden voor de behartiging van het publieke belang, terwijl het statutair of wettelijk ook de verplichting heeft het instellingsbelang te dienen. Dit spanningsveld is aanzienlijk minder bij een N.V. of B.V.

Dat geldt ook voor een extrapolatie van normen voor het bestuur naar de toezichthouders (zoals bijvoorbeeld bij de ontslaggronden). Het doel van kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren wordt ons inziens zo niet gehaald.

De NVTZ constateert dat de genoemde ‘uniformering’ grotendeels een codificatie is van een convergentie van normen (voor zowel bestuurders als toezichthouders). De codificatie is echter beperkt ten opzichte van de –hierboven beschreven- bestaande praktijk van sectorale wetgeving en statutaire uitwerking van taken en bevoegdheden van de RvT.

Het lijkt er op dat het enige doel dat met het voorontwerp wordt behaald het expliciet van toepassing verklaren van bepaalde aansprakelijkheidsnormen op toezichthouders bij verenigingen en stichtingen is. De NVTZ vindt overigens ook dat een toezichthouder die een ‘ernstig verwijt’ te maken valt bij onbehoorlijke taakvervulling/bestuur aansprakelijk gehouden moet kunnen worden. Een dergelijk initiatief moet echter niet gelijk gesteld worden met de bredere verbetering van kwaliteit van het toezicht.

Resumerend

De NVTZ adviseert de wetgever eerst de positie (taak en bevoegdheden) en context (maatschappelijke taak) van bestuur en toezicht in de semipublieke sector helder te krijgen en dan te bezien of een combinatie van sectorale (wat de zorg betreft middels de WTZi) en generieke (rechtspersonenrecht) wetswijziging niet meer voor de hand ligt.

Hierbij vraagt de NVTZ zich af hoe wij dit voorstel moeten zien in het licht van de coördinerende kabinetsdiscussie op het gebied van governance van semipublieke-organisaties (zie ook het kabinetsstandpunt van 12 december)?

De NVTZ is te allen tijde bereid tot nader overleg.

Hoogachtend, namens het NVTZ bestuur,
H.J. Dannenberg
Voorzitter

Voor inlichtingen gaarne contact met J.M. Buiting, directeur NVTZ (m.buiting@nvtz.nl of 030 - 737 00 85)

BIJLAGE THEMATISCHE TOELICHTING AMBTELIJK VOORONTWERP WET BESTUUR EN TOEZICHT

Wij hebben u drie voor de NVTZ belangrijke bezwaren toegelicht. Een verdere uitwerking met concrete voorbeelden en toelichting daarop wordt hieronder gegeven bij de relevante (beoogde) wetsartikelen waarbij de thematische indeling van het voorontwerp van de Memorie van Toelichting wordt gevolgd. Daarbij beperkt de NVTZ zich tot de aspecten die betrekking hebben op toezichthouders. Voorzover de bepalingen met betrekking tot bestuurders relevant zijn, komen deze aan bod. Het toezichthoudend orgaan wordt aangeduid met 'Raad van Toezicht' (RvT).

3.1 WETTELIJKE GRONDSLAG VOOR DE INSTELLING VAN EEN TOEZICHTHOUDEND ORGAAN BIJ VERENIGINGEN EN STICHTINGEN.

De NVTZ zal zich in deze reactie beperken tot dat deel van het voorontwerp dat betrekking heeft op de stichtingsvorm omdat de meeste rechtspersonen in de zorg deze vorm hebben. Aangezien de voorgestelde bepalingen voor de vereniging nagenoeg gelijklopend zijn, kunnen deze opmerkingen ook ter harte worden genomen bij de bepalingen met betrekking tot verenigingen.

De NVTZ is van mening dat hier teveel wordt benadrukt het ontbreken van een uitdrukkelijke grondslag in de wet en de onduidelijkheid in de taakomschrijving van de RvT. Dit kan tot verwarring kunnen leiden. Juist door het ontbreken van een voorgeschreven RvT bij stichtingen in het rechtspersonenrecht is er –naast de statutaire uitwerking van de bevoegdheden en taken van de RvT- in de loop van de tijd een verankering van dit orgaan gekomen in de diverse sectorale wetgeving. Deze sectorale wetgeving kent een verankering die veelal uitgebreider en daarmee duidelijker is dan de die van dit voorontwerp.

Wat de sector zorg & welzijn betreft eist het Uitvoeringsbesluit WTZi (Wet toelating zorginstellingen) met betrekking tot de bestuursstructuur van de zorginstellingen onder andere dat er een orgaan is dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat. De zorginstelling die rechtspersoonlijkheid heeft, maakt in de statuten de verantwoordelijkheidsverdeling inzichtelijk tussen de RvT en de dagelijkse of algemene leiding, alsmede de wijze waarop interne conflicten tussen beide organen worden geregeld.

Als uitvloeisel daarvan kent de NVTZ modelstatuten en modelreglementen die nadrukkelijk een Raad van Toezicht als orgaan kennen. Deze modelstatuten zijn opgesteld in samenwerking met de

Nederlandse Vereniging van Zorg Directeuren (NVZD) (te verkrijgen bij de NVTZ), In de modelstatuten is aanzienlijke aandacht voor allerlei voor de RvT relevante aspecten zoals onder andere: omvang, werving, (her)benoeming, deskundigheid, beloning, schorsing, ontslag, ontstentenis en belet, bevoegdheden, taken, verantwoordelijkheden en verantwoording.

De taakverduidelijking van het voorontwerp (artikel 2:292a BW), hoe goed ook is bedoeld, draagt daar nog weinig aan bij. In het voorgestelde artikel 2:292a BW is voorzien in een toezichtstaak op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden organisatie, maar niet met de voor de semipublieke-organisatie bijzondere maatschappelijke taak/belang. Die maatschappelijke taak vraagt zoals gezegd een 'bredere blik' van de toezichthouder en een stevige positie binnen de rechtspersoon en organisatie. Dat de continuïteit van de organisatie ('smalle blik') soms strijdig kan zijn met het toezien door de RvT op het behartigen van het maatschappelijke taak/ belang (in dit geval het verlenen van goede zorg) maakt dit duidelijk. Juist de Raad van Toezicht moet zich er van vergewissen dat naast de belangen van de organisatie en haar medewerkers ook de belangen voor de burgers voortvloeiend uit haar maatschappelijke taak worden meegewogen.

Tevens zou de –van de N.V./B.V. afgeleide- bepaling inzake informatie ruimer moeten worden opgezet. Beoogd artikel 2:292a lid 7 BW voorziet in een informatieplicht van het bestuur. Dit zou aangevuld dienen te worden met (een codificatie van) de zogenoemde 'haalplicht' van de RvT. Is het niet zo dat door de informatieplicht van het bestuur wél in de wettekst op te nemen en de zelfstandige informatieplicht van de RvT niet, een onduidelijkheid wordt geschapen? Overigens benoemt de ontwerp Memorie van Toelichting (pagina 28) wel het –reeds vaststaande- gegeven dat de RvT zich actief dient op te stellen en het bestuur om informatie moet vragen. Het is overigens markant dat de N.V./B.V. wel een uitgebreidere informatieplicht kent die niet wordt 'meegenomen' naar de stichting. Voor deze vennootschappen geldt dat het bestuur ten minste een keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap.

3.2 UNIFORMERING VAN DE NORM WAARNAAR BESTUURDERS EN TOEZICHTHOUDERS ZICH MOETEN RICHTEN.

De NVTZ heeft zich al hardop afgevraagd waarom het telkens koppelen van de stichtingsvorm aan de N.V./B.V. nodig is. Deze vorm van uniformering geeft een schijnzekerheid. Voor zover nodig ontleent –met name de rechtspraak- al normen aan deze vennootschappen als er een duidelijk hiaat is bij andere rechtsvormen. Bij alle rechtsvormen staat immers buiten kijf dat het belang van de rechtspersoon en de al dan niet daaraan verbonden onderneming of organisatie/instelling/apparaat prevaleert boven het persoonlijke belang van bestuurders.

Ook is reeds opgemerkt dat de codificatie verre van compleet is. Met name de duiding van het maatschappelijk belang in het voorgestelde artikel 2:9a BW ontbreekt. In algemene zin kan nog worden opgemerkt dat het proberen vorm te geven van een omschrijving van toezichthouden lastig is zonder een duidelijke omschrijving van de bestuurstaak. Het ontbreken van een uitgewerkte wettelijke bestuurstaak lijkt in de praktijk weinig problemen op te leveren, maar voor de toezichthouder bij een semipublieke-organisatie zou een dergelijke vertrekpunt juist van betekenis zijn. Dit behelst dan immers zaken als de maatschappelijke taak waarvan het primair aan het bestuur is deze grenzen te bewaken. De RvT houdt toezicht op het bestuur in dezen.

3.3 UNIFORMERING VAN DE TEGENSTRIJDIG BELANGREGELING

De NVTZ onderkent dat de per 1 januari 2013 ingevoerde wijziging van de tegenstrijdig belang regeling voor de N.V. en B.V. enkele belangrijke tekortkomingen van de oude regeling verhelpt. Het behoud van de materiële toetsing (de zogenoemde 'Bruil criteria') in de nieuwe regeling dragen bij aan de rechtszekerheid. Een –aan de N.V. en B.V.- gelijklopende regeling voor alle rechtspersonen in het beoogde 2:9 en 2:9a BW brengt de materie opnieuw onder de aandacht.

Ook bij dit onderwerp geldt hetgeen hierboven is opgemerkt inzake de sectorale en statutaire ontwikkeling waarbij het thema tegenstrijdig belang veelal reeds is uitgewerkt voor de RvT.

De NVTZ vraagt zich af of in de situatie van een eenhoofdig bestuur, hetgeen in de zorgsector niet ongebruikelijk is, de (enig) bestuurder niet alsnog deel zou moeten kunnen nemen aan de beraadslaging (niet aan de besluitvorming). Dit met het doel het voornemen (of de noodzaak) een besluit te nemen voor te kunnen leggen aan de RvT. Ook zal van de bestuurder een toelichting nodig kunnen zijn om te beoordelen of er wel of niet sprake is van een tegenstrijdig belang (materiële toetsing).

3.4 UNIFORMERING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS EN TOEZICHTHOUDERS.

Het voorgestelde artikel 2:9a BW is in samenhang met het voorgestelde artikel 2:292a BW de kern van dit voorontwerp. De NVTZ is van mening dat eerst de taak van de toezichthouder voldoende duidelijk moet zijn alvorens aansprakelijkheidsnormen te concretiseren. Zoals opgemerkt is dit niet het geval, althans draagt dit voorontwerp nog niet voldoende bij aan een verduidelijking van de taakomschrijving van een RvT. Zowel 2:292a BW als het voorgestelde 2:9a BW zou voor wat betreft semipublieke-organisaties ook naar maatschappelijk belang moeten verwijzen.

De in beoogd artikel 2:9a lid 2 BW genoemde mogelijkheid tot disculpatie bij onbehoorlijke taakvervulling kan afbreuk doen aan het collegiale karakter van de RvT en daarmee aan de kwaliteit van het functioneren. Het streven naar een *gezonde* consensus waarbij een besluit wordt gewikt en gewogen kan in gevaar komen als elke toezichthouder zich (persoonlijk) wil indekken tegen elk te nemen besluiten.

3.5 UITBREIDING GRONDEN VOOR ONTSLAG VAN BESTUURDERS EN TOEZICHTHOUDERS BIJ STICHTINGEN.

In het voorontwerp is overeenkomstige toepassing van –beoogd- artikel 2:298 BW op de RvT voorzien. Daarmee worden de zelfde ontslaggronden voor bestuurders gehanteerd voor het ontslag van een toezichthouder. De NVTZ adviseert te komen tot een eigen materiële norm voor niet functioneren van de toezichthouder en het daaropvolgend ontslag. Deze materiële norm heeft namelijk betrekking op het proces van goed toezicht dat wezenlijk anders is dan het proces van goed bestuur. De NVTZ acht het dan ook onjuist de voor bestuurders (geherformuleerde) norm op te leggen aan de RvT. Dit zou alleen anders zijn in een monistisch systeem.
