

Notitie governance n.a.v. de nieuwe Wet toezicht (26 november 2016)

d.d. 06 03 2017

1. Inleiding

In de nieuwe Wet toezicht (WTCBO), die per 26 november 2016 van kracht is geworden, zijn specifieke vereisen ten aanzien van de governance van CBO's opgenomen. De belangrijkste (nieuwe) vereisten zijn dat de CBO's, ongeacht of deze ingericht zijn volgens de rechtsvorm 'vereniging' of volgens de rechtsvorm 'stichting', dienen te beschikken over een toezichtfunctie (WTCBO, artikel 2e) voor permanent toezicht op de activiteiten en de taakuitvoering van de personen die leidinggeven aan de activiteiten van de organisatie. Dit impliceert dat er een scheiding dient te zijn tussen degenen die de toezichtfunctie uitvoeren en degenen die leidinggeven aan de activiteiten van de organisatie. Voorts dienen de verschillende categorieën leden van de CBO 'billijk en evenwichtig' (artikel 2e, lid 2) vertegenwoordigd te zijn in het orgaan dat de toezichtfunctie uitoefent.

2. CBO vereniging vs. CBO stichting

Vervolgens stelt de nieuwe Wet toezicht - op een aantal onderdelen - verschillende eisen aan een CBO die is ingericht volgens de rechtsvorm 'vereniging' t.o.v. de CBO die is ingericht volgens de rechtsvorm 'stichting'.

CBO 'vereniging'

Een CBO die is ingericht conform de rechtsvorm 'vereniging' beschikt in ieder geval over de volgende organen (zowel op grond van de WTCBO, maar deels ook op grond van het Burgerlijk Wetboek/BW):

1. Een Algemene Ledenvergadering (**ALV**)¹: Deze ALV komt tenminste eenmaal per jaar bijeen (art. 2d, lid 2) en beslist over de benoeming en het ontslag van bestuurders en ziet toe op hun prestaties (art. 2d, lid 4). Indien de vereniging over een afzonderlijk 'orgaan' beschikt waarin de toezichtfunctie is gedelegeerd, kan de ALV deze bevoegdheid delegeren aan het toezichtorgaan. Daarnaast heeft de ALV de bevoegdheid om een groot aantal besluiten met betrekking tot het beleid voor het beheer van gelden uit rechteninkomsten en met betrekking de bedrijfsvoering van de CBO (o.a. onroerend goed, leningen, overnames) te nemen en het transparantieverslag goed te keuren. Een deel van deze bevoegdheden (art. 2d, lid 4, lid 5 en lid 6 f, g, h en i; in het algemeen besluiten met betrekking tot de bedrijfsvoering) kan de ALV neerleggen bij de toezichtfunctie, indien sprake is van een dualistisch bestuursmodel; nl. waarbij de toezichtfunctie in een afzonderlijk orgaan is ondergebracht ten opzichte van de degenen belast met de leiding van de beheersactiviteiten.

¹ De bevoegdheden van de ALV kunnen ook worden neergelegd bij afgevaardigden die ten minste eenmaal per vier jaar door de leden worden gekozen.

Thans is er twijfel of de Nederlandse wetgever bij verenigingen en stichtingen een monistisch bestuursmodel toestaat, zoals dit voor de rechtsvorm van de N.V. en de B.V. al wel is geregeld sinds 2013². Overigens verwacht het College dat de CBO's hiervoor in beginsel niet zullen kiezen, mede gelet op het feit dat met één of slechts enkele niet-uitvoerende bestuursleden lastig zal kunnen worden voldaan aan de hiervoor genoemde eisen van een 'billijke en evenwichtige' vertegenwoordiging van rechthebbenden in de toezichtfunctie.

2. **De toezichtfunctie**, die als gevolg van het gestelde onder 1. derhalve in een afzonderlijk orgaan is ondergebracht. De toezichtfunctie houdt primair toezicht op activiteiten en taakuitvoering van personen belast met het beheer van de CBO, in het bijzonder de uitvoering van besluiten van de ALV (uitvoering van onder andere het beleid voor verdeling van gelden, voor niet-verdeelbare bedragen, voor beleggingen en voor inhoudingen; artikel 2e, lid 6). Daarnaast kunnen zoals hiervoor genoemd bepaalde bevoegdheden van de ALV bij de toezichtfunctie worden gedelegeerd, zoals (a) het benoemen of ontslaan van bestuurders, (b) besluiten over de bezoldiging van bestuurders, (c) besluiten ten aanzien van het risicobeheerbeleid, (d) de goedkeuring van het verwerven, verkopen of het bezwaren van onroerend goed, (e) de goedkeuring van samenwerkingsverbanden, oprichting van dochtermaatschappijen, overnames en de verwerving van aandelen of rechten in andere organisaties en (f) de goedkeuring voor het opnemen dan wel verstrekken van leningen en zekerheden voor leningen.

Als gevolg hiervan heeft het toezichtsorgaan derhalve nimmer bevoegdheden voor het vaststellen van het beleid met betrekking tot het beheer van gelden betreffende rechteninkomsten (artikel 2d, lid 6a t/m 6e) en het goedkeuren van het jaarlijkse transparantieverlag (artikel 2d, lid 6j).

3. Degenen belast met het **beheren van de activiteiten** (Richtlijn) c.q. degenen belast met de dagelijkse leiding (WTCBO).

Gelet op het gestelde onder 1. en 2. vormen degenen belast met het beheer van activiteiten c.q. belast met de dagelijkse leiding binnen de rechtspersoon een afzonderlijk orgaan ten opzichte van de ALV en ten opzichte van de toezichtfunctie.

Résumerend beschikt een CBO met de rechtsvorm 'vereniging' over 3 tenminste 3 organen:

1. Een ALV
2. Een orgaan voor de toezichtfunctie
3. Degenen belast met het beheer van activiteiten c.q. belast met de dagelijkse leiding

² Zie Memorie van Toelichting wijziging Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (art 3.2, p4); Tweede Kamer, Vergaderjaar 2015-2016, nr. 34 491, nr. 3.

In concreto is daarmee het aantal bestuursmodellen voor de CBO met de rechtsvorm 'vereniging' relatief beperkt. Gelet op de primaire verantwoordelijkheid van de (verplichte) toezichtfunctie om toezicht te houden op activiteiten van degenen die belast zijn met het beheer van de activiteiten c.q. belast zijn met de dagelijkse leiding, is het volgens het College onwenselijk om het orgaan waarin deze toezichtfunctie wordt uitgeoefend aan te merken als (verenigings-)bestuur conform het BW, dat de vereniging in rechte vertegenwoordigt. Derhalve vormen degene of degenen belast met het beheer van activiteiten c.q. degene of degenen die de dagelijkse leiding uitvoeren het (verenigings-)bestuur conform het BW, tenzij ervoor wordt gekozen om naast bovengenoemde 3 organen een afzonderlijk 'verenigingsbestuur' in te richten.

Op hoofdlijnen kent de CBO met de rechtsvorm 'vereniging' daarmee 2 bestuursmodellen:

- Model 1: ALV, Toezichtorgaan, Bestuur = Dagelijkse leiding.
- Model 2: ALV, Toezichtorgaan, Bestuur, Dagelijkse leiding.

CBO 'stichting'

Een CBO die is ingericht conform de rechtsvorm 'stichting' beschikt in ieder geval over de volgende organen (zowel op grond van de WTCBO, maar deels ook op grond van het Burgerlijk Wetboek/BW):

1. De **toezichtfunctie**: De toezichtfunctie houdt primair toezicht op degenen belast met het beheer c.q. degene(n) die de dagelijkse leiding uitvoeren. Daarnaast zijn alle bevoegdheden waarover de ALV beschikt bij de rechtsvorm 'vereniging' van toepassing op de toezichtfunctie van de stichting, voor zover deze niet zijn neergelegd bij een vergadering van rechthebbenden. Dit betekent bijvoorbeeld ook dat de toezichtfunctie besluit over het beleid met betrekking tot het beheer van rechteninkomsten (o.a. het beleid voor verdeling van gelden, het beleid ten aanzien van onverdeelde bedragen, het beleggingsbeleid van rechteninkomsten en het inhoudingsbeleid) en over het beleid met betrekking tot de bedrijfsvoering (o.a. risicobeheer, verwerving, samenwerking en fusie en leningen). Als gevolg hiervan besluit de toezichtfunctie zowel over dit beleid alsmede houdt toezicht op de uitvoering ervan. Het College acht het van belang dat de bevoegdheden van de toezichtfunctie zich beperken tot het vaststellen van het genoemde beleid (en het toezicht op de uitvoering ervan), zodat de toezichtfunctie op 'gepaste afstand' staat van het bestuur van de stichting. Het College zal dit toetsen aan de hand van de formele documenten (bijvoorbeeld statuten, reglementen van het toezichtorgaan en het bestuur: de 'opzet'), maar zo nodig ook aan de besluiten in de praktijk ('werking').

2. Degene(n) belast met het **beheren van de activiteiten** (Richtlijn) c.q. degene(n) belast met de dagelijkse leiding (WTCBO).

Gelet op het hiervoor gestelde inzake het monistisch bestuursmodel, zijn degene(n) belast met het beheren van de activiteiten c.q. degene(n) belast met de dagelijkse leiding in een afzonderlijk orgaan ondergebracht.

Résumerend beschikt een CBO met de rechtsvorm 'stichting' over tenminste 2 organen:

1. Een orgaan voor de toezichtfunctie
2. Een orgaan belast met de beheeractiviteiten c.q. de dagelijkse leiding.

Indien daartoe wordt besloten kan de CBO bevoegdheden aan de 'vergadering van rechthebbenden'³ toewijzen. Dit derde orgaan kan het geheel of delen van de bevoegdheden van de toezichtfunctie bevatten, met uitzondering van de primaire bevoegdheid van de toezichtfunctie: het houden van toezicht op de uitvoering van (beleid en beheer) door degene(n) die met deze uitvoering zijn belast.

In lijn met de opvatting van het College bij de CBO met als rechtsvorm 'vereniging' is het ook bij de CBO met als rechtsvorm 'stichting' onwenselijk om het orgaan waarin de bevoegdheden van de toezichtfunctie zijn neergelegd aan te merken als (stichtings-)bestuur conform het BW. Derhalve vormen degene(n) belast met het beheer van activiteiten c.q. degene(n) die de dagelijkse leiding uitvoeren het (stichtings-)bestuur conform het BW, tenzij de CBO besluit daarvoor naast de respectievelijk twee en drie genoemde organen (drie in geval van een 'vergadering van rechthebbenden') een afzonderlijk (stichtings-)bestuur in te richten.

Op hoofdlijnen kent de CBO met de rechtsvorm 'stichting' daarmee 4 bestuursmodellen:

- Model 1: Toezichtorgaan, Bestuur = Dagelijkse leiding.
- Model 2: Toezichtorgaan, Bestuur = Dagelijkse leiding, Vergadering van rechthebbenden.
- Model 3: Toezichtorgaan, Bestuur, Dagelijkse Leiding.
- Model 4: Toezichtorgaan, Bestuur, Dagelijkse leiding, Vergadering van rechthebbenden.

³ Naar analogie van de vereniging kunnen de bevoegdheden van de vergadering van rechthebbenden uitgeoefend worden door afgevaardigden die ten minste om de vier jaar door de rechthebbenden worden gekozen.