

VanDoorne

Workshop
bestuur en toezicht

22 maart 2016

Advocaten • Notarissen • Fiscalisten



Thema's voor vandaag

- Ontwikkelingen in semi-publieke organisaties en opvangsector.
- Besluitvorming: welke stappen in de besluitvorming, vragen om welke aandachtspunten?
- Rollen van de toezichthouder: klankbord, werkgever en toezichthouder.
- Intensiteit van toezicht: de balans tussen de behoefte van de bestuurder en de verantwoordelijkheid van de toezichthouder.
- Samenwerking
- Aansprakelijkheid



Ontwikkelingen van belang voor bestuur en toezicht



Lessen uit het verleden

De grote (financiële) problemen in verschillende sectoren (denk aan Amaranis, Vestia, ROC Leiden) hebben geleid tot veel maatschappelijk debat, met terugkerende thema's, en een politieke herwaardering van bestuur en toezicht. De houding verschuift van *laissez-faire* naar verscherpte aandacht.

- **Bestuurders:** moreel kompas (deugdelijkheidstoets), initiatiefrijk, pro-actieve houding, vermogen verbinding te zoeken met de werkvloer, verantwoordelijk voor het geheel, het belang van de maatschappelijke functie meer voorop stellen
- **Intern toezichthouders:** niet terugdeinzen om de juiste maatregelen te nemen, niet terugdeinzen door te vragen, maak meer werk van professionalisering, wees zelfkritisch



Commissie Meurs (ROC Leiden 2001 – 2011)

Conclusies:

- Langjarige planvorming ontbrak
- Onvoldoende inzicht, kennis en projectmanagement
- Onvoldoende besluitvormingsmomenten
- Belangrijke signalen niet opgepikt
- Onnodig complex gemaakt
- Gebrek aan regie
- Bestuurlijk handelen niet ordentelijk, verwijtbaar en onverantwoordelijk
- Intern toezicht niet-effectief

Aanbevelingen:

- Aan bestuurders en toezichthouders: meer rolvast acteren
- Nader onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid
- Aanscherping financiële kaders extern toezicht Onderwijsinspectie
- Onderwijsinspectie moet instellingen onder curatele kunnen stellen (bijzonder beheer)
- Onderwijsinspectie moet zelf onderzoek kunnen doen naar bestuurlijk wanbeheer



Veel aandacht voor handel en wandel van bestuurders en toezichthouders

Publieke organisaties, private activiteiten (ARK, juni 2012): *“Publiek ondernemerschap vergt stuurmanskunst van het bestuur van publieke organisaties. Een kritisch betrokken intern toezicht is onontbeerlijk. Het vinden van de balans tussen publieke activiteiten en private activiteiten in combinatie met een ingewikkeld kader maakt het ondernemen in de publieke sector een complexe en risicovolle onderneming.”*

Een lastig gesprek (Commissie Halsema, september 2013): *“Het aandringen op tegenspraak en zelfkritiek vraagt om het voeren van lastige gesprekken. Tussen bestuurders onderling, tussen toezichthouders en bestuurders, en tussen toezichthouders en alle mogelijke stakeholders die feedback op gedrag kunnen geven.”*

Commissie onderzoek ROC Leiden (1 december 2015): aanbeveling om bestuurdersaansprakelijkheid nader te onderzoeken (zie hiervoor).

Maar opvangsector meer ‘op afstand’ (Brief Minister van SZW, 18 september 2014): *“Het faillissement van Estro is spijtig, maar voor wat betreft de gevolgen voor de kinderopvang niet anders dan de andere recente faillissementen in de kinderopvangsector. (...) de rol van de overheid [zie ik] in deze situatie vooral als een kaderstellende en een ondersteunende: borgen van de kwaliteit, faciliteren van een soepele administratieve afhandeling, en voorkomen dat er toeslaggeld in de failliete boedel verdwijnt.”*



Actualiteiten kinderopvangsector

Bekostiging door overheid: na bezuinigingen nu een tendens naar meer geld, maar ook naar meer (kwaliteits)eisen?

- Aangekondigde gelijkschakeling peuterspeelwerk en kinderopvang, in samenhang Kamerbrief en Consultatie "Het Nieuwe Toezicht".
- Aangekondigde "overheidsfinanciering" van kinderopvang.

De ontwikkeling van integrale kindcentra stelt opvangorganisaties voor veel verschillende vragen:

- Pedagogisch/normatief: waar staan wij voor? (autonomie)
- Bedrijfsmatig: welke taken willen wij uitvoeren? (organisatie)
- Samenwerkingsvragen (procesmanagement, governance)

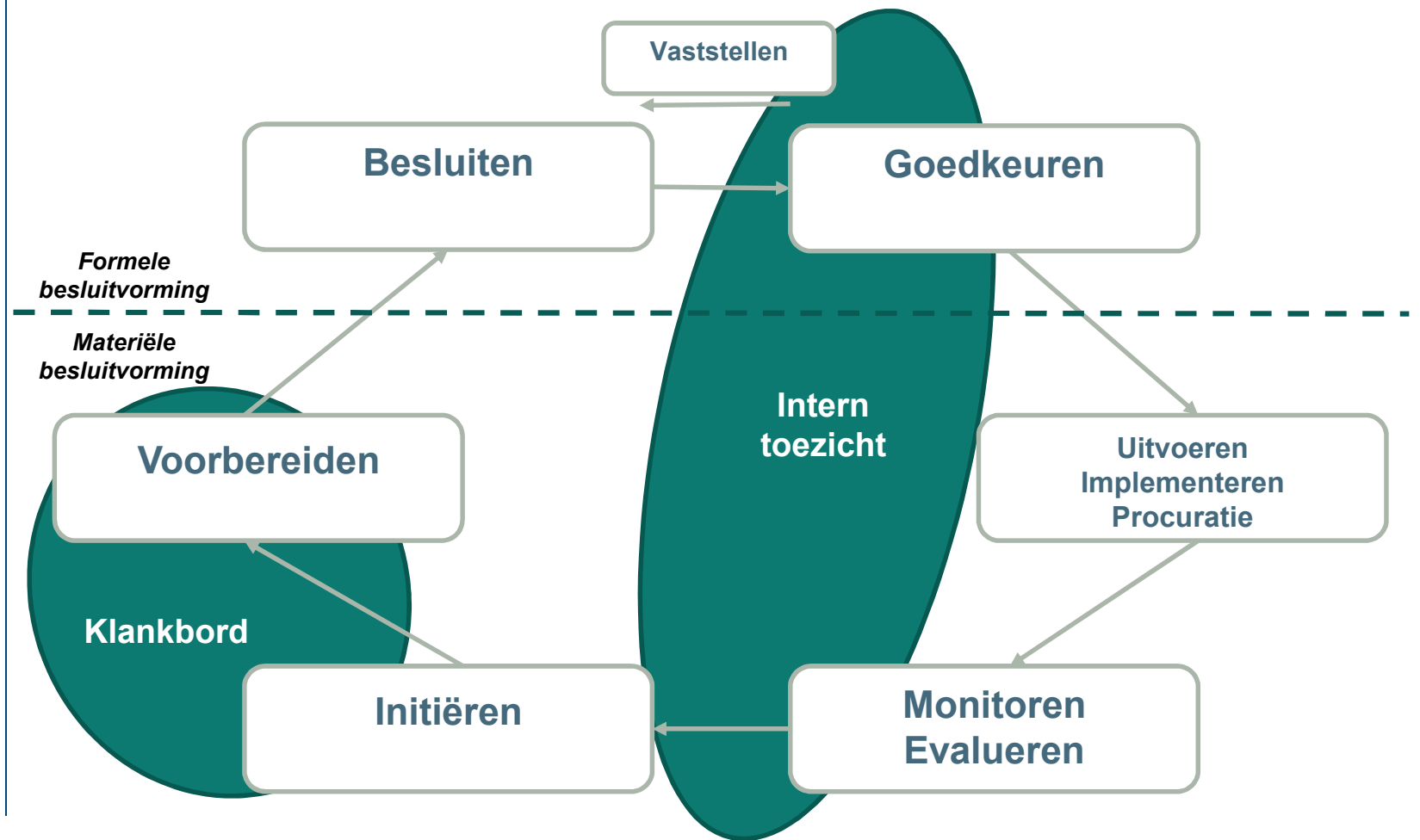
(Overheid stimuleert mondjesmaat: zie Brief 27 november 2015.)



Besluitvorming



Besluitvormingscyclus als rode draad

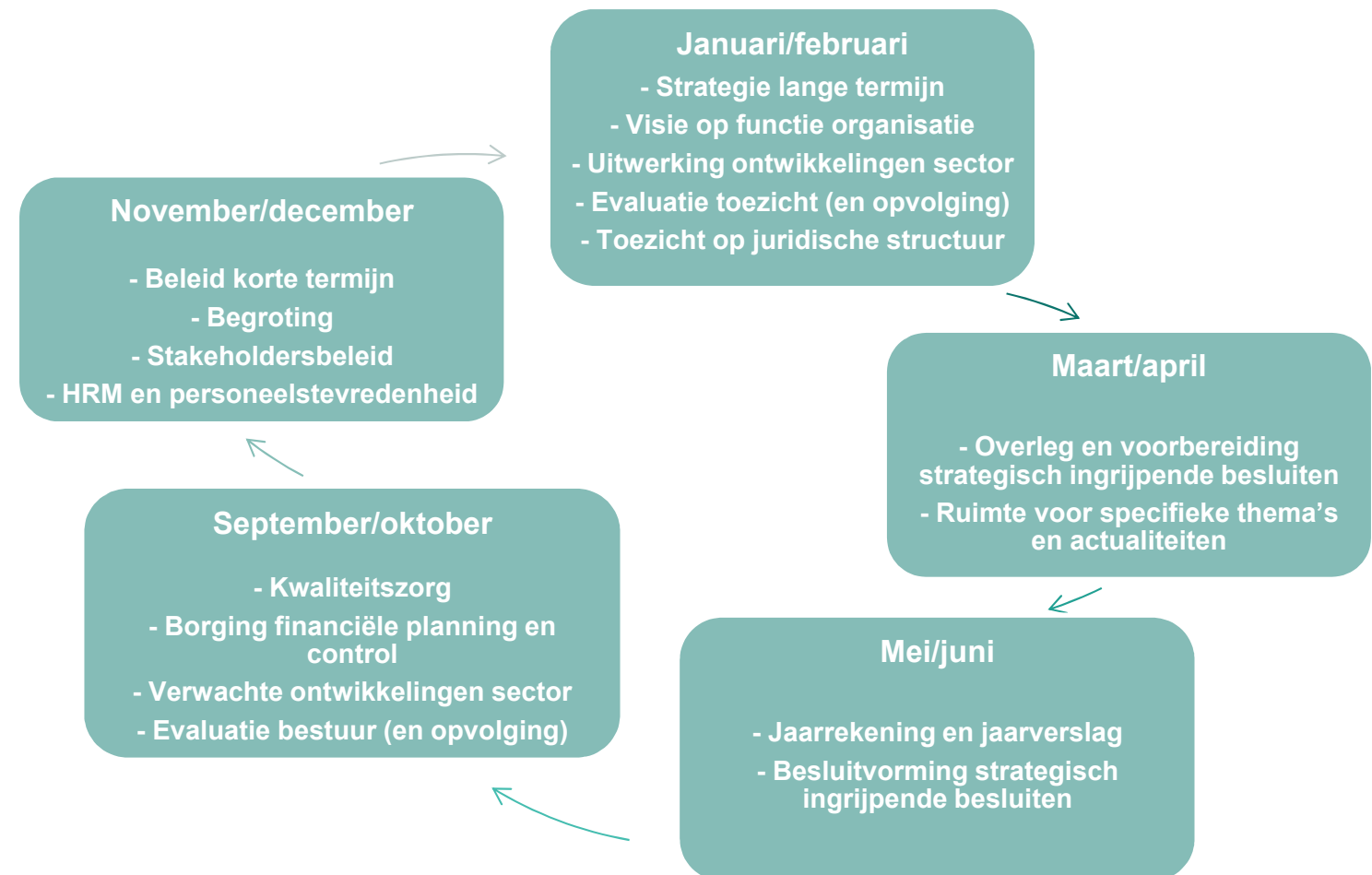


Afstemming van besluitvorming

- Functioneert de organisatie bottom-up of top-down? Dit maakt uit voor de concrete inrichting van de besluitvormingscyclus.
 - Waar komt de informatie vandaan?
 - Wie neemt welke initiatieven? (Taakverdeling meerhoofdig bestuur.)
 - Neemt bestuurder volle uitvoeringsverantwoordelijkheid, of is sprake van een gelaagde organisatie?
 - In dat geval richt toezicht zich meer op structuren: is bestuur 'in control'?
 - Toets: wordt de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid gewekt.
- Welke stakeholders moeten bij evaluatie, initiatief en voorbereiding worden betrokken?
 - Steeds meer aandacht voor een sterke positionering van medezeggenschap en in de opvangsector een nog sterkere nadruk op invloed van de oudercommissies.



Voorbeeld basisjaarkalender



Handreiking voor zorgvuldigheid in besluitvorming

De grenzen van de wet zijn vaak ruimer dan de grenzen van de publieke opinie. Hoe blijf je binnen de vage grenzen van het 'publiek aanvaardbare'?

- Intensiveren proactief toezicht (geen hoger beroep, wél een functie) en geïnformeerde en gehoorde medezeggenschap; bevorder dialoog tussen locatiemanagers en bestuur
- Werk met bijzondere commissies: structureel of incidenteel
- Vaste agenda-indeling en zorg dat alle onderwerpen aan bod komen
- Agendeer (sub)onderwerpen naar stand van zaken in de besluitvormingscyclus
- Bespreek incidenten of nieuws bij vergelijkbare organisaties en maak vertaalslag naar de eigen organisatie
- Besluitvormings-, goedkeurings- en volmachtdocumenten
- Hanteer een toezichtskader, benoem terreinen van toezicht en evalueer regelmatig



Wetten en regels of normen en waarden?

Begin in de eigen organisatie: intensiveren van proactief toezicht en geïnformeerde en gehoorde medezeggenschap.

- Werken met bijzondere commissies: structureel of incidenteel
- Agendering naar stand van zaken in de besluitvormingscyclus
- Besluitvormings-, goedkeurings- en volmachtdocumenten
- Hanteer een toezichtskader en evalueer regelmatig



Rollen van de toezichthouder

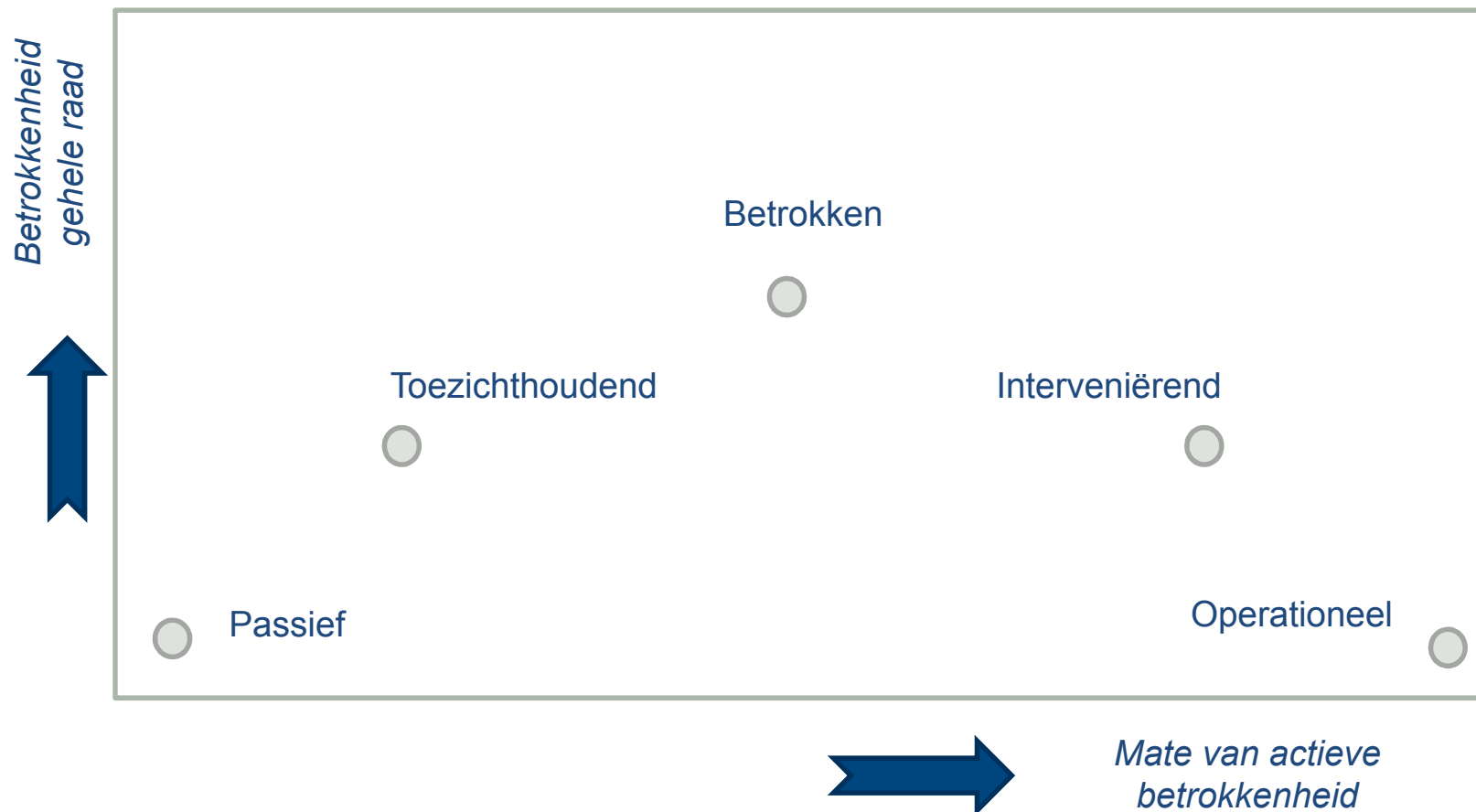


Drie centrale 'rollen' (1)



Toezichtintensiteit

- Als bekend is hoe organisatie er voor staat, is bewustere keuze voor mate van betrokkenheid mogelijk (al dan niet per onderwerp)



Drie centrale 'rollen' (2)

- Toezichthouder
 - Perspectief bestuurder: hoe beter het gaat, hoe strenger de toezichthouder (tegenwicht en *check*); bescherming cq. steun bij het oplossen van problemen (vraagt om moed).
 - Perspectief toezichthouder: zelfstandige verantwoordelijkheid voor het stellen van kader (zie ook de sheets over toezichtintensiteit hierna, let op: geen amendering).
- Klankbord (adviseur / sparringpartner)
 - Perspectief bestuurder: mogelijkheid om te putten uit aanwezige kennis en expertise; kwalitatieve versterking van bestuursbesluiten.
 - Perspectief toezichthouder: mogelijkheid tot sturing (zonder dat in uitvoering wordt getreden), tot toetsen van urgentie en kernwaarden.
- Werkgever
 - Perspectief bestuurder: vertegenwoordiging van de rechtspersoon; reflectief moment *wijze* van functioneren.
 - Perspectief toezichthouder: beoordeling *wijze* van functioneren.

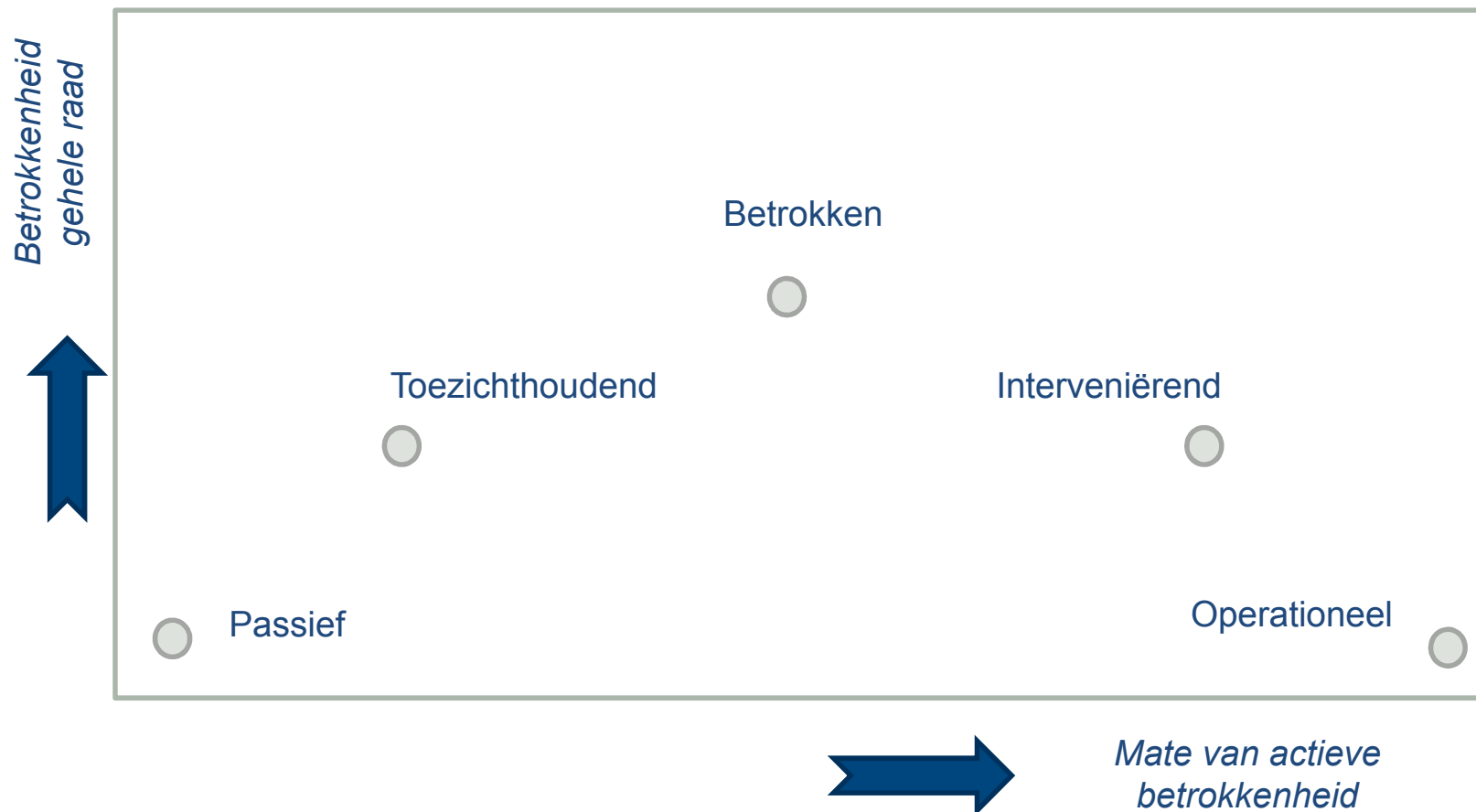


Toezichtintensiteit



Keuze voor mate van betrokkenheid

- Als bekend is hoe organisatie er voor staat, is bewustere keuze voor mate van betrokkenheid mogelijk (al dan niet per onderwerp)



Afwegingen bij onderbouwing intensiteit

- Intensiteit toezicht
 - Jaarcyclus regulier toezicht
 - Jaarrekening, jaarverslag, begroting, benchmarkrapporten, periodieke verslagen, werknemerstevredenheid, inspectierapporten, enz.
 - Thematisch toezicht
 - *“Aan dit en deze thema’s willen we het komend jaar extra aandacht besteden”*
 - Actuele ontwikkelingen
 - *“Er speelt iets bij eigen of vergelijkbare organisatie, maar hoe zit dat bij ons? Hebben wij ook derivaten?”*
 - Interne actualiteit
 - *Hebben we alle informatie, wat is ieders positie en wie communiceert met wie?*
 - *Is er ook sprake van integriteitskwestie?*
- Intensiteit toezicht kan per terrein en thema verschillen
- Maak tijd vrij voor discussie over missie en visie
 - Op strategie en eigen organisatie
 - In nauwe relatie tot kwaliteit activiteit, netwerk en achterban
 - Op intensiteit intern toezicht en te hanteren toetsingskader



Waar sta je voor als toezichthouder?

- Kernvraag: “Wat is opdracht intern toezichthouder en wie geeft die opdracht?”
- Interne opdracht
 - Verantwoordelijk voor behoorlijk taakvervulling intern toezicht (daarop kan in de zin van bestuurdersaansprakelijkheid ook worden aangesproken, zie verderop in de sheets)
 - Dat vergt het bewaken van de instandhouding, maar is iets anders dan de interne verwachting:
 - Verwachting bestuurder: meedenken en beschikbaar stellen netwerk (kritisch maar toch...)
 - Verwachting interne stakeholders: beschermen positie belanghebbenden en personeel, bewaken integriteit en tijdig ingrijpen
- Externe opdracht
 - Verantwoordelijk voor verhogen opbrengst en doelmatige besteding middelen
 - Vervullen rol van maatschappelijk aandeelhouder
 - ‘Plaatsvervanger extern toezichthouder’ (die kan op afstand blijven als intern toezicht goed gaat)
 - Externe verwachting is dat er snel en effectief wordt ingegrepen (nog voordat publieke opinie daarom roept)



Bijzonderheden semi-publieke sectoren

- Maatschappelijke druk op organisatie kan groot zijn
 - Publieke beeldvorming bij incidenten schadelijk
 - Om die reden:
 - Bewustzijn risico's?
 - Hanteer ook zelf interne interventiepiramides (signaalwaarden)
 - Houdt toezicht op de integriteit
 - Maar sta ook voor gemaakte afspraken (tevens met bestuurders)
- Goed bestuur en toezicht 2.0
 - Nadruk op continue informatievoorziening (“early warning”)
 - Intern toezicht niet alleen op kwaliteit input en output, maar ook op gedrag en op kwaliteit besluitvormingsproces en besluitvormingscyclus (borging cultuur)
 - Bevorderen gedeelde kernwaarden



Toezicht systematiseren: kadervorming

Het normatieve kader vormt de basis van de bij het houden van toezicht te hanteren normen en waarden. Het kader geeft aan wat de spelregels zijn.

Anders gezegd, het normatieve kader is het vertrekpunt.

- Wet- en regelgeving maken daarvan onderdeel uit, maar een goed intern toezichthouder vraagt meer en geeft een eigen invulling

Opdracht aan intern toezichthouders is om samen met bestuurders zelf een kader te formuleren op meerdere terreinen

- Voorbeeld voor kinderopvang
 - Kwaliteit en inhoud van activiteiten (toegenomen vraag naar educatie)
 - Kwaliteit en opleidingsniveau personeel (kpi's)
 - Niveau en intensiteit ouderbetrokkenheid (contactmomenten, inrichting oudercommissies, enz.)
 - Minimale solvabiliteit en rentabiliteit (kengetallen bespreken)
 - Tevredenheid personeel
 - Tevredenheid stakeholders (aansluiting po, algemene reputatie)
 - Gewenste integriteitscultuur (klachten, gedrag, veiligheid, fraude, misbruik, enz.)



Toetsingskader helpt bij bepalen benodigde intensiteit

Voor elke vergadering van de intern toezichthouder wordt de informatie op de geformuleerde normatieve terreinen met de toezichthouders gedeeld.

- Dat kan via 'dashboards', periodieke rapportages, actielijsten, enz.
- Informatie delen is confronterend voor bestuurder omdat er altijd een kennisasymmetrie bestaat tussen bestuurder en intern toezichthouder
 - Dat dilemma behoeft erkenning door intern toezichthouder, maar mag niet leiden tot niet doorvragen

Basisinformatie heeft toezichthouder nodig om aandacht te richten op:

- de kwaliteit en snelheid van de informatie
- borging stelsel van kwaliteitszorg
- borging continuïteit bestuur en financieel control & beheer (incl. nadenken over opvolging)
- het gedrag van een bestuurder en de organisatie
- rolinvulling en 'board room dynamics'
- de wijze waarop en de mate waarin signalen uit de omgeving en de actualiteit worden opgepakt (vermogen tot anticipatie?)

Over het 'dashboard' of de informatievoorziening in het kader van het geformuleerde normatief kader moet geen discussie ontstaan. Regelmatige informatievoorziening maakt dat een sfeer van vertrouwen kan ontstaan (pas dan ruimte voor de adviesrol).



Samenwerking



Vormen van samenwerken, samengaan en ontvlechten

- I. Samenwerkingsovereenkomst
- II. Gezamenlijk overlegplatform
- III. Gezamenlijke activiteiten in gezamenlijke rechtspersoon
- IV. Personele unie/gezamenlijke bestuursorganisatie
 - i. vooral in (semi-)publieke sector
- V. Volledig samengaan:
 - a. juridische fusie
 - b. activa-passiva transactie
- VI. Opsplitsen
- VII. Afsplitsen, al dan niet in combinatie met een vorm van samenwerking



Kernvragen bij juridische vormgeving van een samenwerking

Aandachtspunten voor toetsen juridische vorm van samenwerking:

- a) doel samenwerking?
- b) wat is het motief van de beoogde partner?
- c) zijn er andere (persoonlijke) motieven?
- d) voor bepaalde of onbepaalde tijd?
- e) toekomstige uitbreiding met derden gewenst?
- f) externe kenbaarheid?
- g) (markt)positie andere partij?
- h) wie loopt risico?
- i) waar wordt positief resultaat behaald?
- j) aan wie komt positief resultaat toe?
- k) wat zijn de fiscale gevolgen?
- l) wat zijn de gevolgen voor het maatschappelijk draagvlak?

Maar ook: wie houdt waar toezicht op en legt waarover en aan wie verantwoording af?



Mededinging

- Toetsing achteraf - Kartelvorming?
 - Beperking mededinging/misbruik?
 - Prijsafspraken?
 - Eigen onderzoek ACM of onderzoek na klacht
 - Let op! Onderzoeksbevoegdheden ACM zijn vrij ruim
- Toetsing vooraf - Economische machtspositie?
 - Melding bij ACM verplicht bij bepaalde omzet
 - ACM oordeelt of wel/niet nader onderzoek noodzakelijk is
 - Als vergunningsplichtig, dan toets economische machtspositie
 - Aanmerkelijke marktmacht?



Risico's voor de samenwerking uit

Agenderen van precontractuele fase en besluitvorming (tijdig!)

- soms is er geen weg meer terug (“rijdende trein”)
- geheimhouding
- “tunnelvisie” (2:9 BW vergt belangenafweging)
- verhoging kwaliteit besluitvorming

Inschakelen RvC/RvT gebeurt niet altijd tijdig

- overname ABN / faillissement DSB bank / DSM-Organon

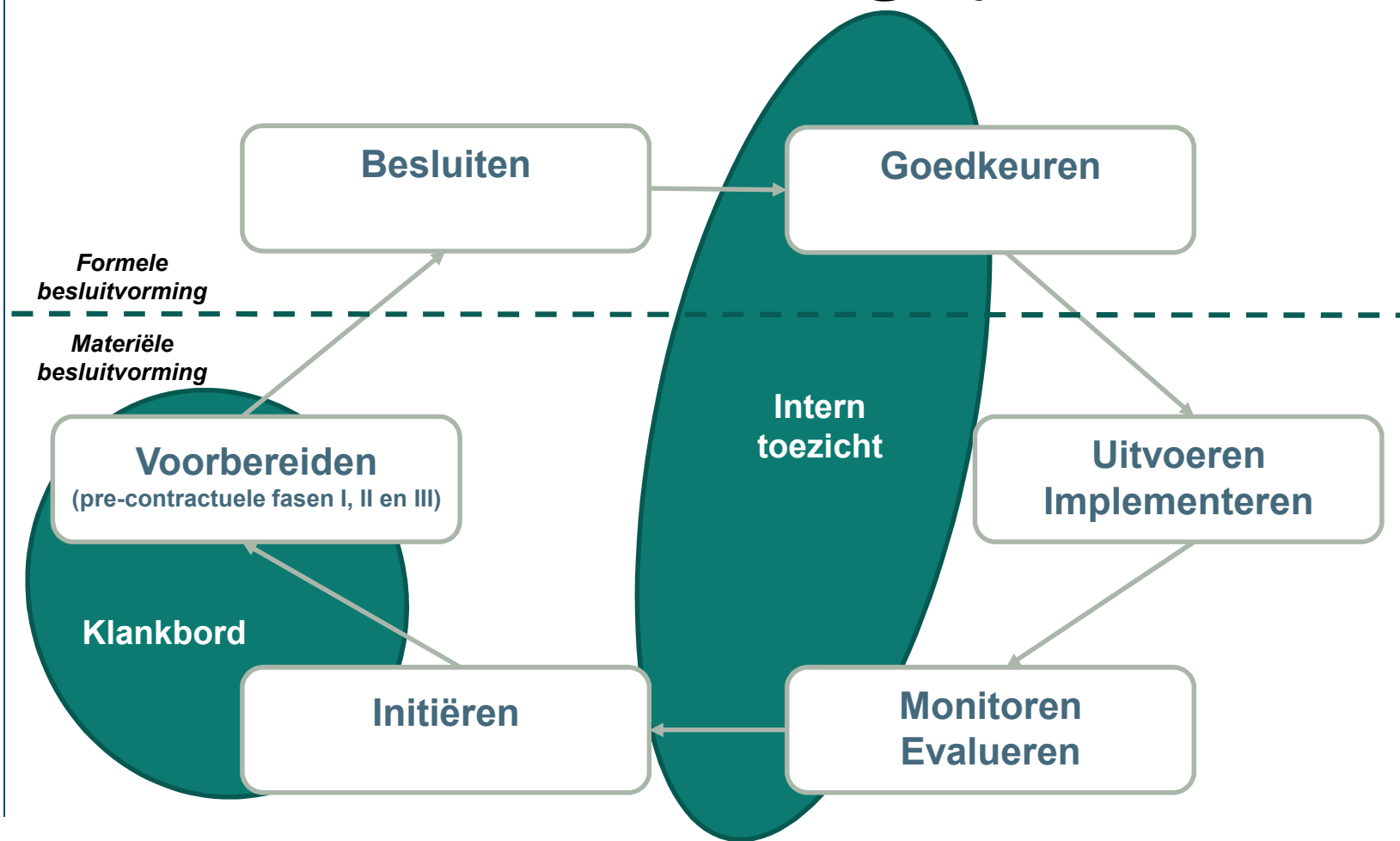
Instellen van een fusie/alliantie-commissie met:

- bestuurder
- toezichthouder
- ondernemingsraad
- medezeggenschapsraad

Een fusie/alliantie-commissie creëert draagvlak en medestanders in de medezeggenschapshoek en bij de toezichthouders



Koppel aan besluitvormingscyclus



Handreiking voor besluitvorming over samenwerking

Benoemen aanleiding samenwerking

Organisatie wijze van overleg in bestuur (en in RvC/RvT)

Stappenplan uitwerken

- incl. externe toezichthouders en OR/medezeggenschap

Instelling fusie/alliantie-commissie met RvC/RvT en evt. afvaardiging
OR/medezeggenschap

Advies OR/ medezeggenschapsraad

- Tijdsigheidsvereiste (advies moet van wezenlijke invloed kunnen zijn)
- Adviezen en opmerkingen dienen aan fusievoorstel te worden gehecht

Goedkeuring voorstel door RvC/RvT

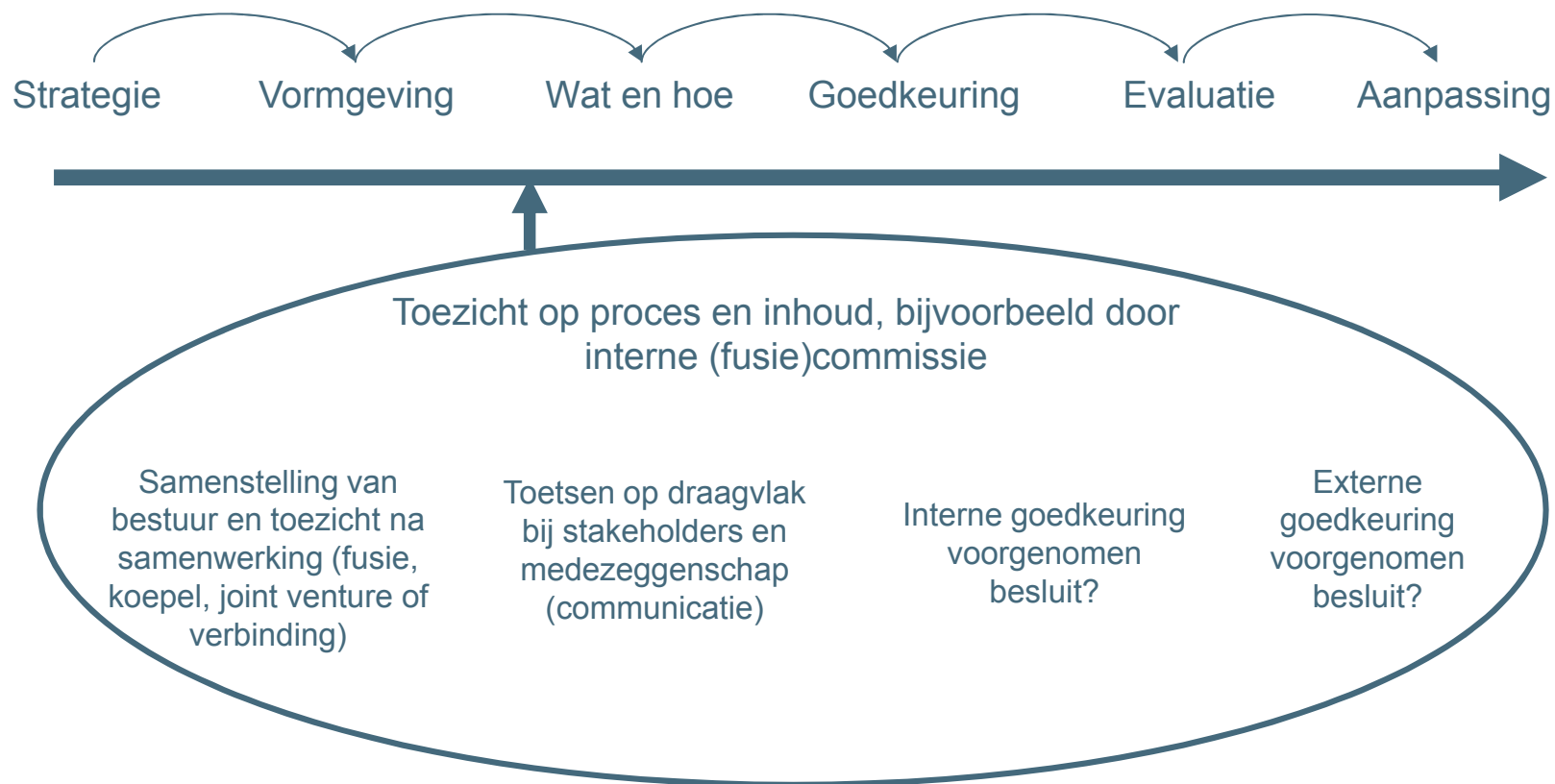
- Bij een fusie ondertekening fusievoorstel ook door alle toezichthouders

Formeel besluit tot samenwerking

- Bij een fusie één maand na deponering van fusievoorstel en na ontvangst verklaring van non-verzet van de rechtbank



Voorbeeldproces bij samenwerking



Samenwerking met basisonderwijs

Veel maatschappelijke aandacht voor de ontwikkeling van integrale kindcentra. Samenwerking is in verschillende modellen mogelijk, maar hoeft niet altijd tot integrale entiteiten te leiden.

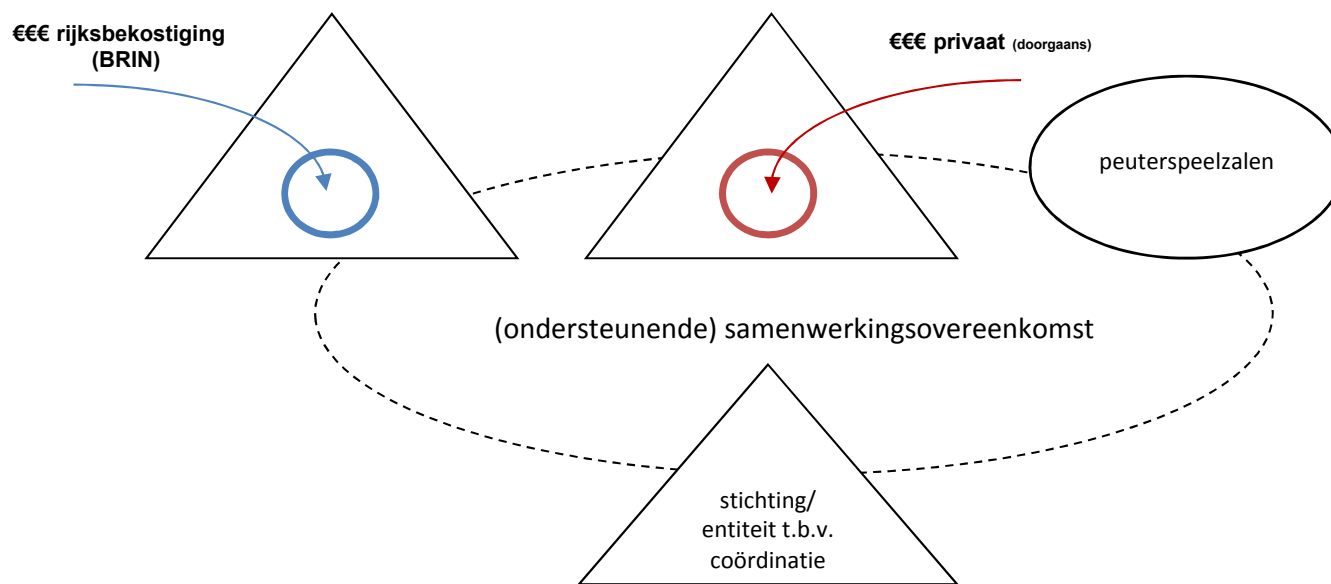
Vier modellen:

- Bestuurlijke samenwerking uitgaande van overeenkomst
- Bestuurlijke fusie, uitgaande van koepelstichting
- Bestuurlijke fusie, uitgaande van één rechtspersoon
- Institutionele fusie, uitgaande van integratie onderwijs en opvang



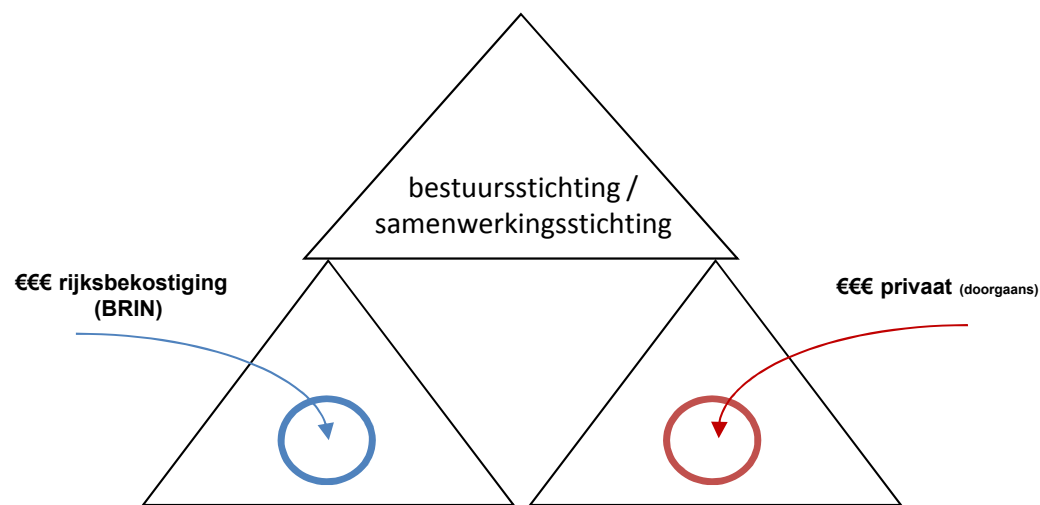
Model 1: bestuurlijke samenwerking middels regiestichting (zonder personele unie)

reeds mogelijk onder de huidige wetgeving



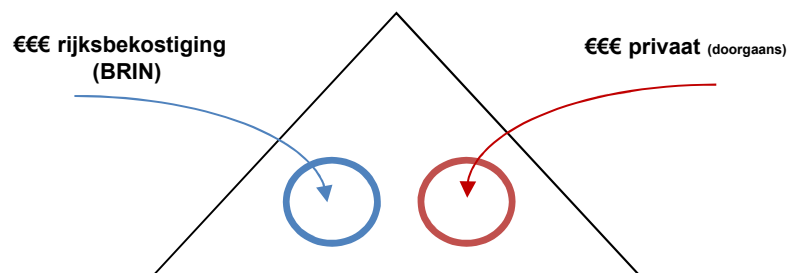
Model 2: bestuurlijke fusie middels holdingstichting (en personele unie)

reeds mogelijk onder de huidige wetgeving (aandachtspunt fiscaliteit: fiscale eenheid btw)



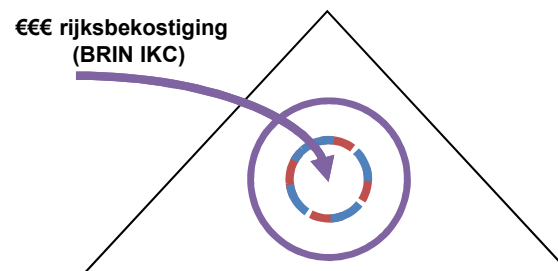
Model 3: instandhouding van twee instellingen, door één stichting

openbaar onderwijs: niet mogelijk onder huidige wetgeving, algemeen: door schotten nu niet haalbaar



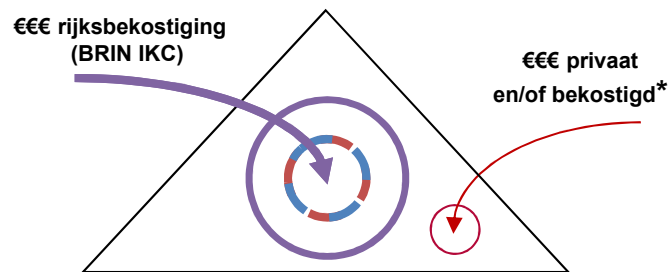
Model 4: instandhouding van één instelling, door één stichting

onder huidige wet- en regelgeving niet mogelijk

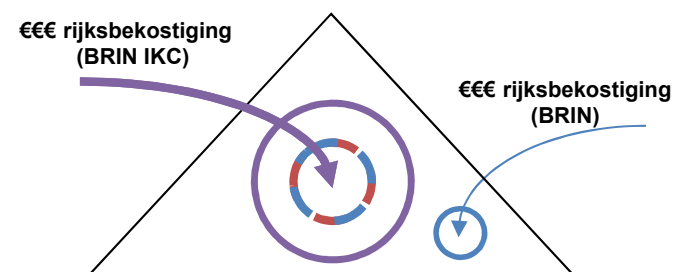


Alternatieven binnen het beoogde stelsel (1)

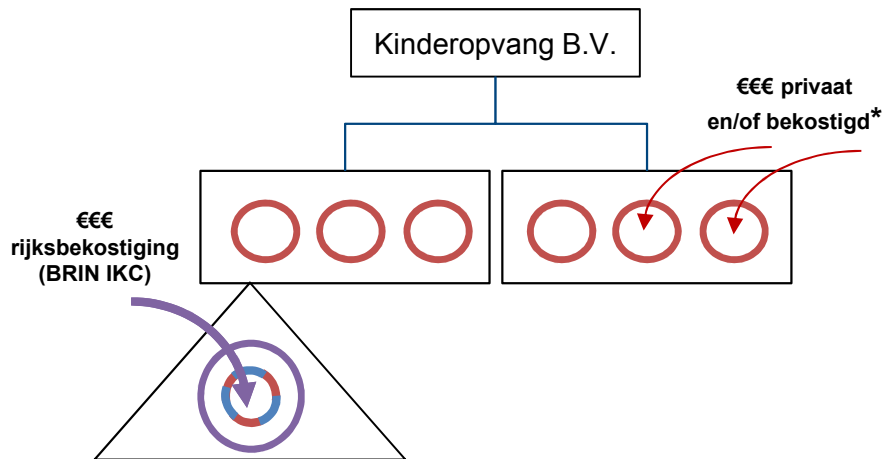
A. Stichting houdt naast een IKC ook een reguliere kinderopvangentiteit in stand, die ook kan voorzien in dagdelen bekostigde opvang.



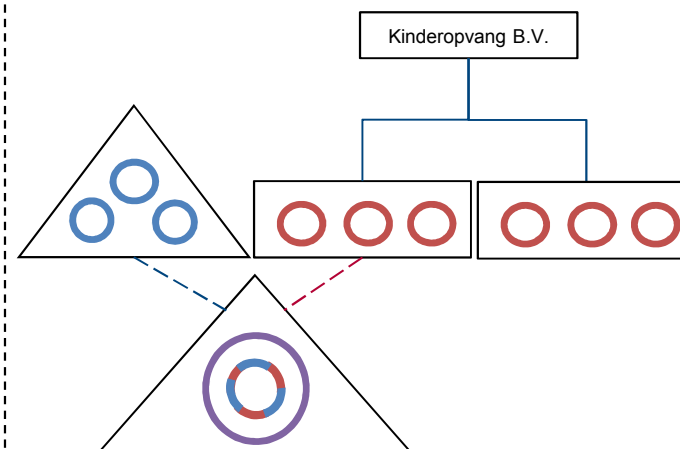
B. Stichting houdt naast een IKC ook een reguliere onderwijsinstelling in stand.



C. Kinderopvang B.V. houdt in een dochterstichting een IKC in stand; reguliere kinderopvangentiteit kan voorzien in dagdelen bekostigde opvang.



D. Reguliere onderwijsstichting en kinderopvang BV werken samen in dochterstichting die een IKC in stand houdt.

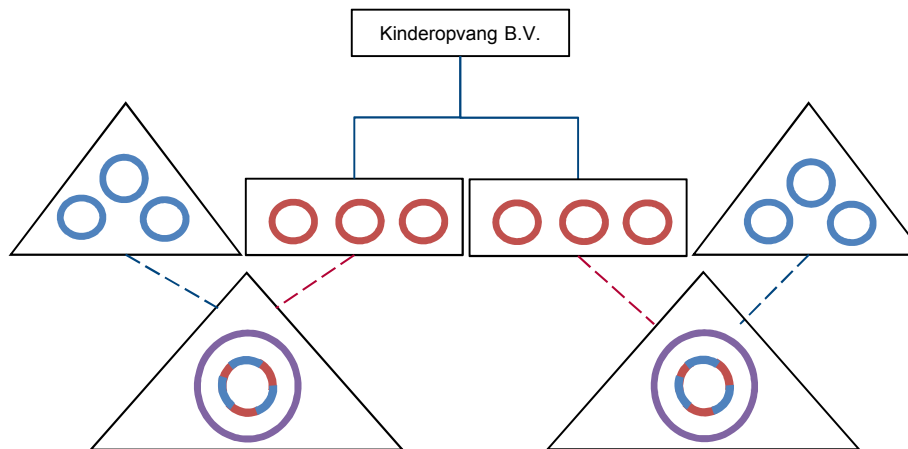


* Opzet is bekostiging van een ontwikkelrecht, waarin (leerplichtig) onderwijs en bekostigde dagdelen opvang zijn begrepen. 2 varianten:
 1) exploitatie van het gehele ontwikkelrecht vindt plaats in een integraal kindcentrum, waarbij de gehele dag (bijv. 9.00 – 16.30) wordt bekostigd;
 2) exploitatie van onderwijs en opvang vindt op traditionele wijze (gescheiden) plaats: wel sprake van gelijkwaardige bekostiging van de gehele dag.
 Aanvullende opvang (buiten het ontwikkelrecht) blijft privaat bekostigd.

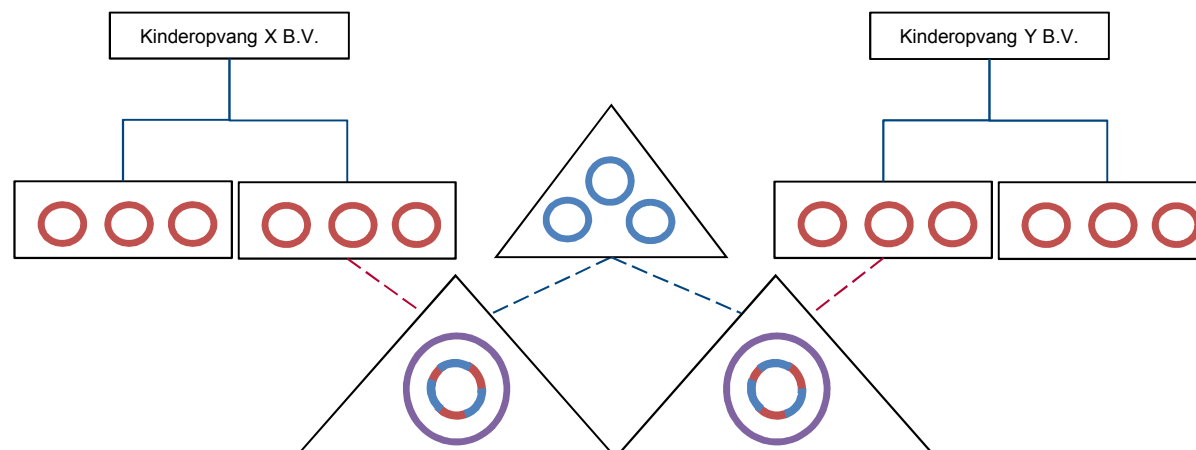


Alternatieven binnen het beoogde stelsel (2)

E. Kinderopvang BV werkt met meerdere reguliere onderwijsstichtingen samen in dochterstichtingen die een IKC in stand houden.



F. Onderwijsstichting werkt met meerdere reguliere kinderopvang BV's samen in dochterstichtingen die een IKC in stand houden.



Aansprakelijkheid



Aansprakelijkheid?

Aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders:

- aansprakelijkheidsverzekering, mét rechtsbijstandscomponent
- vrijwaring en vrijtekening
- zowel bij verzekering als bij vrijwaring en vrijtekening zijn gradaties mogelijk

Toezichhoudersaansprakelijkheid bestaat nu al naar analogie van bestuurdersaansprakelijkheid, maar een aangekondigde wetswijziging zal een zelfstandige toezichhoudersaansprakelijkheid introduceren (zie sheets hierna).



Bestuurdersaansprakelijkheid

Vier soorten civielrechtelijke aansprakelijkheid:

1. Aansprakelijkheid ten opzichte van de rechtspersoon (interne aansprakelijkheid)
 - Artikel 2:9 BW toets is “*onbehoorlijke taakvervulling*” en “*ernstige verwijtbaarheid*”
2. Aansprakelijkheid ten opzichte derden op grond van gepleegde onrechtmatige daad (gewone “externe aansprakelijkheid”)
3. Aansprakelijkheid als gevolg van faillissement van de rechtspersoon (wettelijke “externe aansprakelijkheid”)
4. Aansprakelijkheid ten opzichte van de Belastingdienst en UWV als gevolg van onbetaald laten van belasting- en premieschulden (wettelijke “externe aansprakelijkheid”)

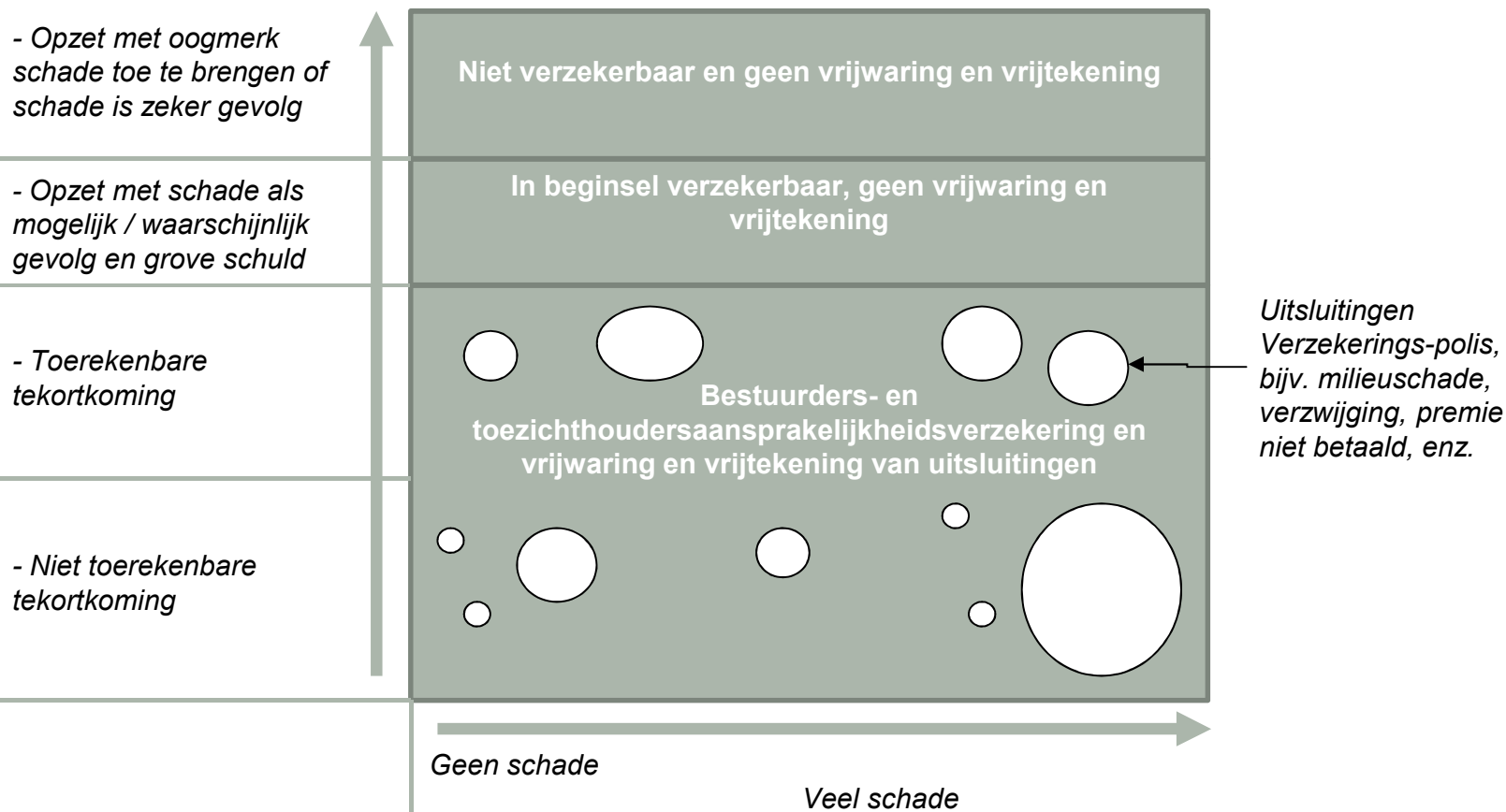


Verwachte uitbreiding aansprakelijkheid

- 1. Wettelijke grondslag intern toezichthoudend orgaan bij stichtingen en verenigingen.**
 - Doel: herkenbaarheid en rechtszekerheid.
- 2. Uitwerking taakbeschrijving bestuurders en toezichthouders (2:9, 2:9a BW)**
 - *“Elke bestuurder/toezichthouder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie.”*
- 3. Wettelijke regeling persoonlijk tegenstrijdig belang**
 - Bestuurders en toezichthouders met een persoonlijk tegenstrijdig belang moeten zich onthouden van deelname aan beraadslaging en besluitvorming.
- 4. Wettelijke regeling aansprakelijkheid toezichthouders voor:**
 - Schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling (2:9/2:9a BW);
 - Boedeltekort dat in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijke taakvervulling (artikel 106 Fw).
- 5. Toekenning bevoegdheid tot ontslag bestuurders en toezichthouders door Rechtbank**



Bestuurders- en toezichhoudersaansprakelijkheid



Contact

Saskia Laseur

Notaris

t +31 20 6789 543

laseur@vandoorne.com



Jochem Streefkerk

Onderwijsjurist

t +31 20 6789 631

m +31 61 1388 539
streefkerk@vandoorne.com

