# Atlas van het toezicht bevat onjuist principe

In mei 2017 is door NVTZ en het Nationaal Register de ‘Atlas van het Toezicht’ voor de gezondheidszorg uitgebracht. We hadden de Atlas al bekeken, maar de zomertijd geeft ruimte om de Atlas eens grondig door te nemen.

Het is een originele gedachte om nu eens een boek met alleen tekst te maken, maar een ‘atlas’ met woord en beeld. De Atlas is ook mooi uitgevoerd. Hij is daardoor veel toegankelijker dan de voorgaande ‘toolkits’.

De Atlas bevat veel zinvolle informatie voor toezichthouders en sluit in hoofdlijnen aan bij de governancecode. Veel herkennen wij uit onze adviespraktijk en sluit aan bij de ontwikkelingen over modern toezicht. Op sommige punten zijn we het niet eens met de inhoud of hebben we ernstige twijfel bij het nut of de werking van een voorstel in de atlas. Zo is het geen goed idee dat de raad van toezicht zich op allerlei manieren verstaat met externe partijen van de zorgorganisatie, zeker als dat zonder de raad van bestuur gebeurt. Dat schept verwarring bij de externe partij over wie bij de zorgstichting verantwoordelijk en bevoegd is. Ook zullen sommige partijen met grote belangen (banken, vastgoedpartijen, gemeenten, verzekeraars) dit contact met de raad van toezicht kunnen gebruiken om raad van bestuur en raad van toezicht tegen elkaar uit te spelen. Wij vinden dat toezichthouders zeer terughoudend moeten zijn met dit soort externe contacten. Gelukkig zien we dat veel raden van toezicht er zo over denken en er naar handelen.

Een ding is echter principieel onjuist, zowel juridisch, als vanuit governance oogpunt.

Op pagina 16 staat onder de kop ‘Bestuurlijk mandaat’ de volgende zin ‘aanstelling van de raad van bestuur houdt in dat de raad van toezicht bestuurlijke taken mandateert aan de raad van bestuur’. Op pagina 60 wordt hetzelfde in iets andere bewoordingen herhaalt. De gedachte is dat, omdat de raad van toezicht de positie heeft om de raad van bestuur te benoemen, de raad van toezicht ‘dus’ een mandaat geeft. Dat is een gedachtenfout. We zullen hierna uitleggen waarom.

In het Burgerlijk Wetboek, Boek 2, artikel 291, lid 1, staat letterlijk: ‘Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting.’ Dezelfde formulering zal ook volgens de concept ‘Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen’ in het Burgerlijk Wetboek blijven staan (maar op een andere plaats). Met andere woorden; de wet belast ‘het bestuur’ -zijnde de raad van bestuur- met het besturen van de stichting. De raad van toezicht heeft daartoe geen enkele wettelijke bevoegdheid.

De raad van toezicht komt niet eens in de wet voor, maar bestaat bij de gratie van de statuten, waarin een stukje van de wettelijke bestuurstaak van de stichting wordt ‘afgenomen’ van het wettelijk bestuur van de stichting. In deze formulering is de raad van bestuur ‘het bestuur’ en is de raad van toezicht dus ‘een beperking volgens de statuten’. Als we het scheppingsverhaal erbij halen is de raad van bestuur dus Adam en de raad van toezicht Eva, die als rib uit Adam is gehaald.

Naast deze wettelijke onjuistheid is ook het woord ‘mandaat’ onjuist en zet de lezer op het verkeerde been. ‘Mandaat’ en ‘delegatie’ zijn begrippen uit het publiekrecht (voor de overheid) en zijn niet van toepassing in het privaatrecht, dat voor stichtingen geldt. Volgens artikel 10, lid 1, van de Algemene Wet Bestuursrecht betekent mandaat ‘De bevoegdheid om namens een bestuursorgaan besluiten te nemen’. Bedoeld is hier een publiekrechtelijk bestuursorgaan. De raad van toezicht is geen publiekrechtelijk bestuursorgaan.

Ook in privaatrechtelijke zin is de raad van toezicht geen bestuursorgaan.

De raad van toezicht heeft geen bestuurlijke taken, die hij kan laten uitvoeren door een ander, terwijl hij wel de verantwoordelijkheden en bevoegdheden voor die besluiten houdt. De raad van toezicht heeft geen enkele bevoegdheid om een ander ‘volmacht’ of ‘procuratie’ te geven, wat de privaatrechtelijke equivalenten zijn van ‘mandaat’ en ‘delegatie’.

De raad van toezicht heeft geen bestuurlijke taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden noch op grond van de wet, noch op grond van statuten. De Governancecode 2010 en 2017 verbieden zelfs expliciet dat toezichthouders bestuurlijke taken verrichten. Als je geen bestuurlijke taken hebt, kun je die ook niet bij volmacht door een ander laten uitvoeren. De stelling op pagina 16 en 60 van de Atlas dat de raad van toezicht ‘mandaat’ geeft aan de raad van bestuur om bestuurlijke taken namens hem en onder zijn verantwoordelijkheid uit te voeren, is dan ook ten principale onjuist.

Het orgaan “bestuur of raad van bestuur” is ingesteld bij wet en niet door de raad van toezicht. De raad van toezicht benoemt en ontslaat slechts -namens de stichting- de personen, die de raad van bestuur vormen. De taakverdeling tussen de organen raad van bestuur en raad van toezicht ligt vast in de statuten en is niet afhankelijk van de bemensing van de organen. Ook in die zin klopt de redenering over het ‘mandaat’ niet.

Naast de grote waardering, die er is voor de Atlas, vinden we dit een ernstige principiële fout. Wij hopen dat deze fout er in de volgende druk, of nog liever via een nu uit te brengen erratum snel uit gehaald wordt.

dr. ir. Hans Hoek, governance adviseur

mr. Ria van den Dungen -Schröder, gezondheidsjuriste en governance adviseur



**C3 adviseurs en managers BV**

Storkstraat 28A, 3833 LB Leusden
033-4343170
[www.c3am.nl](http://c3am.nl/)