

Bespreking: brief 2^e Kamer over aansprakelijkheid bestuurders en toezichthouders semipublieke sector Minister Opstelten, 12 november 2013

Kernwoorden: Toezicht, bestuur, aansprakelijkheid, semipublieke sector
Samenvatting: Theo Stubbé, Blauw BV



Inleiding:

Met deze brief wil minister Opstelten de kwaliteit van bestuur en toezicht in semipublieke sectoren verbeteren. Hij schrijft dat hij het belangrijk vindt dat een interne toezichthouder een bestuur tot de orde kan roepen bij gebrek aan externe druk (zoals van kiezers, leden of aandeelhouders). Hij vervolgt de eerste pagina van zijn brief met de zin: “sommige toezichthouders leunen achterover en stellen zich onvoldoende op als tegenwicht voor het bestuur.” Einde citaat.

Ik was na deze zin al klaar met de rest van de brief (nog 8 pagina's), want de politiek maakt wederom de blunder van populistisch incidenten gedrag. Ja, er zijn gruwelijke incidenten geweest en ja, het toezicht faalde in de meeste gevallen maar elke conclusie daarna over de andere 99% van de semipublieke organisaties¹ gaat volstrekt mank. Hierbij de bespreking van de *daadkrachtige* acties van de minister.

De bespreking:

De minister vervolgt zijn introductie met de opmerking dat de professionaliteit en de deskundigheid van de interne toezichthouders verbeterd moet worden. Dat klopt!

Denkt de minister nu echt dat de toezichthouders beter gaan functioneren als zij permanent het risico lopen aansprakelijk gesteld te worden voor een taak die zij in een paar uur per week erbij doen (voor dito beloning)? Ik denk dat de slechte toezichthouders blijven zitten en enkel gedrag gaan vertonen dat lijkt op 'het indekken en straatje schoonvegen', waarmee de toezichthouders een hindermacht worden.

Denkt de minister nu echt dat pure fraude sneller ontdekt wordt als de toezichthouders meer aansprakelijkheid dragen? Bevraag de mensen eens die direct onder een fraudeur gewerkt hebben.... Ik schat in dat de meeste fraudeurs tot vlak voordat zij tegen de lamp liepen gewaardeerde leiders waren of bekende specialisten op seminars. De crux om dergelijke uitwassen zoveel als mogelijk te bestrijden is een permanent aandacht voor check & balances binnen de organisatie, in combinatie met durven doorvragen van toezichthouders en de moed om de twijfel om te zetten in acties.

Maar goed, de minister ziet (terecht) dat het aansprakelijkheidsrecht het sluitstuk is van de governance, dat alleen aan de orde is bij schade als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Dus niet om te gebruiken tegen weloverwogen beslissingen die uiteindelijk tot negatieve gevolgen leiden.

De brief van de minister vervolgt met het beschrijven van *vier invalshoeken* die moeten bijdragen aan het borgen van de publieke belangen:

¹ Er zijn sinds 2002 16 affaires geweest bij de 380 corporaties, waarvan er 11 gericht frauduleus waren. Vergelijk dit eens met de 355 maatregelen door de tuchtrechter opgelegd aan Notarissen tussen 2008 en 2012 (bron: Geldgids nr. 6 sept/okt 2013)

1) Taken en bevoegdheden van interne toezichthouders verduidelijken

Thans ontbreekt een wettelijke regeling voor een toezichthoudend orgaan voor stichtingen en verenigingen in het Burgerlijk Wetboek. De minister benoemt dat er diverse Governance Codes zijn bij de woningcorporaties, in het onderwijs en bij de zorg die beschrijven welke taken behoren bij het Toezicht. Hij noemt ook de aanpassingen in het toezicht die in de Herzieningswet voor corporaties beschreven staan. Ik zie echter het probleem van de minister niet, want in mijn adviespraktijk met raden van toezicht staan deze Governance Codes nooit ter discussie, zodat het codificeren van de codes in het Burgerlijk Wetboek enkel windowdressing is.

2) Drempels voor aansprakelijkheid verlagen

De minister constateert dat het Burgerlijk Wetboek geen uitdrukkelijke regeling bevat voor de aansprakelijkheid van interne toezichthouders van stichtingen en verenigingen, terwijl bij NV's en BV's de aansprakelijkheid van de bestuurder, in het geval van onbehoorlijk bestuur, ook van toepassing wordt verklaard voor toezichthouders. Dit voorstel tot aanpassing is nu verwerkt in de herzieningswet voor de corporaties en zal ook worden ingevoerd in de zorg.

3) Mogelijkheden tot inzet van het strafrecht

De minister beschrijft de gangbare aanknopingspunten voor strafrechtelijke vervolging zoals bij valsheid in geschrifte en bij verduistering. De minister wil echter verder gaan door het misbruik van *gemeenschapsgeld* strafbaar te stellen. Ik vraag mij af hoe de bewijslast komt te liggen als het gaat over de definitie van gemeenschapsgeld.

De minister wil verder een wetsvoorstel indienen rondom dreigend faillissement, dat wil zeggen tegen laakbaar handelen (bijvoorbeeld buitensporige uitgaven) waarvan een instelling ernstig nadeel heeft ondervonden. Ik denk, in mijn naïviteit, dat dergelijke excessen nu ook al aan te pakken zijn en ik vraag mij af voor welk probleem dit een oplossing is. Immers de excessen die wij kennen zijn volgens mij allemaal voor de rechter gedaagd wegens fraude of onbehoorlijk bestuur, zodat ik mij afvraag of nadere wetgeving nodig is (en enkel bijdragen aan schadelijke neveneffecten).

4) Versterking extern toezicht

De minister beschrijft wederom de Herzieningswet voor de woningcorporaties die bevoegdheden aan de minister geeft, zoals (i) het geven van een aanwijzing, (ii) het toetsen van de geschiktheid van bestuurders en toezichthouders, (iii) het kunnen schorsen van toezichthouders, (iv) het verzoek indienen bij de Ondernemingskamer tot ontslag van toezichthouders, (v) bepaalde handelingen laten voorafgaan door goedkeuring van de minister en tenslotte (vi) het verzoek indienen bij de rechtbank om een corporatie onder bewind te stellen.

Ik heb gemengde gevoelens bij deze serie maatregelen. Enerzijds stoort het mij ook dat slecht functionerende toezichthouders niet aangepakt kunnen worden. Het komt volgens mij (veel te) weinig voor dat een raad van toezicht besluit dat een of meer van haar leden niet goed functioneren en dat zij daarom beter af kunnen treden (NB ik heb het driemaal meegemaakt). Anderzijds trekt de overheid met dit soort bevoegdheden alleen maar macht naar zich toe, terwijl de overheid geheel niet in staat is om het dilemma in de bestuurskamers op enigerwijze op te lossen. Het zijn allemaal lapmiddelen voor sancties achteraf.

Tot slot kondigt de minister van Veiligheid en Justitie de volgende nieuwe maatregelen aan voor versterking van het toezicht op stichtingen en verenigingen in Boek 2 van het BW:

- stichtingen en verenigingen kunnen kiezen voor een toezichthoudend orgaan;
- taken en bevoegdheden van de toezichthouders worden dan vastgelegd;
- er komt een regeling tegenstrijdig belang;
- er komt een regeling aansprakelijkheid;
- er komt een uitbreiding van ontslagmogelijkheden voor interne toezichthouders.