

‘Mijn mening over de kwaliteit van toezicht is niet altijd positief voor de betrokkenen’

Huub Willems

“Mijn leven bestaat uit het toetsen van gedrag aan geschreven en ongeschreven regels,” zo omschrijft Huub Willems zijn eigen carrière. Toch heeft hij minder vertrouwen in het vastleggen van gedragsregels dan je wellicht van een rechter zou verwachten. “Het bestaan van regels voegt weinig toe aan het gedrag van mensen in algemene zin. Het begint ergens anders, namelijk met de vraag of mensen het juiste kompas hebben voor de manier waarop ze zich in verschillende functies behoren te gedragen. Als je de onderliggende habitus niet hebt hoe met je functie om te gaan, heb je niets aan al die codes. Als je die wel hebt, heb je geen codes nodig. Ieder mens weet wat goed en fout is. Codes hebben wel een functie: scherp houden. Maar het uitgangspunt is niet: als ik doe wat de code zegt, is het goed. Nee: ik doe wat ik denk dat goed is, en als de code iets anders zegt, is de code niet op orde.”



Het Nederlandse juridisch stelsel is erg principle-based als het op governance aankomt, aldus Willems. "Op het niveau van wetgeving formuleren we onze gedragsvoorschriften heel abstract. Je moet je gedragen 'naar redelijkheid en billijkheid'. Dat zijn maatschappelijke opvattingen die niet in beton zijn gegoten. Uitgangspunt is dat op het niveau van de hoogste regelgevingsautoriteit de normatuur appelleert aan het behoorlijk optreden van functionarissen binnen een vennootschap. Wie in de microkosmos van een organisatie verantwoordelijkheid draagt, wordt geacht op een evenwichtige en fatsoenlijke manier het belang van andere mensen te dienen.

De meeste mensen hebben daar genoeg aan. De code zegt in feite hetzelfde. Hij geeft mede inhoud aan maatschappelijke opvattingen, specificeert en detailleert. Maar hij blijft – anders dan rechtsregels – een zekere mate van vrijblijvendheid houden. Dat geeft niet, want we hanteren het beginsel *comply or explain*."

Ondernemingskamer

Codes weerspiegelen maatschappelijke opvattingen over wat behoort, zegt Willems. Dat ze juridisch niet afdwingbaar zijn, wil niet zeggen dat ze niet doorwerken. "Een beroemd voorbeeld is Versatel: een grote fusie waarbij minderheidsaandeelhouders

via een driehoeksconstructie zouden minimaliseren, zodat ze konden worden uitgekocht. Daar heeft de Ondernemingskamer een stokje voor gestoken. De rechter heeft geoordeeld dat die driehoeksfusie wel zou kunnen als het zou gaan om bijvoorbeeld fiscale integratie, maar niet als het uitsluitend gebeurt om van aandeelhouders af te komen. Het is van belang dat aandeelhouders correct worden behandeld. Dat moeten accountants ook in de gaten houden. Bij Versatel was het problematisch dat uitsluitend concernfunctionarissen commissaris waren van de vennootschap. Die hebben de aandeelhoudersvergadering willen bewegen om af te wijken van de codebepaling dat concernfunctionarissen niet mogen meebesturen. De Ondernemingskamer heeft niet toegestaan dat ze dat zouden besluiten. Daarmee heeft de code dus rechtseffect gekregen."

Windowdressing

Maar de betekenis van codes moet niet worden overschat. "De eedaflegging in de banksector zie ik als windowdressing. Of het een appèl doet op het onderliggende kompas hangt af van de reden waarom je de eed moet afleggen. Dat je dat aan een rechter, een arts of een notaris vraagt, vind ik voor de hand liggen. Zij hebben maar één functie, namelijk niet voor zichzelf zorgen. Maar bankiers zijn gewoon ondernemers in de private sector. Ze hebben een eigenbelang, en dat moet je niet proberen weg te poetsen. Klant en bank hebben niet per definitie parallelle belangen."

Werknemers horen in de code

Wordt er enerzijds dus nog wel eens te veel verwacht van codes, op een ander punt schieten ze wezenlijk tekort, vindt Willems. "De code-Tabaksblat heeft kritiek gekregen omdat de werknemers buiten de discussie zijn gehouden, en ik ben het daarmee eens. Nu probeert men af te spreken hoe je goed moet voetballen, maar mag de keeper niet meedoen. Terwijl de governancecode juist is gericht op stakeholderdenken in al zijn facetten. Commissarissen, bestuurders en aandeelhouders moeten rekening houden met alle stakeholders. Wanneer je dan toch probeert te definiëren hoe wij fatsoenlijk omgaan met wie we betrokken achten bij vennootschappen en ondernemingen, horen werknemers daar bij. De ondernemingsraad heeft spreekrecht in de AVA, en kan zijn belangen daar onder de aandacht brengen. Waarom zou je dat dan ook niet in de code doen?"



Checks en balances

Ook de semipublieke sector heeft te kampen met een gebrek aan checks en balances, zegt Willems. "Het falen van het toezicht in die sector is in essentie daaraan te wijten. Aandeelhouders houden het management scherp. Ik ben zelf 22 jaar betrokken geweest bij het bestuur van een ziekenhuis. Eerst in de oude vorm, waar de directeur niet meer was dan de directeur. Toen kwam de switch van instructie- naar toezichtmodel en schoof ik door naar een commissarispositie. Vervolgens heb ik in 'mijn' ziekenhuis vijf fusies voor mijn kiezen gehad. Dat heeft me geleerd dat het 'tegenstreven' van de interne toezichthouder, waarmee je zaken in balans houdt, in de semipublieke sector vaak onder de maat is. Er hangt veel van af wie er op welke post terechtkomt, en dat is dan ook de enige relevante beslissing die ik ooit, en vaak, heb moeten nemen: wie komt er binnen?"

Ik heb een mening over de kwaliteit van toezicht die niet altijd positief is voor de betrokkenen. Niemand is perfect, niet iedereen heeft evenveel talent, maar wat telt is hoe je ermee omgaat. In een vennootschappelijke structuur zijn er meer systemen om iets tegen tekortschietend toezicht te doen dan in de gesloten semipublieke structuur. Het is lastig om een goede verhouding te bewaren tussen bestuur en toezichthouders en als het moet toch te zeggen: tot hier en niet verder."

'Je ziet vaak dat mensen ergens worden neergezet vanwege de relatie die ze hebben met degene die ze daar neerzet.'

Belangenverstrengeling

De publieke en semipublieke sector dienen het algemeen belang, en dat moet ook tot uiting komen in de keuze van de commissarissen. "Ik ben geen socialist, maar ik vind wel dat een aantal publieke functies niet al te zeer aan de markt moet worden overgelaten. Ziekenhuizen en woningcorporaties zijn er om ervoor te zorgen dat mensen beter worden en een dak boven hun hoofd hebben. Dat kan alleen als je het economisch verantwoord doet. Maar de non-profitgedachte spreekt mij aan. Het is juist fout gegaan bij stichtingen en verenigingen die profit zijn gaan doen. Veel van de problemen, bijvoorbeeld bij woningcorporaties, hebben te maken met de verwevenheid met het publieke domein die mensen afstuurt op die corporaties zonder te selecteren op kwaliteit. Het maakt niet uit of het een ambtenaar is die in de raad van commissarissen zit, als het maar een goede commissaris is. Dat is de volgorde. Als een publiekrechtelijk lichaam zoals de gemeente Amsterdam aandeelhouder is, heeft die stemrecht in de AVA en ook zeggenschap over de benoeming van een commissaris. Dan mag je best vinden dat er iemand in moet die de bijzondere positie van de overheid als aandeelhouder begrijpt. Niet behartigt, maar wel begrijpt. Dat moet de onderliggende reden zijn; niet de representatie van een beroepsgroep. Je ziet vaak het omgekeerde: dat mensen ergens worden neergezet vanwege de relatie die ze hebben met degene die ze daar neerzet. Dan lopen er belangen door elkaar."

Geef stakeholders een stem

Belangen kunnen alleen worden afgewogen als alle betrokkenen ook een stem hebben, vindt Willems. "Op zich is het prima dat een publiek belang wordt ondergebracht bij een stichting of vereniging. Maar je moet zorgen voor een evenwicht in de structuur, zodat ook rekening kan worden gehouden met dat belang. In de ziekenhuiswereld is de medische staf een belangrijke speler. Ik vind dat die de mogelijkheid moet hebben om tegenwicht te bieden als het in de verhouding tussen bestuur en commissarissen niet goed dreigt te gaan. In een verpleeghuis hebben een cliëntenraad en een ondernemingsraad laatst statutair enquêterecht bedongen om het slechte functioneren van de voorzitter van de raad van commissarissen aan de orde te stellen. Je moet tekorten durven beschrijven. Bij woningcorporaties zouden huurdersverenigingen dat kunnen doen. Stel vast waar het tekort zit en geef andere stakeholders van de organisatie een stem in het kapittel."



‘Ik ken weinig voorbeelden waarbij grote problemen zijn voorkomen doordat de toezichthouder nuttig werk heeft geleverd.’

Willems betreurt het dat dat om politieke redenen niet gebeurt. “In plaats daarvan wordt het overheidstoezicht aangescherpt of opgetuigd. Alsof dat werkt. Het probleem moet intern worden opgelost, niet van buitenaf. De toezichthouder wordt gezien als de politieman die je terughoudt en die bonnen uitschrijft, in plaats van als partner. Veel commissarissen vinden dat een gesprek met de toezichthouder meer wegheeft van een examen en voelen een gebrek aan senioriteit. De vraag is of het model functioneert. Ik ken weinig voorbeelden waarbij grote problemen zijn voorkomen doordat de toezichthouder nuttig werk heeft geleverd. Heeft DNB goed gefunctioneerd bij SNS? Ik ben niet onder de indruk van extern publiekrechtelijk toezicht.”

Kans voor accountants

Accountants zouden een positieve rol kunnen spelen in het brengen van evenwicht. “Op papier hebben accountants een van de beste posities in een evenwichtig stelsel van goede verantwoording. In beginsel zijn het professionals die er zijn voor de vennootschap, in combinatie met een externe blik. Het zijn geen van buitenaf gearachuteerde toezichthouders die je buiten de deur moet houden. Ik vraag me wel af of accountants zich de laatste jaren niet te veel hebben gericht op wat gewenst werd als uitkomst van een enquête door de onderneming die hen in dienst had. Dat is jammer. De accountants die ik ken heb ik hoog zitten. Ze hebben

kennis en visie, ze brengen zaken in. Die positie is een beetje verloren gegaan. Vroeger was de accountant de ideale combinatie van vertrouwd en extern. De beroepsgroep heeft de belangrijke spelerspositie in het debat wat uit handen gegeven. Accountants laten hun oren weer meer hangen naar de regels. Het is lastig om het tij te keren, maar juist een externe accountant zou een goede rol kunnen vervullen in het stelsel.”

Huib Willems (1944) werd na zijn rechtenstudie in Tilburg wetenschappelijk medewerker bij diverse hoogleraren. In 1977 werd hij rechter in Den Bosch, en in 1989 vicepresident van het Gerechtshof in Amsterdam. Van 1996 tot 2009 was hij voorzitter van de Ondernemingskamer. Als universitair docent gaf hij les in Engels recht aan de Universiteit van Tilburg, en doceerde hij privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Rijksuniversiteit Leiden. In 2009 werd hij benoemd tot bijzonder hoogleraar corporate litigation aan de Rijksuniversiteit Groningen. Momenteel is Willems plaatsvervangend raadsheer van de Ondernemingskamer en bestuurslid van de Stichting Grotius Academie.