

TOEZICHT ONDER VUUR

Annetje Ottow

Lezing ter ere van het vijfjarig bestaan Tijdschrift voor Toezicht

Den Haag 8 september 2015

Geachte aanwezigen,

Beste lezers van het Tijdschrift voor Toezicht,

Het eerste nummer van het Tijdschrift voor Toezicht verscheen in 2010, nu al weer ruim vijf jaar geleden. Een eerste jubileum. Een mooi moment om eens terug én vooruit te blikken en te bezien wat de stand van het toezicht is. Vijf jaar geleden – we kunnen het ons nu nauwelijks voorstellen – was er nog maar relatief weinig literatuur over het toezicht zelf. Wel was er de nodige aandacht voor de regels en de regulering, maar minder over de toezichthouders zelf; als één van de belangrijke, externen in het speelveld. De literatuur was met name gericht op onderwerpen, als de positionering van zelfstandig bestuursorganen in ons staatsrechterlijk bestel. Onderzoek naar het gedrag en optreden van de toezichthouder, zijn functioneren en het toezichthouden had nog maar weinig aandacht gekregen.

Terugbladerend in alle nummers van het Tijdschrift voor Toezicht, ziet u dat er een rijke literatuur en onderzoek is ontstaan over de toezichthouder, de handhaving en de effectiviteit daarvan. De redactie van het Tijdschrift voor Toezicht heeft steeds - vanuit een multidisciplinaire en wetenschappelijke invalshoek - discussies op deze terreinen geïnitieerd en bij de samenstelling van het tijdschrift gestreefd naar: diversiteit van thema's, diversiteit van toezichthouders en sectoren; daarbij steeds de horizontale thema's van toezicht opzoekende: wat zijn de algemene, toezichtvraagstukken en hoe kunnen toezichthouders van elkaar leren?

**En hebben toezichthouders veel geleerd de afgelopen vijf jaar?
Maar ook wat hebben onderzoekers en ondernemingen van toezichthouders geleerd? Begrijpen we waarom toezichthouders doen wat ze doen?**

Kijken we naar de gepubliceerde onderzoeksrapporten van de afgelopen periode en ook naar recente incidenten, dan zou men zich inderdaad de vraag kunnen stellen:

“Gaat het wel zo goed met het toezicht en wat heeft men de afgelopen periode geleerd”?

Zo kom ik op de titel van mijn lezing van vandaag “Toezicht onder Vuur”.

Het toezicht ligt continu onder vuur als we de berichtgeving op de voet volgen. Ik noem er enkele recente voorbeelden:

- Het onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid naar de rol van het Staatstoezicht op de Mijnen met betrekking tot de gaswinning in Groningen door de NAM;
- Het rapport van de Onderzoekscommissie intern functioneren NZa, inzake het dossier Gotlieb (het rapport Borstlap);
- De diverse rapporten over het functioneren van de Inspectie Gezondheidszorg (Ombudsman en Sorgdrager);
- Het parlementair onderzoek woningbouwcorporaties naar aanleiding van het derivatendrama bij Vestia;
- De parlementaire enquête naar het debacle van de Fyra trein en de rol die onder meer ILT, de Inspectie leefomgeving en Transport, heeft gespeeld.

En daarnaast zijn er natuurlijk de talrijke rapporten over het functioneren van de financiële toezichthouders naar aanleiding van de financiële crisis: de rapporten van Commissie De Wit, rapport Scheltema over DSB en bijvoorbeeld het Frijns rapport over de SNS-Bank.

Transparantie en openheid

Laten we dat niet vergeten: in de afgelopen vijf jaar heeft de financiële crisis als een **KATALYSATOR** voor het kritisch denken over het toezicht gefunctioneerd. De financiële crisis heeft er niet alleen voor gezorgd dat

men kritischer over het financiële toezicht is gaan denken, maar heeft er tevens toe geleid dat er veel meer openheid over het toezicht is ontstaan (de toegenomen transparantie). De rapporten hebben ons een goede kijk in de keuken gegeven en heeft ertoe geleid dat toezichthouders meer **publieke verantwoording** zijn gaan - of moet ik zeggen - moeten zijn gaan afleggen.

Ook bij andere toezichthouders is men meer kritische vragen over de effectiviteit van het toezicht gaan stellen. Een veel kritischere houding over het toezicht is ontstaan en de incidenten, zoals bij de IGZ en de NZa, hebben deze discussie alleen maar weer meer aangewakkerd.

Buitenland

Overigens is Nederland hierin niet uniek: ook in andere landen verschijnen regelmatig rapporten over het disfunctioneren van toezichthouders, niet alleen in de financiële sector. Ook in Engeland, waar ik als bestuurder bij de Engelse mededingings- en consumentenautoriteit werk, zie je dat regelmatig rapporten verschijnen en een cultuur is ontstaan van grote transparantie en accountability. De verantwoordingsplicht van toezichthouders gaat daar zeer ver, verder dan hier in Nederland. Ook in de VS schroomt men niet toezichthouders regelmatig aan de schandpaal te nagelen. Zo verscheen er in de VS nog recent een vernietigend rapport over de NHTSA, National Highway Traffic Safety Administration, de agency die in de VS verantwoordelijk is voor de

veiligheid van motorrijtuigen. De commissie komt tot de conclusie dat sprake was van

“weak management, undertrained staff and insufficient procedures in place to properly review safety data submitted by automakers and complaints submitted by drivers”.

Volgens het rapport zou het niet opsporen van de defecten in de VS, tenminste 114 doden tot gevolg hebben gehad. In omvang is Amerika natuurlijk niet vergelijkbaar met dit kikkerlandje en de dimensies van het toezicht zijn daar vele malen groter, maar in essentie gaat het om dezelfde toezichtproblemen.

Toezichtproblemen

Over welke toezichtproblemen hebben we het hier?

Uit de diverse toezichtrapporten zijn vele lessen te trekken. Ik noem er hier een paar. Het niet tijdig ingrijpen of het niet oppakken van signalen kunnen voortkomen uit:

- een gebrek aan expertise (het niet investeren in kennis of het understaffed zijn),
- management of IT-systemen functioneren onvoldoende, waardoor data-analyse niet adequaat geschiedt, of
- besluiten vinden te laag in de organisatie plaats en problemen worden niet (tijdig) geëscaleerd.

Maar ook de **interne toezichtscultuur** is van belang: de eigen integriteitsnormen, zoals onafhankelijkheid en het zorgvuldigheid, zijn cruciaal voor het goed functioneren van de toezichthouders. Het intern niet op orde hebben van de eigen huishouding, leidt naar mijn mening automatisch tot uitholling van het externe gezag van de toezichthouder. De Gotlieb-affaire bij de NZa heeft dit meer dan pijnlijk duidelijk gemaakt. In het laatste nummer van het Tijdschrift voor Toezicht hebben we hier in een *special* bijzondere aandacht voor gevraagd.

Onafhankelijkheid

Het onafhankelijk opereren vormt daarbij een van de belangrijkste beginselen, waaraan de toezichthouder zich dient te houden. In het Tijdschrift van Toezicht hebben we hier vele bijdragen aan besteed. In mijn recent verschenen boek "Good Agency Principles", noem ik dit beginsel als één van de belangrijkste bouwstenen van goed toezichthouderschap.

Deze onafhankelijkheid stelt de toezichthouder in staat voldoende tegendruk te organiseren en de betrokken sector en de beleidsmakers en de politiek steeds een spiegel voor te houden.

In zijn rapport over de aardbevingsrisico's in Groningen legt de Onderzoeksraad voor Veiligheid de vinger juist op deze zere plek: het Staatstoezicht op de Mijnen nam onvoldoende afstand, waardoor zij niet in staat was, zoals in het rapport geformuleerd: "kritisch op de materie te reflecteren". Hoewel uiteindelijk het Staatstoezicht de durf had om meer aandacht te vragen voor de risico's en veiligheid voor de burgers te vragen, had het Staatstoezicht dit zeer lang verzuimd.

Bij de gaswinning was een te grote verwevenheid tussen de overheid en gasector. De toezichthouder, heeft zich daarbij teveel gelegen laten liggen aan de commerciële belangen van de Staat. Het publieke belang – de veiligheid van de burgers – is daardoor vele jaren niet of onvoldoende in het vizier geweest. Of zoals, de Raad voor de Veiligheid het in het rapport formuleert:

"hij stelt zich lange tijd niet op als de onafhankelijke, kritische waakhond".

Een toezichthouder moet steeds kritisch blijven en tegendruk organiseren om de sector op scherp te houden.

De stand van het toezicht

Maar is het nu wel zo slecht gesteld in toezichtland, als de genoemde rapporten allemaal doen vermoeden? In deze tijd zijn we zeer incident

gedreven en springt de media alleen maar op zaken die mis gaan en ligt het toezicht regelmatig onder vuur.

Dames en heren, naar mijn mening is het helemaal niet zo slecht gesteld met het toezicht in Nederland. Veel toezichtwerk is *business as usual* en doen toezichthouders gewoon hun werk. Veel daarvan komt niet in de publiciteit. Het is té gewoon. Uit incidenten mag naar mijn mening niet de conclusie worden getrokken dat het toezicht in dit land onder de maat is.

Twee recente voorbeelden van de afgelopen maanden, die wèl de publiciteit hebben gehaald, wil ik hier vanmiddag bespreken om aan te tonen dat toezichthouders wel degelijk in staat zijn de noodzakelijke tegendruk te bieden en op te treden waar dat nodig is. Dit betreft de recente Delta Lloyd zaak en de rol van DNB en de recente NS-zaak over de Limburgse aanbesteding en de rol van ACM (de Autoriteit Consument en Markt).

(i) Delta Lloyd-boete

In de uitspraak van 31 juli jl. oordeelt de Rechtbank Rotterdam dat DNB terecht aan Delta Lloyd een boete van 22.800.000,- euro had opgelegd wegens het onrechtmatig gebruik van door de DNB vertrouwelijk aan Delta Lloyd verstrekte informatie. Delta Lloyd had zich schuldig gemaakt aan misbruik van voorkennis.

Delta Lloyd had bij het verrichten van diverse transacties diverse in strijd gehandeld met interne risk en governance regels. Daarbij ging het niet om handelen van een willekeurige werknemer, maar om handelingen van

toonaangevende bestuurders en beleidsbepalers van deze bank. De Rechtbank oordeelde onomwonden dat de opgelegde boete terecht was.

(ii) De NS-aanbestedingszaak

Naar aanleiding van klachten door Veolia, doet ACM onderzoek naar de aanbesteding in Limburg, waarbij de NS-dochter Abellio betrokken was. Op basis van dit onderzoek komt ACM met een rapport, waaruit blijkt dat NS oneerlijk is geweest bij de verstrekking van informatie over haar stations. Bovendien constateert ACM dat de bestuurder van NS concurrentiegevoelige informatie van Veolia aan haar dochter Abellio had doorspeeld, waardoor deze laatste bij de aanbesteding een oneerlijke concurrentie voorsprong kon verkrijgen. Hoewel NS lange tijd via een gerechtelijke procedure getracht heeft dit rapport in de doofpot te stoppen, bleek deze tactiek uiteindelijk onhoudbaar en kwamen de bevindingen door ACM alsnog naar buiten. De afloop van deze affaire is u bekend: het verliezen van de concessie in Limburg en het ontslag van de voorzitter van de Raad van Bestuur.

Wat zeggen deze twee casus?

In de eerste plaats dat het niet alleen maar kommer en kwel is in toezichtland, maar toezichthouders zijn wel degelijk in staat tegendruk te geven en de betrokken ondernemingen hard aanpakken, waar nodig.

In de tweede plaats is het duidelijk dat tegendruk geven slechts mogelijk is, indien de toezichthouder zich **onafhankelijk** opstelt en zijn oor niet teveel laat hangen naar de betrokken sector of de Staat, als belangrijke

aandeelhouders (NS-zaak) of belanghebbende (DeltaLoyd), hetgeen wel bijvoorbeeld het geval was bij de Groningse gaswinning. **De toezichthouder moet zijn rug recht houden.**

Het verantwoordelijkheidsbeginsel

De financiële crisis heeft ertoe geleid dat wij scherpe eisen aan het toezicht stellen en meer van de toezichthouders verwachten. Maar wie de bal kaatst, mag hem terug verwachten. Als gevolg van deze kritische opstelling, zullen toezichthouders scherper aan de wind gaan zeilen. Dat zij hun verantwoordelijkheid nemen en daarbij willen laten zien dat zij hun taken serieus nemen, leidt er automatisch toe dat er meer wrijving, confrontaties en juridische gevechten gaan ontstaan. Was een confrontatie, zoals tussen DNB en Delta Lloyd, vijf jaar geleden moeilijk denkbaar, nu zal dit naar mijn mening meer en meer gaan voorkomen.

Niet het toezicht alleen ligt dan onder vuur, maar ondernemingen zelf zullen meer onder vuur komen te liggen. In mijn boek heb ik dit aangeduid met het verantwoordelijkheidsbeginsel. Niet alleen toezichthouders zullen hun verantwoordelijkheid moeten nemen, maar ook de betrokken ondernemingen en de overheid hebben elk hun eigen aandeel hierin. Uiteindelijk moet compliance van regels en voorschriften komen van de ondernemingen zelf: zij zijn hier immers zelf voor verantwoordelijk. Dit wordt in het toezichtdebat nog wel eens vergeten. Het gaat ten slotte om de fouten en onrechtmatige gedragingen van de betrokken ondernemingen: dáár hoort primair de focus in het debat te

liggen. Een belangrijkere vraag is dus: Hoe is het met de compliancecultuur van onze ondernemingen gesteld?

Randvoorwaarden

De toezichthouder moet continue alert en kritisch blijven en het tegengeluid verschaffen. Dat zij daarbij kritisch worden gevolgd en er hoge eisen aan het toezicht worden gesteld, is terecht en een goede zaak. In mijn boek heb ik vijf toezichtbeginselen geformuleerd, waar toezichthouders zich op dienen te richten, ik noemde er al een paar. Kort aangeduid als de LITER principles. Het gaat daarbij om: de L van legality, de I van independence, de T van transparency, de E van effectiveness en de R van responsibility. LITER.

De overheid en politiek zullen toezichthouders wel de noodzakelijke middelen voor moeten geven om deze taken ook naar behoren uit te voeren. Daar waar de toezichtslat hoog wordt gelegd, zullen de noodzakelijke randvoorwaarden moeten worden geschapen.

Wat zijn deze randvoorwaarden? Ik noem er een paar.

- Voldoende bevoegdheden en middelen
- Investerings in voldoende personeel en expertise moeten mogelijk zijn (of zoals Chavannes het een keer uitdrukte: "een afslanking van de overheid, betekent juist meer investeren in toezicht").

- Een toezichthouder moet zich onafhankelijk van overheid, politiek en ondernemingen kunnen opstellen. De typisch Nederlandse “consensusbenadering”¹, kan ertoe leiden dat toezicht in een wel heel kleine kring en achter gesloten deuren plaatsvindt. De politiek dient te accepteren dat indien wij in Nederland goed toezicht wensen, dit betekent dat toezichthouders niet door de politieke waan van de dag kunnen worden aangestuurd. Toezichthouders moeten goed kunnen luisteren, meer uiteindelijk hun eigen oordeel vellen.
- Transparantie versterkt niet alleen de onafhankelijkheid van de toezichthouder, maar stelt ons in staat het toezicht te controleren en biedt een instrument voor scherpere handhaving (zoals de publicatie van het NS-besluit door ACM en de publicatie van de Delta Lloyd-boet door DNB).
- Rechterlijke toetsing van besluiten van de toezichthouder is onontbeerlijk. De rechtmatigheid moet kunnen worden getoetst, juist daar waar scherp aan de wind wordt gezeild. Daarbij zullen de nodige klappen vallen: toezichthouders verliezen ook rechtszaken. Dit betekent evenwel niet automatisch dat de kwaliteit van het toezicht niet goed is. Waar gewerkt wordt, vallen spaanders.

¹ Deze term heb ik overgenomen uit het rapport van de Raad voor Veiligheid inzake de gaswinning in Groningen, p. 77.

Dames en heren. Ik rond af. Dat wil ik doen door af te sluiten met het verhaal van Tinus Jonkers. En nu vraagt u zich af: wie is Tinus Jonkers en wat heeft hij met toezicht te maken? Tinus Jonkers was de inspecteur die de laatste acht jaar van zijn werkzame leven gewerkt heeft aan de controle van de Fyra trein. Hij werd door de enquetecommissie van de Tweede Kamer gehoord. Zijn verhaal is ontluisterend. Hij vatte zijn werk samen als "inspecteren, constateren en rapporteren", maar in werkelijkheid bestond zijn werk uit het controleren van administratie en managementsystemen. De Inspectie Leefomgeving en Transport baseerde het toezicht op een systeem van certificeringen en zelftoezicht. Dat acht jaar later de treinen nog niet rijden is een toezichtstragedie pur sang en een voorbeeld hoe het niet moet. Het toezicht mag geen papieren werkelijkheid worden. Toezicht moet vakmanschap blijven. Daarbij kan ons tijdschrift helpen. Hoewel van papier, is het naar mijn mening een grote bron van kennis en inspiratie.

Dames en heren, incidenten zullen er altijd blijven. Toezicht zal altijd onder een vergrootglas liggen. Juist daar waar er meer van toezicht wordt verwacht. Belangrijker is het lerend vermogen van toezichthouders: "zijn zij in staat zich te blijven verbeteren en te leren van incidenten?" Ik hoop het van harte! Dit zal in elk geval zo zijn, zo lang zij ons mooie tijdschrift blijven lezen.

Ik dank u voor uw aandacht!

Professor (Annetje) Ottow is redacteur van het Tijdschrift voor Toezicht, hoogleraar economisch publiekrecht aan de Universiteit Utrecht en tevens decaan van de Faculteit Rechten Economie Bestuur en Organisatie van deze universiteit. Zij is tevens non-executive director van de Competition Markets Authority (CMA), United Kingdom. Deze lezing zal worden gepubliceerd in het Tijdschrift voor Toezicht 2015, nr. 3.