

Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting; een gemiste kans?

Op 1 juli van dit jaar is de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting in werking getreden. De Herzieningswet bevat een pakket aan maatregelen om de governancestructuur van woningcorporaties te verbeteren. Aanleiding hiervoor zijn de ontwikkelingen die zich de laatste twee decennia in de corporatiesector hebben voorgedaan alsmede de vele incidenten die de corporatiesector op zijn grondvesten hebben doen schudden. Auteurs betogen dat de minister in de Herzieningswet en in de bijbehorende novelle kansen heeft laten liggen om voldoende 'countervailing powers' te introduceren en de maatschappelijke inbedding van woningcorporaties te verbeteren.



1. Inleiding

Woningcorporaties staan aan de vooravond van een majeure operatie: hun interne organisatie en activiteiten in overeenstemming brengen met de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting¹ (hierna: Herzieningswet) en de novelle behorende bij de Herzieningswet² (hierna: Novelle) die op 1 juli 2015 van kracht zijn geworden.

De ontwikkelingen die zich de afgelopen twintig jaar in de corporatiesector hebben voorgedaan alsmede de incidenten en misstanden die de corporatiesector op zijn grondvesten hebben doen schudden, zoals de veelbesproken Vestia-affaire, zijn voor de regering aanleiding geweest om het corporatiestelsel grondig te herzien. In de Herzieningswet en de Novelle zijn regels opgenomen over onder meer de taken, het werkgebied en de governance van woningcorporaties, het interne en externe toezicht daarop en de relatie tussen gemeenten en woningcorporaties. Om te waarborgen dat er voldoende checks-and-balances aanwezig zijn en om de professionaliteit en integriteit van woningcorporaties te bevorderen, bevat de nieuwe Woningwet een groot aantal specifieke voorschriften omtrent de governance van woningcorporaties.

In deze bijdrage staat de governancestructuur van woningcorporaties onder de nieuwe Woningwet centraal. Allereerst gaan wij in par. 2 in op de ontwikkelingen die aanleiding zijn geweest voor een fundamentele wijziging van de Woningwet 1991³ en de aanloop naar de nieuwe Wo-

ningwet. In par. 3 bespreken wij de in het stichtingen- en verenigingsrecht van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) en de in de Governancecode woningcorporaties 2015 opgenomen voorschriften omtrent de governance van woningcorporaties. Par. 4 handelt over de organisatieregels omtrent de structuur en de (personele) inrichting van woningcorporaties. Daarna gaan wij in par. 5 in op het functioneren van de raad van toezicht (taakomschrijving, de materieelrechtelijke governance-norm en aansprakelijkheid van commissarissen). Vervolgens beschrijven wij in par. 6 de in de nieuwe Woningwet opgenomen maatregelen die het interne toezicht op het functioneren van woningcorporaties beogen te versterken. Wij sluiten deze bijdrage af met een conclusie.

2. Waarom een nieuwe Woningwet?

2.1. Ontwikkelingen in de corporatiesector

Sinds de laatste ingrijpende wijziging van de Woningwet in 1991 hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die tot een fundamentele wijziging van het corporatiestelsel noopten. Met de financiële verzelfstandiging van de corporatiesector in de loop van de jaren negentig van de vorige eeuw kwam er een einde aan een periode van strakke sturing door het Rijk.⁴ Dit leidde tot andere bestuurlijke verhoudingen tussen het Rijk, de gemeenten en woningcorporaties. Ook de reikwijdte van de activiteiten van woningcorporaties is in deze periode gewijzigd. Van in hoofdzaak bouwers en exploitanten van sociale huurwoningen onder strakke regie van de overheid zijn woningcorporaties zelfstandige ondernemingen met een maatschappelijke taak geworden. De activiteiten zijn uitge-

* Mr. M.C.P. van Dongen en mr. J.P.W.V. Hopmans zijn werkzaam bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Nijmegen als advocaat respectievelijk notaris.

1. Wet van 20 maart 2015, houdende herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Financiële Autoriteit woningcorporaties (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting), *Stb.* 2015, 145.
2. Wet van 20 maart 2015 tot wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, *Stb.* 2015, 146.
3. Wet van 29 augustus 1991 tot herziening van de Woningwet, *Stb.* 1991, 439.
4. Met de bruteringsoperatie (wet van 31 mei 1995, houdende balansverkortingsgeldelijke steun volkshuisvesting, *Stb.* 1995, 313) die in 1994 van start ging en tot 2000 duurde, werden subsidieverplichtingen van het Rijk aan woningcorporaties (ruim f 33 miljard) weggestreept tegen vorderingen van het Rijk op woningcorporaties uit hoofde van door het Rijk verstrekte leningen (ruim f 25 miljard).

breid naar de commerciële huursector, naar de koopwoningmarkt (projectontwikkeling) en naar het terrein van maatschappelijk en kleinschalig bedrijfseconomisch vastgoed.⁵ Hierdoor veranderde het risicoprofiel van woningcorporaties.

Daarnaast is er in diezelfde periode sprake geweest van een schaalvergroting van woningcorporaties door fusies en een wijziging van de rechtspersoonlijkheid van vereniging naar stichting van de meeste woningcorporaties. Aanvankelijk waren de meeste woningcorporaties verenigingen van burgers met veelal een bestuur dat bestond uit vrijwilligers. Het verzelfstandigingsproces van de corporatiesector in de jaren negentig van de vorige eeuw heeft ertoe geleid dat veel verenigingen zijn omgezet in stichtingen. Met de omvorming van verenigingen naar stichtingen zijn de leden en de algemene vergadering als belangrijke interne tegenmacht uit beeld geraakt. Daarnaast bracht de verzelfstandiging een bepaalde mate van professionalisering met zich waarbij de verenigingsvorm niet meer als passende rechtsvorm werd ervaren. Om slagvaardig te kunnen opereren kozen de meeste woningcorporaties voor de stichtingsvorm waarbij het vaak meerkoppige vrijwilligersbestuur werd vervangen door een betaalde directeur-bestuurder die veel meer macht en invloed kreeg dan voorheen het geval was en een raad van toezicht die op afstand van het bestuur kwam te staan. Het tempo van professionalisering van de raad van toezicht bleek echter niet opgewassen tegen de snelle professionalisering van de besturen van woningcorporaties en de toename van risico's van het corporatiebedrijf.⁶ Dit laatste heeft ertoe geleid dat zich incidenten hebben voorgedaan die ten koste zijn gegaan van het maatschappelijk bestemd vermogen.⁷ De oorzaken van deze incidenten en misstanden moeten volgens de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties⁸ in belangrijke mate worden gezocht in menselijk gedrag (zelfoverschatting, overambitie en soms zelfs fraude en zelfverrijking bij bestuurders) en een gebrekkige governance.

2.2. Woningwet 1991 en Bbsh

De Woningwet zoals die tot 1 juli van dit jaar luidde, bevatte geen bepalingen over de governance van woningcorporaties. Daarvoor moest men het op de Woningwet

gebaseerde Besluit beheer sociale huursector (hierna: Bbsh)⁹ raadplegen. Het Bbsh verplichtte woningcorporaties om statutair te voorzien in de instelling van een toezichthoudend orgaan dat in staat was om voortdurend toezicht uit te oefenen op het bestuur en dat daartoe ook de noodzakelijke bevoegdheden had, waaronder de bevoegdheid tot schorsing van bestuursbesluiten. Verder bevatte het Bbsh enkele bepalingen over de samenstelling van het toezichthoudend orgaan. Zo bepaalde het Bbsh dat ten minste twee leden van het bestuur of het toezichthoudend orgaan op bindende voordracht van de huurdersorganisatie benoemd dienden te worden.

2.3. Maatschappelijke inbedding

De incidenten en het verlies van maatschappelijk bestemd vermogen heeft een discussie over de vraag naar de maatschappelijke inbedding oftewel de legitimiteit van woningcorporaties (en overigens ook van andere organisaties in de semipublieke sector) en hun 'license to operate' opgeroepen.¹⁰ Hierbij gaat het om vragen als: wie is de 'eigenaar' van de woningcorporatie? Hoe bewaakt de woningcorporatie haar publieke en maatschappelijke doelstellingen? Wie zijn de belanghebbenden van de woningcorporatie en hoe verantwoordt de woningcorporatie zich naar deze belanghebbenden? Namens wie houdt de interne toezichthouder toezicht en aan wie legt hij daarover verantwoording af? Veel van deze vragen hangen samen met de invoering van een two-tier-bestuursmodel met een raad van bestuur en een raad van toezicht, waarbij de inrichting van de raad van toezicht sterk geënt is op het model van de raad van commissarissen bij grote vennootschappen uit het bedrijfsleven. In dat governance-model is echter de interne bestuurlijke driehoek van raad van bestuur, raad van commissarissen en aandeelhouders cruciaal. In de semipublieke sector werd in de jaren negentig van de vorige eeuw wel het model overgenomen waarin de raad van toezicht de raad van bestuur controleert, maar kwamen de aandeelhouders (de derde macht) niet in beeld. Er kwam geen duidelijke publieke pendant van de aandeelhouders en de aandeelhoudersvergadering.¹¹ De keuze van veel woningcorporaties om de verenigingsvorm te verlaten heeft dit nog eens versterkt.

5. *Kamerstukken II* 2010/11, 32769, 3, p. 1 (MvT).

6. Zie onder meer het rapport 'Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties' van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, mei 2014, p. 25 e.v., het rapport 'Corporaties in wonen, preventieve doorlichting woningcorporatiesector' van Intraval, december 2010, p. 22 e.v., het rapport 'De Balans Verstoord', Den Haag, februari 2013, p. 44, het deelrapport 'Literatuurstudie van de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties' (*Kamerstukken II* 2014/15, 33606, 8) en *Kamerstukken II* 2010/11, 32769, 3, p. 2 (MvT).

7. Denk aan de aankoop van het voormalige cruiseschip *SS Rotterdam* waarmee woningcorporatie Woonbron voor € 230 miljoen de boot inging, de Vestia-affaire, en de incidenten/misstanden die zich hebben voorgedaan bij de woningcorporaties Rochdale (dubieuze vastgoedtransacties), Servatius (een afgeblazen project en een verliespost van € 67 miljoen), Rentree (overambitie en speculatieve grondaankoop) en WSG (meer leningen dan bezit).

8. Op 16 april 2013 heeft de Tweede Kamer besloten tot een parlementaire enquête naar het functioneren van het woningcorporatiestelsel. Directe aanleiding daarvoor was het derivatendrama bij Vestia dat volgde op verscheidene incidenten bij andere woningcorporaties. Op 30 oktober 2014 heeft de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties het eindrapport 'Ver van huis' aan de Tweede Kamer aangeboden (*Kamerstukken II* 2014/15, 33606, 3-10).

9. Besluit van 9 oktober 1992, houdende regels betreffende instellingen, werkzaam in het belang van de volkshuisvesting, *Stb.* 1992, 555.

10. Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (RMO), 'Stemgeven aan verankering, Over de legitimering van maatschappelijke dienstverlening', Den Haag: RMO 2009, hoofdstuk 2 en 3.

11. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2014, 'Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties', mei 2014, hoofdstuk 2.3, L.G.H.J. Houwen, 'Maatschappelijke aandeelhouders: corporate ownership van zorginstellingen?', in: Th.W.A. Camps & M.J.M. Vermeulen (red.), *Een hele onderneming, opstellen aangeboden aan prof. dr. ir. C.A.M.*

Anders dan in het bedrijfsleven of bij de verenigingsstructuur, is er bij een stichting met een two-tier-bestuursmodel geen sprake van een derde partij die zorgt voor een intern bestuurlijk machtsevenwicht.¹² Verschillende auteurs zien dit mogelijke ‘verantwoordingsvacuüm’ als een risico.¹³ Diverse instanties en auteurs hebben nagedacht over hoe dit gat te dichten door de belanghebbenden van een maatschappelijke onderneming een positie te geven.¹⁴

In het Wetsvoorstel houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming (hierna: Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming),¹⁵ dat ook van toepassing was op woningcorporaties, werd door de wetgever een voorstel gedaan om belanghebbenden een positie te geven door een belanghebbendenvertegenwoordiging als derde macht in te stellen en daarmee een antwoord te geven op voormelde vragen. Het Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming gaf echter geen duidelijkheid over de invulling en taakstelling van dit orgaan en over de positionering daarvan ten opzichte van de bestaande medezeggenschapsorganen. Bovendien vreesde de semipublieke sector een uitbreiding van de toch al forse toename van de bureaucratie.¹⁶ Het Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming is uiteindelijk ingetrokken. De hiervoor gesignaleerde problemen werden echter niet opgelost. In deze bijdrage zullen wij ook ingaan op de vraag of de nieuwe Woningwet erin is geslaagd de maatschappelijke inbedding van woningcorporaties te verbeteren.

2.4. Herzieningswet en Novelle

Om de gesignaleerde knelpunten rond de bestuurlijke verhoudingen tussen woningcorporaties en overheden op te lossen en een maatschappelijk gestuurde inzet van het vermogen en een goede governance in de corporatiesector te waarborgen, heeft de regering ingrijpende veranderingen in het corporatiestelsel en de daarvoor geldende wet- en regelgeving noodzakelijk geacht. Het voorstel daartoe is neergelegd in de Herzieningswet die voorziet

in een nieuw hoofdstuk IV (‘Toegelaten instellingen’) van de Woningwet. Op 5 juli 2012 heeft de Tweede Kamer de Herzieningswet met algemene stemmen aangenomen, waarna het wetsvoorstel is doorgestuurd naar de Eerste Kamer. In verband met de val van het toenmalige kabinet is de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer opgeschort. Naar aanleiding van de voorstellen van het kabinet Rutte-II vastgelegd in het regeerakkoord ‘Bruggen slaan’¹⁷ alsmede naar aanleiding van de eindrapportage van de Commissie Kaderstelling en Toezicht Woningcorporaties (de Commissie-Hoekstra) van 17 december 2012¹⁸ over het toezicht op woningcorporaties, heeft de minister besloten om het wetsvoorstel op enkele belangrijke onderdelen te wijzigen door middel van een novelle. Op 11 december 2014 respectievelijk 17 maart 2015 hebben de Tweede Kamer respectievelijk de Eerste Kamer de Novelle met algemene stemmen aangenomen.

Met de inwerkingtreding van de Herzieningswet, de Novelle, het Btiv¹⁹ en de Regeling toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015²⁰ zijn de regels die zijn opgenomen in het Bbsh, het Besluit Centraal Fonds voor de Volkshuisvesting en de onderliggende ministeriële regelingen en MG-circulaires met ingang van 1 juli 2015 komen te vervallen.²¹ Woningcorporaties hebben tot 1 januari 2017 de tijd om hun statuten, reglementen, rechtsvorm, organisatie en werkzaamheden in overeenstemming te brengen met de nieuwe Woningwet.²²

3. Governance; wet- en regelgeving

Omdat woningcorporaties die door de minister zijn toegelaten slechts verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid of stichtingen kunnen zijn,²³ wordt de organisatiestructuur en het functioneren van woningcorporaties in de eerste plaats beheerst door het in Boek 2 BW neergelegde stichtingen- en verenigingsrecht. Regels over governance zijn verder te vinden in de diverse governance-

Mouwe, Tilburg: CBMO/TiasNimbas 2012, p. 25. K. Mouwen, ‘Maatschappelijke aandeelhouder in de zorg’, *ZM Magazine* 2011, afl. 11, p. 17.

12. Algemene Rekenkamer, ‘Goed bestuur in uitvoering. De praktijk van onderwijsinstellingen, woningcorporaties, zorgorganisaties en samenwerkingsverbanden’, Den Haag: 2008, p. 32.
13. Algemene Rekenkamer, ‘Goed bestuur in uitvoering. De praktijk van onderwijsinstellingen, woningcorporaties, zorgorganisaties en samenwerkingsverbanden’, Den Haag: 2008, p. 30 en de aldaar vermelde literatuurverwijzingen.
14. Afgezien van de organisaties en auteurs genoemd in noot 10 tot en met 13 verwijzen wij naar: Onderwijsraad, ‘Degelijk onderwijsbestuur’, Den Haag: 2004, i.h.b. hoofdstuk 4; Onderwijsraad, ‘Hoe kan governance in het onderwijs verder vorm krijgen’, Den Haag: 2006, i.h.b. hoofdstuk 3; Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (RMO), ‘Terug naar de basis’, Over de legitimering van maatschappelijke dienstverlening’, Den Haag: RMO 2010; E. Hooge & J.K. Helderman, ‘“Klant en Overheid Koning” Over toezicht op meervoudige verantwoording door maatschappelijke ondernemingen’, *Vrij bestuurskunde* 2008, afl. 3, p. 95-104.
15. *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 2 (voorstel van wet).
16. K. Mouwen, ‘Maatschappelijke aandeelhouder in de zorg’, *ZM Magazine* 2011, afl. 11, p. 16-19.
17. ‘Bruggen slaan’, Regeerakkoord VVD-PvdA d.d. 29 oktober 2012, p. 32.
18. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 29435, 286.
19. Besluit van 16 juni 2005, houdende nieuwe nadere regels betreffende toegelaten instellingen en dochtermaatschappijen en nadere regels betreffende wooncoöperaties (Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015), *Stb.* 2015, 321. Het Btiv bevat maar liefst 148 bepalingen en 5 bijlagen waarin een groot aantal artikelen uit de Herzieningswet en de Novelle nader zijn uitgewerkt.
20. Regeling van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 17 juni 2015, nr. 0000336120, houdende nieuwe nadere regels betreffende toegelaten instellingen volkshuisvesting ter uitvoering van hoofdstuk IV van de Woningwet en het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 (Regeling toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015), *Stcrt.* 2015, 16876. De Regeling toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 is een uitwerking van het Btiv.
21. De bestaande MG-circulaires zijn bij Circulaire inwerkingtreding Woningwet 2015 d.d. 24 juni 2015 (2015-0000353761) ingetrokken.
22. Artikel II lid 2 Herzieningswet.
23. Artikel 19 lid 1 Woningwet.

codes die de afgelopen jaren zijn ontwikkeld en ingevoerd om het bestuur en toezicht van maatschappelijke ondernemingen, in aanvulling op wet- en regelgeving, te verbeteren.

3.1. Stichtingen- en verenigingsrecht

Boek 2 BW bevat nauwelijks voorschriften over de governance van stichtingen en verenigingen en stelt slechts een aantal basiseisen aan de interne organisatie en het functioneren van deze rechtspersonen. Zo schrijft Boek 2 BW voor verenigingen een dualistische organisatiestructuur voor, bestaande uit een bestuur dat belast is met het besturen van de vereniging en een algemene vergadering waaraan onder meer dwingendrechtelijk de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en wijziging van de statuten is toegekend. Stichtingen daarentegen kennen alleen een bestuur als verplicht orgaan. Een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij stichtingen en verenigingen ontbreekt vooralsnog in Boek 2 BW, evenals een gedragsnorm voor bestuurders en commissarissen, een grondslag voor de aansprakelijkheid van commissarissen en een tegenstrijdigbelangregeling. Daar komt mogelijk verandering in. Op 6 februari 2014 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie een ambtelijk voorontwerp²⁴ ter consultatie aangeboden dat de kwaliteit van bestuur en toezicht bij stichtingen en verenigingen in het semipublieke domein beoogt te verbeteren.²⁵ Daartoe wordt onder meer voorzien in een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij stichtingen en verenigingen.

3.2. Governancecode woningcorporaties 2015

Voor leden van Aedes en de Vereniging van toezichthouders in woningcorporaties (hierna: VTW) geldt sinds 1 januari 2007 de Governancecode woningcorporaties (hierna: Governancecode). Doelstelling van de Governancecode is het vaststellen van normen voor goed bestuur en intern toezicht, transparantie, externe verantwoording en financiële beheersing. In aanvulling op de sectorale wetgeving geeft de Governancecode richting aan de wijze waarop bestuur en raad van commissarissen²⁶ functioneren en de wijze waarop zij verantwoording afleggen over hun resultaten.

De leden van Aedes en de VTW dienen zich te houden aan de bepalingen van de Governancecode. Daarbij geldt het 'pas-toe-of-leg-uit'-beginsel: de bepalingen uit de Governancecode dienen te worden toegepast tenzij afwijking daarvan volgens de betreffende woningcorporatie tot een beter resultaat leidt. Over die afwijking moet altijd gemotiveerd verantwoording worden afgelegd in het jaarverslag. De keuze voor 'pas toe of leg uit' betekent

echter niet dat de Governancecode vrijblijvend is. In lijn met de nieuwe Woningwet en om de kwaliteit en transparantie van handelen van bestuur en raad van commissarissen te bevorderen, bevat de Governancecode 2015 ten opzichte van de Governancecode 2011, meer bepalingen die dwingend moeten worden toegepast en waarvan gemotiveerde afwijking in het jaarverslag niet meer mogelijk is. Dit staat in de Governancecode 2015 bij de bepalingen aangegeven.²⁷

De Governancecode wordt elke drie jaar geëvalueerd. In 2014 heeft de evaluatie van de Governancecode 2011 plaatsgevonden. Deze evaluatie en de ontwikkelingen in de corporatiesector, waaronder de uitkomsten van de parlementaire enquête Woningcorporaties, de herziening van de Woningwet en de invoering van het Btiv, hebben ertoe geleid dat de Governancecode 2011 volledig herschreven is door Aedes en de VTW. Waren in de vorige governancecodes in navolging van de Nederlandse Corporate Governance Code nog veel formele organisatie- en allocatieregels opgenomen, de nieuwe Governancecode die vanaf 1 mei van dit jaar van kracht is, bevat voornamelijk gedragsnormen en legt veel meer nadruk op cultuur en gedrag passend bij transparante en integere organisaties,²⁸ het betrekken van huurders, gemeenten en overige belanghebbenden bij het beleid van de woningcorporatie en de geschiktheid van bestuurders en toezichthouders. De Governancecode 2015 kent vijf principes die verder worden uitgewerkt in concrete bepalingen die door de (organen van de) woningcorporatie in acht genomen moeten worden. Iedere belanghebbende kan bij een niet of onjuist toepassen van de Governancecode een klacht indienen bij de Commissie AedesCode. Als de Commissie AedesCode van oordeel is dat de Governancecode wordt overtreden, dan neemt het bestuur van Aedes een besluit over mogelijke sancties die variëren van publicatie ('naming and shaming') tot het ontnemen van het lidmaatschap met als gevolg dat een woningcorporatie niet langer gebruik kan maken van de diensten van Aedes op onder meer het gebied van de belangenbehartiging en inkoop samenwerking.²⁹ Daarnaast zou niet-naleving van onderdelen van de Governancecode waarvan afwijking niet is toegestaan c.q. die – voor zover afwijking daarvan wel mogelijk is – door de woningcorporatie in het jaarverslag worden onderschreven, onder omstandigheden wanbeleid kunnen opleveren. Aangezien de Governancecode weerspiegelt hoe in de corporatiesector wordt gedacht over goed bestuur en toezicht, zijn wij van mening dat in een enquêteprocedure, waartoe een verzoek sinds 1 juli van dit jaar ook door de minister en huurdersorganisaties kan worden ingediend (artikel 39 Woningwet), zwaar gewicht moet worden toegekend aan de niet-naleving van door

24. Ambtelijk voorontwerp Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

25. Memorie van toelichting bij het Ambtelijk voorontwerp, p. 1. Zie voor een bespreking van dit voorontwerp: L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014, afl. 4, p. 135-147.

26. De Governancecode houdt, in afwijking van de Herzieningswet, vast aan de term raad van commissarissen, zulks met een beroep op het gebruik in de praktijk, zie: noot 3 op p. 8 van de Governancecode 2015.

27. Governancecode 2015, p. 10.

28. Governancecode 2015, p. 9.

29. Governancecode 2015, p. 11. In haar besluit over de betreffende corporatie informeert Aedes ook het bestuur van de VTW. Het bestuur van de VTW kan tevens besluiten om sancties op te leggen.

de Governancecode dwingend voorgeschreven c.q. door de woningcorporatie onderschreven codebepalingen.³⁰

Aanvankelijk was als gevolg van de aanvaarding van een amendement van de leden Van Bochove en Berndsen³¹ in de Herzieningswet de mogelijkheid opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur een governancecode aan te wijzen die voor alle woningcorporaties van toepassing zou zijn. De bedoeling was dat de Governancecode van Aedes en de VTW als zodanig zou worden aangewezen. De regering heeft indertijd het amendement ontraden omdat daarmee een ongebruikelijke wettelijke figuur zou ontstaan, namelijk een privaatrechtelijk instrument voor een meerderheid van de sector, dat door de wetgever de facto algemeen verbindend wordt verklaard zonder een verzoek van de meerderheid van de sector (zoals artikel 61n lid 1 Woningwet bij de daarin geregelde algemeenverbindendverklaringen vereist). Een ander argument waarom de regering het amendement heeft ontraden is gelegen in het ontbreken van handhavingsmogelijkheden ten aanzien van woningcorporaties die niet bij Aedes en de VTW zijn aangesloten.³² Omdat met de Novelle een groot aantal essentiële eisen aangaande de governance wettelijk zijn verankerd in de nieuwe Woningwet, zoals de 'fit-and-proper'-test voor bestuurders en commissarissen (artikel 25 lid 2 respectievelijk artikel 30 lid 3 Woningwet), is de mogelijkheid om een governancecode aan te wijzen in de Novelle geschrapt. Wij betreuren het schrappen van deze mogelijkheid. In het ingetrokken Wetsvoorstel maatschappelijke onderneming was in artikel 307j ook voorzien in de mogelijkheid tot het aanwijzen van een governancecode die voor alle maatschappelijke ondernemingen van een bepaalde categorie van toepassing zou zijn. De minister motiveerde³³ deze keuze door erop te wijzen dat governancecodes in beginsel recht doen aan de in de desbetreffende sector gewenste structuren en tevens het besef bij maatschappelijke ondernemingen illustreren van hun bijzondere positie en hun verantwoordelijkheid jegens de samenleving. Governancecodes bieden flexibiliteit. Zij vormen meer dan wetgeving een geschikt instrument om tijdig in te spelen op maatschappelijke ontwikkelingen. Governancecodes worden opgesteld door degenen die midden in het desbetreffende speelveld opereren en dat veld heeft directe lijnen naar de overkoepelende organisatie die desgewenst het aanpassen van de governancecode kan coördineren. Deze argumenten zijn naar onze mening nog steeds valide en voldoende basis om de Governancecode van Aedes en de VTW een plaats in het systeem van de Woningwet te geven. Anders dan bij het algemeen verbindend verklaren van overeenkomsten met of tussen woningcorporaties gaat het bij de

governancecodes niet om overeenkomsten maar om voorschriften betreffende goed bestuur en toezicht. De wetgever is primair verantwoordelijk voor de vaststelling van deze voorschriften. Door het incorporeren in het systeem van de wet van de voorschriften die door de sector zelf zijn vastgesteld, neemt de wetgever deze verantwoordelijkheid en heeft hij een instrument in handen om op basis van binnen de sector breed gedragen overtuigingen tijdig in te spelen op nieuwe ontwikkelingen binnen de maatschappij en de sector op het terrein van de governance. De handhaving van de voorschriften kan, zoals hiervoor reeds gemeld, door de minister via het enquêterecht worden afgedwongen.

4. Organisatiestructuur en inrichting

In deze paragraaf bespreken wij de belangrijkste specifieke regels die in de nieuwe Woningwet en het Btiv zijn opgenomen over de organisatiestructuur en de (personele) inrichting van woningcorporaties. De nieuwe Woningwet gaat ervan uit dat een woningcorporatie steeds ten minste twee organen kent: een bestuur en een raad van toezicht. Aan het slot van deze paragraaf zullen wij, naar aanleiding van hetgeen wij in par. 2.3 reeds hebben besproken over het 'verantwoordingsvacuüm' en de aanbeveling van diverse adviesorganen en schrijvers³⁴ om de positie van de belanghebbenden en daarmee de maatschappelijke inbedding te verbeteren, bezien of de Woningwet daarin is geslaagd. Gelet op het feit dat een woningcorporatie, die de rechtsvorm van een vereniging heeft, reeds op grond van het algemeen verenigingsrecht van Boek 2 BW, een derde macht (de algemene vergadering), als orgaan kent, nemen wij dit orgaan (en de daaraan op grond van Boek 2 BW toekomende bevoegdheden) tot uitgangspunt bij onze beschouwingen.

4.1. Bestuur

4.1.1. Benoeming van bestuurders

Artikel 25 van de nieuwe Woningwet regelt de benoeming van bestuurders van woningcorporaties. Bestuurders worden door de raad van toezicht benoemd. Dit geldt ook bij woningcorporaties die de rechtsvorm van een vereniging hebben. Gelet op het feit dat de leden ook geen rol hebben bij de benoeming van de leden van de raad van toezicht (zie hierna par. 4.2.2) wordt hiermee afgeweken van de dwingendrechtelijke bepaling uit het algemeen verenigingsrecht (artikel 2:37 BW), dat tot uitgangspunt heeft dat bestuurders door de algemene vergadering van de vereniging worden benoemd respectievelijk, indien de statuten anders bepalen, op andere wijze, mits

30. Zie voor het gewicht dat in enquêteprocedures aan de Nederlandse Corporate Governance Code wordt toegekend HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (*ABN Amro*); HR 14 september 2007, *NJ* 2007/162 (*Versatel*) en HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 (*ASMI*).

31. Amendement van het lid Van Bochove, *Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 17 en het amendement van de leden Van Bochove en Berndsen ter vervanging van het amendement gedrukt onder nr. 17, *Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 20.

32. De Governancecode regelt alleen het toezicht op de naleving en het treffen van sancties voor de bij Aedes en de VTW aangesloten woningcorporaties. Aedes en de VTW kunnen geen maatregelen treffen tegen niet bij hen aangesloten woningcorporaties (zie onder meer de toelichting op de nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2013/14, 33966, 7, p. 15).

33. *Kamerstukken II* 2008/09, 32003, 3, p. 7 (MvT).

34. Zie de verwijzingen in de noten bij par. 2.3.

elk lid middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming van de bestuurders kan deelnemen.³⁵ Voorts wordt hiermee afgeweken van het democratische beginsel (van ledendominantie) van het algemene verenigingsrecht.³⁶

4.1.2. Aantal bestuurders

De nieuwe Woningwet verplicht woningcorporaties niet tot het instellen van een meerhoofdig bestuur. Ter versterking van de interne governance van woningcorporaties heeft de Commissie-Hoekstra aanbevolen om bij grotere woningcorporaties c.q. woningcorporaties met een omvangrijke portefeuille van investeringen en financieringen een tweehoofdig bestuur in te stellen waarin de front-office-taken en de backoffice-taken afzonderlijk zijn belegd. Op die manier wordt het gevaar van een dominante rol van een enkele bestuurder verkleind, aldus de Commissie-Hoekstra.³⁷ Hoewel de minister in zijn reactie op de eindrapportage van de Commissie-Hoekstra aangeeft in beginsel positief te staan tegenover dit advies en zich zal beraden op een geschikte wijze van invoering ervan,³⁸ heeft de minister desondanks uiteindelijk toch afgezien van de verplichte meervoudige bestuursvorm omdat dit vooral bij kleinere woningcorporaties tot hogere kosten (bestuurslasten) zou kunnen leiden.³⁹ Daarnaast zijn er volgens de minister ook andere waarborgen denkbaar⁴⁰ en ook in de Herzieningswet opgenomen om zorg te dragen voor meer tegenwicht. De minister doelt daarbij in het bijzonder op zijn toetsing van bestuurders. Zoals wij in de hiernavolgende paragraaf nog zullen toelichten, betwijfelen wij of deze toetsing afdoende is. Daarnaast doelt de minister op het bepaalde in artikel 26 Woningwet, op basis waarvan bepaalde bestuursbesluiten zijn onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. Naar onze mening levert het 'meer-ogen'-principe een belangrijke bijdrage aan de kwaliteit van het bestuur en vinden wij het een gemiste kans dat de minister dit principe niet in de nieuwe Woningwet, ook niet voor woningcorporaties met een omvangrijke portefeuille van investeringen en financieringen, zoals voorgesteld door de Commissie-Hoekstra, heeft opgenomen. De extra bestuurslasten wegen naar onze mening, zeker bij corporaties met een omvangrijke portefeuille van investeringen en financieringen, op tegen de concentratie van alle macht bij één bestuurder, die, ondanks het bepaalde in artikel 26 Woningwet, onbeperkte mogelijkheden heeft om de woningcorporatie – ook tot haar nadeel – te binden.⁴¹ Dit was immers het probleem bij Vestia.

Om extra bestuurslasten te beperken, had bij kleinere woningcorporaties, voor een one-tier-bestuursmodel gekozen kunnen worden. De niet uitvoerende bestuurders oefenen in dit model toezicht uit op de professionele bestuurder, met wie ze samen het bestuur vormen. Hiermee beschikken zij over dezelfde informatie en dienen besluiten, waaronder die genoemd in artikel 26 Woningwet, in samenspraak te worden genomen. In par. 4.2.1 gaan wij nader in op het one-tier-board bestuursmodel.

4.1.3. Zienswijze en 'fit-and-proper'-test

De nieuwe Woningwet voorziet in een toetsing door de minister van de geschiktheid en betrouwbaarheid van bestuurders. Voordat de raad van toezicht natuurlijke personen tot bestuurder kan benoemen, moet de minister zijn zienswijze op de geschiktheid van die personen voor het lidmaatschap van het bestuur en de betrouwbaarheid van die personen kenbaar hebben gemaakt (artikel 25 lid 2 Woningwet). In artikel 19 Btiv zijn de competentie-eisen opgenomen aan de hand waarvan de minister een kandidaat-bestuurder beoordeelt. Deze voorschriften zien op (a) de geschiktheid van de beoogde bestuurder, blijkend uit diens opleiding, diens werkervaring, diens vakinhoudelijke kennis en de competenties: authenticiteit, besluitvaardig, integriteit en moreel besef, leiderschap, maatschappelijke (omgevings)sensitiviteit en verantwoordelijkheid, overtuigingskracht, resultaat- en klantgericht, samenwerkingsvermogen, vakinhoudelijke kennis en visie en zelfreflectie, alsmede op (b) de betrouwbaarheid van de beoogde bestuurder, blijkend uit diens handelen of nalaten of voornemens daartoe en uit de strafrechtelijke, financiële, toezichts-, fiscaal-bestuursrechtelijke en overige antecedenten. Deze voorschriften zullen als leidraad moeten dienen bij het selecteren van kandidaat-bestuurders door de woningcorporatie en bij het functioneren van bestuurders gedurende de zittingsperiode. Ook bij een herbenoeming zijn bestuurders aan de toetsing op geschiktheid en betrouwbaarheid onderworpen. Een benoeming zonder dat de minister daarover een positieve zienswijze heeft uitgebracht is, indien dat niet het gevolg is van zijn handelen of nalaten, strijdig met het belang van de volkshuisvesting. De minister kan in een dergelijk geval elke sanctie treffen die de Herzieningswet mogelijk maakt en hem dienstig voorkomt. Hoewel het is toe te juichen dat er strengere eisen worden gesteld aan de kwaliteit en deskundigheid van bestuurders, geeft een 'fit-and-proper'-test geen garantie dat uitsluitend gekwalificeerde en daadwerkelijk geschikte kandidaten worden benoemd tot bestuurder. In het advies

35. H.E. Boschma e.a., 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 163 en D. Meijeren & B. Bier, 'Het wetsvoorstel "Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting"', *TOP* 2014, afl. 2, p. 43.

36. L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014, afl. 4, p. 137.

37. Eindrapportage Commissie-Hoekstra, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 29435, 286, p. 36. Zie ook Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2014, 'Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties', mei 2014, p. 35-36.

38. Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) d.d. 26 maart 2013, p. 6.

39. *Kamerstukken I* 2014/15, 32769 en 33966, I, p. 16-17 (MvA).

40. Denk hierbij ook aan de rol van de controller, zie in dat verband: ook Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2014, 'Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties', mei 2014, p. 54-56. De rol van de controller in het systeem van checks-and-balances moet echter werkbaar zijn, waarbij ervoor moet worden gewaakt dat hij niet in de positie van feitelijke beleidsbepaler komt te verkeren met alle aansprakelijkheidsrisico's van dien.

41. C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013, afl. 6996, par. 2.1.

‘Verbetering kwaliteit intern toezicht woningcorporaties’⁴² wordt er terecht op gewezen dat het vaststellen of een kandidaat beschikt over de noodzakelijke kennis (op het gebied van de aard en werkzaamheden van woningcorporaties, financiële aangelegenheden en risico’s enz.) nog relatief eenvoudig is, maar dat het veel lastiger is om integer handelen en betrouwbaarheid te toetsen.⁴³ Bovendien garandeert een ‘fit-and-proper’-test niet dat bestuurders na hun benoeming het gewenste gedrag blijven vertonen. De nieuwe Woningwet⁴⁴ schrijft weliswaar voor dat het bestuur moet voorzien in het behouden en ontwikkelen van de kennis en vaardigheden die noodzakelijk zijn voor het geschikt blijven voor het lidmaatschap van het bestuur, doch verbindt geen gevolgen aan het niet naleven van deze verplichting.

4.1.4. Onverenigbare functies

Artikel 25 lid 4 van de nieuwe Woningwet bevat een uitgebreide regeling over de onverenigbaarheid van het lidmaatschap van het bestuur bij een woningcorporatie met bepaalde andere lidmaatschappen of functies.

Een overtreding van de bepaling met betrekking tot de onverenigbaarheid van functies leidt volgens de minister niet tot nietigheid van het vervullen van de bestuursfunctie en evenmin tot het van rechtswege defungeren van de betrokkene als lid van het bestuur. Wel kan een sanctie op basis van de Woningwet worden toegepast die gericht is op het zo snel mogelijk ongedaan maken van de met de Woningwet strijdige benoeming.⁴⁵ In navolging van de nietigheidssanctie die geldt voor een benoeming van een bestuurder in strijd met de in artikel 2:132a/242a en 2:297a BW neergelegde limiteringsregel, is een benoeming van een kandidaat-bestuurder, die reeds een onverenigbare functie vervult, naar onze mening wel degelijk nietig. Een dergelijke benoeming geschiedt immers in strijd met de wet. Op grond van artikel 2:14 BW is een dergelijk benoemingsbesluit nietig en kan op grond van artikel 2:16 lid 2 BW aan de benoemde bestuurder worden tegengeworpen.⁴⁶ De nietigheid van het benoemingsbesluit heeft naar onze mening gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan door de niet rechtsgeldig benoemde bestuurder is deelgenomen nu een bepaling naar analogie van artikel 2:132a/242a lid 3 en artikel 2:297a lid 4 BW ontbreekt in de nieuwe Woningwet.

4.1.5. Bestuurder rechtspersoon

In artikel 25 lid 1 Woningwet wordt, anders dan in artikel 30 lid 1 Woningwet ter zake van de benoeming van commissarissen, niet expliciet bepaald dat een bestuurder slechts een natuurlijk persoon kan zijn. De benoeming van een rechtspersoon tot bestuurder van een stichting of vereniging wordt, op grond van de algemene bepalingen inzake verenigingen en stichting uit Boek 2 BW, alge-

meen aanvaard.⁴⁷ Dit betekent naar onze mening dat een rechtspersoon tot bestuurder van een woningcorporatie kan worden benoemd. Hiervan uitgaande begrijpen wij niet waarom de wetgever in artikel 25 lid 2 Woningwet een zienswijze van de minister alleen verplicht heeft gesteld ter zake van natuurlijke personen die tot bestuurder worden benoemd. Wij menen dat deze verplichting ook moet gelden ter zake van een natuurlijk persoon die – direct of indirect – via een rechtspersoon bestuurder is van een woningcorporatie. Anders zou de ‘fit-and-proper’-test gemakkelijk kunnen worden omzeild door een rechtspersoon tot bestuurder van de woningcorporatie te benoemen. Gelet op de achtergrond van deze test, kan dat toch niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever. In dit verband begrijpen wij ook artikel 25 lid 3 Woningwet niet, dat bepaalt dat een bestuurder die een natuurlijk persoon is wordt benoemd voor een periode van vier jaar. Betekent dit nu dat een bestuurder, indien dat een rechtspersoon is, voor onbepaalde tijd kan worden benoemd? Wij menen dat de minister hier geen onderscheid had moeten maken tussen bestuurders-natuurlijke-persoon en bestuurders-rechtspersonen. Voorts zijn wij van mening dat de minister had moeten voorzien in een ‘fit-and-proper’-test bij iedere benoeming van een andere natuurlijke persoon in het bestuur van de bestuurder-rechtspersoon van de Woningcorporatie. Tot slot zijn wij van mening dat in artikel 25 lid 4 Woningwet had moeten worden bepaald dat de bepalingen ter zake van de onverenigbaarheid van functies, ingeval de bestuurder van de woningcorporatie een rechtspersoon is, zich richten tot de natuurlijk persoon, die – direct of indirect – via een rechtspersoon bestuurder is van een woningcorporatie.

4.2. Raad van toezicht

4.2.1. One-tier-board bestuursmodel

De nieuwe Woningwet voorziet niet in de mogelijkheid van een one-tier-board. Volgens de minister is de noodzaak van instelling van een sterke, onafhankelijke en professionele raad van toezicht, die in het belang van de woningcorporatie zijn in het wetsvoorstel voorziene rol op zich moet nemen, des te duidelijker geworden door de ontwikkelingen bij diverse woningcorporaties. De noodzaak van een sterk onafhankelijk en professioneel toezicht zou niet toelaten dat een woningcorporatie een one-tier-board heeft, aldus de minister.⁴⁸ Naar onze mening is dit een vreemd argument van de minister. Geldt dit dan niet voor N.V.’s, B.V.’s en pensioenfondsen, waarvoor onlangs de mogelijkheid om voor een one-tier-bestuursmodel te kiezen is ingevoerd?⁴⁹ Toezicht houden blijft mensenwerk en is in zowel een two-tier-board als in een one-tier-board bestuursmodel afhankelijk van de

42. Dit advies is geschreven in opdracht van een speciaal daartoe door de VTW ingestelde commissie onder leiding van prof. mr. dr. J.W. Winter, september 2013.

43. Advies ‘Verbetering kwaliteit intern toezicht woningcorporaties’, p. 7.

44. Artikel 29b Woningwet. Zie ook Principe 1 onder bepaling 1.8 van de Governancecode 2015.

45. Brief van de Minister van BZK d.d. 4 april 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 30, p. 3.

46. Zo ook: W.N. Schreuder & J.H. Broek, ‘Wijziging van de Woningwet: governance van “toegelaten instellingen”’, *TvOB* 2013, afl. 3, p. 88.

47. Asser/Rensen 2-III* 2012/143 en 337.

48. Brief van de Minister van BZK d.d. 4 april 2012, *Kamerstukken II* 2014/15, 32769, 30, p. 2.

49. D. Meijeren & B. Bier, ‘Het wetsvoorstel “Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting”’, *TOP* 2014, afl. 2, p. 47.

personen die deze taak uitoefenen. In beide bestuursmodellen bestaat het risico dat de toezichthouders de (uitvoerende) bestuurder(s) een overheersende rol laten spelen. Met Van Olffen en Van Dijk menen wij dat, zeker indien wordt bepaald dat het bestuur in meerderheid dient te bestaan uit niet uitvoerende bestuurders, de voorzitter van het bestuur een niet uitvoerend bestuurder is en aan hem doorslaggevende stem wordt toegekend ingeval de stemmen staken, er geen enkele reden is om aan te nemen dat onafhankelijk en professioneel toezicht niet mogelijk is in een one-tier-board bestuursmodel.⁵⁰ In dezelfde zin eveneens Overes,⁵¹ Boschma, Lennarts, Schutte-Veenstra en Wezeman⁵² en Houwen⁵³. Nu de wetgever het one-tier-board bestuursmodel wel toelaat in andere sectoren, valt niet in te zien waarom woningcorporaties niet, net als N.V.'s, B.V.'s en pensioenfondsen, zelf de keuze voor dit bestuursmodel zouden moeten kunnen maken.⁵⁴ Voor woningcorporaties, die geen meervoudig bestuur kunnen bekostigen, kan het one-tier-board model, zoals we in par. 4.1.2 reeds betoogden, de gevaren die aan een eenhoofdig bestuur kleven, ecarteren.

4.2.2. Benoeming

De nieuwe Woningwet bepaalt dat de woningcorporatie een raad van toezicht heeft die uit drie of meer leden, die natuurlijke personen zijn, dient te bestaan. Commissarissen worden benoemd door de raad van toezicht. Dit geldt ook bij woningcorporaties die de rechtsvorm van een vereniging hebben: bij verenigingen die een woningcorporatie zijn, is niet de algemene vergadering maar de raad van toezicht bevoegd tot benoeming (en zoals we hierna zullen zien: schorsing en ontslag) van de commissarissen (coöptatie). Dit is, gelet op de dwingendrechtelijke bepalingen van het algemene verenigingsrecht, opmerkelijk nu op grond van de Woningwet de raad van toezicht ook bevoegd is tot benoeming van de bestuurders van de woningcorporatie. De minister heeft de bevoegdheid tot benoeming van de leden van de raad van toezicht aan de algemene vergadering ontnomen vanwege het risico dat de raad van toezicht van een vereniging klem komt te zitten tussen het bestuur, waarop het toezicht houdt, en de algemene vergadering die hem heeft benoemd, indien de raad van toezicht zou willen ingrijpen op voornemens van het bestuur die wel de instemming kunnen genieten van de leden.⁵⁵ Naar onze mening is dit geen argument om het recht tot benoeming van commissarissen te onthouden aan de algemene vergadering omdat de raad van toezicht onafhankelijk van de algemene vergadering zijn taak kan en moet uitoefenen en alleen dan een probleem met de algemene vergadering zou kunnen hebben indien deze de raad van toezicht zou kunnen ontslaan. De ont-

slagbevoegdheid komt de algemene vergadering op grond van de nieuwe Woningwet echter niet toe.

4.2.3. Zienswijze en 'fit-and-proper'-test

De nieuwe Woningwet voorziet ook in een toetsing door de minister van de geschiktheid en betrouwbaarheid van commissarissen. Ter zake gelden vergelijkbare voorschriften als die gelden voor de toetsing van een bestuurder. Wij verwijzen naar par. 4.1.3 hiervoor.

4.2.4. Onverenigbare functies

De nieuwe Woningwet bevat ook voor de raad van toezicht een uitgebreide regeling over de onverenigbaarheid van het lidmaatschap van de raad van toezicht bij een woningcorporatie met bepaalde andere lidmaatschappen of functies. Een opmerkelijke onverenigbaarheid is het lidmaatschap van een commissaris van een orgaan van, en een functie bij, een andere rechtspersoon of vennootschap die op het maatschappelijke belang gerichte werkzaamheden verricht, indien een bestuurder van de woningcorporatie bestuurder is van die rechtspersoon of vennootschap.⁵⁶ Deze onverenigbaarheid brengt mee dat een personele unie op het niveau van de raad van toezicht niet meer mogelijk zal zijn als er tevens sprake is van een personele unie tussen het bestuur van de woningcorporatie en een andere maatschappelijke organisatie, zoals een zorg- of welzijnsinstelling. Voor het overige verwijzen wij naar onze opmerkingen in par. 4.1.4.

4.2.5. Schorsing en ontslag van commissarissen

De Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam kan krachtens artikel 33 lid 1 van de nieuwe Woningwet een commissaris of de gehele raad van toezicht ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris of als raad van toezicht redelijkerwijs niet van de woningcorporatie kan worden verlangd. Het verzoek kan worden ingediend door de woningcorporatie, die daarbij wordt vertegenwoordigd door het bestuur, de raad van toezicht of door de minister.

De raad van toezicht of de minister kan een commissaris schorsen, waarna tot een maand na aanvang van de schorsing een verzoek tot ontslag bij de Ondernemingskamer kan worden ingediend, bij gebreke waarvan de schorsing komt te vervallen.

4.3. De derde macht

Uit hetgeen wij hiervoor in par. 4 bespraken, blijkt dat de algemene vergadering bij een woningcorporatie die de rechtsvorm van vereniging heeft, buitenspel wordt gezet voor wat betreft de benoeming, schorsing en ontslag van

50. M. van Olffen & N.M. van Dijk, 'Een ingrijpende verbouwing voor woningcorporaties', *Ondernemingsrecht* 2013/42.

51. C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013, afl. 6996.

52. H.E. Boschma e.a., 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMTthemis* 2014, afl. 4, p. 163.

53. L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014, afl. 4, p. 139-140.

54. R. Goodijk, *Toezicht in semipublieke organisaties, leren we van de misstanden?* (oratie Tilburg), 2011, noemt op p. 18-20 een aantal voor en nadelen van het one-tier-board model op basis waarvan een keuze kan worden gemaakt.

55. Brief van de Minister van BZK d.d. 11 mei 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 65, p. 10. Reactie op amendement van het lid Karabulut (*Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 38) waarin werd voorgesteld om de algemene vergadering het recht toe te kennen om opvolgend commissarissen te benoemen.

56. Zo ook: L.G.H.J. Houwen, 'Onafhankelijkheid van toezichthouders in concernverhoudingen', *TvOB* 2013, afl. 5, p. 179.

bestuurders en commissarissen. Afgezien daarvan wordt aan de algemene vergadering ook het initiatief om tot een statutenwijziging te komen ontnomen, nu dit enkel op voorstel van het bestuur mogelijk is (artikel 24 lid 1 Woningwet). Met Overes⁵⁷ zijn wij van mening dat de minister, nu hij de algemene vergadering in het geheel van checks-and-balances binnen de vereniging geen enkele rol (van betekenis) laat vervullen, de stichting als rechtsvorm had moeten voorschrijven als eis voor een toelating. De Woningwet heeft het ‘verantwoordingsvacuüm’, waarover wij spraken in par. 2.3, in stand gelaten bij woningcorporaties die de rechtsvorm van vereniging hebben en op dit punt ook geen voorzieningen getroffen voor woningcorporaties die de rechtsvorm van een stichting hebben. Het enige punt ter versterking van de positie van de belanghebbenden dat de Woningwet brengt, is de toekenning van het recht van enquête aan de huurdersorganisaties, bedoeld in de Wet op het overleg huurders verhuurder (artikel 39 Woningwet). Ook dit is een gemiste kans vinden wij.

5. Functioneren van de raad van toezicht

Naast de regels die betrekking hebben op de interne organisatiestructuur en de personele inrichting van woningcorporaties, bevat de nieuwe Woningwet ook voorschriften die specifiek betrekking hebben op het functioneren van de raad van toezicht.

5.1. Taakomschrijving

Voor de raden van commissarissen van N.V.’s en B.V.’s is in artikel 2:140/250 lid 2 BW bepaald dat zij tot taak hebben toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Voorts heeft de raad van commissarissen tot taak het bestuur met raad terzijde te staan. Een dergelijke wettelijke taakomschrijving voor de raad van toezicht van woningcorporaties ontbrak tot voor kort in de Woningwet. In navolging van het N.V./B.V.-recht en Principe III.1 van de tot 1 mei 2015 geldende Governancecode 2011 zijn voornoemde kerntaken van de raad van toezicht wettelijk verankerd in artikel 31 lid 1 van de nieuwe Woningwet.

5.2. Gedragsnorm

Sinds 1 juli 2015 is ook voor commissarissen van woningcorporaties wettelijk vastgelegd naar welk belang zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten. De in de nieuwe Woningwet neergelegde gedragsnorm is evenwel ruimer geformuleerd dan de gedragsnorm die geldt voor commissarissen bij N.V.’s en B.V.’s.⁵⁸ Krachtens de laatste volzin van artikel 31 lid 1 van de nieuwe Woningwet moeten commissarissen van woningcorporaties zich bij de vervulling van hun taak niet alleen richten naar het

belang van de woningcorporatie en de door haar in stand gehouden onderneming – tot zover komt de gedragsnorm voor commissarissen van woningcorporaties overeen met de wettelijke gedragsnorm die geldt voor commissarissen bij N.V.’s en B.V.’s – maar ook naar het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden. Met het ‘maatschappelijk belang’ wordt bedoeld op het maatschappelijk presteren van woningcorporaties, te weten het realiseren van betaalbare huisvesting voor diegenen die daarin niet zelf kunnen voorzien. Bij het ‘belang van de betrokken belanghebbenden’ moet worden gedacht aan de belangen van de leden (bij woningcorporaties die verenigingen zijn), bewoners, werknemers, financiers, het Rijk en andere maatschappelijke organisaties.

De minister acht deze toevoegingen noodzakelijk omdat het maatschappelijk belang kan afwijken van een door de woningcorporatie ingevuld belang van de woningcorporatie. Daarom is in de Herzieningswet vastgelegd dat de raad van toezicht zich niet alleen dient te richten naar het belang van de woningcorporatie, maar dat hij zich ook moet richten op het te behartigen maatschappelijke belang en het belang van de betrokken belanghebbenden.⁵⁹ Met Houwen zijn wij van mening dat het afzonderlijk vermelden van het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden in de wettelijke taakomschrijving van de raad van toezicht van een woningcorporatie overbodig is. Als privaatrechtelijke ondernemingen in het semipublieke domein hebben woningcorporaties, evenals zorg- en onderwijsinstellingen, als zodanig geen winstoogmerk, maar nadrukkelijk een maatschappelijke doelstelling en taakopdracht. Dit brengt met zich dat de belangenafweging van toezichthouders – en uiteraard ook bestuurders – primair gericht moet zijn op het maatschappelijk belang, te weten het realiseren van betaalbare huisvesting voor diegenen die daarin niet zelf kunnen voorzien. Omdat het te behartigen ‘maatschappelijk belang’ en ‘belang van de betrokken belanghebbenden’ al in de algemene normstelling van ‘het belang van de woningcorporatie en de door haar in stand gehouden onderneming’ is verdisconteerd, is het niet nodig om dit nog eens afzonderlijk te vermelden in de wettelijke taakomschrijving van de raad van toezicht.⁶⁰ De toevoeging is bovendien verwarrend omdat zij de indruk wekt dat de taak van de raad van toezicht bij een woningcorporatie een andere zou zijn dan die bij een andere rechtspersoon.⁶¹

5.3. Aansprakelijkheid commissarissen

Het opnemen van een taakomschrijving en gedragsnorm voor de raad van toezicht hangt samen met de wens om commissarissen gemakkelijker aansprakelijk te kunnen stellen voor schade van woningcorporaties als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling. Voor alle rechtspersonen, dus ook voor stichtingen en verenigingen, geldt dat be-

57. C.H.C. Overes, ‘Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen’, *WPNR* 2013, afl. 6996, par. 5.

58. Artikel 2:140/250 lid 2 BW.

59. *Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 7, p. 81 (NV).

60. L.G.H.J. Houwen, ‘Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein’, *TvOB* 2014, afl. 4, p. 144-145. Anders: C.H.C. Overes, ‘Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen’, *WPNR* 2013, afl. 6996, p. 1043-1044. Volgens Overes betekent het feit dat de instelling een bijdrage levert aan het maatschappelijk belang nog niet dat de verantwoordelijkheid voor het maatschappelijk belang (primair) bij de rechtspersoon ligt noch dat de raad van toezicht op dat belang moet toezien.

61. Zo ook: Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, Advies van 20 oktober 2011, p. 3-4 onder punt 2.8.

stuurders op grond van artikel 2:9 BW tegenover de rechtspersoon voor het geheel (hoofdelijk) aansprakelijk kunnen zijn in geval van schade als gevolg van onbehoorlijk bestuur. Via de schakelbepaling in artikel 2:149/259 BW wordt artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op de taakvervulling door de raad van commissarissen van N.V.'s en B.V.'s.

Leden van het toezichthoudend orgaan van stichtingen en verenigingen kunnen (nog) niet op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk worden gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling.⁶² Dit betekent overigens niet dat voor aansprakelijkheid van commissarissen van stichtingen en verenigingen geen grondslag bestaat. Commissarissen kunnen in de eerste plaats op grond van artikel 6:162 BW, de algemene grondslag voor aansprakelijkheid, door de stichting of vereniging waarvan zij toezichthouder zijn persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijk toezicht.⁶³ Uit de rechtspraak blijkt dat ook voor persoonlijke aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW de strenge maatstaf van ernstige verwijtbaarheid geldt, waarover hierna meer.⁶⁴ Belangrijk verschil tussen beide aansprakelijkheidsgrondslagen is dat een commissaris op grond van de in artikel 2:9 BW opgenomen hoofdelijkheidsregel ook aansprakelijk is voor fouten van andere commissarissen, terwijl een commissaris op grond van artikel 6:162 BW alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor eigen fouten (individuele aansprakelijkheid). Daarnaast kunnen commissarissen in geval van een toerekenbare tekortkoming in de uitoefening van hun toezichthoudende taak op grond van artikel 6:74 BW aansprakelijk worden gesteld voor de door de woningcorporatie geleden schade.

In navolging van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen⁶⁵ verklaart de nieuwe Woningwet artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op de taakvervulling door de raad van toezicht van woningcorporaties. Op grond van de schakelbepaling in artikel 31 lid 2 Woningwet kunnen ook commissarissen van woningcorporaties sinds 1 juli 2015 op grond van artikel 2:9 BW persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wegens onbehoorlijk toezicht.

Wil een woningcorporatie een commissaris met succes persoonlijk aansprakelijk kunnen stellen voor schade wegens onbehoorlijk toezicht, dan is vereist dat hem ter zake van het onbehoorlijke toezicht een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of sprake is van een ernstig verwijt, moet volgens vaste rechtspraak⁶⁶ worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder de informatie waarover de commissaris beschikte of behoorde te beschikken alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een commissaris die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet

vervult. Omdat commissarissen samen verantwoordelijk zijn voor de taakuitoefening door de raad van toezicht (collegiale taakvervulling), zijn alle commissarissen in geval van onbehoorlijk toezicht jegens de woningcorporatie hoofdelijk aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Een commissaris kan zich disculperen indien hem van het onbehoorlijke toezicht geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij voorts niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk toezicht af te wenden.

Wij betwijfelen of het uitbreiden van de werkingssfeer van artikel 2:9 BW tot commissarissen van woningcorporaties zal leiden tot meer succesvolle (persoonlijke) aansprakelijkstellingen van commissarissen. De drempel voor het aansprakelijk stellen van commissarissen mag dan wel zijn verlaagd, de lat voor een succesvolle aansprakelijkstelling ligt nog steeds hoog: de woningcorporatie zal niet alleen moeten aantonen dat de raad van toezicht onvoldoende toezicht heeft gehouden op het bestuur als gevolg waarvan de woningcorporatie schade heeft geleden, maar er moet voorts sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid. Vaak strandt een persoonlijke aansprakelijkstelling van een commissaris omdat niet voldaan wordt aan de bewijslast. Ook kan een vooraf gegeven vrijetekening of een achteraf verleende decharge in de weg staan aan een succesvolle persoonlijke aansprakelijkstelling van commissarissen. Vrijetekening houdt in dat de woningcorporatie en de commissaris overeenkomen dat de woningcorporatie zich verbindt de commissaris niet of slechts beperkt aansprakelijk te stellen voor eventueel toekomstig onzorgvuldig gedrag van de commissaris. Het verlenen van decharge ontnemt de woningcorporatie in beginsel de mogelijkheid om een commissaris aansprakelijk te stellen voor schade als gevolg van onvoldoende toezicht. Mocht de woningcorporatie zich de tijd en de kosten kunnen en willen getroosten en alle voormelde hobbels hebben genomen en dus een veroordelend vonnis jegens een commissaris hebben verkregen, dan bestaat nog het risico dat de woningcorporatie alsnog achter het net vist omdat de betrokken commissaris niet bij machte is om de schadevergoeding te betalen.

6. Maatregelen ter versterking van het interne toezicht

De raad van toezicht speelt in de nieuwe Woningwet een cruciale rol: hij moet voldoende tegenwicht bieden aan het bestuur. Volgens diverse commissies die onderzoek hebben gedaan naar de interne governance van woningcorporaties, zoals de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties en de Commissie-Hoekstra, is de raad van toezicht in vrijwel alle onderzochte incidenten niet de tegenkracht geweest die de dominante bestuurder nodig had. Niet alleen de persoon van de commissarissen

62. Het Ambtelijk voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen beoogt voor stichtingen en verenigingen op dezelfde wijze als voor N.V.'s en B.V.'s te regelen dat toezichthouders aansprakelijk kunnen zijn voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling.

63. Zo zijn de (voormalige) commissarissen van woningcorporaties Vestia en Servatius op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk gesteld wegens onbehoorlijk toezicht.

64. Zie voor een persoonlijke aansprakelijkstelling van een commissaris op grond van artikel 6:162 BW wegens onbehoorlijk toezicht expliciet Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866.

65. Artikel 104 lid 2 van de wet van 10 juli 2013 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met versterking van het bestuur bij pensioenfondsen en enige andere wijzigingen, *Stb.* 2013, 302.

66. HR 10 januari 1997, *NJ 1997/360 (Staleman/Van de Ven)*.

is hier debet aan (onvoldoende deskundig en niet kritisch genoeg) maar ook zou de raad van toezicht over onvoldoende instrumenten beschikken om in te grijpen. Om het interne toezicht te verbeteren bevat de nieuwe Woningwet maatregelen die de positie van de raad van toezicht als collectief versterken. In deze paragraaf zullen wij ingaan op de mogelijkheden die de nieuwe Woningwet aan de raad van toezicht biedt om bestuurders te controleren en te corrigeren.

6.1. Informatieplicht bestuur

Om zijn toezichthoudende taak adequaat te kunnen uitoefenen heeft de raad van toezicht informatie nodig. De parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties komt tot de conclusie dat de raad van toezicht in de door haar onderzochte casussen vaak niet voldoende geïnformeerd was. Om te bewerkstelligen dat de raad van toezicht wordt voorzien van de noodzakelijke informatie, bepaalt artikel 32 lid 1 van de nieuwe Woningwet dat het bestuur de raad van toezicht tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens moet verschaffen. Artikel 32 lid 2 Woningwet bevat een minimumvoorziening: het bestuur moet ten minste eenmaal per jaar de raad van toezicht schriftelijk op de hoogte stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de woningcorporatie. Artikel 32 Woningwet is gelijklopend aan artikel 2:57 lid 8 en artikel 2:141/251 BW waarin de informatieplicht van het bestuur van een coöperatie, N.V. en B.V. is neergelegd. Ook stemt artikel 32 Woningwet overeen met het door het Ambtelijk voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voorgestelde lid 7 van artikel 2:47/292a BW dat een informatieverplichting voor bestuurders van verenigingen en stichtingen introduceert.⁶⁷

Indien het bestuur van een woningcorporatie tekortschiet in de op haar rustende informatieplicht, dan kan zulks er in een enquêteprocedure toe leiden dat het handelen van het bestuur wegens onzorgvuldigheid als wanbeleid wordt bestempeld.⁶⁸ Hoewel artikel 32 van de nieuwe Woningwet de verantwoordelijkheid voor de informatieverschaffing primair bij het bestuur van de woningcorporatie legt, doet dit er niet aan af dat de raad van toezicht er zelf op dient toe te zien dat hij over voldoende informatie beschikt om zijn toezichthoudende taak naar behoren uit te kunnen oefenen. In de parlementaire geschiedenis wordt hierover opgemerkt dat bij de invulling van zijn taak wordt verwacht dat de raad van toezicht actief alle (aanvullende) informatie vergaart die nodig is om tot een afweging te komen, wanneer hij een plan of voorname van het bestuur van de toegelaten instelling moet goedkeuren.⁶⁹ Deze zogenaamde 'informatiehaalplicht' volgt ook uit Principe 3 onder bepaling 3.24 van de Governancecode. Commissarissen die niet voldoen aan de op hen rustende verplichting om zelf informatie in te winnen

indien daartoe aanleiding bestaat en niet ingrijpen, handelen onzorgvuldig.⁷⁰

6.2. Bevoegdheden raad van toezicht

6.2.1. Benoeming, schorsing en ontslag bestuurders

De meest vergaande bevoegdheid die de nieuwe Woningwet aan de raad van toezicht toekent om corrigerend te kunnen optreden, betreft de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders (artikel 25 lid 6 Woningwet). Deze bevoegdheden stellen de raad van toezicht in staat om invloed uit te oefenen op de benoeming van bestuurders en de door hem benoemde bestuurders te schorsen of te ontslaan bij disfunctioneren.

6.2.2. Goedkeuring bestuursbesluiten

Om de toezichthoudende taak daadwerkelijk te kunnen effectueren, schrijft artikel 26 van de nieuwe Woningwet voor dat bepaalde ingrijpende bestuursbesluiten, behoudens in bij algemene maatregel van bestuur bepaalde gevallen, aan de goedkeuring van de raad van toezicht zijn onderworpen.

Artikel 26 lid 1 Woningwet geeft een niet limitatieve opsomming. Het betreft in de eerste plaats belangrijke besluiten die het bestuur op grond van de Governancecode 2011 ook al ter goedkeuring diende voor te leggen aan de raad van toezicht en die ontleend zijn aan artikel 2:107a en 2:164/274 BW, zoals besluiten tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking, ontbinding en het aanvragen van het faillissement van de woningcorporatie en een ingrijpende wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers. Omdat deze besluiten verplaatst zijn naar de nieuwe Woningwet is het voor woningcorporaties niet meer mogelijk om gemotiveerd af te wijken van de goedkeuringsvereisten die voorheen waren opgenomen in de Governancecode. In de tweede plaats worden bestuursbesluiten omtrent omvangrijke investeringen, zoals het besluit tot het doen van een investering ten behoeve van de volkshuisvesting indien daarmee een bedrag van ten minste € 3 miljoen gemoeid is (artikel 26 lid 1 aanhef en onderdeel c Woningwet) en het besluit tot het vervreemden van onroerend goed, het daarop vestigen van een recht van erfpacht, opstal of vruchtgebruik en het overdragen van de economische eigendom daarvan (artikel 26 lid 1 aanhef en onderdeel i Woningwet), onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. De goedkeuring van de raad van toezicht is op grond van artikel 21 Btiv evenwel niet vereist voor het doen van investeringen ten behoeve van het in stand houden van woningen, zoals het regulier onderhoud. Ook de verkoop van woningen tot een bedrag van € 10 miljoen is vrijgesteld van goedkeuring door de raad van toezicht, mits het gaat om verkoop aan natuurlijke personen die er zelf gaan wonen. Gelet op de achterliggende gedachte van het opnemen van het goedkeuringsvereiste, namelijk het 'meer-ogen'-principe, is het opmer-

67. Artikel 2:47/292a lid 7 BW Ambtelijk voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

68. *Kamerstukken II* 2010/11, 32769, 3, p. 48 (MvT). Zie ook HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (*OGEM*).

69. *Kamerstukken I* 2014/15, 33966 en 32769, I, p. 17 (MvA).

70. Memorie van toelichting bij het Ambtelijk voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 20 en L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014, afl. 4, p. 143. Zie ook HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443 (*Laurus*) en Rb. Noord-Nederland 4 december 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7528.

kelijk dat het goedkeuringsvereiste beperkt is tot het doen van investeringen ten behoeve van de volkshuisvesting indien daarmee een bedrag van ten minste € 3 miljoen gemoeid is. Dit impliceert dat investeringen die niet ten behoeve van de volkshuisvesting worden gedaan, zoals het aangaan van risicovolle derivatentransacties, tenzij deze in strijd met het doel⁷¹ van de woningcorporatie worden geacht en dus aantastbaar zijn op grond van doeloverschrijding, niet de voorafgaande goedkeuring zouden behoeven van de raad van toezicht.⁷² Dat lijkt ons niet wenselijk en kan gelet op de Vestia-affaire ook niet de bedoeling van de wetgever geweest zijn. Om te bewerkstelligen dat het ‘meer-ogen’-principe juist ook bij andere investeringen dan die ten behoeve van de volkshuisvesting is gewaarborgd, is het raadzaam om in de statuten van de woningcorporatie op te nemen dat alle investeringen boven de € 3 miljoen onderworpen zijn aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht. Tot slot bepaalt de Woningwet dat ook besluiten tot het vaststellen van het overzicht van voorgenomen werkzaamheden de goedkeuring behoeven van de raad van toezicht (artikel 26 lid 1 aanhef en onderdeel j Woningwet).

Een bestuursbesluit dat genomen is zonder de vereiste goedkeuring van de raad van toezicht is op grond van artikel 2:14 BW nietig. Ingevolge artikel 26 lid 3 van de nieuwe Woningwet tast de nietigheid de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur echter niet aan. Dat betekent dat de woningcorporatie gebonden is aan de transactie die ter uitvoering van het bestuursbesluit is aangegaan, ook al heeft de raad van toezicht het onderliggende bestuursbesluit niet goedgekeurd. Dergelijke besluiten hebben in beginsel alleen interne werking. Alleen als de wederpartij van de woningcorporatie ermee bekend is dat het bestuur de vereiste goedkeuring niet heeft verkregen en er sprake is van bijkomende omstandigheden, zoals de bijzondere nadeligheid van de transactie voor de woningcorporatie,⁷³ komt het ons voor dat de wederpartij in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt indien zij de woningcorporatie ondanks het ontbreken van de vereiste goedkeuring aan de transactie wil houden.⁷⁴

In de memorie van toelichting bij de Herzieningswet merkt de minister op dat het nemen van besluiten door het bestuur zonder de vereiste instemming van de raad van toezicht door middel van de mogelijke sancties tegen woningcorporaties zo veel mogelijk zal dienen te worden voorkomen.⁷⁵ Op welke mogelijke sancties de minister doelt is niet duidelijk. Omdat het goedkeuringsvereiste een interne kwestie is – de minister geeft zelf ook aan dat instemming alleen interne werking heeft – zijn wij van mening dat een overtreding van het in de Woningwet opgenomen goedkeuringsvereiste alleen interne repercus-

sies zou moeten hebben. Te denken valt dan aan een schorsing of ontslag van de bestuurder. Daarnaast riskeert een bestuurder die het goedkeuringsvereiste heeft geschonden persoonlijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) of onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) indien de woningcorporatie is geschaad door zijn handelwijze. Volgens vaste rechtspraak is een handelen in strijd met wettelijke, statutaire of andere regels die de rechtspersoon beogen te beschermen een zwaarwegende omstandigheid die in beginsel aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW vestigt.⁷⁶ Tot slot lopen bestuurders het risico strafrechtelijk te worden vervolgd indien zij opzettelijk niet voldoen aan de in artikel 29a Woningwet neergelegde verplichting om aan de raad van toezicht (en de minister), op diens verzoek of eigener beweging, mededeling te doen van feiten en omstandigheden waarvan het voor het bestuur duidelijk is of redelijkerwijs duidelijk zou moeten zijn dat die feiten en omstandigheden van invloed kunnen zijn op enig door de raad van toezicht (en de minister) te nemen goedkeuringsbesluit. Het opzettelijk niet voldoen aan deze informatieplicht is een overtreding in de zin van de Wet op de economische delicten waarop maximaal zes maanden hechtenis en een boete van maximaal € 19 000 staat. Ook kan er een taakstraf worden opgelegd. Niet duidelijk is welke ‘feiten en omstandigheden’ er door het bestuur gemeld moeten worden. Een dergelijke open norm brengt het risico met zich mee dat bestuurders nagenoeg alle feiten en omstandigheden gaan melden om aan een strafbaarstelling te ontkomen, hetgeen een tsunami aan (niet relevante) informatie tot gevolg kan hebben.

7. Tot besluit

De ontwikkelingen die zich sinds de laatste ingrijpende herziening van de Woningwet in 1991 en de inwerking-treding van het Bbsh in 1993 in de corporatiesector hebben voorgedaan alsmede de schandalen die de corporatiesector in een kwaad daglicht hebben gesteld, vormden de aanleiding voor een ingrijpende wijziging van het corporatiestelsel. De nieuwe Woningwet geeft gedetailleerde voorschriften omtrent de governance van woningcorporaties. De teugels zijn aangetrokken. De nieuwe Woningwet bevat weliswaar instrumenten waarmee een verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht wordt beoogd. Bestuurders en commissarissen worden voortaan bij (her)benoeming op hun geschiktheid en betrouwbaarheid getoetst en mogen geen onverenigbare functies uitoefenen. De benoemingstermijn voor een bestuurder (natuurlijk persoon) en voor commissarissen bedraagt vier jaar, zodat periodiek hun functioneren aan een evaluatie kan worden onderworpen. Deze toetsingen zijn echter momentopnames en voor bestuurders mogelijk te ontgaan door via een rechtspersoon bestuurder van de

71. Artikel 19 lid 1 Woningwet bepaalt dat een woningcorporatie beoogt zijn financiële middelen uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting in te zetten.

72. Zie ook M. van Olffen & N.M. van Dijk, ‘Een ingrijpende verbouwing van woningcorporaties’, *Ondernemingsrecht* 2013/42. Van Olffen en Van Dijk wijzen voorts nog op het risico van ‘smurfgedrag’: het kunstmatig beperken van het investeringsbedrag tot net onder het grensbedrag.

73. Hof Amsterdam 12 augustus 2008, *JIN* 2009/2 (*Tiscali*).

74. HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (*Bibolimi*).

75. *Kamerstukken II* 2010/11, 32769, 3, p. 45 (MvT).

76. HR 29 november 2002, *NJ* 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*).

woningcorporatie te worden. Voorts reguleert een ‘fit-and-proper’-test niet het gedrag van bestuurders en commissarissen tijdens hun zittingstermijn. Dit doet de Governancecode 2015 wel. De daarin opgenomen bepalingen zijn concreet gericht op het bevorderen van de kwaliteit en transparantie van het handelen van het bestuur en de raad van toezicht. Om dit te bereiken is afwijking met ‘leg uit’ voor significant meer bepalingen dan in de oude governancecode niet meer mogelijk. Wij vinden het dan ook een gemiste kans dat de mogelijkheid voor de minister om een governancecode algemeen verbindend te verklaren, tijdens de parlementaire behandeling is geschrapt.

De nieuwe Woningwet voorziet thans in de mogelijkheid om commissarissen persoonlijk aansprakelijk te stellen in geval van onvoldoende toezicht. Dit is echter een middel dat pas achteraf kan worden ingezet. Het kwaad is dan al geschied; de woningcorporatie zit met schade. Omdat de lat voor een succesvolle persoonlijke aansprakelijkstelling van een commissaris hoog ligt – er moet sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid – verwachten wij niet dat het van overeenkomstige van toepassing verklaren van artikel 2:9 BW op de taakvervulling door de raad van toezicht van woningcorporaties tot meer succesvolle aansprakelijkstellingen zal leiden. De vraag is verder of personen die overwegen om commissaris te worden niet als voorwaarde zullen stellen dat de woningcorporatie een aansprakelijkheidsverzekering voor hen afsluit die dekking biedt voor een schadevergoedingsverplichting van de commissaris jegens de woningcorporatie, of hen vrijtekent van interne aansprakelijkheid. De nieuwe Woningwet verbiedt dit niet.

Onze conclusie is, dat de in de nieuwe Woningwet opgenomen maatregelen omtrent de geschiktheid en betrouwbaarheid van bestuurders en commissarissen onvoldoende bijdragen aan een daadwerkelijke verbetering van de governance van woningcorporaties. Het is naar onze mening in dat verband een gemiste kans dat niet dwingend is voorgeschreven dat het bestuur van een woningcorporatie meervoudig is samengesteld. Een kleine woningcorporatie kan best bestuurd worden door twee in deeltijd werkende bestuurders.⁷⁷ Dan blijven de kosten in de hand en kan er binnen het bestuur weerwerk worden geleverd. In dit verband betreuren wij het afschrijven van het one-tier-board bestuursmodel voor woningcorporaties.

Ook een gemiste kans is het niet creëren van dan wel het niet opnemen van de verplichting tot het instellen van een derde macht (lees: toezicht op het toezicht; de zogenaamde ‘third line of defense’). Sterker nog, de positie van de bij een woningcorporatie, die de rechtsvorm van vereniging heeft, bestaande derde macht – de algemene vergadering – wordt gemarginaliseerd. Wij menen dat een derde macht de beste waarborg biedt voor blinde vlekken bij bestuurders en commissarissen. Door het toekennen van een klankbordfunctie (in de vorm van een adviserende of goedkeurende rol) aan een dergelijke derde

macht inzake het vaststellen en realiseren van de strategische doelen alsmede door het laten afleggen van verantwoording door het bestuur en de raad van toezicht voor het gevoerde beleid en toezicht kan een dergelijke ‘third line of defense’ een wezenlijke bijdrage leveren aan het zelfreinigend vermogen van de organisatie. De bepalingen in de Pensioenwet ter zake van (de bevoegdheden van) het verantwoordingsorgaan respectievelijk het belanghebbendenorgaan kunnen hierbij naar onze mening een bron van inspiratie zijn.

De Governancecode 2015 verplicht ook niet tot het instellen van een derde macht, doch bevat wel de verplichting voor het bestuur om vast te leggen wie als belanghebbende partijen hebben te gelden en de verplichting om deze belanghebbende partijen actief bij (de vormgeving van) het beleid van de woningcorporatie te betrekken.⁷⁸ Wij vinden het vreemd dat de Governancecode voor de raad van toezicht geen rol weggelegd ziet bij het vaststellen van wie als belanghebbende partijen worden aangemerkt. Te meer nu Principe 4 onder bepaling 4.7 van de Governancecode de raad van toezicht verplicht tot het periodiek verantwoording afleggen aan de belanghebbenden over de wijze waarop de raad van toezicht zijn toezichthoudende taak heeft uitgeoefend. Wellicht dat de ervaringen die hiermee worden opgedaan op termijn alsnog leiden tot een wettelijke verplichting tot het instellen van een ‘third line of defense’ met wezenlijke bevoegdheden om de maatschappelijke inbedding van de woningcorporatie gestalte te kunnen geven. Overigens bestaat bij een woningcorporatie, die de rechtsvorm van vereniging heeft, naar onze mening onder de nieuwe Woningwet – en binnen de grenzen van die wet – al de mogelijkheid om de algemene vergadering in de statuten van de vereniging (verder) aan te kleden met bevoegdheden die een derde macht nodig heeft en staat er niets aan in de weg dat een woningcorporatie, die de rechtsvorm van een stichting heeft, vrijwillig een derde macht creëert in haar statuten en deze bekleedt met bevoegdheden. Wij roepen woningcorporaties op de handschoen op te pakken.

77. Zie ook: Rapport Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2014, ‘Van tweelui naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties’, mei 2014, p. 36.

78. Governancecode 2015, Principe 4 onder de bepalingen 4.1 en 4.3.