

Reactie Stichting Federatie Auteursrechtbelangen op internetconsultatie inzake Besluit betrouwbaarheid geschiktheid toezichthouders en bestuurders collectieve beheersorganisaties (11755)

6 juli 2021

Inleiding

De stichting Federatie Auteursrechtbelangen ('de Federatie') reageert graag namens de organisaties van rechthebbenden vertegenwoordigd door Platform Makers en Platform Creatieve Media Industrie op de consultatie inzake Concept Besluit en Nota van Toelichting betrouwbaarheid en geschiktheid toezichthouders en bestuurders collectieve beheersorganisaties. De organisaties van rechthebbenden hebben hierbij grote zorg omdat zij menen dat middels dit besluit potentieel te zeer ingegrepen wordt in de eigen zeggenschap van rechthebbenden, welke de wetgever juist zou moeten beschermen en te zeer wordt voorbijgegaan aan de oorspronkelijke bedoeling van de introductie van deze bevoegdheid, te weten: de mogelijkheid introduceren, *daar waar daartoe aanleiding is*, ook eigenstandig door het CvTA te (laten) toetsen of een persoon voldoet aan de benodigde betrouwbaarheids- en geschiktheidseisen (zie onder, onder 'wetsgeschiedenis').

Zoals de regering de Tweede Kamer antwoordde bij geuite zorgen over deze nieuwe bevoegdheid: "Het belang van geschikte en betrouwbare bestuurders en toezichthouders gaat alle bij een organisatie betrokken partijen aan." Dit onderschrijft de Federatie. CBO's en brancheorganisaties, vakbonden en beroepsorganisaties zien dit belang en gaan niet lichtvaardig over tot benoemingen (of voordrachten). Dit laat onverlet dat het de eigen bevoegdheden van rechthebbenden en van private organisaties betreft. Nu de wet het externe toezicht, voor wat betreft CBO's met een jaarincasso van 50 miljoen of hoger, te weten momenteel Buma en Sena, bevoegdheden tot beoordelen van geschiktheid en betrouwbaarheid van functionarissen geeft, dient deze bevoegdheid niet verder dan beoogd opgerekt te worden. Ten behoeve van het maatschappelijk vertrouwen voorziet de wet dat het externe toezicht toeziet op het volgen van de daartoe vastgelegde (en door het CvTA goedgekeurde) procedures en bij twijfel een eigen toetsing kan (laten) verrichten. Dit laatste dient echter de uitzondering te zijn op de hoofdregel dat de benoeming de primaire verantwoordelijkheid is van de daartoe bevoegde organen van Buma en Sena.

In deze reactie wordt eerst ingegaan op de wetsgeschiedenis, gevolgd door de uitgangspunten en kenmerken van de praktijk van het betreffende rechtsgebied. Daarna volgt een opsomming van de aanbevelingen van de Federatie ten aanzien van het conceptbesluit met een samenvattend slotwoord.

Wetsgeschiedenis

De Federatie erkent dat de wet het CvTA de bevoegdheid geeft vast te *kunnen* stellen of de betrouwbaarheid en geschiktheid van een persoon die bij een collectieve beheersorganisatie met een jaarincasso boven 50 miljoen euro is of wordt belast met taken als bedoeld in de artikelen 2e, eerste lid, of 2f, eerste lid, buiten twijfel staat. Daarbij is van belang aan te blijven sluiten bij de bedoeling van de wet, te weten: van de bevoegdheid gebruik te *kunnen* maken dit zelf te (laten) toetsen, *indien daartoe aanleiding is*.

Citaten uit de wetsgeschiedenis, waaraan in de nu voorliggende AMvB te zeer wordt voorbijgegaan:

- Memorie van Toelichting bij 3.4, p. 8 "Het ligt voor de hand dat het College van de nieuwe bevoegdheid gebruik maakt wanneer de cbo of obo de kandidaat-bestuurder of -toezichthouder niet of onvoldoende heeft getoetst."
- Memorie van Toelichting bij art 5aa, p. 21 "Voor een toets kan aanleiding bestaan als het College van mening is dat de organisatie de kandidaat-bestuurder of -toezichthouder onvoldoende zelf heeft getoetst."

Deze citaten uit de Memorie van Toelichting geven aan dat niet beoogd werd dat het CvTA in alle gevallen gebruik zal maken van de nieuwe bevoegdheid, maar alleen in gevallen zoals beschreven. Daarom is van belang in de uitwerking helder te maken dat het CvTA enkel tot eigen toetsing of toetsing door een derde over zal gaan bij zwaarwegende redenen.

Ook bij de totstandkoming van de wet hebben rechthebbenden met name hun zorg uitgesproken over ingrijpen door het CvTA in de vertegenwoordiging van rechthebbenden in toezichthoudende organen. In antwoord op deze zorg vanuit de Tweede Kamer heeft de regering geantwoord dat het College "niet lichtvaardig tot een negatief oordeel kan komen", "in het bijzonder wanneer de getoetste betrokkene wordt voorgedragen of is benoemd op basis van een brede consensus binnen de organisatie of binnen een representatieve organisatie van rechthebbenden." (Nota naar aanleiding van het verslag van 13 februari 2020, p 6).

Deze extra terughoudendheid ten aanzien van vertegenwoordigers van rechthebbenden is in het voorliggende concept besluit onvoldoende terug te vinden. Enkel wordt gesteld dat in die gevallen het College "niet lichtvaardig tot een negatief oordeel zal komen". Er van uitgaande dat het College nooit lichtvaardig tot een negatief oordeel zou mogen komen bij een beoordeling van ook andere functionarissen biedt dit weinig houvast en rechtszekerheid en is het, klaarblijkelijk ook in deze tekst beoogde, verschil onvoldoende concreet. Zeker voor deze categorie functionarissen dient het CvTA derhalve enkel bij zwaarwegende redenen over te kunnen gaan tot eigen toetsing of toetsing door een derde en enkel bij zwaarwegende redenen tot een negatief oordeel moeten kunnen komen.

Voor de helderheid merken wij op dat personen ook niet lichtvaardig door een representatieve organisatie van rechthebbenden voor een post worden voorgedragen of benoemd. Ook dit zou een uitgangspunt moeten zijn.

Uitgangspunten

1. Op grond van de Wet Toezicht kan het CvTA vaststellen of de betrouwbaarheid en geschiktheid van een persoon die bij een collectieve beheersorganisatie is of wordt belast met taken als bedoeld in de artikelen 2e, eerste lid, of 2f, eerste lid, buiten twijfel staat.
2. Hier wordt uitdrukkelijk gesproken van "kan". Er is derhalve -terecht- geen verplichting tot toetsing. Dit dient zo te blijven.
3. Het is onzes inziens primair de verantwoordelijkheid van de toezichthoudende organen van Buma en Sena, alsmede van de besturen van benoemende of voordragende organisaties (waar van toepassing), om er op toe te zien dat betrouwbare toezichthouders en bestuurders worden benoemd door de daartoe bevoegde organen van deze CBO's, dan wel de benoemende organisaties. Dit is in lijn met onder meer de belangrijke beginselen van vrijheid van vereniging, rechtszekerheid en het proportionaliteitsbeginsel. Waar het vertegenwoordigers van rechthebbenden betreft sluit het tevens aan bij de Richtlijn Collectief Beheer die mede ten doel heeft zeggenschap van rechthebbenden te garanderen (onder meer: "leden moet worden toegestaan deel te nemen aan het permanente toezicht op de leiding van collectieve beheersorganisaties", aldus in Overweging 24 van de Richtlijn Collectief Beheer) en bepaalt dat rechthebbenden evenwichtig vertegenwoordigd dienen te zijn binnen de toezichthoudende organen van een CBO ("verschillende categorieën leden van de collectieve beheersorganisatie zijn billijk en evenwichtig vertegenwoordigd in het orgaan dat de toezichtfunctie uitoefent", zie art. 9 lid 2 Richtlijn Collectief Beheer). Het is mede in dat verband niet aan de overheid om, tenzij er zwaarwegende redenen van ingrijpen bestaan, direct of (via een door de overheid benoemde toezichthouder) indirect te bepalen door wie rechthebbenden zich mogen laten vertegenwoordigen.
4. Het is daarbij tevens van belang te beseffen dat CBO's *private* organisaties zijn, en dat het gaat om beheer van vergoedings- en exclusieve rechten die toekomen aan *private* partijen (kort gezegd makers en producenten). Daarbij past een terughoudende opstelling ten aanzien van overheidsinmenging. Met name, als gezegd, waar het de vertegenwoordigers van rechthebbenden zelf betreft. In de diverse organen van Buma en Sena zijn door private rechthebbendenorganisaties voorgedragen bestuurders actief. Buma en Sena hanteren zorgvuldige procedures voor benoeming, vastgelegd in statuten en/of reglementen die zijn voorgelegd aan het CvTA. Buma en Sena werken met goedgekeurde profielschetsen die zijn toegesneden op de specifieke wensen en behoeften van de betreffende CBO. Aan voordragende of benoemende partijen voor vertegenwoordigers van rechthebbenden in het toezicht (vakbonden, beroepsorganisaties en brancheorganisaties) worden onder meer eisen van representativiteit en democratische besluitvorming gesteld. Er mag in beginsel vanuit worden gegaan dat deze partijen zorgvuldig tot voordrachten of benoemingen overgaan, rekening houdend met de relevante profielschetsen en de benodigde specifieke competenties. Het betreft immers rechten en vergoedingsrechten voor hún aangeslotenen. Zij kunnen bij uitstek beoordelen welke competenties daarin op het specifieke moment van bijzondere waarde zijn.

5. Buma en Sena zijn, mede gelet op het onder 4 bepaalde en de hieronder vermelde punten, bij uitstek geschikt om de betrouwbaarheid en geschiktheid van bestuurders en onafhankelijke toezichthouders te beoordelen en daarop toe te zien. Het conceptbesluit brengt het CvTA te veel op de stoel van het toezichthoudend orgaan van de CBO en in geval van vertegenwoordigers van rechthebbenden op de stoel van de rechthebbenden zelf. Dat grijpt te veel in op de hierboven benoemde beginselen. Ter illustratie:
- Het conceptbesluit meldt ten aanzien van toetsing door het CvTA dat een door een CBO opgesteld functieprofiel *"mede de wijze en intensiteit van de beoordeling bepalen"*. Een functieprofiel (en de interpretatie en/of uitleg daarvan) is onzes inziens echter primair een aangelegenheid van de CBO.
 - *"Indien de cbo bijvoorbeeld een bestuurder zoekt om de onderneming door een crisis te loodsen, zullen andere competenties nodig zijn dan voor iemand die zich beperkt tot reguliere toezichtstaken. Het College van Toezicht kan dat in zijn toetsing meewegen"*. Het "door een crisis loodsen" is primair een aangelegenheid van de CBO en kent per definitie vele kanten en gevolgen voor een CBO. De CBO is bij uitstek in staat daarmee rekening te houden.
 - bij toetsing door het CvTA kan *"rekening [...] worden gehouden met de aard en zwaarte van de functie waarvoor die persoon in aanmerking wordt gebracht, en de aard en omvang van de werkzaamheden van de collectieve beheersorganisatie"*. Het kwalificeren en beoordelen van "de aard en zwaarte van de functie" en "de aard en omvang van de werkzaamheden" zijn primair aangelegenheden van de CBO die bij uitstek geschikt is daarmee rekening te houden.
 - Het conceptbesluit meldt tevens dat *"de mate van diepgang van kennis en ervaring verder in grote mate afhangt van de specifieke omstandigheden, waaronder de specifieke situatie bij de cbo"*. Hier geldt naar onze mening welhaast per definitie dat dit bij uitstek aan de CBO is om te beoordelen (*"de specifieke situatie bij de cbo"*).
 - Ook de beoordeling van de in de toelichting van het conceptbesluit genoemde competenties behoren naar onze mening bij uitstek bij de CBO zelf, niet in de minste plaats omdat het gedetailleerde specifieke competenties betreft en deze bovendien in het licht van haar eigen organisatie moeten worden uitgelegd: *"Bij een bestuurder of directielid kan bijvoorbeeld worden gedacht aan competenties als besluitvaardigheid, communicatief vermogen, leiderschap, omgevingssensitiviteit, samenwerkingsvermogen en verantwoordelijkheid."*

Aanbevelingen

1. Op pagina 11 vermeldt het conceptbesluit terecht dat het CvTA niet verplicht is om voorafgaand aan de benoeming of herbenoeming van een persoon te toetsen. Daaraan dient naar onze mening te worden toegevoegd dat van de bevoegdheid tot toetsing bij hoge uitzondering gebruik wordt gemaakt en slechts als er gegronde redenen zijn te twijfelen aan een juist beleid van of juiste gang van zaken bij een CBO en de reden hiervoor mogelijk (mede) is gelegen in het functioneren van een bestuurder of toezichthouder.

2. De Federatie stelt voor dat in (de toelichting van) het conceptbesluit wordt vermeld dat het uitgangspunt is dat CBO's en/of benoemende partijen kandidaten adequaat toetsen. Het conceptbesluit vermeldt op pagina 11 dat het CvTA kan afzien van een beoordeling van de betrouwbaarheid en geschiktheid indien het CvTA van mening is dat de CBO de kandidaat adequaat heeft getoetst. Naar de mening van de Federatie zou dat het uitgangspunt dienen te zijn.
3. Voor een toetsing door het CvTA zou aan dezelfde vereisten dienen te zijn voldaan als bij een hertoetsing, namelijk *"dat feiten of omstandigheden bekend worden die een redelijke aanleiding geven voor het doen van een nieuwe beoordeling"*. Bij dergelijke feiten kan het volgens de toelichting op het (nog niet in werking getreden) artikel 5aa van de Wet Toezicht gaan om de situatie waarbij het CvTA *"signalen ontvangt die ertoe leiden dat het gegronde redenen heeft te twijfelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij een cbo en de reden hiervoor mogelijk (mede) is gelegen in het functioneren van een bestuurder of toezichthouder"*. Dit dient te gelden ten aanzien van iedere toetsing door het externe toezicht.
4. Blijkens het conceptbesluit betreft het CvTA vele elementen bij haar toetsing, met uitgebreide bijlages en antecedenten op detailniveau. Waarvan bovendien velen voor de sector niet relevant zijn. Van dergelijke diepgaande en brede kaders kan een bepaald *"chilling effect"* uitgaan, dat kan leiden tot minder bereidheid tot kandideren, daarnaast kan dit leiden tot willekeur en (middels een door het CvTA zelf op te stellen kader) toetsingscriteria die door de wetgever nooit zijn beoogd. Het is voldoende als getoetst wordt aan de hand van openbare bronnen naast de verplichting van een VOG die als leidend zou moeten worden beschouwd. Daarnaast is in het kader van onder meer rechtszekerheid van belang dat het toetsingskader in de AMvB wordt vastgelegd en niet wordt "open" gelaten.
5. Uit de toelichting zou moeten blijken dat er zwaarwegende redenen moeten zijn voor het CvTA om te besluiten tot een eigen onderzoek of onderzoek door een derde. Ook al omdat betrokken CBO's daarvoor de rekening gepresenteerd krijgen, terwijl zij al bijdragen aan 50% van de kosten van het extern toezicht en reeds kosten maken bij de eigen werving en toetsing van functionarissen. Tevens omdat een dubbele toetsing (door de benoemende partij en het CvTA) onnodige verlenging van procedures op kan leveren en handelingsnelheid kan vertragen.

Tot slot

In artikel 2 en in de toelichting is verduidelijkt dat het uitgangspunt een toetsing voorafgaand aan de benoeming is, met de klaarblijkelijke bedoeling dat het College kan afzien van toetsing of kan kiezen voor "een minder indringende" toetsing als uit de overlegde informatie door de CBO blijkt dat de kandidaat reeds adequaat is getoetst. De Federatie verzoekt u dit te wijzigen tot een situatie waarin het College pas zelf gaat toetsen bij zwaarwegende redenen tot twijfel.

Daarnaast verzoekt de Federatie u de criteria waarop getoetst kan en dient te worden op te nemen in het besluit en niet over te laten aan nader beleid (zie aanbeveling 4).

Subsidiair: het bepalen van het nader beleid en de te verschaffen documenten, is in de toelichting op meerdere plekken terug te vinden, dient in overleg met de betrokken CBO's te worden opgesteld; daar waar dit benoemingen en/of voordrachten betreft door andere organisaties dan betreffende CBO dient onzes inziens ook expliciet vastgelegd te worden dat het beleid in overleg met ook benoemende of voordragende organisaties dient te worden opgesteld, in ieder geval voor wat betreft die functies waar van toepassing.

Uiteraard zijn wij graag bereid tot het geven van een nadere toelichting.

Met vriendelijke groet,

Anne de Jong
Fungerend voorzitter Federatie Auteursrechtbelangen