



door



Joost Kramer



Sharon van de
Veerdonk



Harry
Woldendorp

IMPACT INTERNE CORRESPONDENTIE ONDERSCHAT

Paper trail als toe- gevoegde waarde in toezichtsproces

De maatschappij vraagt van organisaties die werken met collectieve middelen meer transparantie. De governance-incidenten bij Philadelphia, Vestia, Amarantis en Woningstichting Servatius hebben voeding gegeven aan de roep om aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders. In dit artikel gaan we in op de wettelijke kaders voor die aansprakelijkheid, de toetsingsgronden, de consequenties voor het documenteren van besluitvormingsprocessen en hoe de formele verantwoording kan bijdragen aan de kwaliteit van besluitvorming.

In het Nederlandse recht neemt artikel 2:9 Burgerlijk Wetboek (BW) een centrale plaats in bij het thema bestuurdersaansprakelijkheid. Dit artikel bepaalt immers dat 'elke

bestuurder (...) tegenover de rechtspersoon [de organisatie; red.] gehouden (is) tot een behoorlijke vervulling van zijn taak'. Dit artikel is tevens van toepassing voor com-

missarissen en via jurisprudentie ook voor andere toezichthouders. Artikel 2:9 BW ziet op de interne aansprakelijkheid en is daarmee een van de mogelijke rechtsgronden

voor aansprakelijkheid. In de jurisprudentie bewegen de aansprakelijkheidsnormen naar elkaar toe. In dit artikel gebruiken wij derhalve de verzamelnaam 'onbehoorlijke taakvervulling'.

Op grond van artikel 2:9 BW hebben bestuurders een inspanningsverplichting. Die heeft een zekere onzekerheidsmarge. Niet een concreet meetbaar resultaat staat centraal, maar de inspanning om een bepaald doel te bereiken door de presterende partij (i.c. de ondernemingsleiding). In aansprakelijkheidszaken dient aldus te worden getoetst of de ondernemingsleiding zich voldoende ingespannen heeft.

Boekhoudplicht

Het spiegelbeeld van de inspanningsverplichting is de resultaatsverplichting, waarbij een bepaald concreet resultaat centraal staat. Het al dan niet voldoen aan deze laatstgenoemde verplichtingen is vrij digitaal: óf wel óf niet. Enkele gronden voor de aansprakelijkheid van de ondernemingsleiding hebben een dergelijk digitaal karakter. De meest in het oog springende is het schenden van de boekhoudplicht. Het

bestuur is immers verplicht op zodanige wijze een administratie te voeren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de organisatie (i.c. de rechtspersoon) kunnen worden gekend. Dit betreft de vermogenstoestand van de organisatie en van alles wat de werkzaamheden van de organisatie betreft tot de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden.

Het bestuur is ook verplicht de bedoelde boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de administratie zeven jaar lang te bewaren. De bewaartermijn begint op het moment van vervaardiging.

Interne correspondentie

Het schenden van de boekhoudplicht leidt er bij een faillissement vanzelf toe dat er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Dit wordt gezien als causaal verband houdende met het faillissement. Tegenbewijs is mogelijk. Veelal putten partijen in een aansprakelijkheidsprocedure uit interne documenten zoals memoranda en met name (interne) e-mails. De impact van deze interne correspondentie wordt nog al eens onderschat. Waarschijnlijk hangt dit samen met de

onjuiste veronderstelling dat een e-mail louter een medium is voor het overbrengen van berichten en geen verbintenisscheppende kracht heeft. Gezien de vormvrije wijze van contracteren in Nederland is het tegenovergestelde het geval.

Afgezien daarvan geldt in alle gerechtelijke procedures dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen. De waardering van het bewijs is aan het oordeel van de rechter overgelaten.

Aansprakelijkheid

In de grootste aansprakelijkheidszaak van bestuurders en commissarissen tot nu toe, namelijk die van

Een goede paper trail draagt bij aan de kwaliteit van besluitvorming

het handelshuis Ceteco (Hagemeyer concern), speelden interne e-mails een beslissende rol in de vaststelling van aansprakelijkheid door de rechtbank. Een voorbeeld van een dergelijke e-mail dat in het vonnis valt terug te lezen, is: 'Vanavond hebben

TOELICHTING

Binnen de Nederlandse wet- en regelgeving moet een faillissement worden aangevraagd wanneer de situatie is ontstaan waarin in redelijkheid niet meer kan worden verwacht dat de organisatie toekomst heeft en waarin het niet langer mogelijk is aan de verplichtingen (crediteuren) te voldoen. De raad van bestuur is verplicht dit aan de raad van toezicht te melden.

Als raad van bestuur en raad van toezicht geen aanvraag voor faillissement doen terwijl de situatie dit vereist, dan kunnen de schuldeisers vanaf dat moment privé-aanspraken doen op grond van onbehoorlijk bestuur. Anders gezegd: de raad van toezicht moet beschikken over indicatoren om op het juiste moment het juiste besluit te nemen. Op basis van de in 2010 aangescherpte Zorgbrede Governancecode wordt van raden van toezicht verwacht dat zij zowel op de hoogte zijn van het formele governancekader als de wijze waarop (expliciete en impliciete) regels worden toegepast. De vraag rijst dan onmiddellijk hoe dit goed te organiseren en te borgen op een wijze die geen geweld doet aan de flexibiliteit en wendbaarheid van de organisatie én maakt dat de organisatie in control is en blijft.

Bij de opstelling zijn harde feiten en cijfers onontbeerlijk

we de eerste set boeken doorgenomen. De situatie bij dochter X is OK (...). Bij dochter Y is de situatie tamelijk desastreus(...). Met de auditors zal ik morgenochtend de stand van zaken doornemen. (...) Ook zullen we weinig applaus voor de kwaliteit van de boeken oogsten. We zullen morgen een concreet en haalbaar stappenplan, met personen, acties en data maken, om zo goed en snel mogelijk kwalitatief goede boeken op te kunnen leveren.'

Paper trail

In een tijd waarin papier en elektronische documenten naast elkaar bestaan, is het opbouwen van een goede paper trail – de volgbare en toetsbare stroom van papieren en digitale documenten – nog een hele kunst. In de praktijk lijkt het goed inrichten van de administratieve organisatie, met als belangrijke bouw-

steen de boekhouding, en de daaraan gekoppelde interne controle (AO/IC) een weerbarstige. Dit vindt zijn oorzaak met name in de complexiteit van de onderliggende processen, de sterk veranderende technische mogelijkheden en het spanningsveld tussen het primaire proces van een organisatie en de secundaire processen.

De maatschappij acht het misschien wenselijk dat de raad van toezicht alle materiële aspecten van bestuursbesluiten toetst, maar gezien de praktijk (relatief beperkte tijdsbesteding, informatieachterstand, op afstand) kan de raad van toezicht niet in staat worden geacht inhoudelijke besluiten over te doen. Interne toezichthouders bevinden zich in een positie waarin hun eerste beoordeling ligt in het marginaal toetsen.

Toetsingsmodel

Breunese en De Vries (2009) bieden een goed model voor de toetsing door de raad van toezicht van de raad van bestuur. Zij gaan uit van drie niveaus van toezicht: procesmatig, inhoudelijk en gedragsmatig (zie tabel). Op procesmatig niveau is het

de taak van de raad van toezicht te beoordelen of het proces logisch, gestructureerd en compleet is verlopen.

Formele aspecten

De raad van toezicht kan beginnen met de formele aspecten van de besluitvorming. Hierbij kan gedacht worden aan de AO/IC in het algemeen en de documentatie van voorbereiding en beslissing door het bestuur in het bijzonder. Wat dat laatste betreft speelt de interne (juridische) huishouding van wet- en regelgeving, statuten, reglementen, interne procedures ook een belangrijke rol. Hoe stelt het bestuur zich op in het kader van deze formele zaken? Respecteert het de interne procedures van de organisatie en de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende organen? Deze marginale toets geeft het toezichthoudende orgaan snel een beeld over kwaliteit en functioneren van het bestuur.

Risico's

Op inhoudelijk niveau be vraagt de raad van toezicht de raad van

BESTUURDER

- Procesmatig
 - Bouwwerk maken en beheren
- Inhoudelijk
 - Duiding, betekenis geven
- Gedragsmatig
 - Strategie borgen
 - Acties benoemen/opvolgen

RAAD VAN TOEZICHT

- Procesmatig
 - Logisch, gestructureerd proces?
 - Komt alles aan bod?
- Inhoudelijk
 - Risico's benoemen en inschatten
 - Betwijfelen
 - Positief kritisch
- Gedragsmatig
 - Toezicht op leiderschap
 - Houding
 - Cultuur
 - Borging strategie

bestuur om begrip te krijgen van de materie en risico's te benoemen en in te schatten. Hij weegt deze af tegen de uitgangspunten van de organisatie: de missie, visie, kernwaarden en de strategie (Van de Veerdonk en Woldendorp, 2013). De taak van de raad van bestuur is het voorliggende besluit te duiden en betekenis te geven. De manier waarop de raad van bestuur hiermee omgaat, blijkt uit de houding en het gedrag. Met deze 'zachte' informatie kan de raad van toezicht de voorliggende niveaus beter beoordelen.

Risico's verminderd

Toezicht, bestuur en de organisatie profiteren van een goed besluitvormingsproces als dat bestaat uit de toetsing van de wijze van besluitvorming en toetsing aan de uitgangspunten van de organisatie. De wetgever houdt bestuurders niet aansprakelijk voor onfortuinlijke, doch goed afgewogen besluiten.

Waar geen onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur is, zal ook geen onbehoorlijke taakvervulling van het toezicht kunnen worden aangenomen. Dit vermindert aldus de risico's voor toezichthouders aanzienlijk. Het is dan wel zaak een goede paper trail op te bouwen die de aansprakelijkheidstoets kan doorstaan en bijdraagt aan de kwaliteit van besluitvorming. |

Joost Kramer is als zelfstandig raadsman voor de ondernemingsleiding gespecialiseerd in governance, risk & compliance. Daar-

naast is hij faculty member bij Speakers Academy.

Sharon van de Veerdonk is governance- en businessconsultant bij Governance Evolution en externe promovenda bij de Erasmus Universiteit.

Harry Woldendorp is partner van Virtuooos en werkzaam als organisatieadviseur en interim-manager in de gezondheidszorg.

Referenties

- _ Breunese, E., M. De Vries, (2011), *Strategic Control: Het professionaliseren van intern toezicht op strategievorming*, Kluwer.
- _ Van de Veerdonk, S., & H. Woldendorp, (2012), *Toezichthouden vanuit de eigen identiteit: De volgende stap in professionalisering van toezicht*, Boardroom Zorg, december 2012.

CASUS: VOORBEELD VAN OPZET VOOR AUDIT TRAIL

Hoe te werk te gaan bij het doorvoeren van een reductie van 13 procent van de personeelsplaatsen om de continuïteit te kunnen garanderen?

Voor de uitvoering van de reductie waren een aantal uitgangspunten afgesproken die het kader vormden voor de reductie. Voor een succesvolle realisatie heeft de organisatie grip nodig op haar werkprocessen. Onder de regiegroep werkte een projectgroep aan de formatiereductie. Omdat de reductie in korte tijd gerealiseerde diende te worden, werd vanuit de regiegroep het management op instructieniveau aangestuurd. Er was een reductie-monitor ontwikkeld, waardoor op weekbasis de cijfers beschikbaar waren. Per maatregel werd bijgehouden wat de doelstelling was en hoever de reductie per maatregel gevorderd was, zodat waar nodig bijgestuurd kon worden. Deze informatie was beschikbaar voor de raad van bestuur. Op geaggregeerd niveau werd de raad van toezicht geïnformeerd. Bij de opstelling van een paper trail zijn harde feiten en cijfers onontbeerlijk voor de besluitvorming.

In deze casus is de raad van toezicht vooraf en tussentijds geïnformeerd over de aanpak. De raad van toezicht heeft de door de raad van bestuur opgestelde kaders van de formatiereductie goedgekeurd. De raad van bestuur was opdrachtgever voor de uitvoering van de reductie. De raad van toezicht werd analoog aan de fasering van de reductie periodiek geïnformeerd. Gedurende het traject is het reductiedossier bijgehouden, om zodoende aan het einde van het traject een paper trail te hebben voor de audit door de accountant.