

Financial institutions  
Energy  
Infrastructure, mining and commodities  
Transport  
Technology and innovation  
Life sciences and healthcare

 NORTON ROSE FULBRIGHT

# Het belang van deugdelijke notulen voor de Raad van Commissarissen

Norton Rose Fulbright LLP - March 11, 2014



## 1 Inleiding

Een wettelijke verplichting tot notuleren bestaat niet in Nederland. Wel legt art. 2:120/230 lid 4 BW de verplichting op aan het bestuur om aantekening te houden van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA). Dit is echter iets anders dan het opstellen van notulen door de RvC. Vaak is de verplichting om te notuleren wél geregeld in de statuten.

Als minimumeis wordt in de rechtspraak ten aanzien van de AvA gesteld dat notulen vermelden (i) wie ter vergadering aanwezig zijn, (ii) hoeveel stemmen een ieder kan uitbrengen, (iii) hoe de stemmingen verlopen en (iv) welke besluiten zijn genomen.

Omdat de notulen in de praktijk een belangrijke bron van bewijs vormen in aansprakelijkheidsprocedures tegen bestuurders en commissarissen (art. 2:9 BW), enquêteprocedures en faillissementsonderzoeken van curatoren (art. 2:138/248 BW) is het van belang dat er zorgvuldig wordt genotuleerd.

Deze notitie biedt een overzicht van recente wetwijzigingen en rechtspraak met betrekking tot de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de RvC en de rol die notulen daarbij spelen. Ook bevat deze notitie aanbevelingen, een voorbeeld agenda en een checklist voor het opstellen van notulen.

## 2 Relevante recente wetwijzigingen

In Nederland, maar ook daarbuiten, wordt steeds kritischer gekeken naar de rol van intern toezicht bij zowel (non-)profit organisaties als ook (semi-)overheidsinstellingen. Maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de toenemende vraag naar deskundigheid van de RvC, de actievere rol van aandeelhouders, een meer activistische rechter en de toename van enquête- en aansprakelijkheidsprocedures hebben bijgedragen aan een verzwaring van de taak van de RvC. Ook de inmiddels in werking getreden Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht zijn in dit verband relevant. Het gaat meer specifiek om de volgende wetwijzigingen:

### I. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur en de RvC

Het nieuwe art. 2:9 BW onderstreept de collectieve verantwoordelijkheid en daarmee het uitgangspunt dat alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk zijn in geval van onbehoorlijk bestuur (wij zullen hierna ook verwijzen naar commissarissen, omdat het artikel van overeenkomstige toepassing is op de RvC). Voor aansprakelijkheid is nodig dat

commissarissen een “ernstig verwijt” kan worden gemaakt. Nieuw is dat de wet thans expliciet bepaalt dat de taakverdeling tussen commissarissen moet worden betrokken bij de beoordeling of sprake is van een ernstig verwijt. Als - mede op grond van de taakverdeling - geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, betekent dat niet automatisch dat een commissaris aansprakelijkheid ontloopt. Hij moet ook aantonen dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen teneinde de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Uit de memorie van toelichting bij Wet bestuur en toezicht wordt duidelijk hoe de wetgever aankijkt tegen de hierboven genoemde disculpatiegrond en dan met name de vraag wanneer gezegd kan worden dat een bestuurder niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. De minister geeft het voorbeeld van de situatie waarin een bestuurder opmerkt dat een andere bestuurder zijn taken niet of onjuist vervult en dat daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt. Volgens de minister moet die bestuurder “ingrijpen om het risico van aansprakelijkheid te vermijden”. Dat kan in een concreet geval betekenen dat een bestuurder een taak naar zich toe trekt, in afwijking van de eerder gemaakte afspraken over de verdeling van de taken. Hij is daartoe dus bevoegd.” Verder merkt de minister op dat een bestuurder onvoldoende doet “om onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder af te wenden” wanneer hij zich nooit laat informeren over wezenlijke aspecten betreffende het bestuur van de vennootschap of weigert om informatie tot zich te nemen.” Wij kunnen hieraan toevoegen dat het slechts uitten en laten notuleren van een afwijkende mening als commissaris er niet toe zal leiden dat die commissaris zich met succes kan beroepen op de disculpatiegrond van art. 2:9 BW. Daar is, zoals ook volgt uit de voorbeelden van de minister, meer voor nodig. Ultimum remedium is het aftreden van (leden van) de RvC.

Het voorgaande neemt niet weg dat notulen belangrijk zijn in het kader van art. 2:9 BW, aangezien gedegen notulen de taakverdeling en de overwegingen voor het al dan niet nemen van een bepaald besluit bevatten. Zoals eerder opgemerkt is de taakverdeling niet alles bepalend in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure, maar wel degelijk relevant.

## **II. Nieuwe regeling omtrent tegenstrijdig belang**

Verder bepaalt de nieuwe regeling omtrent tegenstrijdig belang (art. 2:129/239 lid 6 BW) dat een bestuurder niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming ten aanzien van een bepaald onderwerp indien hij een direct of indirect belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Als door het

tegenstrijdig belang geen bestuursbesluit kan worden genomen, dient de RvC het besluit te nemen, tenzij de commissarissen ook “besmet” zijn. De RvC dient er actief op toe te zien dat een strikte scheiding bestaat tussen de persoonlijke belangen van bestuurders en commissarissen aan de ene kant en de vennootschappelijke belangen aan de andere kant. Het is van essentieel belang om in de notulen duidelijk aan te geven dat een bestuurder of een commissaris een tegenstrijdig belang heeft en zich buiten de besluitvorming heeft gehouden om te voorkomen dat het besluit later vernietigd wordt door belanghebbenden.

### **III. Verantwoordelijkheid van het bestuur en RvC bij winstuitkering en concrete instructies van de AvA**

Tot slot komt er meer verantwoordelijkheid bij het bestuur van een BV, en daarmee - indirect - ook bij de RvC, te liggen met betrekking tot (i) winstuitkeringen (art. 2:216 BW) en (ii) het opvolgen van instructies die de AvA kan geven aan het bestuur (art. 2:239 lid 4 BW). Aan een besluit tot winstuitkering van de AvA moet het bestuur haar goedkeuring verlenen. Het bestuur mag alleen goedkeuring weigeren als zij weet of redelijkerwijs voorziet dat de BV na de winstuitkering niet kan doorgaan met het betalen van opeisbare schulden. Het bestuur moet daarbij ongeveer een jaar vooruit kijken. Als achteraf blijkt dat het bestuur onterecht haar goedkeuring heeft verleend, zijn de bestuurders aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. In de rechtspraak wordt een dergelijke uitkeringstoets, althans een deugdelijke belangenafweging, ook voor het bestaan van NV's aangenomen. Het is belangrijk bij het nemen van een dergelijk besluit dat de belangenafweging die heeft plaatsgevonden duidelijk wordt weergegeven in de notulen. Ook bij het al dan niet opvolgen van concrete instructies van de AvA door het bestuur (op grond van de statuten) is het van belang om de afwegingen die daarbij een rol spelen op te nemen in de notulen. Het bestuur is immers gehouden deze aanwijzingen op te volgen, tenzij dit in strijd is met het belang van de BV en haar onderneming.

## **3 Aansprakelijkheid van de RvC en de rol van notulen in de rechtspraak**

De aansprakelijkheid van commissarissen is feitelijk een afgeleide van die van de bestuursleden: zonder onbehoorlijk bestuur, geen onbehoorlijk toezicht. Het is de primaire taak van de RvC om 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. Het is daarbij niet alleen de bedoeling dat de door het bestuur geboekte resultaten *achteraf* worden beoordeeld en er in wordt gegrepen als die resultaten niet voldoende blijken te zijn. De RvC heeft juist ook de taak om *vooraf* te beoordelen of het voorgestelde bestuursbeleid gewenst en haalbaar is, evenals de resultaten van dat beleid *tijdens* de uitvoering ervan in de gaten te houden.

In de *Landis*-zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat “commissarissen in staat dienen te zijn om de door het bestuur gemaakte afwegingen (bijvoorbeeld bij beslissingen over acquisities) kritisch te analyseren en zich daarover een eigen oordeel te vormen.” Op basis van voornamelijk de summiere inhoud van de notulen concluderen de onderzoekers dat het de commissarissen heeft ontbroken aan de vereiste “commissaris-discipline”.

Ook in de *Van der Moolen*-zaak onderstreept de Ondernemingskamer dat verantwoord ondernemerschap vereist dat belangrijke zaken aangaande de vennootschap in notulen, rapporten of anderszins worden vastgelegd. Door zulks na te laten maakt men zich schuldig aan ‘wanbeleid’.

In de *Fortis*-zaak valt het op dat in de beschikking en in het onderzoeksverslag zeer frequent wordt verwezen naar de notulen van vergaderingen en besprekingen.

Uit deze en andere jurisprudentie van de Ondernemingskamer volgt dat, in het geval van ontbrekende, onvolledige of zeer summiere notulen, de bewijspositie van de bestuurs en leden van de RvC bij het weerleggen van wanbeleid en aansprakelijkheid erg lastig wordt. Overigens is het ook goed om te vermelden dat de toezichthouders van die ondernemingen die vallen onder het toezicht van de DNB of AFM te allen tijde de notulen kunnen opvragen (en daar wordt in de praktijk veelvuldig gebruik van gemaakt).

## **4 ‘Best Practices’ voor het opstellen van deugdelijke notulen**

In de voorgaande paragrafen is het belang van zorgvuldig opgestelde notulen uiteengezet. Uit de praktijk zijn de volgende algemene richtlijnen voor het opstellen van notulen te distilleren:

### **4.1 Tijdige en volledige informatie**

Het is van groot belang dat de leden van de RvC tijdig en volledig schriftelijk worden geïnformeerd over (de achtergrond van) de te behandelen agendapunten. In lijn daarmee staat het de leden van de RvC vrij om voorafgaande aan of tijdens de vergadering aanvullende informatie te verzoeken. De afgelopen jaren is het steeds duidelijker geworden dat de RvC met betrekking tot belangrijke informatie een “haalplicht” heeft. Informatieverzoeken en de *follow up* (of het gebrek daar aan) dienen nauwgezet genotuleerd te worden.

Ook is het de taak van de RvC om kritisch te kijken naar de kwaliteit van de informatie. Eindeloze spreadsheets met gedetailleerde financiële informatie zijn vaak contraproductief. Het bestuur dient alleen relevante informatie op een gestructureerde en consistente wijze aan te leveren.

De informatie en de notulen van voorgaande vergaderingen dienen tijdig beschikbaar te zijn maar ook beschikbaar te blijven. Vandaag de dag verdient het aanbeveling om met beveiligde *vaults* of *dealrooms* te werken die steeds toegankelijk zijn voor leden van de RvC.

De informatiestroom en met name het gebrek aan relevante informatie moet expliciet worden vermeld in de notulen.

#### **4.2 Vormvereisten**

Veel commissarissen hebben onvoldoende kennis van de statuten (of reglementen) van de vennootschap. Het is met het oog op vormvereisten (quora, deponeringverplichtingen, 403-verklaringen, goedkeuringsregelingen, rechten van de Ondernemingsraad, tegenstrijdig belang, etc.) noodzakelijk om te controleren of de besluitvorming steeds op de juiste wijze heeft plaatsgevonden.

In de notulen moet ook aandacht worden besteed aan de formele kant van de besluitvorming conform de statuten of een reglement als dat aan de orde is.

#### **4.3 Scenario analyse**

Bij belangrijke besluiten of overwegingen is het zaak om steeds te kijken naar de situaties die zich zouden kunnen voordoen als zou blijken dat de aannames van de directie in belangrijke mate onjuist zouden zijn (*worst case analysis*). Ook commissarissen kunnen niet in een glazen bol kijken, maar het getuigt van goed toezicht als men steeds kritisch kijkt naar de meest sombere scenario's.

Deze scenario's kunnen bijvoorbeeld (door het bestuur) nader worden uitgewerkt en op een volgende vergadering worden besproken, nadat de RvC daarvan kennis heeft kunnen nemen. Een en ander maakt vervolgens onderdeel uit van de notulen. Dus, omschrijf steeds de belangenafweging die heeft plaatsgevonden (zeker bij belangrijke besluiten is het essentieel om steeds "de andere kant" van de zaak te belichten).

#### **4.4 De accountant**

De accountant speelt een steeds belangrijker rol bij het functioneren van de RvC. Zo is het gebruikelijk dat de RvC tenminste een keer per jaar overlegt met de accountant buiten aanwezigheid van het bestuur om. Juist dat gesprek - in combinatie met de zogenaamde *management letter* - is bij uitstek geschikt om een algeheel beeld te krijgen van de eventuele verbeterpunten/issues. De accountant heeft ook te maken met een steeds kritischere omgeving en zal dus ook om die reden bereid zijn om de discussie over het functioneren van de directie op een onafhankelijke wijze in te steken.

Formeel kijkt de accountant niet naar de notulen noch worden deze door hem gecontroleerd. Wel zal het zo zijn dat de accountant (bijvoorbeeld als hem wordt gevraagd om zijn mening over het al dan niet hebben van adequate controlemechanismen) de notulen zal bestuderen en zal kijken hoe de RvC zich in het verleden terzake van dat onderwerp heeft opgesteld.

#### **4.5 Adviseurs**

Als men niet zelf over bepaalde deskundigheid beschikt in de RvC is het zaak dat men zich (tijdig) van deskundige bijstand voorziet. Indien een advies van deskundigen is gegeven en de aanwezigen daarvan zijn uitgegaan, dient dit feit te worden benoemd.

#### **4.6 Stijl**

Geef bij ieder agendapunt een korte, zakelijke weergave van hetgeen in de vergadering is besproken. Men dient zich te onthouden van *large quotes*, maar er kan worden aangegeven welk lid welk standpunt inneemt. Sluit af met duidelijke conclusies en verwijs in geval van besluiten naar de relevante grondslag (bijvoorbeeld goedkeuringsregeling in de statuten).

#### **4.7 Onderscheid tussen individuele leden en de RvC als college**

Niet hoeft te worden vermeld wie welk voorstel heeft gedaan of welk standpunt heeft ingenomen of welke motie heeft ingediend. Er hoeft formeel alleen te worden weergegeven of een besluit is genomen of niet.

#### **4.8 Dissenting opinion**

Het is aan de individuele bestuurder of commissaris om een afwijkende mening of stem op te laten nemen in de notulen, hetgeen echter slechts in beperkte mate een rol zal spelen bij de disculpatiemogelijkheid onder art. 2:9 BW (zie hiervoor paragraaf 2).

#### **4.9 Tegenstrijdig belang**

Hier dient men, ook gelet op de recente wetswijziging, op verdacht te zijn. Indien een bestuurder of commissaris niet heeft deelgenomen aan een beraadslaging en besluitvorming, vanwege een (direct of indirect) tegenstrijdig belang (zonder dit tegenstrijdig belang uitvoerig te omschrijven), dient dit expliciet te worden benoemd.

#### **4.10 Overige richtlijnen**

- Alle ter vergadering genomen besluiten of actiepunten dienen te worden genoteerd en daarbij dient een concrete actie (verantwoordelijke personen en einddatum) bij te worden genoteerd.
- Laat niet te veel (verschillende) concept-notulen circuleren. Dit vergroot de kans op discussie achteraf over de interpretatie van het genomen besluit.
- Men dient zich te onthouden van het weglaten van belangrijke zaken uit de notulen.

### **5 Voorbeeld agenda**

Het belang van deugdelijke notulen is het thema van deze notitie. Wij willen in deze paragraaf echter ook kort stil staan bij de agenda van een RvC vergadering, omdat de agenda voor het grootste gedeelte de inhoud van de notulen bepaalt.

De agendapunten voor een RvC vergadering verschillen natuurlijk per geval en is afhankelijk van verschillende factoren (bijvoorbeeld de aard en omvang van de onderneming). Een goed aanknopingspunt vormt de Nederlandse Corporate Governance Code. De Code biedt duidelijke richtlijnen over de te bespreken onderwerpen door RvC's en de frequentie.

Wij hebben hieronder een model agenda opgenomen die als leidraad kan dienen voor RVC vergaderingen. Daaronder staan lijsten met onderwerpen die van tijd tot tijd ter goedkeuring of ter behandeling voorgelegd kunnen (of moeten worden) aan de RvC.

#### **5.1 Model agenda**

1. Vaststellen aan- en afwezig
2. Goedkeuring notulen vorige vergadering
3. Financiële kerncijfers van de meest recente afgesloten periode
4. Gang van zaken in het algemeen, voortgang doelstellingen bestuur/onderneming
5. [Specifieke onderwerpen: bijvoorbeeld acquisities en (des)investeringen, projecten, claims]
6. Functioneren controlesystemen (waaronder fraude- en corruptiebeleid), eventuele klokkenluidersmeldingen, etc.



7. Nieuwe nevenfuncties bestuurders en commissarissen (mogelijke tegenstrijdige belangen)
8. Bestuursverslagen overleg OR
9. Informatieverzoeken aan het bestuur
10. Actielijst

De agenda kan worden aangevuld, voorzover van toepassing, met de onderwerpen van de paragrafen 5.2 en 5.3.

### **5.2 Onderwerpen ter goedkeuring**

- De governance structuur en de verandering daarin gedurende het verslagjaar
- De strategie en de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd alsmede de volkshuisvestelijke, maatschappelijke, financiële- en operationele doelstellingen
- Het jaarverslag en de jaarrekening
- De begroting
- Het uitoefenen van het stemrecht over deelnemingen (indien van toepassing)
- Aangaan en verbreken van een duurzame samenwerking met een andere rechtspersoon, mits van ingrijpende betekenis (indien van toepassing)
- Wijziging van de statuten (indien van toepassing)
- Beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een aanmerkelijk aantal werknemers (indien van toepassing)
- Ingrijpende wijziging van de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers (indien van toepassing)
- Opdrachtverlening aan de externe accountant voor het uitvoeren van niet-controlewerkzaamheden (een en ander na overleg met het bestuur) (indien van toepassing)

### **5.3 Onderwerpen ter behandeling**

- Bespreking van het functioneren van de bestuurder
- Bespreking van remuneratierapport

- Verslag van de RvC
- Bespreking realisatie van de doelstellingen/strategie
- Strategie en de risico's verbonden aan de activiteiten
- Opzet en de werking van de interne risicobeheersing- en controlesystemen
- Het kwaliteitsbeleid
- De kwaliteit van de maatschappelijke verantwoording
- Het financiële verslaggevingsproces
- De naleving van toepasselijke wet -en regelgeving
- De zelfevaluatie van het functioneren van de RvC
- De bespreking van het functioneren van het bestuur (buiten aanwezigheid van het bestuur)
- Vaststellen van de onafhankelijkheid van iedere commissaris ten opzichte van de vennootschap
- Het introductie- en trainingsprogramma voor de RvC
- Benoemen/herbenoemen van leden van de RvC
- Contact van de RvC met de Ondernemingsraad
- Verslagen van de auditcommissie en de selectie- en remuneratiecommissie met daarin de beraadslagingen en bevindingen
- Jaarlijks overleg van de auditcommissie met de externe accountant (buiten de aanwezigheid van het bestuur)
- Beoordelen betrokkenheid externe accountant bij publicatie van financiële berichten anders dan de jaarrekening
- Bespreken van de rapportage van het bestuur en de auditcommissie aangaande de relatie met de externe accountant
- Bespreken van de door het bestuur en de auditcommissie samengestelde grondige evaluatie van het functioneren van de externe accountant

- Bespreken van het accountantsverslag van de externe accountant n.a.v. de controle van de jaarrekening tegelijk met de bespreking over de vaststelling van de jaarrekening

## 6 Checklist

Wij hebben een checklist opgesteld ten behoeve van de secretaris van de RvC die met name enkele praktische wenken voor het opstellen van notulen bevat. De checklist is slechts bedoeld als hulpmiddel en is niet uitputtend.

	Ja	Nee
1. Is de tijd, datum en plaats van de vergadering vermeld?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
2. Staat er wie er aanwezig/afwezig (met of zonder kennisgeving) was?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
3. Volgen de notulen de agendapunten?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
4. Is de reguliere of eventueel aanvullende (schriftelijke) informatie tijdig verzonden / ontvangen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
5. Zijn de notulen van de voorgaande vergadering goedgekeurd?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
6. Zijn de mededelingen opgenomen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
7. Zijn de genomen besluiten op een juiste wijze opgenomen in de notulen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
8. Is er bij het genomen besluit de belangenafweging vermeld?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
9. Is het verloop van de stemming vermeld?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
10. Indien sprake van een persoonlijk tegenstrijdig belang is dit benoemd en is er op een juiste wijze mee omgegaan?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
11. Zijn alle actiepunten van de agenda opgenomen in de notulen?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
12. W.V.T.T.K.: wat verder ter tafel komt is vermeld?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

