

Het belang van het hebben van deugdelijke notulen voor de Raad van Commissarissen

door Ep Hannema en Irene Tax



Inhoudsopgave

1.	Introductie	4
2.	Relevante wetgeving.....	4
I.	Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur en de RvC.....	4
II.	Regeling omtrent tegenstrijdig belang	5
III.	Verantwoordelijkheid van RvC en concrete instructies van de AvA.....	5
3.	Aansprakelijkheid van de RvC en de rol van notulen in de rechtspraak	5
4.	‘Best Practices’ voor het opstellen van deugdelijke notulen	6
4.1	Tijdige en volledige informatie.....	6
4.2	Vormvereisten	7
4.3	Scenario analyse	7
4.4	De accountant.....	7
4.5	Adviseurs	8
4.6	Stijl.....	8
4.7	Onderscheid tussen individuele leden en de RvC als college	8
4.8	Dissenting opinion	8
4.9	Tegenstrijdig belang.....	8
4.10	Overige richtlijnen	8
5.	Voorbeeld agenda.....	8
5.1	Model agenda	9
5.2	Onderwerpen ter goedkeuring.....	9

5.3	Onderwerpen ter behandeling.....	9
6.	Checklist.....	10
Contact	11

1. Introductie

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 eenieder 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) en tuchtzaken en aansprakelijkheidsprocedures tegen accountants is het van belang dat er zorgvuldig wordt genotuleerd.

Deze notitie biedt een overzicht van recente wetswijzigingen 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 wetgeving

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 Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is in dit verband relevant. Het gaat meer specifiek om de volgende bepalingen:

I. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van het bestuur en de RvC

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. De wet bepaalt thans expliciet 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 relevante memorie van toelichting blijkt 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 dan het op eigen initiatief 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.

Daarnaast (zie hierna 4.2) kan er ook sprake zijn van aansprakelijkheid van een commissaris ten opzichte van de aandeelhouder als een commissaris handelt in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die strekken ter bescherming van de aandeelhouder.

II. Regeling omtrent tegenstrijdig belang

Verder bepaalt de huidige 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 RvC en concrete instructies van de AvA

Tot slot is er een specifieke verantwoordelijkheid bij het bestuur van een B.V., en daarmee - indirect - ook bij de RvC, voor het opvolgen van instructies die de AvA kan geven aan het bestuur (art. 2:239 lid 4 BW). 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 B.V. 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.

Een aantal concrete voorbeelden uit de praktijk.

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 summier 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 gebrekkige vastlegging (van het besprokene) in notulen van vergaderingen en besprekingen.

Ook in de Meavita beschikking speelde de in de notulen beschreven gang van zaken een grote rol van betekenis: de Ondernemingskamer baseert dit oordeel mede op een serie notulen van toezichthoudersvergaderingen, waaruit blijkt dat de Raad van Toezicht een op meerdere punten feitelijk onjuiste voorstelling van zaken voorgeschoteld heeft gekregen. Deze onjuiste voorstelling van zaken is door de betreffende bestuurder niet gecorrigeerd, “noch ter vergadering noch na ontvangst van de notulen.”.

Uit deze en andere jurisprudentie van de Ondernemingskamer volgt dat, in het geval van ontbrekende, onvolledige of (zeer) summier notulen, de bewijspositie van de bestuurders en leden van de RvC bij het weerleggen van wanbeleid en aansprakelijkheid erg lastig wordt.

Overigens is het ook belangrijk 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. Voor 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 voorafgaand 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, eventuele voorwaarden die worden gesteld aan goedgekeurde besluiten en de follow up (of het gebrek daaraan) 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. Blijf doorvragen en schakel desnoods externe specialisten in.

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 en alle overige relevante betrokkenen.

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

4.2 Vormvereisten

Veel commissarissen hebben onvoldoende kennis van de statuten (of reglementen) van de vennootschap. Denk daarnaast ook aan quota, deponeringverplichtingen, 403-verklaringen, goedkeuringsregelingen, rechten van de Ondernemingsraad of andere gremia binnen de vennootschap, tegenstrijdig belang regelingen etc.) Het is absoluut noodzakelijk om te controleren of de besluitvorming steeds op de juiste wijze heeft plaatsgevonden.

In de notulen moet ook steeds aandacht worden besteed aan de formele kant van de besluitvorming conform de statuten of een reglement als dat aan de orde is en dient daar expliciet naar te worden verwezen.

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 blijken te 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. Daarbij speelt de CFO en eventueel de control afdeling een belangrijke rol. Hetzelfde geldt voor het audit committee binnen de RvC.

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. 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. Ook zal de accountant – in geval van compliance issues – tussentijds rechtstreeks overleg met de (voorzitter van de) RvC willen hebben.

Formeel worden de notulen niet door de accountant gecontroleerd, maar in het kader van de werkzaamheden rond de jaarrekening zal hij wel inzage in de notulen verlangen. Met name zal de accountant zich een oordeel moeten vormen over het al dan niet hebben van adequate controlemechanismen en zal hij ook in dat kader de notulen zal bestuderen, waarbij de rol en het functioneren van de raad van commissarissen in dat kader wordt beoordeeld.

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 ingewonnen en de raad van commissarissen daar in haar besluitvorming rekening mee houdt, 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 lange quotes van individuele leden, maar er kan wel worden aangegeven welk lid welk standpunt inneemt. Sluit af met duidelijke conclusies en verwijst in geval van besluiten naar de relevante grondslag (bijvoorbeeld goedkeuringsregeling in de statuten of regelementen).

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 er 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 wetwijziging, op bedacht 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 stilstaan 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 zijn 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 en formele opening van de vergadering
2. Goedkeuring notulen vorige vergadering en aanwijzing voorzitter/secretaris (notulist)
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, voor zover 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 bestuurders (buiten aanwezigheid van het bestuur)
- 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
- 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"/>

Contact

Kijk voor meer informatie op: www.windtlegal.com

Heeft u nog vragen? Neem dan contact met ons op:



Ep Hannema
Partner M&A
T +31 10 2617 500
M +31 6 5161 7711
e.hannema@windtlegal.com



Irene Tax
Partner Corporate litigation
T +31 10 2617 500
M +31 6 5322 0039
i.tax@windtlegal.com

