

24 januari 2013



De consequenties voor de trustbranche van de flex-bv en wet bestuur & toezicht

Ellen Timmer, advocaat Pellicaan Advocaten N.V.

Pellicaan Advocaten

- Ondernemingsrecht en arbeidsrecht
- Amsterdam, Rotterdam, Utrecht
- Strategische alliantie met Mazars NL

Algemene site: www.pellicaan.nl

Thema weblog ondernemingsrecht:
<http://flexbv.wordpress.com/>



Statutair bestuurder bv

Rollen



Pellicaan Advocaten

Rollen van het trustkantoor

- Dienstverlener
- Statutair directeur
- Vergunninghouder op grond van de Wet toezicht trustkantoren (Wtt)



Pellicaan Advocaten

Risico's rol statutair directeur


- Klakkeloos opvolgen instructies opdrachtgevers
- Niet verifiëren adviezen van adviseurs van de opdrachtgever

Voorbeeld: Equity Trust,
<http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BY5611>



Statutair bestuurder bv

Ontwikkelingen relevant voor statutair directeuren



Statutair bestuurder bv

Belangrijke ontwikkelingen:

- Flexibilisering bv-recht → in werking 1 oktober 2012
- Wet bestuur en toezicht → inwerkingtreding 1 januari 2013

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

Elementen:

- Introductie monistische structuur ("one-tier") in het NL recht
- Beperking aantal toezichthoudende / bestuurlijke functies bij grote rechtspersonen
- Wijzigingen algemene regels bestuur rechtspersonen: taakverdeling, tegenstrijdig belang
- Geen arbeidsovereenkomst directeur beursvennootschap

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

Monistische structuur

bij doelvennootschappen?

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

Taakverdeling

- Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

Tegenstrijdig belang

Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5*. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

* Belang onderneming

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

Tegenstrijdig belang

kan ook spelen wanneer holding statutair directeur is van deelneming

pellicaanadvocaten

Wet bestuur en toezicht

Tegenstrijdig belang ook voor commissarissen

Statutenwijziging nodig in verband met tegenstrijdig belangregeling

Speciale bekrachtigingsregeling

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Besloten vennootschap en naamloze vennootschap gaan sterk van elkaar verschillen

Nv behoudt voorlopig het 'oude' recht; echter ook daar zijn wijzigingen aangekondigd

Vereenvoudigingen / nieuwe mogelijkheden, worden niet behandeld, dient bestuurder wel attent op te zijn

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Nieuwe mogelijkheden kunnen soms ook door trustkantoor benut worden, bijvoorbeeld:

winstrechtloze aandelen voor het trustkantoor

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Nieuwe terminologie

- Algemene vergadering
- Vergadergerechtigden
- Certificaathouders met vergaderrecht
- Directeur en commissaris niet "vergadergerechtigd", wel bijwoningsrecht?

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Bestuur en commissarissen

- Benoeming directeur door vergadering aandeelhouders van bepaalde soort
- Kwaliteitseisen

Let op: raadgevende stem directeuren en commissarissen

Geen structuurvennootschap, geen 'grote vennootschap'

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Jaarrekening

Nieuw

- Vereenvoudigde vaststelling door directeuren-aandeelhouders → speelt ook bij holding die directeur is van deelneming

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Vereenvoudigde vaststelling jaarrekening

1. Alle aandeelhouders zijn tevens directeur van de bv
2. De jaarrekening wordt ondertekend door alle directeuren en commissarissen
3. De overige vergadergerechtigden zijn in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en hebben ingestemd met deze wijze van vaststelling

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Nieuwe formaliteiten inzake uitkeringen, inkoop, kapitaalvermindering, met rol bestuur

- Inkoop
- Kapitaalvermindering
- Uitkeringen door de bv, artikel 216, winst(reserve)/agio/kapitaal

GELDT VOOR IEDERE UITKERING OP/NA 1-10!!!

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw

- De a.v. is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald
- De a.v. is bevoegd tot vaststelling van uitkeringen. Voor zover EV > wettelijke/statutaire reserves
- Incidentele afwijking winstverdeling volgens statuten mogelijk met instemming alle aandeelhouders

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw en het bestuur (1)

- Goedkeuring directie
- "Het bestuur weigert slechts de goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden."

Parlementaire geschiedenis: scope 1 jaar

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw en het bestuur (2)

- Indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden > bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw en het bestuur (2.a)

Nadere memorie 31-5-2012 (1)

Minister:

- geen afzonderlijke vermogensopstelling vereist;
- hebben zich sinds opmaken jaarrekening gebeurtenissen voorgedaan die risico vormen voor de continuïteit van de onderneming;
- beoordeling van de bestuurder inzake het voornemen tot uitkering verschilt niet wezenlijk van wat nu al van een zorgvuldige bestuurder wordt verwacht;

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw en het bestuur (2.b)

Nadere memorie 31-5-2012 (2)

Minister:

- bij jaarrekening, die ook de bestemming van de winst bevat en die is vastgesteld door de a.v. na een goedkeurende verklaring van een accountant, mag er in beginsel er van worden uitgegaan dat aan de uitkeringstest wordt voldaan, wel onderzoek bijzondere gebeurtenissen;
- de directie verleent de goedkeuring voorwaardelijk, nl. onder de voorwaarde dat de financiële situatie op de uitkeringsdatum ongewijzigd is.

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw en het bestuur (3)

- [Tegenbewijsregeling] Niet verbonden is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw en het bestuur (4)

- Aansprakelijkheid geldt ook voor de 'beleidsbepaler'
- **Beleidsbepaler:** "degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder" → ook in het fiscale recht
- Beleidsbepaler ↔ **Feitelijk leidinggevende** in het bestuursrecht* en het strafrecht

* O.a. fiscale recht

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 nieuw – aandeelhouder

- Degene die de uitkering ontving terwijl hij wist of redelijkerwijs behoorde te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zou kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden is gehouden tot vergoeding van het tekort dat door de uitkering is ontstaan, ieder voor ten hoogste het bedrag of de waarde van de door hem ontvangen uitkering, met de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering.

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 en bestuur / aandeelhouders

- Verrekeningsverbod
- Vergoeding aandeelhouders → bestuur

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Artikel 216 aanbevelingen

- Pas de tekst van aandeelhoudersbesluiten en notulen aan
- Voeg aan de notulen een bijlage toe waarin is uitgegeven op welke wijze de balans- en uitkeringstest zijn uitgevoerd, eventueel met verwijzing naar andere documenten
- Bewaar notulen met bijlage > directeuren / aandeelhouders doen er goed aan ook zelf een exemplaar te bewaren

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Is er iets nieuws onder de zon?

- Aansprakelijkheid bestuurder op grond van onbehoorlijk bestuur, artikel 2:9 BW
- Aansprakelijkheid bestuurder op grond van onrechtmatige daad
- Pauliana (anti-benadelings) actie tegen bestuurder en aandeelhouder
- Faillissementsaansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur (artikel 2:248 BW)

pellicaanadvocaten

Bestuur en bv-recht

Preventie bestuurdersaansprakelijkheid c.a.

- Neem de rol serieus (eventueel functiewijziging / andere directie)
- Verzekering, "BCA-polis"
- Vrijwaring
- Overeenkomst bv-aandeelhouder / groepshoofd inzake financiering
- Naar de naamloze vennootschap? > Rechtspraak...

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

pellicaanadvocaten

Sancties tegen bestuurders

Sluipend gevaar: sanctie-instrumentarium overheid is de afgelopen jaren sterk uitgebreid (bestuursrecht, strafrecht)

Voorals bestuursrecht wordt steeds belangrijker

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

Voorbeelden bestuursrecht:

- **fiscale recht**
- mededingingsrecht
- financiële toezichtwetten: Wft, Wtt, Wfd, Wwft (waarvan de reikwijdte ook sterk is uitgebreid)

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

Bestuursrechtelijk sanctierecht:

bestuursorgaan (**fiscus**, DNB, AFM, enzovoorts) mag **zelf** sancties opleggen

Toetsing door de rechter achteraf

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

4e Tranche Algemene wet bestuursrecht (Awb) bevat algemene regels die voor alle bestuursrechtelijke sancties gelden

In werking 1 juli 2009

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

Uitbreiding boetemogelijkheden in de financiële toezichtwetten, in werking 2009

Ook in allerlei andere bestuursrechtelijke regelgeving sanctiemogelijkheden, hogere boetebedragen

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

Persoonlijke verwijtbaarheid is voor bestuursrechtelijke sanctionering vaak niet nodig; vaak is voldoende dat bestuur zich onvoldoende heeft ingespannen om overtredingen te voorkomen

Ander systeem dan het rechtspersonenrecht

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

Statutair bestuurders komen in beeld

[1] zelf dader of medepleger

[2] de **rechtspersoon** is dader of medepleger (bijvoorbeeld van een fiscaal delict), dan sanctie mogelijk voor:

- degene die opdracht tot de overtreding heeft gegeven
- degene die feitelijk leiding heeft gegeven

pellicaanadvocaten

Bestuursrechtelijke sancties tegen bestuurders

Overheid probeert feitelijk leidinggevend en aan te pakken

- Wegener, AFM legt boete op aan commissaris, <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?lijn=bx8528>
- LHV-zaak, boete bestuurders vereniging (maar zou voor bv hetzelfde zijn)

pellicaanadvocaten

Bestuurdersaansprakelijkheid

Wees voorzichtig...

pellicaanadvocaten

pellicaanadvocaten

dank voor uw aandacht!

Ellen Timmer, telefoon 088-6272287

E-mail: ellen.timmer@pellicaan.nl, Twitter: http://twitter.com/ellen_timmer,

Flex-bv weblog: <http://flexbv.wordpress.com/>;

algemeen weblog: <http://ellentimmer.wordpress.com/>