

5 Compliance Tips

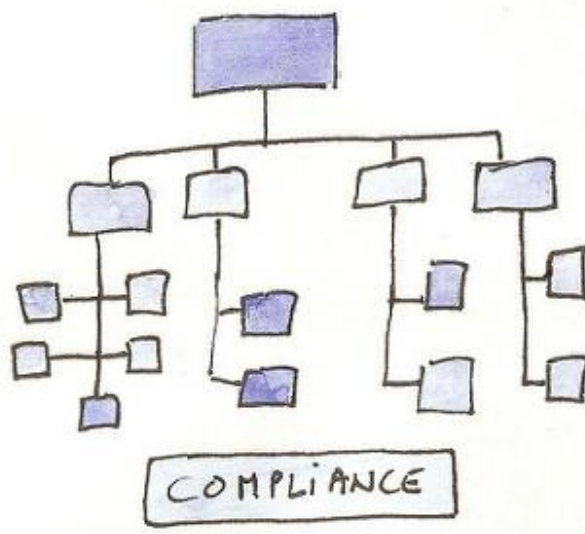
Inleiding: The Compelling Why for Compliance

De maatschappij eist een steeds verdergaande mate van compliance van het bedrijfsleven.

Compliance heeft vaak een negatieve connotatie en wordt gezien als een kostenpost. Dit is de verkeerde instelling. Compliance is namelijk een asset!

De afgelopen jaren is een aantal wetwijzigingen doorgevoerd in Boek 2 Burgerlijk Wetboek ("**BW**"). Een aantal daarvan heeft weinig aandacht gekregen en kan ertoe leiden dat vennootschappen en hun bestuurders niet compliant zijn. En dat zal het bestuur kunnen worden aangerekend. Deze non compliance kan verstrekkende gevolgen hebben en zelfs leiden tot aansprakelijkheid voor schade en omkering van de bewijslast ingeval van faillissement.

Dit white paper beoogt awareness te creëren en beoogt u te helpen de interne discussie omtrent compliance en complianceoplossingen te bevorderen.

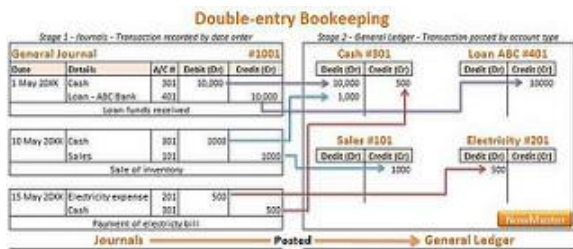


Een uitgave van Stock-Dock B.V.

Door: Mr. D.R. de Lange

1. Verkorting termijn publicatie jaarrekeningen.

met ingang van het volgende boekjaar (2017) aan te passen omdat zij mogelijk in strijd zijn met de wet.



Met ingang van 1 november 2015 is Boek 2 BW gewijzigd. De wetswijziging heeft tot gevolg dat het ingesloten gebruik de jaarrekening uiterlijk 13 maanden na afloop van het boekjaar te deponeren moet worden herzien voor de boekjaren die op of na 1 januari 2016 aanvangen. Immers artikel 2:394 lid 3 BW bekort die periode met een maand.

Vervroegde deadline

Let op: hebt u een BV waarvan alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn? Indien er niet statutair is afgeweken van artikel 2:210, lid 5 Burgerlijk Wetboek, geldt dat opmaak van de jaarrekening tevens geldt als vaststelling. Hiermee vervalt dus de twee maanden van vaststellen en moet de jaarrekening uiterlijk 8 november van het daaropvolgende jaar zijn gedeponeerd.

Het veronachtzamen van deze wijzigingen zal tot gevolg hebben dat de jaarrekening niet tijdig is gedeponeerd en dat kan tot gevolg hebben dat bij een faillissement het bewijsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW opgeld doet en de niet tijdige deponering geacht wordt het faillissement te hebben veroorzaakt.

Het verdient aanbeveling de procedures hierop aan te passen. Het verdient voorts aanbeveling de statuten van N.V.'s en B.V.'s

2. Besluitvorming buiten vergadering.



Artikel 2:238 lid 1 BW bepaalt:

Besluitvorming van aandeelhouders kan op andere wijze dan in een vergadering geschieden, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd. Tenzij de statuten anders bepalen, kan de instemming met de wijze van besluitvorming langs elektronische weg plaatsvinden.

De instemming met besluitvorming buiten vergadering is vormvrij, er wordt immers geen vorm voorgeschreven. Het verdient aanbeveling bij de statuten de schriftelijke vorm voor te schrijven, om claims van vergadergerechtigden dat zij niet hebben ingestemd, te kunnen pareren. Zonder nadere statutaire bepaling kan deze instemming ook langs elektronische weg geschieden.

Artikel 2:238 lid 2 BW bepaalt:

In geval van besluitvorming buiten vergadering, worden de stemmen schriftelijk uitgebracht. Aan het vereiste van schriftelijkheid van de stemmen wordt tevens voldaan indien het besluit

onder vermelding van de wijze waarop ieder der aandeelhouders heeft gestemd schriftelijk of elektronisch is vastgelegd. Tenzij de statuten anders bepalen, kunnen de stemmen ook langs elektronische weg worden uitgebracht. De bestuurders en de commissarissen worden voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen.

Hier zijn twee mogelijkheden:

- a. het verzamelen van de stemmen die schriftelijk zijn uitgebracht. Dat betekent dat als er een absolute meerderheid is voorgeschreven, het besluit is genomen zodra de helft plus één van het geplaatste kapitaal vóór het voorstel heeft gestemd en die schriftelijke stemmen binnen zijn, naast natuurlijk de schriftelijke of elektronische instemmingsverklaringen van alle vergadergerechtigden. Zonder nadere actie, zal het voor betrokkenen onduidelijk blijven of er besluitvorming heeft plaatsgehad.
- b. het vastleggen (schriftelijk of elektronisch) van het besluit, met vermelding van het stemgedrag van de aandeelhouders, waar men natuurlijk alleen maar aan toekomt als de schriftelijke of elektronische instemmingsverklaringen van alle vergadergerechtigden binnen zijn. Deze bepaling is een alternatief voor het verzamelen van schriftelijke/elektronische stemmen en opent de mogelijkheid dat aandeelhouders ook mondeling kunnen stemmen buiten vergadering, zolang er maar schriftelijk/elektronisch wordt vastgelegd hoe er is gestemd. Er zal dus iemand moeten opstaan die op zich neemt een soort verslag van de stemming vast te leggen. Als er later geschillen

ontstaan over de geldigheid van een besluit, is er niet veel om op terug te vallen. Het is aannemelijk dat van deze wijze van besluitvorming niet veel gebruik zal worden gemaakt.

Hoe dient de documentatie voor besluiten buiten vergadering eruit te zien, als er meer dan één vergadergerechtigde is?

Het document moet bevatten:

1. instemming met besluitvorming buiten vergadering, te tekenen door alle vergadergerechtigden;
2. het uitbrengen van stemmen door de stemgerechtigden;
3. oproeping tot een fysieke algemene vergadering, mochten niet alle vergadergerechtigden instemmen met de ronde buiten vergadering en/of mocht de vereiste meerderheid niet worden gehaald. Die oproeping moet voldoen aan de wettelijke eisen.

Bewerkstelligde dit wetsartikel een flexibilisering van het BV-recht? Ja, immers niet alle stemgerechtigden hoeven meer voor het voorstel te stemmen om het aan te nemen. Maar als een stemgerechtigde tegen het voorstel is, zal hij niet licht instemmen met een ronde buiten vergadering (ex 2:238 lid 1 BW), immers hij mist dan de mogelijkheid anderen in de fysieke vergadering van zijn gelijk te overtuigen. En dan is het verschil in werkelijkheid dus niet zo groot met het oude systeem, waarin iedere stemgerechtigde vóór moest zijn om besluitvorming buiten vergadering mogelijk te maken. In beide systemen zal er in dat geval een fysieke vergadering worden gehouden.

3. Uitkeringstest en tegenstrijdig belang.



Als de algemene vergadering besloten heeft tot uitkering van dividend aan de aandeelhouders, zal het bestuur de uitkering moeten goedkeuren (de uitkeringstest ex 2:216 lid 2 BW). Als een bestuurder ook mede aandeelhouder is in die B.V., rijst de vraag: is hier sprake van een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de B.V. en de met haar verbonden onderneming (tegenstrijdig belang)? Het belang dat een aandeelhouder heeft (bij uitkering van dividend/reserves), is doorgaans een ander belang dan dat van de B.V. (zoveel mogelijk vermogen in de B.V. houden om business mee te kunnen drijven). Er lijkt dus een tegenstrijdig belang aanwezig.

De wet zegt in 2:216 lid 2 BW het volgende:

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.

Hier is dus weinig discretionaire bevoegdheid aanwezig, waardoor de potentiële tegenstrijdigheid wordt gereduceerd.

Zal de bestuurder die weet dat hij (mogelijk) aansprakelijk wordt gehouden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, sneller

geneigd zijn goedkeuring tot dividenduitkering te geven als hij zelf ook dividend ontvangt? En ook als hij zich realiseert dat als de medeaandeelhouders niet (meer) kunnen terugbetalen, hij ook hun deel draagt? En zal hij, als hij in privé een onmiddellijk opeisbare schuld heeft, die hij met de dividenduitkering kan betalen, in de verleiding komen bij de uitkeringstest sommige zwaarden van Damocles die boven het hoofd van de B.V. hangen, te negeren (korte termijn: betalen van schuld; lange termijn: (mogelijke) aansprakelijkheid)?

Hoe moeten we daar mee omgaan?

1. Wegschrijven tegenstrijdig belang: Het verdient aanbeveling in de statuten op te nemen (wegschrijven tegenstrijdig belang) dat het bestuur bevoegd is de uitkeringstest te doen als alle bestuurders (en alle leden van de raad van commissarissen als die is ingesteld) zijn geconflieerd. Immers de algemene vergadering heeft niet de tools en middelen om de assessment (de uitkeringstest) te kunnen doen. De enige die dat echt kan, is het bestuur. Zal de bestuurder alle info die hij heeft in de raad van commissarissen dan wel algemene vergadering inbrengen om hem/haar in staat te stellen de assessment uit te voeren? Zeker als de algemene vergadering meer op afstand staat, of als er onder de aandeelhouders concurrenten van de B.V. zijn, zal de bestuurder terughoudend zijn met het delen van informatie.
2. Als het tegenstrijdig belang niet is weggeschreven, zou het bestuur het goedkeuringsbesluit moeten voorbereiden, de assessment moeten doen en het besluit moeten nemen (vernietigbaar besluit) en de algemene

vergadering zou het besluit van het bestuur moeten bekrachtigen/overdoen.

de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. Dit zou in de wet moeten worden vastgelegd.

Bijzondere moeilijkheden:

Wat nu als de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft, wordt weggestemd (hij heeft niet mogen meepraten) en het bestuur vervolgens aansprakelijk wordt gesteld omdat de B.V. niet kon voortgaan met het betalen van haar schulden?

- i. Als de algemene vergadering de goedkeuring heeft gegeven aan de uitkering en de B.V. niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, is het bestuur dan aansprakelijk? Niet verbonden is de bestuurder die bewijst dat het niet aan hem te wijten is dat de B.V. de uitkering heeft gedaan (en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden). Dat zal lastig zijn, immers een bestuurder is veelal de enige is die de feitelijke betaling kan doen.

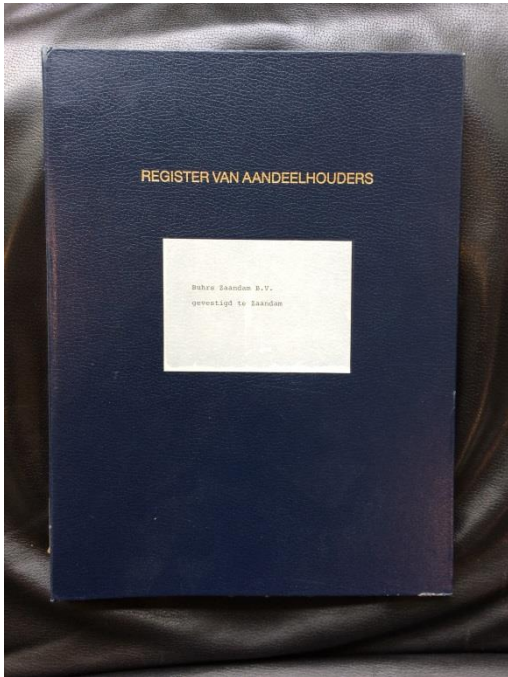
- ii. Tegenstrijdig belang heeft sinds 1 januari 2013 als regel alleen nog intern effect, maar 2: 216 lid 2 BW schrijft voor:

Een besluit dat strekt tot uitkering heeft geen gevolgen zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. 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.

Als de goedkeuring wordt vernietigd omdat de bestuurders zich van besluitvorming hadden moeten onthouden, heeft dat extern effect, de uitkering is dan achteraf gezien onverschuldigd betaald: onafhankelijk van de vraag of er terecht of onterecht goedkeuring werd verleend.

Tegenstrijdig belang bij de uitkeringstest werkt ongelukkig uit. De uitkeringstest is een bestuurstaak en zou altijd door het bestuur moeten worden uitgevoerd, onafhankelijk van

4. Het niet hebben van een register van aandeelhouders is toch eigenlijk niet zo'n groot probleem?



Of toch wel?

1. Het bijhouden van het register van aandeelhouders behoort tot de taken van het bestuur van de vennootschap. Elke bestuurder is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Hij is voor het geheel aansprakelijk voor zaken van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem, mede gelet op de aan andere bestuurders toegedeelde 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. Zie artikel 2:9 BW. Dit betreft een aansprakelijkheid jegens de vennootschap.
2. Omdat de wet derden, die te goeder trouw op het register van aandeelhouders afgaan, beschermt (zie artikel 2:196a lid 3 BW), loopt het bestuur op dat vlak ook aansprakelijkheidsrisico's voor schade. Een voorbeeld: de aandelen zijn ten behoeve van de bank verpand. Het register van aandeelhouders is kwijt en het bestuur maakt een vervangend register waarbij het vergeet dit pandrecht te vermelden. Als een derde (die te goeder trouw is) de aandelen verwerft, of een ander pandrecht op de aandelen verkrijgt, is het bestaande pandrecht hem niet bekend. Hij wordt dan beschermd. De bank zal de schade op het bestuur trachten te verhalen, immers haar pandrecht geldt niet jegens die derde. Het register is de enige schakel tussen de verschillende notarissen die bij de oprichting en verdere transacties betrokken zijn. Het register is dan ook de enige plaats waar een pandrecht wordt geregistreerd. Er is op dit moment geen centraal of nationaal register waarin dat wordt bijgehouden.
3. De aansprakelijkheid van artikel 474c leden 4, 5 en 7 juncto 444b Rv als het register er niet is terwijl de deurwaarder een beslag wil inschrijven.
4. Het verzaken van de verplichting tot het bijhouden van een register van aandeelhouders is een economisch delict, dat kan worden bestraft met een taakstraf, een geldboete in de vierde categorie (2016: EUR 20.250) of een gevangenisstraf van maximaal een half jaar.
5. Hoe compliant is het bestuur als het register van aandeelhouders niet op orde is of erger nog, in het ongereede is geraakt?

5. Help jezelf door het naleven van corporate action. The Smoking Gun.



Hof Amsterdam 22 september 2015, nr 200.135.467/01 gaat over de volgende casus: Een B.V. (“Verkoper”) heeft in 2008 aandelen in een andere vennootschap (“Target”) verkocht en overgedragen. Koopprijs was de nominale waarde. Volgens de leveringsakte is hierbij mogelijk sprake van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder van de Verkoper omdat hij ook bestuurder is van de koper van de aandelen (“Koper”). Blijkens de notulen die aan de leveringsakte zijn gehecht, heeft de algemene vergadering besloten geen gebruik te maken van haar statutaire recht om een andere vertegenwoordiger van de Verkoper aan te wijzen. De bestuurder van de Verkoper was evenwel ook bestuurder van de holding (“Holding”) die alle aandelen in de Verkoper hield.

Nu is de bestuurder aansprakelijk gesteld door een aandeelhouder van de Holding omdat in de statuten van de Holding is bepaald dat voor een bestuursbesluit tot uitoefening van het stemrecht op de aandelen in een dochtervennootschap (i.c. de Verkoper) de goedkeuring is vereist van de algemene vergadering van de Holding. De bestuurder heeft deze goedkeuring niet gevraagd. Hierdoor is er schade geleden omdat de aandelen in de Target zijn verkocht tegen de nominale waarde terwijl deze aandelen aanzienlijk meer waard waren.

Het Hof heeft in hoger beroep geoordeeld dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens de aandeelhouder van de Holding. De bestuurder moet de schade vergoeden die deze aandeelhouder heeft geleden doordat hij voor het besluit van de Holding om bij de verkoop van de aandelen in de Target geen tegenstrijdig-belang-vertegenwoordiger voor de Verkoper aan te wijzen niet de goedkeuring van de aandeelhouders van de Holding heeft gevraagd die volgens de statuten van de Holding wel was vereist.

De bestuurder van de Holding heeft nagelaten wat hij had moeten doen, namelijk het bijtijds in kennis stellen van de aandeelhouder van de Holding van de verkoop van de aandelen en zijn instemming daarmee vragen. Deze uitspraak leert een aantal zaken:

1. Corporate action: het is van belang de corporate action na te leven: Wat is corporate action? Dat is de interne goedkeuringscarrousel van bestuursbesluiten door bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering of van de raad van commissarissen. Als daar destijds op was gelet, had de benadeelde aandeelhouder op eigen wijze kunnen ingrijpen en de transactie kunnen voorkomen. De werking daarvan is slechts intern.

Had men de statuten nageleefd, dan was de bestuurder een grote claim bespaard gebleven. Als je zelf bestuurder bent, is het voor jouw positie elementair om de goedkeuringen te hebben verkregen.

2. Doorpakken bij tegenstrijdig belang: De uitspraak rept niet over de tegenstrijdig belangregeling in de statuten van de Holding. Als de statuten van de Holding bepaalden dat bij tegenstrijdig belang een vertegenwoordiger moet worden aangewezen, was de uitoefening van het stemrecht op de aandelen in de Verkoper niet geschied. Immers, er was een tegenstrijdig belang en de algemene vergadering van de Holding was niet geraadpleegd om daarover te oordelen (laat staan een vertegenwoordiger aan te wijzen). Dit had geen ander licht op de uitkomst doen schijnen, maar een adviseur dient na te gaan of de uitoefening van stemrecht niet werd getroffen door tegenstrijdig belang.
3. De uitspraak herinnert ons aan het feit dat onbevoegde vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang van voor 1 januari 2013 nog steeds verstrekkende gevolgen kan hebben en gerepareerd dient te worden.

Ben je bestuurder, zorg er dan altijd voor dat je over de interne goedkeuringen beschikt.

6. Afsluiting

Compliance vereist de juiste mindset.

Compliance vereist ook moed: als iets niet klopt of als u daar het vermoeden van heeft, zeg het dan tegen de doelvennootschap en onderneem actie om te zorgen dat de doelvennootschap wel compliant wordt. Met dit boek hebben wij u willen wijzen op een aantal wetswijzigingen die niet altijd de volle aandacht hebben gekregen en waardoor u mogelijk onbewust non-compliant bent. Na het lezen van dit boek is dat achter verleden tijd.



Dit white paper wordt u aangeboden door Stock-Dock B.V.

Stock-Dock B.V. is *DE* internetuitgever voor het register van aandeelhouders

Het Register van Aandeelhouders, nu online!

Daar waar je lasten kunt verlichten, zul je het moeten doen. Overal en altijd. Wij signaleren dat bestuurders van vennootschappen zich teveel moeten bezighouden met administratieve procedures rondom het papieren register van aandeelhouders. Dit leidt tot overbodige financiële lasten en suboptimale inzet van productiefactoren. Wij geloven dat door toepassing van slimme ICT-oplossingen deze problemen kunnen worden verholpen.

Daarom heeft Stock-Dock.nl *HET* online register van aandeelhouders ontwikkeld. Hiermee kunnen bestuurders hun beschikbare resources beter inzetten en zich focussen op hun core business. Stock-Dock B.V. gelooft dat ondernemingen hierdoor meer ruimte krijgen om te groeien en hun compliance aanzienlijk kunnen verbeteren.

Rotterdam, juni 2016



Over de auteur: Mr. D.R. de Lange (1968) is oud-notaris en nu actief als internetondernemer in www.stock-dock.nl (*Het register van aandeelhouders nu online*) en www.praktijkgenerator.nl (*De Internetuitgeverij voor het Notariële Ondernemingsrecht*). Hij is tevens verbonden als gastdocent aan de UvA en heeft een aantal publicaties verzorgd in vooraanstaande juridische tijdschriften.

Beeldmateriaal, Foto hoofdstuk 1: Peter Baskerville, Foto hoofdstuk 2: John S. Quarterman, 3: David Mulder, Foto hoofdstuk 4: Stock-Dock B.V. Foto hoofdstuk 5: Indiamos.

Voor zover deze foto's onder een licentie vallen, zijn de voorwaarden daarvan opgenomen onder de volgende link: <https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/>