

New rules
New choices
New opportunities

Flex BV Bestuurders & Commissarissen

De Flex BV brengt
meer duidelijkheid over taken
en verantwoordelijkheden
van bestuurders,
en commissarissen

Inleiding

Op 1 oktober 2012 wordt de BV vervangen door de Flex BV. De Wet vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht wordt dan van kracht. Een andere wet die het BV-recht ingrijpend verandert is de Wet bestuur en toezicht. Deze wet treedt naar verwachting op 1 januari 2013 in werking.

Deze wetswijzigingen hebben belangrijke gevolgen voor bestuurders en commissarissen van BV's. Deze brochure zet kort de belangrijkste daarvan voor u op een rijtje.

- Bestuur en toezicht: 'one-tier' of 'two-tier'?
- Taakverdeling en tegenstrijdig belang
- Verantwoordelijkheid bij uitkeringen en andere kapitaalwijzigingen: de uitkeringstest
- Beperking van het aantal nevenfuncties
- Streefcijfers man-vrouwverhoudingen

Dat het BV-recht aanzienlijk wordt gewijzigd, betekent voor bestuurders en commissarissen niet dat alles anders wordt. Er wordt vooral meer mogelijk; ondernemingen krijgen een grotere vrijheid bij het vormgeven en inrichten van hun model van bestuur en toezicht. Voor bestuurders en commissarissen bieden de wetswijzigingen daarom wellicht een goede gelegenheid om de bestuursstructuur en de interne organisatie eens tegen het licht te houden.

Bestuur en toezicht: one-tier or two-tier?

De Wet bestuur en toezicht maakt het mogelijk om de functies van bestuur en toezicht in één orgaan te verenigen. BV's kunnen kiezen voor een zogeheten 'one-tier board', een centrale vennootschapsleiding waarvan zowel uitvoerende bestuurders ('executives') als niet-uitvoerende bestuurders ('non-executives') deel uitmaken. Daarnaast blijft voor BV's de meer traditionele structuur van een bestuur en een aparte raad van commissarissen ('two-tier board') mogelijk. Uiteraard blijft ook een bestuur bestaande uit slechts één of meerdere uitvoerende bestuurders mogelijk. Voor BV's die onder het structuurregime vallen, ontstaat de mogelijkheid om in plaats van een raad van commissarissen te kiezen voor het 'one-tier' bestuursmodel.

Na de wetwijziging kan het ondernemingsbestuur op maat worden ingericht. Buitenlandse ondernemingen zijn vaak beter bekend met het 'one-tier' bestuursmodel. Dit kan de aantrekkelijkheid van de BV met een 'one-tier board' voor buitenlandse ondernemingen ten goede komen. BV's die deel uitmaken van een (internationaal) concern zouden met een 'one-tier board' bovendien beter kunnen passen in het model dat binnen het gehele concern wordt gebruikt. Met een 'one-tier board' krijgen Nederlandse BV's dus een betere aansluiting op de internationale praktijk. Tegelijkertijd blijft de Rijnlandse keuze voor een 'two-tier board' beschikbaar zodat de BV blijft passen in de bestaande Nederlandse praktijk. De grotere flexibiliteit op het punt van de inrichting van bestuur en toezicht biedt volgens ons dus louter voordelen.

Voorkeur?

Er valt geen algemene voorkeur te geven voor een 'one-tier' of een 'two-tier' bestuursstructuur. De positie van bestuurders zal niet wezenlijk veranderen bij de overgang naar een 'one-tier board'. Voor commissarissen kan dat wel het geval zijn, maar de praktijk moet uit gaan wijzen hoe groot deze veranderingen zullen zijn. Een niet-uitvoerend bestuurder in een 'one-tier board' zou dichterbij het werk van de uitvoerende bestuurders zitten dan een commissaris nu op het werk van een bestuur, vooral doordat een 'one-tier board' in principe gezamenlijk vergadert. De veronderstelling is dat een niet-uitvoerend bestuurder daardoor meer en eerder informatie ontvangt. Ook is de gedachte dat een niet-uitvoerend bestuurder vanwege de gezamenlijke vergaderingen meer betrokken zal zijn bij de strategische discussies binnen de onderneming en dus meer kennis van het reilen en zeilen van de onderneming zal kunnen vergaren. Uiteindelijk moeten de verschillen tussen een niet-uitvoerend bestuurder en een commissaris echter niet worden overschat. De structuur is minder belangrijk dan de wijze waarop een niet-uitvoerend bestuurder / commissaris zijn of haar functie vervult. Daaraan verandert het nieuwe BV-recht niets. Een belangrijke vraag waarop de praktijk het antwoord nog zal moeten geven is of een grotere betrokkenheid ook gepaard zal gaan met een groter risico voor aansprakelijkheid.



Taakverdeling en tegenstrijdig belang

Taakverdeling

Onder het oude BV-recht was het al feitelijk mogelijk om in een bestuursreglement een verdeling van taken tussen de individuele leden van het bestuur vast te leggen. De Wet bestuur en toezicht bevat een specifieke wettelijke grondslag voor het treffen van een taakverdeling binnen het bestuur. Een taakverdeling over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders dient plaats te vinden in de statuten, terwijl de overige verdeling van bestuurstaken ook in een bestuursreglement kan plaatsvinden.

Een specifieke bestuurstaak die aan één of meer de bestuurders is toebedeeld, behoort in beginsel niet meer tot het takenpakket van de andere bestuurders. Alleen de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken mag niet aan een individuele bestuurder worden toebedeeld. Deze verantwoordelijkheid blijft dus rusten op alle bestuurders gezamenlijk (uitvoerende en niet-uitvoerende). Ook mag de taak tot het houden van toezicht in een 'one-tier board' niet aan de niet-uitvoerende bestuurders worden ontnomen. Alle taken die niet specifiek aan één of meer bestuurders zijn toebedeeld blijven overigens de taak van alle bestuurders.

Aansprakelijkheid

Het principe van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders bij onbehoorlijk bestuur blijft ook in de nieuwe regeling onverminderd van kracht: een bestuurder is voor het geheel aansprakelijk, tenzij hem 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. Een taakverdeling kan van invloed zijn bij de vraag of een individuele bestuurder in een concreet geval wel een persoonlijk ernstig verwijt treft voor het onbehoorlijk bestuur. Vanuit een oogpunt van aansprakelijkheidsrisico's kan een goede en duidelijke taakverdeling binnen het bestuur dus van belang zijn.

Tegenstrijdig belang

Ook de regeling over tegenstrijdige belangen is vernieuwd. Het oude BV-recht bepaalde dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang onbevoegd was de BV te vertegenwoordigen. Deed hij dat toch, dan kon de transactie met de derde onder omstandigheden ongeldig zijn. De nieuwe Wet bestuur en toezicht kent aan een tegenstrijdig belang slechts gevolgen toe voor de interne besluitvorming. Een bestuurder of commissaris met een direct of indirect persoonlijk belang bij een bepaald besluit dat strijdig is met het belang van de BV, mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Doet hij dat toch, dan is dat besluit vernietigbaar en kan hij aansprakelijk worden gehouden jegens de BV. De transactie met de derde is echter geldig.

Onder de nieuwe regeling mag een bestuurder met een tegenstrijdig belang de BV dus toch vertegenwoordigen, zelfs als de huidige statuten dat expliciet verbieden.

Bij BV's kan de nieuwe regeling 'weg worden geschreven' (voor het geval alle bestuurders en commissarissen een tegenstrijdig belang hebben en het daardoor onmogelijk wordt een besluit te nemen) door in de statuten te bepalen dat bestuurders met een tegenstrijdig belang toch deel mogen nemen aan de besluitvorming.

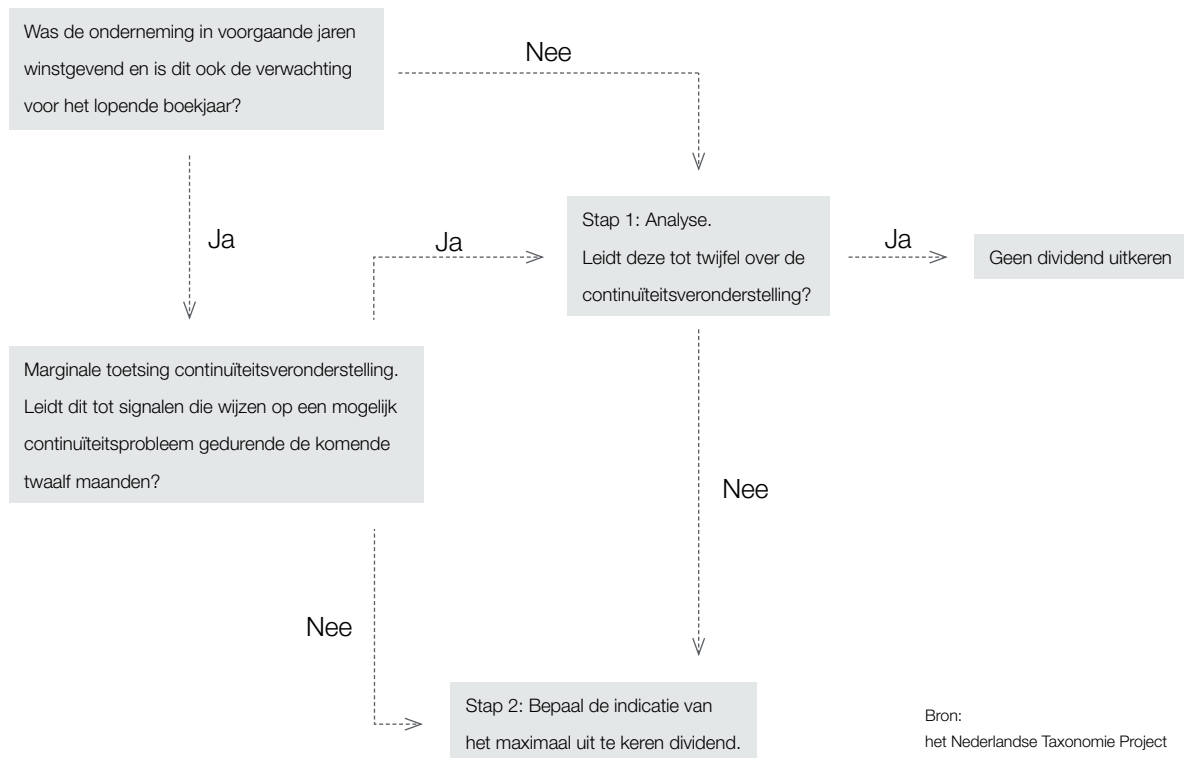
Verantwoordelijkheid bij uitkeringen en andere kapitaalwijzigingen: de uitkeringstest

Het nieuwe BV-recht brengt ingrijpende wijzigingen ten aanzien van uitkeringen - waaronder dividenduitkeringen - met zich mee. In de Flex-BV is niet langer een minimumkapitaal vereist voor het doen van uitkeringen, waardoor het vrij uitkeerbaar vermogen van een BV wordt vergroot (mits de statuten op dat punt worden gewijzigd). Hier staat tegenover dat het besluitvormingsproces over uitkeringen aan strengere voorwaarden moet voldoen. Met name voor bestuurders brengt dit proces een duidelijkere verantwoordelijkheid met zich mee.

Had het bestuur onder het oude BV-recht slechts een raadgevende stem bij besluiten van de aandeelhoudersvergadering over het doen van uitkeringen, onder het nieuwe BV-recht is goedkeuring van het bestuur vereist voor een dergelijk besluit (die kan ook impliciet worden gegeven doordat het bestuur de uitkering feitelijk doet). Het bestuur kan de goedkeuring slechts onthouden wanneer het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de BV na de uitkering niet meer haar opeisbare schulden zal kunnen voldoen. Doen dergelijke betalingsproblemen zich na de uitkering toch voor, dan zijn de bestuurders en quasibestuurders (feitelijk leidinggevendenden die zich gedragen als waren zij bestuurders) in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor het door de uitkering ontstane tekort.

Met deze bepaling over aansprakelijkheid wordt in feite bestaande jurisprudentie op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid bij kapitaalwijzigingen in de wet opgenomen. Nieuw is dat nu de verantwoordelijkheid van bestuurders op dit punt expliciet is vastgelegd.

Om te bepalen of een voorgenomen uitkering kan leiden tot financiële problemen bij de BV, zal een bestuurder vooraf een zogeheten 'uitkeringstest' moeten (laten) uitvoeren waarbij de gevolgen van de uitkering voor de liquiditeit en solvabiliteit van de BV worden geschat. Hiervoor is een eenvoudige toets ontwikkeld op basis van een kwalitatief criterium (continuïteitsveronderstelling) en een kwantitatief criterium (bepaling uitkeringsruimte). Deze toets wordt uitgewerkt in onderstaand stroomschema:



Continuïteitsveronderstelling

Uitgangspunt is dat als de onderneming de afgelopen jaren winstgevend was en er geen signalen zijn die wijzen op een mogelijk continuïteitsprobleem, het bestuur de continuïteitsveronderstelling niet gedetailleerd hoeft te analyseren. In deze analyse zijn alle relevante omstandigheden van belang. Voorbeelden van negatieve 'signalen' zijn het verlies van een belangrijke afzetmarkt, potentiële claims, aanzienlijke negatieve bedrijfsresultaten of aanwijzingen dat debiteuren niet aan hun verplichtingen kunnen voldoen. De wetgever is ervan uitgegaan dat een dergelijke analyse in de regel één jaar in de toekomst dient te kijken. Als de uitkering op basis van de laatste jaarrekening gebeurt, zal er daarin vaak al rekening gehouden zijn met een uitkering. Als dat het geval is, mag uit de goedkeurende verklaring van de accountant worden afgeleid dat de continuïteit van de BV minstens een jaar gewaarborgd is.

Bepalen uitkeringsruimte

Het bepalen van de maximale uitkeringsruimte gebeurt aan de hand van financiële indicatoren die eenvoudig uit de boekhouding kunnen worden gegenereerd: de 'quick ratio' en de operationele kasstromen. De precieze hoogte wordt uiteindelijk bepaald door bestuur en aandeelhouders, die daarbij rekening zullen moeten houden met onzekere factoren en toekomstverwachtingen die niet uit de financiële administratie blijken. Denk daarbij aan toekomstige investeringsverplichtingen, claims en aflossingsverplichtingen.

Externe deskundigen benodigd?

Het bestuur hoeft voor de uitkeringstest normaal gesproken geen deskundigen, zoals accountants, in te schakelen als op basis van de boekhouding van de BV kan worden geconstateerd dat er voldoende eigen vermogen is voor een uitkering.

Beperking aantal nevenfuncties

Gezien de extra nadruk op bestuurdersaansprakelijkheid zullen bestuurders er zich bij twijfel (met name bij gewijzigde omstandigheden sinds de laatst beschikbare cijfers) van willen overtuigen dat een voorgenomen uitkering de uitkeringstest kan doorstaan. Hierbij kunnen accountants een rol spelen door het opstellen van kasstroom- en balansprognoses. Verder onderzoekt de overheid momenteel de mogelijkheden om software te ontwikkelen die bestuurders relatief eenvoudig (aan de hand van de elektronische boekhouding van de BV) laat bepalen hoeveel ruimte er bestaat voor uitkeringen. In algemene zin is het raadzaam voor bestuurders om het besluitvormingsproces goed te documenteren (en niet uitsluitend 'impliciet' goed te keuren door betaalbaarstelling van het dividend) en om zich rekenschap te geven van hun verzwaarde verantwoordelijkheid op het gebied van uitkeringen.

De Wet bestuur en toezicht stelt een maximum aan het aantal nevenfuncties dat een bestuurder of een commissaris van een 'grote' BV mag hebben. Omwille van de leesbaarheid wordt hier alleen over commissarissen gesproken. Voor niet-uitvoerende bestuurders in een 'one-tier board' gelden met de invoering van de Wet bestuur en toezicht dezelfde beperkingen. Een BV is 'groot' als de onderneming ten minste twee van de drie volgende grenzen overschrijdt:

- (1) maximaal EUR 17,5 miljoen aan activa;
- (2) maximaal EUR 35 miljoen aan netto omzet; en
- (3) maximaal 250 werknemers.

Bij dergelijke BV's kan iemand niet tot bestuurder worden benoemd indien hij of zij al commissaris is bij meer dan twee grote BV's, NV's of stichtingen, of als hij of zij voorzitter is van de raad van commissarissen / 'one-tier board' bij één grote BV, NV of stichting. Iemand kan niet als commissaris bij een grote BV worden benoemd als hij of zij al commissaris is bij vijf of meer grote BV's, NV's of stichtingen. Een voorzitterschap van een raad van commissarissen / 'one tier board' telt hierbij dubbel.

De regeling over het maximum aantal functies kent de nodige uitzonderingen. Zo tellen meerdere benoemingen bij grote rechtspersonen die met elkaar in een groep verbonden zijn als één benoeming. Bestuursfuncties en commissariaten bij stichtingen met een cultureel, religieus of charitatief oogmerk zijn - na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht - van deze bepalingen uitgezonderd. Ook worden bestaande bestuurderschappen en commissariaten gerespecteerd als iemand op de datum van invoering van de wet een te groot aantal functies bekleedt. Dit geldt echter niet voor herbenoemingen in die functies na die datum. Bestuurders en commissarissen doen er daarom goed aan om bij aankomende herbenoemingen of bij het aanvaarden van nieuwe functies vooraf de stand van hun bestaande functies te (laten) analyseren.

Streefcijfers man-vrouw- verhoudingen

De Wet bestuur en toezicht bevat een richtsnoer voor een evenwichtige man-vrouwverhouding in besturen en raden van commissarissen van 'grote' BV's (voor 'groot' gelden dezelfde criteria als hiervoor). Een bestuur of raad van commissarissen is evenwichtig samengesteld als deze voor maximaal 70% uit leden van één sekse bestaat. Grote BV's waarvan het bestuur en/of de raad van commissarissen niet voldoen aan deze norm moeten dit vermelden in hun jaarverslag. Bovendien moeten de redenen voor het afwijken van de norm worden vermeld, en moet in een concreet plan van aanpak worden beschreven hoe in de toekomst wel een evenwichtige samenstelling van het betreffende orgaan wordt bereikt. Het niet naleven van het genoemde richtsnoer leidt overigens niet tot sancties.

Onze kantoren

Amsterdam

Strawinskylaan 1999
1077 XV Amsterdam
Nederland

T. +31 20 717 10 00
F. +31 20 717 11 11
E. info@nautadutilh.com

Brussel

Terhulpesteenweg 120
B-1000 Brussel
België

T. +32 2 566 80 00
F. +32 2 566 80 01
E. ndbru@nautadutilh.com

Londen

Copthall Avenue 2
EC2R 7DA Londen
Verenigd Koninkrijk

T. +44 20 7786 9100
F. +44 20 7588 6888
E. ndlondon@nautadutilh.com

www.nautadutilh.com
info@nautadutilh.com

Luxemburg

2, rue Jean Bertholet
L-1233 Luxemburg
Luxemburg

T. +352 26 12 29 1
F. +352 26 68 43 31
E. ndlux@nautadutilh.com

New York

One Rockefeller Plaza
N.Y. 10020 New York
Verenigde Staten

T. +1 212 218 2990
F. +1 212 218 2999
E. info@nautadutilh.com

Rotterdam

Weena 750
3014 DA Rotterdam
Nederland

T. +31 10 224 00 00
F. +31 10 414 84 44
E. info@nautadutilh.com

[Privacy/ General conditions / Disclaimer](#)

This publication is intended to highlight certain issues. It is not intended to be comprehensive or to provide legal advice.

[Voor meer informatie ga naar](#)

www.nautadutilh.com

of meld u aan bij onze LinkedIn-groep:

NautaDutilh: Flexibilisering van het Nederlandse bv-recht

www.linkedin.com/groups?about=&gid=4285697