

Memorandum

Van Meijburg Legal/Meijburg Tax
Datum maart 2020

Betreft: Besturen gedurende het Coronavirus

1 Introductie

- 1.1 De snelle uitbraak van het Coronavirus (COVID-19) veroorzaakt een alarmerende gezondheidscrisis waar de wereld mee worstelt. Naast de humanitaire impact, worden ook de commerciële gevolgen gevoeld, op wereldschaal maar zeker ook op lokaal niveau.
- 1.2 Dit memorandum adresseert bepaalde aspecten van bestuur (*governance*) waar directeuren en commissarissen van Nederlandse vennootschappen, in de uitoefening van hun dagelijkse werkzaamheden, mee worden geconfronteerd. Dit memorandum adresseert ook algemene fiscale aandachtspunten die voor u en de vennootschap van belang kunnen zijn. U vindt deze punten in paragraaf 4.
- 1.3 Dit memorandum is voor algemeen gebruik en geeft een overzicht van praktische en juridische oplossingen die kunnen worden overwogen in deze uitdagende tijden. Dit memorandum is niet allesomvattend en niet bedoeld als juridisch of fiscaal advies en relevante feiten en omstandigheden moeten te allen tijde in ogenschouw worden genomen.
- 1.4 Meijburg Legal staat voor u klaar en is beschikbaar u met juridisch advies te ondersteunen en biedt maatwerkoplossingen voor directeuren en commissarissen van Nederlandse vennootschappen die worden geconfronteerd met bestuur gerelateerde uitdagingen als gevolg van de Coronacrisis.

2 Directie

- 2.1 De directie is belast met het besturen van de vennootschap. De directie zal zich bij de vervulling van haar taak altijd moeten richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Indien de directie uit meer dan één directeur bestaat, zijn de directeuren als collectief verantwoordelijk (collegiaal bestuur).
- 2.2 Het Burgerlijk Wetboek geeft geen voorschriften ten aanzien van het op- en bijeenroepen of houden van directievergaderingen. Dit betekent dat de directie, vanuit een juridisch perspectief, veel flexibiliteit en bewegingsvrijheid heeft met betrekking tot het organiseren van haar vergaderingen. Uitgangspunt is dat de

directie op gezette tijden vergadert en ten minste één keer per jaar. De directie kan haar vergaderingen houden waar en wanneer zij dat nodig acht.

2.3 Vergaderingen worden meestal gehouden door het fysiek bijeenkomen van directeuren. Vanwege de Coronamaatregelen kunnen fysieke bijeenkomsten niet langer mogelijk of wenselijk zijn. De hiernavolgende paragrafen geven alternatieven om, ondanks de Coronamaatregelen, toch tot juridische besluitvorming te komen. Combinaties van deze alternatieven zijn uiteraard ook mogelijk.

2.4 Voor alle hierna beschreven alternatieven is het belangrijk om de eventuele fiscale gevolgen na te gaan en te verifiëren of de statuten van de vennootschap, een eventueel reglement van de directie of de raad van commissarissen, of andere (contractuele) regelingen afwijkende bepalingen bevatten die moeten worden nageleefd (bijvoorbeeld beperkingen in vergadermogelijkheden, quorums of versterkte meerderheden).

2.5 **Het intrekken of uitstellen van vergaderingen**

Het Burgerlijk Wetboek bevat geen bepalingen met betrekking tot het intrekken of uitstellen van directievergaderingen die reeds zijn opgeroepen. Het is algemeen aanvaard dat vergaderingen kunnen worden geannuleerd of uitgesteld mits alle directeuren daarvan tijdig op de hoogte worden gebracht, waarbij de redenen daarvan worden medegedeeld en directeuren wordt gevraagd of er zaken zijn die op een andere manier onder de aandacht moeten worden gebracht.

Het bericht dat een vergadering is ingetrokken of wordt uitgesteld, wordt in het algemeen verstuurd door de perso(o)n(en) die de vergadering aanvankelijk bijeenriep(en).

2.6 **Elektronische vergaderingen**

Vergaderingen van de directie kunnen worden gehouden door het bijeenkomen van directeuren maar kunnen ook anderszins worden gehouden; alternatieven kunnen bijvoorbeeld zijn het gebruik van online communicatiemiddelen (zoals Skype, Google Hangout, Zoom of Microsoft Teams) of door het gebruik van andere communicatiemiddelen. Vergaderingen die op een dergelijke manier worden gehouden zullen in de meeste gevallen zijn toegestaan, mits alle deelnemende directeuren in staat zijn gelijktijdig met elkaar te kunnen communiceren. Deelname aan een op deze wijze gehouden vergadering geldt als het ter vergadering aanwezig zijn en deelname telt mee voor quorumeisen.

2.7 **Volmachten**

Bij afwezigheid van een directeur, fysiek dan wel via één van de genoemde alternatieven, kan een volmacht worden verleend zodat hij/zij ter vergadering kan

worden vertegenwoordigd door een andere directeur. Dergelijke volmachten kunnen alleen aan mededirecteuren worden verleend omdat slechts personen die onderdeel uitmaken van de directie besluiten kunnen nemen die tot de bevoegdheid van de directie behoren.

Het is te adviseren om een dergelijke volmacht schriftelijk vast te leggen (hieronder kan tevens worden verstaan per email) en te specificeren dat de volmacht herroepbaar is en slechts geldig is voor een bepaalde vergadering of alleen bepaalde onderwerpen betreft. Een vergadervolmacht mag steminstructies bevatten maar kan ook blanco zijn. Een doorlopende blanco volmacht aan een mededirecteur is niet toegestaan.

2.8 **Taakverdeling**

Het principe van collegiaal bestuur sluit niet de mogelijkheid uit om bepaalde bestuurstaken toe te delen aan één of meer directeuren of aan (speciaal daarvoor gevormde) commissies. Het is zelfs mogelijk om zulke directeuren of (speciale daarvoor gevormde) commissies de bevoegdheid te geven om, namens de voltallige directie, besluiten te nemen ten aanzien van de bestuurstaken die aan hen zijn toegedeeld. De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor toegedeelde taken blijft bij de directie als geheel. De directie kan te allen tijde besluiten om bestuurstaken die zijn toegewezen aan directeuren of (speciaal daarvoor gevormde) commissies te herroepen.

Het maken van een taakverdeling vergt een zorgvuldige afstemming met de statuten van de vennootschap en eventuele directiereglementen. Meijburg Legal beschikt over de benodigde juridische expertise om een dergelijke taakverdeling tot stand te brengen, waarbij de directie de maximale flexibiliteit en slagkracht wordt geboden die zij nodig heeft in tijden van nood.

2.9 **Schriftelijke besluitvorming**

Besluiten van de directie kunnen te allen tijde schriftelijk worden genomen. Het desbetreffende voorstel moet aan alle in functie zijnde directeuren worden voorgelegd. Alle directeuren moet zich verenigen met deze wijze van besluitvorming en dat moet blijken uit schriftelijke verklaringen.

‘Schriftelijk’ is een bredere term en kan betekenen een document waarop een echte handtekening wordt geplaatst, maar kan ook betekenen een e-mail of enig ander elektronisch communicatiemiddel (bijvoorbeeld een digitale handtekening door gebruik te maken van daarvoor ontwikkelde software), mits het bericht leesbaar en reproduceerbaar is.

2.10 **Tegenstrijdig belang**

Het is belangrijk om te vermelden dat, zelfs in uitdagende tijden, een directeur niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming door de directie indien die directeur daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap of de met haar verbonden onderneming. Het niet naleven van deze (wettelijke) regel kan leiden tot aansprakelijkheid van de betreffende directeur. Het is daarom te adviseren om contact op te nemen met Meijburg Legal, of uw (interne) juridische afdeling, indien deze situatie zich voordoet.

2.11 **Ontstentenis of belet**

De statuten van de vennootschap moeten voorzien in een regeling ingeval er geen directeuren meer beschikbaar zijn (ontstentenis) of directeuren niet langer in staat zijn hun taken uit te voeren (belet).

In de meeste gevallen zullen de statuten bepalen dat de overblijvende directeuren belast zullen zijn met het besturen van de vennootschap en dat het volledige bevoegd blijft. In geval van ontstentenis of belet van alle directeuren, of van de enige directeur, zullen de statuten waarschijnlijk bepalen dat de aandeelhouder(s) bevoegd is/zijn één of meer personen aan te wijzen die tijdelijk zijn belast met het besturen van de vennootschap.

Indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft, dan zullen de statuten waarschijnlijk bepalen dat in dat geval de raad van commissarissen belast zal zijn met het besturen van de vennootschap en dat de raad van commissarissen bevoegd is één of meer personen aan te wijzen die tijdelijk zijn belast met het bestuur van de vennootschap. Ingeval van ontstentenis of belet van alle commissarissen, dan zullen de statuten waarschijnlijk bepalen dat de aandeelhouder(s) bevoegd is/zijn één of meer personen aan te wijzen die tijdelijk zijn belast met het besturen van de vennootschap.

Het is van belang om na te gaan of de statuten voorzien in dit verplichte mechanisme en of het voorziet in de groots mogelijke flexibiliteit in tijden van crisis.

2.12 **Vertegenwoordiging**

De voltallige directie (dat wil zeggen, alle directeuren tezamen) is bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen en te binden jegens derden. In de meeste gevallen voorzien de statuten ook in de mogelijkheid dat één directeur zelfstandig of twee of meer directeuren gezamenlijk de vennootschap mogen vertegenwoordigen.

Indien, vanwege de Coronamaatregelen of anderszins, de vennootschap aan anderen dan directeuren vertegenwoordigingsbevoegdheid wil toekennen, dan kan de directie één of meer gevolmachtigden aanstellen. De directie mag een ieder als

gevolmachtigde aanstellen (ook derden, die niet met de directie zijn verbonden); een directeur die normaliter slechts bevoegd is tezamen met een andere directeur te handelen mag ook worden aangesteld als gevolmachtigde. Een dergelijke directeur handelt dan in hoedanigheid van gevolmachtigde en niet als directeur. De verantwoordelijkheid voor rechtshandelingen verricht door een gevolmachtigde wordt toegerekend aan de directie. Deze vorm van volmacht kan ook worden geregistreerd bij het Handelsregister.

3 Raad van commissarissen

- 3.1 De raad van commissarissen heeft als taak toezicht te houden op de directie en de directie met advies terzijde te staan. Het gaat de omvang van dit memorandum te buiten, maar toch is het belangrijk te benoemen dat de directie alle informatie moet verschaffen aan de raad van commissarissen die de raad van commissarissen nodig heeft om zijn taken uit te voeren, juist in onzekere tijden. De raad van commissarissen zal actief moeten zorgen dat de benodigde informatie wordt verkregen en moet proactief handelen. Meijburg Legal kan op verzoek verdere informatie verschaffen over de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van directeuren en commissarissen.
- 3.2 De paragrafen met betrekking tot het intrekken of uitstellen van vergaderingen, elektronisch vergaderen, volmachten, taakverdeling, schriftelijke besluitvorming, tegenstrijdig belang en ontstentenis of belet zijn van overeenkomstige toepassing op de vergaderingen van de raad van commissarissen.

De raad van commissarissen en commissarissen zijn in beginsel niet bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen en te binden jegens derden. Dit kan anders zijn in geval commissarissen zijn aangewezen als personen die tijdelijk zijn belast met het bestuur van de vennootschap als gevolg van ontstentenis of belet van directeuren (zie paragraaf 2.11). Het is te adviseren om contact op te nemen met Meijburg Legal indien deze situatie zich voordoet.

4 Fiscale aandachtspunten

- 4.1 De governance van vennootschappen is ook relevant voor de fiscaliteit. Allereerst kan die governance van belang zijn voor de fiscale vestigingsplaats van een vennootschap. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de vestigingsplaats naar nationaal recht (zie paragraaf 4.3), en de vestigingsplaats voor de toepassing van belastingverdragen (zie paragraaf 4.4). Als een vennootschap ophoudt inwoner van Nederland te zijn (of van een andere jurisdictie), bijvoorbeeld als gevolg van een wijziging in de governance, dan kan dat gevolgen hebben voor de vennootschapsbelasting (bijvoorbeeld in de vorm van exitheffingen of bij de toepassing van verdragsvoordelen). Het is daarom te adviseren om ook contact op

te nemen met Meijburg Tax indien het wordt overwogen om wijzigingen door te voeren in de governance.

4.2 Verder kan het gevolg zijn dat niet langer wordt voldaan aan bepaalde substance-eisen. Deze substance-eisen zijn van belang voor verschillende zaken, zoals de inhoudingsvrijstelling bij de dividendbelasting en de internationale uitwisseling van informatie (zie paragraaf 4.6). Ten slotte zou een aanpassing in de governance de geldigheid van een advance tax ruling (ATR) in gevaar kunnen brengen, indien deze aanpassing ertoe leidt dat de relevante feiten en omstandigheden waarop de ATR is gebaseerd wijzigen.

4.3 Wanneer bepaalde substance in Nederland (of in het buitenland) tijdelijk ontbreekt (bijvoorbeeld doordat kantoren niet kunnen worden betreden of doordat directievergaderingen niet kunnen worden gehouden), dan leidt dat normaal gesproken niet meteen tot een verplaatsing c.q. emigratie van de vennootschap. Als het ontbreken van die substance een langere periode aanhoudt, dan verdient die omstandigheid nadere aandacht. De toepassing van substance-eisen wordt doorgaans continu getoetst. Het tijdelijk verminderen of ontbreken van substance is daarom een punt van aandacht. Meijburg Tax is beschikbaar u hiermee te assisteren.

4.4 **Vestigingsplaats in Nederland**

Op grond van Nederlandse fiscale wetgeving wordt een vennootschap die is opgericht naar Nederlands recht geacht in Nederland te zijn gevestigd. Voor andere vennootschappen (die niet naar Nederlands recht zijn opgericht) wordt de vestigingsplaats naar de omstandigheden beoordeeld. Volgens vaste jurisprudentie wordt een vennootschap geacht in Nederland te zijn gevestigd als de directeuren van de vennootschap hun taak hoofdzakelijk in Nederland uitoefenen. Het gaat daarbij om de kernbeslissingen, niet om de dagelijkse leiding. Het gaat hierbij niet alleen om directievergaderingen; alle relevante kernbeslissingen tellen mee.

4.5 **Vestigingsplaats voor belastingverdragen**

Voor de toepassing van belastingverdragen wordt een vennootschap geacht inwoner te zijn van een verdragsluitende staat wanneer die vennootschap in die staat is onderworpen aan belastingheffing op grond van haar vestigingsplaats of een vergelijkbaar criterium. Als een vennootschap inwoner is van beide verdragsluitende staten, dan wordt dit opgelost door een zogenoemde tie-breaker. Onder de meeste belastingverdragen wordt de vennootschap voor de toepassing van het verdrag geacht inwoner te zijn van de verdragsstaat waar de feitelijke leiding van de vennootschap wordt uitgeoefend. De plaats van de feitelijke leiding wordt bepaald aan de hand van verschillende factoren, zoals de plaats van de directievergaderingen, waar de leden van de directie hun werkzaamheden

gewoonlijk uitoefenen, waar de dagelijkse leiding plaatsvindt, waar het hoofdkantoor is, enzovoort. Onder sommige (vooral meer recente) verdragen wordt de staat waar een vennootschap is gevestigd bepaald in een onderlingoverlegprocedure tussen de autoriteiten van de verdragsstaten. In een dergelijke onderlingoverlegprocedure worden de autoriteiten geacht rekening te houden met de hiervoor genoemde omstandigheden. In sommige verdragen bestaat de mogelijkheid tot arbitrage.

4.6 **Substance-eisen**

Substance-eisen zijn ook van belang voor de toepassing van de inhoudingsvrijstelling voor de dividendbelasting in grensoverschrijdende gevallen. De inhoudingsvrijstelling kan van toepassing zijn wanneer een moedervenootschap van een Nederlandse dochtermaatschappij is gevestigd in een andere EU of EER-lidstaat of in een verdragsland. Indien niet wordt voldaan aan een lijst met bepaalde substance-eisen, dan geldt het weerlegbaar bewijsvermoeden van misbruik. In een geval van misbruik is de inhoudingsvrijstelling niet van toepassing.

Voorts kan een gevolg zijn van het niet voldoen aan de substance-eisen dat de Nederlandse belastingautoriteiten overgaan tot spontane uitwisseling van informatie. Voor dienstverleningslichamen (vennootschapsbelastingplichtige lichamen waarvan de werkzaamheden in een jaar hoofdzakelijk bestaan uit het rechtens dan wel in feite direct of indirect ontvangen en betalen van rente, royalty's, huur- of leasetermijnen binnen het concern) geldt ook een lijst met substance-eisen. Als aan één of meer van deze voorwaarden niet is voldaan dan moet dit worden gemeld bij de autoriteiten. Op grond daarvan kunnen de autoriteiten beslissen om over te gaan tot spontane uitwisseling van informatie met buitenlandse belastingautoriteiten. Deze uitwisseling kan leiden tot vragen of boekenonderzoeken van buitenlandse belastingautoriteiten.

De bovengenoemde substance-eisen bevatten onder andere het vereiste dat de besluiten van de directie worden genomen in de staat waar de vennootschap inwoner is. Aan dat criterium kan tijdelijk niet zijn voldaan, bijvoorbeeld omdat als gevolg van reisverboden er geen mogelijkheid is tot het houden van fysieke directievergaderingen. Een ander criterium is dat de belastingplichtige kantooruimte tot zijn beschikking heeft voor ten minste 24 maanden, en dat relevante werkzaamheden worden verricht in dat kantoor. Ook aan die eis kan mogelijk niet worden voldaan door corona-gerelateerde omstandigheden. In een brief aan de Nederlandse regering heeft de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs gesuggereerd om het toezicht op het naleven van de substance-eisen tijdelijk te versoepelen. Een formele reactie is tot dusver uitgebleven.

5 Tot slot...

- 5.1 Meijburg Legal helpt u graag bij de vraag welk van de voornoemde oplossingen het best bij u past en wij zijn graag bereid te assisteren bij het opstellen, uitvoeren en implementeren van de beste oplossing voor uw bedrijfsvoering, nu en in de toekomst.
- 5.2 Meijburg Tax helpt u graag bij de fiscale analyse van governance aspecten. Het is belangrijk om stil te staan bij de fiscale gevolgen omdat ongedaanmakingshandelingen complex of zelfs onmogelijk zijn nadat een wijziging in de governance plaatsvond.
- 5.3 Dit memorandum beschreef praktische en juridische oplossingen om de flexibiliteit voor de directie en de raad van commissarissen te vergroten in tijden van crisismanagement. Indien u meer te weten wil komen over vergelijkbare kwesties met betrekking tot aandeelhoudersvergaderingen of wat de verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden zijn van directeuren en commissarissen in (financieel) zwaar weer, dan kunt u contact opnemen met uw Meijburg Legal contactpersoon.

*_*_*_*_*