

MEMORANDUM

DEEL 1: IMPACT VAN COVID-19 OP DE WERKING VAN HET BESTUURSORGAAN EN ALGEMENE VERGADERING VAN AANDEELHOUDERS

1. Algemeen

Naar aanleiding van de COVID-19 maatregelen worden alle mogelijke vormen van bijeenkomsten verboden. Bijgevolg is het niet langer mogelijk om fysieke vergaderingen te houden. Dit heeft praktische implicaties op de werking van het bestuursorgaan en de algemene vergadering van aandeelhouders van vennootschappen.

Hieronder vindt u een overzicht van de toepasselijke principes en mogelijke alternatieven.

2. Jaarvergadering

Ieder jaar moet ten minste één algemene vergadering worden gehouden op de dag en het uur bij de statuten bepaald. De gewone algemene vergadering (ook wel de jaarvergadering genoemd) van een vennootschap waarvan het boekjaar is afgesloten op 31 december 2019, dient in principe op deze datum bijeen te komen om de jaarrekening goed te keuren en dit uiterlijk binnen de zes maanden na de afsluitingsdatum van het boekjaar. Het bestuursorgaan heeft het recht, tijdens de zitting, de beslissing over de goedkeuring van de jaarrekening drie weken uit te stellen.

In de praktijk worden in de statuten van vennootschappen vaak een datum in april of mei uitgekozen om de jaarvergadering te houden. Gelet op de huidige maatregelen, creëert dit praktische moeilijkheden.

Minister van Justitie (Koen Geens) kondigde een aantal versoepelingen en opties aan, met als doel de vennootschappen dienaangaande de nodige flexibiliteit te geven.

De regering voorziet twee mogelijke opties voor algemene vergaderingen van vennootschappen die voor 19 april zullen bijeenkomen of moeten worden samengeroepen, met name:

- (i) de algemene vergadering kan later worden gehouden. Een uitstel tot 10 weken is mogelijk na de uiterste datum waartegen hun vergadering in normale omstandigheden had moeten plaatsvinden. Ook vennootschappen die reeds een uitnodiging hadden uitgestuurd, krijgen de kans om de vergadering uit te stellen. Het bestuursorgaan blijft echter verantwoordelijk om ervoor te zorgen dat de jaarvergadering gehouden wordt binnen de zes maanden na afsluiting van het boekjaar.
- (ii) de algemene vergadering kan volledige elektronisch (op afstand) of schriftelijk plaatsvinden op de statutair voorziene datum (ook indien de statuten dit niet toelaten). Stemming kan gebeuren via vooraf opgestuurde formulieren of via volmachten. Aandeelhouders zullen de mogelijkheid krijgen om vragen te stellen door die vooraf naar de vennootschap te verzenden, tenzij de vergadering via webcast plaatsvindt.

3. Vergadering van het bestuursorgaan

Ook het bestuursorgaan kan op elektronische wijze beraadslagen en beslissingen nemen met behulp van telecommunicatiemiddelen, zoals een telefoon- of videoconferentie, op voorwaarde dat (i) alle deelnemers aan de vergadering rechtstreeks kunnen communiceren met alle andere deelnemers en (ii) de statuten van de vennootschap dit niet uitsluiten.

Een andere mogelijkheid voor het bestuursorgaan is de schriftelijke besluitvorming. Naar aanleiding van de inwerkingtreding van het nieuw Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna het 'WVV') werden de strenge wettelijke voorwaarden om gebruik te maken van schriftelijke besluitvorming versoepeld (eerder werd dit slechts in uitzonderlijke gevallen toegelaten (i) indien dit statutair was voorzien, (ii) bij dringende

noodzakelijkheid en (iii) wanneer het belang van de vennootschap dit vereiste). Schriftelijke besluitvorming is thans steeds mogelijk, behalve indien de statuten hiervan afwijken.

Wel dient men aandachtig te zijn voor de statutaire bepalingen van vennootschappen wiens statuten nog niet zijn aangepast aan de nieuwe bepalingen van het WVV. Men dient eerst na te gaan of de huidige statuten geen beperkingen bevatten betreffende het gebruik van schriftelijke besluiten (die bijvoorbeeld kunnen verwijzen naar de bovenstaande voorwaarden die van kracht waren voor de inwerkingtreding van het WVV).

4. Elektronische handtekening

De vraag rijst of het plaatsen van een elektronische handtekening op schriftelijke besluiten van het bestuursorgaan of de algemene vergadering van aandeelhouders toegelaten is.

Het Wetboek van economisch recht maakt een onderscheid tussen drie soorten elektronische handtekeningen:

- (i) *gewone* elektronische handtekening: handtekening met een plastic pen op een touchscreen, gescande handtekening, stemherkenning etc.
- (ii) *geavanceerde* elektronische handtekening: DocuSign, SignRequest, ValidSign etc.
- (iii) *gekwalificeerde* elektronische handtekening: de ondertekening met een eID (daarbij gebruikmakend van het certificaat voor handtekening).

Van de bovenvermelde types van elektronische handtekeningen wordt enkel de *gekwalificeerde* elektronische handtekening gelijkgesteld met een handgeschreven handtekening en geniet enkel dat type van dezelfde rechtsgevolgen. De bewijswaarde van een gekwalificeerde elektronische handtekening is dezelfde als die van een handgeschreven handtekening.

Het ondertekenen van een pdf-document door met de muis een handtekening te zetten is een vorm van gewone elektronische handtekening en dus geen gekwalificeerde elektronische handtekening, en kan niet gelijkgesteld worden met een handgeschreven handtekening.

Wanneer een niet-gekwalificeerde elektronische handtekening wordt gebruikt, zal men moeten aantonen dat het gebruikte middel voldoende beveiligd is en dat het de waarborgen biedt die normaal van handtekening worden verwacht. Ze moet voldoen aan volgende vereisten:

- (i) op unieke wijze met de ondertekenaar verbonden zijn;
- (ii) het mogelijk maken om de ondertekenaar te identificeren;
- (iii) tot stand gekomen zijn met gegevens voor het aanmaken van elektronische handtekeningen die de ondertekenaar, met een hoog vertrouwensniveau, onder zijn uitsluitende controle kan gebruiken;
- (iv) en op zodanige wijze aan de daarmee ondertekende gegevens verbonden zijn, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord.

De onderhandse besluiten van de vergaderingen van een vennootschap kunnen in principe ondertekend worden door middel van een *gekwalificeerde* of *geavanceerde* elektronische handtekening. Bij volmachten en besluiten die moeten worden neergelegd bij de griffie van de ondernemingsrechtbank voor publicatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad, is het aanbevolen om een fysieke handtekening te plaatsen.

5. Buitengewone algemene vergadering

De notariaten kregen van hun beroepsorganisatie de formele instructie om het verlijden van akten in de komende weken (en dit tot en met 18 april 2020) hetzij uit te stellen, hetzij niet langer te verlijden, tenzij in één van de volgende gevallen:

- (i) “*extreem dringende akten*”;
- (ii) akten waarvan de cliënt stelt dat ze moeten doorgaan, omdat anders “*de financiële gevolgen te groot zijn*”.

Indien een buitengewone algemene vergadering dient te worden gehouden in aanwezigheid van een notaris, zal men de agenda van de vergadering moeten afoetsen aan de bovenstaande beperkingen en de concrete redenen

aangeven waarom de vennootschap in aanmerking komt voor een uitzondering. Dit zal door de notaris van dossier tot dossier beoordeeld worden. In bevestigend geval kan de akte verleden worden bij volmacht (verleend aan een medewerker van het notariaat).

DEEL 2: VERANTWOORDELIJKHEDEN VAN HET BESTUURSORGAAN

1. Algemeen

De COVID-19 crisis stelt het bestuursorgaan voor een tal van uitdagingen. In deze moeilijke tijden dient het bestuursorgaan de risico's voortdurend te evalueren en indien nodig proactief passende maatregelen te nemen in het kader van haar behoorlijk bestuur van de vennootschap. Het bestuursorgaan zal op korte termijn belangrijke en verregaande beslissingen moeten nemen, waarbij ze de nodige afwegingen zal moeten maken rekening houdend met de relevante financiële risico's die door de COVID-19 maatregelen worden veroorzaakt. Indien de bestuurders hun verantwoordelijkheden niet (voldoende) nakomen, kunnen ze aansprakelijk worden gesteld wegens tekortkomingen in het bestuur.

De aansprakelijkheid van de bestuurders wordt beoordeeld aan de hand van het zorgvuldigheidscriterium, met name de normaal, zorgvuldig en redelijk handelend persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden, waarbij de rechter hierbij slechts beschikt over een marginale toetsingsmogelijkheid en zich niet in de plaats moet stellen van de bestuurder. De rechter moet de beleidsmarge van het bestuursorgaan eerbiedigen en alleen kennelijke fouten die buiten de marge vallen waarbinnen zorgvuldige, onderlegde en redelijke bestuurders van mening kunnen verschillen over het te volgen beleid of over de te nemen beslissing, kunnen tot aansprakelijkheid leiden. Dit is een feitenkwestie en dient van geval tot geval beoordeeld te worden.

Het is aanbevolen om de bestaande verzekeringspolissen te herzien en advies in te winnen bij de verzekeringsmakelaars om na te gaan of deze een eventuele dekking bieden voor schade die ontstaat als gevolg van de COVID-19 crisis. De dekking kan bijvoorbeeld in bepaalde gevallen voorzien in een bedrijfsonderbreking ten gevolge van ziekte. Mogelijks kan een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering (ook D&O genoemd) dekking bieden in geval van een vordering tegen de bestuurders naar aanleiding van bepaalde handelingen of nalatigheden gedurende de COVID-19 crisis.

Hoewel het WVV een maximumbedrag invoert op de bestuurdersaansprakelijkheid, is het als bestuurder belangrijk om de volgende aandachtspunten niet uit het oog te verliezen.

2. COVID-19 maatregelen

Het bestuursorgaan dient de maatregelen die de regering heeft opgelegd te implementeren en stipt na te leven binnen de vennootschap. Zo zal het bestuursorgaan er onder andere op moeten toezien dat de handelszaken of winkels die geen essentiële diensten leveren sluiten, telewerken maximaal mogelijk wordt gemaakt en indien telewerken niet mogelijk is, de regels inzake 'social distancing' strikt worden nageleefd. Indien de vennootschap de opgelegde maatregelen niet respecteert kan dit aanleiding geven tot zware boetes.

3. Financiële moeilijkheden

De bestuurders zijn verantwoordelijk voor het toezicht op de financiële situatie van de onderneming en zijn verplicht om passend te handelen als de onderneming financiële moeilijkheden ondervindt. Het is aanbevolen om het bestuursorgaan formeel bijeen te roepen om een inventaris te maken van de huidige situatie en de strategie van de vennootschap desgevallend bij te sturen.

Het bestuur dient aandachtig te zijn voor de volgende verplichtingen: (i) de alarmbelprocedure en (ii) de verplichte beraadslaging in geval van dreigende discontinuïteit.

a. Alarmbelprocedure

De alarmbelprocedure verplicht het bestuur om de algemene vergadering van aandeelhouders binnen een periode van twee maanden bijeen te roepen wanneer de solvabiliteit en liquiditeit (in geval van een BV) dreigen in het gedrang te komen.

Op het bestuursorgaan rust een doorlopende verplichting om de financiële situatie van de vennootschap op te volgen of minstens ervoor te zorgen dat de nodige mechanismen daartoe aanwezig zijn.

(i) Toepassingscriteria

De parameters van solvabiliteit en liquiditeit waarmee het bestuursorgaan dient rekening te houden, worden wettelijk bepaald.

- Solvabiliteit

De concrete solvabiliteitscriteria verschillen naargelang de rechtsvorm.

NV: men dient na te gaan of het netto-actief van de vennootschap niet daalt tot minder dan de helft van het kapitaal, respectievelijk minder dan één vierde van het kapitaal of minder dan het minimumkapitaal (61.500,00 EUR).

BV: aangezien het concept van kapitaal naar aanleiding van de inwerkingtreding van het WVV is afgeschaft voor de BV, dient men na te gaan of het netto-actief van de vennootschap negatief wordt of dreigt te worden.

- Liquiditeit (louter in geval van een BV)

Het WVV voorziet voor de BV eveneens een liquiditeitscriterium. Ongeacht of de statuten van de vennootschap reeds werden aangepast aan de bepalingen van het WVV, is de liquiditeitstest als dwingende bepaling van toepassing op alle BV's.

Wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen in staat zal zijn nog minstens twaalf maanden haar schulden te voldoen naarmate ze opeisbaar worden, dient ze aan de alarmbel te trekken.

De huidige crisis zorgt meteen voor een eerste grote uitdaging voor het bestuursorgaan van een BV. Dit in tegenstelling tot de bestuurders van een NV, waar de dreiging van liquiditeitstekort niet onmiddellijk aanleiding zal geven tot de toepassing van de alarmbelprocedure. Wel dienen de bestuurders van een NV nog steeds rekening te houden met hun algemene zorgvuldigheidsverplichting in het kader van behoorlijk bestuur en dienen ze in bepaalde gevallen de algemene vergadering toch bijeen te roepen, hoewel er nog voldaan is aan het solvabiliteitscriterium.

(ii) Procedure

De verplichting tot bijeenroeping ontstaat op het ogenblik dat wordt vastgesteld of redelijkerwijs vastgesteld had moeten worden dat er een solvabiliteits- of liquiditeitsprobleem bestaat of zal ontstaan. Hoewel de beoordeling van de solvabiliteit en liquiditeit in beginsel naar aanleiding van de voorbereiding van de jaarrekeningen gebeurt, zal de huidige toestand evenwel dwingen tot sneller ingrijpen. Wie tot de voorbereiding van de jaarrekening wacht met de beoordeling, dreigt laattijdig te reageren.

Onder het moto “*bijzondere omstandigheden vergen bijzondere maatregelen*”, is het aanbevolen om tijdig een beoordeling te maken van de solvabiliteit en in het bijzonder de liquiditeit van de vennootschap. Het is bovendien niet uitgesloten dat dit kwalificeert als een plicht die van iedere normale en zorgvuldige bestuurder in de huidige omstandigheden kan worden verwacht.

Ten slotte zullen veel bestuurders naar aanleiding van de COVID-19 crisis of de voorbereiding van de jaarrekening van vorig jaar een analyse maken van de financiële situatie van de vennootschap. Indien zij in het kader van deze

controlewerkzaamheden merken dat het solvabiliteits- of liquiditeitscriterium van toepassing is, zullen zij de alarmbelprocedure moeten toepassen.

Het bestuursorgaan moet in dat geval de algemene vergadering tijdig bijeenroepen om te besluiten over de ontbinding van de vennootschap of over de in de agenda aangekondigde maatregelen om de continuïteit van de vennootschap te vrijwaren. Tijdig betekent dat de algemene vergadering dient bijeen te komen binnen de twee maanden nadat de huidige toestand werd vastgesteld of redelijkerwijs had moeten worden vastgesteld.

Het bestuursorgaan dient in een bijzonder verslag een voorstel doen inzake het al dan niet ontbinden van de vennootschap en uiteen te zetten welke maatregelen het voorstelt om de continuïteit van de vennootschap te vrijwaren. Dit bijzonder verslag moet samen met de jaarrekening uiterlijk 15 dagen voordat de algemene vergadering plaatsvindt aan de aandeelhouders ter beschikking worden gesteld. Het ontbreken van het verslag heeft de nietigheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg.

Als sanctie voor het niet naleven van de alarmbelprocedure voorziet het WVV verder ook in een vermoeden dat de door derden geleden schade geacht wordt voort te vloeien uit het ontbreken van de bijeenroeping, en dus onder de bestuurdersaansprakelijkheid valt. Dit vermoeden is weerlegbaar.

b. Verplichte beraadslaging in geval van dreigende discontinuïteit

Op het bestuursorgaan van een vennootschap rust ook de wettelijke verplichting om te beraadslagen over maatregelen wanneer gewichtige en overeenstemmende feiten de continuïteit van de onderneming in het gedrang kunnen brengen. Het bestuursorgaan zal dan moeten beraadslagen over de maatregelen die moeten worden genomen om de continuïteit van de economische activiteit voor een minimumduur van twaalf maanden te vrijwaren.

Het bestuursorgaan heeft bijgevolg de plicht om de financiële situatie van de onderneming op te volgen en te beraadslagen indien er zich feiten voordoen die de continuïteit van de onderneming in het gedrang brengen. Het is aangewezen dat het bestuursorgaan een schriftelijk verslag opmaakt van deze beraadslaging.

Gelet op de draagwijdte van de COVID-19 maatregelen, behoeft het weinig betoog dat ieder normaal en zorgvuldig bestuursorgaan de continuïteit van de vennootschap dient op te volgen en te analyseren. In het bijzonder houdt een behoorlijk bestuur in om na te gaan of en hoe de vennootschap deze crisis overleeft. Zijn er gewichtige en overeenstemmende feiten die erop wijzen dat de vennootschap niet in staat zal blijven om haar activiteiten verder te zetten over een periode van minstens twaalf maanden, dan zal het bestuursorgaan formeel moeten beraadslagen over de maatregelen die ze kan nemen. Als aangrijpingspunten voor deze beoordeling wordt rekening gehouden met de rentabiliteit, liquiditeit en solvabiliteit van de vennootschap.

In gewone omstandigheden geven eenmalige gebeurtenissen in principe zelden aanleiding tot dreigende discontinuïteit. Aangezien het einde van de huidige crisis echter nog lang niet in zicht is en de gevolgen die de economische stilstand teweegbrengt nog lang zullen nazinderen, is het niet uitgesloten dat deze crisis een tal van vennootschappen richting discontinuïteit zal duwen. Het bestuursorgaan is verantwoordelijk voor een tijdige beraadslaging, wanneer het discontinuïteitsrisico redelijkerwijs voorspelbaar wordt.



Voor verdere vragen en toelichting over de impact van de COVID-19 maatregelen op uw activiteiten staan wij uiteraard graag ter beschikking.

Laurius begeleidt u graag ook verder bij de opmaak en coördinatie van de nodige verslagen en notulen van het bestuursorgaan en de algemene vergadering van aandeelhouders.

Bert Luyten ♦ bert.luyten@laurius.be ♦ +32 3 260 88 00
Dirk Wellens ♦ dirk.wellens@laurius.be ♦ +32 3 260 88 00
Michael Bollen ♦ michael.bollen@laurius.be ♦ +32 2 313 87 87
David Ryckaert ♦ david.ryckaert@laurius.be ♦ +32 2 313 87 87
Karen Vermaere ♦ karen.vermaere@laurius.be ♦ +32 3 260 88 00