

HVG Corporate | M&A Update

In de HVG Corporate / M&A Update informeren wij u op korte en bondige wijze over recente ontwikkelingen op het gebied van het ondernemingsrecht en fusies en overnames.

Inhoudsopgave

1. Aandachtspunten bij eigendomsvoorbehoud
2. Rapportage van significante betalingen aan overheden
3. Gekrakeel om een kraan
4. Pandrecht teniet door vermenging met niet-verpande zaken?
5. Brexit, wat zouden de gevolgen zijn voor uw onderneming?

1 | Aandachtspunten bij eigendomsvoorbehoud

V&D, Macintosh, Dixons en Drogisterij DA. Het aanzienlijke aantal faillissementen dat recent in de Nederlandse retailbranche is uitgesproken is niemand ontgaan. In de pers is volop aandacht besteed aan de problemen rondom de afwikkeling van de eigendomsvoorbehouden van de leveranciers. Leveranciers proberen hun schade in geval van een faillissement van hun klant te beperken door een eigendomsvoorbehoud te bedingen.

Om dit eigendomsvoorbehoud daadwerkelijk te gelde te maken is het van belang om o.a. rekening te houden met de volgende zaken.

Doorgaans gelast de rechtbank een afkoelingsperiode waardoor het de leverancier niet is toegestaan direct haar goederen op te halen. Aan de andere kant wil een curator de winkels open houden en de goederen verkopen. In dat kader is het van belang om direct na het faillissement te bedingen dat de curator de inkoopwaarde van de goederen zal voldoen aan de leverancier.

De leverancier die goederen opeist zal moeten aantonen dat het eigendomsvoorbehoud daadwerkelijk is overeengekomen. Met enige regelmaat gaat het hier al mis voor de leverancier. Het is vanzelfsprekend verstandig om het eigendomsvoorbehoud uitdrukkelijk en schriftelijk overeen te komen. In de meest ideale situatie wordt het eigendomsvoorbehoud in een ondertekende overeenkomst overeengekomen. Het eigendomsvoorbehoud kan ook in de algemene voorwaarden worden opgenomen maar dan moeten deze algemene voorwaarden wel ter hand zijn gesteld en daarnaast van toepassing zijn verklaard.

De reikwijdte van het eigendomsvoorbehoud dient ruim geformuleerd te zijn zodat er sprake is van een zogenoemd verlengd eigendomsvoorbehoud. Dit houdt in dat het eigendomsvoorbehoud ook van toepassing is op andere geleverde producten van de leverancier die wél al betaald zijn. Ook geleden schade, bijvoorbeeld als gevolg van waardevermindering van de producten, kan onder het eigendomsvoorbehoud – mits correct geformuleerd – verhaald worden.

Een eigendomsvoorbehoud kan ook verloren gaan. De onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen kunnen namelijk vermengd raken met andere goederen, waardoor de goederen niet meer identificeerbaar zijn. Indien de leverancier niet kan aantonen op welke goederen het eigendomsvoorbehoud rust gaat het eigendomsvoorbehoud verloren en hoeft de curator de goederen niet terug te geven. Het is dus van belang dat serienummers in de administratie worden geregistreerd of dat de goederen van een label worden voorzien zodat het de leverancier zijn goederen kan identificeren.

Indien de goederen worden teruggenomen, dan zal een curator de daarmee voor hem verbonden kosten bij de leverancier in rekening mogen brengen. Slechts redelijke kosten die overeenkomen met de daadwerkelijk te maken kosten mogen in rekening worden gebracht.

Kortom, een eigendomsvoorbehoud kan in geval van faillissement van de afnemer een machtig wapen voor een leverancier zijn. Aangezien de belangen van de curator in faillissement soms kunnen botsen met de belangen van de leverancier is het echter wel van groot belang om het eigendomsvoorbehoud goed te regelen en na datum faillissement direct te ageren.

2 | Rapportage van significante betalingen aan overheden

Grote rechtspersonen in de zin van het jaarrekeningenrecht, organisaties van openbaar belang en uitgevende instellingen die actief zijn in de winningsindustrie, met name van mineralen, aardolie en aardgas, of in de houtkap van oerbossen dienen sinds kort jaarlijks een verslag op te stellen en openbaar te maken over significante betalingen die zij verrichten aan overheden.

Dit volgt uit het Besluit rapportage van betalingen aan overheden dat op 1 december 2015 in werking is getreden. Hiermee wordt beoogd de transparantie op betalingen aan overheden in ruil voor grondstoffen te verbeteren en hierdoor de verantwoordelijkheid en het goede bestuur door overheden te bevorderen.

De verslaglegging- en openbaarmakingsverplichtingen zien toe op betalingen in geld of in natura van de volgende categorieën: productierechten, belastingen over de inkomsten, de productie of de winsten - met uitzondering van verbruiksbelastingen -, royalty's, dividenden, ondertekenings-, opsporings- en productiebonussen, vergoedingen voor licenties en concessies en betalingen voor infrastructuurverbeteringen. De betalingen dienen daadwerkelijk te zijn verricht aan overheidsinstanties op nationaal, regionaal en lokaal niveau van landen binnen en buiten de Europese Unie. In het verslag worden de betalingen gespecificeerd naar het totaalbedrag betaald per overheid, het totaalbedrag betaald per voornoemde categorie betalingen per overheid en voor zover relevant daarbij ook uitgesplitst per project.

Op de verslaglegging- en openbaarmakingsverplichtingen zijn een aantal uitzonderingen van toepassing. Zo hoeft een betaling niet in het verslag te worden vermeld als de betaling, afzonderlijk of in een reeks van samenhangende betalingen, in een boekjaar minder dan EUR 100.000 bedraagt. Ook als de aan overheden verrichte betalingen al zijn opgenomen in een geconsolideerd verslag over betalingen aan overheden, hoeft geen afzonderlijk verslag te worden opgesteld.

Het verslag moet binnen dezelfde termijn (twaalf maanden na afloop van het boekjaar) als de jaarrekening worden gedeponeerd bij het handelsregister, maar vormt geen onderdeel van de jaarrekening of het bestuursverslag. Voor uitgevende instellingen geldt een termijn voor openbaarmaking van zes maanden na afloop van het boekjaar waarop het verslag ziet door het indienen van het verslag bij de

Autoriteit Financiële Markten. De AFM stuurt het verslag vervolgens weer door naar het handelsregister.

In Nederland is slechts een beperkt aantal ondernemingen actief in de winningsindustrie en houtkap. Er is echter een evaluatiebepaling op grond waarvan de Europese Commissie uiterlijk op 21 juli 2018 moet ingaan op de vraag of de verslagleggingsverplichtingen dienen te worden uitgebreid naar andere bedrijfssectoren.

3 | Gekrakeel om een kraan

Een verkoper verkoopt een kraan voor zo'n € 7 miljoen. Hij bestelt de kraan in het buitenland en maakt op de transactie een marge van ca. € 800.000. Als het op betalen aankomt wil de afnemer betalen door een Letter of Credit, maar dat was niet afgesproken. De verkoper sommeert tot girale betaling (wat de wettelijke regel is als partijen niets hebben afgesproken). Als de afnemer hieraan niet voldoet, ontbindt de verkoper de koopovereenkomst. De kraan wordt vervolgens aan een derde verkocht voor zo'n € 8 miljoen (marge anderhalf miljoen). De afnemer vordert een betaald voorschot terug van € 250.000 en schadevergoeding wegens onterechte ontbinding maar de verkoper dient een tegenvordering in; hij wil een schadevergoeding van € 800.000 wegens gedeelde winst. Beide partijen vorderen ook wettelijke rente. De rechtbank wijst de vordering van de afnemer tot terugbetaling van het voorschot toe, diens vordering tot schadevergoeding af (omdat er terecht is ontbonden) en wijst ook de vordering van de verkoper af, omdat de rechtbank vindt dat er geen schade is geleden (onder verwijzing naar de veel grotere winst in de transactie met de derde). De verkoper gaat in hoger beroep. Dat doet de afnemer dan ook.

Het hof bekrachtigt de veroordeling tot terugbetaling van het voorschot, maar vernietigt het vonnis tot afwijzing van de schadevergoeding van de verkoper. Die wordt alsnog toegewezen, te vermeerderen met wettelijke handelsrente. De afnemer stelde dat als de eerste koopovereenkomst niet was ontbonden, de verkoper geen winst had kunnen maken met de tweede koopovereenkomst. Dat kan zijn, maar het is niet het wettelijke criterium. Een voordeel mag worden verrekend met een geleden schade (en dus in mindering worden gebracht op de te betalen schadevergoeding) als dat voordeel ontstaat uit eenzelfde gebeurtenis (Burgerlijk Wetboek) of er tussen beide een *adequate connection* (Weens Koopverdrag) bestaat. Dat was hier niet het geval. Er lag tijd en verschillende andere transacties tussen de ontbinding en de tweede verkoop.

Het hof had wettelijke handelsrente berekend over de vordering tot schadevergoeding. De Hoge Raad bepaalde echter dat bij een vordering tot schadevergoeding in verband met de ontbinding van een handelsovereenkomst niet de hogere wettelijke handelsrente moet worden berekend maar de gewone (en lagere) wettelijke rente. De handelsrente bedraagt thans zo'n 8,05%. De gewone wettelijke rente is 2%.

4 | Pandrecht teniet door vermenging met niet-verpande zaken?

Schuldeisers vestigen vaak een pandrecht op roerende zaken om zich er van te verzekeren dat een schuldenaar overgaat tot betaling. In het geval dat een schuldenaar niet op tijd betaalt, kan de schuldeiser zich verhalen op de zaken waar het pandrecht op rust. Hoe moet met zo'n pandrecht worden omgegaan als verpande zaken zich vermengen met andere niet-verpande zaken? De Hoge Raad heeft hier onlangs een interessant arrest over gewezen.

In deze zaak ging het om een pandrecht van Zeeland Aluminium Company N.V. (Zalco) op vloeibaar aluminium dat zich in een oven bevond. Zalco ging vervolgens failliet, maar na faillissement werd alsnog niet-verpand aluminium in de oven bijgevoegd. Later werd het productieproces stopgezet waardoor het aluminium stelde. De vraag rees of er op het gestelde aluminium in oven een pandrecht rustte. De eigenaar van de grond waarop de oven zich bevond, Zeeland Seaports (ZSP), was van mening dat het pandrecht teniet was gegaan doordat het verpande aluminium was vermengd met het na faillietverklaring nog geproduceerde aluminium.

Van vermenging is sprake als roerende zaken (zoals aluminium), die aan verschillende eigenaren toebehoren door middel van vermenging tot één zaak worden verenigd. Indien een hoofdzaak valt aan te wijzen en een bestanddeel, komt de eigendom te liggen bij de eigenaar van de hoofdzaak. Als geen hoofdzaak valt aan te wijzen ontstaat er mede-eigendom.

Het Hof 's-Hertogenbosch honoreerde het vermengingsverweer van ZSP en oordeelde dat de hoeveelheid aluminium waarop het pandrecht rustte, was vermengd met een aanzienlijke grotere hoeveelheid aluminium in de ovens waarop géén pandrecht rustte. Omdat de eigenaar van het niet-verpande aluminium tevens eigenaar was geworden van het wel verpande aluminium, is het eigendom van het kleinere

deel van het aluminium, alsmede het pandrecht wat rustte op deze zaak, daardoor teniet gegaan.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof en overweegt dat het Hof ten onrechte had aangenomen dat zich een kleine hoeveelheid niet-verpand aluminium in de ovens bevond en niet inzichtelijk had gemaakt van welke verhoudingen verpand/niet-verpand aluminium zij was uitgegaan toen zij oordeelde dat de hoeveelheid niet-verpand aluminium een aanzienlijk grotere hoeveelheid betrof.

Vervolgens staat de Hoge Raad stil bij de vraag of een beperkt recht (zoals pandrecht) teniet gaat, indien door vermenging een nieuwe zaak ontstaat. Indien één van de zaken als hoofdzaak kan worden aangemerkt en het pandrecht rust op een zaak die door vermenging bestanddeel wordt, zal het pandrecht vervallen. Indien géén hoofdzaak kan worden aangewezen zal een nieuwe zaak ontstaan. Van rechtswege zal vervolgens een nieuw pandrecht ontstaan op een aandeel in de nieuwe zaak. Dit is niet anders in geval van faillissement van de eigenaar van die zaak.

Voor het bepalen van de hoofdzaak geldt een vaste regel: een hoofdzaak kan worden aangewezen indien de waarde van één van de zaken die van de andere aannemelijk overtreft dan wel indien één van de zaken volgens verkeersopvatting als hoofdzaak kan worden beschouwd. De Hoge Raad legt deze regel verder uit en overweegt dat bij gelijksoortige zaken (zoals in de onderhavige casus) de verkeersopvatting geen bruikbaar criterium is. Bovendien mag bij gelijksoortige zaken niet spoedig worden aangenomen dat een waardeverschil 'aanmerkelijk' is.

De Hoge Raad geeft in deze zaak duidelijkheid over het (voort)bestaan van pandrechten op zaken in geval van vermenging. Een pandrecht gaat in geval van vermenging niet teniet indien een pandrecht rust op een hoofdzaak of er géén sprake is van een hoofdzaak. In dit laatste geval ontstaat een nieuwe zaak en kan van rechtswege wel een pandrecht komen te rusten op een aandeel in deze nieuwe zaak. In de situatie voor dit arrest kon een eigenaar van een nieuwe zaak ervan uitgaan dat de nieuwe zaak onbezwaard was, dat wil zeggen vrij van beperkte rechten. Na het Zalco-arrest zal een eigenaar van een nieuwe zaak onder omstandigheden een pandrecht ten laste van een mede-eigenaar moeten dulden.

5 | Brexit, wat zouden de gevolgen zijn voor uw onderneming?

Het referendum over de vraag of het Verenigd Koninkrijk (UK) al dan niet in de EU moet blijven wordt gehouden op 23 juni. Peilingen laten zien dat de kleinst mogelijke meerderheid kiest voor het lid blijven van de Europese Unie. In deze bijdrage richten we de aandacht op mogelijke gevolgen van een Brexit voor ondernemingen buiten het UK die zaken doen met partners aldaar.

Indien het Verenigd Koninkrijk zou besluiten de Europese Unie te verlaten, zouden de beginselen van vrij verkeer van personen, kapitaal, goederen en diensten niet meer van toepassing zijn tussen de EU en individuele EU-lidstaten aan de ene kant en het UK aan de andere kant. Het UK (en of de EU-landen) kunnen besluiten om voortaan invoerrechten te heffen of het vrij verkeer anderszins te belemmeren. Het Verenigd Koninkrijk zou, voor of na de uittreding, handelsverdragen kunnen onderhandelen met de EU of individuele lidstaten.

Na uittreding uit de EU zou het Verenigd Koninkrijk kunnen besluiten om het zogenaamde *acquis communautaire*, het geheel van Europese regels dat is geïncorporeerd in haar wetgeving, geheel of gedeeltelijk af te schaffen of te wijzigen. Dat kan een langzaam proces zijn. Het UK kan er ook voor kiezen om delen van die regelgeving aan te houden, om zo de verdere samenwerking met de EU en haar lidstaten te vergemakkelijken.

Het Verenigd Koninkrijk is geen deelnemer aan de Euro, en daardoor heeft een Brexit geen valuta gevolgen.

Overeenkomsten tussen UK vennootschappen of rechtspersonen en partijen gevestigd in andere EU-lidstaten blijven in beginsel geldig. Het toepasselijke recht kan bepalingen bevatten over de gevolgen van onvoorziene omstandigheden voor de geldigheid, de inhoud en de naleving van de overeenkomsten. Wij menen niet dat het heffen van invoerrechten zal kwalificeren als onvoorziene omstandigheden naar Nederlands recht. Onder omstandigheden kunnen andere handelsbeperkende maatregelen, zoals bijvoorbeeld quota, dat wel zijn. Als daarover geen specifieke afspraak in de overeenkomst is gemaakt, schatten we de kans dat een partij door de Brexit van een contract zou kunnen afkomen als laag in. Gegeven de stellingname van het UK over vrije handel, schatten we de kansen dat er handelsbelemmerende maatregelen komen niet hoog in. De gave om de toekomst te voorspellen bevindt zich echter niet in onze gereedschapskist.

In het kader van de naleving van overeenkomsten, in het bijzonder IT- en data contracten, kunnen zich privacy issues gaan voordoen. De Europese Commissie kan besluiten dat het UK een vergelijkbaar niveau heeft van bescherming van persoonlijke gegevens (als de EU-lidstaten). Maar het is ook mogelijk dat in de toekomst het Verenigd Koninkrijk eenzelfde positie krijgt als de Verenigde Staten en dat er onderhandeld zou moeten worden over een privacy shield.

Contactpersonen:

Heeft u vragen of wilt u meer informatie: bel of mail met uw contactpersoon bij HVG of kijk op: www.hvglaw.nl >> Onze mensen.

Practice group leaders:

Corporate & Commercial
Rutger Lambriex
T: +31 (0)88 - 407 04 25
E: rutger.lambriex@hvglaw.nl

Mergers & Acquisitions
Sijmen de Lange
T: +31(0)88 - 407 02 28
E: sijmen.de.lange@hvglaw.nl

HVG

Advocaten | Notarissen

Over HVG

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP (HVG) is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. Onze advocaten en (kandidaat-) notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor ondernemingen relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft HVG een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP.

www.hvglaw.nl

Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales met registratienummer OC335658 en is geregistreerd in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164.

© 2015 Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP

Disclaimer

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt HVG geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatierechten worden ontleend.