februari 2017

Corporate & Commercial

Mergers & Acquisitions

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. Wetvoorstel afwikkeling massaschade ingediend
2. Europees bankbeslag per 18 januari 2017 mogelijk
3. Corporate Governance Code gewijzigd
4. Duurovereenkomst, opzegbaar of niet?
5. Commanditaire vennootschap, beheerverbod, aansprakelijkheid en verschillende petten
6. Nota modernisering ondernemingsrecht, waar gaat het naar toe?

1| Wetvoorstel afwikkeling massa-schade ingediend

Op 15 november 2016 heeft de minister van Veiligheid en Justitie een wetsvoorstel inzake de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie bij de Tweede Kamer ingediend. Collectieve actie is al op enkele plaatsen in het Nederlandse recht geregeld. Een rechts-persoon tot belangenbehartiging (meestal een stichting of vereniging) kan een rechtsvordering instellen, maar géén vordering tot schadevergoeding. De wet kent verder een regeling voor de verbindendverklaring van een collectieve schadeovereenkomst. Het wetsvoorstel vloeit voort uit een kamermotie, maar verschilt aanzienlijk met het eerder ter consultatie neergelegde voorstel.

Gehandhaafd is dat collectieve belangenbehartigers ook schade-vergoeding in geld kunnen vorderen. Maar er zijn heel veel waarborgen. Zo moet de belangenbehartiger representatief zijn, een toezicht-houdend orgaan hebben en mechanismen voor participatie van de belanghebbenden. Ze moet voldoende financiële middelen hebben voor de procedure. Ook gelden hoge transparantie-eisen.

HVG

Op haar website moeten tal van gegevens worden openbaar gemaakt: een overzicht van de status van lopende procedures, bestuursverslag, verslag toezichthoudend orgaan, jaarrekening (overeenkomstig de eisen voor commerciële verenigingen en stichtingen) en, als aan de orde, een berekening van de bijdrage die van belanghebbenden wordt gevraagd. Om ontvankelijk te kunnen zijn, mogen de bestuurders geen winstoogmerk hebben, moet er voorafgaand overleg zijn gevoerd met de verweerder en moet de rechtsvordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer hebben. Dat laatste is het geval als de meerderheid van de belanghebbenden of de verweerder in Nederland woont of gevestigd is of als de gebeurtenis die aanleiding is voor de actie in Nederland heeft plaatsgevonden. De rechter kan echter die waarborgen en ontvankelijkheidseisen buiten werking stellen als de rechtsvordering een ideëel karakter heeft en een gering financieel belang of als de aard van de vordering of van de belanghebbende daartoe aanleiding geeft.

Binnen twee dagen na dagvaarding (die in het digitale tijdperk voortaan procesinleiding heet) moet de belangenbehartiger de actie registreren in een centraal register voor collectieve acties. Het nut daarvan is dat:

- binnen drie maanden andere belangenbehartigers zich kunnen melden en kunnen tussenkomen met overeenkomstige vorderingen. De rechter wijst de meest geschikte belangenbehartiger aan als Exclusieve Belangenbehartiger (dat kunnen er echter ook meer zijn) volgens bepaalde criteria maar de anderen blijven ook procespartij;
- belanghebbenden op de hoogte kunnen raken van de actie. Daarnaast komt er iets later in de procedure (aanwijzing Exclusieve Belangenbehartiger een brief en een mededeling in een (landelijk) nieuwsblad. Naar aanleiding daarvan kunnen belanghebbenden die behoren tot de doelgroep maar het niet eens zijn met de actie, zich daarvan distantiëren (opt-out). Dezen kunnen zelfstandig (door)procederen, maar die procedures kunnen geschorst worden.

Voordat de zaak inhoudelijk wordt behandeld is er een voorprocedure. Daarin wordt bekeken of de eiser ontvankelijk is, of hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat een collectieve actie efficiënter en effectiever is dan een individuele, of het aantal belanghebbenden dat zich niet heeft gedistantieerd groot genoeg is en idem ten aanzien van het financiële belang. Totdat hierover is beslist, kan de verweerder het inhoudelijke verweer laten rusten. De rechter stelt tevens een termijn voor het beproeven van een collectieve schadeovereenkomst. Als dat lukt, moet die door de rechter worden goedgekeurd, vergelijkbaar (maar niet op alle onderdelen) met de al geregelde verbindendverklaring. Lukt dat niet, dan kan de eiser de gronden aanvullen en kan de verweerder het inhoudelijke verweer voeren. De rechter kan bij een gevorderde schadevergoeding in geld ook voorstellen daartoe van de Exclusieve Belangenbehartiger en van de verweerder vragen. Vervolgens kan hij bij zijn uitspraak met die voorstellen rekening houden. De rechtbank Amsterdam wordt exclusief bevoegd voor collectieve acties, maar kan verwijzen indien het lokale of regionale karakter van de zaak daartoe aanleiding geeft.

Het wetsvoorstel bevat geen overgangsregeling en kan dus straks ook van toepassing zijn op feiten die zich voor de inwerkingtreding ervan hebben voorgedaan.

2 | Europees bankbeslag per 18 januari 2017 mogelijk

Het is in Nederland voor een schuldeiser vrij eenvoudig om conservatoir beslag te leggen op de goederen van zijn schuldenaar. Conservatoir beslag is het leggen van beslag voordat een rechter een vonnis heeft gewezen. Dit wordt vaak gedaan om ervoor te zorgen dat vermogensbestanddelen niet verdwijnen voor of tijdens het aanhangig zijn van een gerechtelijke procedure. Indien een schuldenaar een positief saldo op een bankrekening heeft staan, kan het raadzaam zijn om, vooruitlopend op een gerechtelijke procedure, daarop beslag te leggen.

Het was echter niet mogelijk om in Nederland tevens toestemming te krijgen om conservatoir beslag te mogen leggen op een bankrekening die in het buitenland wordt aangehouden. Daarvoor moest een verzoek tot het leggen van conservatoir beslag worden ingediend bij de rechtbank in het land waar de bankrekening werd aangehouden. Voor de EU is daar vanaf 18 januari 2017 verandering in gekomen. Op die datum is een Europese verordening in werking getreden op grond waarvan een Europees bevel tot conservatoir beslag op bankrekeningen kan worden verkregen. Deze verordening is van toepassing in alle Europese lidstaten, met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Denemarken.
Het idee achter deze verordening is dat het makkelijker wordt om vorderingen te incasseren in Europa. Indien bijvoorbeeld een Nederlandse leverancier een vordering heeft op een Belgische afnemer kan hij de Nederlandse rechter verzoeken om conservatoir beslag te mogen

leggen op de Belgische bankrekening van zijn schuldenaar.

Om zo'n Europees beslagbevel te verkrijgen moet er een formulier worden ingevuld en bij de rechtbank worden ingediend. De schuldeiser moet zijn vordering onderbouwen met bewijsstukken en moet informatie verstrekken over de bankrekening. Hij zal tevens moeten bewijzen dat er dringend behoefte bestaat aan een beslagbevel. Daarnaast zal hij moeten aantonen dat het innen van de vordering op een later moment zonder het leggen van conservatoir beslag wordt bemoeilijkt dan wel onmogelijk is. Deze laatste voorwaarde is alleen van toepassing bij het aanvragen van een Europees beslagbevel en bestaat niet indien een Nederlandse rechter wordt verzocht om verlof te verlenen voor het leggen van conservatoir beslag op een Nederlandse bankrekening.
Een ander nadeel is dat de schuldeiser zekerheid moet stellen voor de schade die door de schuldenaar wordt geleden als gevolg van de beslaglegging. Daardoor verdient het aanvragen van een Europees beslagbevel niet alle gevallen de voorkeur boven een nationaal conservatoir beslag.

Een voordeel van de verordening is wel dat het voor een schuldeiser makkelijker zal zijn om informatie te verkrijgen over bankrekeningen van zijn schuldenaar. Op het moment dat een rechter een uitspraak heeft gedaan en de vordering van de schuldeiser geheel of gedeeltelijk is toegewezen, kan er een zogenaamd executoriaal beslag worden gelegd. Indien er door de schuldeiser reeds conservatoir beslag was gelegd dan zal dit automatisch overgaan in een executoriaal beslag. In het geval er geen conservatoir beslag is gelegd en er executoriaal beslag gelegd moet worden, biedt de verordening de mogelijkheid om bij banken rekeninginformatie op te vragen met betrekking tot de schuldenaar. Daarmee kan gericht onderzoek worden gedaan naar bankrekeningen van de schuldenaar om de niet-betaalde vordering te verhalen.

3 | Corporate Governance Code gewijzigd

Op 8 december 2016 publiceerde de Monitoring Commissie Corporate Governance Code een nieuwe Corporate Governance Code. De Code kwam tot stand na input van vele stakeholders en deskundigen. De structuur van de Code is nogal omgegooid. De benadering is meer thematisch in plaats van gericht op de verschillende organen en functies (bestuur, RvC, aandeelhoudersvergadering, beleggers en accountant).

De strategie en cultuur van de vennootschap moet gericht zijn op lange termijn waardecreatie. De rol van de RvC hierbij en bij de bepaling en uitvoering van de strategie neemt toe. In het kader van de risicobeheersingssystemen neemt het belang van de interne audit functie toe. Voor commissarissen is de benoemingstermijn gewijzigd: van maximaal drie keer vier jaar naar twee maal vier jaar plus twee optionele termijnen van elk twee jaar. Indien gebruik wordt gemaakt van deze optionele termijnen, moet dat steeds gemotiveerd worden. Rekening is gehouden met het steeds meer opkomende fenomeen van het *executive committee*, een beperking van het aantal statutaire bestuurders tot één of twee (de CEO en eventueel de CFO) en daaronder een *executive committee* (Exco) bestaande uit statutaire bestuurders en senior management. De RvC kijkt naar de afbakening van verantwoordelijkheden tussen bestuur en Exco, de relatie met de RvC, alsmede naar de samenstelling, diversiteit en beloning van het Exco. Verder is er een apart hoofdstuk over vennootschappen met een *one-tier* structuur, één bestuur bestaande uit uitvoerende bestuurders en *non-executives* met een toezichthoudende rol.

Bij de RvC zelf is de onafhankelijkheid iets gewijzigd. Nog steeds mag maximaal één lid 'besmet' zijn door een functionele afhankelijkheid. Maar het aantal commissarissen met een investeringsafhankelijkheid (zelf 10% of meer van de aandelen in de vennootschap houden of 'vertegenwoordiger' zijn van een rechtspersoon die zo'n belang houdt) mag wat groter zijn, mits het aantal geheel onafhankelijke commissarissen de meerderheid vormt, met inbegrip van de voorzitter.

Op beloningsgebied is behoorlijk gesnoeid in het aantal bepalingen. Nieuw is dat het bestuur een eigen mening moet geven over de structuur en hoogte van de eigen beloning. Het remuneratierapport moet inzicht geven in de verhouding tussen de bestuurdersbeloning en het totale beloningsgebouw binnen de onderneming.

Tot slot zijn er kwaliteitseisen gesteld aan de motivering van de afwijking of niet-naleving van de Code. Vermeld moeten worden de wijze van afwijking, de redenen daarvoor, indien de afwijking als tijdelijk is vermeld de horizon daarvoor en uitleg hoe de afwijkende maatregel bijdraagt aan een goede governance.

4 | Duurovereenkomst, opzegbaar of niet?

Stel, je bent een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd overeengekomen die niet voorziet in een opzeggingsregeling. Mag deze overeenkomst dan toch worden opgezegd? Over dit vraagstuk moest de Hoge Raad zich uitlaten in een geschil tussen Provincie Noord-Holland c.s. en de gemeente Amsterdam.

Een duurovereenkomst is kort gezegd een afspraak waarbij de partijen zich verbinden tot voortdurende prestaties over een langere (bepaalde of onbepaalde) periode. De distributieovereenkomst en franchiseovereenkomst zijn bekende voorbeelden van duurovereenkomsten. De regels omtrent de opzegging van dit soort duurovereenkomsten vloeien met name voort uit de rechtspraak omdat de Nederlandse wet hierover niets regelt. Volgens vaste rechtspraak is een voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomst in beginsel opzegbaar, ook indien wet en overeenkomst niet voorzien in een opzeggingsregeling.

Dit uitgangspunt heeft de Hoge Raad onlangs bevestigd. In dit arrest stond het volgende centraal. In 1932 is door de provincie Noord-Holland, een zestal Gooise gemeenten en de gemeente Amsterdam de Stichting Gooisch Natuurreservaat (GNR) opgericht. GNR heeft ten doel om natuurschoon in het Gooi ten eeuwigen dage als natuurreservaat te behouden. De verdeling van de kosten die hieraan verbonden zijn, worden geregeld in een zogenaamde participantenovereenkomst tussen alle participerende partijen. Deze participantenovereenkomst voorziet niet in een opzeggingsregeling. Desondanks zegt de gemeente Amsterdam de participantenovereenkomst na 79 jaar in 2011 op.

In de procedure vordert de gemeente Amsterdam een verklaring voor recht dat zij de participantenovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd. GNR stelt zich op het standpunt dat de gemeente Amsterdam de participantenovereenkomst niet kan opzeggen aangezien een dergelijke opzeggingsmogelijkheid niet in de overeenkomst is opgenomen. GNR is van mening dat de participantenovereenkomst moet worden uitgelegd in het licht van de statutaire doelstelling om het natuurgebied ten eeuwigen dage in stand te houden. Het niet opnemen van een opzeggingsmogelijkheid is een bewuste keuze geweest.

In tegenstelling tot de rechtbank Amsterdam oordeelt het Gerechtshof Amsterdam, conform vaste rechtspraak, dat de participantenovereenkomst in beginsel opzegbaar is en dat de gemeente Amsterdam de overeenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd. Het Hof overwoog dat hoge eisen worden gesteld aan de uitleg dat de participantenovereenkomst niet opzegbaar zou zijn.

De Hoge Raad stelt voorop dat een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel opzegbaar is, ook al is daarover niets opgenomen in de wet of in de overeenkomst zelf. De Hoge Raad overweegt dat de bedoeling van partijen er wél voor kan zorgen dat een duurovereenkomst niet-opzegbaar kan zijn. De partij die zich beroept op niet-opzegbaarheid moet zelf stellen en bewijzen dat het daadwerkelijk de bedoeling is geweest van partijen om de overeenkomst niet op te kunnen zeggen, hiervoor gelden in dit verband geen verzwaarde eisen. Ook al is een duurovereenkomst niet-opzegbaar, de redelijkheid en billijkheid alsmede onvoorziene omstandigheden kunnen met zich meebrengen dat een duurovereenkomst toch wordt opgezegd. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof dat de gemeente Amsterdam de participantenovereenkomst kon opzeggen onbegrijpelijk in het licht van de samenhang tussen de participantenovereenkomst en de statuten. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Amsterdam en verwijst de zaak naar het Hof Den Haag, dat zich nu zal buigen over deze kwestie.

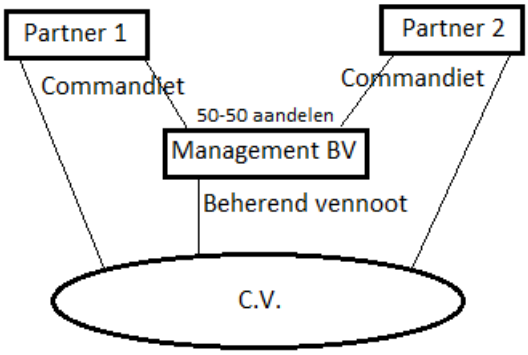
Hoewel het uitgangspunt is dat duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd opzegbaar zijn, wordt in dit arrest door de Hoge Raad geoordeeld dat de bedoeling van partijen kan leiden tot de niet-opzegbaarheid van een duurovereenkomst.

5 | Commanditaire vennootschap, beheerverbod, aansprakelijkheid en verschillende petten

In een commanditaire vennootschap (CV) is de beherend vennoot volledig aansprakelijk voor de verplichtingen van de CV. De commanditaire vennoot is niet aansprakelijk, maar mag de CV niet vertegenwoordigen of daden van beheer plegen. We noemen dit het beheerverbod. Bij overtreding van dit beheerverbod is de commanditaire vennoot aansprakelijk als ware hij een beherend vennoot. In 2015 heeft de Hoge Raad die aansprakelijkheid al gemitigeerd door te oordelen dat daarbij van belang is of de wederpartij van diens hoedanigheid op de hoogte is en of de vennoot van zijn handelen een verwijt treft.

Hoe nu als niet duidelijk is of iemand als beherend vennoot of als commanditaire vennoot handelt? Een

persoon kan natuurlijk niet tegelijkertijd zowel beherend vennoot als commanditaire vennoot zijn, maar een onderscheiden beherend vennoot en commanditaire vennoot kunnen wel door dezelfde persoon worden vertegenwoordigd. CV's worden vaak aangegaan door bedrijven om samen een bepaald project uit te voeren. Daarvoor wordt dan vaak de volgende structuur gekozen, waarbij ook fiscale redenen van belang kunnen zijn.



Beide partners richten samen een Management BV op. Met zijn drieën vormen ze een CV, de partners worden commanditaire vennoten en de Management BV beherend vennoot. Bestuurders van partner 1 zijn A, B en C. Bestuurders van partner 2 zijn D en F. B en D 'trekken' het project, zij worden samen bestuurder van de Management BV en vertegenwoordigen respectievelijk partner 1 en partner 2 als commanditair vennoot. Wat als nu D bij het aangaan van een transactie uiteindelijk de CV vertegenwoordigt maar onduidelijk is of hij daarbij optreedt als beherend vennoot of als commanditair vennoot?

De Hoge Raad heeft daarvoor in november 2016 een zeer praktische oplossing gegeven. Allereerst zegt de Hoge Raad dat het bestaan van een personele unie tussen de (indirecte) bestuurder van een beherend vennoot en de (indirecte) bestuurder van een commanditaire vennoot op zich niet tot aansprakelijkheid van de commanditaire vennoot leidt. Het bestaan van onduidelijkheid in de vertegenwoordiging kan wel van belang zijn maar de Hoge Raad geeft een bewijsregel. Als iemand (in ons voorbeeld B en D) zowel een beherend als een commanditair vennoot kan vertegenwoordigen, geldt, behoudens tegenbewijs, dat hij heeft gehandeld namens de beherend vennoot. Daarbij kan onduidelijkheid wellicht helpen bij het tegenbewijs.

Laat dus als bestuurder van een beherend vennoot over de hoedanigheid geen onduidelijkheid bestaan! Het is een mondvol, maar de frase: "D, als bestuurder Management BV vertegenwoordigende, te dezen handelend als beherend vennoot van CV" helpt echt.

6 | Nota modernisering ondernemingsrecht, waar gaat het naar toe?

Op 9 december 2016 stuurde de Minister van Veiligheid en Justitie de Nota modernisering ondernemingsrecht naar de kamer. Allereerst geeft de nota een mooi overzicht van de thans in Nederland aanwezige rechts- en ondernemingsvormen.

Rechtsvorm	2010	2013	2016
eenmanszaak	753.936	922.580	1.069.604
maatschap	19.545	33.474	35.280
vof	154.359	164.422	172.184
cv	10.677	11.119	10.188
bv	763.766	835.587	907.954
nv	3.608	4.043	4.197
coöperatie	5.007	6.668	8.328
onderlinge waarb. mij	426	336	289
vereniging volledig	99.652	98.713	100.054
vereniging beperkt	17.746	21.881	25.825
stichting	181.936	196.750	214.232
buitenlandse venn.	6.429	7.521	7.529
rechtspersoon i.o.	4.539	2.301	832

Bron: Kamer van Koophandel, cijfers per 1 januari 2010, 1 juli 2013 en 1september 2016

Er zijn ongeveer een miljoen zzp-ers. Circa 70% van de bedrijven met meer dan één werknemer is een familiebedrijf. En circa 1% van de bedrijven is een buitenlandse vestiging, die samen voor 15% van de banen en voor 25% van de investeringen zorgen.

aantal werkzame personen	bedrijven (totaal + 1,5 mln)
1	1.200.000
2-10	290.000
11-50	50.000
51-250	12.000
250+	3.000

Volgens de minister moet het ondernemingsrecht een juridische infrastructuur bieden met:

- flexibele rechtsvormen die tegemoet komen aan de behoeften van gebruikers, belanghebbenden en derden;
- evenwichtige bevoegdheids- en verantwoordingsstructuren;

- een prikkeling tot betrouwbare financiële informatie en verantwoording;
- het voorkomen van misbruik en he bieden van effectief toezicht; en
- een snelle en efficiënte toegang tot de rechter.

De wetgevingsvoornemens concentreren zich op de NV.

- De prikkel tot oneigenlijke oordeelsvorming in overnamesituaties moet tegen worden gegaan. Artikel 135 lid 7 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek regelt de afroming van koerswinsten van bestuurders na een openbaar bod. Uit onderzoek is niet gebleken dat de regeling effectief is en bovendien vervalt hij op 1 juli 2017. Het kabinet zoekt naar een grotere rol voor de RvC.
- Feitelijke afschaffing ('dematerialisatie') van toonderaandelen bij niet-beurs NV's. Het kabinet acht de mogelijkheden tot (en risico's van) misbruik, belastingontduiking en witwassen te groot. Positiever gezien gaat het ook om de mogelijkheid die vennootschappen moeten hebben om hun aandeelhouders te identificeren. Om beter met ze te communiceren, maar ook bijvoorbeeld om aan de verplichting tot melding van UBO's te voldoen.
- Na het BV-recht is nu ook het NV-recht rijp voor modernisering. Hier komt mogelijk de invoering van stemrechtloze – of winstrechtloze aandelen aan de orde. Ook de implementatie van de EU - richtlijn aandeelhoudersrechten, die bijna gereed is, gaat hier een rol spelen.
- Modernisering van het recht inzake personen-vennootschappen. Het kabinet omarmt de recente voorstellen van een commissie van deskundigen maar zal een voorontwerp van wet wel eerst ter consultatie voorleggen.
- Uitbreiding van de herstructureringsmogelijk-heden omzetting, fusie en splitsing. Het kabinet onderzoekt de mogelijkheden van uitbreiding van deze faciliteiten tot personenvennoot-schappen en andere rechtspersonen en ook wisselingen tussen beide groepen.

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 registratie-nummer OC335658 en is geregistreerd in het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164.

© 2017 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.