

Corporate | M&A Update

Juli 2017



In deze Corporate | M&A Update informeren wij u op korte en bondige wijze over actuele ontwikkelingen op het gebied van het ondernemingsrecht en fusies en overnames.

Inhoudsopgave

1	Tweedegraads bestuurder ook aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad	3
2	Faillissementspauliana door inbetalinggeving van activa voor faillissement	4
3	Besluit bekendmaking niet-financiële informatie verschenen	6
4	Vernietiging van een overnameovereenkomst op grond van bedrog, altijd mogelijk?	7
5	Nieuwe wettelijke regels voor bestuurders en commissarissen bij andere rechtspersonen dan NV's en BV's?	8
6	Wettelijke verankering gedragscode franchise	9
7	Ook adviesrecht OR tijdens faillissement	10



1

Tweedegraads bestuurder ook aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad

De Hoge Raad geeft in zijn arrest van 17 februari duidelijkheid over de doorwerking van aansprakelijkheid in het geval een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Op grond van artikel 2:11 BW rust de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder tevens hoofdelijk op een ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van die rechtspersoon-bestuurder daarvan bestuurder is. Dit werkt door totdat men uitkomt bij een persoon van vlees en bloed (de 'uiteindelijke bestuurder').

Het was reeds bekend dat artikel 2:11 BW van toepassing is in het geval van aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van de artikelen 2:9 BW en 2:138/248 BW. De Hoge Raad stelt nu onomwonden vast dat artikel 2:11 BW van toepassing is op alle gevallen waarin een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. In deze casus ging het om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad maar deze rechtsregel zal ook van toepassing zijn bij aansprakelijkheid van bestuurders in geval van een met de wet strijdige dividenduitkering.

In zijn arrest overweegt de Hoge Raad dat de ratio van artikel 2:11 BW is om te voorkomen dat een natuurlijk persoon (de uiteindelijke bestuurder) zich achter de rechtspersoonlijkheid van een rechtspersoon-bestuurder kan verschuilen wanneer schuldeisers door slecht of onbehoorlijk bestuur worden benadeeld. De verhaalsaansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder is immers in beginsel beperkt tot het (mogelijk geringe) vermogen van die rechtspersoon.

Uit de tekst, noch uit de ratio van het artikel volgt dat de toepasselijkheid van artikel 2:11 BW beperkt is tot bepaalde wettelijke grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid. Dit artikel is volgens de Hoge Raad dan ook van toepassing in alle gevallen waarin een rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk is op grond van de wet. Daaronder valt ook de aansprakelijkheid van een rechtspersoon-bestuurder op grond van onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW) of als gevolg van een met de wet strijdige dividenduitkering (art. 2:216 BW). Deze aansprakelijkheid rust dan hoofdelijk op iedere uiteindelijke bestuurder.

Voor de vestiging van aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon-bestuurder geldt niet de aanvullende eis dat de schuldeiser stelt, en zo nodig bewijst, dat ook die bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de aard van de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad volgt volgens de Hoge Raad echter wel dat de bestuurder van die rechtspersoon-bestuurder in zo'n geval aansprakelijkheid via artikel 2:11 BW (alsnog) kan voorkomen. Hij dient dan te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hem persoonlijk geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de gedragingen waarop de aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder is gebaseerd.

Het is in beginsel niet mogelijk om door te grijpen naar de uiteindelijke natuurlijke persoon indien sprake is van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder. Op grond van een eerdere uitspraak van de Hoge Raad is artikel 2:11 BW namelijk niet van toepassing op bestuurders van buitenlandse rechtspersonen. Door een buitenlandse rechtspersoon tussen te schuiven kan de kans op aansprakelijkheid van de achterliggende bestuurders dan ook worden verkleind. Het is de vraag of dit gewenst is.

Faillissementspauliana door inbetalinggeving van activa voor faillissement

In een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd het betalen van facturen van een adviseur door de overdracht van activa paulianeus geacht, ondanks dat de overeenkomst tussen partijen voorzag in de mogelijkheid om in natura de facturen te voldoen.

Wat speelt er in deze casus?

Een veehouderij in financiële problemen schakelt een adviseur in om te helpen bij het oplossen van financiële problemen. De veehouderij beschikt echter niet over de liquiditeiten om het adviesbureau op reguliere wijze te betalen. Daarom wordt in een viertal akten in de mogelijkheid voorzien dat het adviesbureau een gedeelte van het werkmaterieel van de veehouderij kan kopen en dat een deel van de koopsom kan worden verrekend met openstaande facturen. Het gekochte werkmaterieel zal vervolgens worden verhuurd aan de veehouderij. In het geval de veehouderij in staat van faillissement zou komen te verkeren, denkt de adviseur hiermee een beroep op pauliana te kunnen voorkomen. Voordat enige huursommen aan het adviesbureau zijn betaald gaat de veehouderij echter al failliet. Om te bepalen of het samenstel van rechtshandelingen dat heeft geleid tot de inbetalinggeving en/of de verrekening kan worden vernietigd door de curator loopt het hof de criteria voor pauliana langs.

Het hof stelt allereerst dat in de rechtspraak is aangenomen dat inbetalinggeving gevolgd door overdracht en verrekening onverplichte rechtshandelingen in de zin van artikel 42 Fw (faillissementspauliana) opleveren.

Dat is volgens het hof in het onderhavige geval niet anders om de enkele reden dat deze mogelijkheid in de overeenkomst van opdracht als één van de mogelijkheden wordt genoemd waarmee de veehouderij aan zijn betalingsverplichtingen jegens het adviesbureau kan voldoen. Dat de overeenkomst hierin voorziet, betekent immers niet dat de veehouderij zich daarmee verplicht om tot overdracht van activa aan het adviesbureau over te gaan.

Conform vaste rechtspraak moet de vraag of er sprake is van benadeling worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft. In het onderhavige geschil is de benadelende strekking van de overdrachten van het werkmaterieel evident, nu ten nadele van de overige schuldeisers activa uit het vermogen van de veehouderij zijn gevloeid. Weliswaar zijn de schulden van de veehouderij aan het adviesbureau afgenomen, maar waar het volgens het hof om gaat, is dat de omvang van het vermogen waarop verhaal mogelijk is, is afgenomen. Deze benadeling geldt ook voor geleased materieel, omdat de curator daarmee de mogelijkheid wordt ontnomen om deze zelf af te kopen, waarna alle schuldeisers zich op de opbrengst daarvan kunnen verhalen.

Het hof beoordeelt tot slot of de veehouderij en de adviseur wetenschap hadden van de benadeling toen de gewraakte overdrachten van het werkmaterieel plaatsvonden.



Vaststaat dat de veehouderij al langer in financieel zwaar weer verkeerde. Het faillissement was al eerder door een schuldeiser aangevraagd en de veehouderij kon niet op een normale wijze aan zijn betalingsverplichtingen voldoen. Niet weersproken zijn ook de stellingen van de curator dat er geen geïnteresseerden waren om de veehouderij te herfinancieren, dat de totale schuldenlast in het faillissement circa 2 miljoen euro bedroeg en dat er mede door beslaglegging (op de inkomsten en de veestapel) amper liquiditeiten waren. Aangenomen wordt voorts dat het adviesbureau ten tijde van de gewraakte overdrachten bekend moet zijn geweest met deze situatie, nu zij juist was benaderd vanwege haar deskundigheid op het gebied van financiën en ter afwending van een faillissement.

Het hof komt dan ook tot de conclusie dat het adviesbureau het bovengenoemde niet heeft kunnen weerleggen. Het hof acht voldoende bewezen dat het faillissement en het tekort daarin ten tijde van de overdrachten voor de veehouderij en de adviseur met een redelijke mate van waarschijnlijkheid vielen te voorzien en dat zij wisten dat de andere schuldeisers door de overdrachten zouden worden benadeeld. Daarmee zijn alle vereisten voor een succesvol beroep op de pauliana vervuld. Het hof tekent daarbij nog wel aan dat het ten dele een andere weg heeft gevolgd dan de rechtbank. De rechtbank heeft het peilmoment voor de wetenschap van de benadeling bepaald op de dag waarop de overeenkomst van opdracht met het adviesbureau schriftelijk is vastgelegd en het hof op de data van de activa-overdrachten.

Besluit bekendmaking niet-financiële informatie verschenen

Beursvennootschappen, banken en verzekeraars die meer dan 500 werknemers in dienst hebben en die voldoen aan de criteria voor een grote rechtspersoon (in dit geval op twee opvolgende balansdata een balanstotaal van meer dan € 20 miljoen of een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen hebben) moeten met ingang van boekjaar 2017 in hun bestuursverslag rapporteren over niet-financiële informatie. De minister van Veiligheid en Justitie heeft daartoe op 14 maart 2017 een besluit genomen.

Je zou het besluit kunnen zien als de verslaggevingscomponent van maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO). In het bestuursverslag moet het volgende worden opgenomen:

1. een korte beschrijving van het bedrijfsmodel;
 2. informatie over het beleid, zorgvuldigheidsprocedures en de resultaten van het beleid ten aanzien van milieu-, sociale en personeelsaangelegenheden, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping. Is er geen beleid op die gebieden, dan moeten de redenen daarvoor gemotiveerd worden vermeld;
 3. de voornaamste risico's met betrekking tot de onder b. genoemde onderwerpen gezien de activiteiten van de rechtspersoon;
 4. niet-financiële prestatie-indicatoren die van belang zijn voor de specifieke bedrijfsactiviteiten;
 5. waar nodig, verwijzingen naar en aanvullende uitleg over posten in de jaarrekening.
- De mededelingen kunnen in uitzonderlijke gevallen achterwege blijven indien het gaat om lopende onderhandelingen of ontwikkelingen en de informatie ernstige schade zou kunnen

toebrengen aan de commerciële positie van de onderneming.

Als de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening opstelt, heeft de verklaring betrekking op de activiteiten en het beleid van de groep. Rechtspersonen die onderdeel zijn van een groep waarvan deze gegevens in het geconsolideerde bestuursverslag zijn opgenomen, zijn vrijgesteld.

De accountant moet onderzoeken of het bestuursverslag de vereiste informatie bevat, of deze informatie verenigbaar is met de jaarrekening en of de informatie, in het licht van de kennis die hij heeft verkregen bij het onderzoek van de jaarrekening, materiële onjuistheden bevat.

Het besluit zit voor wat betreft het toepassingsgebied wat krakkemikkig in elkaar. In de toelichting wordt aangegeven dat in Nederland de grensbedragen voor de grootte-criteria op geconsolideerde basis worden toegepast. Dit is juist. Maar het wetsartikel dat dit bewerkstelligt, artikel 2:397 lid 2 BW, wordt in de tekst van het besluit niet genoemd. Dat heeft tot gevolg dat je met name voor het aantal werknemers alleen naar de rechtspersoon zou moeten kijken. Veel beursvennootschappen zijn echter holdings, met slechts enkele personeelsleden. De meeste personeelsleden zitten in de groepsmaatschappijen daaronder. Dan zou het besluit voor deze doelgroep zijn beoogde werking missen. Nu kun je zeggen dat het besluit richtlijnconform moet worden uitgelegd, maar ook de richtlijn is niet zo duidelijk. Nu worden grote ondernemingen opgezadeld met onduidelijkheid of verplichtingen voor hen gelden. Is vrijwillige toepassing een alternatief? Er mag niet op gerekend worden dat de rechter de onduidelijke bedoelingen van de regering sauveert. Maar als zonder meer het standpunt wordt ingenomen dat de regeling niet van toepassing is, wordt waarschijnlijk de controlerend accountant in een moeilijk parket gebracht.

Vernietiging van een overnameovereenkomst op grond van bedrog, altijd mogelijk?

Wanneer een overeenkomst door bedrog tot stand is gekomen - bijvoorbeeld door het opzettelijk doen van onjuiste mededelingen - biedt de wet de mogelijkheid deze overeenkomst te vernietigen. In overnameovereenkomsten is echter vaak een standaardbepaling opgenomen waarin staat dat vernietiging van de overnameovereenkomst niet mogelijk is. Staat een bedrogene nu met lege handen?

Bedrog is naast dwaling, bedreiging en misbruik van omstandigheden, één van de in de wet geregelde wilsgebreken. Als achteraf blijkt dat een overeenkomst onder invloed van een wilsgebrek tot stand is gekomen, dan is deze in beginsel vernietigbaar. De wil van een persoon is immers op onzuivere wijze gevormd.

In overnameovereenkomsten wordt vaak, indien mogelijk, van de wet afgeweken. Zo wordt het beroep op vernietiging – op grond van een wilsgebrek - vaak uitgesloten in de boilerplates (de zogenaamde standaard slotbepalingen). De reden hiervoor is begrijpelijk: de gevolgen van vernietiging zijn over het algemeen zeer ingrijpend. Door de vernietiging verliest de overnameovereenkomst met terugwerkende kracht haar werking. Over en weer ontstaat de plicht om de verrichte prestaties ongedaan te maken. Enerzijds moet het verkochte worden terug geleverd en anderzijds moet de koopprijs worden terug betaald. Het spreekt voor zich dat dit bij een aandelentransactie zeer onwenselijk is, zeker indien er inmiddels jaren zijn verstreken.

Aangenomen wordt dat het uitsluiten van vernietiging op grond van dwaling mag worden opgenomen in een overeenkomst.

Over bedrog (hetzelfde geldt voor bedreiging en misbruik van omstandigheden) zijn de meningen verdeeld. De heersende opvatting is dat een bedrogene altijd de mogelijkheid moet hebben om de overeenkomst te vernietigen. Bedrog is moreel zo verwerpelijk dat het uitsluiten van een beroep op vernietiging wegens bedrog nietig is wegens strijd met de openbare orde en goede zeden.

Toch wordt ook gesteld dat het wél mogelijk is om een beroep op vernietiging wegens bedrog in een overnameovereenkomst uit te sluiten. De bedrogene staat namelijk niet met lege handen. Degene die wordt bedrogen heeft immers naast een beroep op vernietiging ook recht om schadevergoeding te vorderen op grond van onrechtmatige daad (bedrog is per definitie onrechtmatig) dan wel op grond van wanprestatie (indien sprake is van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een overeengekomen verbintenis). Door het uitsluiten kiezen partijen er in feite voor om bij voorbaat schadevergoeding te kiezen in plaats van vernietiging. Bovendien komt een bedrieger niet altijd een beroep op de uitsluitingsbepaling toe. Dat beroep kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Uit bovenstaande blijkt dat het altijd belangrijk is aandacht te besteden aan de boilerplates. Vaak wordt een beroep op vernietiging uitgesloten gelet op de bezwaarlijke gevolgen van vernietiging. Of hier een beroep op vernietiging wegens bedrog onder valt, is discutabel. Hoe dan ook staat een bedrogene niet met lege handen indien hij geen beroep zou kunnen doen de vernietiging van de overnameovereenkomst op grond van bedrog. Hij kan dan namelijk op grond van onrechtmatige daad dan wel wanprestatie schadevergoeding vorderen. Bovendien is er altijd nog de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid om een beroep van de bedrieger op het uitsluitingsbeding zo nodig te blokkeren.



5

Nieuwe wettelijke regels voor bestuurders en commissarissen bij andere rechtspersonen dan NV's en BV's?

Het wetsvoorstel beoogt de regeling voor bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen aan te vullen en te verduidelijken. Een belangrijk element van het wetsvoorstel is dat er voor verenigingen en stichtingen een wettelijke grondslag komt voor de instelling van een raad van commissarissen. Ook wordt het mogelijk te kiezen voor een one-tier board.

Andere onderwerpen die op grond van het wetsvoorstel gelijk worden aan de regels voor de NV en de BV zijn: (i) uitgangspunten die bestuurders en commissarissen bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen; (ii) de positie van bestuurders en commissarissen met een tegenstrijdig belang (waarover hieronder meer); en (iii) de regels over aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Ten slotte wordt de regeling voor ontslag van een bestuurder van een stichting gemoderniseerd en verduidelijkt. De ontslagregeling komt daarbij ook te gelden voor commissarissen van een stichting. De introductie van aansprakelijkheid voor commissarissen van niet-commerciële rechtspersonen jegens de rechtspersoon zelf en in faillissement voor het bedoeltekort heeft in stichtings- en verenigingsland tot veel ophef aanleiding gegeven. De vrees is dat vrijwilligers voor bestuurs- en toezichtfuncties moeilijker zijn te vinden als die aan dezelfde normen moeten voldoen als dito functionarissen bij grote ondernemingen.

Eén van de belangrijkste voorgestelde wijzigingen betreft de uniformering van de tegenstrijdig-belangregeling. Voor de stichting ontbreekt een dergelijke tegenstrijdig-belangregeling momenteel. Voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij geldt een regeling die in de praktijk kan leiden tot rechtsonzekerheid. Voorgesteld wordt om de tegenstrijdig-belangregeling die nu al geldt voor bestuurders en commissarissen van de NV en de BV te verplaatsen naar het algemene gedeelte van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Daarmee komt voor alle rechtspersonen te gelden dat bestuurders en commissarissen met een tegenstrijdig belang niet mogen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het betreffende onderwerp.

Na invoering van het wetsvoorstel moet er een statutaire regeling zijn voor belet of ontstentenis van elk van de bestuurders en elk van de commissarissen. Op basis van het overgangsrecht hoeft pas aan deze verplichting te worden voldaan door na invoering van het wetsvoorstel bij de eerstvolgende statutenwijziging een dergelijke regeling op te nemen.

Op dit moment valt niet te voorspellen of en wanneer het wetsvoorstel wet zal worden. Na invoering helpen wij graag met deze wijziging van de statuten van uw vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting.



6

Wettelijke verankering gedragscode franchise

De (demissionair) minister van Economische Zaken heeft op 12 april 2017 het wetsvoorstel 'wettelijke verankering gedragscode franchise' gepresenteerd. Hiermee wordt naleving van de Nederlandse Franchise Code (NFC) wettelijk verplicht. De voorgestelde regeling wordt in een nieuw hoofdstuk in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen.

Een franchise is een samenwerkingsvorm tussen twee of meerdere juridisch zelfstandige ondernemers. In deze samenwerkingsvorm zijn meestal twee partijen te onderscheiden. De ondernemer die gebruik wenst te maken van een handelsnaam (een franchisenemer) en een ondernemer die eigenaar is van de handelsnaam (franchisegever). Deze laatste geeft de franchisenemer tegen betaling het recht om een zaak onder zijn handelsnaam te exploiteren. Bekende franchise formules in Nederland zijn Albert Heijn, Primera, Intratuin en De Hypotheker. Wereldwijd bekende franchises zijn onder meer McDonalds en Starbucks.

Juridisch gezien is een franchiseverhouding geen sinecure. Doorgaans wordt deze franchiseverhouding vorm gegeven in een franchiseovereenkomst. In deze overeenkomst wordt vastgelegd dat de franchisenemer – juridisch volledig voor eigen rekening en risico handelend – gebruik mag maken van de handelsnaam van de franchisegever. De franchiseovereenkomst is tot nu niet afzonderlijk in de wet geregeld waardoor de algemene regels van het overeenkomstenrecht van toepassing zijn. Daarnaast kan een franchiseovereenkomst geplaatst worden in de sfeer van het ondernemingsrecht, het mededingingsrecht en het huurrecht.

Ook met de specifieke bepalingen uit deze rechtsgebieden moet dus rekening worden gehouden.

Het wetsvoorstel stelt tot doel de positie van de franchisenemer – die doorgaans zwakker is dan de positie van de franchisegever – te versterken. Op die manier worden de belangen van de franchisegever en (aspirant-)franchisenemer, zowel voorafgaand aan als na het sluiten van een franchise-overeenkomst onderling meer in balans gebracht.

Het wetsvoorstel bevat een aantal interessante voorgestelde regelingen. Onder meer de volgende bepalingen vallen op:

- ▶ De minister kan bij Algemene Maatregel van Bestuur een gedragscode aanwijzen die in alle nieuwe franchiseovereenkomsten moet worden toegepast. Dat wordt de NFC.
- ▶ Pas toe of leg uit'-principe. Dit betekent dat partijen mogen afwijken van de NFC, maar dan moet worden uitgelegd waarom wordt afgeweken.
- ▶ Een beding in een franchiseovereenkomst waarbij van de NFC wordt afgeweken, kan door de franchisenemer worden vernietigd bij de civiele rechter.

Er komt vanuit bepaalde hoeken in de praktijk regelmatig kritiek op de NFC en nu dus ook op het wetsvoorstel. Zodoende is het voor dit moment onduidelijk of en hoe de wettelijke verankering van de NFC definitief vorm zal krijgen. Het is evident dat voorkomen moet worden dat het wetsvoorstel haar doel voorbij schiet en franchisegevers, door de hoeveelheid aan nieuwe verplichtingen, afzien om franchiserelaties aan te gaan.

De ontwikkelingen rondom het wetsvoorstel worden op de voet gevolgd en zullen in een volgende Update worden besproken.



Ook adviesrecht OR tijdens faillissement

De Hoge Raad heeft duidelijkheid gegeven over het adviesrecht van de ondernemingsraad ("OR") bij een voorgenomen verkoop door de curator van een failliete onderneming. In het faillissement van de DA-drogisterijen oordeelde de Ondernemingskamer dat het adviesrecht van de OR zich niet laat rijmen met het faillissementsrecht en de curator daarom niet gehouden was het advies van de OR in te winnen. De Hoge Raad vernietigt deze beschikking en oordeelt dat de OR in beginsel wel een adviesrecht heeft bij een voorgenomen verkoop door de curator van een failliete onderneming.

Het faillissement van de ondernemer (een natuurlijk persoon of rechtspersoon) leidt er volgens de Hoge Raad op zichzelf niet toe dat de onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op één lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden ("WOR"). De curator is volgens de Hoge Raad daarom in beginsel gehouden de bepalingen van de WOR na te leven, zoals het in art. 25 WOR neergelegde adviesrecht.

Het aan de OR toekomende adviesrecht ziet volgens de Hoge Raad in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen en op (besluiten tot) ontslag van werknemers. Ook niet als een zodanige verkoop of een zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De handelingen van de curator zijn dan gericht op liquidatie van het (ondernemings-)vermogen en de door het adviesrecht beschermde belangen moeten dan wijken voor de belangen van de schuldeisers.

Indien de verkoop van activa echter plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit wel adviesplichtig.

De Hoge Raad merkt daarbij nog wel op dat de bepalingen van de WOR niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement van de onderneming, zodat zij mogelijk niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die de WOR aan de advisering door de OR stelt als de omstandigheden dit vergen. De curator en de OR dienen jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Gedacht kan worden aan kortere termijnen omdat een doorstart in faillissementssituaties vaak snel tot stand moeten worden gebracht.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad dat de kosten die de OR (redelijkerwijs noodzakelijk) maakt voor het uitbrengen van zijn advies voor rekening komen van de boedel van de failliete onderneming.

In situaties waar een curator meerdere gegadigden heeft voor een doorstart, waarbij één partij een fors hogere prijs biedt, maar een andere partij meer werknemers wil overnemen, kan dit tot discussies leiden. De curator is op grond van de faillissementswet in beginsel gehouden een zo hoog mogelijke (netto-)opbrengst voor de crediteuren te realiseren. De OR zal ernaar streven dat zoveel mogelijk werknemers in dienst worden genomen door de doorstarter en aldus mogelijk negatief adviseren over een doorstart door de hoogste bieder.

Contactpersonen

Sijmen de Lange
Mergers & Acquisitions
Practice Group Leader
T: +31 88 407 02 28
E: sijmen.de.lange@hvglaw.nl

Rutger Lambriex
Corporate and Commercial Law
Practice Group Leader
T: +31 88 407 04 25
E: rutger.lambriex@hvglaw.nl

HVG Law

Over HVG Law

HVG Law LLP (HVG Law) is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. Onze advocaten en (kandidaat-)notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor het bedrijfsleven, aandeelhouders en overheden relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel (HVG BVCVBA), New York en San José (desks bij Donahue & Partners LLP) zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft HVG Law LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en maakt onderdeel uit van het global EY Law netwerk.

hvglaw.nl

HVG Law LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales en geregistreerd bij Companies House onder registratienummer OC335658 en is geregistreerd bij het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164.

© 2017 HVG Law LLP

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