

# 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. Bestuur en toezicht op rechtspersonen wordt geüniformeerd
2. Civielrechtelijk bestuursverbod voor malafide bestuurders een feit
3. Ontbinding of faillissement; de Hoge Raad hakt de knoop door
4. Hoge Raad erkent pandrecht op voorwaardelijk eigendom
5. Verpanding onderhanden werk in de zorg
6. Bestuurdersaansprakelijkheid bij het nalaten of onzorgvuldig uitvoeren van een due diligence-onderzoek?

## 1| Bestuur en toezicht op rechtspersonen wordt geüniformeerd

Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen is deze maand bij de Tweede Kamer ingediend. Voor alle rechtspersonen komt er een optionele regeling voor een raad van commissarissen. Als er toezicht is, krijgen voortaan alle rechtspersonen de keuze tussen een 'one-tier' governance model (alle bestuurders en toezichthouders maken deel uit van het bestuur) of een 'two-tier' model (een bestuur naast een raad van commissarissen).

De tegenstrijdig-belangregeling voor bestuurders en commissarissen zoals die nu voor de BV en NV geldt, wordt van toepassing op alle rechtspersonen. Dat betekent dat als een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft hij of zij niet mag meedoen aan de beraadslaging en besluitvorming. Als dat tot gevolg heeft dat er geen besluit kan worden genomen, verschuift de bevoegdheid naar de RvC, respectievelijk de algemene vergadering. Bij een stichting zonder RvC blijft het bestuur bevoegd, maar moeten de overwegingen die ten grondslag liggen aan het besluit wel schriftelijk worden vastgelegd.

De interne aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (jegens de rechtspersoon zelf) voor onbehoorlijke taakvervulling gaat uniform gelden. Dit betekent een verhoogd risico voor commissarissen van verenigingen en stichtingen. De aansprakelijkheid jegens de boedel in geval van faillissement wordt ook geüniformeerd. De zogenaamde omkeringsregel zal niet gelden voor onbezoldigde bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen die niet onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting of van de informele vereniging (daarvan zijn de statuten niet vastgelegd in een notariële akte). Deze omkeringsregel houdt in dat als de administratie niet op orde is of de jaarrekening niet tijdig is gedeponneerd, het onweerlegbaar vaststaat dat de bestuurders en commissarissen hun taken kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en dat wordt vermoed (behoudens tegenbewijs) dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ook dit is een verzwarende omstandigheid omdat deze aansprakelijkheidsregeling voor verenigingen en stichtingen die niet onderworpen zijn aan de heffing van vennootschapsbelasting nu nog niet geldt.

De statuten van alle rechtspersonen moeten een regeling gaan bevatten voor het geval dat alle bestuurders of alle commissarissen langdurig verhinderd zijn hun taak uit te oefenen ('belet of ontstentenis'). De aanpassing moet geschieden bij de eerstvolgende statutenwijziging.

De mogelijkheden tot ontslag door de rechter van bestuurders of commissarissen van een stichting worden verruimd. De gronden worden: taakverwaarlozing, andere gewichtige redenen, ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld of het niet of niet behoorlijk voldoen aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank gegeven bevel tot het verschaffen van inlichtingen of het verstrekken van bescheiden.

## 2 | Civielrechtelijk bestuursverbod voor malafide bestuurders een feit

Op dinsdag 5 april 2016 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod als hamerstuk afgedaan. Door deze wet wordt het mogelijk om malafide bestuurders langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Deze wet heeft een breder bereik dan alleen de bestrijding van faillissementsfraude. Het gaat ook om de bestrijding van aperte onregelmatigheden in of rondom een faillissement, zoals

ernstige tegenwerking van de curator, faillissementsrecidive en benadeling van crediteuren voorafgaand aan een faillissement. Met deze wet wordt beoogd misbruik van rechtspersonen tegen te gaan.

Op vordering van de curator of op verzoek van het Openbaar Ministerie kan de rechtbank een civielrechtelijk bestuursverbod opleggen. Om te voorkomen dat dit verbod als het ware boven het hoofd van bonafide bestuurders zou hangen, is ervoor gekozen om een limitatieve lijst van gronden op te nemen. De rechtbank kan het bestuursverbod opleggen indien tijdens het faillissement of in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van de rechtspersoon zich het volgende voordoet:

- a) de rechter onherroepelijk heeft geoordeeld dat de bestuurder van de rechtspersoon voor zijn handelen of nalaten aansprakelijk is;
- b) de bestuurder doelbewust namens de rechtspersoon paulianeuze rechtshandelingen heeft verricht, toegelaten of mogelijk heeft gemaakt, waardoor schuldeisers aanmerkelijk zijn benadeeld en die rechtshandelingen door de rechter bij onherroepelijk geworden uitspraak zijn vernietigd;
- c) de bestuurder, ondanks een verzoek van de curator, in ernstige mate is tekortgeschoten in de nakoming van zijn wettelijke informatie- of medewerkingsverplichtingen;
- d) de bestuurder, hetzij als zodanig, hetzij als natuurlijk persoon handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf, ten minste tweemaal eerder betrokken is geweest bij een faillissement van een rechtspersoon en hem daarvan een persoonlijk verwijt treft; en
- e) aan de rechtspersoon of aan diens bestuurder een onherroepelijke boete is opgelegd omdat er opzettelijk geen of een onjuiste belastingaangifte is gedaan of indien als gevolg van opzet of grove schuld geen, te weinig of te laat belasting is betaald.

Let wel, de rechter heeft, ook al is er voldaan aan één of meerdere van voornoemde gronden, de beoordelingsvrijheid om, gelet op alle omstandigheden van het geval, toch geen bestuursverbod op te leggen.

Het civielrechtelijke bestuursverbod heeft tot gevolg dat de malafide bestuurder maximaal vijf jaar geen bestuurder of commissaris van een rechtspersoon mag zijn. De registratie van de opgelegde verboden dient te voorkomen dat een persoon met een bestuursverbod opnieuw tot bestuurder of commissaris kan worden

benoemd. Mocht dit toch gebeuren, dan zal de benoeming nietig zijn. Belangrijk om te vermelden is dat het verbod is beperkt tot het besturen van rechtspersonen. Dit betekent bijvoorbeeld dat een persoon nog wel aandeelhouder van een vennootschap kan zijn.

De wet is op 1 juli 2016 in werking getreden.

### 3 | Ontbinding of faillissement; de Hoge Raad hakt de knoop door

Wat moet er gebeuren als een rechtspersoon waarvan men af wil (bijna) geen baten heeft maar wel schulden? Op die vraag hebben rechtbanken heel verschillend geantwoord. Wij schreven daarover in december 2014. De laatste tijd gingen steeds meer curatoren ertoe over verzet in te stellen tegen de faillietverklaring (waarbij zij zelf als curator waren benoemd). Rechtbank Overijssel maakte gebruik van een vrij nieuwe procedure om rechtstreeks (tussentijds en zonder dat er eerst een Hof tussen moet zitten) zogenaamde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen.

Ter beëindiging van een rechtspersoon (zoals een BV) kan men ontbinden of, als de schulden groter zijn dan de bezittingen, het faillissement aanvragen. Ontbinding geschiedt binnen de rechtspersoon zelf, men besluit tot ontbinding (dat doet de algemene vergadering en bij een stichting het bestuur), er wordt een vereffenaar benoemd die het vermogen te gelde maakt en verdeelt onder de schuldeisers. Een faillissement moet worden aangevraagd bij de rechtbank en die benoemt (bij toewijzing) een curator. De curator is een buitenstaander (meestal een advocaat) die, onder toezicht van een rechter-commissaris, het zelfde doet als een vereffenaar bij ontbinding. Bezittingen worden verkocht en de opbrengsten worden verdeeld onder de schuldeisers en het overschot onder de daartoe gerechtigden. Er gelden heel andere regels, onder andere ten aanzien van de volgorde (sommige schuldeiser gaan vóór) en de verslaggeving. De curator wordt betaald uit de boedel en hij gaat daarbij voor vrijwel alle andere schuldeisers. Als de boedel nagenoeg leeg is, krijgt hij niets en dat wringt.

De Hoge Raad heeft nu beslist dat een curator verzet kan instellen tegen een faillietverklaring. Het criterium voor toewijzing is dat de boedel (nagenoeg) geen baten bevat en baten ook niet te verkrijgen of anderszins te verwachten zijn. Over dat laatste: na een faillissement kan de curator mogelijk baten verkrijgen door

rechtshandelingen die de schuldeisers hebben benadeeld te vernietigen of door bestuurders aansprakelijk te stellen. De Hoge Raad geeft enkele richtlijnen.

- Als aan het bovengenoemde criterium is voldaan, kan worden aangenomen dat (het bestuur van) de rechtspersoon de bevoegdheid van aangifte tot faillietverklaring heeft misbruikt.
- In een dergelijk geval moet gekozen worden voor ontbinding.
- De curator moet een gegrond onderzoek doen naar het vermogen: beschikbaar of te verwachten en dat onderzoek moet bij de behandeling van het verzet beschikbaar zijn.

Onze opmerkingen. De termijn voor verzet is acht dagen na de uitspraak. Het verzet zal met spoed behandeld worden, anders blijft de rechtspersoon bungelen - wel of niet failliet. Dat betekent dat de curator binnen een week of drie op basis van gegrond onderzoek zicht moet hebben op het vermogen van de rechtspersoon en op eventuele bestuurdersaansprakelijkheid. Dat is erg krap.

Het verzet geeft de curator de ruimte om de kosten van het faillissement, waarmee hijzelf zal blijven zitten, te beperken. De Hoge Raad zegt uitdrukkelijk dat de faillissementskosten en het salaris van de curator niet uit hoofde van de Faillissementswet ten laste van het bestuur van de rechtspersoon kunnen worden gebracht. Dat laat onverlet dat de curator kan trachten die kosten op andere gronden op de bestuurders te verhalen. Zonder vernietiging (het faillissement blijft dan in stand) op grond van bestuurdersaansprakelijkheid of na vernietiging op grond van onrechtmatige daad. Behoudens het geval dat de aandeelhouders in de *driver's seat* hebben gezeten, staat immers vast dat zij de misbruik van bevoegdheid hebben bewerkstelligd. Vanaf nu moeten bestuurders van rechtspersonen extra voorzichtig zijn met het aanvragen van het faillissement daarvan.

Na dit arrest van de Hoge Raad is het gerechtshof Amsterdam nog verder gegaan door een eigen aanvraag tot een faillissement af te wijzen omdat er nagenoeg geen baten waren. Het hof gaf aan dat de aanvrager zijn vennootschap maar moest ontbinden. In dit geval bleef benoeming van een curator achterwege en was er ook geen onderzoek gedaan door een curator naar potentiële baten, bijvoorbeeld uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

Het lijkt er dus op dat niet de hoeveelheid schulden maar de hoeveelheid baten bepaalt of er ontbonden moet worden of dat het faillissement moet worden aangevraagd.

## 4 | Hoge Raad erkent pandrecht op voorwaardelijk eigendom

Indien goederen worden verkregen onder een eigendomsvoorbehoud, dan wordt de verkrijger pas volwaardig eigenaar na voldoening van de gehele koopsom. Tot die tijd is er sprake van een voorwaardelijk eigendomsrecht. De Hoge Raad heeft nu bepaald dat dit voorwaardelijk eigendomsrecht vatbaar is voor verpanding. Zelfs indien (het restant van) de koopsom wordt betaald na datum faillissement, is er sprake van een pandrecht en kan de pandhouder zich op de (opbrengst van de) goederen verhalen.

In de casus leverde een leverancier een teeltsysteem aan een kwekerij onder eigendomsvoorbehoud. De overeengekomen koopprijs werd grotendeels voldaan, maar een restbedrag van EUR 120.000,- laat de kwekerij onbetaald. De kwekerij werd gefinancierd door de Rabobank en de Rabobank had een rechtsgeldig pandrecht op alle bestaande en toekomstige goederen. Vervolgens faillieert de kwekerij. Na datum faillissement voldeed de curator (met medewerking van de Rabobank) het restant van de koopsom van het onder eigendomsvoorbehoud geleverd teeltsysteem. De Hoge Raad oordeelt nu dat door de voldoening van de koopprijs het voorwaardelijk eigendomsrecht een volwaardig eigendomsrecht wordt ten gevolge waarvan er een onvoorwaardelijk pandrecht tot stand komt.

De uitspraak is voordelig voor financiers. Veel leveranciers leveren op grond van een verlengd eigendomsvoorbehoud. Dit houdt in dat alle geleverde goederen eigendom van de leverancier blijven, tot het moment dat alle vorderingen van de leverancier (dus niet alleen die tot voldoening van de koopprijs voor de geleverde goederen) zijn voldaan. Dus zelfs als slechts één zending onbetaald is, is de gehele door die leverancier geleverde voorraad eigendom van de leverancier. Faillieert de afnemer en worden de leveranciers na datum faillissement alsnog volledig

voldaan, dan komt er - ondanks dat er sprake is van een faillissementssituatie - toch een pandrecht tot stand ten behoeve van de financier.

## 5 | Verpanding onderhanden werk in de zorg

Kredietverlening in de zorg is in zoverre speciaal dat veelal wordt gewerkt met een zogenoemde Diagnose Behandel Combinatie (DBC). Een DBC is een pakket van behandelingen die een patiënt ondergaat en waarvan de zorginstelling de factuur bij de zorgverzekeraar indient en vergoed krijgt. De regelgeving omtrent deze DBC's is vastgelegd in de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG) en specifieke regels van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA). Op grond van de WMG en de regels van de NZA kan op basis van een DBC pas door de zorginstelling bij de zorgverzekeraar gedeclareerd worden op het moment dat de DBC is afgerond of na verloop van een bepaalde periode (meestal 120 dagen) vanaf de start van de DBC. Tot dat moment is er sprake van onderhanden werk.

Het antwoord op de vraag of dit onderhanden werk vatbaar is voor verpanding is belangrijk voor de kredietverlening aan deze zorginstellingen. Indien het antwoord op deze vraag bevestigend luidt, kunnen kredietverleners zich namelijk verhalen op deze vordering uit onderhanden werk wanneer een zorginstelling zijn betalingsverplichting jegens hen niet nakomt.

De rechtbank Amsterdam beantwoordde deze vraag vorig jaar bevestigend, overwegende dat het moment waarop de factuur opgemaakt en toegestuurd wordt aan de zorgverzekeraar (conform het DBC-systeem) civielrechtelijk niet relevant is en er derhalve reeds sprake is van een vordering wanneer behandelingen van een patiënt hebben plaatsgevonden, maar de DBC niet is afgerond. Deze vordering zou vatbaar zijn voor verpanding.

Het gerechtshof Amsterdam daarentegen oordeelde recent dat het DBC-systeem zo is ingericht dat een zorginstelling niet tijdens een DBC kan declareren en er pas na de afronding van de DBC een vordering ontstaat op de zorgverzekeraar. Wanneer de DBC nog niet is

afgerond, is er derhalve nog geen sprake van een vordering waarop een pandrecht gevestigd kan worden.

De (voorlopige) conclusie is dus dat onderhanden werk in de zorg niet vatbaar is voor verpanding. Gezien de impact hiervan op de kredietverlening aan zorginstellingen lijkt een gang naar de Hoge Raad echter niet uitgesloten.

## **6 | Bestuurdersaansprakelijkheid bij het nalaten of onzorgvuldig uitvoeren van een due diligence-onderzoek?**

Veruit in de meeste overnames wordt geprobeerd door middel van een due diligence-onderzoek de belangrijke feiten en omstandigheden van een doelvennootschap boven water te krijgen. Op deze wijze worden risico's in kaart gebracht en kan het bestuur van een kopende vennootschap beoordelen of de doelvennootschap echt de eigenschappen en financiële situatie heeft zoals deze wordt voorgehouden door de verkoper of het bestuur van de doelvennootschap. Dit acquisitiebeleid behoort tot de kerntaken van het bestuur en daar komen verantwoordelijkheden bij kijken. Indien deze verantwoordelijkheden ernstig verwijtbaar worden veronachtzaamd lopen bestuurders het risico's persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld.

Een kopende partij dient zeker te stellen dat zij een deugdelijke zaak koopt voor een juiste prijs en dat zij daarbij de gebruikelijke garanties bedingt. Er rust op bestuurders daarom een zekere inspanningsverplichting om een due diligence-onderzoek te doen voorafgaand aan een overname. Belangrijk is dat een koper voor een deugdelijk due diligence voldoende waarborgen dient te scheppen. Het enkele feit dat er na overname een lijk uit de kast komt, brengt niet direct met zich dat er onvoldoende waarborgen zijn geschapen, wat zou kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid. Dat is slechts aan de orde als dit lijk wel zou zijn ontdekt bij een deugdelijk due diligence-onderzoek. Ook het hebben van kennis van bepaalde issues of misstanden binnen de doelvennootschap die naar voren zijn gekomen uit het due diligence-onderzoek, maar hier niet adequaat naar handelen, schept in beginsel wanbeleid van de vennootschap waar de bestuurder verantwoordelijk voor is en mogelijk zelfs persoonlijk aansprakelijk voor is te houden.

Daarnaast is het belangrijk om tijdens het due diligence-onderzoek te bepalen wat de belangrijke en relevante contracten zijn om te beoordelen of de voorgenomen overname verantwoord is: de zogenaamde 'sleutelcontracten'. Indien na het bestuderen van deze contracten issues naar voren komen, mag van koper worden verwacht dat hij daarop actie onderneemt. Eventueel aangetroffen issues bij de doelvennootschap kunnen in de onderhandelingen vervolgens nog worden 'verholpen' door bijvoorbeeld de koopprijs aan te passen of garanties en vrijwaringen te bedingen.

Niet alleen de reeds genoemde voorbeelden, maar ook de motieven van de verkoper dienen in het due diligence-onderzoek aan het licht te komen. Waarom wordt de vennootschap verkocht? Is er sprake van een penibele financiële positie bij de verkoper of zelfs sprake van een naderend faillissement? Indien er gerede twijfel bestaat over de motieven van de verkoper zal de koper bij onoverkomelijkheden af moeten zien van de overname danwel voldoende zekerheid moeten scheppen waardoor de risico's voor de koper beheersbaar en acceptabel zijn.

Hoewel het bovenstaande misschien anders doet vermoeden, kunnen feiten en omstandigheden ook met zich mee brengen dat een onderzoek niet perse vereist is. Het goed, langdurig en van nabij kennen van de doelvennootschap, het beschikken over een kritisch rapport van een consultant met hierin een uitvoerige analyse van de doelvennootschap en steun vanuit diverse managementlagen van de eigen organisatie zijn voorbeelden van omstandigheden waardoor het niet uitvoeren van een onderzoek geen wanbeleid oplevert. De gedachte hierachter is dat de koper goed op de hoogte kan zijn van de eigenschappen en gebreken van de doelvennootschap en daardoor verantwoord tot overname kan besluiten zonder eerst een onderzoek te hoeven doen. Bovendien zijn er situaties te bedenken waarbij geen due diligence-onderzoek kan geschieden, zoals bijvoorbeeld bij een vijandige beursovername of bij de koop van een doelvennootschap na faillissement. Echter, in het algemeen doet een bestuurder er goed aan om voorzichtigheid te betrachten en een met voldoende waarborgen omgeven due diligence-onderzoek uit te (laten) voeren zodat zeker wordt gesteld dat een deugdelijke zaak wordt gekocht.

## Contactpersonen:

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

### Practice group leaders:

#### **Corporate & Commercial**

Rutger Lambriex

T: +31 (0)88 - 407 04 25

E: [rutger.lambriex@hvglaw.nl](mailto:rutger.lambriex@hvglaw.nl)

#### **Mergers & Acquisitions**

Sijmen de Lange

T: +31(0)88 - 407 02 28

E: [sijmen.de.lange@hvglaw.nl](mailto: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](http://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.