

Nieuwsbrief OR Updates - Nummer 14, 2017

Nummer 14, 2017

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. drs. K.H. Boonzaaijer en mr. E.H. Leemreis.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:982](#) 02-06-2017

Ondernemingsraad DA/Lensink q.q.

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965](#) 29-05-2017

Akzo Nobel N.V./X

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1980](#) 04-04-2017

Conservatrix Groep S.A.R.L./Conservatrix N.V. c.s.

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:2236](#) 26-04-2017

Zwaluwe/Energy2020

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad DA/Lensink q.q.

Medezeggenschapsrecht; faillissement en doorstart DA Retailgroep. Anders dan de OK oordeelt de Hoge Raad dat het adviesrecht van de ondernemingsraad ex artikel 25 WOR ook geldt tijdens faillissement wanneer het gaat om de overdracht van activa in het kader van een voortzetting of doorstart van de onderneming met vooruitzicht op behoud van arbeidsplaatsen.

In deze zaak staat de reikwijdte van het adviesrecht van de ondernemingsraad tijdens een faillissement centraal. Eind december 2015 is aan de vennootschappen DA Retailgroep B.V. en Retail Shared Service Centre B.V. (gezamenlijk 'DA') behorende bij de drogisterijketen, surseance van betaling verleend. Tijdens deze periode heeft de bewindvoerder geprobeerd een doorstart te realiseren, waarbij de curator twee biedingen heeft ontvangen. Na het uitspreken van het faillissement van DA heeft de curator met toestemming van de rechter-commissaris gekozen voor het lagere bod, mede omwille van de werkgelegenheid. Met machtiging van de rechter-commissaris heeft de curator vervolgens de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers van DA opgezegd. De voor beide vennootschappen ingestelde ondernemingsraad ('OR') heeft de curator om informatie verzocht, waarop de curator de OR op hoofdlijnen heeft geïnformeerd over het besluit tot overdracht van de bedrijfsactiviteiten.

Tegen dit besluit heeft de OR bij de Ondernemingskamer ('OK') beroep ingesteld. Daaraan heeft de OR ten grondslag gelegd dat het bestreden besluit een besluit is in de zin van artikel 25 lid 1 WOR, dat deze bepaling ook in faillissement geldt en dat de OR daarover gehoord had moeten worden en advies had moeten worden gevraagd. De OK heeft het beroep van de OR afgewezen. Daartoe overwoog de OK kort gezegd dat het adviesrecht van de OR (in beginsel) niet geldt in de situatie dat de onderneming failliet is verklaard, en dat voor de toepasselijkheid van het adviesrecht van de ondernemingsraad ten minste vereist is dat de curator de onderneming voortzet. Hiertegen heeft de OR beroep in cassatie ingesteld.

De Hoge Raad overweegt dat het faillissement van een natuurlijk persoon of een rechtspersoon die een onderneming in stand houdt niet automatisch ertoe leidt dat die

onderneming ophoudt te bestaan. De curator oefent tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is op één lijn te stellen met een ondernemer zoals bedoeld in de WOR. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het adviesrecht van de OR niet ziet op de verkoop van goederen op de voet van artikel 176 Fw en op besluiten tot ontslag van werknemers op de voet van artikel 40 Fw. Dit zijn bevoegdheden van de curator op basis van de faillissementswet. Echter het adviesrecht van de OR ziet wel op de verkoop van activa in het kader van een voortzetting of doorstart van de onderneming door dezelfde of een andere entiteit waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen. De Hoge Raad merkt nog op dat de voorschriften uit de WOR niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement. De curator mag bijvoorbeeld afwijken van de formele vereisten uit lid 2 tot 6 van artikel 25 WOR als de omstandigheden van het geval dit vergen. De OR en de curator dienen zich jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van de OK en wijst het geding terug voor verdere behandeling en beslissing.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 02-06-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:982

Zaaknummer: 16/04301

Rechters: C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Wetsartikelen: 25 WOR

RECHTSPRAAK

Akzo Nobel N.V./X

OK; overnamestrijd AkzoNobel. Afwijzing verzoek van aandeelhouder Elliott tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen die in de kern zien op het ontslag van commissaris Burgmans en de benoeming van een commissaris met een beslissende stem. De OK oordeelt dat niet kan worden gezegd dat AkzoNobel op onzorgvuldige wijze tot de afwijzing van de voorstellen van PPG heeft besloten en laat in het midden of de mate waarin en de wijze waarop aan de aandeelhouders verantwoording is afgelegd een gegronde reden oplevert om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen.

Elliott International L.P. ('Elliott') heeft de Ondernemingskamer ('OK') verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Akzo Nobel N.V. ('AkzoNobel') ter zake de besluitvorming van het bestuur en de RvC betreffende de interesse van PPG Industries Inc. ('PPG') in een overname van AkzoNobel. Elliott is een investeringsfonds en houdt circa vijf procent van de gewone aandelen in AkzoNobel. PPG, een van de grootste producenten van verf ter wereld, heeft AkzoNobel diverse voorstellen gedaan strekkende tot verwerving van de gewone aandelen in het kapitaal van AkzoNobel. Laatstgenoemde heeft deze voorstellen afgewezen. AkzoNobel heeft daarbij PPG, kort gezegd, laten weten de voorstellen te hebben getoetst en vergeleken met haar *stand alone*-strategie, en dat zij na grondige bestudering en beraad, samen met haar financiële en juridische adviseurs, tot de conclusie is gekomen dat het voorstel niet in haar belang is noch in het belang van haar stakeholders. Een aantal aandeelhouders heeft AkzoNobel tevergeefs verzocht om een aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen met als agendapunt het ontslag van Burgmans als lid en voorzitter van de raad van commissarissen (het zogenoemde Shareholders Request).

In de onderhavige procedure verzoeken Elliott en andere aandeelhouders de OK AkzoNobel te bevelen op korte termijn een BAVA bijeen te roepen met als agendapunt het ontslag van Burgmans, alsmede een commissaris te benoemen met bijzondere bevoegdheden met betrekking tot die BAVA. Volgens Elliott diende AkzoNobel de voorstellen van PPG zorgvuldig

te overwegen en is zij tekortgeschoten in de daartoe vereiste zorgvuldige, *open minded*, belangenafweging en besluitvorming op basis van gedegen onderzoek naar de alternatieven en is AkzoNobel ten onrechte niet bereid gebleken tot redelijk overleg met PPG. Voorts meent Elliott dat AkzoNobel verplicht was om met PPG te onderhandelen, althans om inhoudelijke besprekingen te voeren.

De OK overweegt dat in deze zaak in essentie twee kwesties aan de orde zijn: (a) de wijze waarop AkzoNobel is gekomen tot afwijzing van de voorstellen van PPG en (b) de mate waarin AkzoNobel jegens haar aandeelhouders verantwoording heeft afgelegd en/of bereid is verantwoording af te leggen over die besluitvorming.

Ten aanzien van (a) stelt de OK voorop dat de positiebepaling van een doelvennootschap, in reactie op voorstellen van een potentiële bidder, behoort tot het bepalen van de strategie van die doelvennootschap, en daarmee in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur (onder toezicht van de RvC). Het antwoord op de vraag of AkzoNobel verplicht is tot onderhandeling althans inhoudelijke besprekingen met PPG, hangt volgens de OK af van de omstandigheden van het geval, waarbij in de onderhavige zaak als gezichtspunten (naast de voorgestelde biedprijs) onder meer een rol zullen spelen wat de strategische bedoelingen van de potentiële bidder zijn, wat naast de prijs de inhoud van de voorstellen is, in hoeverre de doelvennootschap de voorstellen kan beoordelen zonder inhoudelijke besprekingen met de potentiële bidder en de inhoud en het verloop van de overige interactie tussen de doelvennootschap en de potentiële bidder. De OK oordeelt dat uit het interne besluitvormingsproces van AkzoNobel en de interactie tussen AkzoNobel en PPG blijkt dat het bestuur en de RvC van AkzoNobel intensief en met een aanzienlijke frequentie hebben beraadslaagd over de voorstellen van PPG en dat zij zich daarbij hebben voorzien van de inbreng van gerenommeerde externe financiële en juridische adviseurs. Deze gang van zaken wijst volgens de OK erop dat AkzoNobel de voorstellen van PPG serieus en inhoudelijk heeft geanalyseerd en dat dit daarom geen aanknopingspunt biedt voor een oordeel dat AkzoNobel de voorstellen van PPG niet serieus zou hebben overwogen, dan wel geen oog zou hebben gehad voor de belangen van de aandeelhouders of andere stakeholders. Bovendien heeft AkzoNobel in zodanige mate inzicht gegeven in haar bezwaren en bedenkingen dat PPG voldoende aanknopingspunten had om haar voorstellen aan te passen om tegemoet te komen aan die bezwaren, aldus de OK.

De OK acht nog van belang dat AkzoNobel bij de beoordeling van de vraag of inhoudelijk overleg zou moeten worden gevoerd met PPG, heeft betrokken dat werkelijk vrijblijvend overleg in de gegeven omstandigheden niet meer tot de reële mogelijkheden behoorde. De OK vindt het niet onbegrijpelijk dat AkzoNobel er minst genomen rekening mee hield dat inhoudelijke besprekingen tussen AkzoNobel en PPG niet vertrouwelijk zouden blijven, met

als gevolg dat een zodanige dynamiek zou ontstaan, onder meer met betrekking tot de beurskoers van AkzoNobel en de samenstelling van haar aandeelhoudersbestand en dat er geen begaanbare weg terug meer zou zijn. In het licht van het interne besluitvormingsproces van AkzoNobel en de communicatie tussen AkzoNobel en PPG over de voorstellen van PPG kan naar het oordeel van de OK al met al niet worden gezegd dat AkzoNobel een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden door geen inhoudelijke gesprekken of onderhandelingen met PPG te voeren.

Wat betreft (b) overweegt de OK dat het feit dat een besluit van de doelvennootschap om een bod niet te steunen niet strookt met de wil van (een meerderheid van) de aandeelhouders, niet zonder meer betekent dat de doelvennootschap in redelijkheid niet tot dat besluit heeft kunnen komen. Dat neemt volgens de OK niet weg dat het gebleken onbegrip onder de aandeelhouders over de beslissing van AkzoNobel tot afwijzing van de voorstellen van PPG een probleem is dat door AkzoNobel niet genegeerd kan worden, en dat een aanhoudend gebrek aan vertrouwen van een substantieel deel van aandeelhouders in de door het bestuur en de raad van commissarissen van AkzoNobel uitgezette strategie schadelijk is voor AkzoNobel en al haar stakeholders, zodat het op de weg van AkzoNobel ligt om zich te beraden op de wijze waarop zij de verstandhouding met dit deel van haar aandeelhouders kan normaliseren. De OK laat in het midden of de mate waarin en de wijze waarop AkzoNobel aan haar aandeelhouders verantwoording aflegt over de afwijzing van de voorstellen van PPG een gegronde reden is om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twijfelen. Volgens de OK ligt het vooralsnog niet op haar weg om, door het treffen van onmiddellijke voorzieningen, te bepalen op welke wijze AkzoNobel tegemoet behoort te komen aan de onder (een deel van) haar aandeelhouders levende behoefte aan tekst en uitleg over de afwijzing van de voorstellen van PPG.

De OK wijst de verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:1965

Zaaknummer: 200.215.330/01

Rechters: G.C. Makkink, J. den Boer en M.M.M. Tillema

Advocaten: J.W. de Groot, M. Griffiths, H.J. de Kluiver, J. de Bie Leuveling Tjeenk, A.F.J.A. Leijten, D.F. Berkhout, E.M. Soerjatin, Y. Borrius, J.H. Lemstra, G.C. Berkhout, B.E.L.J.C. Verbunt, M. Koelemeijer, J. Polet, P.F. Schepel, S.J.H.M. Berendsen, M.H.C. Sinninghe Damsté, A.R.J. van Croiset Uchelen en J.L. Burggraaf

RECHTSPRAAK

Zwaluwe/Energy2020

Vordering van een aannemingsbedrijf tegen de middellijk bestuurder van de opdrachtgever tot schadevergoeding wegens schending van de Beklamel-norm en frustratie van betaling en verhaal. De rechtbank wijst de vordering af. Er was sprake van een liquiditeitskrapte, maar niet van een dusdanig slechte financiële situatie dat de bestuurder gehouden was de ondernemingsactiviteiten te stoppen.

Eiseres, Zwaluwe Bouw- en aannemingsbedrijf B.V. ('Zwaluwe'), exploiteert een aannemingsbedrijf en sluit in mei 2015 een aannemingsovereenkomst met Energy2020 BV. Gedaagde was op dat moment middellijk bestuurder en aandeelhouder van Energy2020. Zwaluwe heeft één termijn betaald aan Energy2020. In juli 2015 ontbindt Zwaluwe de overeenkomst. Eind juli gaat Energy2020 failliet.

In de onderhavige procedure vordert Zwaluwe schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen door gedaagde. Zij baseert haar vordering op twee grondslagen: als eerste dat gedaagde als middellijk bestuurder van Energy2020 heeft getracht Zwaluwe aan boord van het zinkende schip Energy2020 te lokken door een overeenkomst aan te gaan waarvan hij wist dat Energy2020 deze niet zou kunnen nakomen, alsmede dat Energy2020 voor de schade van de wanprestatie geen verhaal zou bieden. De tweede grondslag is dat gedaagde heeft bewerkstelligd of toegelaten dat Energy2020 haar verplichtingen jegens Zwaluwe niet nakwam.

De rechtbank oordeelt ten aanzien van de eerste grondslag dat het duidelijk is dat Energy2020 wanprestatie heeft gepleegd, maar dat dit nog niet betekent dat voldaan is aan de Beklamel-norm. Gedaagde heeft erkend dat in mei 2015 sprake was van een liquiditeitskrapte, maar volgens de rechtbank zegt dit nog niets over de levensvatbaarheid en mogelijkheden van een onderneming. Gedaagde is zelfs deels de overeenkomst nagekomen in die periode. Pas indien de financiële toestand (of vooruitzichten) zodanig slecht is/zijn dat voortgaan redelijkerwijs niet meer mogelijk is, dienen bestuurders pas op de plaats te maken, maar van die situatie was volgens de rechtbank geen sprake. Uit het faillissementsverslag blijkt ook dat de gebruikelijke

bestanddelen nog aanwezig waren, inclusief (opmerkelijk) geen bankschuld. Bovendien heeft de curator gedaagde niet aansprakelijk gesteld, ondanks dat zij door Zwaluwe op dit spoor was gezet. Tot slot merkt de rechtbank op dat het feit dat gedaagde aandrang op betaling van de eerste termijn geen poging was om Zwaluwe te schaden, maar slechts het gevolg van een contractuele verplichting.

Over de tweede grondslag is de rechtbank korter: Zwaluwe heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat gedaagde actief heeft bewerkstelligd dat Energy2020 haar verplichtingen jegens Zwaluwe niet nakwam, dan wel heeft toegelaten.

De rechtbank wijst de vordering af.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 26-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:2236

Zaaknummer: C/08/185280 / HA ZA 16-173

Rechters: M.M. Verhoeven

Advocaten: M.B.A. Alkema en E.H.C.K. Reijans

RECHTSPRAAK

Conservatrix Groep S.A.R.L./Conservatrix N.V. c.s.

OK; enquête. Afwijzing verzoeken tot het gelasten van een enquête en het treffen van diverse onmiddellijke voorzieningen met betrekking tot levensverzekeraar Conservatrix tegen de achtergrond van geïntensiveerd toezicht door DNB. Ontvankelijkheidsverweer in verband met een bestuursrechtelijke procedure tegen DNB eveneens afgewezen.

Verweerster, Nederlandsche Algemeene Maatschappij van Levensverzekering Conservatrix N.V. ('Conservatrix NV') is een levensverzekeraar. Alle aandelen in Conservatrix NV worden gehouden door verzoekster Conservatrix Groep S.A.R.L. ('Conservatrix Groep'). Alle aandelen in Conservatrix Groep worden gehouden door STAK Aandelen Conservatrix Exploitiatiemaatschappij B.V. ('STAK'). De door STAK uitgegeven certificaten worden gehouden door de familie H. A was van 1 juli 1979 tot 6 juli 2015 bestuurder van Conservatrix NV en diens broer B van 4 november 1988 tot 11 september 2014.

Belanghebbende, De Nederlandsche Bank N.V. ('DNB') houdt sinds 2012 geïntensiveerd toezicht op Conservatrix NV naar aanleiding van tekortkomingen in de bedrijfsvoering en de wijze van rapportage van haar financiële positie, in het bijzonder haar solvabiliteit. De zorgen van DNB hebben in het bijzonder betrekking op de waardering van de hypotheekportefeuille, de waardering van de verplichtingen uit hoofde van het door Conservatrix NV aangeboden product Natuurlijk Garantieplan en de beheersing van het renterisico. In april 2014 heeft DNB aan Conservatrix NV een aanwijzing gegeven op de voet van artikel 1:75 Wft, inhoudende dat Conservatrix NV aan DNB meer inzicht biedt in haar financiële solvabiliteitspositie per ultimo 2013 en een curator benoemt in de zin van artikel 1:76 Wft ('Curator') met als opdracht ervoor te zorgen dat Conservatrix NV de aanwijzing tijdig en volledig opvolgt. In juli 2014 heeft DNB van Conservatrix verlangd dat zij op de voet van artikel 3:132 Wft binnen zes weken een herstelplan indient, onder meer inhoudende op welke wijze en binnen welke termijnen Conservatrix NV aan de normen van *Solvency I* en de TSC-norm zal voldoen. De brief van DNB vermeldt dat belanghebbenden binnen zes weken bezwaar kunnen maken bij DNB. DNB

heeft in september 2014 met het door Conservatrix NV ingediende herstelplan niet ingestemd alsmede de minimaal vereiste solvabiliteit (van 100 procent) verhoogd naar 130 procent. Conservatrix NV heeft hierop een afbouwplan ingediend waarvan onderdeel uitmaakt het niet langer aanbieden van levensverzekeringen (productiestop) en het invoeren van de en bloc-clausule (eenzijdige wijziging van de polisvoorwaarden door Conservatrix NV) als gevolg waarvan verzekeringnemers een lager bedrag zullen ontvangen dan bij het sluiten van de polis was gegarandeerd. DNB heeft begin 2015 aan Conservatrix NV laten weten dat zij een besluit tot een verstrekende en bloc-wijziging onverantwoord acht en niet in het belang van de polishouders. In januari 2016 heeft DNB meegedeeld dat zij een overdrachtsplan als bedoeld in artikel 3:159d lid 1 Wft voorbereidt, dat de door Conservatrix NV beoogde overname geen doorgang zal vinden en dat het bestuur van Conservatrix NV de jaarrekening 2014 definitief heeft opgemaakt en dat volgens de jaarrekening het eigen vermogen per ultimo 2014 € 18 miljoen negatief bedraagt. De jaarrekening 2015 is niet vastgesteld omdat de Conservatrix Groep niet met deze rekening instemt omdat, kort gezegd, de cijfers op basis van de verslaggevingseisen niet leiden tot het werkelijke bedrijfseconomische inzicht.

In de onderhavige procedure verzoekt Conservatrix Groep de OK een enquête te gelasten en diverse onmiddellijke voorzieningen te treffen vanwege een onjuist beleid van Conservatrix NV met betrekking tot onder meer de opstelling van de jaarrekeningen 2014 en 2015, het invoeren van de en bloc-clausule en het feit dat Conservatrix NV onvoldoende rechtsbescherming heeft gezocht tegen de door DNB genomen maatregelen alsmede dat geen sprake is van een financiële noodsituatie maar dat het vermeende solvabiliteitstekort het resultaat is van een puur boekhoudkundige discussie. Conservatrix NV en DNB hebben zich ten verweerde onder meer op het standpunt gesteld dat Conservatrix Groep niet-ontvankelijk is, omdat zij de enquêteprocedure alleen zou inzetten als middel in haar geschil met DNB.

De OK stelt voorop dat Conservatrix Groep aan haar verzoek bezwaren ten grondslag heeft gelegd die betrekking hebben op het door de bestuurders gevoerde beleid, zodat Conservatrix Groep ontvankelijk is.

Ten gronde acht de OK ongegrond, de stelling van Conservatrix Groep dat de jaarrekeningen 2014 en 2015 niet een zodanig inzicht verschaffen dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen. De gehanteerde grondslag is immers dezelfde als die van de jaarrekening 2013 en daarvoor, te weten de Nederlandse grondslagen als opgenomen in titel 9 van boek 2 BW. Dat het bestuur van Conservatrix NV zich op het standpunt stelt dat toepassing van de en bloc-clausule als enige maatregel niet toereikend is ter oplossing van de problemen waarin Conservatrix NV verkeert, is volgens de OK geen grond voor twijfel aan een juist beleid, onder meer omdat de problemen waarin Conservatrix NV verkeert mede de bedrijfsvoering en de risicobeheerfunctie en het ontbreken van een winstgevend

bedrijfsmodel betreffen.

Verder stelt de OK voorop dat het (derde) verwijt van Conservatrix geen betrekking heeft op het uitblijven van bezwaar en beroep door Conservatrix NV tegen de benoeming van de Curator, de opgelegde verplichting tot het indienen van een herstelplan alsmede de afwijzing van het herstelplan en de verhoging van de minimaal vereiste solvabiliteit tot 130 procent, welke maatregelen zijn getroffen toen A en (voor een deel) B beiden nog bestuurder waren van Conservatrix NV. Door deze maatregelen van DNB destijds niet te bestrijden, heeft Conservatrix NV thans beperkte bewegingsruimte, zodat Conservatrix NV thans ook geen verwijt kan worden gemaakt. De stelling van Conservatrix Groep dat het een puur boekhoudkundige discussie is, kan onbesproken blijven voor zover die stellingen zijn gericht tegen DNB. Voor zover die stellingen ertoe strekken dat het bestuur van Conservatrix NV aan de hand van die stellingen de besluiten en maatregelen van DNB had moeten bestrijden, verwerpt de OK dat standpunt omdat Conservatrix Groep niet aannemelijk heeft gemaakt dat DNB bij bestrijding door Conservatrix NV een andere koers zou hebben gevaren.

De OK wijst het verzoek af.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-04-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:1980

Zaaknummer: 200.207.085/01

Rechters: G.C. Makkink, A.C. Faber en A.J. Wolfs

Advocaten: J.G. Molenaar, R. Budik, M.E. Coenraads, L.E.J. Korsten en B.W.G. van der Velden

Wetsartikelen: 2:345 lid 1 BW, 349a lid 2 BW en 350 lid 1 BW