

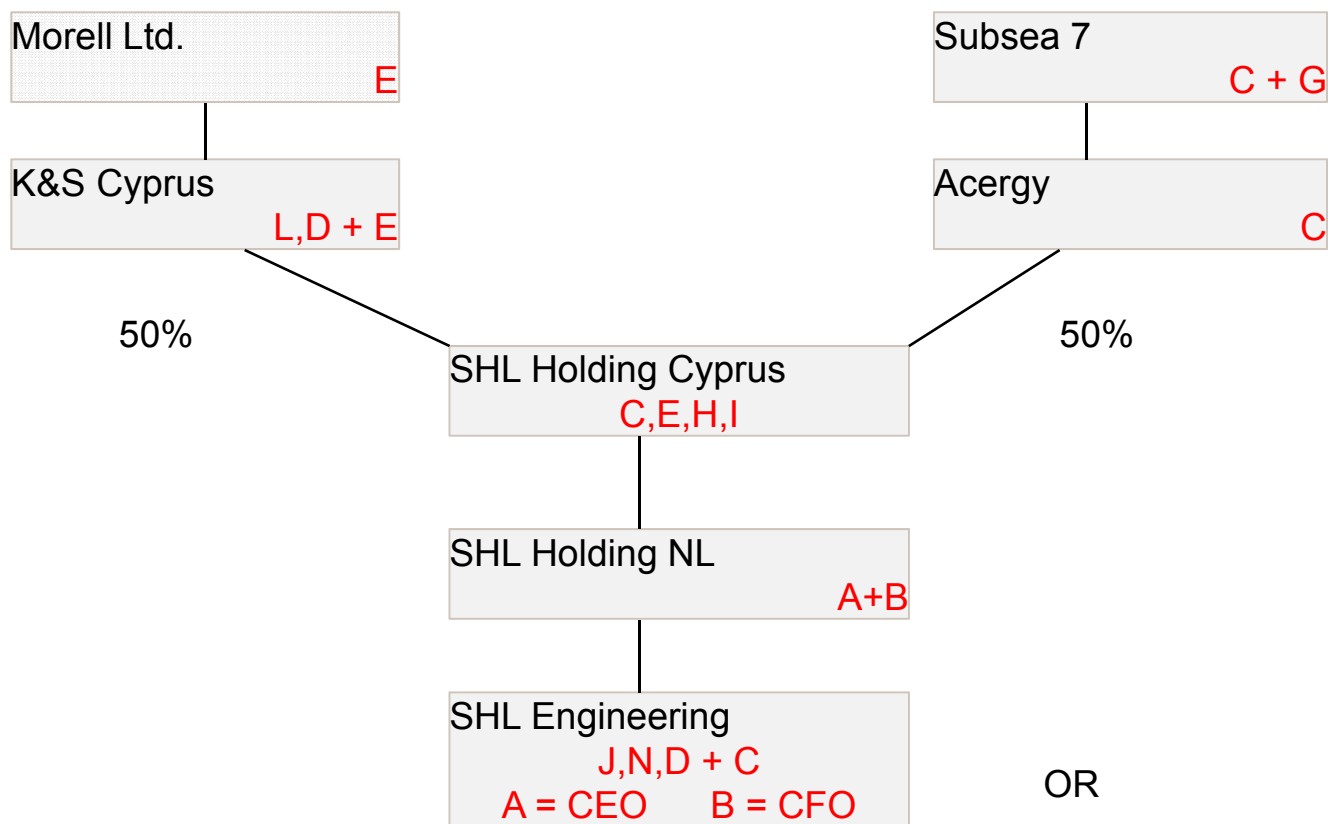


Marnix Holtzer (DLA Piper) en
Homme ten Have (NautaDutilh)

Onderwerpen

- 1. Medezeggenschap in de overnamepraktijk**
 - Aanstelling adviseur
 - Signing protocol / SPA met opschortende voorwaarde
- 2. Concernverhoudingen**
 - Toerekening
 - Medeondernemerschap
- 3. Enquêterecht**
 - Geschillen rondom de onderneming
 - Schorsing, ontslag en bezoldiging bestuurders
- 4. Corporate herstructurering**
 - Motivering besluit
 - 'Process over substance?'

Seaway Heavy Lifting (JAR 2016/278)



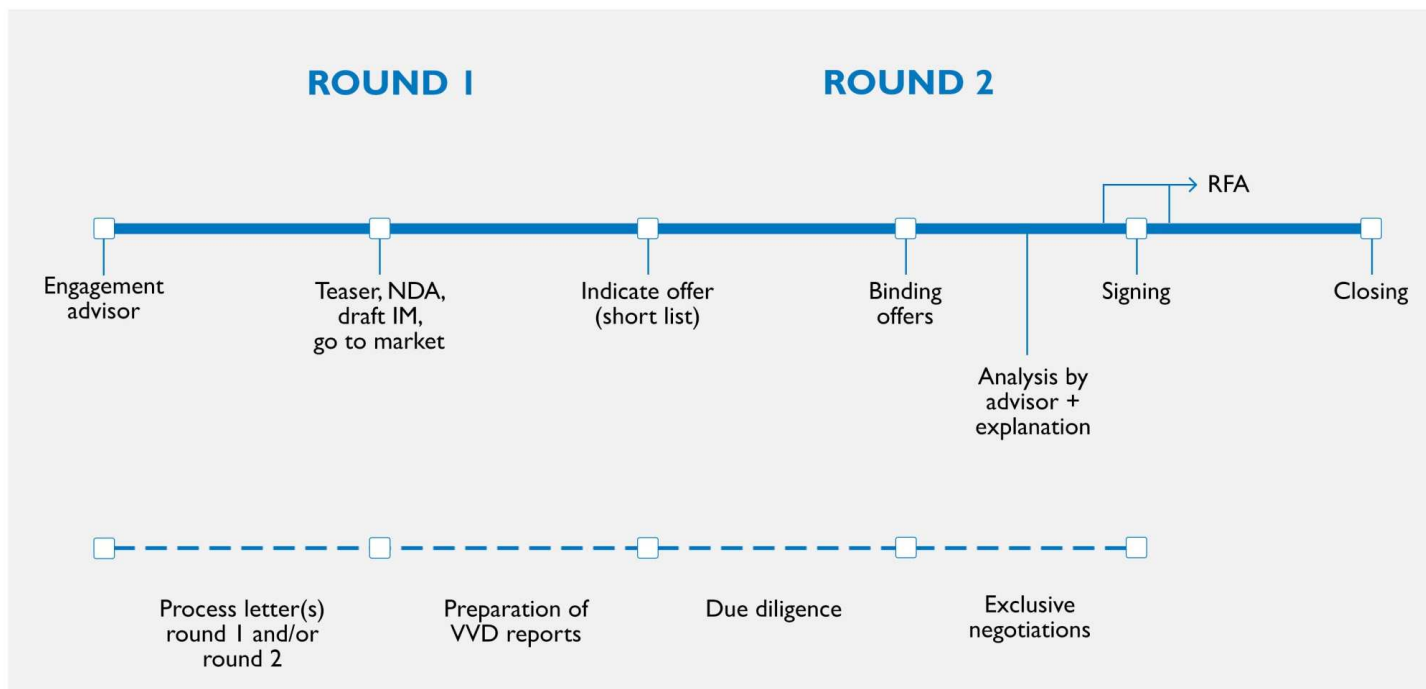
Seaway Heavy Lifting (JAR 2016/278)

- SHL- groep: offshore transport en lifting voor olie- en gasindustrie
- Board of Directors voor groep, benoemd door aandeelhouders, bestaande uit **C, E, G en F**. Executive Management Team: **A en B**.
- Adviesopdracht door buitenlandse overgrootmoeders (de "aandeelhouders") aan Goldman Sachs om "price check" te verrichten + kopers aandelen in SHL Holding Cyprus.
- OK bevoegd (geen burgerlijke of handelszaak art 1 lid 1 EEX), want anders 25 en 26 WOR onvoldoende tot hun recht.
- Besluit is vervat in engagement letter met Goldman Sachs. Met inmiddels verleend vrijwillig adviesrecht aan OR voor verkoop onvoldoende aan eisen OR tegemoet gekomen. Mondelinge toezegging intrekking opdracht aan Goldman Sachs ter zitting is onvoldoende.
- Besluit tot verkoop is niet alleen overdracht zeggenschap SHL Holding Cyprus, maar ook van overdracht zeggenschap SHL Engineering (NL)
- En, zie bijdrage Ten Have: Geen toerekening, wel medeondernemerschap: aandeelhouders hebben via Board of Directors stelselmatig invloed kunnen uitoefenen in SHL Engineering. OR heeft dus adviesrecht jegens K&S en Arcergy. OK gebiedt die laatste besluit tot geven adviesopdracht aan Goldman Sachs over mogelijke aandelenverkoop in te trekken

Uniface (JAR 2017/285)

- Alle aandelen Uniface door één aandeelhouder (M4, onderdeel private equity-fonds Marlin) verkocht aan Uniface Holdco. Signing protocol met opschortende voorwaarde, adviesprocedure gevolgd
- Adviesopdracht vier externe partijen, inclusief financiële en juridische adviseurs → art. 25 lid 1 sub 4 WOR
- Concept-koopovereenkomst niet met OR gedeeld
- Overvaltechniek, feitelijk onjuiste informatie, niet reageren, gebrekkige adviesaanvraag, weigering informatieverstrekking, tegenstrijdige strategische koers (van herfinanciering stand-alone naar verkoop)

AUCTION PROCESS IN GENERAL



Stellingen

1. Na recente jurisprudentie van de OK is een transactie met signing protocol of SPA onder opschortende voorwaarde medezeggenschapsrechtelijk onhoudbaar geworden
2. De OK is te streng bij toepassing van het WOR-adviesrecht in een transactieproces en houdt onvoldoende rekening met de structuur van transactieprocessen

Medezeggenschap in concernverhoudingen

- Onderwerp in literatuur en jurisprudentie vaak geplaatst in overdracht van zeggenschap (artikel 25 lid 1 sub a WOR)
- Leerstukken: toerekening en mede-ondernemerschap
- Het onderwerp brengt pennen in beweging
 - Ingelse: over 25 lid 1 sub a WOR in concernverband ‘*Over ieder onderdeel van de bepaling zijn vellen vol geschreven*’
 - Holtzer: over SHL waarbij tot medeondernemerschap werd geoordeeld ‘*Ik had de toepassing van toerekening goed voorstelbaar gevonden*’
 - Burgers / Sprengers: ‘*Het is de vraag of de OK [in SHL] een andere koers is ingeslagen*’

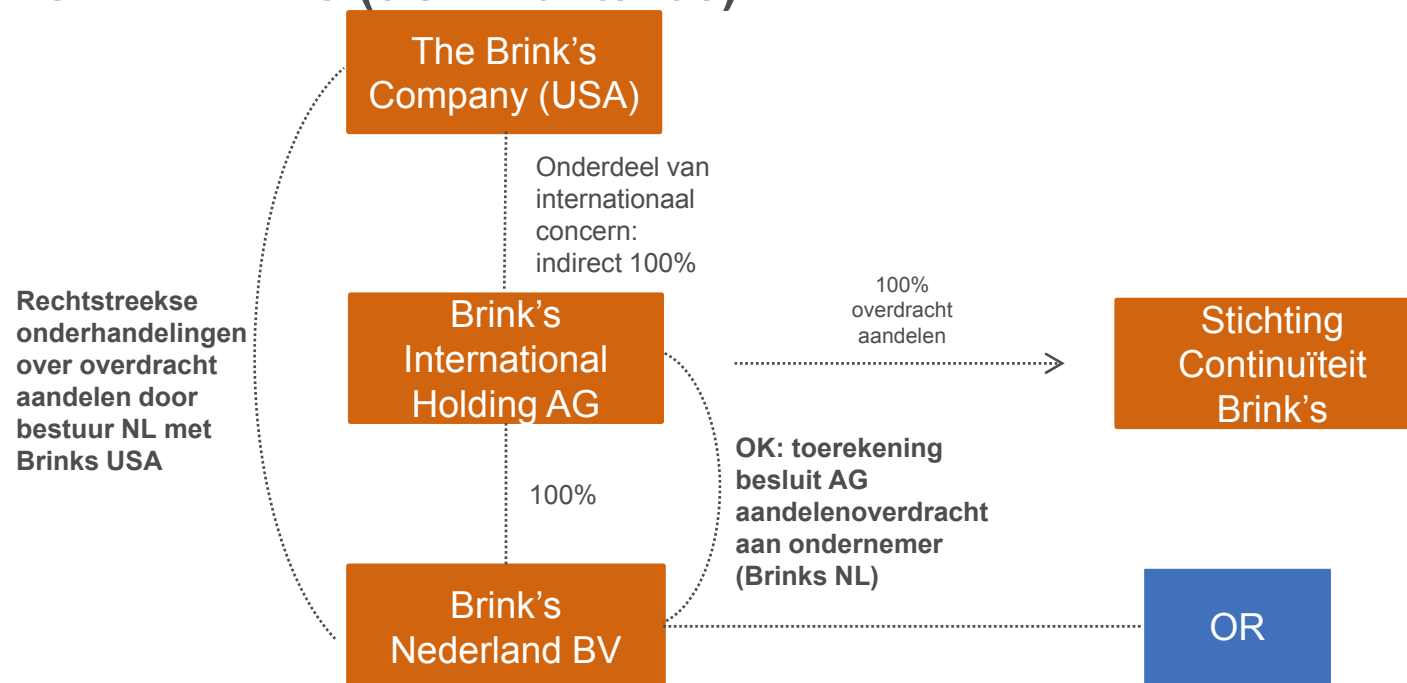
Medezeggenschap in concernverhoudingen

Conceptueel 'probleem'

- Bij aandelenoverdracht neemt de ondernemer (i.e. de rechtspersoon / het bestuur) formeel zelf niet de beslissing tot overdracht van de aandelen. Die beslissing neemt de (indirecte) aandeelhouder
- Hof Amsterdam in PUEM al in 1989 over 'klassieke' situatie waarbij moeder aandelen verkoopt in dochter
 - Strikte, letterlijke interpretatie van 25 WOR niet aan de orde
 - Dergelijke interpretatie zou ertoe leiden dat de 'belangrijkste methode waarmee fusies en overnames tot stand komen' (aandelenoverdracht) niet zou vallen onder overdracht van zeggenschap idzv 25 WOR

Toerekening

OK - Brink's (JOR 2015/138)



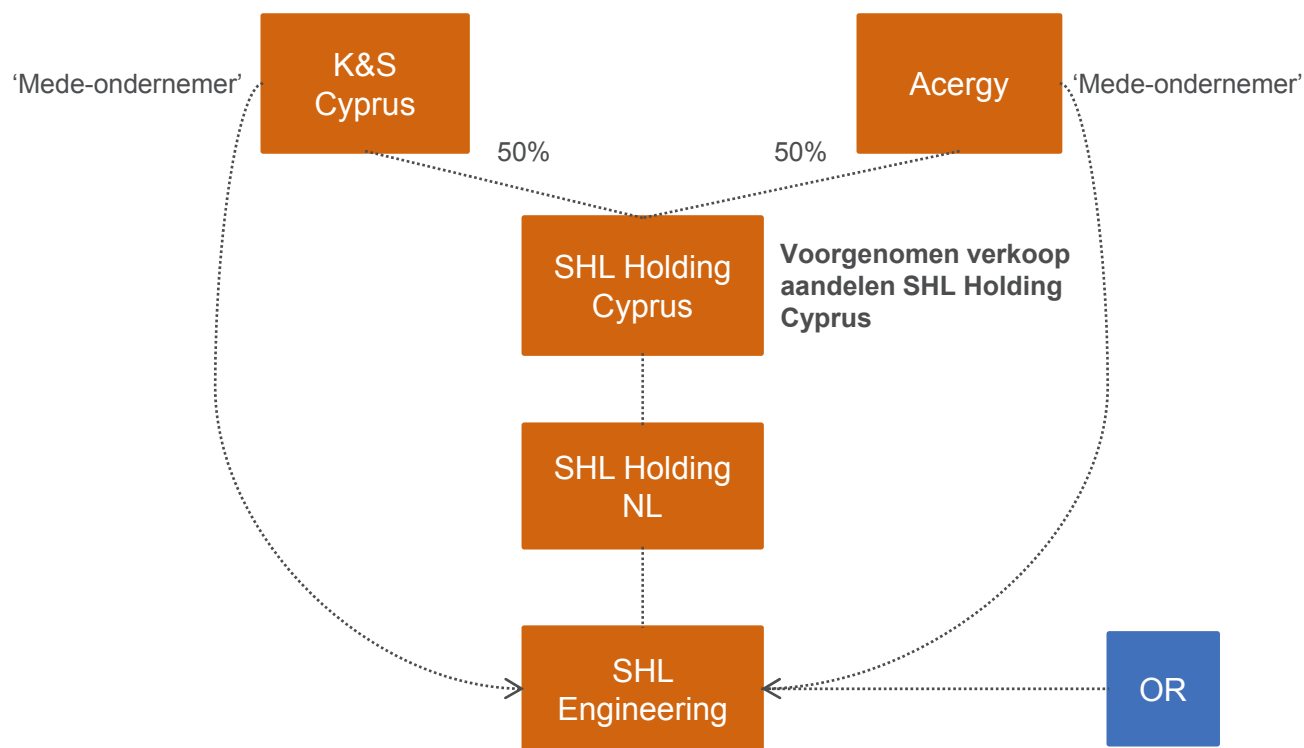
Toerekening

OK - Brink's (JOR 2015/138)

- Besluit genomen door aandeelhouder (Brinks AG) genomen
 - Als enig aandeelhouder in haar macht om overdracht te bewerkstelligen
- Echter, Brink's NL heeft de overdracht geïnitieerd
 - Uit eigen beweging overleg gevoerd en onderhandeld met Brinks (US) over een mogelijke verzelfstandiging van Brink's (NL)
 - Met het oog op overdracht ook Stichting Brink's opgericht
- Brink's AG heeft vervolgens – in die optiek – medewerking verleend
- *'Gelet op deze omstandigheden moet het besluit tot overdracht van de aandelen worden toegerekend aan Brink's NL.'*

Medeondernemerschap

OK – Seaway Heavy Lifting (JAR 2016/278)



Medeondernemerschap

- Twee vereisten (zie bijv. SHL):

1. Het besluit tot aandelenoverdracht grijpt rechtstreeks in de onderneming waaraan de OR is verbonden.

- Indien overdracht zeggenschap tevens onderneming betreft
- Toekomst van de onderneming wordt met dit besluit (mede) bepaald
- De 'kern van de onderneming' wordt overgedragen

2. Mogelijke stelselmatige uitoefening van zeggenschap

- Discussie beslecht: mogelijkheid uitoefening of daadwerkelijk uitoefenen?
- Uitgewerkt systeem van communicatie en informatie
- De medeondernemer heeft 'als het er op aan komt steeds het laatste woord'

Toerekening/medeondernemerschap

- **Toerekening** (als bestuurder van onderneming waar OR is ingesteld intensief betrokken is, invloed heeft of medewerking verleent)
 - Besluit wordt naar ‘beneden’ gehaald
 - Zie bijvoorbeeld: Brink’s
- **Mede-ondernemerschap** (als derde mogelijkheid van stelselmatige invloed binnen de onderneming met OR heeft)
 - Een – besluit nemende – derde wordt adviesplichtig
 - Zie bijvoorbeeld: Seaway Heavy Lifting
- Beide technieken leiden tot adviesrecht OR jegens ondernemer (toerekening) of derde (mede-ondernemerschap)

Stellingen

1. Het criterium van "kern van de onderneming" (uit SHL) moet worden uitgewerkt; denk aan aantal werknemers, hoofdkantoor, research & development.
2. Het verschil tussen mede-ondernemerschap en toerekening is té onduidelijk. De praktijk kan hier niet meer mee uit de voeten.

Stellingen

3. Wat betekent het verschil tussen ‘toerekening’ en ‘medeondernemerschap’?
 - a. Bij toerekening wordt het besluit van de verkoper/aandeelhouder ‘toegerekend’ aan de dochter/target; die dochter is dan adviesplichtig?
 - b. Bij mede-ondernemerschap wordt degene die het besluit neemt aanspreekbaar; die is adviesplichtig?
 - ‘Alignment’ van bevoegdheid tot besluit / adviesplicht
 - Betere invulling artikel 24 WOR en artikel 25 WOR, e.g. inschakeling adviseurs

Enquêterecht

- "Oude stijl" – Smit Transformatoren, AHAM
- Sinds 1 januari 2013 – 2:346 lid 1 sub d BW: rechtspersoon bevoegd; zie lid 2: RvC
- Tegenstijdig belang? Informeren RvC, aandeelhouders? Timing?
- Voeging als belanghebbende
- Revival van dit middel? Bescherming van beursvennootschappen, Eneco
- Schorsing, ontslag en bezoldiging bestuurders

Prospectus ABN Amro

Covenant with the Works Council (Raad van Medewerkers)

- The Works Council and the Company have entered into an agreement pursuant to which the Works Council has been granted certain additional rights (the “**Works Council Covenant**”). Pursuant to the Works Council Covenant, the Works Council has the right of inquiry within the meaning of Section 2:346 DCC in the event of a “hostile situation”.
- The Works Council Covenant qualifies the following situations as hostile: (i) a public offer has been announced or is made in respect of Shares (or in respect of DRs) or there is a justified expectation that this will take place, without agreement first having been reached between the bidder and the Company, (ii) the exercise of the voting rights by a DR Holder or Shareholder would effectively be in conflict with the interest of the Company and its business, or (iii) any other situation in which the independence, continuity or identity of the Company and the enterprises associated with the Company could be harmed. Other situations can be qualified as hostile by agreement between the Works Council and the Company.
- Furthermore, when the Selling Shareholder requests the consent, cooperation and/or a position statement of the Company in the event of a subsequent placement or a private sale of Shares or DRs, the Works Council will be requested by the Company to provide an advice within the meaning of articles 25 and 26 of the Works Councils Act (*Wet op de Ondernemingsraden*).

Eneco (ECLI:NL:AMS2018:2488)

- Privatiseringsproces na splitsing Eneco NV in netwerkbedrijf en productie- en leveringsbedrijf
- Stakeholders: aandeelhouders en hun commissie (AHC), RvB, RvC, OR
- Vertrekregeling CEO zonder medeweten overige leden RvB; schending 30 WOR, ook voor nieuwe CEO; wel degelijk voorgenomen besluit tot ontslag
- Georganiseerd proces privatiseringstrjact niet daadwerkelijk van de grond gekomen
- Eenzijdige stappen AHC tot zeggenschap privatiseringstrjact, dreiging opzeggen vertrouwen RvC; RvC buiten medeweten RvB met AHC onderhandeld
- Geen misbruik van recht
- Schorsing voorzitter RvC

Schorsing, ontslag en bezoldiging bestuurders

- Impasse in ondernemingsleiding
 - Nastreven persoonlijke belangen
 - Misbruik van meerderheidsmacht
 - Onrust bij werknemers
 - Handelen in strijd met 2:BW
-
- Verkapt dividend
 - Benadeling van minderheidsaandeelhouders
 - Schending procedurele voorschriften

Voor overzicht zie: Holtzer/Boersma, Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming 2 juni 2017

Stellingen

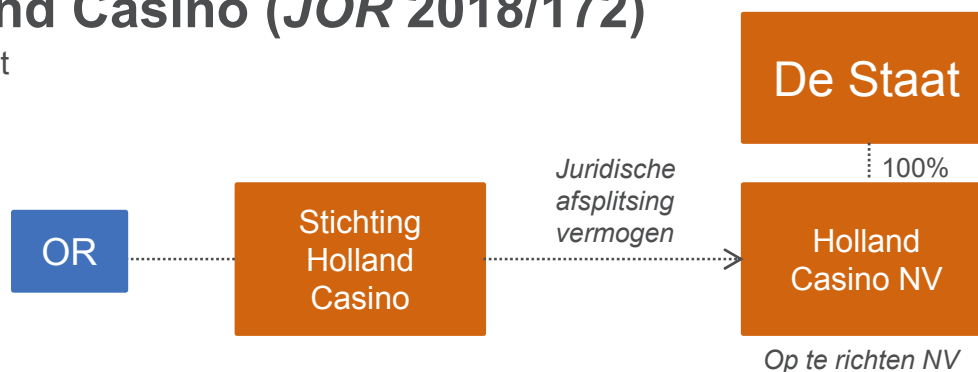
1. De discussie over de omstandigheden waaronder de enquêtebevoegdheid aan een OR wordt toegekend en misbruik van recht moet in de rechtspraak niet langer worden gevoerd.
2. De Ondernemingskamer moet in geen geval arbeidsrechtelijke maatregelen toepassen in een enquêteprocedure.

Corporate herstructurering

HR – OR/Holland Casino (JOR 2018/172)

Wijziging rechtsvorm in het kader van Privatisering Holland Casino

Stap 1



Stap 2



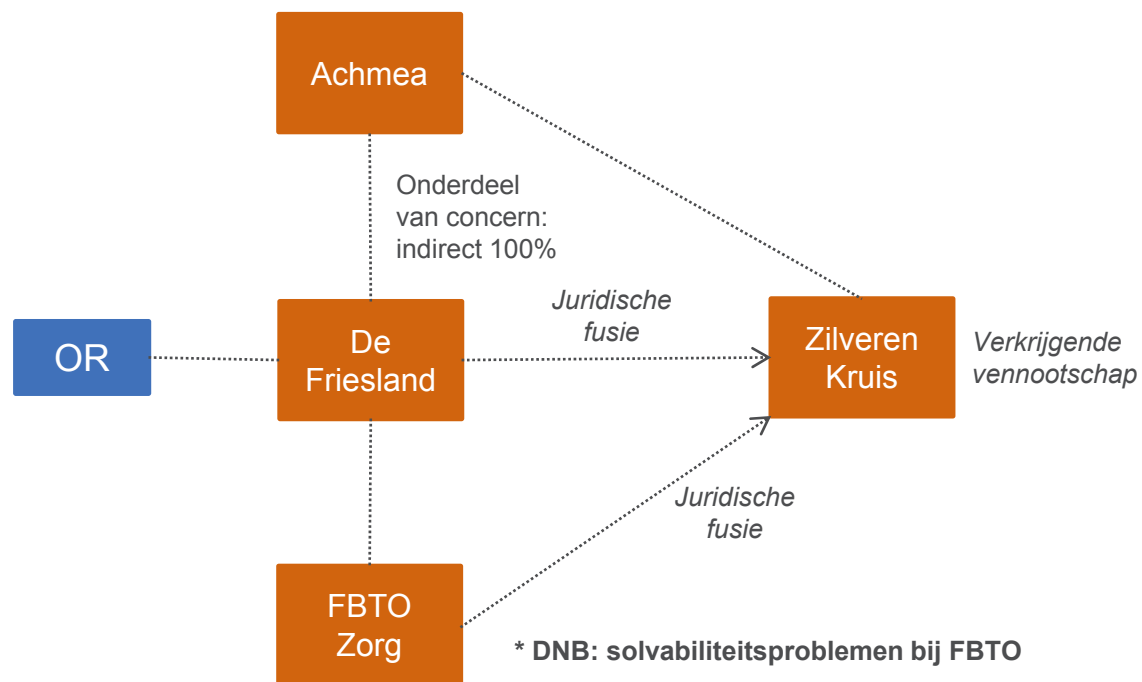
Corporate herstructurering

HR – OR/Holland Casino (*JOR 2018/172*)

- Genoemde redenen Staat (ondernemer) voor besluit omvorming
 - Modernisering van de governancestructuur (structuurregime)
 - Anticiperen op voorgenomen nieuwe regelgeving
 - NV trekt makkelijker kapitaal aan
- Bezwaar OR: voorgenomen besluit houdt rechtstreeks verband met privatisering; en aldus relevant bij dit adviestraject
- OK en HR:
 - Besluit voldoende op zichzelf staand
 - Privatisering in pril stadium en t.z.t. ook adviesplichtig

Corporate herstructurering

OK – OR/Achmea (JOR 2018/122)



Corporate herstructurering

OK – OR/Achmea (*JOR 2018/122*)

- DNB dringt aan op oplossing probleem solvabiliteit FBTO
- Achmea en De Friesland besluiten tot juridische fusie; niet in lijn met advies OR:
 - Behoud zelfstandigheid / eigen karakter De Friesland
 - Overweeg ‘verhanging’ tegen nihil of boekwaarde
- OK: weliswaar onvoldoende onderzoek verricht naar het alternatief van verhanging; echter niet kennelijk onredelijk
 - Gezien het doel van de besluit – versterking governance De Friesland en beperking kwetsbaarheid organisatie – had de Friesland in redelijkheid tot het besluit kunnen komen

Corporate herstructurering

OK – Watts Industries (JAR 2013/223)



Een greep uit de notulen overlegvergadering:

‘De druk op de cijfers is groot en de US wil daarom haar strategie, die synergie nastreeft, doorvoeren. Gevolg is minder productielocaties en schaalvergroting.’

‘Het gaat er ook niet om dat wij deze productie in Nederland niet goed of efficiënt zouden doen.’

‘Dat je over het voorgenomen besluit dus een mening kunt hebben, maar dat het uiteindelijk gaat om de strategische keus van Watts US en de besparing op geconsolideerd niveau.’

‘Het nu voorliggende voorgenomen besluit is rechtstreeks ingegeven door de concernstrategie.’

Corporate herstructurering

OK – Watts Industries (JAR 2013/223)

- Proces niet goed gevolgd; ondernemer op de vingers getikt.
- Verplaatsing activiteiten Nederland naar Frankrijk
 - Grote impact werkgelegenheid bij Nederlandse vestiging
- Voorlegging voorgenomen besluit OR van Nederlandse entiteit
 - Besluit vormt onderdeel van concernstrategie bedacht door Amerikaanse concernvennootschap
- OK: besluit kennelijk onredelijk
 - Adviesaanvraag noch notulen geven blijk van zelfstandige afweging van concernbelang en de overige belangen van WINL

Stellingen

1. Uit rechtspraak blijkt marginale toetsing op inhoud; proces is leidend.
2. Medezeggenschap is verwaterd tot (slechts) te doorlopen processuele exercitie met hoge moeilijkheidsgraad; dat moet anders.