

Memorandum

Van : Cees Dekker – advocaat
Angelique Hommes – notaris
Aan : Provincie Utrecht - Arnout Dijksman
Datum : 3 juni 2022
Betreft : oprichting dochtervennootschappen OMU
Referentie : 242382/CTD

Conclusies en advies

- N.V. OMU gaat fungeren als holdingvennootschap.
- Er worden drie dochtervennootschappen opgericht: één voor de niet-economische activiteiten, één voor de huidige economische activiteiten (transformatiefonds) en één voor de nieuwe economische activiteiten (herstructureringsfonds).
- De statuten van de dochtervennootschappen kunnen kort en eenvoudig gehouden worden. OMU wordt oprichter en enig aandeelhouder. Het bestuur van de dochtervennootschappen wordt gevoerd door OMU. De raad van commissarissen van OMU houdt ook toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken in de dochtervennootschappen.
- Belangrijke aandeelhoudersbesluiten (o.a. uitkering van dividend) kunnen onderworpen worden aan de goedkeuring van de algemene vergadering van de dochtervennootschap. OMU oefent als enig aandeelhouder het stemrecht uit in de algemene vergadering.
- De Provincie kan als aandeelhouder van OMU besluiten dat voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering (dus de Provincie) nodig is voor besluiten van het bestuur omtrent het stem uitbrengen op aandelen in dochtervennootschappen. Op die manier houdt de Provincie invloed op de uitkering van dividend en kan zij ervoor zorgen dat de steun voor de niet-economische activiteiten niet ten goede komt aan de economische activiteiten.
- Richting de Europese Commissie lijkt het ons verstandig om de nieuw in te stellen Investeringscommissie een statutaire basis te geven in de statuten van OMU.
- In het kader van de nieuwe structuur en de veranderende rol van de Provincie als aandeelhouder van OMU is het raadzaam om de statuten aan te passen. Als wijzigingen stellen wij voor:
 - aanpassen doelstelling;
 - artikel 19.2 (goedkeuring van besluiten van het bestuur);
 - invoering investeringscommissie;
 - aanpassen statuten aan Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en andere wetswijzigingen.

I. Reden voor oprichting dochtervennootschappen

In ons advies van 22 april 2021 is aangegeven dat OMU niet als onderneming kwalificeert voor zover zij (na herontwikkeling) bouwrijpe grond (zonder opstallen) verkoopt. Dat betekent dat voor zover de kapitaalstorting alleen op deze activiteiten betrekking heeft geen sprake is van een voordeel voor een onderneming en dat er geen sprake is van een steunmaatregel. Met die activiteiten zou OMU dan al aan de slag kunnen zonder dat de Europese Commissie steun aan OMU heeft goedgekeurd.

Er moet dan echter wel verzekerd worden dat er geen ‘spill over’ van de financiering van de niet-economische activiteiten plaatsvindt naar de economische activiteiten van OMU.

Daarom dient een aparte (dochter)vennootschap te worden opgericht voor de niet-economische activiteiten. Daarin kan de kapitaalstorting plaatsvinden voor zover betrekking hebbend op en nodig voor de projecten die resulteren in de verkoop van bouwrijpe terreinen. De moeder kan werkzaamheden die voor de dochter verricht worden bij de dochter in rekening brengen. Die bedragen dienen wel marktconform (‘at arms length’) te zijn. Voorkomen dient te worden dat alsnog via deze constructie steun verleend wordt aan de economische activiteiten van OMU.

De verschillende economische activiteiten kunnen in twee andere dochtervennootschappen worden ondergebracht. Eén dochtervennootschap zal zich richten op transformatie, waarbij disfunctionele bedrijfs- en kantoorruimte aan de markt onttrokken zal worden ten gunste van andere passende functies en de andere dochtervennootschap is bedoeld voor de herontwikkeling, intensivering en verduurzaming van bestaande bedrijfs- en kantoorlocaties, ten behoeve van de voortzetting van de werkfunctie.

De huidige OMU kan als holdingvennootschap fungeren en de dochtermaatschappijen besturen.

II. Oprichtings- en inrichtingsaspecten

Oprichting dochtervennootschappen. door OMU

OMU kan de drie verschillende dochtervennootschappen oprichten en daarvoor de statuten vast stellen. De statuten kunnen kort en eenvoudig gehouden worden.

De statuten van de B.V.’s bepalen onder meer:

Aandelen

De B.V.’s kennen een in aandelen verdeeld kapitaal, met een in de statuten vermelde nominale waarde. Alle geplaatste aandelen zullen worden gehouden door OMU, die zo spoedig mogelijk na de oprichting van de B.V. de aandelen zal moeten volstorten in contanten.

Blokkeringsregeling

In de statuten kan een blokkeringsregeling opgenomen worden ten aanzien van de overdracht of andere overgang van aandelen. Aangezien OMU de enige aandeelhouder van de B.V.’s wordt, is

het opnemen van een “goedkeuringsstelsel”, inhoudende dat een overdracht van aandelen niet mogelijk is zonder goedkeuring van de algemene vergadering (gevormd door OMU), de meest logische keuze. In de statuten van OMU is ook een dergelijke regeling opgenomen.

Het bestuur

Een B.V. wordt vertegenwoordigd door haar bestuur. Om de organisatie zo eenvoudig mogelijk te houden adviseren wij om OMU bestuurder te maken van de dochtervennootschappen en dat aldus de raad van commissarissen van OMU ook toezicht houdt op het bestuur en op de algemene gang van zaken in de dochtervennootschappen.

Algemene vergadering

In de statuten kan worden bepaald dat bepaalde besluiten van het bestuur van de B.V. aan de goedkeuring van de algemene vergadering worden onderworpen. Vgl. artikel 19.1 en 19.2 van de huidige statuten van OMU.

Winst – Dividenduitkering

De winst van de B.V.'s staat ter beschikking van de algemene vergadering.

Van belang daarbij is dat de wet bepaalt dat een aandeelhoudersbesluit tot uitkering van dividend (en hetzelfde is van toepassing bij een eventuele inkoop van aandelen of terugbetaling op aandelen) pas geldig is als het door het bestuur is goedgekeurd. Volgens de wet kan het bestuur die goedkeuring slechts weigeren, indien duidelijk is dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen voortgaan met het “betalen van haar opeisbare schulden.” Onder omstandigheden kan het dus van groot belang zijn, expliciet vast te leggen waarom de goedkeuring wel of niet gegeven werd.

Als de bestuurder feitelijk de bevoegdheden van de aandeelhouder (de moederonderneming dus) uitoefent, adviseren wij dat de Provincie, als aandeelhouder in de moeder, ook ten aanzien van een dividendbesluit aangaande de dochtervennootschappen een goedkeuringsbevoegdheid heeft. Het is van belang juist een dergelijk dividendbesluit zorgvuldig te regelen. De oprichting van de aparte dochtervennootschappen is er immers juist mede op gericht om ervoor te zorgen dat de steun voor de niet-economische activiteiten niet ten goede komt aan de economische activiteiten. Zou een dividenduitkering aan de moeder mogelijk zijn dan worden de geldstromen juist wel vermengd.

III. Statuten OMU

Onderzocht dient nog te worden of de huidige doelstelling van OMU aangepast dient te worden om de activiteiten te dekken.

In artikel 19.2 van de statuten van OMU is een lijst van besluiten opgenomen, waarvoor het bestuur van OMU de goedkeuring van de algemene vergadering nodig heeft. Als de Provincie als aandeelhouder iets meer afstand wil nemen van OMU, dan is het raadzaam om deze lijst aan te passen.

De bedoeling is om een investeringscommissie in te stellen. De vraag is of deze Investeringscommissie een statutaire basis dient te krijgen of dat het voldoende is om de taken en bevoegdheden in een reglement vast te leggen. Richting de Europese Commissie lijkt het ons verstandig om de investeringscommissie een statutaire basis te geven.

Indien de statuten van OMU aangepast worden, stellen wij voor om de statuten ook aan te passen aan de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en andere wetswijzigingen.