

Singel 236
Postbus 3543
1001 AH Amsterdam
T +31 20 55 02 888
www.nvb.nl

Ministerie van Justitie
directie Wetgeving/sector Privaatrecht
t.a.v. mr. M.J.H. Langendoen
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

T + 31 20 55 02 820
E mail jongbloed@nvb.nl

Datum: 26 juni 2006
Referentie: Br - 226

Betreft: Reactie NVB op derde tranche vereenvoudiging
BV-recht

Geachte heer Langendoen,

Wij hebben met belangstelling kennis genomen van de op 5 april 2006 gepubliceerde derde tranche van het ambtelijk voorontwerp met betrekking tot de aanpassing van de wetgeving voor de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ("BV"). Graag voldoen wij hierbij aan uw verzoek om de voorstellen van commentaar te voorzien. Daarbij merken wij op dat wij de huidige voorstellen, gelijk de voorstellen behorende tot de eerste en tweede tranche, uitsluitend hebben gezien vanuit het perspectief van de financier. Aangezien een belangrijk deel van de voorstellen voor de financier geen (althans geen directe) gevolgen zal hebben, staan de banken daar neutraal tegenover.

De voorstellen die wel gevolgen voor de financiering hebben zullen wij hierna behandelen. Alvorens daartoe over te gaan, zullen wij ingaan op een onderwerp, dat naar onze mening in de voorstellen ontbreekt en daarvan wel deel zou moeten uitmaken.

Tegenstrijdig belang

In de taakomschrijving voor de Expertgroep heeft de Minister de regeling van artikel 2:256 BW inzake "tegenstrijdig belang" terecht gesignaleerd als één van de knelpunten waaraan aandacht diende te worden besteed. In de juridische literatuur wordt ook onderkend dat de praktijk veel hinder van de huidige regeling ondervindt en dat dit onderwerp zich bij uitstek leent voor modernisering¹. Noch in het ambtelijk voorontwerp, noch in de concept memorie van toelichting wordt echter ingegaan op de regeling inzake tegenstrijdig belang².

In haar eindrapport stelt de Expertgroep³, dat het tegenstrijdig belang tussen de bestuurder en de vennootschap bij de vennootschappelijke besluitvorming en niet bij

¹ Zie bijvoorbeeld A.F.M. Dorrestijn, 'Een nieuwe wettelijke regeling van het tegenstrijdig belang?', O & F nr. 65, april 2005, p. 30.

² Met dien verstande dat de toelichting op artikel 204c, de nachgründingsbepaling, verwijst naar de waarborgfunctie van (o.m.) artikel 256 en aan het slot van de toelichting op artikel 207c BW wordt gesteld dat bij het verlenen van financiële steun sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang tussen de bestuurder en de vennootschap.

³ Zie Hoofdstuk 5

de vertegenwoordiging aan de orde dient te komen. De Expertgroep concludeert, dat de rechtszekerheid zal worden gediend, indien de externe werking van de tegenstrijdig belang regeling wordt vervangen door interne werking. De Expertgroep heeft daartoe een tekstvoorstel in haar rapport opgenomen.⁴ Het opheffen van de externe werking van de tegenstrijdig belang regeling zal op grote steun van zowel de wetenschap als de praktijk kunnen rekenen.⁵

In het ambtelijk voorontwerp wordt niet gemotiveerd waarom het voorstel van de Expertgroep inzake tegenstrijdig belang niet is overgenomen, terwijl zulks ten aanzien van andere onderwerpen wel gebeurt. Uit een brief van 3 februari 2006 van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer blijkt, dat in het kader van een nadere regeling inzake een monistisch bestuursstelsel ook wordt gewerkt aan een "mogelijke" wijziging van de regeling betreffend het tegenstrijdig belang van bestuurders. Wij zien echter geen redenen om dit onderwerp niet nu reeds voor de BV te regelen. Bij de BV als meest voorkomende rechtsvorm knelt de huidige tegenstrijdig belang regeling het meest en is er een groot draagvlak voor het voorstel van de Expertgroep. Bovendien is het niet duidelijk wat de status en de haalbaarheid van de nadere regeling inzake het monistisch stelsel is. Het zou daarbij voor lief kunnen worden genomen wanneer de tegenstrijdig belang regeling voor de NV (alsmede voor andere rechtspersonen waarvoor een wettelijke tegenstrijdig belang regeling geldt) tijdelijk gaat afwijken van die voor de BV.⁶

In een notitie die wij op 21 januari 2003 hebben verzonden aan het Ministerie van Justitie hebben wij onze bezwaren tegen (de uitleg van) de tegenstrijdig belang-bepalingen uiteen gezet. Inmiddels zijn er nieuwe vragen omtrent de interpretatie van de betreffende regeling gerezen en is er nieuwe jurisprudentie over dit onderwerp gepubliceerd. Voorts zijn terzake diverse artikelen in de juridische literatuur verschenen. Hieruit blijkt reeds dat het onderwerp voor veel onduidelijkheid zorgt en velen bezig houdt. In verband met de ontwikkelingen hebben wij onze visie met betrekking tot tegenstrijdig belang geactualiseerd. In de bijlage bij deze brief hebben wij onze visie nogmaals toegelicht.

Wij zijn er van overtuigd, dat het afschaffen van de externe werking van de

⁴ 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht', Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag, 6 mei 2004, p. 97 e.v. Het tekstvoorstel van de Expertgroep is als volgt:

Artikel 2:256 BW

1. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is voor het verrichten van een rechtshandeling waarbij een bestuurder of een commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, voorafgaande goedkeuring vereist van de algemene vergadering of een ander bij de statuten aangewezen orgaan. Het ontbreken van de goedkeuring kan niet aan een derde worden tegengeworpen.
2. Indien de goedkeuring wordt verleend door een ander orgaan dan de algemene vergadering, wordt de verleende goedkeuring aan de algemene vergadering schriftelijk meegedeeld, uiterlijk in de eerste algemene vergadering die na afloop van het boekjaar wordt gehouden.

⁵ Zie bijvoorbeeld H.J. de Kluiver in 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, kroniek van een aangekondigd rapport', p. 141, in 'Verslag van een congres, gehouden op 7 en 8 mei 2004 (georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 2005.

⁶ Dit laat onverlet dat het onze voorkeur heeft de tegenstrijdig belang regeling ook voor de NV, de vereniging en de coöperatie zo spoedig mogelijk aan te passen.

tegenstrijdig belang regeling zal bijdragen aan het verwezenlijken van de doelstellingen van het wetsvoorstel, met name de deregulering en het verminderen van administratieve lasten. Onze aanbeveling is dan ook aan het wetsvoorstel toe te voegen dat, conform de voorstellen van de Expertgroep, de externe werking van het tegenstrijdig belang artikel voor de BV wordt geschrapt.

Financiële steunverlening

Wij kunnen ons vinden in het voorstel om het verbod tot financiële steunverlening op te heffen. Ook de argumenten daarvoor zijn naar onze mening overtuigend. De huidige regeling is inderdaad erg ingewikkeld en draagt niet of nauwelijks bij aan bescherming van crediteuren of aandeelhouders.

Terecht wordt in de memorie van toelichting opgemerkt, dat de verantwoordelijkheid voor het verlenen van financiële steun bij het bestuur van de over te nemen vennootschap ligt, aangezien het bestuur, evenzeer als bij andere transacties, bij steunverlening het belang voor die vennootschap voorop behoort te stellen en terzake zorgvuldig dient te handelen.

Wij menen dat een kanttekening ten aanzien van de aansprakelijkheid van de bestuurder op zijn plaats is. Voor een curator wordt het door het bewijsvermoeden relatief eenvoudig om in geval van een faillissement binnen een jaar na een mislukte overname een bestuurder aansprakelijk te houden op grond van de stelling, dat hij "onzorgvuldig" is geweest en niet in het "belang" van de overgenomen vennootschap heeft gehandeld door te besluiten tot een financiële steunverlening. Juist vanwege de mogelijkheid de aansprakelijkheid te beperken, kiezen ondernemers voor de rechtsvorm van een BV. Aansprakelijkheid van de bestuurder zou daarom een uitzondering moeten blijven en geen hoofdregel mogen worden. Om die reden geven wij in overweging om in de memorie van toelichting aan te geven hoe een bestuurder zich in geval van steunverlening tegen het aansprakelijkheidsrisico kan beschermen⁷. Bijvoorbeeld zou de suggestie kunnen worden gedaan, dat een bestuurder wiens medewerking aan de steunverlening in het kader van een overname wordt gevraagd een prognose maakt of door een (register-)accountant laat maken, waaruit dient te blijken dat de rente en aflossing verschuldigd uit hoofde van de overnamefinanciering (althans het deel waarvoor de financiële steun wordt verleend) uit de begrote toekomstige cash flow van de over te nemen vennootschap kunnen worden voldaan. Door registratie bij de Belastingdienst (teneinde de datum te fixeren)⁸ en controle van een dergelijk prognose door een (register-)accountant, demonstreert een bestuurder, dat hij voldoende zorgvuldig is geweest bij het nemen van de beslissing tot de steunverlening. Daarbij zou de bestuurder voor zichzelf (en eventueel voor andere organen van de vennootschap) ook kunnen vastleggen, waarom hij van mening is dat de vennootschap bij de overname (en dus bij de steunverlening) een redelijk belang had. Aldus zou een bestuurder zich in beginsel tegen aansprakelijkheidclaims moeten kunnen disculperen.

Met betrekking tot het overgangsrecht merken wij op, dat wij, gezien alle onduidelijkheden omtrent de huidige regeling en het beperkte nut daarvan, een voorstander zijn van onmiddellijke werking van de afschaffing van het financiële steunverbod, ook voor transacties die onder het huidige recht tot stand zijn gekomen.

⁷ Een dergelijke toevoeging zou in lijn zijn met het in de toelichting bij artikel 2:216 BW gestelde terzake het inroepen van het oordeel van een deskundige.

⁸ Registratie kan op dezelfde wijze plaats vinden als de registratie van bijvoorbeeld een akte tot vestiging van een stil of bezitloos pandrecht en zou er derhalve niet toe moeten leiden dat de prognose voor derden kenbaar wordt.

Verkrijging eigen aandelen (artikel 2:207 BW)

Hoewel wij tegenover dit voorstel neutraal staan, zouden wij terzake een redactionele opmerking willen maken.

Het tweede lid van dit artikel schrijft voor dat het bestuur van de (verkrijgende) vennootschap redelijkerwijs dient te verwachten, dat de vennootschap na de verkrijging zal kunnen voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Het derde lid bepaalt dat de bestuurders die ten tijde van de verkrijging "wisten of redelijkerwijs behoorden te weten" dat de vennootschap niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, aansprakelijk zijn. De formulering in het tweede lid (verwachten) en het derde lid (weten of redelijkerwijs behoorden te weten) zouden met elkaar in overeenstemming dienen te worden gebracht. Naar onze mening zou in lid 3 "weten" moeten worden vervangen door "verwachten".

Wij vertrouwen u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Desgewenst zijn wij graag bereid onze reactie toe te lichten.

Hoogachtend,
Nederlandse Vereniging van Banken



mr. B.B. van der Burgh
Senior Adviseur Juridische Zaken

Bijlage: toelichting standpunt NVB inzake tegenstrijdig belang (artikel 2: 256 BW)

Inleiding

In 1996/1998 bepaalde de Hoge Raad in de Mediasafe-arresten⁹, dat de wettelijke regeling inzake tegenstrijdig belang ruim moeten worden uitgelegd door het zogenoemde indirect tegenstrijdig belang daaronder te begrijpen en door aan de regeling externe werking toe te kennen. De banken in Nederland hebben daarna hun beleid en procedures terzake moeten aanscherpen. Dit teneinde te voorkomen, dat zekerheden die een bank meent te bezitten achteraf waardeloos blijken te zijn, indien wordt vastgesteld dat de relevante vennootschap niet rechtsgeldig werd vertegenwoordigd door haar bestuur. Bij zekerheden die in concernverband worden verstrekt, is het risico dat sprake is van een tegenstrijdig belang en derhalve van onbevoegde vertegenwoordiging, groot.

Banken kunnen bij het onderzoek naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid in geval van een tegenstrijdig belang – welk onderzoek een exclusieve verantwoordelijkheid van de bestuurder zou moeten zijn, doch ten gevolge van de externe werking van de huidige regeling door de banken moet worden uitgevoerd - niet of niet uitsluitend op de informatie uit het Handelsregister vertrouwen. Een dergelijk onderzoek moet plaats vinden aan de hand van uitvoerige (interne) instructies hoe na te gaan wie vertegenwoordigingsbevoegd is en welke bewijzen ten aanzien van zijn bevoegdheid dienen te worden overgelegd. De administratieve lasten van dergelijk onderzoek zijn hoog.

In welke gevallen moet de vertegenwoordigingsbevoegdheid in verband met een tegenstrijdig belang worden onderzocht?

Op grond van genoemde Mediasafe-arresten moet veiligheidshalve aangenomen worden, dat tegenstrijdig belang zich kan voordoen bij alle rechtshandelingen met de bank waarbij meerdere (groeps-)vennootschappen betrokken zijn. Meer specifiek (maar niet limitatief) gaat het om de volgende gevallen:

- de ene groepsvennootschap stelt zich hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld van een andere groepsvennootschap;
- de ene groepsvennootschap verleent zekerheden (pand, hypotheek, borgtocht, garantie etc.) voor de schuld van een andere groepsvennootschap;
- de ene groepsvennootschap verleent zekerheden in ruil waarvoor de bank zekerheden die door een andere groepsvennootschap zijn verstrekt, vrijgeeft;
- de ene groepsvennootschap maakt zich op enigerlei wijze sterk voor de schuld van een andere groepsvennootschap.

Bij concernfinanciering gaat het hier om veel voorkomende rechtshandelingen.

Bezwaren

Naast de reeds genoemde hoge administratieve lasten van het noodzakelijke onderzoek, kunnen de volgende redenen worden genoemd, waarom de tegenstrijdig belang bepaling in de praktijk tot problemen aanleiding geeft:

- De Hoge Raad wijst op het ruime toepassingsgebied van de bewoordingen van deze bepaling. Echter de reikwijdte is niet afgebakend¹⁰, waardoor deze onduidelijk is. Het vergt veel inspanning om aan bestuurders uit te leggen dat zij mogelijk een tegenstrijdig belang hebben met de vennootschap teneinde hen zover te krijgen dat de wettelijke en/of statutaire regels worden nageleefd. Dit

⁹ HR 22 maart 1996, NJ 1996/568 (Mediasafe I) en HR 11 september 1998, NJ 1999/171 (Mediasafe II).

¹⁰ Mediasafe I, r.o. 3.3.

geldt niet alleen voor bestuurders van vennootschappen in het MKB-segment maar ook voor bestuurders van vennootschappen die onderdeel zijn van (zeer grote) concerns en zelfs voor de advocaten van deze vennootschappen.

- De Hoge Raad¹¹ heeft voorts bepaald dat het bestuur de aandeelhoudersvergadering moet informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang. Doet het bestuur dat niet, dan kan een in een dergelijk geval genomen bestuursbesluit op vordering van iedere belanghebbende in rechte worden vernietigd.
- Op grond van de overwegingen van de Hoge Raad moet worden aangenomen dat banken een meer dan gemiddelde onderzoeksplicht hebben, gezien hun kennis ten aanzien van hun cliënten.¹² Echter, ook hier is er geen duidelijke grens te trekken waardoor het risico bestaat dat te weinig met bepaalde kennis wordt gedaan. Uit voorzichtigheid moet al snel het bestaan van een tegenstrijdig belang worden aangenomen en ook dit leidt in de praktijk tot allerlei discussies.
- Op basis van de wet kan de Raad van Commissarissen vertegenwoordigingsbevoegd zijn in geval van tegenstrijdig belang of kan in de statuten een bepaling zijn opgenomen waarin een (andere) bijzondere vertegenwoordiger wordt aangewezen. Op grond van deze regels kan niet steeds worden vastgesteld wie vertegenwoordigingsbevoegd is, aangezien altijd aan de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) de mogelijkheid wordt geboden een andere bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen.
- De Hoge Raad koos voor een abstract tegenstrijdig belang criterium als maatstaf voor toepasselijkheid van artikel 2:256 BW¹³. Het resultaat hiervan is dat het enkele feit, dat een bestuurder een belang heeft bij de rechtshandeling impliceert, dat er sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van de bepaling. Deze interpretatie maakt geen onderscheid tussen rechtshandelingen waardoor ook volstrekt gebruikelijke (en zelfs voorgeschreven¹⁴) zekerheden onder het bereik van de bepaling vallen. Het stellen van eisen op grond van een (mogelijk) tegenstrijdig belang bij in het normale handelsverkeer gebruikelijke rechtshandelingen leidt in de praktijk tot onbegrip.
- De Hoge Raad heeft geoordeeld, dat indien de AvA een besluit neemt, dit een uitdrukkelijk besluit dient te zijn en dat een impliciet besluit daartoe niet voldoende is.¹⁵ Deze strikt formele benadering roept weerstand op, zowel bij de banken als bij de andere betrokken partijen, vooral in gevallen waarin de enige aandeelhouder eveneens (als partij of anderszins) nauw betrokken is bij de rechtshandeling.
- Een probleem kan zijn, dat niet onderkend wordt dat een bestuurder in een bijzondere verhouding staat tot een derde die eveneens belang heeft bij de betreffende rechtshandeling. Toch loopt een bank ook hier het risico dat de Hoge Raad uiteindelijk zal oordelen dat de bank bekend was, dan wel bekend had behoren te zijn, met het tegenstrijdig belang.
- Cliënten zijn nauwelijks bezig met tegenstrijdig belang en hebben hiervoor over het algemeen weinig belangstelling. Het risico van onjuiste vertegenwoordiging door een tegenstrijdig belang wordt overgeheveld naar de bank. Wij zijn van mening dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van wettelijke en/of statutaire regels veel meer door (een orgaan van) de vennootschap zelf moet worden gevoeld en niet, zoals nu, door een derde.

¹¹ HR 3 mei 2002 NJ 2002/393 (Brandao/Jorai), r.o. 3.5.2.

¹² Mediasafe II, r.o. 2.2.

¹³ zie Mediasafe I, r.o. 3.4. en W.J.M. van Veen, 'Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang', tijdschrift 'Ondernemingsrecht' 1999-4, p. 93.

¹⁴ bijv. saidoverpanding zoals vereist in Hoofdstuk 40II – 02.2.2 sub 2 Handboek Wik, januari 2005.

¹⁵ HR 9 juli 2004, JOR 2004/266 (Duplicado), r.o. 3.5.2.

Kwalitatief tegenstrijdig belang

In concernverband heeft een (rechts-)persoon als bestuurder van de te vertegenwoordigen vennootschap vaak ook nog andere posities (dus meer belangen) dan die als bestuurder, bijvoorbeeld die van aandeelhouder, commissaris of anderszins, bij een of meer andere vennootschappen in het concern. Indicaties voor kwalitatieve belangenverstrengelingen zijn op basis van gegevens uit de Kamer van Koophandel nog te reconstrueren, maar alleen al dit onderzoek vergt (zeker bij wat grote ondernemingen) veel capaciteit. Wanneer blijkt dat een bestuurder verschillende functies bekleedt bij een of meer andere betrokken vennootschappen dan is er overigens nog steeds ruimte voor discussies rond de vraag of er sprake is van tegenstrijdig belang. Immers, er bestaat onzekerheid over de vraag of de aanwezigheid van een enkel kwalitatief tegenstrijdig belang (dat wil zeggen zonder dat het persoonlijk belang van de bestuurder in het geding is) reeds onder de werking van artikel 2:256 BW valt.¹⁶ Prof. mr. P.J. Dortmund, Prof. mr. L. Timmerman en mr. A.F.J.A. Leijten¹⁷ menen, dat een op zichzelf staand kwalitatief tegenstrijdig belang (derhalve bij afwezigheid van een persoonlijk, privé belang van de bestuurder) geen rol speelt, aangezien een andere opvatting tot allerlei problemen binnen concerns zou leiden indien dezelfde persoon bestuurder is van diverse concern-vennootschappen. De auteurs wijzen er voorts op dat men bij concerns wel moet vermijden dat een concern-vennootschap bestuurder is van een andere vennootschap. De praktijk leert dat dit laatste vaak juist niet wordt vermeden en vooralsnog moet men aannemen dat in zo'n geval mogelijk sprake zal zijn van kwalitatief tegenstrijdig belang. Prof. mr. A.F.M. Dorresteyn betoogt in zijn reactie op de visie van Dortmund en Timmerman, dat het irrelevant is of het risico van benadeling gelegen is in een privé-belang van de bestuurder bij een transactie van de vennootschap dan wel voortvloeit uit een functie van de bestuurder bij de wederpartij van de vennootschap. Vooralsnog moet er in de praktijk helaas vanuit worden gegaan, dat een kwalitatief tegenstrijdig belang onder de wettelijke tegenstrijdig belang regeling valt.

Voordelen?

De vraag laat zich stellen of tegenover de praktische bezwaren en administratieve lasten staat dat door de tegenstrijdig belang regeling het belang van de vennootschap beter getoetst wordt. Wij menen dat dit niet het geval is, omdat onder de huidige regeling en jurisprudentie niet inhoudelijk wordt getoetst of een handeling in het belang van de vennootschap is. Zowel in de statuten als in een aandeelhoudersbesluit kan iedereen, dus ook de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft met de vennootschap, als bevoegd vertegenwoordiger worden aangewezen. In de praktijk pleegt men de bestuurder – ondanks een tegenstrijdig belang - in de statuten of in een aandeelhoudersbesluit aan te wijzen (behoudens in geval er sprake is van een direct tegenstrijdig belang, waarbij de vennootschap rechtstreeks met de bestuurder handelt). Aldus wordt niet voorkomen, dat er rechtshandelingen namens de vennootschap (kunnen) worden verricht die het belang van de vennootschap niet dienen. Daarom leidt de huidige regeling tot (lastige) formaliteiten die geen redelijk doel dienen.

Conclusie

Zoals eerder voorgesteld en in lijn met het advies en het tekstvoorstel van de Expertgroep bepleiten de banken op voormelde gronden het opheffen van de externe werking van de wettelijke tegenstrijdig belang regeling.

¹⁶ zie de discussie tussen P.J. Dortmund en L. Timmerman enerzijds en A.F.M. Dorresteyn anderzijds in WPNR 2006/6649, p. 17 e.v.

¹⁷ zie zijn stuk in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005