

der Krediet van haar bank geen aanmerkelijke invloed op de koers kan uitgaan, verdient enige nuancering. Toegegeven, het gaat om een interne beslissing van een bank, die wordt genomen aan de hand van niet openbare criteria. Die beslissing is mogelijk arbitrair. De enkele verhuizing brengt in de financiële situatie van de onderneming bovendien geen verandering. Belangrijker is het feit dat tot de verhuizing aanleiding heeft gegeven. Van dat feit kan wel een belangrijke invloed op de koers uitgaan. Gezien het moment waarop de verhuizing plaatsvond, zal de beslissing wellicht te maken hebben met de gronden die Getronics aanleiding hebben gegeven om een winstwaarschuwing te doen uitgaan. In dat geval voegt de mededeling van de verhuizing allicht weinig toe aan de winstwaarschuwing. Anderzijds valt toch niet uit te sluiten dat onder omstandigheden de verhuizing van een onderneming naar de afdeling Bijzonder Krediet wel een signaal uitgaat dat een mogelijk slechts op sentimenten gebaseerde, maar desalniettemin aanmerkelijke koersreactie kan veroorzaken. De bank van de onderneming schat haar risico kennelijk anders in. Zou dan ook niet de belegger in staat gesteld moeten worden om zijn risico in heroverweging te nemen?

29. Ten slotte de overwegingen ten aanzien van de afvloeiingsregeling. Met deze overwegingen – met al hun nuancerings – kan ik het alleen maar eens zijn. De OK zegt niet anders dan dat het onder omstandigheden behoort tot de taak van het (nieuwe) bestuur om in het belang van de rechtspersoon een beroep te doen op bijvoorbeeld art. 6:248 lid 2 BW teneinde een goudgerande afvloeiingsregeling 'open te breken' als de vertrekkende bestuurder er een potje van heeft gemaakt, althans de mogelijkheden daartoe te onderzoeken. Een vergoeding van hooguit twee jaarsalarissen, zoals in de Code Tabaksblat wordt aanbevolen, zal niet gauw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, maar onmogelijk is het niet.

P.D. Olden

Vennootschapsrecht

233

Doeloverschrijding bij concernfinanciering

Rechtbank Amsterdam 10 december 2003, JOR 2004, 116
(Keizers q.q./SNS Bank N.V.)

Ondernemingsrecht 2004-15

Feiten

1. Bij vonnis van de Rechtbank 's-Hertogenbosch d.d. 26 januari 1994 is Financieel Begeleidings Instituut Maes B.V. (hierna: FBIM) in staat van faillissement verklaard. Alle aandelen in het kapitaal van FBIM worden gehouden door Maes Veldhoven Beheer B.V. (hierna: Maes Beheer). Maes Beheer houdt daarnaast aandelen in het kapitaal van diverse andere vennootschappen. De enige statutair bestuurder van FBIM en Maes Beheer is de heer F.A. Maes.

2. Het statutaire doel van FBIM, voor zover hier van belang, luidt:

'1. De vennootschap heeft ten doel het verstrekken van adviezen op financieel gebied, het optreden als bemiddelaar en adviseur op de Europese Optie Beurs en andere al dan niet officiële beurzen in Nederland en buitenland alsmede de handel en belegging van vermogen in effecten en combinaties in de ruimste zin van het woord alsmede in opties op een en ander in de ruimste zin van het woord; het afsluiten van termijncontracten in de ruimste zin van het woord, alles voor eigen rekening dan wel voor rekening van-, of met derden; alsmede het verrichten van alle overige handelingen op commercieel, industrieel en financieel gebied.

2. De vennootschap kan in andere ondernemingen deelnemen, daarmede samenwerken, daarover directie voeren, andere ondernemingen oprichten en andere ondernemingen geheel of gedeeltelijk overnemen.'

3. In 1988 is door de bank een krediet verleend aan Maes Beheer onder de voorwaarde van hoofdelijke medeaansprakelijkheid van FBIM. Op 9 april 1992 zijn diverse vennootschappen, waaronder FBIM en Maes Beheer (hierna: de Maes-vennootschappen) enerzijds en de bank anderzijds schriftelijk een overeenkomst aangegaan (hierna: de compensatieverklaring), waarin de Maes-vennootschappen worden aangeduid als 'de rekeninghouders' en waarin onder meer wordt bepaald dat de bank te allen tijde bevoegd is om het tegoed dat een rekening ten gunste van één der genoemde rekeninghouders over te boeken, zulks ter aanzuivering van hetgeen de bank van de rekeninghouders tezamen als hoofdelijk verbonden schuldenaren heeft te vorderen. Dit alles is overeengekomen tot meerdere zekerheid van al hetgeen de bank van één of meer van de groepsmaatschappijen uit hoofde van verleende kredieten te vorderen heeft of mocht krijgen.

4. Bij brief van 16 november 1992 bevestigt de bank aan de Maes-vennootschappen dat zij kunnen beschikken over een kredietfaciliteit in rekening-courant. De bank bedingt weder-

om hoofdelijke aansprakelijkheid van de Maes-vennootschappen.

5. Op 29 september 1993 zijn de Maes-vennootschappen enerzijds en de bank anderzijds schriftelijk een overeenkomst aangegaan (hierna: de hoofdelijkheidsverklaring), waarin de Maes-vennootschappen – waaronder FBIM – verklaren dat zij deel uitmaken van één concern, in economisch opzicht een belangengemeenschap vormen en mitsdien belang hebben bij kredietverschaffing. De Maes-vennootschappen stellen zich tevens hoofdelijk aansprakelijk voor al hetgeen de bank op dat moment of later uit hoofde van de kredietverlening of uit welke hoofde dan zowel van hen tezamen als van ieder van hen afzonderlijk te vorderen mocht hebben. Diverse Maes-vennootschappen zijn na het in 1988 verleende krediet al eerder met de bank overeenkomsten gelijk aan de hoofdelijkheids- en compensatieverklaring aangegaan.

6. Op 13 januari 1994 heeft de bank, zonder dat zij een daartoe strekkende opdracht had ontvangen van FBIM of een andere Maes-vennootschap, het volledige creditsaldo, ad NLG 2 596 172,33, van de door FBIM bij haar gehouden rekening gedebiteerd en het debetsaldo van de door Maes Beheer bij haar gehouden rekening met hetzelfde bedrag gecrediteerd. Dertien dagen later wordt FBIM in staat van faillissement verklaard.

7. De curator tracht middels een rechterlijke uitspraak op diverse gronden de gedane overboeking aan te tasten. In het onderstaande beperk ik mij tot het beroep van de curator op doeloverschrijding (art. 2:7 BW). De curator vordert bij vonnis het samenstel van rechtshandelingen, waaronder het ondertekenen van de compensatieverklaring van 9 april 1992 en de hoofdelijkheidsverklaring van 29 september 1993 nietig te verklaren, althans te vernietigen, op grond van art. 2:7 BW.

8. De curator wijst in dit verband in de eerste plaats op de statutaire doelomschrijving van FBIM. Voorts zou zijns inziens FBIM geen groepsmaatschappij zijn in de zin van art. 2:24b BW en ook voor het overige volledig losstaan van de andere Maes-vennootschappen. Van een groepsfinanciering of een daarmee vergelijkbare financiering zou naar zijn mening dan ook geen sprake zijn. Ook zou uit de financiële positie van FBIM blijken dat zij geen bankkrediet nodig had. Dit zou mede blijken uit de omstandigheid dat FBIM vanaf de inwerkingtreding van de compensatieverklaring, respectievelijk de hoofdelijkheidsverklaring, tot haar faillietverklaring de kredietfaciliteit niet heeft benut. De curator stelt dat

FBIM evenmin heeft geprofiteerd van de door Maes Beheer en/of (een of meer van) de andere Maes-vennootschappen benutte kredietfaciliteit.

9. De bank brengt hier tegen in dat de onderhavige verklaringen terdege onder de statutaire doelomschrijving van FBIM vallen. Volgens de bank is FBIM een volledige dochter van Maes Beheer en is FBIM ook voor het overige op diverse wijzen verbonden met de andere Maes-vennootschappen. De bank meent dan ook dat sprake is van een groepsfinanciering, althans een daarmee vergelijkbare financiering. De bank voert ten slotte aan dat de omstandigheid dat FBIM in de laatste maanden voor haar faillietverklaring de kredietfaciliteit niet heeft benut, niet wegneemt dat FBIM dat wel had kunnen doen en dat in dit geval de andere Maes-vennootschappen térzake hoofdelijk verbonden zouden zijn geweest. In het verleden heeft FBIM de kredietfaciliteit hogelijk benut, aldus de bank.

Beslissing

10. De rechtbank stelt voorop '... dat bij de beantwoording van de vraag of FBIM haar doel heeft overschreden alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen.' De rechtbank acht in de eerste plaats van belang dat de Maes-vennootschappen in de hoofdelijkheidsverklaring hebben verklaard deel uit te maken van één concern en zij in economisch opzicht een belangengemeenschap vormen en mitsdien belang hebben bij kredietverlening aan het concern. Voorts overweegt de rechtbank: 'Een en ander is in ieder geval in zoverre juist dat de bank gedurende een ononderbroken reeks van jaren aan FBIM kredietfaciliteiten heeft verleend, steeds met verlening van dezelfde kredietfaciliteit aan (een of meer van) de overige Maes-vennootschappen en steeds met compensatie- en hoofdelijkheidsverklaringen over en weer. Verder is van belang dat de curator niet heeft bestreden dat FBIM in het verleden de (mede) aan haar verleende kredietfaciliteit hogelijk heeft benut, dat zij dit ook in de maanden voorafgaande aan haar faillietverklaring had kunnen doen en dat de andere Maes-vennootschappen térzake hoofdelijk verbonden zijn geweest, respectievelijk zouden zijn geweest. De compensatieverklaring en de hoofdelijkheidsverklaring openden aldus de weg, casu quo hielden aldus de weg open, naar een kredietfaciliteit zowel voor FBIM zelf als voor de door haarzelf en de overige betrokkenen als "concern" aangeduide gezamenlijke kredietnemers.' De rechtbank wijst het beroep van de curator op doeloverschrijding af.

Commentaar

11. Omtrent art. 2:7 BW bestaat nogal wat rechtsonzekerheid. Buiten kijf staat dat met 'doel' in art. 2:7 BW het statutaire doel wordt bedoeld.¹ Ten aanzien van de vraag of een rechtshandeling die met zoveel woorden in het statutaire doel staat omschreven toch kan worden vernietigd ingevolge art. 2:7 BW, ontbreekt heldere jurisprudentie en zijn schrijvers niet eensluidend. Bij rechtshandelingen die niet in het statutaire doel zijn opgenomen, doemen de vragen op of en zo ja hoe deze rechtshandelingen onder het statutaire doel kunnen vallen. Zoals in onderhavige casus zal bij een concernfinanciering de bank bij het verstrekken van een krediet vaak een hoofdelijke aansprakelijkheid van de groepsvennootschappen bedingen. Daarnaast kan de bank verlangen dat zekerheidsrechten worden gevestigd. Dat niet duidelijk is wanneer deze rechtshandelingen als doeloverschrijvend kunnen worden aangemerkt, wordt door de kredietverstrekkers begrijpelijkerwijs als hinderlijk ervaren. Helaas draagt dit vonnis niet bij aan een transparanter leerstuk van de doeloverschrijding.

12. De bestreden rechtshandelingen staan niet expliciet in het statutaire doel van FBIM omschreven. In casu kijkt de rechtbank niet naar de tekst van de statutaire doelomschrijving. Volgens de rechtbank moeten bij een beroep op doeloverschrijding alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Mijns inziens zet de rechtbank hiermee een stap terug in de tijd. Het door de rechtbank gebruikte criterium is door de Hoge Raad gegeven in het *De Wereld*-arrest (HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 98). Echter, de Hoge Raad geeft in het latere *Playland*-arrest (HR 20 september 1996, NJ 1997, 149, JOR 1996/119) een aanvulling op de door hem gegeven regel in het *De Wereld*-arrest. In het *Playland*-arrest overweegt de Hoge Raad dat met name van belang is of het vennootschappelijk belang met de bestreden rechtshandeling is gediend. Ik merk op dat het bij beide arresten handelde om rechtshandelingen die niet met zoveel woorden in het statutaire doel waren opgenomen. Eveneens gaat de rechtbank voorbij aan een door een aantal schrijvers voorgestane constructie waarbij een niet in de doelomschrijving opgenomen rechtshandeling als secundaire handeling kan worden aangemerkt en derhalve geen doeloverschrijding oplevert. Secundaire handelingen worden door bijvoorbeeld Maeijer gedefinieerd als 'de handelingen die niet rechtstreeks onder de concrete doelomschrijving zijn te brengen, doch naar redelijkheid en bil-

lijkheid uit het statutaire doel voortvloeien en daarmee samen hangen, ook al zijn zij niet uitdrukkelijk in de doelomschrijving vermeld.'²

13. De aan het vennootschappelijk belang toebedeelde rol bij een beroep op doeloverschrijding is niet zonder kritiek gebleven. Van den Ingh is de mening toegedaan dat van een derde niet kan worden verwacht de bundeling van deelbelangen van een vennootschap te beoordelen.³ Ik betwijfel of dit bezwaar geldt voor een bank die, zoals in het hier behandelde geval, een concernfinanciering verstrekt. In de praktijk zal de bank als 'huisbank' op grond van haar langdurige relatie met de wederpartij vaak heel goed op de hoogte zijn van de werkzaamheden, de financiële huishouding en de economische belangen van zowel de afzonderlijke groepsmaatschappijen als het concern waarvan zij deel uitmaken. Hetzelfde geldt voor de verwevenheid van de vennootschappen. De bank dient dan te begrijpen dat handelingen die in redelijkheid niet in het belang van de vennootschap kunnen zijn, doeloverschrijding impliceren.⁴ Het betreft hier overigens een marginale toetsing. Aan de bank wordt niet gevraagd om op de stoel van de ondernemer te zitten. Een ander punt van kritiek op de werking van het vennootschappelijk belang is dat de mogelijkheid om een expliciet in het statutaire doel opgenomen rechtshandeling ingevolge art. 2:7 BW te vernietigen wegens strijd met het vennootschappelijk

1. Parl. Gesch. NBW, Boek 2, p. 127 e.v., nog eens bevestigd in Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987, 801.
2. Asser/Maeijer 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap*, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer: Kluwer 2000, nr. 617.
3. F.J.P. van den Ingh in zijn noot onder de uitspraak van de Rb. Breda 24 juni 1997, JOR 1997/112 (*Van Gils*). Evenzo: Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV*, Deventer: Kluwer 2001, p. 146. Groenewald acht het vennootschappelijk belang een weinig stabiel oriëntatiepunt voor het beoordelen van rechtshandelingen.
4. Zie ook P. van Schilfgaarde & J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2003, p. 165. Van Schilfgaarde en Winter zien de bank als een financieel expert die geacht moeten worden de implicaties van een disproporionele aansprakelijkstelling te begrijpen. Bij een beroep op doeloverschrijding kan een bank kan zich naar hun mening niet op het standpunt stellen dat zij van niets wist.

belang, strijdig zou zij met art. 9 van de eerste EEG-richtlijn.⁵

14. De rechtbank noemt een aantal omstandigheden die haar tot de conclusie doen komen dat de compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring geen doeloverschrijdende handelingen zijn. Alle door de rechtbank genoemde omstandigheden zijn inderdaad relevant voor het beoordelen van de vraag of sprake is van doeloverschrijding. De Hoge Raad heeft in het *Astro*-arrest (HR 7 februari 1992, NJ 1992, 438) al eerder aangegeven dat concernverhoudingen één van de omstandigheden is die een rol spelen bij het beoordelen van een beroep op doeloverschrijding. Wel had ik liever gezien dat de rechtbank deze omstandigheden had meegewogen bij het gemotiveerd beantwoorden van de vraag of de compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring in het vennootschappelijk belang van FBIM zijn afgegeven, een naar mijn mening helderder criterium. Wellicht is onder deze concrete omstandigheden de uitkomst van het hanteren van beide criteria gelijk: geen doeloverschrijding. Dit doet echter niets af aan het hanteren van een onjuist criterium door de rechtbank. Mijs inziens de verklaringen van de Maes-vennootschappen dat zij deel uitmaken van een concern, en belang hebben bij het krediet, mede gezien de bijzondere positie van de bank, niet doorslaggevend te zijn. Het daadwerkelijke vennootschappelijke belang moet doorslaggevend zijn.

15. De rechtbank acht het verder van belang dat de curator niet heeft bestreden dat FBIM de kredietfaciliteit ook in de maanden voorafgaande aan haar faillietverklaring had kunnen benutten en dat in dat geval de andere Maes-vennootschappen terzake hoofdelijk verbonden zouden zijn geweest. De rechtbank vervolgt met de overweging dat vanwege de compensatie- en de hoofdelijkheidsverklaring het voor FBIM en de andere concernvennootschappen mogelijk was om de kredietfaciliteit te (blijven) gebruiken. Hiermee bewandelt de rechtbank de door het Hof 's-Gravenhage ingeslagen weg in het *Rivier De Lek c.s.-Van Wetering*-arrest (HR 18 april 2003, JOR 2003, 160, m.nt. S.M. Bartman).⁶ Ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van een draagplicht van een groepsmaatschappij ingevolge een verstrekt concernkrediet besliste het hof dat een aan een houdstermaatschappij verstrekt concernkrediet met het doel om de binnen een concern verrichte werkzaamheden te ondersteunen, in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken, behalve wanneer blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten

leiden. Bij de vraag of de uit het concernkrediet voortvloeiende schuld aan kredietverstrekker een vennootschap aangaat, is het volgens het hof niet zozeer van belang of deze vennootschap daadwerkelijk het krediet voor de eigen activiteiten heeft aangesproken, maar 'of zij geacht moet worden, deel uitmakend van het concern, direct of indirect toegang tot dat krediet te hebben verkregen en of dat krediet haar in die zin ten goede is gekomen'. Annotator Bartman, die in zijn noot onder het arrest aan bovenstaande overweging betekenis toekent voor het leerstuk van doeloverschrijding, lijkt blijkens het vonnis van de Rechtbank Amsterdam gelijk te krijgen. Uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam is af te leiden dat in geval van concernfinanciering de partij die zich beroept op doeloverschrijding dient te bewijzen dat zij op geen enkele manier, direct of indirect, voordeel heeft genoten van de financieringsconstructie.

C.J. Jager

5. L. Timmerman, *TVVS* 1997, p. 16-17, in gelijke zin Gerard van Solinge, 'Doeloverschrijding en zekerheidstelling in concernverband', in: *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en Recht, deel 24, p. 116.
6. Ik wijs er op dat tegen de hier aangehaalde overweging van Hof 's-Gravenhage geen cassatiemiddel was ingesteld.

Ontwikkelingen in het buitenland

De Gelatine-uitspraak: het verlossende antwoord op de Holzmüller-problematiek?

234

1. Inleiding

Meer dan twintig jaar geleden deed het Duitse Bundesgerichtshof (BGH) uitspraak in de *Holzmüller*-zaak.¹ In die uitspraak aanvaardde het BGH een (buitenwettelijk) goedkeuringsrecht van de Hauptversammlung (aandeelhoudersorgaan) bij belangrijke besluiten van de Vorstand (bestuursorgaan). De *Holzmüller*-uitspraak heeft de pen-

nen de afgelopen decennia volop in beweging gehouden. De reikwijdte van de uitspraak is vanaf het begin omstrede geweest. Niet duidelijk was wanneer de Vorstand goedkeuring moest vragen van de Hauptversammlung en wanneer hij dit achterwege kon laten. Voor de praktijk was deze rechtsonzekerheid lastig.

Op 26 april 2004 heeft het BGH zich opnieuw uitgelaten over het goedkeuringsrecht van de Hauptversammlung. Het BGH licht de reikwijdte van de veelbesproken *Holzmüller*-uitspraak nader toe in de zogenoemde *Gelatine*-uitspraak.² Het zal niet verbazen dat in de Duitse doctrine meteen is gereageerd op de opvolger van de *Holzmüller*-uitspraak. Een auteur schreef een beschouwing met de veelzeggende titel 'Gelatine: und die Holzmüller-Doktrin: Ende einer juristischen Irrfahrt?'.³ Een andere auteur heeft opgemerkt dat door de *Gelatine*-uitspraak met 'einen Federstrich Berge von Papier zur Makulatur' geworden zijn.⁴

De *Gelatine*-uitspraak verschaft inzicht in de wijze waarop het Duitse recht omgaat met het goedkeuringsrecht van het aandeelhoudersorgaan

1. BGHZ 83, 122. Zie voor overzichten van literatuur over de *Holzmüller*-uitspraak, U. Hüffer, *Aktiengesetz*, 1999, § 119 Rn. 17; M. Kort, *Großkommentar zum Aktiengesetz*, 2003, § 76 en P.O. Mühlert, *Großkommentar zum Aktiengesetz*, 1999, § 119. Zie ook mijn bijdrage, 'De *Holzmüller*-uitspraak en het goedkeuringsrecht van de AVA', in: *LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vito Timmerman*, IVO deel 44, Deventer: Kluwer 2003, p. 163 e.v.
2. BGH, *Urt. v. 26.4.2004 - II ZR 155/02*, *AG* 2004, p. 384 e.v.; *DB* 2004, p. 1200 e.v.; *NJW* 2004, p. 1860 e.v.; *Der Konzern* 2004, p. 427 e.v.; *ZfP* 2004, p. 993 e.v. (*Anm. H. Altmeyden*). De uitspraak is ook te vinden op <http://www.rws-verlag.de/bgh-free/volltext6/vo101349.htm>. Zie voor de uitspraak in eerdere instantie OLG Karlsruhe, *Urt. v. 12.3.2002 - 8 U 295/00*, *AG* 2003, p. 388 e.v. en *DB* 2002, p. 1094 e.v. Zie ook de gelijktijdig gewezen uitspraak met identieke inhoud BGH, *Urt. v. 26.4.2004 - II ZR 154/02*. Zie hiervoor *Der Konzern* 2004, p. 421 e.v.
3. Zie L. Fuhrmann, 'Gelatine: und die Holzmüller-Doktrin: Ende einer juristischen Irrfahrt?', *AG* 2004, p. 339. Zie voor andere bijdragen S. Barta, 'Die "Gelatine"-Entscheidung des BGH: Auswirkungen auf Beratungspraxis bei AG und GmbH, GmbHR, R 289; C. Just, *EWiR* § 119, *AktG*, 2004, p. 573 e.v.; H.G. Koppensteiner, "'Holzmüller" auf dem Prüfstand des BGH', *Der Konzern* 2004, p. 381 e.v.; C.H. Seibt, 'Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit - Gelatine', *NJW-Spezial* 2004, p. 76; F.-J. Semler, 'Bundesgerichtshof stärkt die Rolle der Vorstände: Nach 22 Jahren mehr Klarheit über die "Holzmüller-Doktrin"', *FAZ* 5. Mai 2004, p. 27.
4. S. Barta, a.w., *GmbHR*, R 289.