

Doeloverschrijding en concernfinanciering

mr. C.J. Jager*

1 Inleiding

Wat is de impact van het leerstuk van de doeloverschrijding bij rechtspersonen (art. 2:7 BW) in de huidige rechtspraak? Door de weinig consistente en onduidelijke jurisprudentie en de zware bewijslast die aan artikel 2:7 BW verbonden zijn, is het lastig voor een rechtspersoon (of curator) om een rechtshandeling te vernietigen met een beroep op doeloverschrijding. Toch blijft voor de financieringspraktijk de mogelijkheid dat een rechtshandeling als doeloverschrijdend kan worden aangemerkt een moeilijk in te schatten risico. In het bijzonder bij concernfinanciering speelt een potentieel beroep op doeloverschrijding een rol. De vermogensrechtelijke gevolgen van een geslaagd beroep op doeloverschrijding zijn groot. Een verstrekt pandrecht of een afgegeven borgstelling is niets waard indien deze rechtshandelingen met een beroep op doeloverschrijding worden vernietigd. Redenen genoeg zo lijkt het, om te twifelen aan de houdbaarheid en wenselijkheid van artikel 2:7 BW. In het hiernavolgende zal worden aangetoond dat deze punten van kritiek niet opwegen tegen het belang van een rechtspersoon om rechtshandelingen die buiten haar doel vallen te vernietigen. In dit kader bespreek ik in samenhang met recente jurisprudentie de problematiek van doeloverschrijding bij concernfinanciering.

2 Doel en vennootschappelijk belang

2.1 Doel

Ingevolge artikel 2:7 BW is een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten. Slechts de rechtspersoon kan tot vernietiging overgaan. Artikel 2:7 BW (art. 2:6 BW oud) heeft voor nogal wat discussie in de literatuur gezorgd. Zo konden schrijvers het maar niet eens worden wat precies onder 'doel' van artikel 2:7 BW moest worden verstaan. In de visie van Maeijer heeft de term 'doel' in artikel 2:7 BW

* Advocaat bij Baker & McKenzie te Amsterdam.

geen andere betekenis dan het statutaire doel en kan er geen uiteenlopend oordeel worden gegeven over de gebezigde woorden of lettertekens.¹ Andere schrijvers verstonden onder 'doel' het 'eigenlijke' doel. Met het eigenlijke doel wordt bedoeld hetgeen het belang van de vennootschap eist. In deze visie is een rechtshandeling die in strijd is met het vennootschappelijk belang daardoor direct doeloverschrijdend in de zin van artikel 2:7 BW. Uit het arrest Nederlands Grondbezit² van het Hof Amsterdam uit 1986 blijkt echter dat met 'doel' van artikel 2:7 BW het statutaire doel wordt bedoeld. Ook de wetsgeschiedenis leert dat het om het statutaire doel gaat.³

2.2 Invloed vennootschappelijk belang

Hiermee waren de problemen rondom artikel 2:7 BW niet de wereld uit. In de literatuur en jurisprudentie bleef de werking van het vennootschappelijk belang bij de toepassing van artikel 2:7 BW de gemoederen bezig houden. In het Nieuw Eykenduinen-arrest⁴ van het Hof Den Haag uit 1968 is geoordeeld dat rechtshandelingen die niet in de statutaire doelomschrijving staan omschreven, wegens strijd met het vennootschappelijk belang als doeloverschrijdend kunnen worden aangemerkt. Helaas heeft de Hoge Raad zich nimmer uitgesproken over de situatie waarin een rechtspersoon de betreffende rechtshandeling met zoveel woorden in de doelomschrijving had opgenomen. Hierin schuilt dan ook voor een deel de rechtsonzekerheid omtrent artikel 2:7 BW; kan een rechtshandeling die expliciet in de doelomschrijving is opgenomen wegens strijd met het vennootschappelijk belang worden vernietigd met een beroep op 2:7 BW?

Het begrip 'vennootschappelijk belang' is door de Hoge Raad geïntroduceerd in het Doetinchemse IJzergieterij-arrest uit 1949.⁵ In de doctrine worden diverse definities voor dit begrip gehanteerd. Maeijer verstaat onder het vennootschappelijk belang het 'te onderscheiden eigen belang van de vennootschap, zij het niet in absolute zin, bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan, dat wil zeggen bij haar continuïteit.'⁶ Van der Grinten duidt het vennootschappelijk belang aan als 'de resultante van afweging

1 Asser/Van der Grinten/Maeijer 2-II, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer 1997, nr. 76, J.M.M. Maeijer, Replik jegens Prof. mr. M.M. Mendel, in: Maeijers Belangstellingen, Van der Heijden Monografieën deel 57, Deventer 1997, p. 119 en Asser/Maeijer 2-III, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap, bewerkt door J.M.M. Maeijer, Deventer 2000, nr. 617.

2 Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987, 801.

3 Parl. Gesch. NBW, Boek 2, p. 127 e.v.

4 Hof Den Haag 27 juni 1968, NJ 1978, 43.

5 HR 1 april 1949, NJ 1949, 465.

6 J.M.M. Maeijer, Boekbeschuwing M.M. Mendel, Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd, in: RM Themis 1990-9, p. 465.

van belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken.⁷ Mendel geeft op de volgende definitie: 'Het belang van de vennootschap inclusief de met haar verbonden onderneming – dat in meer of mindere mate, maar nooit volledig is geabstraheerd van de belangen van de aandeelhouders, werknemers en andere onmiddellijk betrokkenen – is haar belang bij zo voorspoedig mogelijke continuïteit.'⁸

2.3 Rechtshandeling in doelomschrijving

Verschil van mening bestaat of er een beroep kan worden gedaan op doeloverschrijding indien de betreffende rechtshandeling expliciet in het statutaire doel staat omschreven. Volgens Maeijer kan een rechtspersoon, indien een rechtshandeling in de statutaire doelomschrijving is opgenomen, geen beroep doen op doeloverschrijding.⁹ Maeijer betoogt dat alleen onder omstandigheden corrigerende werking van het vennootschappelijk belang kan worden aangenomen.¹⁰ Maeijer accepteert echter geen interpretatie van het statutaire doel indien de rechtshandeling met zoveel woorden in de statutaire doelomschrijving is opgenomen. Het betreft hier een door de redelijkheid en billijkheid ingegeven correctie van een op zich duidelijke regel. Dit in mijns inziens een onjuiste opvatting. Veel meer voel ik voor de leer van Mendel. Evenals Maeijer verstaat Mendel onder het doel in artikel 2:7 BW het statutaire doel. Mendel komt tevens tot de conclusie dat een op naam van een vennootschap verrichte rechtshandeling die, gezien de omstandigheden van het geval, in redelijkheid niet geacht kan worden te zijn gericht op het belang van die vennootschap, buiten haar statutaire doel valt: hoe ruim die doelomschrijving ook is en hoe duidelijk die rechtshandeling daarin ook staat omschreven.¹¹ Mendel wijst een exclusief grammaticale interpretatie van de hand. Hoewel Mendel er niet van uitgaat dat met 'doel' in artikel 2:7 BW het 'eigenlijke' doel wordt bedoeld, is het zijns inziens mogelijk dat de duidelijke bewoordingen van het statutaire doel met behulp van het vennootschappelijk belang worden 'weggeïnterpreteerd'. Volgens Maeijer is deze benadering echter in strijd met de wetsgeschiedenis.¹² Zijns inziens wordt door de interpretatie het vennootschappelijk belang onder-

7 Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap*, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1992, nr. 231, Evenzo: Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV*, Deventer 2001, p. 142.

8 M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang mede in concernverband beschouwd*, Deventer 1989, p. 14-15.

9 Evenzo: Bartman/Dorresteyn, *Van het concern*, 2003, p. 178.

10 Maeijer 1997, p. 119, Asser-Maeijer 2-II, 1997, nr. 76, Maeijer 2000, nr. 617.

11 M.M. Mendel, *Statutaire doel en vennootschappelijk belang*, in: Maeijers belangstellingen, Van der Heijden Monografieën deel 57, Deventer 1997, 46-47.

12 J.M.M. Maeijer, *Boekbespreking M.M. Mendel, Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd*, in *RM Themis* 1990-9, p. 466-467, Evenzo: Bartman/Dorresteyn 2003, p. 178.

deel van het statutaire doel en kan men dan niet meer van een statutair doel spreken. Met Mendel acht ik deze conclusie verkeerd. Door het interpreteren maakt het vennootschappelijk belang niet automatisch deel uit van het 'doel' van artikel 2:7 BW. Dat blijkt uit de wetsgeschiedenis met 'doel' in artikel 2:7 BW het statutaire doel wordt bedoeld, impliceert niet een exclusief grammaticale interpretatie.

Mendel baseert zijn standpunt op ondermeer het Playland-arrest uit 1996.¹³ Hier werd door de directie van een vennootschap aan een advocaat een opdracht verleend om een aandelentransactie te begeleiden. De aandelen die verkocht dienden te worden, waren aandelen in het geplaatste kapitaal. De opdracht werd niet alleen voor de aandeelhouders gegeven maar ook ten behoeve en voor rekening van de vennootschap zelf. De rechtshandeling was niet expliciet in de statutaire doelomschrijving opgenomen. Over de vraag of betreffende bovengenoemde transactie tot doeloverschrijding leidt, oordeelt de Hoge Raad als volgt:

'Het hof heeft tot uitgangspunt genomen (rov. 4) dat bij de beantwoording van de vraag of het doel is overschreden, niet alleen beslissend is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, doch dat alle omstandigheden daarbij in aanmerking moeten worden genomen. Dit uitgangspunt is juist (vgl. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 98 [De Wereld-arrest, CJJ]. Evenzeer terecht heeft het hof daaraan toegevoegd dat met name in aanmerking moet worden genomen of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling.'

De Hoge Raad geeft in het Playland-arrest een welkome aanvulling op de regel van het door de Hoge Raad genoemde De Wereld-arrest dat bij een beroep op doeloverschrijding behalve de statutaire doelomschrijving alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen. Volgens de Hoge Raad is met name van belang of het vennootschappelijk belang is gediend. De Hoge Raad oordeelt hier of een niet in het statutaire doel opgenomen rechtshandeling doeloverschrijdend is. Desalniettemin zet de Hoge Raad mijns inziens hier de deur open voor een geslaagd beroep op doeloverschrijding indien de gewraakte rechtshandeling wél in het statutaire doel is opgenomen, maar in redelijkheid niet in het belang van de vennootschap kan zijn verricht. Groenewald destilleert deze mogelijkheid niet uit het Playland-arrest.¹⁴ Bovendien acht hij het vennootschappelijk belang een weinig stabiel oriëntatiepunt voor het beoordelen van rechtshandelingen.¹⁵

¹³ HR 20 september 1996, NJ 1997, 149, JOR 1996/119.

¹⁴ Groenewald 2001, p. 159-160.

¹⁵ Idem, p. 146.

Groenwald wijst er op dat een theoretische grondslag voor het begrip 'vennootschappelijk belang' niet in de wet is terug te vinden, verschillende definities voor het begrip worden gehanteerd en bovendien het belang van de vennootschap geregeld verandert.

Bartman en Dorresteyn ageren tegen de mogelijkheid dat een beroep op doeloverschrijding mogelijk is indien de desbetreffende rechtshandeling in het statutaire doel staat omschreven. In hun ogen leert de wetsgeschiedenis – zeker die van vóór de aanpassing van de eerste EG-richtlijn – dat naast bescherming van het belang van de vennootschap respectievelijk van de aandeelhouders met deze bepaling ook werd beoogd bescherming van de wederpartij.¹⁶ In artikel 2:7 BW wordt de eis gesteld dat de wederpartij wist of moest weten dat de betreffende handeling doeloverschrijdend was. Derden te goeder trouw worden zo beschermd tegen een beroep op doeloverschrijding. Ik zie niet in waarom een derde die wist of moest weten dat het doel werd overschreden, beschermd moet worden. Mijns inziens wijst niets in de wetsgeschiedenis erop dat in die situatie geen beroep op doeloverschrijding mogelijk is enkel en alleen omdat de gewraakte rechtshandeling in het statutaire doel is opgenomen. Het zou mijns inziens ook onwenselijk zijn dat derden die niet te goeder trouw zijn zo vernietiging op grond van doeloverschrijding kunnen blokkeren.

2.4 Rechtshandeling niet in doelomschrijving

Bij het beantwoorden van de vraag wanneer rechtshandelingen die niet met zoveel woorden in de doelomschrijving zijn opgenomen doeloverschrijdend in de zin van artikel 2:7 BW zijn, wordt in de literatuur het begrip 'secundaire handelingen' gehanteerd.

Secundaire handelingen worden door Maeijer gedefinieerd als handelingen die niet rechtstreeks onder de concrete doelomschrijving zijn te brengen, doch naar redelijkheid uit het statutaire doel voortvloeien en daarmee samenhangen, ook al zijn zij niet uitdrukkelijk in de doelomschrijving vermeld.¹⁷ Timmerman betoogt dat primaire handelingen kernactiviteiten van de rechtspersoon betreffen en secundaire handelingen met die primaire handelingen samenhangen.¹⁸ Groenewald merkt op dat Timmerman en Maeijer verschillende betekenissen toekennen aan het begrip 'secundaire handeling'.¹⁹ Volgens Maeijer zou een secundaire handeling niet expliciet in

16 Bartman/Dorresteyn 2003, p. 178.

17 Maeijer 1987, p. 74, Asser/Maeijer 2000, nr. 617.

18 C.W. de Monchy & L. Timmerman, De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW, Zwolle 1991, p. 46.

19 Groenewald, p. 150-151.

de statutaire doelomschrijving kunnen staan. Het is dan een primaire handeling. In de visie van Timmerman vallen onder secundaire handelingen ook die handelingen die expliciet in de statutaire doelomschrijving staan beschreven.

3 Doeloverschrijding bij concernfinanciering

3.1 Inleiding

Bij concernfinanciering is het gebruikelijk dat groepsmaatschappijen zekerheden verstrekken ten behoeve van andere groepsmaatschappijen. De bank of financiële instelling die een krediet aan een concern verstrekt, zal deze eis stellen uit hoofde van verhaalsmogelijkheden bij niet nakoming. De groepsmaatschappij die zekerheden verschaft ten behoeve van andere groepsmaatschappijen, kan deze rechtshandelingen in de statutaire doelomschrijving opnemen.

3.2 Secundaire handelingen

Wanneer een dergelijke zekerheids- of aansprakelijkstelling niet in het statutaire doel is opgenomen, verdient het volgens Maeijer de voorkeur om bij een beroep op doeloverschrijding te kijken of de aansprakelijkheids- of zekerheidsstelling voor groepsmaatschappijen als secundaire handeling onder de doelomschrijving te brengen valt. Maeijer bekritiseert dan ook de weg die de Hoge Raad bewandelt bij het De Wereld-arrest en het Playland-arrest.²⁰ De Hoge Raad geeft, zoals gezegd, in deze arresten aan dat gekeken moet worden naar 'alle omstandigheden' respectievelijk 'met name het belang van de vennootschap' bij het beantwoorden van de vraag wanneer een bepaalde rechtshandeling onder het statutaire doel valt. Maeijer meent dat indien een concern centraal kasbeheer voert en er financiële kruisverbanden aanwezig zijn, aansprakelijkheids- en zekerheidsstellingen mede ten behoeve van andere groepsmaatschappijen altijd onder het statutaire doel vallen. Tot dezelfde conclusie komt Maeijer indien er sprake is van economische eenheid en organisatorische verbondenheid. Dit zijn de elementen die een groep in de zin van artikel 2:24b BW bewerkstelligen. Maeijer stelt wel de eis dat de aansprakelijkheids- en/of zekerheidsstelling geschiedt op basis van wederkerigheid.²¹ Hij verwijst hierbij naar het Amstelland-vonnis.²² Daar hield de moedermaatschappij alle aandelen in het geplaatste kapitaal van haar twee dochters. De moeder eiste dat de beide dochtermaatschappijen zich hoofdelijk aansprakelijk zouden stellen voor een concernkrediet. De

²⁰ Maeijer 1997, p. 118-119, Maeijer in zijn noot onder het De Wereld-arrest.

²¹ Asser/Maeijer 2000, nr. 617.

²² President Rechtbank Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37.

dochteren weigerden dit. De president stelde vast dat hoewel de dochters een vrij grote mate van zelfstandigheid bezaten ten aanzien van hun financiële beleid, tevens sprake was van een vrij nauwe onderlinge verbondenheid tussen diverse dochters binnen het concern. De financiële verwevenheid tussen de groepsmaatschappijen was ook groot. Wanneer op basis van wederkerigheid de groepsmaatschappijen hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling voor een concernschuld aanvaarden, dienen de dochtermaatschappijen de aanwijzingen van de moeder op te volgen. Dit is slechts anders wanneer de continuïteit van dochters voorzienbaar in gevaar komt.

De door Maeijer aangehaalde omstandigheden van centraal kasbeheer, financiële kruisverbanden en wederkerigheid kunnen een rol spelen bij het onder het statutaire doel brengen van aansprakelijkheids- of zekerheidsstellingen. Dat onder die omstandigheden een aansprakelijkheids- of zekerheidsstelling per definitie onder het statutaire doel valt, gaat mij te ver. Immers, er zijn andere omstandigheden denkbaar – zoals gevaar van discontinuïteit van de vennootschap – die ondanks de aanwezigheid van de door Maeijer genoemde omstandigheden, een beroep op doeloverschrijding rechtvaardigen.²³ Met Mendel prefereer ik de methode die het hof in het hieronder genoemde Astro-arrest hanteert.

In het Astro-arrest stelde de moeder zich hoofdelijk aansprakelijk voor een schuld van een dochtermaatschappij.²⁴ In de statutaire doelomschrijving was de bevoegdheid tot het geven van een hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling niet expliciet opgenomen. Wel was in de statuten bepaald dat onder de werkzaamheden onder meer vielen: 'het deelnemen in andere ondernemingen en vennootschappen'. Hof en Hoge Raad verwierpen het beroep op doeloverschrijding. De Hoge Raad overwoog dat bij het beoordelen van de vraag wanneer een handeling doeloverschrijdend is, alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen, waaronder concernverhoudingen. Het hof had eerder geoordeeld dat wanneer een rechtshandeling niet expliciet door de statutaire doelomschrijving wordt verboden, alleen sprake kan zijn van doeloverschrijding indien de handeling niet dienstbaar is aan het doel dan wel tegen het belang van de vennootschap in gaat. Deze stelling wordt in cassatie niet weersproken. Met Mendel juich ik de methode van het hof, waar wordt gekeken naar de dienstbaarheid én belanggerichtheid van de betreffende rechtshandeling, toe.²⁵

²³ Maeijer wijst op de mogelijkheid dat ondanks wederkerigheid de belangen van één van de groepsmaatschappijen eenzijdig en volledig kunnen worden opgeofferd aan het belang van het concern; volgens Maeijer is in dat geval een beroep op doeloverschrijding mogelijk (Asser/Maeijer 2000, nr. 617).

²⁴ HR 7 februari 1992, NJ 1992, 438.

²⁵ Mendel 1997, p. 45.

Timmerman hanteert het onderscheid tussen primaire en secundaire handelingen bij een beroep op doeloverschrijding.²⁶ Een aansprakelijkheidsstelling door een dochtervennootschap ten behoeve van een lening die de bank aan de moeder heeft verstrekt is volgens Timmerman te kwalificeren als secundaire handeling als deze met zoveel woorden in de statutaire doelomschrijving van de dochter is opgenomen. Timmerman koppelt de eventuele aantasting van een dergelijke aansprakelijkheidsstelling op grond van doeloverschrijding aan de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:2 lid 2 BW. Zijns inziens kan de dochter een succesvol beroep op doeloverschrijding doen indien het voorzienbaar is dat door de aansprakelijkstelling de continuïteit van de werkzaamheden die onder het primaire deel van het statutaire deel van de doelomschrijving vallen niet meer is verzekerd. De handeling is in deze situatie doeloverschrijdend omdat de redelijkheid en billijkheid eisen dat in de relatie tussen de dochtervennootschap en de derde (een bank) het secundaire deel – de aansprakelijkstelling – van de doelomschrijving buiten toepassing blijft. Een dochtermaatschappij kan eerder een beroep doen op de corrigerende werking van artikel 6:2 lid 2 BW indien de handeling als een secundaire handeling is aan te merken dan wanneer het een primaire handeling betreft. Mijns inziens kan een rechtshandeling die voorzienbaar de continuïteit van de kernwerkzaamheden in gevaar brengt, niet in het belang van de vennootschap zijn verricht. Daar, zoals ik eerder betoogde, het vennootschappelijk belang aan de duidelijke tekst van de statutaire doelomschrijving kan derogeren, is een beroep op doeloverschrijding mogelijk. Het is dan ook niet nodig om uit te wijken naar de door Timmerman genoemde redelijkheid en billijkheid

3.3 Vennootschappelijk belang en concernfinanciering

Een rechtshandeling levert doeloverschrijding op wanneer deze in redelijkheid niet in het belang van de vennootschap kan zijn verricht. Om te toetsen of het belang van een groepsmaatschappij bij concernfinanciering in redelijkheid niet is gediend, zijn enkele indicatoren aan te wijzen. Zo spelen de hoogte van het bedrag waarvoor een groepsmaatschappij zekerheid wordt verstrekt, het eigen gebruik van het concernkrediet en de voorzienbaarheid van financiële problemen een belangrijke rol.

Winter werkt de visie van Van Schilfgaarde uit waarin een beroep op doeloverschrijding mogelijk is wanneer het vennootschappelijk belang disproportioneel wordt verwaarloosd.²⁷ Allereerst stelt Winter dat een dochter-

²⁶ De Monchy/Timmerman 1991, p. 46-47.

²⁷ J.W. Winter, Concernfinanciering, Deventer 1992, p. 131 e.v.

maatschappij met een beperkt eigen vermogen zich niet hoofdelijk aansprakelijk mag stellen voor een concernschuld indien deze aansprakelijkheidsstelling haar draagkracht te boven gaat. Vervolgens wordt het vennootschappelijk belang disproportioneel verwaarloosd als het voorzienbaar is dat de continuïteit van de vennootschap door de aansprakelijkheidsstelling in gevaar zou komen. Ik ben het met Winter eens dat men kan spreken van disproportionele verwaarlozing van het vennootschappelijk belang wanneer de continuïteit voorzienbaar in gevaar komt. Het gaat mij echter te ver om een aansprakelijkheidsstelling die de draagkracht van een vennootschap te boven gaat per definitie als een disproportionele verwaarlozing van het vennootschappelijk belang te kwalificeren. Andere omstandigheden kunnen een disproportionele hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling rechtvaardigen. Ik denk hierbij aan de disproportionele aansprakelijkheidsstelling, verleend door een dochtermaatschappij in het kader van een herfinanciering om het concern van de ondergang te redden. Omdat een dochter ondanks de disproportionaliteit van de aansprakelijkheidsstelling daarmee de kans om in een deconfiture te worden meegezogen verkleint, is deze handeling niet als doeloverschrijdend aan te merken. De economische verwevenheid van groepsmaatschappijen is hierbij van groot belang.

Het belang van economische verwevenheid bij aansprakelijkheids- of zekerheidsstelling in het kader van concernfinanciering blijkt onder meer uit een vonnis van de Rechtbank Breda uit 1997.²⁸ Hier was sprake van een concern met een verkoop- en een productiepoot. Aan het hoofd van beide groepsdelen stond een aparte holding. Er bestond een volledige personele unie tussen de besturen van de administratiekantoren van de beide holdings. De curator van de failliete verkoopholding vordert vernietiging van door de holding verstrekte zekerheden. Deze waren verstrekt voor kredieten welke formeel door de holding zijn ontvangen, maar aan de productiepoot ten goede zijn gekomen. De curator betoogt in zijn verweer dat de zekerheidsstellingen voor niet-dochters in strijd met het statutaire doel, althans met haar vennootschappelijk belang zijn. De rechtbank oordeelt echter dat hiervan geen sprake is aangezien door de economische verwevenheid de verkooppoot groot belang had bij het voortbestaan van de productiepoot; het vennootschappelijk belang van de verkoopholding wordt hier gediend.

²⁸ Rechtbank Breda 24 juni 1997, JOR 1997/112 (Van Gils).

4 Kenbaarheid

4.1 Kenbaarheid en het statutaire doel

In artikel 2:6 Oud BW was bepaald dat 'Openbaarmaking van de statuten of reglementen alleen is niet voldoende bewijs dat de wederpartij van de doeloverschrijding niet onkundig kon zijn'. Deze bepaling is in het in 1992 ingevoerde artikel 2:7 BW weggelaten. Aangezien met de invoering van het artikel 2:7 BW de strekking van het artikel niet is veranderd, mag ervan worden uitgegaan dat deze bepaling nog steeds geldt.²⁹ Op de wederpartij rust niet een onderzoeksplicht zoals die uit artikel 3:11 BW voortvloeit bij de vraag wanneer iemand te goeder trouw is. Wanneer de wederpartij echter gegronde reden tot twijfel heeft of de rechtshandeling wel onder het statutaire doel valt, dient zij de statuten wel te raadplegen.³⁰ Uit het Liberty I-arrest blijkt dat redelijke twijfel omtrent de uitleg van het statutaire doel voor rekening van de rechtspersoon komt.³¹

Bij concernfinanciering vestigt een groepsmaatschappij zekerheidsrechten en/of stelt zich aansprakelijk voor de concernschuld. In dat geval is de wederpartij – vaak een bank – verplicht te onderzoeken of de rechtshandeling overeenkomt met het statutaire doel. Volgens Winter moet een bank weten dat een handeling doeloverschrijdend is indien zij:

'zonder eerst het Handelsregister te raadplegen, op grond van de haar bekende omstandigheden in ernstige mate moet twijfelen of de handeling wel dienstig kan zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap. Daarvan is sprake bij zekerheidsverschaffingen voor schulden van andere concernmaatschappijen. De wederpartij (de bank) is dan gehouden te onderzoeken of de handeling wel binnen het doel van de dochtervennootschap valt en dient, als zij nog niet bekend is met de doelomschrijving, het Handelsregister te raadplegen.'³²

In de jurisprudentie zijn aanknopingspunten te vinden voor het standpunt van Winter. In het Nesolas-arrest³³ oordeelde het hof dat de banken van de doeloverschrijding niet onkundig konden zijn omdat zij de statuten moesten kennen en de herfinanciering tot in onderdelen behandeld hadden. In het Nederlands Grondbezit-arrest³⁴ had een bank geen eigen onder-

²⁹ MvT Inv. Wet Boeken 3, 5, 6, p. 156-157.

³⁰ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987, 801.

³¹ HR 15 juni 1973, NJ 1973, 469.

³² Winter 1992, p. 168.

³³ Hof Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985, 219.

³⁴ Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987, 801.

zoek verricht of een verleende hypotheek voor een derde wel onder het doel van de vennootschap viel. Daarmee had de bank de kwade kans genomen dat het doel werd overschreden en kon derhalve niet als onkundig worden aangemerkt. Mededelingen van de directie van de vennootschap ontslaat de bank niet van haar onderzoeksplicht.

Volgens Van der Grinten mag wanneer een bank alleen aan de moeder een krediet verleent, de bank aannemen dat deze kredietverlening mede strekt ten behoeve van de dochters. De zekerheden die een dochter dan verstrekt, worden dienstig geacht tot verwezenlijking van het doel van deze vennootschap.³⁵ Van der Grinten wordt in zijn opvatting gesteund door Maeijer.³⁶ Stel dat een krediet op basis van geconsolideerde jaarstukken aan het concern als geheel wordt verleend. Volgens Maeijer mag de bank dan aannemen dat de dochters binnen hun statutaire doel handelen indien zij zich aansprakelijk stellen of zekerheden verschaffen. De stellingen van Maeijer en Van der Grinten zijn mijns inziens niet wenselijk. Maeijer en Van der Grinten stappen te gemakkelijk over de kenbaarheidseis van artikel 2:7 BW heen. Zij gaan ervan uit dat er een geconsolideerd krediet aan het concern is verleend. Dit betekent niet dat de kenbaarheidseis voor de bank als wederpartij bij bijvoorbeeld een zekerheidsstelling van een afzonderlijke groepsmaatschappij niet meer zou gelden. Ook al is er één kredietarrangement, de zekerheidsstellingen van de diverse groepsmaatschappijen blijven afzonderlijke rechtshandelingen. Het hieronder beschreven Rivier De Lek c.s. – Van Wetering-arrest doet daar mijns inziens niets aan af. Mendel merkt op dat een bank vrijwel van alles op de hoogte is binnen een vennootschap en/of concern.³⁷ Het zal volgens hem dan ook niet moeilijk zijn om aan te tonen dat de bank wist of zonder eigen onderzoek behoorde te weten dat het doel werd overschreden.

4.2 Kenbaarheid en het vennootschappelijk belang

Uitgaande van de derogerende werking van het vennootschappelijk belang aan het statutaire doel zal de kenbaarheidseis hier ook voor gelden. De wederpartij wist of moest zonder eigen onderzoek weten dat het vennootschappelijk belang redelijkerwijs niet met de rechtshandeling gediend kon zijn. Van den Ingh is de mening toegedaan dat van een derde niet kan worden verwacht de bundeling van deelbelangen van een vennootschap te

³⁵ Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de Naamloze en Besloten Vennootschap, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1984, p. 152.

³⁶ Maeijer 1987, p. 78.

³⁷ M.M. Mendel, 1989, p. 25.

beoordelen.³⁸ Dit is voor hem een reden sterk te twijfelen aan de mogelijkheid van de derogerende werking van het vennootschappelijke belang indien de bestreden rechtshandeling met zoveel woorden in het statutaire doel is opgenomen. Ik ben het met Van den Ingh oneens.

Ik zal dit uitleggen aan de hand van een voorbeeld. Stel dat een groot agrarisch bedrijf is ondergebracht in een concern. De holding houdt alle aandelen in diverse vennootschappen die zich bezig houden met het slachten van vee, verkopen van vlees en dergelijke. De grootaandeelhouder is de drijvende kracht achter de onderneming. Om zijn zoon wat om handen te geven, wordt een plaatselijke horecagelegenheid overgenomen. De onderneming wordt ondergebracht in een besloten vennootschap waarin alle aandelen worden gehouden door de holding. De zoon wordt tot bestuurder benoemd. Hij weet met weinig middelen een bloeiend bedrijf neer te zetten. Al snel opereert de vennootschap financieel en economisch onafhankelijk van de andere groepsmaatschappijen. Met de agrarische activiteiten gaat het een stuk slechter. Zo slecht zelfs dat alleen door een stevige kapitaalinjectie de onderneming voorlopig blijft voortbestaan. De huisbank verstrekt een krediet aan de holding en bedingt dat alle groepsmaatschappijen zich hoofdelijk aansprakelijk zullen stellen voor het krediet. De vennootschap waar het horecabedrijf is ingebracht stelt zich ook hoofdelijk aansprakelijk, hoewel zij geen gebruik zal maken van het krediet. Tevens wordt in het statutaire doel van deze vennootschap opgenomen: 'Het zich aansprakelijk stellen voor rechtspersonen waarin zij met een groep is verbonden, alsmede voor andere derden'. Volgens Van den Ingh zou een beroep op doeloverschrijding spaak lopen op het onvermogen van de bank om de deelbelangen van de vennootschap te waarderen. We zien dat de huisbank als wederpartij geheel op de hoogte is van de werkzaamheden, financiële huishouding en economische belangen en verwevenheid van het concern als geheel en de groepsmaatschappijen afzonderlijk. De bank dient dan te begrijpen dat handelingen die in redelijkheid niet in het belang van de vennootschap kunnen worden verricht, doeloverschrijding impliceren.³⁹ Het betreft hier een marginale toetsing, aan de bank wordt niet gevraagd om op de stoel van de ondernemer te zitten.

Interessant in het kader van de kenbaarheidseis bij doeloverschrijding is de tegenstrijdig belang problematiek van artikel 2:256 BW. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de onbevoegdheid van een bestuurder ex artikel 2:256 BW

38 F.J.P. van den Ingh in zijn noot onder de uitspraak van de Rb. Breda 24 juni 1997, JOR 1997/112 (Van Gils).

39 Zie ook P. Van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, Deventer 2001, p. 175, Van Schilfgaarde ziet de bank als een financieel expert die geacht moeten worden de implicaties van een disproportionele aansprakelijkstelling te begrijpen. Bij een beroep op doeloverschrijding kan een bank kan zich zijns inziens niet op het standpunt stellen dat zij van niets wist.

aan een derde kan worden tegengeworpen indien de tegenstrijdigheid van het belang van de vennootschap en dat van de betrokken bestuurder ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling bij de derde bekend was dan wel bekend had behoren te zijn.⁴⁰

De Hoge Raad diende recent te oordelen over de onderzoeksplicht van een derde naar mogelijk tegenstrijdig belang van de bestuurder van een contractuele wederpartij.⁴¹ De Hoge Raad overwoog het volgende:

'redelijkerwijs kan worden gevegd van de derde (in casu een bank), die een transactie aangaat met de vennootschap en ten tijde daarvan aanleiding heeft te veronderstellen dat sprake kan zijn van een zodanig tegenstrijdig belang, dat deze onderzoek verricht naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder van de vennootschap. Hoe dat onderzoek dient plaats te vinden en hoever het moet strekken, hangt af van de omstandigheden van het concrete geval, maar het zal in ieder geval erop gericht dienen te zijn dat redelijke twijfel ten aanzien van het bestaan van een tegenstrijdig belang, alsmede ten aanzien van de vraag of de voor dat geval eventueel aangewezen voorzieningen zijn getroffen, wordt weggenomen.'

Mijns inziens ondersteunt deze beslissing van de Hoge Raad mijn standpunt dat van bepaalde derden kan worden verlangd een afweging te maken tussen de betreffende rechtshandeling en het (vennootschappelijke) belang van hun (contractuele) wederpartij.

5 Recente jurisprudentie

Het Rivier De Lek-arrest⁴² betrof een geval waarin de curator van een vennootschap die een betaling had verricht aan de kredietverstrekker ingevolge een (concern)kredietovereenkomst, hoofdelijk verbonden voormalige groepsmaatschappijen uit hoofde van regres aansprak. Deze uitgevaren groepsmaatschappijen waren weliswaar in hun verhouding tot de kredietverstrekker ontslagen van hun verplichtingen onder het concernkrediet, maar aan mogelijke interne regresvorderingen in verband met de hoofdelijke aansprakelijkheid was bij het uittreden niet gedacht. Hoewel het hier niet om een direct beroep op doeloverschrijding maar om regresrechten ging, zou deze uitspraak van betekenis voor het leerstuk van de doelover-

⁴⁰ HR 11 september 1998, NJ 1999, 171.

⁴¹ HR 14 juli 2006, JOR 2006/179, m.nt. Leijten.

⁴² HR 18 april 2003, JOR 2003/160 m. nt. Bartman.

schrijding bij concernfinanciering kunnen zijn. Hieronder volgt de (interessante) overweging betreffende de vraag wanneer sprake is van een draagplicht van een groepsmaatschappij ingevolge een verstrekt concernkrediet:

'In rov. 4.4 heeft het hof met betrekking tot de draagplicht van Van de Wetering respectievelijk de o.g.-maatschappijen geoordeeld dat ervan uitgegaan dient te worden dat een krediet of financiering, verleend aan de houstermaatschappij van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om de binnen dat concern verrichte werkzaamheden te ondersteunen, in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern strekken, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden. Daarbij is de vraag of de daaruit voortvloeiende schuld aan de financier een vennootschap aangaat niet zozeer van belang of deze vennootschap daadwerkelijk het krediet voor de eigen activiteiten 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.'

Tegen de weergegeven overweging van het Hof was geen cassatiemiddel ingesteld. De overweging wordt derhalve niet door de Hoge Raad inhoudelijk besproken.

Uit de overweging valt volgens annotator Bartman af te leiden dat een groepsmaatschappij (of curator) nu moet bewijzen dat een zekerheids- of aansprakelijkheidsstelling in het kader van een concernschuld niet in het belang van de vennootschap is verricht en derhalve doeloverschrijdend is. Abendroth meent dat hetgeen hier door het Hof is beslist ziet op de interne aansprakelijkheid van concernvennootschappen.⁴³ Abendroth ziet geen principiële betekenis van de uitspraak voor het leerstuk van doeloverschrijding.

Uit de lagere rechtspraak lijkt op te maken dat zoals Bartman stelt het Rivier De Lek-arrest van invloed is op het leerstuk van doeloverschrijding bij concernfinanciering. De Rechtbank Amsterdam⁴⁴ boog zich over de vraag wanneer bij concernfinanciering bepaalde rechtshandelingen doeloverschrijdend zijn. De curator van Financieel Begeleidings Instituut Maes B.V. ('FBIM') zag zich geconfronteerd met de omstandigheid dat de failliet zich onder meer door een compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring jegens de bank

⁴³ R.J. Abendroth, De herfinanciering van noodlijdende ondernemingen, in: De financiering van de onderneming, serie vanwege het Van der Heijdeninstituut, Deel 88, p. 55.

⁴⁴ Rb. Amsterdam 10 december 2003, JOR 2004/116 (Keizers q.q.-SNS Bank N.V.)

had verbonden voor aan haar gelieerde vennootschappen (hierna: 'de Maes-vennootschappen'). Ingevolge de compensatieverklaring was de bank te allen tijde bevoegd om het tegoed dat een rekening ten gunste van één der genoemde rekeninghouders [de Maes-vennootschappen, CJJ] op enig tijdstip zal aanwijzen, geheel of gedeeltelijk over te boeken in het credit van een andere rekening van dezelfde rekeninghouders, zulks ter aanzuivering van hetgeen de bank van de rekeninghouders tezamen als hoofdelijk verbonden schuldenaren heeft te vorderen. Dit 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. In de met de bank overeengekomen hoofdelijkheidsverklaring verklaarden de Maes-vennootschappen – waaronder FBIM – dat zij deel uitmaken van één concern, in economisch opzicht een belangengemeenschap vormen en mitsdien belang hebben bij kredietverschaffing. De Maes-vennootschappen stelden zich tevens hoofdelijk aansprakelijk voor al hetgeen de bank op dat moment of later uit hoofde van de kredietverlening of uit welke hoofde dan van de Maes-vennootschappen te vorderen mocht hebben. Voor faillissementsdatum was door de bank een fors bedrag van de rekening van FBIM gehaald. Bij de beantwoording van de vraag of de compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring doeloverschrijdend waren, stelde de rechtbank 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 achtte in de eerste plaats van belang dat de Maes-vennootschappen hadden 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 overwoog 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 terzake 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. Onder deze omstandigheden kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden

gezegd dat FBIM met de compensatieverklaring en de hoofdelijkheidsverklaring haar doel heeft overschreden.'

De rechtbank zet mijns inziens bij haar eerste overweging een stap terug in de tijd. De rechtbank hanteert het criterium van het – verouderde – De Wereld-arrest in plaats van het criterium uit het Playland-arrest dat bij een beroep op doeloverschrijding behalve de statutaire doelomschrijving het met name van belang is of het vennootschappelijk belang is gediend. Wederkerigheid en de mogelijkheid om van het krediet gebruik te maken blijken voor de rechtbank doorslaggevende punten te zijn. Gezien mijn eerdere betoog had ik liever gezien dat de rechtbank daadwerkelijk het belang van FBIM had afgezet tegen de compensatie- en hoofdelijkheidsverklaring. Hierbij behoren mijns inziens verklaringen van de Maes-vennootschappen, gezien de bijzondere positie van de bank bij de kenbaarheidseis, niet doorslaggevend te zijn.

Zoals ik hierboven reeds stelde, volgt de rechtbank hier de door het Hof Den Haag ingeslagen weg in het Rivier De-Lek-arrest door te verklaren dat FBIM de krediet failliet had kunnen benutten en de overige concernvennootschappen in dat geval hoofdelijk verbonden zouden zijn geweest.

Vorst is in recente jurisprudentie de vraag aan de orde gekomen of de verkoop van (delen van) een onderneming doeloverschrijdend kan zijn. De Voorzieningenrechters van de Rechtbank Arnhem⁴⁵ en Rechtbank Dordrecht⁴⁶ dienden te oordelen over de door curatoren ingeroepen vernietiging ex artikel 2:7 BW van overeenkomsten waarmee de (delen van) onderneming voorafgaand aan het faillissement werden verkocht. Hoewel mijns inziens er een interessante discussie kan ontstaan over de vraag in hoeverre de verkoop van een onderneming tegen het vennootschappelijk belang kan indruisen en derhalve als doeloverschrijding nietigheid kan opleveren, wordt in beide vonnissen geheel niet gerept over het vennootschappelijk belang. Zowel de Voorzieningenrechter van Rechtbank Arnhem als de Rechtbank Dordrecht wijzen deze vorderingen eenvoudig van de hand. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem overweegt enkel dat niet valt in te zien dat de vervreemding van de onderneming een rechtshandeling is waardoor de betreffende vennootschap haar doel heeft overschreden. De Rechtbank Dordrecht oordeelt:

45 Rb. Arnhem 26 februari 2003, JOR 2003/153.

46 Rb. Dordrecht 17 november 2004, LJN: AR6141.

'Dat de doelomschrijving ruim is en een groot aantal activiteiten omvat betekent niet dat de vennootschap noodzakelijk al die activiteiten zou moeten ontplooiën en dat zij niet een van die activiteiten zou mogen afstoten.'

Dit lijkt mij een terechte conclusie, maar wat nu als verkoop van die activiteiten strijdig met het vennootschappelijk belang zou zijn? Zou dit doeloverschrijding kunnen opleveren? Bovenstaande in acht nemende lijkt mij dat deze mogelijkheid niet uitgesloten is.

6 Conclusie

Wanneer een aansprakelijkheids- of zekerheidsstelling met zoveel woorden in het statutaire doel is opgenomen, is een geslaagd beroep op doeloverschrijding naar mijn mening niet uitgesloten. Rechtshandelingen die niet in de doelomschrijving zijn opgenomen, kunnen niet onder het statutaire doel worden gebracht wanneer zij niet dienstbaar zijn aan het doel. Zijn zij wel dienstbaar aan het doel, maar gaan zij tegen het vennootschappelijk belang in, is een beroep op doeloverschrijding naar mijn mening mogelijk. Het vennootschappelijk belang speelt een overheersende rol. Deze rol wordt niet minder bij handelingen die wel in de doelomschrijving zijn opgenomen.

In de financieringspraktijk kan twijfel ontstaan of bij concernfinanciering een bepaalde rechtshandeling doeloverschrijdend is. Indien de wederpartij wist of zonder onderzoek behoorde te weten dat de aansprakelijkheids- of zekerheidsstelling in redelijkheid niet in het belang van de vennootschap kon zijn, is aan de kenbaarheidseis voldaan. Vanwege de sluimerende mogelijkheid van een later beroep op doeloverschrijding door een aparte rechtspersoon blijven de betrokken partijen bij een concernfinanciering scherp. Niet ten onrechte, nu het concern nog steeds geen aparte juridische entiteit is en belangen van de diverse vennootschappen kunnen verschillen.