

# Concernfinanciering en doeloverschrijding

## Inleiding

In de arresten *Playland*<sup>1</sup> en *De Wereld*<sup>2</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat voor beantwoording van de vraag of het doel van de vennootschap in de zin van artikel 2:7 BW is overschreden, niet alleen beslissend is de wijze waarop het doel in de statuten van de vennootschap is omschreven, maar dat daarbij alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen. Met name moet in aanmerking worden genomen of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling.

In het kader van het verstrekken van zekerheid bij concernfinanciering is in het V&O-nummer van mei 2002 door M. Keijzer aan de hand van rechtspraak en literatuur een aantal elementen (concernverband, wederkerigheid, continuïteit en proportionaliteit) besproken die invulling geven aan het door de Hoge Raad in dit verband van belang geachte begrip vennootschapsbelang.

Onderhavig artikel beoogt, gebaseerd op de rechtspraak en literatuur verschenen na mei 2002, nader in te gaan op voornoemd onderwerp. De door Keijzer in zijn artikel besproken jurisprudentie zal in dit kader niet nader worden toegelicht.

Het door een dochtervennootschap aan één of meer banken verstrekken van garanties of het stellen van zekerheid geschiedt veelal in de context van een concernfinanciering. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat één of meer banken een (vaak substantieel) bedrag lenen aan een moedervennootschap en dat, op verzoek van de bank(en), haar dochters, tot meerdere zekerheid van haar verplichtingen in het kader van deze financiering, persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden, zoals garanties en pandrechten, aan de bank(en) verstrekken. De zekerheid verstreckende dochtervennootschap zal veelal direct, doordat de moedervennootschap aan haar doorleent, ofwel indirect, doordat zij bijvoorbeeld meer opdrachten krijgt van andere door het verstrekte krediet 'op- en/of herlevende' concernvennootschappen, profiteren van het aan de moedervennootschap verstrekte krediet.

Hierna zal ik ingaan op (1) de inhoud en strekking van artikel 2:7 BW, vervolgens zal ik voor de uitleg van artikel 2:7 BW (2) de intrinsieke leer en (3) de nominale leer toelichten om daarna (4) HR 18 april 2003, JOR 2003, 160 te bespreken en ten slotte (5) een aantal conclusies te formuleren.

## Inhoud en strekking van artikel 2:7 BW

Artikel 2:7 BW luidt: 'Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten; slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen.'

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat onder 'doel' in artikel 2:7 BW moet worden verstaan het statutaire doel van een rechtspersoon en voorts dat het artikel zowel interne als externe werking heeft.

De interne werking houdt in dat de doelomschrijving van de rechtspersoon zijn bestuurders grenzen stelt aan de door hen uit te oefenen bevoegdheden. Overschrijden de bestuurders die grenzen, dan komen de bestuurders de hun gegeven verantwoordelijkheden jegens de rechtspersoon niet na, hetgeen op grond van artikel 2:9 BW kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders jegens de rechtspersoon. De externe werking richt zich op de wederpartij van de rechtspersoon en geeft deze wederpartij bescherming ingeval zij geconfronteerd wordt met een doeloverschrijdende rechtshandeling en zij niet wist of uit eigen onderzoek kon weten dat een bepaalde handeling van de rechtspersoon doeloverschrijdend was.

Een beroep op vernietigbaarheid van een rechtshandeling op grond van artikel 2:7 BW kan alleen worden ingesteld door de rechtspersoon zelf of door de faillissementscurator.<sup>3</sup>

Hoe dient artikel 2:7 BW te worden uitgelegd? Over het antwoord op deze vraag wordt in de literatuur verschillend gedacht. In zijn algemeenheid kunnen twee stromingen worden onderscheiden: de intrinsieke leer en de nominale leer.

### Intrinsieke leer

De 'intrinsieke' leer is voornamelijk verwoord door Van Schilfgaarde.<sup>4</sup>

Deze leer legt het accent op het vennootschapsbelang, het 'eigenlijke' doel van de vennootschap en sluit derhalve aan bij het door de Hoge Raad in zijn arresten *Playland* en *De Wereld* geformuleerde standpunt omtrent de rol van het begrip vennootschapsbelang in het kader van doeloverschrijding. Het vennootschapsbelang is volgens Van Schilf-

1. HR 20 september 1996, NJ 1997, 149.

2. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 98 m.nt. Ma.

3. Zie voor een uitgebreide toelichting op art. 2:7 BW: J.D.A. den Tonckelaar, T&C, Deventer: Kluwer, alsmede J.B. Huizink in *Rechtspersonen* (losbl.), Deventer: Kluwer.

4. Van Schilfgaarde/Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2003, nr. 58.

gaarde de resultante van alle in een concreet geval met betrekking tot die vennootschap te onderscheiden deelbelangen, waaronder die van aandeelhouders en werknemers. Maakt de vennootschap onderdeel uit van een concern, dan betekent dit dat het concernbelang als een buitenvennootschappelijk belang gaat meespelen.<sup>5</sup>

De in de statuten van een vennootschap opgenomen doelomschrijving is in de intrinsieke leer ondergeschikt aan voornoemd vennootschapsbelang. Volgens Van Schilfgaarde is een handeling die kennelijk in strijd is met het vennootschapsbelang, in strijd met het doel van de vennootschap, hoe ruim de omschrijving van het statutaire doel van een vennootschap ook is geformuleerd. Daarbij mag aan het concernbelang betekenis worden toegekend; echter, het concernbelang mag niet een zo grote rol spelen, dat het belang van de vennootschap aan het belang van het concern wordt opgeofferd.<sup>6</sup>

Van Schilfgaarde is van mening dat handelingen die een disproportionele verwaarlozing van het vennootschappelijk belang inhouden, bijvoorbeeld doordat zij de continuïteit van de vennootschap voorzienbaar in gevaar brengen, strijdig zijn met het doel in de zin van artikel 2:7 BW, en dat een doelomschrijving die aan het concernbelang prioriteit geeft of de vennootschap zou veroorloven zich ongelimiteerd voor schulden van concernmaatschappijen te verbinden, rechtskracht mist.

Concreet betekent voornoemde visie mijns inziens dat, ongeacht of dit nu wel of niet met zoveel woorden in het statutaire doel van de dochtermaatschappij is opgenomen, zekerheidstelling door een dochtervennootschap ten behoeve van de schulden van concernvennootschappen, in een mate die in geen verhouding staat tot de omvang van haar eigen vermogen, dit terwijl zij zelf niet of nauwelijks gebruikmaakt van het door het concern verworven krediet, in strijd wordt geacht met het vennootschappelijk belang en dus een beroep op doeloverschrijding rechtvaardigt.

### Nominale leer

De 'nominale' leer is in belangrijke mate verwoord door Maeijer.<sup>7</sup>

In deze leer is de letterlijke tekst van de statutaire doelomschrijving in hoofdzaak bepalend voor het antwoord op de vraag of een rechtshandeling als doeloverschrijdend dient te worden aangemerkt, en kan in beginsel de norm van het vennootschappelijk belang een duidelijke statutaire doelomschrijving niet opzijzetten.

Onder het statutaire doel van de vennootschap vallen ook de zogenoemde 'secundaire handelingen', d.w.z. handelingen die naar gebruik of redelijkerwijze uit het doel voortvloeien en daarmee samenhangen, ook al zijn ze niet uitdrukkelijk in de doelomschrijving opgenomen.<sup>8</sup> Onder secundaire handelingen kan volgens Maeijer onder andere worden verstaan het aangaan van borgtochten en het geven van zekerheid voor schulden van derden.<sup>9</sup>

Maeijer heeft het voorgaande genuanceerd door te stellen dat een statutaire doelomschrijving dient te worden geïnterpreteerd en dat daarbij de maatstaf van redelijkheid en billijkheid en dus ook die van het belang van de rechtspersoon een rol speelt, hiermee aansluiting zoekend bij het door de Hoge Raad in zijn Playland-arrest geformuleerde standpunt hieromtrent.<sup>10</sup> Deze nuance heeft als consequentie dat, ingeval een handeling onder de doelomschrijving van de vennootschap valt en de 'woorden' van de doelomschrijving in dit opzicht duidelijk zijn, toch een correctie kan worden aangebracht door het belang van de vennootschap indien de rechtshandeling, gelet op de omstandigheden van het geval, redelijkerwijs niet kan zijn gericht op het belang van de vennootschap. De rechtshandeling valt dan toch buiten het statutaire doel van de vennootschap. Maeijer denkt hierbij aan de situatie dat het belang van een dochtervennootschap volledig wordt opgeofferd aan het belang van het concern.

Concreet betekent de nominale leer mijns inziens dat, indien de statuten van een vennootschap de zekerheidstelling met zoveel woorden toestaan of de zekerheidstelling als secundaire handeling dient te worden aangemerkt, er in beginsel geen sprake kan zijn van doeloverschrijding. Dit is alleen anders als bijvoorbeeld een dochtervennootschap volledig wordt opgeofferd aan het belang van het concern. Indien de statuten niets omtrent de mogelijkheid van zekerheidstelling bepalen, zal doeloverschrijding ook ter sprake komen.

De door Maeijer voorgestane 'nominale' benadering wordt door Van Solinge<sup>11</sup> en Bartman en Dorresteijn<sup>12</sup> onderschreven.

Van Solinge stelt dat indien en voorzover de statuten van de dochtervennootschap de zekerheidstelling ten behoeve van andere concernvennootschappen met zoveel woorden toestaan, het vennootschappelijk belang een ondergeschikte rol speelt en er geen reden is te veronderstellen dat de zeker-

5. Van Schilfgaarde/Winter, a.w., nr. 4 en 5.

6. Van Schilfgaarde/Winter, a.w., nr. 58.

7. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 74 en 76.

8. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, a.w., nr. 74.

9. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 291.

10. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, a.w., nr. 74.

11. G. van Solinge, Doeloverschrijding en zekerheidstelling in concernverband, in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht deel 24*, Deventer: Kluwer 2002, p. 107-124.

12. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2003, p. 175-183.

heidstelling in het kader van concernfinanciering doeloverschrijdend is. Daarnaast meent hij dat daar waar de statuten van een dochtervennootschap het verstrekken van zekerheid ten behoeve van een andere concernvennootschap toestaan, alleen in het geval dat de zekerheidstelling door een dochtervennootschap de voortzetting van haar eigen ondernemingsactiviteiten voorzienbaar in gevaar brengt, het vennootschappelijk belang het concernbelang verdringt. In de overige gevallen wordt het vennootschappelijk belang grotendeels bepaald door het concernbelang.<sup>13</sup> In beginsel geldt volgens hem tevens dat zekerheidstelling in het kader van concernfinanciering voor een andere concernvennootschap in het vennootschappelijk belang is van de zekerheidstellende vennootschap, zolang elke groepsmaatschappij profiteert van de concernfinanciering aan de overige onderdelen van het concern en daarmee ook van de te stellen zekerheid (wederkerigheid).<sup>14</sup>

### HR 18 april 2003, JOR 2003, 160

De Hoge Raad heeft zich in zijn arrest van 18 april 2003, JOR 2003, 160 uitgelaten over het te hanteren uitgangspunt bij de opname in een stelsel van concernfinanciering en het belang van een individuele dochtervennootschap. Daarbij ging het in het bijzonder over de vraag of en in welke mate een individuele dochtermaatschappij dient bij te dragen (in de zin van art. 6:10 BW) aan de concernschuld en in welke mate haar een regresvordering jegens andere concernvennootschappen toekomt. Kort weergegeven waren de feiten in deze zaak als volgt.

In 1982 is door de Nederlandse Investeringsbank (hierna: NIB) een achtergestelde lening ten bedrage van f 10.000.000 ter beschikking gesteld aan Pieter Boele Holding B.V. (hierna: PBH). PBH was de houdstermaatschappij van het Boele-concern, waartoe een aantal onroerend-goedmaatschappijen (hierna: o.g.-maatschappijen) en D. van de Wetering B.V. (hierna: Van de Wetering) behoorden. Voor de nakoming van de verplichtingen uit de lening van de NIB hebben alle tot het Boele-concern behorende vennootschappen, waaronder de o.g.-maatschappijen en Van de Wetering, hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard. Bij gelegenheid van de overdracht van de aandelen in de o.g.-maatschappijen door PBH aan Beheermaatschappij De Merode B.V. (hierna: De Merode) zijn de o.g.-maatschappijen door NIB ontslagen uit hun hoofdelijke aansprakelijkheid voor de lening verstrekt aan PBH. Van de Wetering bleef achter in de Boele Groep en bleef hoofdelijk aansprakelijk jegens NIB. In 1987 wordt PBH failliet verklaard. Namens Van de Wetering schikt de curator de schuld van Van de Wetering aan NIB voor f 2.000.000. Van de Wetering heeft vervolgens jegens de o.g.-maatschappijen een regresvordering ingesteld onder meer stellende dat zij en de o.g.-maatschap-

pijen niet draagplichtig zijn ten aanzien van de lening, nu dit bedrag niet heeft gestrekt ter financiering van haar activiteiten, maar is aangewend ten behoeve van een aantal investeringen op het terrein van PBH en dat, nu de draagplichtige schuldenaren insolvent zijn, het verlies dat door dit onvermogen is ontstaan, gelijk moet worden verdeeld tussen de overige (niet-draagplichtige) schuldenaren.

De Hoge Raad heeft in rechtsoverweging 3.5.1 het navolgende overwogen:

‘In rov. 4.4. heeft het Hof met betrekking tot de vraag van 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 houdstermaatschappij van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om de binnen dat concern verrichte activiteiten te ondersteunen, in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van het concern te strekken, tenzij blijkt van feiten of omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden. Daarbij is voor 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 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. Door de beschikbaarheid van het krediet binnen het concern kan immers ook indirect geprofiteerd worden, bijvoorbeeld indien door financiële injecties van buiten af in andere onderdelen van het concern kan worden geïnvesteerd, bepaalde activiteiten kunnen worden uitgebreid of andere onderdelen van het concern daarmee levensvatbaar worden gehouden en daardoor de eigen gegenereerde winsten voor andere doeleinden kunnen worden benut.’

Bartman en Dorresteyn<sup>15</sup> stellen dat de Hoge Raad blijkens zijn overweging heeft gekozen voor een ‘geobjectieerd vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap’: het gaat erom of de dochtervennootschap in beginsel toegang had tot de kredietfaciliteit en niet of de dochtervennootschap daarvan ook daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt. Afgezien van bijzondere omstandigheden worden alle groepsvennootschappen geacht gelijk profijt te hebben gehad van het concernkrediet. Zij concluderen hier vervolgens uit dat de zekerheidstelling ten behoeve van een concernvennootschap in beginsel geacht moet worden het vennootschappelijk belang van de zekerheidstellende dochtervennootschap te dienen en dat, indien de doelomschrijving van de dochtervennootschap zwijgt over zekerheidstelling, een dergelijke handeling behoudens

13. G. van Solinge, a.w., p. 116.

14. Vgl. de in Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amsterdam) geformuleerde norm, die recentelijk is herhaald in Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 7 augustus 2002, JOR 2002, 173.

15. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, a.w., p. 179 en 180.

bijzondere omstandigheden dient te worden gekwalificeerd als een secundaire rechtshandeling. In zijn noot bij het arrest acht Bartman het consistent om als uitgangspunt te nemen dat zekerheidstelling in het kader van concernfinanciering geen doeloverschrijding oplevert.

Mijns inziens geeft de Hoge Raad in zijn overweging een uitleg aan drie elementen die in het kader van concernfinanciering een rol spelen bij de invulling van het door de Hoge Raad van belang geachte begrip vennootschappelijk belang.

Ten aanzien van het element 'concernverband' acht de Hoge Raad een krediet of financiering verleend aan de houdstermaatschappij van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om binnen dat concern activiteiten te ondersteunen in beginsel aan alle concernvennootschappen ten goede te komen. De Hoge Raad legt dit uit door te overwegen dat ook individueel geprofiteerd kan worden van het verstrekte krediet door financiële injecties in andere (i.e. andere dan de zekerheidstellende vennootschap) concernonderdelen, omdat als gevolg daarvan de winst van de zekerheidstellende vennootschap anderszins kan worden aangewend. Aangezien elke externe financiering in beginsel een interne financiering overbodig maakt en derhalve een verruiming van de interne middelen tot gevolg heeft, zal mijns inziens aldus altijd (mits uiteraard winst wordt gemaakt) aan dit criterium zijn voldaan en is daarmee de 'wederkerigheid' een gegeven. Met betrekking tot het element 'continuïteit' zou uit hetgeen hiervoor is weergegeven tevens kunnen worden geconcludeerd dat op deze wijze wordt bijgedragen aan een verbetering van de continuïteit van het concern in zijn geheel en dat van de dochtervennootschap in het bijzonder. In de praktijk echter zal het vaak zo zijn dat de vrijgekomen middelen (voor een groot deel) worden gebruikt ter aflossing van het aangetrokken concernkrediet. Om deze reden en het feit dat ook ten aanzien van de overweging van de Hoge Raad zal dienen te gelden dat het verstrekken van zekerheid met als voorzienbaar gevolg daarvan dat het voortbestaan van de zekerheidstellende dochtervennootschap in gevaar komt, als doeloverschrijdend wordt aangemerkt, zal de weging van het element 'continuïteit' tot de conclusie kunnen leiden dat met de zekerheidstelling het belang van de zekerheidstellende vennootschap niet is gediend.

Het element 'proportionaliteit' komt in de overweging van de Hoge Raad niet aan bod. Op basis van onderhavig arrest zou nog steeds kunnen worden verdedigd dat disproportionaliteit bij het verstrekken van zekerheid in het kader van een concernfinanciering tot de conclusie kan leiden dat met de zekerheidstelling het belang van de zekerheidstellende vennootschap niet is gediend, en een daarop gestoeld beroep op doeloverschrijding zou derhalve succesvol kunnen zijn. Enige voorzichtigheid bij het formuleren van het uitgangspunt dat zekerheidstelling in het kader van con-

cernfinanciering geen doeloverschrijding oplevert, blijft derhalve op zijn plaats.

### Conclusie

Uit de in dit artikel besproken literatuur en jurisprudentie kan worden geconcludeerd dat:

1. zowel in de intrinsieke leer als in de nominale leer als doeloverschrijdend wordt beschouwd het door een dochtervennootschap stellen van zekerheid in het kader van concernfinanciering met als voorzienbaar gevolg daarvan dat haar voortbestaan in gevaar komt (zowel bij een marginale toets (nominale leer) als bij een volledige toets (intrinsieke leer) is continuïteit een doorslaggevend criterium);
2. de intrinsieke leer, ongeacht of het statutaire doel van de dochtermaatschappij zekerheidstelling voor de schuld van andere concernvennootschappen toestaat, zekerheidstelling door een dochtervennootschap ten behoeve van de schulden van concernvennootschappen, in een mate die in geen verhouding staat tot de omvang van haar eigen vermogen (proportionaliteit) en waarbij zij zelf niet of nauwelijks gebruikmaakt van het door het concern verworven krediet (wederkerigheid), in strijd acht met het vennootschappelijk belang van die vennootschap en een dergelijke handeling dus als doeloverschrijdend aanmerkt;
3. de nominale leer, indien de statuten van een vennootschap de zekerheidstelling met zoveel woorden toestaan of de zekerheidstelling als secundaire handeling dient te worden aangemerkt, de zekerheidstelling in concernverband niet als doeloverschrijdend aanmerkt tenzij de situatie genoemd onder 1 zich voordoet of indien de statuten niets omtrent zekerheidstelling bepalen;
4. uit HR 18 april 2003, JOR 2003, 160 volgt dat in het kader van concernfinanciering zekerheidstelling door een dochtervennootschap in beginsel geacht moet worden het vennootschappelijk belang van de zekerheidstellende vennootschap te dienen (wederkerigheid), maar dat niet uitgesloten is dat ook disproportionaliteit en/of het in gevaar brengen van de continuïteit bij het verstrekken van zekerheid in concernverband met zich kan brengen dat deze niet geacht kan worden het belang van de zekerheidstellende vennootschap te dienen en tot een succesvol beroep op doeloverschrijding zou kunnen leiden.

*Mr. J.C. Belder  
NautaDutilh*