

Ultra vires in de Nederlandse financieringspraktijk

Inleiding

In de internationale financieringspraktijk ziet men geregeld dat groepsmaatschappijen zich over en weer hoofdelijk verbinden voor elkaars schulden. Te denken valt onder andere aan de volgende situatie: een syndicaat van banken verstrekt leningen aan de moederverenootschap, die op haar beurt het verkregen krediet doorleent aan haar dochtervennootschappen. Vervolgens houden de dochters hun individuele rekeningen aan bij de moeder, waardoor de kasstromen centraal geleid worden. Er is dan sprake van centraal *cash-management*. Voorts verstrekken de groepsmaatschappijen aan een van de syndicaatsbanken, die veelal tevens als *security agent* optreedt, persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden, zoals garanties, pand- en hypotheekrechten, tot meerdere zekerheid van de verplichtingen van de groep. Op deze wijze kan er goedkoper geld op de kredietmarkt worden aangetrokken en wordt de totale rentelast gedrukt.

Men kan zich bij de hiervoor geschetste situatie met recht afvragen of het geven van dergelijke garanties en zekerheden zonder meer dienstbaar is aan de verwezenlijking van het doel van de betrokken vennootschappen. Ondanks het feit dat de rechtspraak van de afgelopen jaren het beeld laat zien dat de vennootschap, of haar curator respectievelijk bewindvoerder, vaak tevergeefs tracht de gewraakte doeloverschrijdende rechtshandeling ex artikel 2:7 BW te vernietigen, dient mijns inziens het risico van een mogelijke vernietiging op deze grond niet te worden verwaarloosd.

In het navolgende zal ik trachten langs de lijnen van rechtspraak en literatuur een aantal criteria te onderscheiden, teneinde tot een nadere invulling van het begrip doeloverschrijding, ook wel het *ultra vires*-begrip genoemd, te komen. Ten slotte zal ik een aantal in de praktijk gebruikte voorzieningen noemen, die de kans op vernietiging wegens *ultra vires* zouden moeten beperken.

Doctrine en jurisprudentie

Artikel 2:7 Burgerlijk Wetboek 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* [cursivering, MK];

slechts de rechtspersoon kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen.'

Het artikel dient ter bescherming van de rechtspersoon tegen doeloverschrijdende handelingen van haar vertegenwoordigers jegens derden. De wederpartij die een rechtshandeling met de vennootschap is aangegaan, loopt zodoende een risico dat deze rechtshandeling op grond van het genoemde artikel wordt vernietigd. Teneinde de rechtszekerheid van de wederpartij niet al te gemakkelijk te ondergraven steit het artikel twee zware eisen: enerzijds moet het doel zijn overschreden en anderzijds moet de wederpartij kennis van deze doeloverschrijding hebben.

De eerste eis: doeloverschrijdende rechtshandeling

Het doel van een rechtspersoon hangt af van zijn aard en statutaire doelomschrijving. Naast de statutaire doelomschrijving dient voor de NV en BV, waartoe ik mij in dezen beperk, het 'vennootschappelijk belang' te worden onderscheiden. Voor de NV en BV houdt dit onder andere in het streven naar winst en continuïteit. In de doctrine zijn twee hoofdopvattingen over de interpretatievrijheid van de statutaire doelomschrijving voor de NV en BV te onderscheiden, die terug te vinden zijn bij onder anderen Maeijer en Mendel (Maeijer: Asser-Maeijer 2-II, 1997, nr. 76; RM Themis 1990, p. 465-468; Van der Heijden-Monografieën deel 28, 1987, p. 71-79; respectievelijk Mendel: Van der Heijden-Monografieën deel 57, 1997, p. 41-50; Inaugurale rede, 1989; hierna: oratie, p. 17-47). Zowel Maeijer als Mendel onderkent de situatie dat ondanks het feit dat een rechtshandeling *niet* expliciet in de statutaire doelomschrijving staat vermeld, zij toch in het belang van de vennootschap kan zijn. Er is mitsdien ruimte voor interpretatie en afhankelijk van het resultaat kan de rechtshandeling al dan niet als doeloverschrijdend worden aangemerkt. Maar dan nu het verschil tussen beide opvattingen. Maeijer meent allereerst dat indien de statutaire doelomschrijving van een dochtervennootschap *expliciet* vermeldt dat deze mede omvat aansprakelijkheids- en zekerheidsstellingen ten behoeve van groepsmaatschappijen, er geen reden is tot nadere interpretatie (a.w., p. 75; a.w., p. 465-466). Volgens hem zijn de woorden dan voldoende duidelijk. Voor een corrigerende werking vanwege het vennootschappelijk belang is dan geen plaats. Mendel daarente-

gen meent dat in een dergelijk geval wel ruimte is voor interpretatie. Zelfs ingeval een zeer ruime doelomschrijving in de statuten is opgenomen, is volgens Mendel niet automatisch gegeven dat de betreffende rechtshandeling altijd redelijkerwijs gericht zou zijn op het belang van de betrokken vennootschap, hetgeen volgens hem wel een vereiste is (a.w., p. 46; oratie p. 24, 25, 35, 43 en 45).

Uit zijn arresten van 20 september 1996, NJ 1997, 149 (Playland) en 16 oktober 1992, NJ 1993, 98 m.nt. Ma (De Wereld) volgt dat de Hoge Raad van mening is dat voor de beantwoording van de vraag of het doel van de vennootschap is overschreden, niet alleen beslissend is de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, maar dat ook alle overige omstandigheden daarbij in aanmerking moeten worden genomen. In dat verband dient met name de vraag of het belang van de vennootschap met de betrokken rechtshandeling gediend is, te worden beantwoord. Mijns inziens neigt de Hoge Raad aldus naar de ruime uitleg van Mendel.

De tweede eis: kenbaarheid doeloverschrijdende rechtshandeling

Als tweede eis geldt dat de wederpartij wist of zonder eigen onderzoek moest weten dat de gewraakte rechtshandeling doeloverschrijdend was: het kenbaarheidsvereiste. In het algemeen rust er op de wederpartij geen onderzoeksplicht. Voor de wederpartij geldt derhalve in beginsel dat zij niet de plicht heeft de openbaar gemaakte statuten te raadplegen. (Vergelijk in dit verband art. 2:6 lid 1 OBW. Dit bepaalde onder andere 'Openbaarmaking van de statuten of reglementen alleen is niet voldoende bewijs dat de wederpartij van de doeloverschrijding niet onkundig kon zijn.' Volgens de MvT Inv.w. Boeken 3, 5, 6, p. 156-157 is geen wijziging van de strekking beoogd.) Dit is slechts anders indien de wederpartij *gegronde* reden tot twijfel heeft of de gewraakte rechtshandeling wel binnen het doel van de vennootschap valt, waarbij *redelijke* twijfel over de uitleg van de statutaire doelomschrijving voor risico van de vennootschap dient te blijven (vergelijk de iets zwaardere toets van art. 3:11 BW, dat bepaalt dat sprake moet zijn van *goede* reden tot twijfel), hetgeen tevens valt af te leiden uit het arrest van de Hoge Raad van 15 juni 1973, NJ 1973, 469 m.nt. BW (Liberty). Ook uit recentere rechtspraak blijkt het voorgaande. Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 24 februari 2000, JOR 2000, 76, dat wederpartij Plugge, die geen kennis had genomen van de statutaire doelomschrijving van Diepvries Goedereede, had moeten beseffen (moest weten) dat de door Diepvries Goedereede verrichte betalingen voor handelsvorderingen van haar gefailleerde rechtsvoorganger, tot doeloverschrijding zouden leiden.

Mendel merkt met betrekking tot concernfinanciering nog op dat een beroep op doeloverschrijding in het algemeen niet zal stranden op de kenbaarheidseis van artikel 2:7 BW ingeval een wederpartij een bank of de moedervenootschap is, die vrijwel altijd van alle *ins* en *outs* op de hoogte zal zijn (oratie, p. 25). In dit verband zij gewezen op twee uitspraken van het Hof Amsterdam. In zijn arrest van 22 maart 1984, NJ 1985, 219 (Nesolas) 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. Daarnaast bepaalde het hof in zijn arrest van 27 november 1986, NJ 1987, 801 (Credit Lyonnais Bank) dat gezien het feit dat de bank in de gegeven situatie geen nader onderzoek had gedaan naar de samenhang van de hypotheekverleningen met de doelstelling van de vennootschap, zij de kwade kans had genomen dat er inderdaad sprake was van doeloverschrijding en derhalve niet als onkundig kon gelden. Ook de door de directie gedane mededelingen konden de bank in het onderhavige geval niet van haar onderzoeksplicht ontslaan, vergelijk artikel 3:11 BW. Bij dit alles moet als kanttekening worden geplaatst dat bij redelijke twijfel, ook in het geval van een deskundige wederpartij als een bank, de doeloverschrijding evident moet zijn (vergelijk Maeijer, noot De Wereld).

Overige criteria/feitelijke omstandigheden

In het voorafgaande kwam reeds naar voren dat niet alleen de tekst van de statutaire doelomschrijving (formeel criterium) bepalend is voor het beoordelen van de vraag of er sprake is van doeloverschrijding, maar dat ook alle overige omstandigheden in aanmerking dienen te worden genomen (materiele criteria). Het belang van de vennootschap speelt hierbij een cruciale rol. Omstandigheden die uit de rechtspraak kunnen worden afgeleid, en mijns inziens opgevat kunnen worden als elementen die invulling geven aan het vennootschappelijk belang, zijn onder andere: a) concernverband; b) wederkerigheid; c) continuïteit; d) proportionaliteit.

Deze elementen kunnen voor het individuele geval bepalen of er al dan niet sprake is van vennootschappelijk belang en daarmee van nut zijn voor het beantwoorden van voorgenoemde vraag of een bepaalde rechtshandeling als doeloverschrijdend kan worden aangemerkt.

Zo kan de omstandigheid van concernverband duiden op het feit dat er los van het belang van de individuele vennootschap een overkoepelend belang bestaat. In het kader van concernfinanciering komt het voor dat

een moedervenootschap zich hoofdelijk garant stelt voor de schulden van haar dochtervenootschappen (*down stream guarantee*). Uit het arrest van de Hoge Raad van 7 februari 1992, NJ 1992, 438 m.nt. Ma (Astro) volgt onder andere dat, nu de statuten van de moedervenootschap voorzagen in het deelnemen in andere ondernemingen en vennootschappen, het concernbelang kan meebrengen dat het zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor schulden van 100% dochtervenootschappen in het belang van de moeder kan worden geacht. Ook de wet erkent een dergelijke aansprakelijkheidsstelling van de moedervenootschap, die zich door middel van een schriftelijke verklaring ex artikel 2:403 BW hoofdelijk aansprakelijk kan stellen voor de schulden van haar dochtervenootschappen. Maar wat te denken van het spiegelbeeldige geval, waarbij de dochtervenootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden van haar moeder en overige groepsleden (*up stream* en *cross guarantees*). Van der Grinten (Handboek voor de NV en de BV, 1992, nr. 78.1) beweert in dit verband het volgende:

'De groepsverbondenheid brengt mede dat het belang van de groep mede als belang van de vennootschap kan worden aangemerkt (...) Buiten groepsverband kan het eigen belang van de vennootschap medebrengen dat zij zekerheid geeft voor schulden van anderen.'

Indien dit zou betekenen dat het eigen vennootschappelijk belang van de dochtervenootschap binnen een groep als het ware wordt opgeofferd aan het concernbelang, lijkt mij deze visie niet zonder meer juist. Weliswaar bepaalt artikel 2:24b BW dat een groep een economische eenheid is waarin rechtspersonen organisatorisch met elkaar verbonden zijn, maar hieruit volgt niet dat deze economische verbondenheid meebrengt dat een groepsmaatschappij rechtshandelingen zou moeten verrichten die louter in het belang van de groep zijn, zonder naar haar eigen individuele belang te kijken.

Naast concernverband kan de omstandigheid van wederkerigheid worden onderscheiden. In dit licht meent Maeijer, dat ingeval aansprakelijkheids- en zekerheidsstellingen op basis van wederkerigheid plaatsvinden, zoals bij centraal *cashmanagement*, geen sprake kan zijn van doeloverschrijding, omdat het eigenlijke vennootschappelijke belang in deze elementen voldoende is verdisconteerd (Asser-Maeijer 2-II, nr. 76; Maeijer, a.w., p. 77). Maeijer krijgt in zijn visie bijval van de Arnhemse rechtbankpresident in het Amstelland-geschied, alwaar de moedervenootschap in het kader van een te verstrekken concernfinanciering

van haar 100% dochtervenootschappen mocht verlangen dat zij zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk zouden stellen (Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37).

Tevens kan de omstandigheid van continuïteit worden onderscheiden. In dit verband wijs ik op een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 14 januari 1999, JOR 1999, 85. In casu was sprake van een sterke zustervenootschap (De Lutte), die zich voor de schulden van haar zwakkere zustervenootschap (Almeritrans) borg had gesteld. De rechtbank oordeelde als volgt:

'Dat neemt niet weg dat ten tijde der borgstelling De Lutte alleszins belang kon hebben bij die borgstelling: een faillissement van Almeritrans zou immers ook op haar, als soort zustervenootschap, kunnen terugslaan en De Lutte had er dus belang bij het mogelijke te doen om een faillissement van Almeritrans te voorkomen.'

De rechtbank concludeert hier dat, in verband met de continuïteit, de zekerheidsstelling in het belang van de sterke zustervenootschap geacht kon worden en daarmee niet doeloverschrijdend was. In dit verband kan nog worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Breda van 24 juli 1997, JOR 1997, 112 (Van Gils). In dit geval betrof het de financiering door een bank van het Van Gils-concern, dat beschikte over een verkoop-poot en een productie-poot, waarbij een vennootschap van de verkoop-poot (VGHR) zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld had voor de schulden van een aantal van haar dochters, alsmede zich borg had gesteld voor de schulden van het productiehoofd (Mibuco). VGHR had overigens zelf geen kredieten van de bank ontvangen. De rechtbank oordeelde dat VGHR een groot belang had bij de productie-poot en dat het wegvallen van de productie-poot de verkoop-poot zonder bestaansrecht zou hebben gelaten, zodat ook VGHR (indirect) belang had bij de kredietverschaffingen aan onder andere Mibuco.

Een ander element is proportionaliteit. Maeijer meent dat een eventuele disproportionaliteit tussen de totale concernschuld en het eigen beperkte vermogen van de zekerheidgevende dochtervenootschap zich reeds laat oplossen door de elementen van wederkerigheid en concernverband, omdat volgens hem alle toekomstige risico's over een groter vlak worden gespreid. Hij noemt in dezen de goed functionerende dochtervenootschap die ook op een later tijdstip in moeilijkheden kan verkeren en daardoor profijt kan hebben van de reeds eerder door de groep aangetrokken financiering en omgekeerd, mits het belang van de dochtervenoot-

schap niet volledig dreigt te worden opgeofferd aan het belang van het concern (a.w., p. 77-78 en a.w., 467-468). Mijns inziens is deze visie niet zonder meer juist, aangezien de betreffende groepsmaatschappij zich steeds zal dienen af te vragen of de gevraagde zekerheidsstelling redelijkerwijs in haar eigen belang kan worden geacht. Uiteraard valt in dezen te denken aan het evidente voorbeeld van de kleine dochtervennootschap die zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een concernlening van vele miljoenen, terwijl zij zelf niet of nauwelijks van de faciliteit gebruik maakt en waarbij de door de groep aangegane verplichtingen het eigen vermogen van de individuele dochter vele malen overtreft (vergelijk P. van Schilfgaarde, Van de NV en de BV, 2001, nr. 58; Mendel, oratie, p. 46). Tevens kan worden gedacht aan andere voorbeelden. In dit verband memoreer ik een arrest van het Hof Den Haag van 27 juni 1968, NJ 1978, 43 (Nieuw Eykenduynen), dat voor de huidige wettelijke regeling van de doeloverschrijding werd gewezen. Het betrof hier een hypotheekverlening door de dochtervennootschap, Nieuw Eykenduynen, ten behoeve van haar zustervenootschap, Investa, tot zekerheid van hetgeen de banken van Investa te vorderen hadden. De banken hadden als verweer gevoerd dat de hypotheekverlening in het belang was van Nieuw Eykenduynen, aangezien zij belang had bij het overeind blijven van het concern. Het hof, dat de hypotheekstelling in strijd met de statuten achtte, oordeelde als volgt:

'De banken hebben echter, wat er overigens zij van haar betoog, in redelijkheid niet kunnen aannemen, dat de onderhavige hypotheekverlening in het belang van Nieuw Eykenduynen was of kon zijn. Vooreerst was zij niet alleen niet nodig voor een behoorlijke exploitatie als bedoeld in het slot van art. 3 statuten, maar zij kon die exploitatie zelfs in gevaar brengen. Voorts hebben de banken niet aannemelijk gemaakt, dat Nieuw Eykenduynen, gelet op voormelde doelomschrijving, er enig belang van betekenis bij had, een faillissement van centraal Beleggingsfonds NV [de gemeenschappelijke moeder, MK] of andere vennootschappen te voorkomen.'

Uit het voorgaande kan men concluderen dat omstandigheden als concernverband, wederkerigheid, continuïteit en proportionaliteit elementen zijn inzake de *ultra vires*-problematiek en zodoende een rol kunnen spelen bij het beantwoorden van de vraag of een rechtshandeling al dan niet dienstig kan worden geacht aan de verwezenlijking van het doel van een vennootschap. Eén of meer van deze elementen kunnen in bepaalde gevallen helderheid verschaffen bij het beantwoorden

van voorgenoemde vraag. Het zijn dan ook geen cumulatief vereiste elementen. De *bottom line* zal mijns inziens in ieder geval steeds het door de president van de Rechtbank Arnhem in het reeds hiervoor aangehaalde Amstelland-vonnis geformuleerde criterium zijn:

'De verplichting van de dochter om aan zo'n instructie gehoor te geven [instructie zich over en weer hoofdelijk aansprakelijk te stellen, MK] kan echter niet worden aanvaard ingeval dat voorzienbaar tot gevolg zou hebben dat het voortbestaan van de dochter daardoor in werkelijk gevaar komt. Het eigen belang van de dochter brengt mee dat haar - verantwoordelijke en aansprakelijke - bestuurders zich dan terecht tegen het instemmen met hoofdelijke aansprakelijkheid verzetten.'

Het bovenstaande zal eveneens toepassing vinden indien men expliciet in de doelomschrijving van de dochter zou opnemen dat het concernbelang boven het individuele belang gaat en het voorts is toegestaan zich ten opzichte van derden ongelimiteerd voor schulden van groepsmaatschappijen te verbinden. Volgens Van Schilfgaarde mist een dergelijke clause zelfs bij voorbaat rechtskracht (a.w., nr. 58). Voorts meent hij dat een financieel expert als een bank geacht moet worden de gevolgen van een disproportionele zekerheidsstelling te kunnen overzien, en zich derhalve niet op onwetendheid kan beroepen.

Rechtsgevolgen

Indien de rechtshandeling doeloverschrijdend is in de zin van artikel 2:7 BW en aan de daarin opgenomen kenbaarheidseis is voldaan, kan de vennootschap haar op deze grond vernietigen. Uit artikel 3:52 BW volgt dat de rechtsvordering tot vernietiging drie jaar na de gewraakte rechtshandeling komt te vervallen. Zolang echter de rechtspersoon niet tot vernietiging van de betreffende rechtshandeling overgaat, blijft zij onverkort geldig. In dit licht rijst de vraag of de vennootschap de rechtshandeling op grond van artikel 3:55 lid 1 BW kan bevestigen. De meeste schrijvers beantwoorden deze vraag ontkennend, aangezien de doelomschrijving bindend is voor alle organen van de vennootschap en de bevestigingshandeling op zichzelf ook weer *ultra vires* zou zijn. Daarentegen is het volgens hen wel mogelijk dat de tekst van de statutaire doelomschrijving achteraf wordt aangepast, indien deze ten tijde van het aangaan van de transactie niet voorzag in de betreffende rechtshandeling. Hiermee wordt kennelijk beoogd aan eventuele rechtsonzekerheid een einde te maken. Deze aanpassing lijkt mijns inziens slechts

comfort te bieden in geval de transactie van meet af aan redelijkerwijs in het materiële belang van de vennootschap kan worden geacht, maar de statutaire tekst daar formeel geen ruimte toe bood.

Voorts menen de meeste schrijvers dat de wederpartij de vennootschap op grond van artikel 3:55 lid 2 BW een termijn kan stellen, waarbinnen haar de keuze wordt gelaten de rechtshandeling al dan niet te vernietigen, hetgeen expliciet was opgenomen in artikel 2:6 lid 2 OBW (MvT Inv.w. Boeken 3, 5, 6, p. 156-157 bepaalt dat lid 2 van art. 6 (oud) kan vervallen bij de invoering van art. 3:2.18 lid 2, thans: art. 3:55 lid 2 BW). Wat hier ook van zij, indien de wederpartij aanklopt bij de vennootschap en roept 'mag ik binnenkort van u vernemen of u de rechtshandeling gaat vernietigen', dan zou na ommekomst van de gestelde termijn geen beroep op doeloverschrijding meer kunnen worden gedaan. Mijns inziens is het voor een wederpartij als een bank in het algemeen moeilijk vol te houden dat een in *ultra vires* aangegane rechtshandeling door middel van een dergelijke termijnstelling zou worden 'gerepareerd'. Allereerst omdat zij op grond van artikel 6:162 BW onrechtmatig zou kunnen zijn ten aanzien van de overige vennootschapscrediteuren. Bovendien zou het stellen van een termijn en het moment waarop dit geschiedt, kunnen duiden op het feit dat de wederpartij kennis heeft van een mogelijke doeloverschrijding (vergelijk tevens art. 3:45 BW en 42 Fw inzake de pauliana). Daarnaast zou de vennootschap zich wellicht op haar beurt kunnen beroepen op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ingevolge artikel 6:2 BW. (Vergelijk J.B. Huizink, losbl. Rechtspersonen, Suppl. 146, 1998, p. 10-11; Pitlo-Löwensteijn, 1994, nr. 1.48; Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, diss. 2001, p. 126-136; Pitlo-Raaijmakers, 2000, nr. 3.17; Van Schilfgaarde, a.w., nr. 58; Asser-Maeijer 2-II, nr. 78; Van der Grinten a.w., nr. 78.1; A.L. Mohr, Ars Notariatus LIII, 1992, p. 11.)

Praktische voorzieningen

Teneinde het risico op een geslaagd beroep op vernietiging op grond van doeloverschrijding te verkleinen ziet men in de praktijk onder andere de volgende voorzieningen, die overigens geen van alle een waterdichte oplossing bieden:

1. Vooraf de tekst van de statutaire doelomschrijving aanpassen aan de onderliggende transactie. Uit de voorgaande beschouwingen volgt dat het gaat om een belangrijke indicatie.

2. Het opnemen van een verklaring in het bestuursbesluit dat het geven van garanties en zekerheden in het betreffende geval naar het afgewogen oordeel van het bestuur in het belang van de vennootschap is. Deze verklaring zou de wederpartij, vaak een bank, comfort moeten geven dat zij op het moment van de vestiging te goeder trouw was. In beginsel mag de wederpartij zich een oordeel vormen naar aanleiding van de mededelingen die door het bestuur van de vennootschap zijn gedaan, zo bepaalde de Hoge Raad reeds in zijn arrest van 19 maart 1942, NJ 1942, 445 (De Gruyter & Co.). Echter, uit het hiervoor genoemde arrest van het Hof Amsterdam (Credit Lyonnais) volgt dat dit slechts een uitgangspunt is en dat de omstandigheden van het geval bepalen of de wederpartij te goeder trouw kan worden geacht, hetgeen met name geldt voor een bank die van alle *ins* en *outs* van de transactie op de hoogte is.
3. De te verstrekken zekerheid wordt gekoppeld aan een bepaald maximumbedrag welke bijvoorbeeld gerelateerd is aan de solvabiliteit van de zekerheidgevende vennootschap (vergelijk hiertoe het hiervoor genoemde vonnis van de President Rechtbank Arnhem in het Amstelland-geschil). De solvabiliteitsratio is echter branche-afhankelijk. Voorts zou duidelijk in de betreffende kredietdocumentatie moeten worden bepaald volgens welke accountancy-regels deze ratio totstandkomt. Daarnaast ziet men soms dat in de kredietovereenkomst of in een separate garantieovereenkomst een verklaring wordt opgenomen waaruit blijkt dat de garantie slechts wordt verstrekt voorzover zij wettelijk toegestaan is. Dit zou het management van de zekerheidgevende vennootschap enig comfort moeten bieden bij het verstrekken van zekerheden. Hiermee wordt echter het probleem niet definitief opgelost, aangezien onzekerheid blijft bestaan over de vraag of de verstrekte zekerheid in strijd is met artikel 2:7 BW.
4. Het aangaan van een garantieovereenkomst, waarbij wordt bedongen dat de zekerheidgevende dochtervennootschap een bepaald bedrag, een *fee*, ontvangt voor het verstrekken van de zekerheid, zodat de zekerheidsstelling op basis van marktconforme voorwaarden geschiedt (*at arms length*), teneinde aan te tonen dat de zekerheidgevende vennootschap daadwerkelijk een commercieel belang heeft bij de zekerheidsverstrekking. Daarbij rijst dan wel de vraag of deze *fee* in verhouding staat tot het te nemen risico.

Conclusie

Mijn conclusie kan kort zijn. In de praktijk zal, gezien de twee zware toetsen die artikel 2:7 BW aan de vennootschap oplegt, een beroep op doeloverschrijding niet gauw slagen. Het is evenwel niet ondenkbaar dat een rechtshandeling wegens *ultra vires* wordt vernietigd. Indien achteraf onzekerheid bestaat of een rechtspersoon doeloverschrijdend heeft gehandeld, rijst de vraag of deze rechtshandeling gerepareerd kan worden. Met name banken die grote concernfinancieringen verstrekken, dienen zich hiervan steeds bewust te zijn.

Mr. M. Keijzer
Allen & Overy

Ontvankelijkheid enquête- verzoek door de rechtspersoon en curator

HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29

In de afgelopen jaren heeft de Ondernemingskamer jurisprudentie ontwikkeld volgens welke de rechtspersoon bevoegd was om een verzoek tot enquête naar het beleid en de gang van zaken bij zichzelf in te dienen. Parallel aan die ontwikkeling ontstond een jurisprudentielijn waarin de curator van een rechtspersoon bevoegd werd geacht om een enquête bij die rechtspersoon en het treffen van onmiddellijke voorzieningen te verzoeken. Recentelijk heeft de Hoge Raad echter bepaald dat een rechtspersoon niet bevoegd is om een verzoek tot enquête bij zichzelf in te dienen. Hierna zal deze ontwikkeling worden beschreven. Vervolgens wordt bezien of het De Vries Robbé-arrest gevolgen heeft voor de mogelijkheid van een verwerende rechtspersoon om een reconventionele vordering in te stellen in een enquêteprocedure.

Ontvankelijkheid verzoek rechtspersoon

In diverse beschikkingen heeft de Ondernemingskamer bepaald dat een rechtspersoon bevoegd is om een enquête bij zichzelf uit te lokken (vergelijk Hof Amsterdam (OK) 6 februari 1997, rekestnr. 115/97, n.g., 21 oktober 1999, JOR 2000, 6, 15 november 2001, JOR 2002, 6). Ook in de De Vries Robbé-zaak (Hof Amsterdam (OK) 20 april 2000, JOR 2000, 124 en 22 juni 2000, JOR 2000, 173) oordeelde de Ondernemingskamer dat de rechtspersoon ontvankelijk was in zijn verzoek. De Ondernemingskamer overwoog dat de enkele omstandigheid dat het enquêteverzoek was

ingediend door de rechtspersoon die onderwerp van het verzochte onderzoek zou zijn, dat niet anders maakte.

De Hoge Raad (HR 1 februari 2002, JOR 2002, 29) oordeelt anders. Hij overweegt dat uit de tekst en de wetsgeschiedenis van artikel 2:345 BW volgt dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend. Naar het oordeel van de Hoge Raad volgt uit de tekst en strekking van artikel 2:346 BW dat deze opsomming *limitatief* is. De rechtspersoon wordt in die opsomming niet vermeld.

Plaatsvervangend procureur-generaal Mok merkt in zijn conclusie op dat de rechtspersoon wel bevoegd kan zijn tot het vragen van een enquête bij zichzelf op grond van bezit van voldoende eigen aandelen of een statutaire bepaling (vergelijk art. 2:346 sub b en c BW).

De Hoge Raad volgt de plaatsvervangend procureur-generaal echter niet. De Hoge Raad acht het in strijd met de strekking van artikel 2:346 aanhef en sub c BW om tot degenen aan wie daartoe bij statuten of bij overeenkomst de bevoegdheid kan worden toegekend, ook de rechtspersoon te rekenen die voorwerp moet zijn van het onderzoek. Ook artikel 2:349 BW wijst er volgens de Hoge Raad op dat de rechtspersoon niet bevoegd is een verzoek te doen dat betrekking heeft op zichzelf. Dat artikel bepaalt immers dat verzoekers tot het houden van een enquête niet-ontvankelijk zijn indien zij de rechtspersoon niet de gelegenheid hebben gegeven zelf de gerezen bezwaren te onderzoeken.

Terecht wijst de plaatsvervangend procureur-generaal erop dat een rechtspersoon zich tot de advocaat-generaal bij het Gerechtshof Amsterdam kan wenden met het verzoek om een enquêteverzoek in te dienen. In dat geval is het echter niet de rechtspersoon zelf die het verzoek indient, maar de advocaat-generaal.

Ontvankelijkheid verzoek curator

Het is relevant te bezien welke gevolgen het De Vries Robbé-arrest heeft voor de ontvankelijkheid van een curator in een verzoek tot enquête bij de failliete rechtspersoon waarvan hij als curator is benoemd.

De ontvankelijkheid van een curator in zijn verzoek tot het houden van een enquête bij de failliete vennootschap speelde voor het eerst in de Village Scaldia-zaak (Hof Amsterdam (OK) 23 april 1998, JOR 1998, 92, zie ook G.J. Vels, V&O 1998, p. 70-72). In die zaak ging het om de vraag of een curator ontvankelijk is in een verzoek tot vaststelling van wanbeleid – de tweede fase van de enquêteprocedure. De Ondernemingskamer bepaalde dat hoewel de