

Bancaire aansprakelijkheid en doeloverschrijding in het kader van een acquisitiefinanciering: ING Commercial Finance/Aukema q.q.

*Mr. D.A. Viëtor en mr. D.A. Scheenjes**

Inleiding

Met de afschaffing van artikel 2:207c van het Burgerlijk Wetboek (BW) per 1 oktober 2012 werd een voor de acquisitiefinancieringspraktijk belangrijk obstakel weggenomen. Het artikel bevatte een verbod voor een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (een BV) om financiële steun te verlenen in het kader van de overname van haar aandelen, bijvoorbeeld om garanties en zekerheden te verstrekken voor de acquisitielening, en het artikel beperkte bovendien de mogelijkheid voor de BV aan de koper leningen te verstrekken om die overname te financieren (het 'steunverbod').

Doel van de wetgever met de afschaffing van het steunverbod was de verantwoordelijkheid voor het verstrekken van financiële steun neer te leggen bij het bestuur van de doelwitvennootschap. Volgens de wetgever is het primair aan het bestuur van de doelwitvennootschap om te beoordelen of het verstrekken van financiële steun in het belang van de vennootschap is en wat daarvan de gevolgen zijn voor haar financiële positie, overigens zonder het bestuur een verzwaarde aansprakelijkheidsnorm op te leggen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het verlenen van financiële steun wordt gelijkgesteld aan, en op gelijke manier moet worden beoordeeld als, een normale commerciële transactie. In de praktijk heeft dit nieuwe regime, terecht, niet tot een (te) grote terughoudendheid van bestuurders geleid.¹

Hoewel de afschaffing van artikel 2:207c lid 2 BW in de praktijk met gejuich is ontvangen, is het poststeunverbod-tijdperk niet zonder obstakels gebleken. Tijd om na twee jaar nieuw regime eens terug te blikken, en ook alvast naar voren te kijken.

Het poststeunverbod-tijdperk

Een eerste onduidelijkheid die na afschaffing van het steunverbod nog resteert, is de vraag of wijziging van de statuten van de doelwitvennootschap nodig is als de doelwitvennootschap financiële steun wil verstrekken terwijl die statuten een verwijzing naar, of zakelijke weergave van, artikel 2:207c BW bevatten. Hoewel in de praktijk nog wel eens veiligheidshalve voor statutenwijziging wordt gekozen, lijkt inmiddels de meerderheidsopvatting te zijn dat een dergelijke bepaling voor niet geschreven mag worden gehouden en dat een statutenwijziging niet nodig is.²

Een tweede punt van onduidelijkheid is onder welke omstandigheden verstrekte financiële steun zou kunnen worden aangestast op basis van artikel 2:7 BW (doeloverschrijding), indien de verstrekte financiële steun wel binnen de statutaire doelomschrijving van de doelwitvennootschap valt. Bijvoorbeeld als zou komen vast te staan dat het verstrekken van die steun niet in het belang van die vennootschap was. In de literatuur en de praktijk wordt – naar onze mening ten onrechte – breed aangenomen dat het vennootschappelijk belang in het kader van doeloverschrijding een 'derogerende werking' heeft en dat in deze situatie inderdaad van doeloverschrijding sprake is (en de transactie dus vatbaar voor vernietiging is). Bovendien wordt door een aantal schrijvers – naar onze mening wederom ten onrechte – aangenomen dat voor banken, gezien hun financiële deskundigheid, een onderzoekplicht bestaat naar de vraag of een bepaalde handeling doeloverschrijdend is (waarbij dus niet alleen naar de statutaire doelomschrijving moet worden gekeken, maar ook naar de vraag of die handeling wel in het

* Mr. D.A. Viëtor is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Mr. D.A. Scheenjes is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

1. Zie over het (beperkte) risico van bestuurdersaansprakelijkheid in het kader van het verstrekken van financiële steun D.A. Viëtor & D.A. Scheenjes, Bestuurdersaansprakelijkheid en bancaire aansprakelijkheid in het kader van een acquisitiefinanciering, TFR 2012, afl. 6, p. 193.

2. Zie o.a. Viëtor & Scheenjes 2012, p. 193 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA 2013/247.

belang is van de vennootschap).³ Wat daarvan zij, in de praktijk is artikel 2:7 BW in wezen een papieren tijger. Er zijn ons geen uitspraken bekend waarin een geslaagd beroep op de de-rogerende werking van het vennootschappelijk belang in het kader van doeloverschrijding is gedaan.

Een vonnis van de Rechtbank Utrecht van 12 oktober 2011 (Aukema q.q./ING Commercial Finance) heeft menig bankier waarschijnlijk meer nachtrust gekost dan de twee hiervoor beschreven onduidelijkheden.⁴ In dat vonnis werd namelijk een bank jegens haar gezamenlijke medeschuldeisers aansprakelijk gehouden op grond van onrechtmatige daad in verband met een door die bank aan een doelwitonderneming verstrekte acquisitiefinanciering, welke onderneming na het aangaan van die financiering in financiële problemen was komen te verkeren.⁵ Volgens de curator van de doelwitonderneming had de bank onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren van de onderneming door, in strijd met haar jegens die crediteuren geldende zorgplicht, een onverantwoorde acquisitiefinanciering te verstrekken (die volgens de curator in strijd was of op gespannen voet stond met het destijds geldende art. 2:207c lid 2 BW). Subsidiair stelde de curator dat sprake was van doeloverschrijding, als gevolg waarvan de aan de bank verstrekte zekerheden vernietigbaar waren.

Het arrest ING Commercial Finance/Aukema q.q.

Inmiddels heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden arrest gewezen en de uitspraak van de Rechtbank Utrecht (gedeeltelijk) vernietigd.⁶ Menig bankier zal na lezing van dit arrest waarschijnlijk weer een stuk beter slapen. Het arrest is namelijk zowel ten aanzien van het leerstuk van bancaire aansprakelijkheid jegens medecrediteuren als ten aanzien van het leerstuk van doeloverschrijding gunstig voor de bank. Ten aanzien van beide leerstukken formuleert het hof een aantal zeer principiële overwegingen.

Bancaire aansprakelijkheid jegens medecrediteuren

Ten aanzien van bancaire aansprakelijkheid jegens medecrediteuren overweegt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dat in het algemeen geldt dat een financier van een professionele par-

tij zich de belangen van derden (zoals overige schuldeisers van de kredietnemer) niet hoeft aan te trekken, zolang die partij niet in financiële moeilijkheden verkeert en geen faillissement is te verwachten. Volgens het hof hoeft een financier in die situatie in beginsel ook geen onderzoek te doen naar de gevolgen van de financieringsstructuur voor de (verhaals)positie van de overige schuldeisers van de kredietnemer en het risico op insolventie. Ook bestaat volgens het hof geen verplichting voor de bank om na te gaan of verschaft cijfers wel klopten en of verschaft prognoses wel realistisch waren. Dat zou volgens het hof mogelijk anders zijn indien de bank ondanks de positieve indrukken en prognoses weet dat de financieringsstructuur wel tot een deconfiture moet leiden. Tegelijkertijd acht het hof dat echter niet erg aannemelijk; een bank heeft immers geen belang bij verstrekking van een nieuwe financiering indien die slechts tot een faillissement zou leiden. Dat in geval van een *leveraged buyout* het risico op financiële problemen toeneemt doordat de overname wordt gefinancierd door vreemd vermogen waarop moet worden afgelost en waarover rente betaald moet worden, doet volgens het hof aan het voorgaande niet af. Een *leveraged buyout* is immers, ook wanneer de aandelen worden verkregen door een lege vennootschap, een toegestane wijze van financiering en het behoort tot de taken van het bestuur van een vennootschap om de risico's van een dergelijke *leveraged buyout* te wegen en de haalbaarheid van een dergelijke financieringsconstructie te beoordelen. Het hof vindt het ook relevant indien het bestuur is bijgestaan door adviseurs en indien sprake is van een redelijk eenvoudige financieringsstructuur. Ten slotte staat het de financier volgens het hof vrij een positieverbetering na te streven ten koste van de positie van de overige schuldeisers (indien geen sprake is van financiële problemen), bijvoorbeeld door het bedingen van zekerheden. Kortom, ingeval sprake is van een financiering van een professionele partij die niet reeds in financiële problemen verkeert ten tijde van de verstrekking van de financiering, kan slechts onder bijzondere omstandigheden een onderzoeks-/zorgplicht (en aansprakelijkheid) van de financier jegens zijn medeschuldeisers worden aangenomen. Het hof noemt dat in de rechtspraak bijvoorbeeld reeds is uitgemakt dat op een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, een onderzoeksplicht kan rusten om vast te stellen of de kredietverlening verantwoord is.

De overwegingen van het hof sluiten aan bij de conclusie van A-G Timmerman voor het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2011.⁷ In die conclusie lijkt A-G Timmerman ook niet van een algemene bijzondere zorgplicht van banken jegens hun medeschuldeisers te willen weten. De A-G overweegt dat grote terughoudendheid moet worden betracht bij het aannemen van aansprakelijkheid van een bank jegens medeschulde-

3. Zie G. van Solinge, Doelomschrijving en zekerheidsstelling in concernverband, een pleidooi voor afschaffing van de ultra vires-regel van art. 2:7 BW voor de naamloze en de besloten vennootschap, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Wetboek (Serie Onderneming en Recht, deel 24), Deventer: Kluwer 2002, p. 116, P. van Schilfgaarde & J.W. Winter, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2009, p. 165 en Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 38) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2001, p. 133. Anders: D.A. Viëtor, Persoonlijke aansprakelijkheid en doeloverschrijding bij het verlenen van financiële steun, TFR 2007, afl. 13, p. 498 e.v. en J.H.L. Beckers, Art. 2:207c BW is vervallen – leve de steunverlening?, MvV 2014, afl. 5, p. 125.

4. Rb. Utrecht 12 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BT8710 (Aukema q.q./ING Commercial Finance). Zie ook het tussenvonnis van de Rechtbank Utrecht van 20 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI8113.

5. Zie kritisch over deze uitspraak Viëtor & Scheenjes 2012.

6. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6668 (ING Commercial Finance/Aukema q.q.).

7. HR 11 februari 2011, NJ 2011/305 (Ontvanger/ING). In dit arrest besliste de Hoge Raad dat in de gegeven situatie ook geen sprake was van een 'extra' zorgplicht voor de bank in kwestie.

sers en dat dus hoge eisen moeten worden gesteld aan de onderbouwing van een dergelijke vordering.⁸

Kortom, net zomin als dat het geval is bij bestuurdersaansprakelijkheidsvragen is voor bancaire aansprakelijkheidsvragen in het kader van een *leveraged buyout* sprake van *prima facie*-aansprakelijkheid.⁹

Doeloverschrijding

Ten aanzien van doeloverschrijding overweegt het hof – in lijn met vaste rechtspraak van de Hoge Raad¹⁰ – dat bij de beantwoording van de vraag of het doel is overschreden alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen en dat de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven niet alleen beslissend is. Het hof vervolgt dat in gevallen waarin de statutaire doelomschrijving de gewraakte rechtshandeling niet (uitdrukkelijk) toestond, de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat bij de beoordeling met name in aanmerking moet worden genomen of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling. Volgens het hof is er ingeval een rechtshandeling wel is toegestaan volgens de statutaire doelomschrijving in beginsel geen ruimte voor vernietiging door een rechtspersoon met een beroep op strijd met het vennootschappelijk belang. Immers, uit de parlementaire geschiedenis bij de invoering van artikel 2:6 BW (waarin de doeloverschrijding tot 1 januari 1992 was geregeld, en welk artikel dezelfde strekking had als het huidige art. 2:7 BW) blijkt dat de bepaling is ontleend aan artikel 9 lid 1 van de Eerste EEG-Richtlijn inzake het vennootschapsrecht. Dat artikel beoogde een aanmerkelijke verruiming van de derdenbescherming bij rechtshandelingen van een vennootschap die in strijd zijn met het statutaire doel van die vennootschap. Voor derden die met de rechtspersoon handelen, bestaat geen onderzoeksplicht naar de statutaire doelomschrijving van die rechtspersoon, zelfs niet als de statuten openbaar beschikbaar zijn. Uit die wetsgeschiedenis valt volgens het hof bovendien af te leiden dat met ‘doeloverschrijding’ is bedoeld ‘overschrijding van het doel zoals dat uit de statutaire omschrijving blijkt’ en niet een verdergaande ‘overschrijding van het vennootschappelijk belang’. Voor zover een rechtshandeling wel valt onder de statutaire doelomschrijving wordt de derde derhalve (in ieder geval) beschermd en kan hem in beginsel niet worden tegengeworpen dat hij wist (of had moeten weten) dat het belang van de vennootschap niet zou zijn gediend met de betrokken rechtshandeling. Dat een bank op financieel gebied deskundig is, is

volgens het hof onvoldoende om een uitzondering op dit uitgangspunt te rechtvaardigen. Ook hier geldt volgens het hof dat het primair aan het bestuur van de vennootschap is om de risico's van een *leveraged buyout* in te schatten en het vennootschappelijk belang in het oog te houden.

De overwegingen van het hof ten aanzien van de rol van het vennootschappelijk belang bij doeloverschrijding zijn in lijn met de reeds genoemde vaste rechtspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft tot dusverre immers alleen een ‘aanvullende werking’ van het vennootschappelijk belang aangenomen.¹¹ Er is geen rechtspraak van de Hoge Raad waaruit een derogerende werking van het vennootschappelijk belang is aangenomen. Dat ligt gezien de ratio achter artikel 9 lid 1 van de Eerste EEG-Richtlijn (zie hiervoor) ook niet voor de hand. Bij derdenbescherming past niet dat derden zouden moeten (proberen te) beoordelen of een bepaalde transactie in het belang van de wederpartij is.¹² Dit geldt des te meer nu het vennootschappelijk belang een erg vaag begrip is en voor derden moeilijk te interpreteren.¹³

De overwegingen van het hof ten aanzien van (de afwezigheid van) een onderzoeksplicht voor financiers sluiten aan bij hetgeen door de Hoge Raad reeds bevestigd is in het De Wereld-arrest. Volgens de Hoge Raad is uitgangspunt dat wederpartijen geen onderzoek hoeven te doen naar de statutaire doelomschrijving van een rechtspersoon, en daar doet niet aan af dat de wederpartij een op de markt deskundige vennootschap was (in dat geval betrof het een hypotheekbank).¹⁴

Zijstap: financieren van een uitkering aan aandeelhouders

Het komt voor dat een onderneming een uitkering aan haar aandeelhouders wil doen en die uitkering wil financieren met een (al dan niet geseceureerde) lening van een bank. Dit wordt wel een *leveraged recapitalization* genoemd.

Hoewel er voor een onderneming heel goede redenen kunnen zijn aan een *leveraged recapitalization* mee te werken,¹⁵ zijn banken daar vaak terughoudend in. Deze terughoudendheid komt enerzijds doordat de totale omvang van de financiering van de onderneming als gevolg van de *leveraged recapitalization* zal toenemen en de onderneming dus (relatief) risicovoller wordt, en anderzijds doordat het niet helemaal duidelijk is in hoeverre de bank moet onderzoeken of de (te financieren) uitkering wel voldoet aan de wettelijke voorwaarden en of de

8. Zie verder hierover F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 67 e.v., W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 130 e.v. en S.O.H. Bakkerus, Bancaire aansprakelijkheid (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 161 e.v.

9. Viëtor & Scheenjes 2012, p. 197.

10. Zie HR 7 februari 1992, NJ 1992/438 (Astro), HR 16 oktober 1992, NJ 1993/98 (De Wereld) en HR 20 september 1996, NJ 1997/149 (Playland).

11. Zie noot 10. Hetzelfde geldt voor de arresten gewezen door de verschillende gerechtshoven. Respectievelijk: Hof Den Haag 27 juni 1968, NJ 1978/43 (Nieuw Eykenduynen), Hof Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985/219 (Nesolas) en Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987/801 (Nederlands Grondbezit).

12. Zie Viëtor 2007, p. 498.

13. Zie bijv. C. Hamersma & R. Mellenbergh, Derdenwerking van het vennootschappelijk belang, OR 2013/58, onder 2.

14. HR 16 oktober 1992, NJ 1993/98 (De Wereld), r.o. 3.5.

15. Voor een uitleg over de beweegredenen voor een *leveraged recapitalization*, zie D.A. Viëtor, Leveraged buyouts, Ondernemingsrecht 2007, afl. 5, p. 185 e.v.

bank een risico loopt indien dat achteraf niet het geval zou blijken te zijn.

De vergelijking met artikel 2:207c lid 2 BW dringt zich op. Dat artikel bepaalde namelijk, kort gezegd, dat een doelwitonderneming (BV) een lening aan de koper van haar aandelen mocht verstrekken tot het bedrag van de vrij uitkeerbare reserves (de 'doorleenening').¹⁶ Bovendien werd de doorleenening in de praktijk vaak gefinancierd met een banklening aan de doelwitvennootschap.¹⁷

In het ING Commercial Finance/Aukema q.q.-arrest spreekt het Hof Arnhem-Leeuwarden zich uit over de vraag of een bank die de doorleenening financiert, moet onderzoeken of en in hoeverre aan de vereisten van artikel 2:207c lid 2 BW is voldaan. Volgens het hof is het aan het bestuur van de vennootschap om te beoordelen of artikel 2:207c lid 2 BW wordt geschonden of niet.¹⁸ Er is geen sprake van een zorgplicht van de betrokken financier. En het feit dat de bank wel had geïnformeerd of de doorleenening voldeed aan artikel 2:207c lid 2 BW – de bank had een verklaring van de accountant van de vennootschap ontvangen ten aanzien van de vrij uitkeerbare reserves die achteraf onjuist bleek – kan haar niet worden tegengeworpen. Volgens het hof heeft de bank (juist) meer zorg betracht jegens haar contractspartijen dan waartoe zij verplicht was. Het behoorde niet tot de zorgplicht van de bank (ook niet jegens haar contractspartijen) om de deugdelijkheid van de verklaring van de accountant te onderzoeken en/of te beoordelen.

Wij zijn van mening dat ook in het kader van de financiering van een uitkering aan aandeelhouders van een onderzoeks- of zorgplicht voor de bank in principe geen sprake is. Artikel 2:105 BW (voor de NV) en artikel 2:216 BW (voor de BV) zijn namelijk ook enkel gericht tot de vennootschap (en haar aandeelhouders).¹⁹ Het is dus primair aan het bestuur (en de aandeelhouders) of de uitkering mogelijk is of niet. De bank die bereid is de uitkering te financieren, staat daarbuiten. Naar onze mening bestaat in zijn algemeenheid geen onderzoeks- of zorgplicht voor wederpartijen naar 'interne vennootschappelijke aangelegenheden'. Dit uitgangspunt geldt ook als de wederpartij een bank is.

Conclusie

Door de afschaffing van het steunverbod zal de bank die een acquisitiefinanciering heeft verstrekt, in ruimere mate zekerheden kunnen bedingen. Het ligt naar onze mening voor de hand dat een curator in een eventueel faillissement van die

kredietnemer zijn pijlen in toenemende mate op de bank zal richten, bijvoorbeeld door jegens die bank een onrechtmatige-daadsactie in te stellen of door een beroep te doen op doeloverschrijding. Temeer omdat de bank vaak *deeper pockets* heeft en dus meer verhaal zal kunnen bieden dan individuele bestuurders. Uit het ING Commercial Finance/Aukema q.q.-arrest kan worden afgeleid dat de curator niet snel in een aansprakelijkheidsactie jegens de bank of een beroep op doeloverschrijding zal slagen.

16. Eerder in gelijke zin: Viëtor & Scheenjes 2012, p. 197 e.v.

17. Deze financieringsstructuur was immers door de Hoge Raad uitdrukkelijk gesanctioneerd in het Muller q.q./Rabobank Katwijk-arrest, HR 7 mei 2004, NJ 2004/360.

18. Zie voor bestuurdersaansprakelijkheid in het kader van art. 2:207c lid 2 BW Hof Den Bosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1902, JOR 2014/230.

19. Zie bijv. Kamerstukken II 2008/09, 31058, 6, p. 3 ten aanzien van art. 2:216 BW.