

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/184123>

Please be advised that this information was generated on 2021-10-18 and may be subject to change.

# Art. 2:207c BW is vervallen – leve de steunverlening?

Mr. J. H. L. Beckers \*

## 1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van het nieuwe BV-recht op 1 oktober 2012 is art. 2:207c van het Burgerlijk Wetboek (BW) komen te vervallen. In die bepaling werd geregeld onder welke voorwaarden de vennootschap behulpzaam mocht zijn bij de aankoop van haar eigen aandelen. In dit verband wordt ook wel van (financiële) steunverlening gesproken.

Het leerstuk van de steunverlening behoort tot de rechtsgeschiedenis. Dat wil zeggen: naar huidig recht is niet meer van belang of een bepaalde transactie moet worden gekwalificeerd als steunverlening. In plaats daarvan moeten de effecten daarvan voor de bij de vennootschap betrokken partijen worden getoetst binnen de algemene kaders, waaronder dat van het aansprakelijkheidsrecht. Deze regimewijziging past in een bredere trend binnen het Nederlandse vennootschapsrecht, waarin digitaal wetgeversrecht met de nadruk op abstracte vermogens- en crediteurenbescherming<sup>1</sup> wordt vervangen door analogoog recht, waarbij per geval moet worden getoetst of schuldeisers daadwerkelijk benadeeld zijn.<sup>2</sup>

Om een aantal redenen verdient steunverlening desondanks blijvend de aandacht. Voor dochter-BV's van een NV geldt nog steeds het verbod van art. 2:98c BW.<sup>3</sup> Voor 'oude gevallen' kan bovendien art. 2:207c BW (oud) op grond van het overgangsrecht nog van toepassing zijn. Steunverlening is bovendien nog steeds aan toetsing onderhevig in diverse normatieve kaders, waaronder de algemene regels voor bestuurs-handelen. Dat was al zo onder het oude recht, maar de hernieuwde belangstelling daarvoor leidt vrijwel zeker tot nieuwe vragen en inzichten.

In deze bijdrage bespreek ik eerst kort de belangrijkste knelpunten onder art. 2:207c BW (oud) en de manier waarop daarmee in de praktijk is omgegaan (par. 2.1) en het overgangsrecht (par. 2.2). Vervolgens komt de toetsing van steunverlening naar huidig recht aan de orde, waarbij achtereenvolgens zal worden ingegaan op aansprakelijkheid als alternatieve

sanctionering van steunverlening (par. 3.2), de betekenis van de regels inzake doeloverschrijding (par. 3.3) en tegenstrijdig belang (par. 3.4) en tot slot de *pauliana* (par. 3.5).

## 2 Steunverlening onder art. 2:207c BW (oud)

### 2.1 Knelpunten, oplossingen en onduidelijkheid

Voor de praktijk is art. 2:207c BW (oud) altijd een *pain in the ass* geweest,<sup>4</sup> zij het dat men zeer creatief is geweest in het bedenken van alternatieve financieringsconstructies. Enkele constructies die als min of meer veilig werden beschouwd, zijn:<sup>5</sup>

#### – Doorlening

De doelwitvennootschap leent een bedrag bij de bank, waarvoor zij zekerheid verschaft, en leent het ingeleende bedrag door aan de koper van haar aandelen.<sup>6</sup> Een variant daarop is het aangaan van een lening door de doelwitvennootschap bij de bank onder zekerheidstelling, die ertoe strekt haar reserves liquide te maken (stap 1). Dit biedt de doelwitvennootschap de ruimte om een dividenduitkering aan de koper van haar aandelen te doen (stap 2), die deze in staat stelt – een deel van – de koopsom te voldoen.<sup>7</sup> Met name in het kader van een *leveraged buyout* (LBO), een financieringsvariant waarbij hoofdzakelijk vreemd vermogen wordt aangetrokken ten laste van de doelwitvennootschap, worden beide varianten frequent gehanteerd.<sup>8</sup>

#### – Koopsom ingebed in groter geheel

De doelwitvennootschap verstrekt een lening aan de nieuwe aandeelhouder ten behoeve van het overnemen van een

4. Zie ook S. Mol, Top 10 juridische issues bij private equity transacties, TOP 2010, p. 146 e.v.

5. Incidenteel ging de zaak onderuit, zie bijv. Rb. Utrecht 7 september 2011, JOR 2012/137 m.nt. Van Boxel, hetgeen overigens leidde tot aansprakelijkheid van de adviseur. Zie over de positie van de adviseur onder het nieuwe recht hierna par. 3.2 sub d.

6. Sinds HR 22 juni 2004, NJ 2004/360 m.nt. Maeijer (Muller q.q./Rabobank-Katwijk) is duidelijk dat deze constructie niet werd geraakt door het verbod van art. 2:207c lid 1 BW (oud). Wel diende de doelwitvennootschap uit hoofde van lid 2 een niet-uitkeerbare reserve ter hoogte van het geleende bedrag aan te houden.

7. Deze constructie werd gebruikt in Hof Den Bosch 29 december 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BL3507. Hier bleef in het midden of art. 2:207c BW (oud) dit toestond.

8. Over LBO's zie D.A. Viëtor, Leveraged buyouts, Ondernemingsrecht 2007/60, p. 185-190. Zie nader over steunverlening in het kader van een LBO J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (diss. Amsterdam UvA) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 120), Deventer: Kluwer 2014, p. 428-430.

\* Mr. J.H.L. Beckers is wetenschappelijk medewerker bij NautaDutilh te Amsterdam en verbonden aan het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1. Voor de toelaatbaarheid onder art. 2:207c BW (oud) was niet van belang of crediteuren benadeeld werden, zie Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV1590 (r.o. 7.7).

2. Vgl. L. Timmerman, Van digitaal naar analogoog vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie tussen vennootschapsystemen, Ondernemingsrecht 2003, p. 38-42.

3. Zie art. 2:98c lid 1, laatste zin, BW. Vgl. M. van Olffen, Steunfinanciering, in: De financiering van de onderneming (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 95.

vordering van de oude aandeelhouder op de vennootschap door die nieuwe aandeelhouder; als de vordering het enige actief is, bedraagt de koopsom voor de aandelen een symbolisch bedrag.<sup>9</sup> Een variant daarop is de overname van een schuld van de verkoper aan de doelwitvennootschap door de koper.<sup>10</sup>

– *Schuiven met rechtspersonen*

De koper of een speciaal daartoe opgerichte vennootschap leent de koopsom bij de bank en fuseert met de doelwitvennootschap; de bank verkrijgt zekerheidsrechten ten laste van het fusieproduct.<sup>11</sup> In een variant hiervan verdwijnt de doelwitvennootschap tijdelijk uit beeld (men spreekt van ‘ontdochtering’), verschaft zekerheden voor de bancaire lening, waarmee haar nieuwe ‘moeder’ de koopsom betaalt, en verschijnt weer in beeld door uitoefening van een tevoren verleende terugkoopoptie.<sup>12</sup>

Of deze constructies art. 2:207c-proof waren, hing voornamelijk af van de uitleg van het element ‘met het oog op’. Naar aanleiding van het Muller q.q./Rabobank-arrest uit 2004 werd aangenomen dat dit element restrictief geïnterpreteerd moest worden, maar in de lagere rechtspraak werd daarover ook wel anders geoordeeld.<sup>13</sup> Hierdoor ontstond alsnog de nodige onzekerheid.<sup>14</sup>

## 2.2 Overgangsrecht

Bij de bespreking van het overgangsrecht moet onderscheid worden gemaakt tussen de wettelijke regeling (sub a) en statutaire bepalingen die naar de wettelijke regeling verwijzen of de inhoud daarvan weergeven (sub b).

### a. Wet

De Invoeringswet Flex-BV<sup>15</sup> verklaart delen uit de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) van overeenkomstige toepassing op de wijzigingen ingevolge de Wet Flex-BV. Voor art. 2:207c BW (oud) is niet in een specifieke overgangsregeling voorzien, zoals voor enkele andere bepalingen uit de Flex-BV. Uitgangspunt is onmiddellijke werking (art. 68a Overgangswet NBW); dat betekent dat in beginsel steunverlening per 1 oktober 2012 is toegestaan. Daarop worden verschillende uitzonderingen gemaakt, die onder meer afhankelijk zijn van de aan de desbetreffende bepaling verbonden sanctie. Voor nietige rechtshandelingen geldt een ander regime (art. 81) dan voor vernietigbare rechtshandelingen (art. 80).

Reeds lange tijd werd in de literatuur vrij algemeen aangenomen dat art. 2:207c BW (oud) leidt tot nietigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen.<sup>16</sup> Op grond van art. 81 lid 1 Overgangswet NBW wordt een nietige rechtshandeling van voor 1 oktober 2012 met terugwerkende kracht geldig en onaantastbaar, mits geen belanghebbende zich vóór die datum op de nietigheid heeft beroepen. Onlangs heeft de Hoge Raad de nietigheidssanctie impliciet bevestigd door de regeling van art. 81 Overgangswet BW toe te passen.<sup>17</sup> Dat hij in dat kader opmerkt dat de desbetreffende rechtshandeling ‘kan worden vernietigd’, is niet geheel juist,<sup>18</sup> maar doet daaraan niet af. Eerder had de Hoge Raad ook al laten doorschemeren dat er sprake was van nietigheid door op een bestaande 207c-casus art. 81 lid 1 Overgangswet NBW toe te passen.<sup>19</sup> De omstandigheid dat de Hoge Raad zich in deze zaak niet ten principale uitte over de sanctie op schending van art. 2:207c BW – centraal stond de prejudiciële vraag of verpanding van een verzekeringsportefeuille mogelijk was – lijkt mij niet van belang.

In de literatuur is erop gewezen dat de wetgever van vernietigbaarheid lijkt uit te gaan omdat in de memorie van toelichting bij de Invoeringswet wordt verwezen naar art. 74 Overgangswet NBW, waar de gevolgen van inwerkingtreding voor lopende procedures zijn geregeld (zie nader hierna).<sup>20</sup> De nietigheid hoeft niet in rechte te worden vastgesteld. Dat

9. Rb. Den Bosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4860.  
10. Rb. Arnhem 20 mei 2009, JOR 2010/6 m.nt. Leijten onder JOR 2010/7. In de literatuur werd aangenomen dat art. 2:207c BW (oud) hieraan in beginsel niet in de weg stond, aldus D. Ohman, Tegenstrijdig belang en aanwijzingsbesluit, Bb 2010/10.  
11. Zie Bartman/Dorresteyn 2013, par. XI.3.4; D.A. Viëtor & D.A. Scheenjes, Bestuurdersaansprakelijkheid en bancaire aansprakelijkheid in het kader van een acquisitiefinanciering, Financieel Recht 2012, p. 192 en W.J. Oostwouder, Management Buy-out (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 27), Deventer: Kluwer 1996, p. 279-280.  
12. Bartman/Dorresteyn 2009, par. XI.3.4 en Oostwouder 1996, p. 277-278.  
13. Restrictief: HR 22 juni 2004, NJ 2004/360 (Muller q.q./Rabobank-Katwijk) en Rb. Gelderland 12 juni 2013, JOR 2014/1 m.nt. Van Thiel. Ruim(er) daarentegen Rb. Arnhem 1 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8538, Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV1590 (VEWA), Rb. Utrecht 20 mei 2009 en 12 oktober 2011, JOR 2011/382 m.nt. Bartman (Aukema q.q./ING Commercial Finance) (in laatstgenoemde zaak laat de rechtbank in het midden of art. 2:207c BW (oud) geschonden was, maar oordeelt tegelijk dat ‘niet in geschil [is] dat het financieren van haar eigen aankoop hier aan de orde was voor de Huigen Groep als geheel’).  
14. Onduidelijk was bijvoorbeeld of in geval van een lening ter financiering van volstorting, de volgestorte aandelen als onderpand mochten strekken, vgl. de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 11 juli 2003, NJ 2003/630 m.nt. Maeijer (Bas-C), waar overigens het omgekeerde geval speelde, dat het op de aandelen gestorte bedrag werd uitgeleend door de vennootschap.

15. Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012, 300 en 301.  
16. Zie voor verwijzingen Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/177. Als *dissenting opinion* noem ik hier enkel Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman, Van de BV en de NV, Deventer: Kluwer 2013/28 (gebrek in vertegenwoordigingsbevoegdheid) en Oostwouder 1996, p. 290-291 (vernietigbaarheid).  
17. HR 24 januari 2014, NJ 2014/177 m.nt. Van Schilfgaarde (Sansto c.s./Reiziger q.q.). Dit oordeel is ook van belang voor het voor de NV nog steeds geldende verbod op financiële steunverlening (art. 2:98c BW).  
18. Het objectieve recht werkt immers uit eigen kracht, zonder dat daartoe een rechterlijke uitspraak nodig is, zie J. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 113. Zie over de begripsverwarring ook p. 123 e.v.  
19. HR 31 mei 2013, JOR 2013/228 m.nt. Steneker.  
20. M.L. Lennarts & H.E. Boschma, Een nieuwe stap voorwaarts in de richting van de Flex-BV: het wetsvoorstel Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, WPNR (2010) 6857.

neemt natuurlijk niet weg dat dat wel *kan*.<sup>21</sup> Bovendien, gelet op het feit dat elders in de toelichting expliciet van nietigheid wordt gerept, lijkt mij niet aannemelijk dat hieruit mag worden afgeleid dat volgens de wetgever sprake is van vernietigbaarheid. Ten slotte, zou toch worden uitgegaan van vernietigbaarheid, dan zou de daaruit voortvloeiende toepasselijkheid van art. 80 lid 1 Overgangswet BW tot het ongewenste gevolg leiden dat de rechtshandeling met onmiddellijke werking geldig wordt; derden kunnen haar niet meer aantasten.

*Art. 81 lid 3 Overgangswet NBW*

Een als gevolg van art. 2:207c BW (oud) nietige rechtshandeling kan worden bekrachtigd, mits alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt, aldus volgt uit art. 81 lid 3 Overgangswet NBW.<sup>22</sup> Dit vereiste kwam aan de orde in een interessante casus die aan de Amsterdamse voorzieningenrechter werd voorgelegd.<sup>23</sup> De vennootschap in kwestie beriep zich op de nietigheid van een financieringsconstructie ex art. 2:207c BW (oud) om onder haar verplichtingen als medeschuldenaar uit te komen. De verkopende aandeelhouders wilden de vennootschap uit hoofde van de financieringsconstructie aanspreken en moesten zich dus wel op het standpunt stellen dat die geldig was. Probleem echter was dat zij zich in een tweetal andere procedures tegen onder meer de bestuurders van de inmiddels failliete koper op de vernietigbaarheid c.q. nietigheid hadden beroepen.<sup>24</sup> De voorzieningenrechter loste dit op via de band van art. 3:50 BW, dat voorschrijft dat een buitengerechtelijke verklaring die een rechtshandeling vernietigt, gericht moet worden tot hen die partij bij de rechtshandeling zijn. Nu in casu niet jegens de vennootschap een beroep was gedaan op vernietigbaarheid, maar in een geding waarbij zij geen partij was, oordeelde de rechter dat steunverlening krachtens het overgangsrecht geldig was. Die uitkomst is op zichzelf bevredigend,<sup>25</sup> al had het wellicht meer voor de hand gelegen om dit te benaderen via de bekrachtigingsregeling voor nietige rechtshandelingen van art. 3:58 BW, die model stond voor art. 81 Overgangswet NBW.<sup>26</sup> Een open vraag blijft of in een voorkomend geval in de ene

procedure de nietigheid bepleit kan worden, zonder dat dit de geldigheid van de desbetreffende rechtshandeling in een andere procedure raakt.

*Aanhangige gerechtelijke procedures*

Het van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 74 Overgangswet BW brengt mee dat de wijzigingen uit de Flex-BV in beginsel geen invloed hebben op lopende gerechtelijke procedures. Hiervoor kwam al aan de orde dat deze bepaling ook een rol kan spelen bij procedures omtrent nietige steunverlening.<sup>27</sup> In de rechtspraak inzake het overgangsrecht is daarvoor enige steun te vinden.<sup>28</sup>

Indien de curator onder art. 2:207c BW (oud) de nietigheid van een steuntransactie heeft ingeroepen, kan hij de grondslag wijzigen in een aansprakelijkstelling van bestuurders.<sup>29</sup> Dat zal in de regel met zich brengen dat de eiser een andere partij moet dagvaarden (de bestuurders).<sup>30</sup> Er moet dan een nieuwe dagvaarding worden uitgebracht, behalve in gevallen waarin schending van art. 2:207c BW ten grondslag is gelegd aan een vordering die strekt tot bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>31</sup>

*b. Statuten*

De vraag is wat de betekenis is van een statutaire bepaling die na 1 oktober 2012 nog een verbod op financiële steunverlening kent (hierna: statutaire 207c-bepaling).

Een voorvraag is of een dergelijke bepaling reeds nietig is ex art. 2:25 BW nu Boek 2 BW niet voorziet in de mogelijkheid van statutaire afwijking op dit punt. Het antwoord moet mijns inziens ontkennend luiden. Art. 2:25 BW vereist een wettelijke grondslag voor afwijkingen. Daarvan kan moeilijk worden gesproken bij een geval waarin de wet niet voorziet. Veeleer gaat het hier om een – mijns inziens toelaatbare – aanvulling van de wet.<sup>32</sup> Op het rechtsgevolg van een dergelijke aanvulling kom ik hierna terug.

Krachtens het overgangsrecht wordt een beding dat naar een vóór het in werking treden van de wet geldend wetsartikel verwijst of de zakelijke inhoud daarvan weergeeft, geacht een verwijzing naar of een weergave van de nieuwe wet in te houden, tenzij dit niet in overeenstemming zou zijn met de strekking van het beding (art. 71 Overgangswet NBW). Een statutaire 207c-bepaling mag dus in beginsel voor ongeschreven worden gehouden voor wat betreft de nietigheidssanctie

21. Zie ook Rb. Amsterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3184, waarin de vennootschap zich op de nietigheid beriep om onder haar verplichtingen als medeschuldenaar onder een financieringsconstructie aangaande haar eigen overname uit te komen. Vgl. J.D.M. Schoonbrood, Overgangsrecht Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht, WPNR (2012) 6933 in het kader van art. 2:207 lid 2 BW. Verderop lijkt Schoonbrood de toepasselijkheid van art. 74 weer wel te beperken tot vernietigbare rechtshandelingen.

22. Deze regeling is ontleend aan art. 3:58 BW.

23. Rb. Amsterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3184.

24. Mogelijk was de gedachte dat de nietigheid een vereiste voor aansprakelijkheid is, zie nader hierna.

25. Vgl. H. Koster, Financiële steunverlening, artikel 2:207c BW (oud) en overgangsrecht, Bb 2013/46, volgens wie art. 81 lid 3 OBW lijkt te impliceren dat het 'op de nietigheid hadden kunnen beroepen' jegens de vennootschap had dienen te geschieden.

26. Afgezien van het feit dat de voorzieningenrechter abusievelijk het spoor van de vernietigbaarheid volgt (zie eerder), gaat zij uit van inwerkingtreding van de Flex-BV op 1 augustus 2012 in plaats van 1 oktober 2012.

27. Idem Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/247. Anders: Lennarts & Boschma 2010 en – zo lijkt – Schoonbrood 2012.

28. Zie Hof Den Bosch 23 april 2013, JOR 2013/169 m.nt. Van Thiel.

29. Aldus ook Kamerstukken II 2009/10, 32426, 3, p. 21.

30. Zie bijv. Hof Den Bosch 23 april 2013, JOR 2013/169 m.nt. Van Thiel. Die curator had zijn stellingen dan wel niet aangepast na inwerkingtreding van de Flex-BV, maar dat leidde niet tot problemen omdat ook zonder art. 2:207c BW (oud) aansprakelijkheid kan bestaan in geval van financiële steunverlening (zie r.o. 4.14.).

31. Lennarts & Boschma 2010.

32. H.J. de Kluiver & M. Meinema, Dwingend vennootschapsrecht na de Wet herziening preventief toezicht en de mogelijkheden van statutaire of contractuele afwijking en aanvulling, WPNR (2002) 6503, p. 648-650. Vgl. het rapport van de commissie-De Kluiver, p. 79 ('Bovendien kunnen de statuten deze mogelijkheden van het doen van financiële steunverlening steeds beperken of uitsluiten').

(zie hierna).<sup>33</sup> De strekking van een beding zal dit uitgangspunt niet gemakkelijk opzij kunnen zetten. Met andere auteurs ben ik van mening dat, juist omdat art. 2:207c BW (oud) als praktisch knellend en door velen als overbodig wordt beschouwd, niet snel mag worden aangenomen dat beoogd is het verbod te handhaven.<sup>34</sup> In ieder geval mag dat niet worden afgeleid uit het enkele feit dat bij een gedeeltelijke statutenwijziging de verwijzing naar of de weergave van art. 2:207c BW (oud) is blijven staan. Naar verwachting zal het vaststellen – en bewijzen – van een andersluidende strekking, zoals hiervoor bedoeld, niet meevallen. Het overgangsrecht spreekt zich voor het overige niet uit over de gevolgen van een gehandhaafde statutaire 207c-bepaling. Duidelijk is dat het niet mogelijk is in de statuten de nietigheidgrond te handhaven nu de wet daartoe de mogelijkheid niet opent, zoals bij de regels over inkoop (zie art. 2:207 lid 4 jo. art. 2:207a lid 1 BW).<sup>35</sup> Of een statutaire 207c-bepaling andere gevolgen kan hebben, is minder duidelijk. Zo kan men zich afvragen of een statutaire 207c-bepaling tot een nietig (bestuurs)besluit kan leiden ex art. 2:14 BW en of het verwijtbaarheidsvermoeden uit Berghuizer Papierfabriek en Willemsen/NOM van toepassing is (zie nader par. 3.2 sub a). Enerzijds is het een aantrekkelijke gedachte om de overgangsrechtelijke regel door te trekken en aldus een statutaire 207c-bepaling – ook buiten het overgangsrecht – voor ongeschreven te houden, tenzij de strekking ervan zich hiertegen verzet. Anderzijds zou dit ernstig afbreuk doen aan de rechtszekerheid; een statutaire bepaling voor wat betreft de vermogensrechtelijke gevolgen voor ongeschreven houden, is toch iets anders dan dat te doen voor alle mogelijke normatieve kaders waarbinnen zij een rol kan spelen. Bovendien lijken complexe procedures over de mogelijke strekking van een statutaire 207c-bepaling onvermijdelijk. Al met al neig ik ernaar dat een statutaire 207c-bepaling – buiten het overgangsrecht – niet kan worden weggedacht. Wil men hier problemen voorkomen, dan zullen de statuten moeten worden aangepast. Mijn opvatting brengt onder meer met zich dat handelen in strijd met een statutaire 207c-bepaling leidt tot een nietig bestuursbesluit ex art. 2:14 BW; de daarop voortbouwende feitelijke steunverlening kan als onverschuldigd betaald op de voet van art. 6:203 e.v. BW worden terug-

gevorderd.<sup>36</sup> Hieronder komen de overige mogelijke rechtsgevolgen nog aan bod.

### 3 Steunverlening in het post-207c-tijdperk

#### 3.1 Inleiding

Steunverlening zal ook na het schrappen van art. 2:207c BW (oud) een aandachtspunt blijven. Voor de verbodsnorm komt geen concrete norm in de plaats, maar wordt volgens de toelichting – naar Engels voorbeeld – teruggevallen op de algemene regels voor bestuurshandelen, zoals de regels voor behoorlijke taakvervulling door bestuurders (art. 2:9 BW) en de tegenstrijdigbelangregeling (art. 2:256 BW).<sup>37</sup> Deze regels golden ook al onder het oude recht, maar vervulden een secundaire rol naast de nietigheidssanctie. In de literatuur over steunverlening in het post-207c-tijdperk is vooral aandacht geweest voor mogelijke aansprakelijkheid van de verschillende bij steunverlening betrokkenen partijen (par. 3.2). Bedacht moet worden dat het aansprakelijkheidskader voor crediteuren niet zaligmakend is; interne aansprakelijkheid via art. 2:9 BW is om voor de hand liggende redenen buiten faillissementssituaties betrekkelijk zeldzaam en externe aansprakelijkheid ex art. 2:248 en 6:162 BW zal niet zelden leiden tot een niet (volledig) verhaalbare claim.<sup>38</sup> In het onderstaande bespreek ik de regels inzake doeloverschrijding (par. 3.3), tegenstrijdig belang (par. 3.4) en de *pauliana* (par. 3.5). Grotendeels buiten beschouwing blijven de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW), het gelijkheidsbeginsel (art. 2:92 BW)<sup>39</sup> en de toetsing in het enquêterecht.<sup>40</sup>

#### 3.2 Aansprakelijkheid

De wetgever valt voor de normering van steunverlening terug op de algemene regels, waaronder de regels voor behoorlijke taakvervulling door bestuurders. Om misverstanden te voorkomen zij hier reeds opgemerkt dat steunverlening in beginsel is toegestaan. Pas indien onvoldoende zorgvuldig wordt gehandeld, is aansprakelijkheid aan de orde. In het onderstaande bespreek ik het aansprakelijkheidskader voor bestuurders (sub a), externe financiers (sub b), aandeelhouders (sub c) en adviseurs (sub d).

33. Dat lijkt ook de tendens in de in deze bijdrage genoemde rechtspraak over het overgangsrecht (al kan het natuurlijk zijn dat eisers zich niet hebben beroepen op een eventuele statutaire regeling).

34. J.M. Blanco Fernández, Standaard clausules bij statuten van BV's: aard en overgangsrecht, WPNR (2013) 6962, p. 113. Volgens anderen rechtvaardigt het enkele feit dat het hier gaat om kapitaalbescherming een strenge toetsing van de partijbedoeling, zie aldus Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/115 en Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, Invoering flex-BV – een nieuw statutair speelveld, TOP 2012, p. 69. Laatstgenoemden betogen dat dat anders kan zijn bij statutaire bepalingen 'in de sfeer van zeggenschap', waarbij zij als voorbeeld noemen het inmiddels vervallen vereiste van voorafgaande machtiging bij inkoop van aandelen. Uit dit voorbeeld blijkt mijns inziens dat het onderscheid tussen zeggenschap en kapitaalbescherming niet goed te maken is.

35. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/247.

36. De steunverlening is niet slechts onverschuldigd, maar tevens onverplicht. Dat heeft gevolgen voor een eventuele *actio pauliana*, zie Rb. Midden-Nederland 16 januari 2013, JOR 2013/97 m.nt. Barneveld. Rechtstreekse vernietiging van de steunverlening zelf is mogelijk indien er sprake is van doeloverschrijding (waarover par. 3.3)

37. Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 65-66 en Kamerstukken I 2009/10, 32426, C, p. 21.

38. Bestuurders hebben geen oneindig diepe zakken en zijn niet tot in het oneindige verzekerd, vgl. J. Barneveld, Financiering van de Flex-BV en de aansprakelijkheid van derden, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 115), Deventer: Kluwer 2013, p. 178 en Oostwouder 1996, p. 299.

39. Vgl. daarover Van Olfen 2006, p. 95, die steunfinanciering in beginsel in strijd met het gelijkheidsbeginsel acht, tenzij het (aantoonbaar) in het belang van de vennootschap is dat de desbetreffende partij een belang neemt of haar belang uitbreidt.

40. Zie met name Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, JOR 2010/189 m.nt. Stevens (PCM), waarin de desbetreffende financieringsconstructie mede aanleiding gaf tot het oordeel wanbeleid.



### a. Bestuurders

Een van de belangrijkste vragen is welke maatstaf geldt voor bestuurdersaansprakelijkheid wegens steunverlening. In het voorbereidende ontwerp van de commissie-De Kluiver werd in overweging gegeven het verbod van art. 2:207c BW (oud) te vervangen door een systeem geënt op de nieuwe norm voor dividenduitkeringen van art. 2:216 BW, waarin het bestuur moet toetsen of de vennootschap na de uitkering kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.<sup>41</sup> Ook anderen hebben bepleit het uitkeringskader uit te breiden naar materiële uitkeringen, waaronder financiële steunverlening.<sup>42</sup> Getuige de parlementaire geschiedenis heeft de wetgever dat overwogen, maar kennelijk de voorkeur gegeven aan de algemene regels inzake bestuurshandelen, waaronder art. 2:9 BW. In de memorie van toelichting staat te lezen:

‘Bij het verlenen van financiële steun is het in de voorgestelde regeling aan het bestuur om te beoordelen of die handelingen in het belang zijn van de vennootschap en wat de gevolgen zijn voor de financiële positie voor de vennootschap. Evenzeer als bij andere transacties die door het bestuur namens de vennootschap worden aangegaan, geldt hierbij de sanctie van aansprakelijkheid indien niet de vereiste zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Dit betekent onder andere dat steuntransacties niet mogen worden aangegaan tegen voorwaarden die niet aan gebruikelijke marktvoorwaarden zijn onderworpen of zeer ongunstig uitwerken voor de vennootschap.’<sup>43</sup>

Voor niet-toepasselijkheid van de uitkeringsnorm van art. 2:216 BW bij steunverlening<sup>44</sup> valt ook wel wat te zeggen. Niet elke lening of andere steunverlening aan een aandeelhouder (of een derde) kwalificeert als een uitkering. Daarvan zal pas sprake zijn bij onzakelijke voorwaarden<sup>45</sup> of transacties die anderszins een om-nietkarakter hebben. Kwalificatieproble-

men lijken hierbij onvermijdelijk.<sup>46</sup> Een ander argument tegen toepasselijkheid van art. 2:216 BW is de nadruk die de minister legt op het vennootschappelijk belang als toetsnorm bij steunverlening (zie hierna). Onder de uitkeringstest van art. 2:216 lid 2 BW gaat het slechts om het crediteurenbelang; daarbuiten komt het bestuur geen discretionaire bevoegdheid toe om goedkeuring zoals bedoeld in lid 2 te weigeren.<sup>47</sup> Het risico bestaat dat rechters toch zullen neigen naar de uitkeringstoets van art. 2:216 BW.<sup>48</sup> Deze toets heeft als voordeel boven de algemene aansprakelijkheidsnormen dat hij een concreet instrument bij de toetsing van bestuurshandelen biedt en dat hij zich in beginsel laat toepassen op het hele spectrum van vermogensonttrekkingen, ongeacht in welke vorm zij plaatsvinden. Dat moge zo zijn, gelet op de hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis is er mijns inziens sprake van een *Analogieverbot*.

Aangenomen dat art. 2:216 BW niet geldt,<sup>49</sup> rijst de vraag onder welke voorwaarden steunverlening tot bestuurdersaansprakelijkheid kan leiden. Vaststaat dat het bestuur steeds een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt, ongeacht welke aansprakelijkheidsnorm van toepassing is (relevant zijn art. 2:9, 2:248<sup>50</sup> en 6:162 BW).<sup>51</sup> Waarvan het bestuur een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt, is echter niet duidelijk. Klaarblijkelijk heeft men zich niet willen branden aan een concrete norm. Dat is ergens wel begrijpelijk, maar valt toch te betreuren. Dat het vennootschappelijk belang in dit verband wordt genoemd, werkt ook niet verhelderend.<sup>52</sup> Bij andere vormen van vermogensonttrekking speelt dit immers geen rol. In het kader van art. 2:216 BW heeft de minister toetsing aan het vennootschappelijk belang zelfs expliciet uitgesloten (zie eerder).

41. Een en ander werd gecompliceerd door het vereiste van een niet-uitkeerbare reserve voor zover voor de verplichtingen jegens de vennootschap geen adequate zekerheden zouden zijn gesteld, zie het rapport van 6 mei 2004, p. 86.

42. Zie aldus K. Hooft, *The Financial Assistance Provision: Origins, Evolution and Future*, *European Company Law* 2011, p. 159-160; F.L. van Dijk & V.L. Veenma, *De wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht en de gevolgen van de afschaffing van artikel 2:207c BW voor de praktijk*, *O&F* 2008, afl. 3, p. 120-121; B. Bier, *Uitkeringen aan aandeelhouders* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 42), Deventer: Kluwer 2003, p. 271 en H.E. Boschma, M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, *Alternatieve systemen van kapitaalbescherming*, Eindrapport d.d. 18 augustus 2005, p. 79.

43. Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 65-66.

44. Dit wordt uiteraard anders indien de steunverlening bestaat uit een dividenduitkering, zoals bijvoorbeeld aan de orde in de *Air Holland-casus* (HR 19 december 2008, JOR 2009/172).

45. Vgl. Barneveld 2014, p. 430 e.v. Dit lijkt ingegeven door het feit dat sinds de *Flex-BV* geen minimumkapitaal meer hoeft te worden aangehouden; er is – in zijn woorden – niet langer sprake van een op de balans gefixeerde grens aan (formele) uitkeringen die door materiële uitkeringen kan worden omzeild. Die redenering legt minder gewicht in de schaal als het gaat om financiële steunverlening, waarbij de achterliggende gedachte was – en naar ik aanneem nog steeds is – het voorkomen van omzeiling van de inkoopbepalingen (Kamerstukken II 1978/79, 15304, 3, p. 40).

46. Bij andere quasiuitkeringen, zoals inkoop en kapitaalvermindering, doet dat probleem zich niet voor, omdat in de regels ter zake de uitkeringstest van art. 2:216 lid 2 BW is overgenomen.

47. Althans dat lijkt te volgen uit het bij nota van wijziging aan lid 2 toegevoegde ‘slechts’, zie Kamerstukken II 2008/09, 31058, 7, p. 7. Zie over de achtergrond daarvan Barneveld 2014, p. 407-408.

48. Idem Bartman in zijn noot onder Rb. Utrecht 20 mei 2009 en 12 oktober 2011, JOR 2011/382 (Aukema q.q./ING Commercial Finance) en Van Dijk & Veenma 2008, p. 120-121.

49. Anders: M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, *De positie van de directeur-groootaandeelhouder in het nieuwe BV-recht*, *TvOB* 2011, afl. 5, p. 118 (zij merken althans op dat art. 2:207 en 2:207c BW eenzelfde toets als art. 2:216 BW bevatten).

50. Ondanks dat de wetgever art. 2:248 BW niet expliciet heeft genoemd bij het schrappen van art. 2:207c BW (oud), is deze bepaling wel degelijk van toepassing, vgl. de noot van Van Thiel onder Hof Den Bosch 23 april 2013, JOR 2013/169.

51. De discussie over de verschillen tussen deze normen voor wat betreft de daarin vereiste mate van verwijtbaarheid laat ik buiten beschouwing. Zie daarvoor o.m. D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid* (diss. Rotterdam) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 73), Deventer: Kluwer 2013, p. 56 e.v. en J.B. Huijzink, *Bestuurdersaansprakelijkheid, een pot nat?*, *O&F* 2009, p. 100-113.

52. Waarschijnlijk is deze toetssteen ontleend aan de PCM-beschikking van de OK, waarin het vennootschappelijk belang een prominente rol had bij de toetsing van de LBO, zie Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, JOR 2010/189 m.nt. Stevens. Zie over die toetsing uitgebreid Barneveld 2014, p. 413 e.v.

Vaststaat dat van geval tot geval moet worden beoordeeld of steunverlening tot aansprakelijkheid kan leiden. Volgens mij kan niet in zijn algemeenheid worden gesteld dat steunverlening als 'bedrijfsvreemde activiteit' niet in het belang van de vennootschap zal zijn.<sup>53</sup> Voor een doelwitonderneming kunnen goede redenen bestaan om aan haar eigen acquisitie (en de financiering daarvan) mee te werken, bijvoorbeeld in het kader van een bedrijfsopvolgingsprobleem, om verdere (internationale) groei mogelijk te maken of bij een verzelfstandiging in het kader van een reorganisatie.<sup>54</sup> De steunverlening moet bovendien naar het geheel van de omstandigheden worden beoordeeld. Dat volgt ook uit het eerdergenoemde Hoge Raad-arrest van 24 januari 2014, waarin het hof – onder meer – wordt verweten dat het zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd had door uitsluitend de (door)lening in zijn oordeel te betrekken en niet de daarmee samenhangende voordelen van de aandelentransactie voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de vennootschap.<sup>55</sup> In cassatie was aangevoerd dat er sprake was van een 'packagedeal' en dat de bank geen lening zou hebben verstrekt wanneer de lening ten behoeve van de overdracht van de aandelen niet zou hebben plaatsgevonden. Een in de praktijk belangrijke en veelvoorkomende omstandigheid die hier ook gewicht in de schaal kan leggen, is dat de vennootschap deel uitmaakt of deel gaat uitmaken van een groep met alle daaraan verbonden schaalvoordelen.<sup>56</sup> Daarbij komt dat in een groepsverband het vennootschappelijk belang krachtens vaste rechtspraak wordt ingekleurd door het concernbelang, zij het dat dat niet op voorhand doorslaggevend is.<sup>57,58</sup> Het voorgaande betekent ook dat het enkele feit dat er geen marktconforme – in de woorden van de wetgever: niet aan gebruikelijke marktvoorwaarden onderworpen – rente is bedongen of dat er geen zekerheden zijn gevestigd, in strijd *kan* zijn met het belang van de vennootschap, maar noodzakelijk is dat niet.<sup>59</sup>

Ik zou menen dat in beginsel aansprakelijkheid ontstaat bij transacties die leiden tot continuïteitsproblemen<sup>60</sup> of de liquiditeitspositie van de vennootschap ernstig compromitteren.<sup>61</sup> Het nemen van risico's is echter op zichzelf weer onvoldoende voor aansprakelijkheid.<sup>62</sup> In het kader van art. 2:248 BW oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 24 januari 2014 dat voor aansprakelijkheid wegens steunverlening in ieder geval niet voldoende is dat het vermogen dusdanig is uitgehold dat daardoor uiteindelijk het faillissement *mogelijk* werd.<sup>63</sup> Specifiek in het kader van art. 2:248 BW moet worden vastgesteld dat de steunverlening een belangrijke oorzaak daarvan was. Daarnaast – en dit geldt voor alle aansprakelijkheidsgronden – moeten de hiervoor genoemde problemen voorzienbaar zijn geweest voor het bestuur.<sup>64</sup> Specifiek in het kader van een LBO zijn in dit verband relevante factoren de haalbaarheid van het aflossingsschema waaraan de doelwitvennootschap zich tegenover de financier verbindt en de mate van waarschijnlijkheid dat de overnemer zijn van de doelwitvennootschap verkregen lening zal aflossen.<sup>65</sup>

Ik zie geen aanleiding om – zoals onder art. 2:207c BW (oud), waar onderscheid werd gemaakt tussen leningen en zekerheden – gradaties aan te brengen tussen verschillende vormen van steunverlening.<sup>66</sup> Niet valt in te zien waarom bijvoorbeeld een koersgarantie eerder zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid dan een lening, zoals de minister meent.<sup>67</sup> Het enkele feit dat er bij een koersgarantie vermogen uit de vennootschap vloeit, terwijl tegenover het verstrekken van een lening een vordering staat, hetgeen voor de commissie-De Kluiver reden was om het verbod op koersgaranties van art. 2:207c BW (oud) te handhaven,<sup>68</sup> maakt dat niet anders. In beide gevallen loopt de vennootschap risico's, waarvoor het

53. In die zin Van Olfen 2006, p. 96.

54. Viëtor & Scheenjes 2012, p. 195.

55. HR 24 januari 2014, NJ 2014/177, r.o. 4.7 slot.

56. Vgl. Bartman in zijn noot bij Rb. Amsterdam 12 oktober 2011, JOR 2011/283.

57. Aldus HR 26 oktober 2001, JOR 2002/2 m.nt. Bartman (Juno). Later heeft de Hoge Raad een tweetal arresten gewezen, die aanknopingspunten bevatten voor de verhouding tussen het concernbelang en het eigen belang van een dochtermaatschappij, maar er bestaat nog steeds onduidelijkheid op dit punt (HR 18 april 2003, JOR 2003/160 m.nt. Bartman (Rivier de Lek c.s./Van de Wetering) en HR 13 juli 2012, JOR 2012/306 m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS Beheer)). Ook de lagere rechtspraak is zoekende. Zie voor een recent arrest waarin veel gewicht werd toegekend aan het concernbelang Hof Den Haag 12 november 2013, JOR 2014/32 m.nt. Verboom.

58. Dat groepsbelang moet overigens wel worden gesubstantieerd, vgl. Rb. Den Bosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4860, r.o. 5.43.

59. Vgl. Rb. Amsterdam 27 september 2006, JOR 2007/3 (Duncan Jeans): 'Ook heeft de curator onvoldoende gesteld om per 9 september 1999 van een (overantwoorde) aantasting van de liquiditeitspositie dan wel van het werkkapitaal van Duncan Jeans te moeten uitgaan dan wel te moeten concluderen dat het verstrekken van de lening zonder het vragen van zekerheid anderszins onverantwoord was' (r.o. 5.3).

60. Vgl. Barneveld 2014, p. 432, die dit overigens als enige toetssteen lijkt te zien.

61. Vgl. Hof Den Bosch 29 december 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BL3507 (r.o. 4.7.7): 'Naar het voorlopig oordeel van het hof werd door de financiering door de vennootschappen van de koopsom voor de aandelen en de financiële lasten waarmee de kredietovereenkomst met de bank gepaard ging op zijn minst een ernstige aanslag op de liquiditeitspositie van de vennootschappen gedaan en werd het weerstandsvermogen van de vennootschappen in hoge mate verminderd.' Idem H. Koster, Financiële steunverlening, artikel 2:207c BW (oud) en overgangsrecht, Bb 2013/46.

62. Zie ook Viëtor & Scheenjes 2012, p. 194 en H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, De tanden van het vennootschapsrecht; een eerste verkenning van het sanctiearsenaal, RMThemis 2012, p. 58.

63. HR 24 januari 2014, NJ 2014/177, r.o. 4.11. Meer specifiek is volgens de Hoge Raad onvoldoende dat een handeling als 'voorwaarde' voor het faillissement is te beschouwen. Die term had het hof evenwel niet gebruikt. Hierdoor blijft twijfelachtig of een indirecte oorzaak niet toch ook een belangrijke oorzaak kan zijn; idem – zo begrijp ik – de noot van Van Schilfgaarde.

64. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak betreffende bestuurdersaansprakelijkheid onder art. 2:207c BW (oud) Rb. Amsterdam 27 september 2006, JOR 2007/3 (Duncan Jeans), r.o. 5.3.

65. Zie Bartman onder Rb. Utrecht 20 mei 2009, JOR 2011/382.

66. Aldus – in het kader van art. 2:98c BW – H. Boschma, L. Lennarts & H.N. Schutte-Veenstra, Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht, Ondernemingsrecht 2014/14.

67. In die zin Kamerstukken I 2008/09, 31058/32426, C, p. 21-22.

68. Vgl. de aanbeveling van de commissie-De Kluiver, p. 86 om het verbod op het verlenen van een koersgarantie te handhaven.

bestuur moet waken. Uiteraard kunnen die risico's variëren,<sup>69</sup> maar in zijn algemeenheid en op voorhand valt daar niet veel over te zeggen.

Intussen moet worden bedacht dat – net als onder het oude recht<sup>70</sup> – aansprakelijkheid kan bestaan voor steunverlening die onder art. 2:207c BW (oud) is toegestaan.<sup>71</sup> Het vrijwillig aanhouden van een niet-uitkeerbare reserve ter hoogte van het geleende bedrag levert geen *safe haven* op.<sup>72</sup> Dat onder het oude recht het enkel niet aanhouden van een niet-uitkeerbare reserve onvoldoende was voor het aannemen van onbehoorlijke taakvervulling,<sup>73</sup> is naar thans geldend recht niet meer relevant nu de verplichting daartoe is vervallen.

Handelen in strijd met een gehandhaafde statutaire 207c-bepaling kan leiden tot het verwijtbaarheidsvermoeden, zoals dat is aangenomen in de arresten Berghuizer Papierfabriek en Willemsen/NOM.<sup>74</sup> Hiervoor betoogde ik dat een dergelijke bepaling niet zomaar kan worden weggedacht (par. 2.2 sub b). Gelet op het feit dat het hier een norm van kapitaalbescherming betreft, zal er vrij snel sprake zijn van een bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen,<sup>75</sup> temeer omdat de minister in de toelichting op het thans geldende recht heeft gewezen op het vennootschappelijk belang als toetssteen (zie eerder). De bestuurder zou kunnen proberen zich te disculpe-

ren door erop te wijzen dat de statutaire 207c-bepaling abusievelijk is gehandhaafd,<sup>76</sup> maar dat lijkt een *uphill battle*.

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens steunverlening is primair een issue voor statutaire bestuurders. Onder het oude recht is wel aangenomen dat gedragingen van de koper in het tijdvak voordat hij als bestuurder aantrad, tot aansprakelijkheid kunnen leiden.<sup>77</sup> In andere gevallen werd dat evenwel afgewezen.<sup>78</sup> Onder het oude recht is in een voorkomend geval ook de feitelijk bestuurder succesvol aangesproken.<sup>79</sup>

Ten slotte, bestuurders doen er goed aan om een vrijwaring te vragen aan de vennootschap, de koper en/of de verkoper, zeker waar het gaat om substantiële bedragen. Bij LBO's zal dit, voor zover nog niet standaardpraktijk,<sup>80</sup> te meer aangegeven zijn, gelet op de daaraan doorgaans verbonden *exposure*.<sup>81</sup> Een alternatief is decharge, maar dit staat niet in de weg aan externe aansprakelijkheid en kan bovendien op een later moment vernietigd worden.<sup>82</sup>

#### *b. Externe financiers*

Onder art. 2:207c BW (oud) werd aansprakelijkheid van de bank aangenomen vanwege het meewerken aan een acquisitie-financiering in de – al dan niet geobjectiveerde<sup>83</sup> – wetenschap dat crediteurenbenadeling daarvan het gevolg zou zijn.<sup>84</sup> Vanuit de doctrine is daarop overwegend kritisch gereageerd, met name voor wat betreft de gehanteerde maatstaf.<sup>85</sup> Mede gelet op die kritiek – plus het feit dat de desbetreffende uitspraak niet in hogere instantie(s) is bevestigd of in de lagere rechtspraak is gevolgd – bestaat op dit moment onduidelijkheid over de grondslag van en de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de bank en of die maatstaf ook geldt voor anderen, zoals de steunontvangende aandeelhouders (zie hierna).

69. Bartman wees er in zijn JOR-noot onder het Muller q.q./Rabobank-Karwijk-arrest op dat een garantie meer risico's met zich brengt dan een lening, omdat het risico bestaat dat de garanderende BV weliswaar in de rechten van de bank zal treden ex art. 6:150 sub d BW, maar zij de koper pas tot betaling kan aanspreken indien vaststaat dat deze in gebreke is jegens de bank en daarmee waarschijnlijk al insolvent is. Daarbij laat Bartman buiten beschouwing dat de BV afhankelijk van de gemaakte afspraken ook in de zakelijke rechten van de bank kan treden. Het risico van de garanderende BV kan voorts worden gedompt via het voorrecht van uitwinning van art. 3:234 BW.

70. Zie o.m. Hof Den Bosch 29 december 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BL3507. Onder het oude recht bestond onduidelijkheid over de vraag of wetenschap van schending van art. 2:207c BW volstond voor aansprakelijkheid. Uit Rb. Utrecht 12 oktober 2011, JOR 2011/382 (Aukema q.q./ING Commercial Finance) volgt dat voor aansprakelijkheid niet zozeer de schending zelf van belang is (dat wordt min of meer aangenomen), maar wetenschap van schending is vereist (naast wetenschap van benadeling). Anders: Rb. Amsterdam 2 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP6919 (r.o. 4.5.6.5): 'Wetenschap bij de schuldenaar van de of onwettigheid van een rechtshandeling staat niet per definitie gelijk aan wetenschap bij de schuldenaar van benadeling van zijn schuldeisers. Die gelijkstelling is pas aan de orde bij wetenschap van de schuldenaar dat zijn algehele financiële positie de onvoordelige of onwettige rechtshandeling niet kan lijden.'

71. Voor wat het waard is: ik vond geen aanwijzingen dat onder het oude recht aansprakelijkheid sneller werd aangenomen indien art. 2:207c BW (oud) wél geschonden was.

72. R. Nowak & T. van Duuren, Fantoempijn aan het steunverbod, *Ondernemingsrecht* 2013/10. Als gevolg van art. 68a Overgangswet NBW verandert – bij gebreke van een andersluidende statutaire bepaling – een niet-uitkeerbare reserve onder art. 2:207c BW per 1 oktober 2012 in een uitkeerbare reserve, zie M. van Olffen, H.J. de Kluiver & M.H. Legein, *Flex-bv en Wet bestuur en toezicht. Een praktische handleiding* (Boom juridische praktijkboeken), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 149-150.

73. Rb. Amsterdam 27 september 2006, JOR 2007/3 (Duncan Jeans).

74. Zie respectievelijk HR 29 november 2002, JOR 2003/2 m.nt. Bartman en HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 m.nt. Maeijer.

75. Idem Bartman in zijn JOR-noot onder het Berghuizer Papierfabriek-arrest.

76. Bij wijze van 'feiten en omstandigheden op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert', zoals bedoeld in HR 29 november 2002, JOR 2003/2 m.nt. Bartman (Berghuizer Papierfabriek), r.o. 3.4.5.

77. Hof Leeuwarden 31 juli 2012, JOR 2013/34 m.nt. Bartman (Reiziger q.q./Sansto). In cassatie ging het hele oordeel onderuit, zonder dat deze kwestie aan de orde kwam. In de eerdergenoemde PCM-beschikking werd overwogen dat de private-equitypartij als toekomstig aandeelhouder niet alleen haar eigen belangen, maar ook die van de vennootschap diende te betrekken bij het nemen van een belang in de doelwitvennootschap, zie Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, JOR 2010/189 m.nt. Stevens, r.o. 3.13.

78. Rb. Den Bosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4860, r.o. 5.42.

79. Rb. Den Bosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4860, r.o. 5.43. Opvallend genoeg toetste de rechtbank niet of is voldaan aan de voorwaarden van art. 2:248 lid 7 BW.

80. Vgl. annotator Stevens onder de PCM-beschikking, JOR 2010/189.

81. Waarover o.m. Barneveld 2014, p. 38-39 en Bartman onder JOR 2011/382.

82. Vgl. Barneveld 2014, p. 417.

83. Zie daarover uitvoerig Viëtor & Scheenjes 2012, p. 199.

84. Rb. Utrecht 20 mei 2009 en 12 oktober 2011, JOR 2011/382 m.nt. Bartman (Aukema q.q./ING Commercial Finance).

85. Zie Viëtor & Scheenjes 2012, p. 197-199 en de noot van Bartman onder het arrest.



### c. Aandeelhouders

Van aansprakelijkheid van een aandeelhouder bij steunverlening ben ik onder het oude recht geen voorbeelden tegengekomen. Dat is ook niet verwonderlijk gelet op het uitgangspunt dat aandeelhouders in beginsel niet aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. Slechts onder omstandigheden wordt daarop een uitzondering aangenomen. Uit het algemene kader rond vermogensonttrekking door aandeelhouders vloeit voort dat – heel in het kort – aandeelhouders aansprakelijk kunnen zijn indien zij wisten of behoorden te weten dat de desbetreffende onttrekking zou leiden tot een tekort.<sup>86</sup> Intensieve bemoeienis is, anders dan bij andere gevallen van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid, geen vereiste. Bij steunverlening aan een aandeelhouder zal die bemoeienis overigens als een gegeven mogen worden beschouwd. Specifiek bij steunverlening in de context van een LBO moet onderscheid worden gemaakt tussen de rol van de kopende en de verkopende aandeelhouder. In beginsel zal een *verkopende* aandeelhouder niet snel aansprakelijk zijn omdat de onttrekkingen aan het vennootschappelijk vermogen van de doelwitvennootschap in de regel plaatsvinden na de overdracht van de aandelen en hij bovendien niet (formeel) betrokken zal zijn bij de voorbereidende besluitvorming. Dat kan anders zijn indien die aandeelhouder wist dat de koopsom zou worden voldaan uit het vermogen van de doelwitvennootschap en er daardoor een tekort zou ontstaan.<sup>87</sup> De *kopende* aandeelhouder zal over het algemeen sneller tegen aansprakelijkheid aan lopen, gelet op het feit dat deze partij in de regel de architect van de LBO is en ook overigens bij de uitvoering daarvan nauw betrokken zal zijn. Voorstelbaar is dat de rechter in dit geval eerder geneigd zal zijn de strengere maatstaven voor bestuurders te hanteren. Dat lijkt ook de benadering in de PCM-beschikking van de Ondernemingskamer, zij het dat het hier uiteraard niet om de aansprakelijkheid van betrokkenen ging, maar om wanbeleid en de verantwoordelijk daarvoor.<sup>88</sup>

### d. Adviseurs

Onder het oude recht is geregeld geprobeerd de adviseur aansprakelijk te stellen wegens het onderuitgaan van een transactie op grond van art. 2:207c BW (oud). Verschillende malen

86. Zie uitgebreid Barneveld 2014, p. 481 e.v., die vier categorieën onderscheidt waarin de rol van aandeelhouders bij de financiering van de vennootschap wordt genormeerd. Voor alle nuances en finesses van dit leerstuk zij daarnaar verwezen.

87. Vgl. Barneveld 2014, p. 517-518. Genoemd criterium sluit overigens aan bij de maatstaf uit Rb. Utrecht 20 mei 2009 en 12 oktober 2011, JOR 2011/382 m.nt. Bartman (Aukema q.q./ING Commercial Finance).

88. De Ondernemingskamer oordeelde dat de LBO de financiële speelruimte van de doelwitvennootschap en haar holding dusdanig beperkte dat na de LBO geen belangrijke investeringen ter uitvoering van de strategie meer gedaan konden worden zonder steun van de aandeelhouders (r.o. 3.11) en overigens dat, 'mede gelet op hetgeen ingevolge artikel 2:8 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, voor de private equity partij die zich aandient als toekomstig aandeelhouder in een vennootschap op een wijze als de onderhavige, heeft te gelden, dat zij in haar handelen dat verband houdt met het verkrijgen van een belang als het onderhavige in de doelwitvennootschap, niet alleen de eigen belangen maar ook de hiervoor in 3.2 vermelde onderscheiden vennootschappelijke belangen dient te betrekken' (r.o. 3.13 slot).

werd inderdaad geoordeeld tot aansprakelijkheid.<sup>89</sup> De rechtspraak ter zake is evenwel niet eenduidig. In een ander geval werd juist aangenomen dat op de adviseur (in casu de notaris) niet de plicht rustte te controleren welke gevolgen de lening had voor de solvabiliteit en liquiditeit en het daarvoor noodzakelijke onderzoek in te stellen naar de financiële omstandigheden van de doelwitvennootschap, haar vooruitzichten voor de toekomst en de concernverhoudingen.<sup>90</sup>

Het voorgaande wint aan belang onder het thans geldende recht omdat aannemelijk is dat de curator nu meer prikkels heeft om adviseurs aansprakelijk te stellen dan onder het oude recht, toen hij immers een beroep kon doen op de nietigheid van de steunverlening. Daarbij komt dat bestuurders, juist vanwege het feit dat de nadruk meer komt te liggen op de bestuurdersaansprakelijkheid, zich sneller zullen verlaten op adviseurs. Ik verwacht hier eenzelfde trend als in het kader van de uitkeringsregels van art. 2:216 BW.<sup>91</sup>

### 3.3 Doeloverschrijding

Volgens art. 2:7 BW is een rechtshandeling in strijd met het doel vernietigbaar indien de wederpartij wist of zonder onderzoek moest weten dat het doel werd overschreden. Aangenomen wordt dat in het algemeen een beroep op doeloverschrijding niet snel slaagt. Dat lijkt anders in gevallen waarin ten voordele van aandeelhouders bezwarende rechtshandelingen worden aangegaan,<sup>92</sup> waarvan steunverlening een voorbeeld is.

Zoals bekend is bij doeloverschrijding niet alleen beslissend de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven, maar moeten alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, met name of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling.<sup>93</sup> Bij steunverlening zal het met name gaan om de zogenaamde aanvullende werking van het vennootschappelijk belang,<sup>94</sup> dat wil zeggen of in een geval waarin de statutaire doelomschrijving steunverlening niet of niet uitdrukkelijk toestaat deze toch is toegestaan indien de rechtshandeling in het belang van de vennootschap is. Ik verwijs naar hetgeen hierboven is opgemerkt over

89. Zie Rb. Arnhem 14 december 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV1590 (accountant) en Rb. Utrecht 7 september 2011, JOR 2012/137 m.nt. Van Boxel (advocaat). In HR 20 december 2002, NJ 2003/325 m.nt. Kleijn nam de Hoge Raad een zorgplicht van de notaris aan en oordeelde in dat verband dat het hof niet een onderzoek achterwege had mogen laten naar de juistheid van de stelling dat de aandelenoverdracht in strijd was met het bepaalde in art. 2:207c BW. Naar verluidt is de zaak geschikt na verwijzing.

90. Rb. Den Bosch 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN4860, r.o. 5.41.

91. Zie Barneveld 2013, p. 171 met verwijzingen.

92. In de door Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013/58 genoemde voorbeelden van gevallen waarin een succesvol beroep op doeloverschrijding werd gedaan, ging het om zekerheidsverschaffing door de vennootschap mede ten behoeve van de aandeelhouder-directeur in privé (Hof Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985/219) en ten behoeve van een vennootschap waarvan de aandeelhouder-directeur medeaandeelhouder was (Hof Amsterdam 27 november 1986, NJ 1987/801).

93. HR 20 september 1996, NJ 1997/149 (Playland).

94. Zie D.A. Vičtor, Persoonlijke aansprakelijkheid en doeloverschrijding bij het verlenen van financiële steun, Ondernemingsrecht 2007/144, p. 499.

het vennootschappelijk belang en steunverlening (par. 3.2 sub a).

Ook hier komt mogelijk betekenis toe aan een gehandhaafde statutaire verwijzing naar of zakelijke weergave van art. 2:207c BW (oud) (zie eerder par. 2.2 sub b en par. 3.2 sub a). Ik sluit niet uit dat de rechter in een voorkomend geval daarin een aanknopingspunt ziet om veronachtzaming van het belang van de vennootschap aan te nemen.

Voor een succesvol beroep op doeloverschrijding moet ten slotte sprake zijn van wetenschap bij de wederpartij. Hoewel het hier gaat om wetenschap dat de steunverlening niet in het belang van de vennootschap is, mag daarvan mijns inziens voorshands worden uitgegaan bij een voorzienbaar tekort (zie eerder par. 3.2 sub a).<sup>95</sup> Bij de beoordeling van de wetenschapsvraag is ook de hoedanigheid van de wederpartij van belang. Zo is onderwerp van discussie of een bank, die in het kader van steunverlening als zekerheidsgerechtigde wederpartij kan zijn, eerder op de hoogte is of moet zijn. Enkele schrijvers nemen aan dat de bank als financieel deskundige partij zich niet op onwetendheid kan beroepen bij disproportionele aansprakelijkheid van een dochtervennootschap in het kader van een concernfinanciering.<sup>96</sup> Hoewel voor die insteek wel wat te zeggen valt, lijkt dat niet houdbaar gelet op het De Wereld-arrest van de Hoge Raad uit 1992, waaruit volgt dat er in beginsel geen onderzoeksplicht bestaat, ook niet indien de desbetreffende wederpartij als (hypotheek)bank een ter zake deskundige partij is.<sup>97</sup> Indien de wederpartij een aandeelhouder is aan wie de vennootschap een lening verschaft, mag de vereiste wetenschap mijns inziens sneller verondersteld worden. Een interessante kwestie daarbij is of de eventueel bij de vennootschap c.q. het bestuur aanwezige wetenschap aan hem kan worden toegerekend.<sup>98</sup>

### 3.4 Tegenstrijdig belang

De tegenstrijdigbelangregeling van art. 2:129/239 lid 6 BW strekt ertoe te voorkomen dat bestuurders (en commissarissen) hun persoonlijke belangen boven die van de vennootschap stellen. Bij steunverlening zal dit risico zich met name kunnen voordoen bij een *management buyout*. Toch zal de tegenstrijdigbelangregeling niet vaak 'bijten' bij steunverlening.

Schending van art. 2:129/239 lid 6 BW kan sinds 1 januari 2013 in beginsel slechts tot een gebrek in de onderliggende

besluitvorming leiden.<sup>99</sup> Slechts in bijzondere gevallen kan dit aan derden worden tegengeworpen. Op grond van het Bibolini-arrest van de Hoge Raad<sup>100</sup> kan de vennootschap een beroep doen op de derogerende werking van art. 2:8 BW in gevallen waarin een derde te kwader trouw de vennootschap aanspreekt tot nakoming van een verplichting die in strijd met de tegenstrijdigbelangregeling is aangegaan,<sup>101</sup> ook als het tegenstrijdig belang is 'weggeschreven' in de statuten.<sup>102</sup> Bij steunverlening kan dit spelen wanneer de vennootschap – daarbij vertegenwoordigd door het opvolgende bestuur<sup>103</sup> – de lening of rekening-courant opzegt en de voormalig bestuurder/aandeelhouder nakoming vordert.<sup>104</sup> In geval van insolventie doet dit scenario zich uiteraard niet voor. Ik zou menen dat kwade trouw in het hiervoor genoemde geval mag worden aangenomen indien het bestuur wist of behoorde te weten dat de transactie voor de vennootschap nadelig is.<sup>105</sup> In de rechtspraak lijkt wel nog de eis te worden gesteld van een causaal verband tussen het tegenstrijdig belang en dat nadeel,<sup>106</sup> maar ook dat lijkt mij hier geen al te hoge horde.

De betekenis van de tegenstrijdigbelangregels bij steunverlening is verder afgenomen doordat de Hoge Raad in het Bruil-arrest heeft overwogen dat in concernverhoudingen niet spoedig sprake zal zijn van een tegenstrijdig belang:

'In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 [thans art. 2:239 lid 6; JB] sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijk) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat

95. Ik signaleer enige overlap met de wetenschap van benadeling onder de *actio pauliana* van art. 3:45 BW en art. 42 Fw, hetgeen aanleiding geeft tot interessante vragen.

96. Zie met verwijzingen Van Schilfgaarde/Winter & Wezeman 2013/58.

97. HR 16 oktober 1992, NJ 1993/98 m.nt. Maeijer (Levensverzekeringsmaatschappij De Wereld). Zie ook Viëtor 2007, p. 499.

98. Vgl. over toerekening van wetenschap in het kader van de vernietiging van uitkeringen met een beroep op de *pauliana* Barneveld 2014, p. 450-451 en 452-453 en over toerekening van kennis in het algemeen M.L. Lennarts, Wat weet een (concern)vennootschap?, in: Concernverhoudingen (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69), Deventer: Kluwer 2002, p. 57-70.

99. Zie voor een recent overzicht van de ontwikkelingen M.C.P. van Dongen, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling nader beschouwd, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2013, afl. 2, p. 44-53.

100. HR 17 december 1982, NJ 1983/480 m.nt. Maeijer.

101. Zie de verwijzingen bij Van Dongen 2013, p. 49, voetnoot 37.

102. Zoals blijkt uit de Tiscali-uitspraak (Hof Amsterdam 12 augustus 2008, JOR 2008/264 m.nt. Leijten).

103. Aangenomen mag worden dat het 'oude' bestuur niet achter zichzelf aan zal gaan.

104. In faillissementssituaties is dit niet aan de orde.

105. Idem H.E. Boschma & E.E.G. Gepken-Jager, Ontwikkelingen op het terrein van vertegenwoordiging van NV's en BV's – naar een (nog) hogere mate van derdenbescherming, RMThemis 2010, p. 125 en 129-130 onder verwijzing naar de Tiscali-uitspraak (Hof Amsterdam 12 augustus 2008, JOR 2008/264 m.nt. Leijten). Uit deze uitspraak volgt overigens niet dat de transactie *bijzonder* nadelig moet zijn, zoals auteurs stellen. Onduidelijk is overigens wat zij daarmee bedoelen.

106. Zie Hof Amsterdam 12 augustus 2008, JOR 2008/264 m.nt. Leijten (Tiscali), r.o. 4.9. In deze zaak ging het overigens niet om een transactie door een bestuurder met twee petten, maar om een overeenkomst die de bestuurder was aangegaan met zijn echtgenote.

slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.<sup>107</sup>

Bij steunverlening zal die situatie geregeld voorkomen. Denk aan het geval dat een holdingstructuur wordt opgezet, waarbij de koop van de aandelen van de dochter door de holding c.q. de storting op de aandelen van de holding wordt gefinancierd door een lening van de dochter.<sup>108</sup> Een en ander moet overigens schriftelijk worden vastgelegd, wil men vernietiging op de voet van art. 2:247 BW voorkomen, hetgeen ook een soort tegenstrijdigbelangregeling is; steunverlening valt al snel buiten de gewone bedrijfsuitoefening, zodat lid 2 niet van toepassing is.<sup>109</sup> Het bestaan van een groepsverhouding sluit overigens niet elke mogelijkheid van een tegenstrijdig belang uit.<sup>110</sup> Eerder is hier sprake van een rechterlijk vermoeden dat er geen sprake is van een tegenstrijdig belang.

### 3.5 *Pauliana*

Steunverlening is onder omstandigheden aantastbaar op grond van de *pauliana*. Ik beperk mij hieronder tot de faillissements*pauliana* (art. 42 van de Faillissementswet (Fw)). Bij een geslaagd beroep daarop door de curator kan de desbetreffende rechtshandeling worden vernietigd en ontstaat voor de ontvanger van de steun een restitutieverplichting. In het onderstaande bespreek ik kort de belangrijkste voorwaarden voor een geslaagd beroep, voor zover relevant voor steunverlening (sub a), en enkele aandachtspunten bij een beroep op vernietiging bij steunverlening (sub b).

#### a. *Voorwaarden*

##### *Verplicht/onverplicht*

Bij steunverlening zal geen sprake zijn van een verplichte rechtshandeling, in welk geval niet art. 42 Fw, maar het veel striktere art. 47 Fw zou gelden. Ook als aan de steunverlening een overeenkomst ten grondslag ligt – van (geld)lening bijvoorbeeld – dan is de verplichte rechtshandeling doorgaans<sup>111</sup> terug te voeren op een eerdere onverplichte rechtshandeling waarbij (onverplicht) de verplichting gecreëerd werd.<sup>112</sup> Datzelfde geldt voor het aan de daadwerkelijke steunverlening voorafgaande bestuursbesluit. Indien het bestuursbesluit tot

steunverlening wordt genomen op grond van een bindende instructie van de holding op de voet van art. 2:239 lid 4 BW is er geen sprake van een verplichte rechtshandeling, zo wordt vrij algemeen aangenomen.<sup>113</sup>

##### *Benadeling*

Er moet sprake zijn van benadeling, hetgeen wordt beoordeeld door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft.<sup>114</sup> Van benadeling bij steunverlening kan bijvoorbeeld sprake zijn indien een lening wordt verschaft aan een aandeelhouder die vrijwel zeker geen verhaal zal bieden of indien zekerheid in de vorm van een hoofdelijke aansprakelijkheid is verschaft voor een schuld zonder dat daar een regresvordering van gelijke hoogte voor de vennootschap tegenover staat.

Onduidelijk is in hoeverre de benadeling wordt opgeheven indien de transactie naar het groter geheel beschouwd gunstig is voor de vennootschap. De rechtspraak is op dit punt niet eenduidig.<sup>115</sup> Terzijde merk ik op dat het Hoge Raad-arrest van 24 januari 2014 (zie eerder par. 3.2 sub a) daarvoor enige steun biedt, zij het dat de desbetreffende overweging betrekking had op het beroep van de curator op art. 2:207c BW (oud). Maakt een vennootschap, vanuit het vermogen waarvan de steun wordt verleend, onderdeel uit van een concern, dan speelt ook het concernbelang een rol bij de benadelingsvraag. Onduidelijk is evenwel of het concernbelang het nadeel op dochterniveau volledig kan neutraliseren en voor wiens rekening het bewijsrisico komt in dezen.<sup>116</sup>

##### *Wetenschap*

Ten slotte is wetenschap van benadeling vereist. De maatstaf daarvoor is of het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.<sup>117</sup> Daarmee lijkt sprake van een andere invulling van het wetenschapsvereiste dan bij doeloverschrijding (vergelijk eerder par. 3.3). Gaat het om een rechtshandeling om niet, dan is wetenschap bij de wederpartij niet vereist. Of dat het geval is, hangt uiteraard af van de precieze omstandigheden. Als uitgangspunt mag worden aangenomen dat naarmate de desbetreffende steunverlening een onzakelijker karakter heeft, eerder sprake zal zijn van een rechtshandeling om niet.

107. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 m.nt. Macijer (Bruil Kombex), r.o. 3.6.

108. Deze casus lag ten grondslag aan het standaardarrest inzake steunverlening Muller q.q./Rabobank-Katwijk.

109. Zie nader B. Wessels, Boek 2 BW als steun voor de faillissementscurator, WPNR (2008) 6755, p. 381-382.

110. Zie ook Blanco Fernández onder Hof Den Bosch 19 mei 2009, JOR 2009/126.

111. In Rb. Gelderland 12 juni 2013, JOR 2014/1 m.nt. Van Thiel werd geoordeeld in een samenstel van overeenkomsten dat een eerdere overeenkomst verplichtte tot het aangaan van de tweede overeenkomst. Het subsidiaire beroep op art. 2:207c BW (oud) werd afgewezen (waarover kritisch Van Thiel).

112. De curator moet dan wel ook tegen het aangaan van die verplichting ageren (zie voor een voorbeeld HR 16 juni 2000, JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN Amro I). Dit hoeft niet noodzakelijk ook de nadeeltoebrengende handeling te zijn, zie nader daarover R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 75), Deventer: Kluwer 2012, p. 114.

113. Zie – met verwijzingen – B. Wessels, Insolventierecht, deel III, Deventer: Kluwer 2010, par. 3063.

114. Zie Barneveld 2014, p. 447 met verwijzing naar rechtspraak en literatuur.

115. Zie uitgebreid Van der Weijden 2012, p. 91-94 en 167-178.

116. In het veelbesproken Hof Arnhem 19 december 1995, NJ 1996/307 (Heineken/curatoren NBG BV en De Ploeg BV) werd de bewijslast omgekeerd ten nadeel van de curator. Zie hierover Wessels 2010, par. 3281.

117. HR 22 december 2009, NJ 2010/73 m.nt. Van Schilfgaarde (ABN Amro/Van Dooren q.q. III). Anders: Van der Weijden 2012, p. 111-112, die een ruimere maatstaf bepleit.

*b. Aandachtspunten*

De curator, die een steunverleningstransactie wil aantasten, kan mogelijk een beroep doen op de vermoedens van art. 43 Fw, die van toepassing zijn indien het faillissement binnen een jaar volgt op de steunverlening. Deze vermoedens zien onder meer op situaties waarin nauwe relaties bestaan tussen schuldenaar en schuldeiser; bij steunverlening is zo'n situatie zeer wel denkbaar.<sup>118</sup>

Een belangrijke *caveat* is dat de curator zorgvuldig dient na te gaan tegen welke rechtshandeling hij ageert en of dat het gewenste resultaat oplevert, vooral bij transacties die bestaan uit een samenstel van rechtshandelingen. Uit het Air Holland-arrest van de Hoge Raad<sup>119</sup> lijkt te volgen dat de curator tegen alle rechtshandelingen moet opkomen, maar in de literatuur wordt aan dit arrest een beperkte reikwijdte toegekend.<sup>120</sup> De curator dient er bovendien voor te waken dat vernietiging van een onderdeel van de transactie leidt tot een vordering op een lege huls, bijvoorbeeld een acquisitievehikel.<sup>121</sup> De curator doet er verstandig aan naast het invoeren van de *Pauliana*, ook voor het aansprakelijkheidsanker te gaan liggen, hoewel voor een onrechtmatige daad in situaties waarin de *Pauliana* niet van toepassing is, slechts in 'bijzondere gevallen' nog ruimte is volgens de Hoge Raad.<sup>122</sup>

#### 4 Slot

Het schrappen van art. 2:207c BW leidt slechts in beperkte mate tot de zo gewenste verheldering van de regels inzake steunverlening.<sup>123</sup> In de plaats daarvan immers moet steunverlening naar huidig recht binnen de algemene kaders van onder meer aansprakelijkheid, doeloverschrijding en tegenstrijdig belang worden getoetst. Dat betekent per saldo dat tegenwoordig meer 'mag', maar ook dat er meer valkuilen zijn, ervan uitgaande dat curatoren een hernieuwde belangstelling voor het reeds onder het oude recht beschikbare instrumentarium aan de dag zullen leggen. Dat maakt de advisering over steunverlening er niet makkelijker en ook niet overzichtelijker op. Kortom: de praktijk mag zich verheugen in het schrappen van het verbod, maar alertheid blijft geboden.

---

118. Zie bijv. art. 43 lid 1 sub 6 Fw, dat een vermoeden vestigt voor rechtshandelingen door de rechtspersoon-schuldenaar met of jegens een groepsmaatschappij.

119. HR 19 december 2008, JOR 2009/172, NJ 2009/220.

120. Zie Barneveld 2014, p. 461 en Van der Weijden 2012, p. 42. De Weijers, GS Faillissementswet, art. 42, aant. 3.4. Anders: Wessels 2010, par. 3055a.

121. Barneveld 2014, p. 462.

122. HR 22 december 2009, NJ 2010/273 m.nt. Van Schilfgaarde (ABN Amro/Van Dooren q.q. III).

123. Vgl. Hoof 2011, p. 159 en Van Dijk & Veenma 2008, p. 120-121.