

Allereerst wordt de casus hierna kort weergegeven. Op 31 januari 1989 is N.C. van Tol Beheer B.V. (hierna: Beheer) opgericht. Onmiddellijk na oprichting heeft Beheer 100% van de aandelen in De Wit en Van Tol B.V. (hierna: de Vennootschap) gekocht. In verband met de financiering van de koopsom van haar aandelen maakt de Vennootschap gebruik van de uitzondering die lid 2 van artikel 2:207c BW biedt, en verstrekt aan Beheer een lening gelijk aan de koopsom van haar aandelen (voor het gemak wordt een lening die is gebaseerd op lid 2 van art. 2:207c BW, hierna een 'lid 2-lening' genoemd).

De Vennootschap heeft de lid 2-lening deels met eigen vermogen en (groten)deels met vreemd vermogen gefinancierd. Het vreemd vermogen bestond uit een lening en een rekening-courantkredietfaciliteit, afgesloten bij Rabobank (hierna: de Bank). Tot zekerheid voor de terugbetaling van het geleende bedrag heeft de Vennootschap haar roerende goederen en vorderingen aan de Bank verpand.

In 1995 is de Vennootschap in surseance geraakt. Later is de surseance omgezet in faillissement. De Bank heeft als separatist ingevolge de aan haar verstrekte zekerheden de roerende goederen en vorderingen uitgewonnen, waarmee haar vordering op de Vennootschap volledig is voldaan.

In de procedure bij de rechtbank werden de vorderingen van de curator tegen de Bank afgewezen. Tegen het vonnis van de rechtbank is de curator in hoger beroep gekomen. In hoger beroep vorderde de curator betaling van:

1. primair het totaal door de Bank uitgewonnen bedrag wegens ongerechtvaardigde verrijking, (a) op de grond dat de financieringsovereenkomst van de Vennootschap met de Bank, waarbij zekerheden zijn verstrekt, nietig is wegens strijd met artikel 2:207c lid 2 BW; (b) daarnaast op de grond dat de door de Vennootschap aan de Bank verstrekte zekerheden nietig zijn wegens strijd met artikel 2:207c lid 1 BW;
2. subsidiair dat deel van het uitgewonnen bedrag dat aangemerkt kan worden als aflossing van hetgeen gefinancierd is door middel van de geldlening en het rekening-courantkrediet met betrekking tot de overname;
3. meer subsidiair het door de Bank erkende bedrag dat per datum surseance/faillissement nog openstond op de door de Bank in 1989 aan de Vennootschap verstrekte geldlening; en
4. nietig te verklaren, althans te vernietigen, de tussen de Vennootschap en de Bank gesloten financierings- en zekerheidsovereenkomsten.

King Air revisited

Enige tijd geleden heeft het Gerechtshof Den Haag een arrest gewezen waarin het hof oordeelt omtrent de toepasselijkheid van artikel 2:207c BW in een geval waarin de verstrekking door de vennootschap van een lening met het oog op het verkrijgen van aandelen in haar kapitaal (deels) werd gefinancierd met een door de vennootschap zelf aangetrokken lening. Alhoewel de uitspraak van groot belang is voor de (financierings)praktijk, is de uitspraak, die al dateert van 24 september 2002, pas zeer recentelijk gepubliceerd (zie www.rechtspraak.nl).

De curator stelde dat artikel 2:207c lid 1 BW, en met name de bewoordingen 'met het oog op' daarin, ruim moet worden uitgelegd. Volgens de curator zou de ruime interpretatie ertoe leiden dat de zekerheidsovereenkomsten tussen de Vennootschap en de Bank onder de verbodsbepaling van artikel 2:207c lid 1 BW vallen.

Het hof geeft echter een beperktere uitleg van dit artikel, onder meer op grond van de overweging dat de wetgever bij de regeling aangaande de kapitaalbescherming de besloten vennootschap uitdrukkelijk minder beperkingen heeft willen opleggen dan de naamloze vennootschap, door leningen die zijn aangegaan met het oog op het nemen of verkrijgen van aandelen – zij het onder voorwaarden (zie de leden 2 en 3) – toe te staan. In de visie van het hof betekent dit dat, wanneer de vermogenspositie van een besloten vennootschap voldoet aan de eisen van het tweede lid en dus een lening met het oog op de verkrijging van aandelen in beginsel is toegestaan, het de Vennootschap vrijstaat om de lid 2-lening te financieren met een lening waarvoor zekerheden worden gesteld. Volgens het hof zijn deze zekerheden niet verstrekt 'met het oog op' en deze vallen dus niet onder het verbod van artikel 2:207c lid 1 BW. In de visie van het hof betreft 'het doorlenen door de Vennootschap van (een deel van) de beschikbare gelden aan Beheer teneinde Beheer in staat te stellen de aandelen van de Vennootschap te verwerven, niet een door artikel 2:207c lid 1 BW maar een door de leden 2 en 3 van dit artikel beheerste kwestie'.

Daarnaast, en dit is voor de praktijk mogelijk nog belangrijker, oordeelt het hof dat de door de Bank aan de Vennootschap verstrekte geldlening een eigen schuld van de Vennootschap betreft en dat de op grond daarvan aan de Bank verstrekte zekerheden (dus) niet moeten worden beoordeeld in het licht van de vraag of de door de Vennootschap aan Beheer verstrekte geldlening toelaatbaar was op grond van het bepaalde in artikel 2:207c leden 2 en 3 BW. Met andere woorden, zelfs als de lid 2-lening van de Vennootschap aan Beheer op grond van het bepaalde in artikel 2:207c leden 2 en 3 BW niet toelaatbaar moet worden geacht, doet dat aan de geldigheid van de door de Bank aan de Vennootschap verstrekte geldlening en de op grond daarvan verstrekte zekerheden niet af.

Voor de volledigheid willen wij er nog op wijzen dat het hof van mening was dat aan de vereisten die lid 2 en lid 3 stellen, was voldaan, namelijk:

1. de vrij uitkeerbare reserves ten tijde van het verstrekken van de lid 2-lening waren voldoende. (De curator had in de procedure bij het hof nog aangevoerd dat de vrij uitkeerbare reserves niet voldoende

waren, omdat er in de balans geen voorzieningen waren opgenomen voor dubieuze debiteuren en incurante voorraden. Maar omdat de curator in hoger beroep in de ogen van het hof onvoldoende zijn stellingen op dit punt – mede met het oog op het daartegen van de zijde van de Bank gevoerde verweer – heeft onderbouwd, gaat het hof uit van de inhoud van de balans, waaruit valt af te leiden dat de Vennootschap over voldoende vrij uitkeerbare reserves beschikte.) Daarnaast was het feit dat de aangegane financieringsfaciliteiten de winstgevendheid van de Vennootschap ernstig aantastte, voor het hof geen reden om aan te nemen dat de lid 2-lening de vrije uitkeerbare reserves te boven ging; en

2. hoewel de doelomschrijving van de statuten van de Vennootschap niet expliciet vermeldde dat een lening aan de aandeelhouders was toegestaan, heeft het hof bepaald dat een redelijke interpretatie van de statuten meebrengt dat de lid 2-lening statutair is toegestaan (hier lijkt het hof aansluiting te zoeken bij de rechtsontwikkeling met betrekking tot *ultra vires*).

Beoordeling uitspraak en de gevolgen voor de financieringspraktijk

Tot op heden leunde de praktijk bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een geldlening en de ingevolge die geldlening verstrekte zekerheden die door een vennootschap met het oog op het verkrijgen van aandelen in haar kapitaal door een derde van de bank werd aangetrokken, in belangrijke mate op een vonnis van de Rechtbank Breda in de zaak die in de literatuur bekend staat als *King Air* (Rb. Breda 3 november 1992, NJ 1994, 427; voorzover bekend is geen hoger beroep ingesteld). In dit – overigens in de literatuur niet onomstreden – vonnis oordeelde de rechtbank dat de hypotheek (die was gevestigd tot meerdere zekerheid voor de nakoming van een in het kader van een bedrijfsfinanciering verschaft krediet) niet nietig was op grond van het bepaalde in artikel 2:207c lid 1 BW, omdat het hypotheekrecht op grond van de bewoordingen van de hypotheekakte (namelijk een bankhypotheek) ook met het oog op andere leningen was gevestigd, en daarom was de bankhypotheek niet verstrekt 'met het oog op' in de zin van artikel 2:207c lid 1 BW. Deze opvatting is – denken wij – gezien de feiten onjuist, aangezien de hypotheek wel degelijk gevestigd was met de bedoeling om *King Air Holding B.V.* een lid 2-lening te kunnen laten verstrekken aan *King Gravemaker B.V.*, voor de aankoop van de aandelen in het kapitaal van *King Air Holding B.V.* Het feit dat de hypotheek ook voor andere vorderingen van de bank was gevestigd, doet daar naar onze mening niet aan af.

Daarnaast oordeelde de rechtbank – die de vordering van de curator blijkbaar mede opvatte als een verklaring voor recht – dat de bank de hypotheek niet tot zekerheid mag laten strekken voor de terugbetaling van het door haar verstrekte krediet met het oog op de aankoop door een derde van de aandelen in de vennootschap, dat ‘als uitgangspunt heeft te gelden dat een hypothecaire zekerheid door een BV teneinde een lening met het oog op het nemen of verkrijgen door een derde van aandelen in haar kapitaal mogelijk te maken, mede gelet op de doelstelling van artikel 2:207c BW niet valt onder het verbod van het eerste lid van dit artikel. Vereist is dan wel dat aan de door de leden 2 en 3 van dit artikel gestelde voorwaarden voor de rechtsgeldigheid van een zodanige lening is voldaan.’ Volgens de rechtbank voldeed de lid 2-lening van King Air Holding B.V. aan King Gravemaker B.V. niet aan de voorwaarden die de leden 2 en 3 van artikel 2:207c BW daaraan verbinden, met als gevolg dat (volgens de rechtbank) de lid 2-lening nietig is. Op basis van de redelijkheid en billijkheid zou (wederom volgens de rechtbank) de strekking van artikel 2:207c BW meebrengen dat de hypotheek niet tot zekerheid mag strekken voor de terugbetaling van het door de Rabobank verstrekte krediet aan King Air Holding B.V. ten behoeve van de lid 2-lening. Deze uitspraak lijkt neer te komen op een partiële nietigheid van de verstrekte zekerheid, namelijk voorzover deze in strijd was met artikel 2:207c leden 2 en 3 BW. Voor de praktijk echter bleef het onzeker of en in hoeverre dit vonnis in een hogere instantie in stand zou blijven.

Het arrest van het Hof Den Haag biedt de praktijk iets meer duidelijkheid, waar het hof tot de conclusie komt dat artikel 2:207c lid 1 BW restrictief moet worden uitgelegd. Het hof kijkt voornamelijk naar de vraag of de lening die een vennootschap aan een derde verstrekt met het oog op de verkrijging van aandelen in haar kapitaal, op grond van artikel 2:207c lid 2 BW is toegestaan. Is dat het geval, dan komt men aan een beoordeling van de door de Vennootschap aangetrokken geldlening en de op grond daarvan gestelde zekerheden op basis van artikel 2:207c lid 1 BW niet toe. Dit gedeelte van het arrest is in zekere zin een bevestiging van King Air. De toegevoegde waarde van het arrest ligt met name in het feit dat het hof daarnaast heeft geoordeeld dat de geldigheid van de door de Bank aan de Vennootschap verstrekte geldlening en de op grond daarvan aan de Bank verstrekte zekerheden niet moeten worden beoordeeld in het licht van de vraag of de door de Vennootschap aan Beheer verstrekte geldlening toelaatbaar was op grond van het bepaalde in artikel 2:207c leden 2 en 3 BW.

In de literatuur is veel gediscussieerd over de vraag of artikel 2:207c BW nu restrictief of ruim moet worden uitgelegd. Het arrest lijkt een ruime uitleg, die de praktijk (en zeker de banken) veiligheidshalve aanhangt, te hebben beperkt. Echter, het feit dat het hof de financiering van een lid 2-lening (en de zekerheidstelling voor een dergelijke financiering) niet beschouwt als ‘met het oog op’ geeft – ons inziens – nog niet vrij baan voor een restrictieve interpretatie. De rechtspraak zal de zinsnede ‘met het oog op’ verder moeten invullen om zodoende de praktijk te voorzien van handvatten. Tot die tijd zullen constructies (bedoeld om art. 2:207c BW te omzeilen) die niet vallen onder de letter van artikel 2:207c BW, nog steeds – zolang er geen richting bepalende uitspraak van de Hoge Raad is – met enige scepsis moeten worden beoordeeld.

Naar wij hebben begrepen, heeft de curator tegen het arrest cassatie ingesteld. Dat betekent dat hopelijk over niet al te lange termijn eindelijk (meer) duidelijkheid zal bestaan over deze voor de (financierings)praktijk belangrijke problematiek.

Mr. G. Kreuze
Mr. B.Th.J. Pierik
Loyens & Loeff
