

# **Workshop Insolventierecht FR&R**

**Deel 1: Voortraject**

**Johan Jol / Rolf Verhoeven**

**27 augustus 2009**

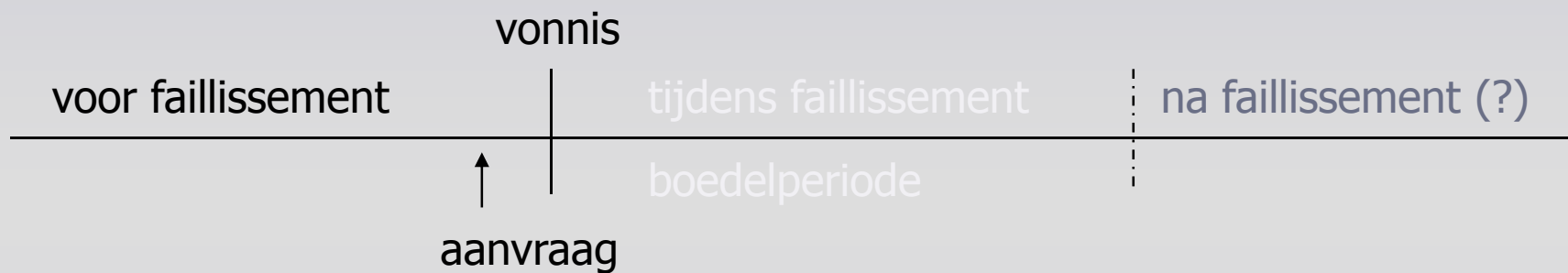
Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Onderwerpen

- Inleiding
- Legal Due Diligence met betrekking tot de zekerheden
- Actio Pauliana
- Lenders liability en schijn van kredietwaardigheid
- Verrekening
- Kredietopzegging
- Verhuurconstructie bodemzaken
- Stellingen

# Inleiding



- faillissementsdatum=hakbijl (fixatiebeginsel)
- 3 workshops:
  - voortraject
  - faillissementsdatum
  - tijdens faillissement/boedelperiode

# Legal due diligence zekerheidsrechten

- **Doel:** controle of de documentatie in overeenstemming is met wat de bank denkt dat ze heeft
- **Grens bij “reparatie-werkzaamheden”:** klant moet verplichtingen nakomen, tenzij reparatie:
  - paulianeus;
  - onrechtmatig (jegens andere crediteuren);
  - strafbaar

# Checklist zekerheidsrechten I

- **Algemeen:**
  - zijn (originele) zekerheidsdocumenten aanwezig?
  - Is er – waar nodig - registratie?
  - Wanneer zijn zekerheden verstrekt (pauliana-risico) ?
  - Zijn documenten correct getekend / is zekerheidsgever correct vertegenwoordigd?
    - tegenstrijdig belang?
    - KvK
    - twee handtekeningenstelsel?
    - volmacht
  - Tot zekerheid van welke vordering strekt zekerheidsrecht?
    - overnamefinanciering/steunverbod

# Checklist zekerheidsrechten II

- **Hoofdelijkheid**
  - doeloverschrijding/belang?
- **Borgtocht**
  - doeloverschrijding/belang?
  - handtekening echtgenote
  - goedschrift
  - maximum bedrag bij particuliere borg

# Checklist zekerheidsrechten

## III

- **Pandrecht zaken:**
  - is pandgever eigenaar van te verpanden zaak/vordering?
  - rechten van derden
    - eigendomsvoorbehoud
    - retentierecht
    - bodemrecht/bodembeslag
    - preferente vorderingen (bij vorderingen tot behoud)
  - is pandrecht naar NL recht mogelijk?
    - verpande zaken in het buitenland
  - zijn er i.e. rechten mbt zaken en kunnen deze ook worden verpand?

# Checklist zekerheidsrechten

## IV

### ■ Pandrecht vorderingen

- verpandingverboden?
- verpanding toekomstige vordering?
- is pandrecht naar NL recht mogelijk?
  - verpande vorderingen van buitenlandse client of op buitenlandse debiteur
- rechten van derden

### ■ Hypotheek

- bijzonderheden in notarisverklaring
- bij hypotheek op zakelijk recht (bijv erfpachtsrecht): check erfpachtsvoorwaarden mbt beperkingen voor overdracht
- roerend/onroerend
- retentierecht

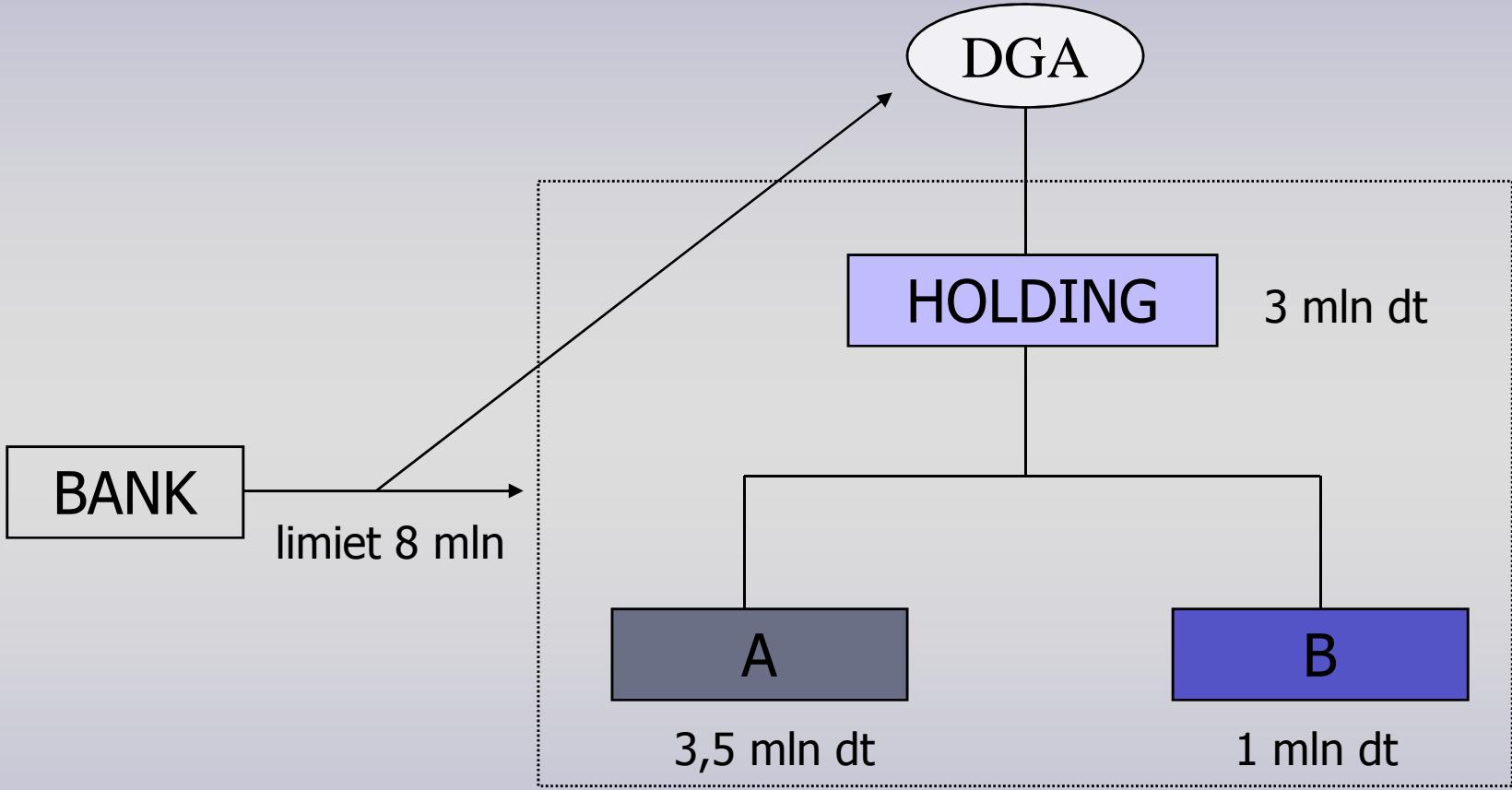


# PAULIANA CASE

feiten:

- productiebedrijf
- Holding BV, Werkmij A BV en Werkmij B BV
- DGA, die privé borg staat voor het krediet aan de groep
- Holding bestuurder van A en B
- concernfinanciering in rek courant aan Holding, A en B met limiet van EUR 8 mln
- Holding, A en B zijn hoofdelijk aansprakelijk
- rente- en saldocompensatie
- A draait normaal; liquiditeitsproblemen bij B
- drie maanden in behandeling bij FR&R
- pandakte vorderingen, voorraden en bedrijfsuitrusting
- pandlijsten eenmaal per 14 dagen

PAULIANA CASE



## VRAAG 1

DGA vertelt jou (account manager FR&R), dat het niet goed gaat met B. Hij is bezig met een reorganisatie, waarbij B zal worden verkocht en anders failliet zal gaan. DGA geeft een opdracht namens B tot betaling van de salarissen van deze maand van het personeel van B. Daarvoor is er net voldoende kredietruimte. Andere schulden van B kunnen daarna niet meer worden betaald. Wat doe je?

- a. Opdracht uitvoeren, contract is contract.
- b. Opdracht laten liggen en afwachten of het faillissement van B wordt uitgesproken.
- c. De opdracht terug sturen, omdat het niet geoorloofd is het personeel van B boven andere crediteuren te bevoordelen.
- d. Het krediet opzeggen en de opdracht terugsturen.

## VRAAG 2

Tijdens een bespreking deelt de DGA mee, dat het niet gelukt is B te verkopen. Hij vraagt jou de opdracht van B uit te voeren om een factuur van A voor levering van grondstoffen te betalen. Door de rente- en saldocompensatie leidt deze overboeking niet tot een hogere debetstand “onder de streep”. Wat doe je?

- a. Opdracht uitvoeren, omdat het voor de bank door de saldocompensatie geen verschil uitmaakt.
- b. Opdracht laten liggen tot het faillissement wordt uitgesproken.
- c. Opdracht terug sturen met een brief dat A niet mag worden bevoordeeld.
- d. Het krediet opzeggen en de opdracht terug sturen.

## VRAAG 3

De DGA faxt vervolgens een kopie van het door hem ondertekende aandeelhoudersbesluit van de Holding tot het aanvragen van het faillissement van B. Hij vraagt jou de betalingsopdracht van B om de nota van de Holding betreffende management fees over het afgelopen jaar uit te voeren. Door de rente- en saldocompensatie leidt deze overboeking niet tot een hogere debetstand “onder de streep”. Wat doe je?

- a. Opdracht uitvoeren, omdat het voor de bank door de saldocompensatie geen verschil uitmaakt.
- b. Opdracht laten liggen tot het faillissement wordt uitgesproken.
- c. Opdracht terug sturen met een brief dat de Holding niet mag worden bevoordeeld.
- d. Krediet opzeggen en opdracht terug sturen.

## VRAAG 4

Een dag later belt de DGA jou met de mededeling dat morgen B haar eigen faillissement zal aanvragen, maar dat die aanvraag pas de volgende week door de rechtbank kan worden behandeld.

De laatste pandlijst is een week oud, maar er zijn daarna nog diverse facturen verzonden. Je eist van de DGA dat hij dezelfde dag nog een nieuwe pandlijst instuurt. In verband met zijn borgtocht werkt de DGA hier aan mee. Is deze verpanding paulianeus?

Antwoord:

- a. Ja, omdat de bank wetenschap heeft van de faillissementsaanvraag
- b. Nee, dit is niet paulianeus
- c. Nee, het pandrecht is al tot stand gekomen toen de stampandakte werd ondertekend
- d. Ja, want als het krediet is opgezegd, is de verpanding onverplicht

## VRAAG 5

Op 1 maart 2005 wordt B failliet verklaard. Op 1 februari 2005 heeft de bank het krediet met EUR 1 mln verhoogd en in ruil daarvoor hypotheek bedongen op een bedrijfspand voor EUR 9 mln excl rente en kosten. In de overige zekerheden zit een onderdekking. De hypotheekakte is van 22 februari en wordt op 25 februari ingeschreven. De curator stelt dat de bank op dat moment niet te goeder trouw was en vernietigt de hypotheekakte. Is deze hypotheek paulianeus?

Antwoord:

- a. Ja, de curator heeft gelijk.
- b. Nee, het goede trouw criterium is hier niet van toepassing.
- c. Nee, maar als de curator ook de nieuwe kredietovereenkomst kan vernietigen, is de hypotheek misschien wel paulianeus

# Actio Pauliana Algemeen I

- Bevoegdheid **in en buiten** faillissement om een onverplichte rechtshandeling te vernietigen
- Bevoegdheid **in** faillissement om een verplichte rechtshandeling te vernietigen
- Vernietiging betekent: de gevolgen van een rechtshandeling moeten worden teruggedraaid
- Vereist is steeds:
  - Wetenschap van
  - Benadeling



# Actio Pauliana Algemeen II

## *Onverplicht*

- Aangaan van een overeenkomst
- Betaling van niet opeisbare schuld
- Zekerheidsstelling zonder contractuele verplichting
- Cessie van een vordering ter betaling van een schuld

## *Verplicht*

- Nakomen van overeenkomst
- Betaling van opeisbare schuld
- Zekerheidsstelling met contractuele verplichting (art. 20 ABV en artikel 2.34 AKV)
- Betaling van de schuld

Vragen:

1. "Ik kon niet anders, ik moest wel, anders ging de onderneming failliet".

Verplichte of onverplichte handeling?

2. Is betaling van opeisbare schuld met activa verplicht of onverplicht?

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Pauliana buiten faillissement, art. 3:45 e.v. BW (I), Benadeling

- Bevoegdheid voor iedere benadeelde crediteur
- **Benadeling** kan zijn:
  - vermindering actief;
  - toename passief;
  - verstoring van de rangorde van crediteuren; of
  - bemoeilijken van verhaal.
- Benadeling wordt gemeten op het moment dat over benadeling geoordeeld wordt door de rechter
- Kans op benadeling is niet voldoende, het moet gaan om daadwerkelijke benadeling
- Beoordeling samengestelde transactie

Vragen:

Is er bij kredietverlening in ruil voor zekerheden sprake van benadeling?  
Maakt het verschil of zekerheden worden gesteld voor oud of voor nieuw geld?

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Pauliana buiten faillissement, art. 3:45 e.v. BW (II), Benadeling

- Bij rechtshandeling **om niet**: voldoende is dat schuldenaar bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn.
  - Vb.: geen tegenprestatie vereist, schenking
- Bij rechtshandelingen **anders dan om niet**: ook wederpartij wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn.
  - Vb.: wel tegenprestatie vereist, verkoop actief
- Wetenschap is in zekere mate geobjectiveerd, niet alleen een weten maar ook een behoren te weten

# Pauliana buiten faillissement, art. 3:45 e.v. BW (III), Wetenschap van benadeling

- Bij rechtshandeling **om niet**: voldoende is dat schuldenaar bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn.
  - Vb.: schenking
- Bij rechtshandelingen **anders dan om niet**: ook wederpartij wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn.
  - Vb.: verkoop actief

# Pauliana buiten faillissement, art. 3:45 e.v. BW (IV), Bewijslast

- Bewijslast voor verschillende vereisten rust op degene die vernietiging inroept
- Maar: wetenschap van benadeling wordt **vermoed** aanwezig te zijn indien rechtshandeling is verricht binnen een jaar voor het inroepen van de vernietigingsgrond bij bepaalde rechtshandelingen:
  - Overeenkomst waarbij de waarde van de verbintenis die van de andere aanmerkelijk overtreft
  - Voldoening van of zekerheidsstelling voor een niet-opeisbare schuld
  - Rechtshandelingen die zijn verricht met personen waarmee de schuldenaar een familiale of vennootschappelijke band heeft

# Pauliana in faillissement, art. 42 en 47 Fw

- Exclusieve bevoegdheid curator
- Zowel onverplichte rechtshandelingen als verplichte
- Onverplicht: art. 42 Fw, vrijwel zelfde vereisten als pauliana buiten faillissement
- Verplicht: art. 47 Fw, beperkte mogelijkheid van vernietiging in twee gevallen:
  - Schuldeiser moet weten dat faillissement is aangevraagd
    - Faillissement moet ook op die aanvraag worden uitgesproken
  - Overleg tussen schuldeiser en schuldenaar
    - Samenspanning tussen schuldenaar en schuldeiser met het oogmerk deze schuldeiser boven andere te begunstigen
    - Zeer restrictieve uitleg
    - Wel mogelijk indien
      - schuldeiser beslissende invloed heeft op schuldenaar (bv. door personele unie of concernverhoudingen; zie HR inz Cikam-Siemon qq, NJ 2003/128)
      - schuldeiser met zichzelf obv een volmacht van de schuldenaar een benadelende overeenkomst aangaat (bijv zekerheden verstrekt)

# Lenders liability

Mogelijke aansprakelijkheidsrisico's voor banken wegens:

- Overkreditering/ophouden schijn van kredietwaardigheid
- Teveel aan zekerheden
- Non-betaling crediteuren
- Selectieve betaling crediteuren
- Beleidsuitoefening bij debiteur door of namens banken

Rechtgronden voor aansprakelijkheid bank:

- contractuele aansprakelijkheid (wanprestatie; schending zorgplicht jegens klant )
- onrechtmatige daad aansprakelijkheid jegens derden (zorgplicht jegens derden/crediteuren)
- wettelijke aansprakelijkheid (bestuurdersaansprakelijkheid)

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Teveel zekerheden

- geen voorbeelden/jurisprudentie, wel literatuur
- Wanprestatie bank ten opzichte van geldnemer
- Artikel 20 ABV: Zekerheidstelling
  - De cliënt is verplicht desgevraagd **voldoende** zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn bestaande verplichtingen jegens de bank. Is een gestelde zekerheid onvoldoende geworden, dan is de cliënt verplicht desgevraagd die zekerheid aan te vullen of te vervangen. Een verzoek als hiervoor bedoeld dient schriftelijk te geschieden en de reden van het verzoek te vermelden. De **omvang van de gevraagde zekerheid** dient in **redelijke** verhouding te staan tot het beloop van de desbetreffende verplichtingen van de cliënt.



# Overkreditering

- geen voorbeelden/jurisprudentie bij ondernemingen, wel retail
- Wanprestatie bank ten opzichte van geldnemer
- Artikel 2 ABV: Zorgplicht van de bank
  - De bank dient bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen. Zij zal daarbij naar beste vermogen met de **belangen** van de cliënt rekening houden, met dien verstande dat zij niet gehouden is gebruik te maken van haar bekende niet openbare informatie, waaronder koersgevoelige informatie.

# Non-betaling crediteuren

- Erba I (NJ 1957, 514):
  - Bank verstrekt eerst blanco krediet
  - Bank zegt krediet op en eist zekerheden
  - Bank krijgt zekerheden op alle activa
  - leverancier Erba had geen eigendomsvoorbehoud
  - HR: Als bank op deze basis doorfinanciert terwijl bank weet of behoort te weten dat nieuwe leveranciers onbetaald blijven, is bank mogelijk aansprakelijk jegens op grond van onrechtmatige daad
  - maar eigen schuld crediteuren kan worden meegewogen
- Erba II (NJ 1959,581)
  - HR: vaststelling van het Hof dat bank ernstig ongerust was omtrent haar dekkingspositie is niet onverenigbaar met het oordeel dat benadeling van crediteuren nog niet behoefde te worden verwacht
    - AG Langemeijer: is er redelijke kans dat kredietnemer de financiële moeilijkheden overwint? (levensvatbaarheidvraag)
- Schijn van kredietwaardigheid kan onrechtmatig ten opzichte van derden (reden debetlimiet bij saldocompensatie)

# Selectieve betaling crediteuren

- Onrechtmatige daad art. 6:162 BW ten opzichte van derden
- Bank verstrekt aanvullende financiering of handhaaft bestaande financiering met het doel door te starten om haar opbrengst te maximaliseren, terwijl ze weet dat als gevolg hiervan bepaalde crediteuren betaald worden en anderen niet.
- jurisprudentie:
  - HR Coral-Stalt (JOR 1998/107):
    - vennootschap die heeft besloten activiteiten te beëindigen en die over onvoldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te voldoen, mag geen groepsvennootschappen bevoordelen boven niet-groepsvennootschappen;
    - moedervenootschap handelt onrechtmatig jegens crediteur van de dochtervennootschap, indien
      - moeder zich intensief met dochter bemoeide
      - moeder hand heeft gehad in beëindiging
      - moeder ongelijke behandeling van crediteuren heeft bewerkstelligd

# Selectieve betaling crediteuren

- Hof Amsterdam inzake Hooge Raedt Groep B.V.-van Diepen c.s. (JOR 2008/4)
  - door indirect bestuurder van dochter uitkeren van “overliquiditeit” aan moeder vooruitlopend op liquidatie van dochter is onrechtmatig tegenover crediteur dochter
- advies:
  - laat keuze aan wie wel en wie niet betaald worden aan management;
  - bij weigeren betalingsopdracht ivm selectieve betaling: opzeggen of expliciet opschorten

# Beleidsuitoefening

- Beleidsbepaler als ware hij bestuurder (“shadow director”; art. 2:138 c.q. 2:248 lid 7 BW)
- Onrechtmatig handelen ten opzichte van andere crediteuren (art. 6:162 BW)
- Hoge Raad in Sobi Hurks (JOR 2002/38):
  - na een reeks van gebeurtenissen (trage rapportage, winst slaat om in verlies, liquiditeitskrapte, vraaguitval) waardoor duidelijk was dat dochter geen enkel verhaal meer bood, handelt moedervernootschap – die 1. inzicht in en 2. invloed op dochter heeft - onrechtmatig handelen tegenover crediteuren van dochtervernootschap door dochter nieuwe verplichtingen te laten aangaan zonder de crediteuren te waarschuwen danwel de dochter surseance te laten aanvragen.
  - moeder had feitelijke macht bij dochter door bevoegdheid bestuurders te schorsen, benoemen en ontslaan
- grensgevallen:
  - interim-manager met opdracht van de Lenders als CRO
  - interim-manager met rapportage verplichting (uitsluitend) aan de Lenders
  - uitoefening van meerderheid stemrecht op de verpande aandelen door Lenders bij benoeming bestuurder

# Verrekening, algemeen

- Wederkerigheid: Je moet zowel schuldeiser als schuldenaar zijn
- Gelijksortigheid: prestatie moet beantwoorden aan de schuld
- Schuldenaar moet bevoegd zijn tot betaling van de schuld
- Schuldeiser is bevoegd betaling van zijn vordering af te dwingen
- Vordering en schuld moeten in hetzelfde vermogen zitten (niet een van elkaar afgescheiden vermogen)

Vraag:

Mag de bank ook haar niet opeisbare vorderingen verrekenen en mag zij ook een schuld in dollars verrekenen met een vordering in euros?

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Verrekening

- Zowel schuldeiser als schuldenaar van de failliet
- Verrekening mogelijk indien schuld en vordering ontstaan zijn voor faillissement of voortvloeien uit handelingen voor faillissementsdatum met de gefailleerde verricht
- Tenzij verrekening gevolg is van overneming van vordering of schuld en overnemer is niet te goeder trouw

# Verrekening, specifieke bankproblemen I

- Betaling op bankrekening van failliet (in spe)
- Onderscheid: Bank heeft geen / wel zekerheidsrecht op vordering die betaald wordt of wel zekerheidsrecht op vordering die betaald wordt
- Het enkele hebben van een vordering op de failliet is onvoldoende om betalingen die derden ten behoeve van de failliet verrichten op zijn rekening te verrekenen (HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 Postgiro)
- Indien het een betaling na faillissement betreft op de rekening courant een aan de bank verpanden vordering betreft, mag de Bank zich verhalen op de opbrengst (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 Mulder q.q. / CLBN)



# Verrekening, specifieke bankproblemen II

- Indien de betaling **na** faillissement betreft de opbrengst van de verkoop van een verpande zaak waarbij de koopsom niet verpand is, mag de Bank zich niet verhalen, HR 23 april 1999, JOR 1999, 109 Wollie
- Ook bij betaling **voor** faillissement: ING / Gunning q.q. HR 19 november 2004, NJ 2005, 199, geen verrekening, tenzij betaling:
  - betaling verpande vordering betreft of
  - met toestemming pandgever (!) rechtstreeks aan de bank plaats vindt (niet op de bankrekening van de pandgever, maar op tussenrekening)

# Kredietopzegging I

Relevante vragen:

- Is er contractuele mogelijkheid van onmiddellijke opzegging en zo ja onder welke voorwaarden? Is faciliteit “uncommitted”?
- Is art 30 ABV van toepassing?
  - “De relatie tussen de cliënt en de Bank kan zowel door de cliënt als door de Bank worden opgezegd. Indien de Bank de relatie opzegt, zal zij de Cliënt desgevraagd de reden van die opzegging meedelen. Na de opzegging van de relatie zullen de tussen de Cliënt en de Bank bestaande individuele overeenkomsten zo spoedig mogelijk worden afgewikkeld met inachtneming van de daarvoor geldende termijnen.”
- Voldoet opzegging aan de redelijkheid en billijkheid c.q. misbruik van recht?
  - belangenafweging
  - toetsing uiteindelijk door rechter

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Kredietopzegging II: toetsing

- Hof Arnhem inzake Rabo-Aarding (JOR 2003, 267): factoren voor rechtsgeldigheid van opzegging:
  - de duur, de mate van exclusiviteit, de omvang en de ingewikkeldheid en het verloop van de kredietrelatie,
  - een aanmerkelijke afname van de kredietwaardigheid en/of aanmerkelijke toeneming van het bancaire kredietrisico,
    - dekkingspositie bank (obv de liquidatiewaarde) van belang
  - het gedrag en de betrouwbaarheid van de kredietnemer
    - heeft kredietnemer tijdig en juiste informatie verstrekt

# Kredietopzegging III: toetsing

- (ernstig) verzuim kredietnemer
  - bijv door overschrijding kredietlimiet
- overlevingskansen onderneming na reorganisatie of doorstart
- termijn die kredietnemer krijgt om een andere (huis-)bankier te zoeken en afhankelijkheid van op te zeggen krediet
  - is krediet levensader van de onderneming?
- wijze van besluitvorming van de bank
- wijze waarop overleg is gevoerd met de kredietnemer
- kredietnemer voldoende gewaarschuwd
- heeft bank door eigen gedragingen verwachtingen heeft gewekt
  - bijv toelating van overschrijding van de kredietlimiet
- maatschappelijke belangen
  - bijv het voortbestaan van werkgelegenheid

# Kredietopzegging IV: termijn

jurisprudentie lagere rechters

- Opzegtermijn van drie maanden van rekening courant krediet is meestal voldoende (zie JOR 2003/284)
- Onregelmatigheden aanvraag vervolgfianciering betekenen nog niet dat je bestaande financiering kan opzeggen (NJK 2004, 448)
- Opzegtermijn van twee maanden is in onderhavige geval onrechtmatig (JOR 2004, 283)

Legal Houdini

To straighten out  
the legal hitch

# Kredietopzegging V: reden opzegging

- Opzegging kredietrelatie in verband met reputatie risico met inachtneming (voor wat betreft financieringsdeel) van termijn van drie maanden geaccepteerd (JOR 2004, 275 inzake erven Endstra)
- Opzegging kredietrelatie met uitstel voor aflossing van 4 maanden, niet geaccepteerd (LJN AU 2423) (tijdelijke dip in de onderneming)

# Verhuurconstructie I

- Doel: bescherming van het stille pandrecht van de bank op bodemzaken
- Bodemzaken = roerende zaken die strekken tot stoffering van de bodem
  - tafels, stoelen computers, machines;
  - NB 1: niet grondstoffen, voorraden en halffabrikaten;
  - NB 2: discussie showroom-zaken
- Reden: fiscaal voorrecht op bodemzaken gaat voor pandrecht van de bank
- Fiscus kan bodembeslag leggen op de bodemzaken van failliet en van derden tot de datum van het faillissement

# Verhuurconstructie II

- alternatief: stellen dat zaken onroerend zijn (bijv bij machines ogv duurzame bestemming van artikel 5:20 BW; fysieke verbinding met grond niet nodig)
- Praktische uitvoering: haal de bodem onder zaken van de klant vandaan door verhuren aan bank of derde.
- bodembegrip=feitelijk (dus bedrijf stil leggen, sleutels wijzigen, KvK adres wijzigen)
- Is bodemverhuurconstructie paulianeus? Nee, want pandhouder kan zaken ook weghalen als pandgever in verzuim is (NB: als pandgever weigert is afgiftebeslag en toestemming rechter nodig, tenzij pandrecht bij notariële akte)