

Banken opgelet: verzwaarde onderzoeksplicht bij bedrijven in moeilijkheden

Een recent arrest van de Hoge Raad gebiedt tot (extra) voorzichtigheid voor banken bij het verkrijgen van zekerheid van een in moeilijkheden verkerende debiteur. Op 22 december 2009 heeft de Hoge Raad namelijk voor de derde keer arrest gewezen in de zich al jaren voortslepende procedures tussen ABN AMRO Bank N.V. ('ABN AMRO') en mr. S.M.M. van Dooren ('Van Dooren'), curator van Hendriks Beheer B.V. ('Hendriks Beheer'). Onderwerp van geschil is de faillissementspauliana.

De feiten

In 1991 heeft ABN AMRO aan een groep ondernemingen, waartoe Hendriks Beheer behoorde, een krediet in rekening-courant verleend van f 8.000.000,-. In ruil hiervoor verkreeg ABN AMRO een aantal zekerheden. In augustus 2003 raakte ABN AMRO bekend met de liquiditeitsproblemen van de groep. Na uitgebreid overleg verhoogde ABN AMRO in november 2003 het krediet met f 1.000.000,- tot f 9.000.000,-. Als zekerheid voor deze extra kredietfaciliteit verkreeg ABN AMRO aanvullende zekerheden, waaronder door Hendriks Beheer te verstrekken hypothe-

ken. Een week nadat de hypotheekrechten ten laste van Hendriks Beheer zijn gevestigd en ingeschreven, faillieert Hendriks Beheer op 13 december 1993.

Het geschil

Van Dooren wenst met een beroep op de faillissementspauliana de zekerheidstelling te vernietigen.

Faillissementspauliana

De curator kan het rechtsmiddel van de actio pauliana inroepen om rechtshandelingen die zijn verricht voorafgaand aan het faillissement en ten gevolge waarvan crediteuren zijn benadeeld, te vernietigen. Bij rechtshandelingen die zijn verricht zonder dat daartoe een verplichting voor de schuldenaar bestond (d.w.z. *onverplicht*), is voor een succesvol beroep op de actio pauliana vereist dat de schuldenaar én degene met of jegens wie de rechtshandeling is verricht, *wist of behoorde te weten* dat daarvan *benadeling van de schuldeisers* het gevolg zou zijn (artikel 42 Faillissementswet). Bij zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld wordt voornoemde wetenschap

vermoed te bestaan (artikel 43 Faillissementswet). In dat geval ligt het op de weg van de bank om tegenbewijs te leveren.

De vraag is of in ABN AMRO/Van Dooren wel sprake is van benadeling. Met de extra kredietruimte werd namelijk een deel van de schuldeisers van Hendriks Beheer voldaan. De kredietverlening door ABN AMRO bracht aldus geen wijziging in de totale schuldenlast van Hendriks Beheer op.

Beoordeling Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde in 2005 dat een schuldenaar die met een aan hem verleend krediet een van zijn schuldeisers voldoet, een verhoging van zijn schuld aan de bank bewerkstelligt met eenzelfde bedrag. In dat geval ontstaat weliswaar geen verandering in de totale schuldenlast, echter worden de resterende schuldeisers niet met concurrente medeschuldeisers geconfronteerd, maar met de bank als preferente medeschuldeiser, gelet op de zekerheden die in het algemeen aan de banken zijn verstrekt. Voor hen zal er daardoor minder overblijven, omdat de bank zich kan verhalen op de gestelde zekerheid.



In zijn arrest van 2009 legt de Hoge Raad uit dat van benadeling van schuldeisers ook sprake is indien de schuldenaar de extra kredietruimte uitsluitend aanwendt voor betalingen aan preferente schuldeisers. Die betalingen laten namelijk onverlet dat andere preferente schuldeisers, van hogere of gelijke rang, die onbetaald zijn gebleven, nadeel ondergaan doordat minder verhaalsobjecten beschikbaar zijn.

De Hoge Raad geeft daarnaast een belangrijke maatstaf voor het bestaan van wetenschap. Van benadeling is volgens de Hoge Raad sprake indien ten tijde van de rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid (voor de schuldenaar én degene met of jegens wie de rechts-

handeling is verricht) waren te voorzien.

In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad ten aanzien van de voor banken geldende onderzoeksplicht het volgende overwogen: een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, dient de beschikbare financiële gegevens te analyseren, met het oog op de vraag of een faillissement of een tekort daarin, en derhalve benadeling van de schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien.

Gevolgen voor herstructureringspraktijk

De uitleg van de Hoge Raad ten aanzien van de benadeling van schuldeisers komt erop neer dat een verhoging van het krediet door de bank tegen aanvullende zekerheid bijna altijd benadeling van de overige schuldeisers tot gevolg heeft, ongeacht of met de extra kredietruimte concurrente of preferente schuldeisers worden voldaan. De enige uitzondering doet zich voor wanneer de bank de door haar bedongen aanvullende zekerheid niet hoeft uit te winnen.

Als gevolg van het arrest van de Hoge Raad rust op een bank, die aanvullend krediet (met aanvullende zekerheden) wenst te verstrekken aan een onderneming



De vraag is hoe de praktijk zal omgaan met deze aangescherpte invulling van het vereiste van 'wetenschap van benadeling'.

in financiële problemen, een ver(der) gaande onderzoeksplicht. Een kredietverstrekker mag geen aanvullende zekerheden eisen voor (aanvullend) krediet, indien op dat moment uit de financiële gegevens blijkt dat een faillissement van deze onderneming redelijkerwijs valt te verwachten. Indien de bank desondanks aanvullende zekerheden accepteert, bestaat het risico dat een curator de verstrekking daarvan met een succesvol beroep op de faillissementspauliana vernietigt.

Naar verwachting zijn de gevolgen van deze uitspraak voor de herstructureringspraktijk verstrekking. Banken zullen waarschijnlijk minder snel bereid zijn mee te werken aan herstructurering van een noodlijdende onderneming. Banken zullen willen voorkomen dat een curator de vernietiging van de kredietverstrekking en verkregen zekerheden kan inroepen. De (zekerheids)positie van banken lijkt hierdoor te zijn beperkt. Het gevolg van een terughoudender beleid van banken bij kredietverstrekking zal zijn dat minder noodlijdende ondernemingen door middel van herstructurering een faillissement kunnen afwenden. Hierdoor zal het aantal faillissementen mogelijk toenemen.

Conclusie

De vraag is hoe de praktijk zal omgaan met deze aangescherpte invulling van het vereiste van 'wetenschap van benadeling'. Mogelijk zullen banken hun (algemene) kredietvoorwaarden in dié zin uitleggen respectievelijk zo aanpassen dat het verstrekken van (aanvullend) krediet tegen aanvullende zekerheden kan worden aangemerkt als een rechtshandeling waartoe de schuldenaar verplicht was. (In ieder geval één grote bank had naar aanleiding van de eerdere uitspraken van Hoge Raad in de zaak ABN AMRO/Van Dooren haar algemene voorwaarden al aangepast.) Voor verplichte verrichte rechtshandelingen geldt namelijk een ander pauliana-regime, waarbij alleen dan vernietiging door een curator mogelijk is, indien het faillissement ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling daadwerkelijk was aangevraagd en de bank daarmee bekend was, dan wel indien de rechtshandeling het gevolg is van 'bedrieglijk overleg' tussen bank en debiteur. Daarvan zal in de praktijk veel minder snel sprake zijn.



DAPHNE CASTELIJNS
Advocaat
T +31 (0)20 3016 235
E daphne.castelijns@cms-dsb.com