

Vermogensverklaring en het derdenbeding in de kredietovereenkomst

In de praktijk wordt, bij het verstrekken van een krediet aan een dochtervennootschap, regelmatig bedongen dat de moedervennootschap een vermogensverklaring aan de kredietverschaffer afgeeft. Ondanks dat een vermogensverklaring in de praktijk veel voorkomt, is de rechtspraak hieromtrent schaars. Op 13 januari 2010 heeft de Rechtbank Rotterdam een uitspraak gedaan waarbij de vraag aan de orde kwam of de moedervennootschap op grond van de door haar verstrekte vermogensverklaring, aansprakelijk kan worden gehouden voor de door de kredietverstrekker geleden schade ingeval van een faillissement van de dochtervennootschap.

Geschil

In 2002 heeft DFM aan Autobedrijf Lombardijen een krediet verstrekt. Tot zekerheid voor dit krediet heeft DFM in de kredietovereenkomst (de "Kredietovereenkomst") onder meer bedongen dat de moedervennootschap van Autobedrijf Lombardijen, Crossroads Consultants B.V., een vermogensverklaring (de "Vermogensverklaring") aan DFM verstrekt. Tevens bevat de Kredietovereenkomst een beding dat bepaalt dat na twee jaar de eventuele voortzetting van deze Vermogensverklaring nader zal worden gezien (het "Beding"). De Kredietovereenkomst is door de (middellijke) bestuurder van Autobedrijf Lombardijen, de heer Maaskant, getekend. Tevens heeft de heer Maaskant, dit maal echter in zijn hoedanigheid van bestuurder van Crossroads Consultants B.V., de Vermogensverklaring aan DFM verstrekt.

In 2005 was het aansprakelijk vermogen van Autobedrijf Lombardijen voor het eerst gezakt onder het in de Vermogensverklaring afgegeven niveau. De Vermogensverklaring is echter op geen enkel moment ter sprake gekomen. Vervolgens is Autobedrijf Lombardijen op 2 september 2008 in staat van faillissement verklaard.

DFM vordert schadevergoeding van Crossroads Consultants B.V. voor het niet-nakomen van de verplichtingen op grond van de Vermogensverklaring. Immers, op grond van de Vermogensverklaring was Crossroads Consultants B.V. gehouden tot bijstorten indien het aansprakelijk vermogen van Autobedrijf Lombardijen zou dalen tot onder het overeengekomen niveau, hetgeen het geval is nu Autobedrijf Lombardijen failliet is.

Autobedrijf Lombardijen stelt echter dat zij niet aansprakelijk is voor de door DFM geleden schade. Hiertoe voert zij aan dat de Vermogensverklaring inmiddels is komen te vervallen aangezien in het Beding staat vermeld dat na twee jaar de eventuele voortzetting van de Vermogensverklaring nader zal worden gezien.

Beoordeling door de Rechtbank Rotterdam

De kern van dit geschil is de vraag of Crossroads Consultants B.V. rechten kan ontfangen aan de tussen DFM en Autobedrijf Lombardijen gesloten Kredietovereenkomst. In beginsel bindt een overeenkomst alleen de partijen bij die overeenkomst. Slechts in bijzondere gevallen kan een derde die geen partij is bij de overeenkomst, een beroep doen op een beding in die overeenkomst. Van een dergelijk bijzonder geval is sprake indien de overeenkomst een derdenbeding bevat.

De Rechtbank Rotterdam oordeelt dat ondanks dat het Beding is opgenomen in de Kredietovereenkomst tussen DFM en Autobedrijf Lombardijen, het Beding toch voor Crossroads Consultants B.V. een recht in de rechtsverhouding tussen DFM en Crossroads Consultants B.V. schept als gevolg van de door laatstgenoemde afgegeven Vermogensverklaring. Daarom kan het Beding gekwalificeerd worden als een derdenbeding ten behoeve van Crossroads Consultants B.V.

Vervolgens richt de Rechtbank Rotterdam zich op de vraag of het Beding zo moet worden opgevat dat de Vermogensverklaring na twee jaar is komen te vervallen. Naar oordeel van de Rechtbank Rotterdam is de enige begrijpelijke uitleg



Om achteraf iedere discussie te voorkomen of een bepaald beding in een overeenkomst een recht schept voor een derde, verdient het de voorkeur expliciet in de overeenkomst op te nemen of het desbetreffende beding uitsluitend ten behoeve van een contractspartij dan wel ten behoeve een derde wordt aangegaan.

van het Beding dat de Vermogensverklaring twee jaar na de aanvang komt te vervallen, tenzij DFM vóór die datum aan Crossroads Consultants B.V. kenbaar heeft gemaakt dat de Vermogensverklaring moet worden voortgezet. Als gevolg van het vervallen van de Vermogensverklaring kan DFM hier geen beroep meer op doen. De Rechtbank Rotterdam heeft de vordering van DFM dan ook afgewezen.

Uitzondering: het derdenbeding

Doordat de Rechtbank Rotterdam in deze uitspraak heeft geoordeeld dat het Beding kan worden aangemerkt als een derdenbeding, kan Crossroads Consultants B.V. zich beroepen op het Beding en is zij niet gehouden om schadevergoeding aan DFM te betalen. In beginsel schept een overeenkomst alleen verbintenissen voor de partijen bij die overeenkomst. Het derdenbeding is hier echter een uitzondering op. Een derdenbeding is een beding waarbij de ene contractspartij van de andere contractspartij, een recht bedingt ten behoeve van een derde die geen contractspartij is. Uit jurisprudentie is gebleken dat het niet noodzakelijk is dat partijen expliciet de bedoeling hebben en/of expliciet overeenkomen dat het desbetreffende beding is bedoeld om een vorderingsrecht van een derde in het leven te roepen. Of een beding kan worden gekwalificeerd als een derdenbeding, dient volgens de Hoge Raad te worden beoordeeld door het in aanmerking nemen van "alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen". Om achteraf iedere discussie te voorkomen of een bepaald beding in een overeenkomst een recht schept voor een derde, verdient het de voorkeur expliciet in de overeenkomst op te nemen of het desbetreffende beding uitsluitend ten behoeve van een contractspartij dan wel ten behoeve een derde wordt aangegaan.

Vermogensverklaring

Een vermogensverklaring – ook wel een vermogensinstandhoudingsverklaring, garantievermogensverklaring, keep-well statement of net worth statement genoemd – is een eenzijdige verklaring of overeenkomst op grond waarvan de moeder vennootschap verklaart er voor in te staan dat het aansprakelijk vermogen van de dochtervennootschap niet onder een bepaald niveau zal zakken. Ondanks dat in de huidige praktijk een vermogensverklaring regelmatig voorkomt, kent het Burgerlijk Wetboek het begrip "vermogensverklaring" niet. Een vermogensverklaring

vertoont in zekere zin overeenkomst met een borgtocht. Immers, het vermogen van een derde staat in een zekere mate ter beschikking voor de kredietverstrekker indien een vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert. Bij een borgtocht wordt de aansprakelijkheid van de borg beperkt tot de schuld waarvoor de borgtocht wordt aangegaan. Bij een vermogensverklaring wordt de verstrekker daarvan gehouden om het aansprakelijk vermogen van de vennootschap weer op het overeengekomen niveau te brengen. Echter indien de vennootschap in zwaar weer verkeert of in staat van faillissement verkeert kan de financiële verplichting op grond van de vermogensverklaring om het vermogen van de vennootschap weer op peil te brengen, aanzienlijk groter zijn dan de vordering van de kredietverstrekker. Daarbij wordt nog opgemerkt dat ondanks dat een vermogensverklaring ertoe strekt het belang van de kredietverstrekker te beschermen, de verstrekker van de vermogensverklaring er "slechts" toe gehouden is om het vermogen van de vennootschap op het overeengekomen niveau te brengen. Er vindt dus geen rechtstreekse betaling plaats aan de kredietverstrekker, hetgeen een groot verschil is met een borgtocht.

Gelet op de voornoemde mogelijke verstrekken-gevolgconsequenties van een vermogensverklaring ingeval de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert, verdient het de overweging om aan de kredietverstrekker zekerheid te verschaffen door middel van een borgtocht in plaats van met het verstrekken van een vermogensverklaring.



MARLOUS DE GROOT

Advocaat

T +31 20 3016 452

E marlous.degroot@cms-dsb.com