



Bedrijfsjuridische berichten

Faillissementsrecht

Paulianeuse kredietverschaffing

(HR 2 februari 2007, *LJN*: AZ2611, (Van Emden q.q./Rabobank))

mr. J.A. Stal¹

■ 32

1. Inleiding

Kredietverlening aan een onderneming in financiële moeilijkheden is soms een hachelijke onderneming. Zowel te snelle opzegging van de kredietovereenkomst, als het verlenen van aanvullend krediet tegen aanvullende zekerheden lokken aansprakelijkstelling uit. Het is spitsroeden lopen voor de financier. In het arrest Van Emden q.q./Rabobank gaat het over de toepasselijkheid van de faillissementspauliana (art. 42 Fw) in het kader van een financieringsovereenkomst waarbij aanvullende zekerheden zijn verleend. De centrale vragen in het arrest zijn in hoeverre zo'n financieringsovereenkomst welke leidt tot benadeling van schuldeisers en in hoeverre sprake is van wetenschap van die benadeling, zowel bij de debiteur als bij de Bank. Uit het

Faillissementsrecht

- 32 Paulianeuse kredietverschaffing, (HR 2 februari 2007, *LJN*: AZ2611, (Van Emden q.q./Rabobank)),
mr. J.A. Stal / 119

Ondernemingsrecht/enquêterecht

- 33 Hoge Raad bevestigt beoordelingsvrijheid Ondernemingskamer, (HR 30 maart 2007, *LJN*: AZ8210, *RvdW* 2007, 356),
mr. I. Wasseenaar / 122

Arbeidsrecht

- 34 Eenzijdige wijziging van collectieve arbeidsvoorwaarden: theorie nu ook praktijk?,
mr. S.J.M.H. Willems
en *mr. J.H. Vegter* / 125

arrest, ondersteund door de instructieve conclusie van A-G Huydecoper, volgt dat het stellen van zekerheid voor een (aanvullend) krediet aan een debiteur in financiële moeilijkheden niet per se paulineus hoeft te zijn. Van belang lijkt wat de bedoeling van de zekerheidgever en de kredietverschaffer bij het verstrekken van de zekerheid is: probeert men de onderneming in financiële moeilijkheden er weer bovenop te brengen of probeert de kredietverschaffer zijn zekerheidspositie te verbeteren zonder dat daar wat tegenover staat?

2. Casus

Rabobank (hierna ook: de Bank) heeft in 1999 aan Spyros Search & Selection B.V. en Spyros

1. Mr. J.A. Stal is advocaat bij NautaDutilh N.V. te Amsterdam.



Kluwer

a Wolters Kluwer business

Sales Services B.V. (tezamen: Spyros) krediet verstrekt. Op 31 december 2001 is Customer Business Solutions B.V. (CBS) opgericht. De door deze vennootschap te drijven onderneming was voorheen een business unit van Spyros Search & Selection B.V.

Rond de oprichting van CBS heeft de Bank onderzocht of zij de financiering aan Spyros zou continueren in verband met het negatieve resultaat van Spyros over 2000. In februari 2002 hebben Spyros en CBS enerzijds en de Bank anderzijds een (nieuwe) financieringsovereenkomst gesloten. In dat kader hebben de zes bestuurders/aandeelhouders van Spyros en CBS een borgtocht aan de Bank verstrekt. Bovendien heeft CBS zich als hoofdelijk schuldenaar verbonden voor de schulden die uit de oude kredietovereenkomst tussen Spyros en de Bank voortvloeiden.

Begin mei 2002 heeft de Bank de financieringsovereenkomsten opgezegd en het verschuldigde per direct van Spyros en CBS opgeëist. Op 14 mei 2002 zijn de Spyros-vennootschappen failliet verklaard, gevolgd door CBS op 19 juni 2002. In beide gevallen is mr. Van Emden tot curator benoemd.

Op 13 september 2002 heeft de curator op grond van art. 42 Fw de vernietiging ingeroepen van de kredietovereenkomst voor zover gesloten tussen de Bank en CBS. Uit hoofde van die overeenkomst had de Bank tussen 17 april 2002 en 1 juli 2002 driemaal een bedrag van de door CBS bij de Bank aangehouden rekening afgeboekt tot een totaalbedrag van € 130.694,58. De curator vordert in de onderhavige procedure onder andere dit bedrag. De rechtbank wijst de vordering van CBS toe, het gerechtshof wijst haar af. Het overwoog daarbij het volgende.

- Het financieringsvoorstel van de Bank aan Spyros en CBS vond zijn grond (mede) in het belang van alle drie de vennootschappen met het oog op de herschikking van hun activiteiten, in welk kader CBS was opgericht.
- Het beleid van Spyros en CBS werd grotendeels bepaald door dezelfde (rechts)personen die als directeur of woordvoerder bij Spyros betrokken waren.
- De financieringsbehoefte van CBS hing samen met de overname van bepaalde activiteiten van Spyros.
- De onderneming van CBS was na faillietverklaring in de kern gezond (met een gevulde orderportefeuille) en CBS heeft inmiddels een succesvolle doorstart gemaakt.
- Op grond van het voorgaande heeft de curator niet aannemelijk gemaakt dat benadeling van

schuldeisers van CBS heeft plaatsgevonden als gevolg van het aangaan van de financieringsovereenkomst door CBS, laat staan dat de curator aannemelijk heeft gemaakt dat de Bank van die benadeling wist of behoorde te weten.

3. Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat de toepasselijkheid van art. 42 Fw centraal staat. Het hof had te onderzoeken of hetgeen de Bank bij de totstandkoming van de kredietovereenkomst wist of behoorde te weten voldoende was als wetenschap van (eventuele) benadeling van de schuldeisers. De Hoge Raad vindt het niet onbegrijpelijk dat het hof de financieringsovereenkomst heeft beschouwd als een onderdeel van de herstructurering van Spyros die leidde tot de oprichting van CBS. Voor de wetenschap van de Bank acht de Hoge Raad van belang dat grotendeels dezelfde (rechts)personen als betrokken zijn bij Spyros, het beleid van CBS bepalen. Uit de mededelingen aan de Bank blijkt volgens de Hoge Raad dat de gezamenlijke herfinanciering en de herschikking van activiteiten mede in het belang van CBS was. Bovendien kon, volgens de Hoge Raad, uit de omstandigheid dat de oprichters van CBS persoonlijke zekerheid hebben gesteld bij het aangaan van de kredietovereenkomst, worden afgeleid dat de herschikking van de activiteiten en de herfinanciering zodanig plaatsvonden dat CBS een in de kern gezonde onderneming verkreeg, waardoor het aangaan van de financieringsovereenkomst van CBS niet tot benadeling van haar crediteuren zou leiden. Dat geldt volgens de Hoge Raad ook wanneer CBS niet zelf van de financiering gebruik zou hebben gemaakt.

4. Commentaar

Het arrest werpt een nader licht op de reikwijdte van art. 42 Fw, de faillissementspauliana. Aangezien het in dit arrest gaat om de mogelijke vernietiging van een rechtshandeling waarbij zekerheden zijn verschaft in ruil voor verleend krediet, is het arrest in elk geval van belang voor de bancaire kredietverleningspraktijk.

Centraal staat de vraag of CBS schuldeisers benadeelt door zich als (hoofdelijk mede)schuldenaar te verbinden voor een (aanvullend) krediet aan Spyros dat zich in financiële moeilijkheden bevindt. De vermeend paulianeuse rechtshandeling is gelegen in de zekerheidsverschaffing door CBS. CBS heeft zich in elk geval als hoofdelijk medeschuldenaar (als derde) voor de terugbetaling van het krediet (van Spyros) verbonden.

Wil het beroep op de faillissementspauliana uit art. 42 Fw slagen, dan zal moeten komen vast te staan dat CBS zich voor de faillietverklaring onverplicht als hoofdelijk medeschuldenaar heeft verbonden waarbij zowel zichzelf als de Bank wisten of behoorden te weten dat het gevolg daarvan benadeling van de schuldeisers van CBS zou zijn (art. 42, eerste en tweede lid Fw). In het arrest gaat het met name om de elementen 'benadeling van schuldeisers' en 'wetenschap daarvan'. Beide begrippen zijn inmiddels door de jurisprudentie nader ingekleurd.

Van benadeling in de zin van art. 42 Fw is alleen sprake wanneer zij *daadwerkelijk* plaatsvindt.²

De enkele mogelijkheid van (of: de kans op) benadeling van crediteuren is onvoldoende. Bovendien zal *per saldo* een benadeling moeten plaatsvinden: de nadelen van de handeling moeten worden afgezet tegen de voordelen ervan. Zo kunnen bijvoorbeeld de nadelige gevolgen van kredietverlening tegen zekerheidstelling aan een onderneming in financiële moeilijkheden worden tenietgedaan, wanneer die onderneming door de financiering weer levensvatbaar wordt.³

Het wetenschapsvereiste is geobjectiveerd. CBS en de Bank moeten bij het stellen van de zekerheid wetenschap van de benadeling van schuldeisers van CBS hebben, dan wel behoren te hebben. Omdat het gaat om benadeling van een of meer schuldeisers die het gevolg van het stellen van de zekerheid *zal zijn*, bestaat er op het moment van het stellen van die zekerheid nog geen volstreekte zekerheid over de benadeling. Van belang is of met een redelijke mate van waarschijnlijkheid is te voorzien dat schuldeisers benadeeld zullen worden.⁴ Bovendien is wetenschap van een op handen zijnde insolventie vereist. Onvoldoende is dat men weet dat in geval van een insolventie schuldeisers zullen worden benadeeld. Hoe gaat de Hoge Raad in dit arrest om met de twee pauliana-criteria? Over de benadeling zegt hij dat de Bank op grond van de informatie die zij in februari 2002 had, ervan mocht uitgaan dat de herschikking van de activiteiten en van de financiering op een zodanige wijze plaatsvond dat CBS een in de kern gezonde onderneming verkreeg. Van benadeling van de crediteuren van CBS zou dan geen sprake zijn. In dit verband acht de Hoge Raad het van belang dat de oprichters van CBS aan de Bank persoonlijke zekerheid hebben verleend.

Voor de wetenschap van de Bank vindt de Hoge Raad het van belang dat de informatie waarover de Bank in februari 2002 beschikte, afkomstig was van de beleidsbepalers van Spyros die grotendeels dezelfde waren als die van CBS. Van belang is dat de Bank wetenschap had/behoorde te hebben van de herschikking van activiteiten en herfinanciering van Spyros en CBS die ertoe leidden dat CBS in de kern een gezonde onderneming verkreeg, waardoor geen benadeling van de crediteuren van CBS zou plaatsvinden. A-G Huydecoper getuigt in zijn conclusie van een realistische kijk op de werkelijkheid. Hij erkent dat in ruil voor krediet verstrekte zekerheden door een onderneming in financiële moeilijkheden eigenlijk per definitie de verhaalsmogelijkheden voor de crediteuren verminderen. Die benadeling is in wezen ook de vooropgezette bedoeling van partijen voor het geval het tot een faillissement komt. De Bank zal zich dan bij voorrang boven de andere crediteuren wensen te verhalen. Bovendien geven die bedongen zekerheden aan dat men serieus rekening houdt met de mogelijkheid dat de benadeling zich zal verwezenlijken.

De A-G heeft oog voor de bijzondere positie waarin bankiers zich vaak ten opzichte van een kredietnemer bevinden. Enerzijds zijn de financiële moeilijkheden voor de Bank soms reden het krediet op te zeggen. In dat geval zal vaak, en niet altijd zonder succes, de beëindiging van de kredietrelatie worden aangevochten. Anderzijds zullen curatoren in geval van een mislukte reddingspoging (het verlenen van aanvullend krediet tegen zekerheden) vaak die verlening van de zekerheden proberen aan te tasten met een beroep op de faillissementspauliana. De A-G wenst het vereiste van wetenschap van benadeling daarom in geval van financiering van een onderneming in financiële moeilijkheden niet al te strikt uit te leggen. Men dient volgens de A-G mede in ogenschouw te nemen de bedoeling om een onderneming in financiële moeilijkheden er weer bovenop te helpen. Beslissend zou volgens hem zijn 'of de transactie er in werkelijkheid toe strekte, crediteuren op *onbetamelijke* wijze te benadelen' (cursivering: JS). Zo ja, dan is sprake van paulianeus gedrag; liggen er (ook) eerbare overwegingen aan de rechtshandeling ten grondslag, dan zal daarvan minder snel sprake zijn. Dit (genuanceerdere) criterium voor de beoordeling van verschaffing van (aanvullende) zekerheden aan rechtspersonen in financiële moeilijkheden lijkt banken meer speelruimte te bieden dan zij nu hebben. De aanzienlijke kans op een – per saldo – benadeling van crediteuren wanneer de reddingspoging geen succes heeft, zal niet tot een

2. Zie bijv. Hof Den Bosch 16 juni 1998, *JOR* 1998/115.

3. Zie bijv. HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca/BACM*).

4. Zie bijv. HR 26 augustus 2003, *JOR* 2003/11.

vernietiging op grond van de actio pauliana dienen te leiden, wanneer aan de aanvullende krediet- en zekerheidsverlening goede bedoelingen ten grondslag liggen. Paulianus zou (slechts) zijn de verlening van (extra) zekerheden voor (extra) krediet waarvan men op voorhand dient aan te nemen dat dit toch geen soelaas zal bieden. In zo'n geval zal de Bank zich op onbetamelijke wijze ten opzichte van de andere crediteuren bevoordelen. De A-G lijkt met dit criterium afstand te nemen van het uitgangspunt van de Faillissementswet op dit punt. De wetgever heeft destijds gesteld:

'Weten betekent niet dat er een oogmerk van benadeling geweest moet zijn. Voldoende is dat er een bewustzijn is geweest van benadeling'

(Van der Feltz, Geschiedenis van de faillissementswet ((memorie van toelichting bij art. 42)), pagina 439).

Voor de beantwoording van de vraag of een reddingspoging kans van slagen zal hebben, is van belang wat de Bank daaromtrent wist of behoorde te weten. Het arrest leert dat de financier mag afgaan op hetgeen zijn wederpartij hem meedeelt. Echter, een onderneming in financiële moeilijkheden komt vaak haar informatieplicht jegens de Bank niet na. Het (algemene) uitgangspunt dat de Bank in beginsel wel weet hoe de (financiële) vlag er bij zijn kredietnemer/zekerhedenverschaffer bij hangt, wordt mijn inziens vaak ten onrechte gehuldigd. Dat neemt niet weg dat van banken desalniettemin een zeker onderzoek naar de (financiële) positie van de kredietnemer wordt verwacht.

Het oordeel van de Hoge Raad is naar mijn mening juist en biedt banken/financiers die zich in het kader van kredietverlening vaak in een spagaat gemanoeuvreed zien, de nodige speelruimte. Het arrest en die speelruimte krijgen met name reliëf door de instructieve conclusie van A-G Huydecoper.

5. Conclusie

Het arrest Van Emden q.q./Rabobank is van belang voor de bancaire financieringspraktijk. Het biedt een genuanceerder perspectief op de mogelijkheid voor curatoren om (aanvullende) zekerheden op grond van de actio pauliana aan te tasten. Deze mogelijkheid lijkt met dit arrest enigszins beperkt. Als uitgangspunt lijkt te gelden dat de bedoeling van partijen de basis voor de beoordeling zal vormen: heeft de Bank daadwerkelijk met het ter beschikking stellen van aan-

vullende financiële middelen gepoogd de rechtspersoon er weer bovenop te helpen of heeft zij zich slechts aanvullende zekerheden laten verschaffen teneinde zichzelf ten opzichte van andere crediteuren in een (veel) betere positie te manoeuvreren? Dit arrest lijkt banken terecht meer armslag te bieden, wanneer zij pogen een onderneming in financiële moeilijkheden overeind te houden.

Ondernemingsrecht/enquêterecht

Hoge Raad bevestigt beoordelingsvrijheid Ondernemingskamer

(HR 30 maart 2007, LJN: AZ8210, RvdW 2007, 356)

mr. I. Wassenaar¹

■ 33

De Hoge Raad heeft zich in een beschikking op 30 maart 2007 uitgelaten over een tweetal aspecten van het formele enquêterecht: het eerste betreft de strekking van art. 2:349 lid 1 BW en het tweede betreft de grenzen van de rechtsstrijd bij de Ondernemingskamer (hierna: de OK). De beschikking is van belang voor een ieder die overweegt een enquêteverzoek in te dienen, of zich daarin als belanghebbende wil mengen.

I. Feiten

Luchtvaart Beleggingsfonds II B.V. (hierna: LBF II) is houdstervennootschap van de Exel Aviation Group, waarvan tot 14 februari 2005 drie vennootschappen, ATR Leasing IV, V en VI B.V. deel uitmaakten (hierna: de ATR vennootschappen). De ATR vennootschappen dreven vanaf 8 december 2003 de luchtvaartonderneming van Air Holland. LBF Management B.V. (hierna: LBF) was tot 10 maart 2003 statutair bestuurder van de ATR vennootschappen. IMCA Group B.V. (hierna: IMCA), wier aan-

1. Mr. Ingmar Wassenaar is advocaat bij Houthoff Buruma N.V. te Amsterdam.