

A faint, light blue background image of a scale of justice, symbolizing law and equity. The scale is positioned on the right side of the slide, with its beam extending across the top and its two pans hanging down. The text is overlaid on this background.

Legal Training Portfolio Management FREG: Legal preparation for possible crisis

presentatie Fortis Legal: Rolf Verhoeven en
Johan Jol

Datum: November 13, 2008

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Waar gaan we naar toe, een dipje?



Bron NRC 5 november 2008

http://www.nrc.nl/nieuwsthema/kredietcrisis/article2050795.ece/Woningmarkt_wil_hulp_overheid

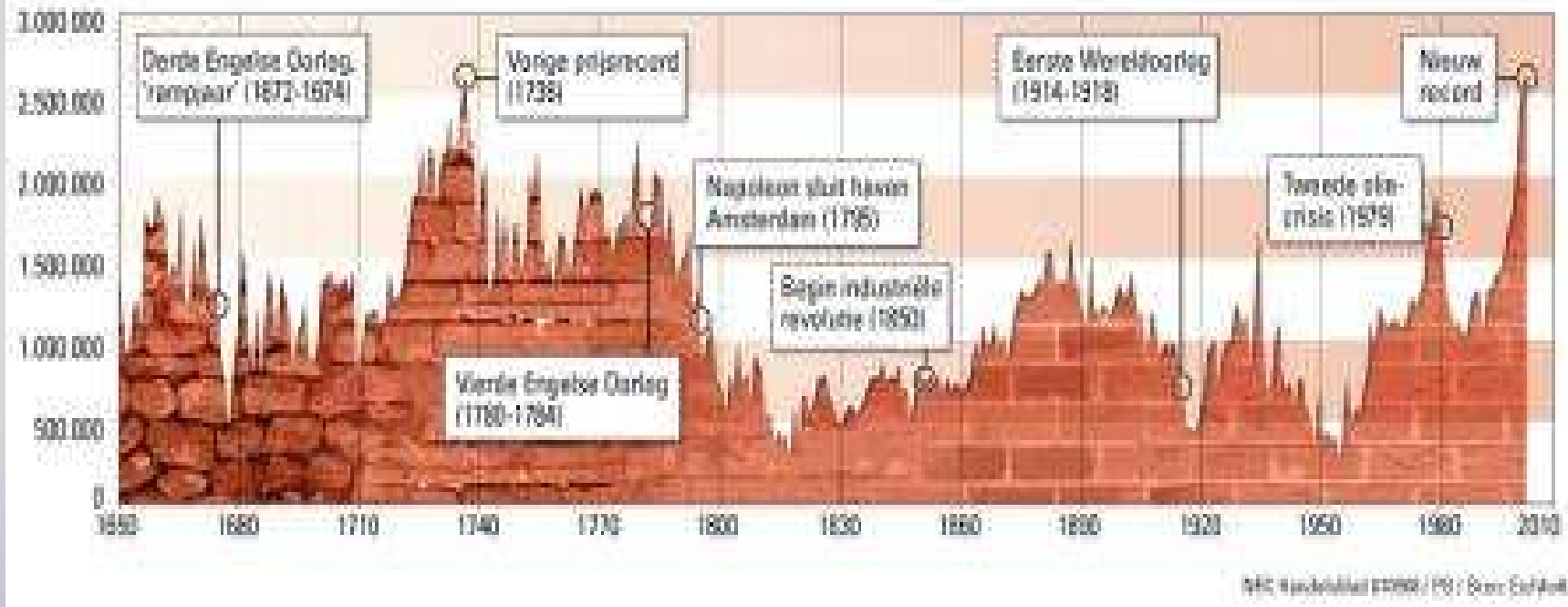
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Of een crisis: Herengracht-Index van Piet Eichholtz

Hoogste huizenprijzen in bijna drie eeuwen

Prijzenwieling wering aan de Herengracht die na 2,6 miljoen euro kost, teruggerekend tot 1600, gecomponeerd voor inflatie



Bron: NRC 10 november 2007

http://www.nrc.nl/achtergrond/article1853451.ece/Hoogste_huizenprijzen_in_bijna_300_jaar

Zie ook paper van Eichholtz: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598

Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

Prepare for crisis: Programma

- Verhaal in het algemeen:
 - Verhaalsmogelijkheden
 - Verschillende soorten zekerheden
 - De rol van de volmacht en de pos neg verklaringen
 - Syndicaatsleningen
- Specifieke onderwerpen rechtspersonen
 - Vertegenwoordiging
 - Tegenstrijdig belang
 - Doeloverschrijding



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Wettelijke Verhaalsmogelijkheden

- **Full recourse:**

- Debiteur staat voor verplichtingen in met zijn hele vermogen tenzij uit de wet of uit overeenkomst iets anders voortvloeit (art. 3:276 BW)

- **Pari passu:**

- Iedere crediteur heeft bij executie dezelfde rechten ten opzichte van de debiteur tenzij uit de wet of overeenkomst anders voortvloeit (art. 3: 277 BW)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Beperkingen en uitbreidingen van verhaalsmogelijkheden I

- **Uitbreiding: de Separatist**, voorrang uit overeenkomst:
 - Kan zich bij voorrang verhalen op de opbrengst van het goed van de debiteur dat aan hem verpand of verhypothecerd is
- **Uitbreiding: Verhaal op een derde**
 - Garantie, hoofdelijkheid, borgtocht
 - Ook voor wat betreft de vordering op de derde kun je ten opzichte van zijn crediteuren weer separatist zijn

Beperkingen en uitbreidingen van verhaalsmogelijkheden II

■ **Beperking: Limited recourse:**

- Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur dat crediteur zich slechts kan verhalen op deel vermogen debiteur
- Veelal gecombineerd met een voorrangpositie op het relevante deel van het vermogen

■ **Beperking: Subordination**

- Contractuele afspraak tussen crediteur en debiteur op basis waarvan crediteur er mee instemt dat zijn vordering op debiteur wordt achtergesteld bij andere vorderingen op de debiteur, vb. HR 18 oktober 2002, JOR 2002, 234 (uitleg achterstelling volgens Haviltex criterium)
- Mits goed vormgegeven (te weten als eigenlijke achterstelling en onderdeel van het vorderingsrecht) zou deze achterstelling werking moeten hebben ten opzichte van andere crediteuren en de verkrijger van de vordering
- Vaak gecombineerd met een intercreditor afspraak om werking ten opzichte van anderen te garanderen

Separatist (I)

- Wie: de pandhouder en hypotheekhouder voor de vordering tot zekerheid waarvan het pand of hypotheekrecht strekt
- Gevolg: Separatist kan zich – met inachtneming van afkoelingsperiode – op de opbrengst tot maximaal zijn vordering verhalen op onderpand alsof er geen faillissement is
- Kan zonder toestemming van de debiteur openbaar (of met toestemming van de President onderhands) executeren
- Praktijk: Separatistenregeling
- Grote voordeel daarvan: Verhaal op de opbrengst buiten de waternival om

Separatist (II)

- Op welk goed kan de Separatist zijn recht uitoefenen?
- Wanneer pand, wanneer hypotheek
- Tot zekerheid van welke vordering?
- Hoe komt het zekerheidsrecht tot stand?



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (III), Vorderingsrechten

Onoverdraagbaarheid en/of onverpandbaarheid is bedongen

- Op basis van art. 3:83 lid 2 BW, met werking tegen derden
- HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171 Castricum / ABN
- Tip: controleren of in overeenkomsten de overdracht van rechten door wederpartij is uitgesloten
- Discussie of onoverdraagbaar ook onverpandbaar betekent, zeker is dat onverpandbaar in overeenkomst ook echt onverpandbaar betekent

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (IV), tot zekerheid waarvan

Geldvordering die **bepaalbaar** is (art. 3:231 lid 1 en 2 BW):

- Onderscheid:
 - Bestaande vordering
 - Toekomstige vordering uit bestaande rechtsverhouding
 - Toekomstige vordering uit toekomstige rechtsverhouding
- Zekerheidsrecht ontstaat om moment van vestiging, ook al betreft het een toekomstige vordering tot zekerheid waarvan het gevestigd wordt, vgl. impliciet HR 16 juni 2000, JOL 2000, 350, bevestiging van NJ 1955, 711

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (V), tot zekerheid waarvan

- Leveringsverplichting?
 - economische overdracht van een goed, met uitgestelde levering
 - probleem: economische eigendom is uitsluitend een concurrente vordering in het faillissement van de failliet
 - Indirekt secureren met pand- en/of hypotheekrecht: tot zekerheid voor de verplichting tot nakoming van een leveringsverplichting wordt een boetebepaling opgenomen, tot zekerheid van de betaling van die boete wordt het pand- of hypotheekrecht gevestigd

Separatist (VI), tot zekerheid waarvan

- Vaste hypotheek
- Krediethypotheek
- Bankhypotheek



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (VII), tot zekerheid waarvan

Vaste hypotheek:

- “De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de terugbetaling van een **lening, groot Euro 100.000** aan de schuldeiser een recht van hypotheek te verlenen”

Krediethypotheek:

- “De schuldenaar verklaart tot meerdere zekerheid voor de betaling van al hetgeen de schuldeiser te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van een tussen de schuldeiser en schuldenaar bestaande **kredietovereenkomst** aan de schuldeiser een recht van eerste hypotheek te verlenen”

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (VIII), tot zekerheid waarvan

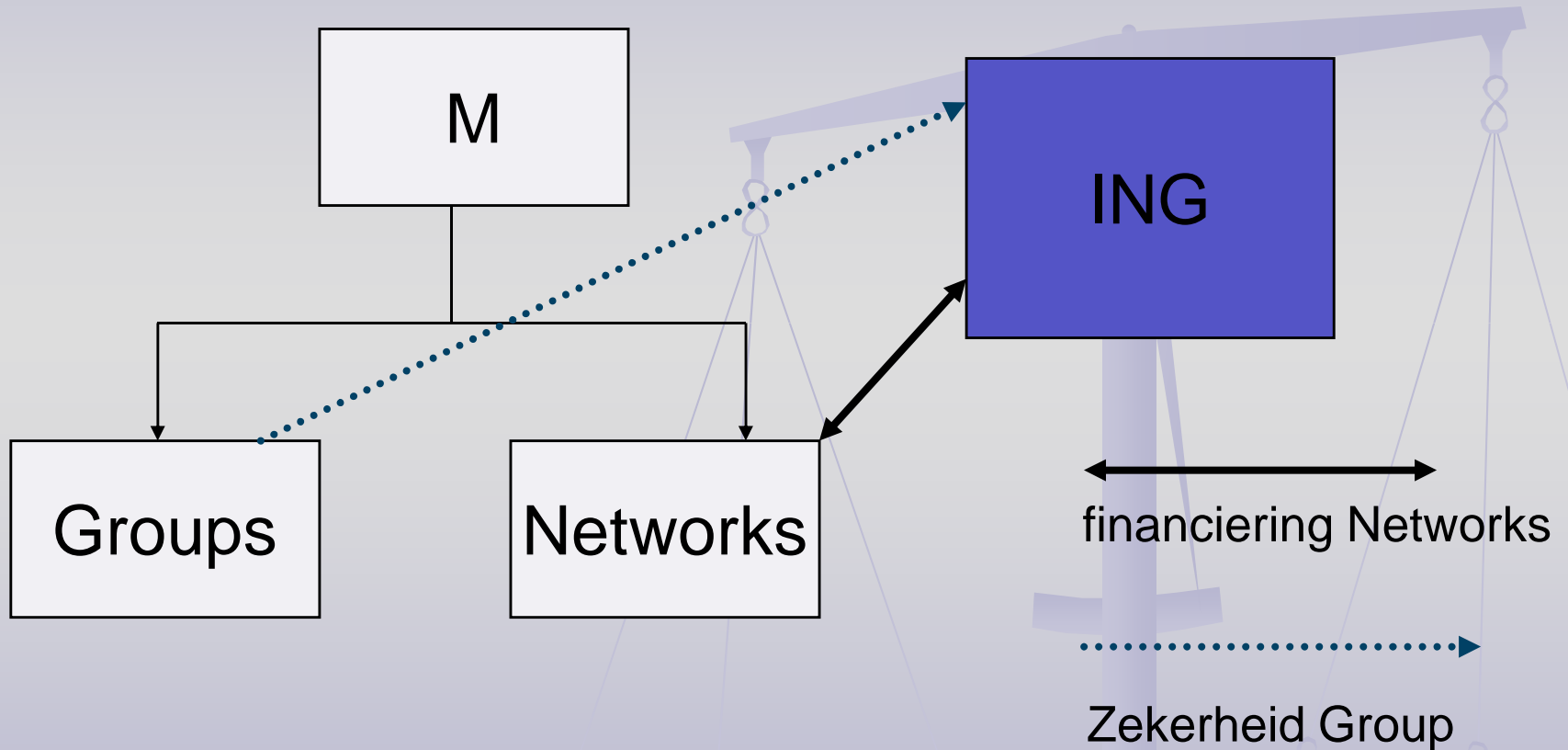
Bankhypotheek:

“De schuldenaar verklaart tot meerder zekerheid voor de betaling van al hetgeen de schuldeiser nu of in de toekomst van schuldenaar te vorderen heeft of mocht hebben uit hoofde van door schuldeiser verstrekte of te verstrekken geldleningen, al dan niet in rekening courant, **of uit welke andere hoofde** dan ook, aan schuldeiser een recht van eerste hypotheek te verlenen”

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

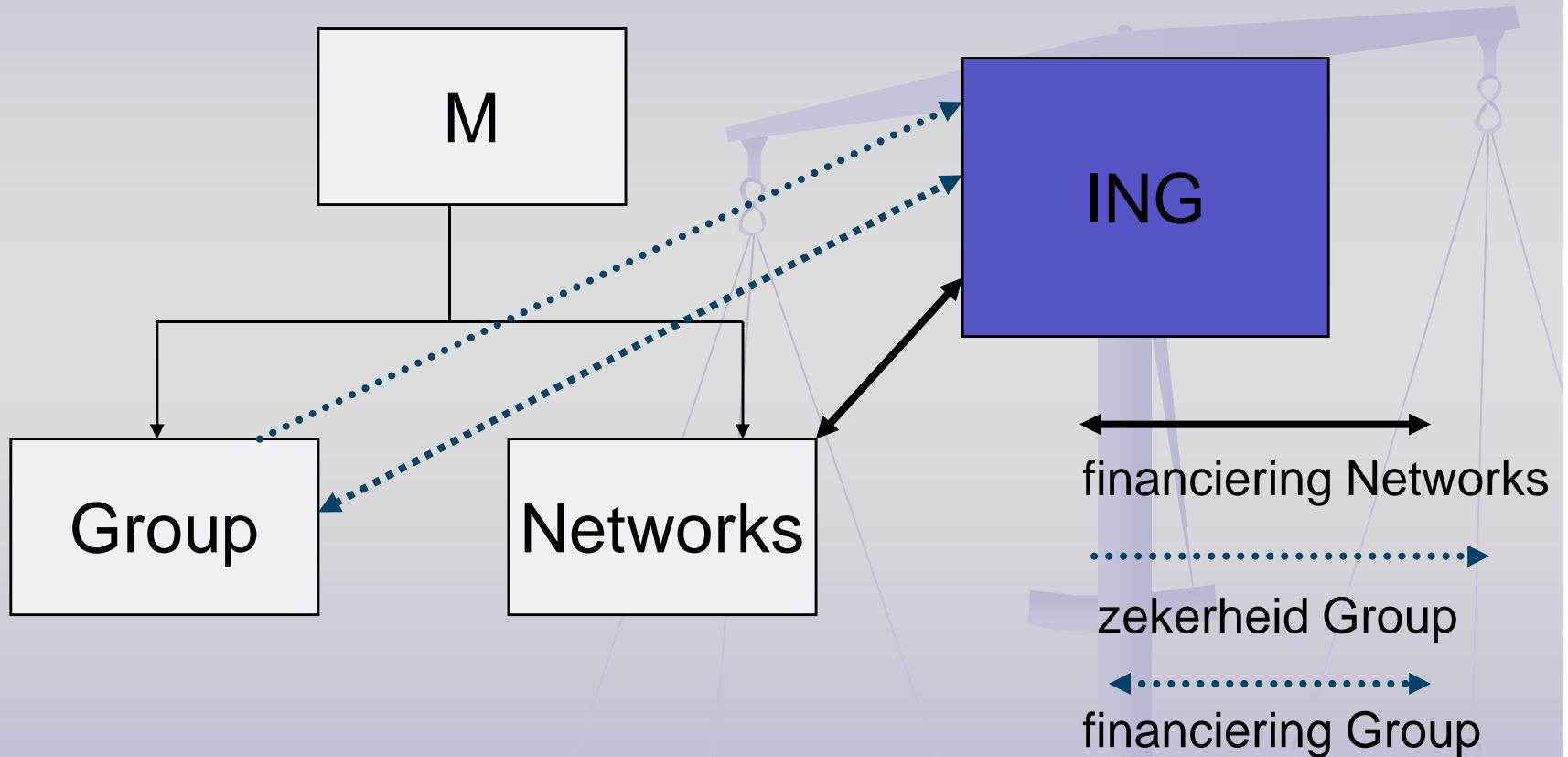
Zijstapje: ING/Muller q.q. (I)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Zijstapje: ING/Muller q.q. (II)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Zijstapje: ING/Muller q.q. (III)

- dekt dat ook krediet verleend door ING aan Group?;
- in casu: ja want Networks was hoofdelijk aansprakelijk voor schulden Group en Group had zekerheid gegeven voor schulden Networks (Hoge Raad 20 september 2002, NJ 2002, 610, Rov 4.5.1 en 4.5.2)
- financiering van een tweetal zustervennootschappen Group en Networks. De vorderingen tot zekerheid waarvan het pandrecht was gevestigd werden aldus omschreven (Conclusie AG Langemeijer onder 1.1.4):

“tot meerdere zekerheid voor de betaling of de teruggave van al hetgeen de besloten vennootschap (..) Networks (...) aan de bank nu of te eniger tijd schuldig mocht zijn of worden uit welke hoofde dan ook”.

Separatist (IX), vormen

Hypotheek:

- Uitsluitend te vestigen op een registergoed, goederen voor welke overdracht of vestiging inschrijving in de daartoe bestemde registers is vereist, art. 3: 260 BW:
 - Onroerende zaken
 - Teboekgestelde schepen
 - Teboekgestelde luchtvaartuigen
 - Beperkte zakelijke rechten die op deze goederen kunnen worden gevestigd (erfpachtrecht, vruchtgebruik en opstal)
 - Appartementsrecht

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (X), vormen

Pand:

- Alle overige goederen (voor zover deze overdraagbaar zijn), art. 3:236 e.v. BW, voorbeelden pandrecht:
 - Roerende zaken
 - Vorderingsrechten (bv, rechten uit huurovereenkomst, rechten uit bouwcontract)
 - Aandelen in een vennootschap
 - Intellectuele eigendomsrechten, zoals octrooi, auteursrecht, merkrecht, recht op tekening of model of recht op handelaar

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XI), totstandkoming

Algemene vereisten:

- Beschikkingsbevoegdheid (eindigt bij datum faillissement, surseance van betaling)
- Geldige titel (is obligatoire verplichting, denk aan art 20 Algemene Bankvoorwaarde, vormvrij)
- Formaliteiten bij vestiging (afhankelijk van welke vorm)
Vgl. art. 3:84 jo 3:98 BW

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XII), totstandkoming

Hypotheek:

- Notariële akte, inschrijving in de registers
- Vordering tot zekerheid waarvan de hypotheek wordt verstrekt moet worden opgenomen tot een maximumbedrag
- Volmacht hypotheekgever moet via authentieke akte totstandkomen
- Vgl. art. 3: 260 BW, en voorts: Wet op het Notarisambt en Kadasterwet

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XIII), totstandkoming

Pand voorbeelden:

- Vuistpand Roerende Zaken
- Stil Pandrecht Roerende Zaken
- Openbaar Pandrecht Vorderingen
- Stil Pandrecht Vorderingen



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XIV), totstandkoming

Vuistpand roerende zaken

Art. 3:226 BW

- Verschaffing van de feitelijke macht, middellijk of onmiddellijk
- Praktische toepassingen: pandjeshuis en warrantage

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XV), totstandkoming

Stil pandrecht roerende zaken:

- Art. 3:227 BW: Onderhandse geregistreeerde of authentieke (doorgaans notariële) (eenzijdige of tweezijdige) akte
- Eenzijdige Akte is voldoende; vgl. HR 29 juni 2001, JOR 2001, 220 Meijs q.q. vs Bank of Tokyo: bovendien: registratie faxcopie akte is voldoende; Registratie bij inspectie der registratie en successie, moment waarop ter registratie wordt aangeboden is beslissend, HR NJ 1996, 471 Mulder q.q. / CLBN
- Voordeel authentiek, vgl. art. 491 e.v. Rv, deurwaarder kan goederen weghalen
- Zowel ten tijde van verpanding bestaande zaken als (in dezelfde akte bij voorbaat) ook ten tijde van verpanding nog niet in het bezit van schuldenaar zijnde zaken, vgl. 3: 97 en 98 BW: pandrecht ontstaat dan op het moment dat schuldenaar zaak verkrijgt (behoudens faillissement, art. 35 lid 2 FW)

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XVI), totstandkoming

Openbaar pandrecht op vorderingen:

- Art. 3:236 jo 3:94 BW
- Onderhandse akte en mededeling aan debiteur
- Voorbeeld: verpanding van debiteuren bij factormaatschappij, op factuur wordt melding gemaakt van verpanding
- Debiteur moet altijd bekend zijn omdat mededeling moet worden gedaan
- Bepaaldheid ingevolge art. 3:84 lid 2 BW
- Welke vorderingen zijn openbaar te verpanden:
 - Ten tijde van verpanding bestaande vorderingen
 - Ten tijde van verpanding nog niet bestaande vorderingen uit op dat moment reeds wel bestaande rechtsverhoudingen
 - Ten tijde van de verpanding nog niet bestaande vorderingen uit op dat moment niet bestaande rechtsverhoudingen

Separatist (XVIII), totstandkoming

Stil pandrecht op vorderingen:

- Art. 3:239 BW
- Onderhandse geregistreerde akte of authentieke (eenzijdige of tweezijdige) akte
- Geen mededeling aan debiteur
- Bepaaldheid speelt nog duidelijker: men kan niet aan de debiteur melden dat alle vorderingen op hem zijn verpand
- Beperking: moeten hun grondslag vinden in een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding
- Dus, stille verpanding van iedere nieuwe huurovereenkomst noodzakelijk, openbare verpanding van alle huidige en toekomstige huurovereenkomsten mogelijk, mits huurder bekend

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XIX), totstandkoming

Stil pandrecht op vordering:

- Vangnetbepaling is aanvaard door Hoge Raad (JOR 2002, 38 en NJ 2004, 182)
- “Alle ten tijde van de ondertekening en/of registratie van deze pandakte bestaande vorderingen en alle vorderingen die op dat moment rechtstreeks uit een bestaande rechtsverhouding zullen voortvloeien”
- Ook al moet aan de hand van de administratie dan bezien worden om welke vorderingen het gaat
- Verstandig ook, maar dan alleen aanvullend, met lijsten te werken met verplichting verpandingen toekomstige overeenkomsten via lijsten

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Separatist (XX), totstandkoming

Stil pandrecht op vordering:

- ING/Verdonk q.q. 22 juni 2007, JOR 2007, 22: Curator mag na wachtermijn van 14 dagen zelf gaan innen als pandhouder niets doet
- Hamm q.q./ABN Hof Den Haag 25 september 2007, JOR 2007, 287, art 3:15b BW verplicht de curator om tegen kostprijs aan stille pandhouder gegevens te verschaffen

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Verschillende soorten zekerheden

- Goederenrechtelijke, Separatist
 - Persoonlijke
 - Restcategorie
- Pand
 - Hypotheek
 - Hoofdelijkheid
 - Garanties
 - Borgtocht
 - Retentierecht
 - Recht van reclame
 - Eigendomsvoorbehoud

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Persoonlijke, Hoofdelijkheid art. 6:7 BW

- Afwijking van hoofdregel bij meer dan een debiteur is gebondenheid voor gelijke delen (art. 6:6 BW)
- Art. 1:88 lid 1 onder c BW (jo art. 1:80b BW) toestemming echtgenoot (geregistreerd partner) bij particuliere hoofdelijkheid
- Hoofdelijke schuldenaren zijn allen primair prestatieplichtig, geen afhankelijk karakter, niet subsidiair, art. 6:7 BW
- Voor zover iemand wordt uitgewonnen voor meer dan de schuld hem aangaat:
 - Regres, eigen vordering op mede-hoofdelijk schuldenaar, art. 6:10 BW
 - Subrogatie, in de vorderingsrechten van hoofdcrediteur, vgl. art. 6:12 BW (vgl. Ook art. 6:150 BW)

Persoonlijke, Borgtocht art. 7:850 e.v. BW

- Overeenkomst waarbij de borg zich jegens de schuldeiser verbindt om een schuld die de hoofdschuldenaar heeft te voldoen
- Alleen voor voldoende bepaalde schulden van hoofdschuldenaar, art. 7:851 lid 2 BW
- Afhankelijk karakter, art. 7:851 lid 1 BW
- Subsidiair karakter, art. 7:855 lid 1 BW
- Regres op hoofdschuldenaar, art. 7:866 BW en subrogatie, art. 6:12 BW, mits art. 6:150 BW is voldaan

Persoonlijke, Borgtocht professionele vs particulier

- Particulier, art. 7:857 BW

natuurlijke persoon die noch handelde **in** de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch **ten behoeve** van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap, waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft
- Professionele, de rest
- Vgl. HR 26 januari 2007, NJ 2007, 74, JOR 2007, 80 ING/ Steins: uitzondering voor bestuurder / aandeelhouder geldt ook indien de bestuurder aandelen indirect houdt (Steins was bestuurder van alle relevante vennootschappen en hield indirect zelf meerderheid)
- Vgl. Hof Arnhem 13 mei 2008, LJN BF3284: daaronder kan mede worden verstaan certificering

Persoonlijke, Borgtocht professionele vs particulier

- Normale uitoefening van het bedrijf van de onderneming?
- HR 14 april 2000, JOR 2000,113, Omzetting huurschuld van vennootschap in achtergestelde lening met borg enig aandeelhouder (koopsom NLG 1), niet in normale uitoefening bedrijf van de onderneming (casus is voor art. 1:88 BW uitzondering doch dat kent zelfde soort uitzondering)
- HR 8 juli 2005, JOR 2005, 233 Omzetting van debetstand van onderneming in herfinanciering met borgstelling in verband met verhoogd kredietrisico is niet in normale uitoefening van de onderneming (Noot Verdaas)
- Aangaan van financieringsovereenkomst: in beginsel wel

Persoonlijke, Borgtocht particulier

- Dwingend recht aangaan bij geschrift , art. 7:862 BW en art. 7:859 lid 1 BW
- Voorts art. 185 Rv uitsluitend dwingend bewijs voor akte met goedschrift voor geldsom, tenzij aangegaan in de uitoefening van **zijn** beroep en bedrijf
- Vermelding van maximumbedrag , art. 7:858 lid 1 BW
- Borg voor onbepaalde tijd kan te allen tijde worden opgezegd; en een borg voor bepaalde tijd in ieder geval na vijf jaar, art. 7:861 lid 1 BW
- Niet voor toekomstige verbintenissen tot vergoeding van schade voor zover schuldeiser de schade had kunnen voorkomen door een toezicht dat redelijkerwijs van hem gevergd kan worden en niet voor toekomstige schulden uit door schuldenaar onverplicht aangegane rechtshandelingen,tenzij art. 7:861 BW

Persoonlijke, Garantie

- Garantie van derde dat de hoofdschuldenaar aan zijn verplichtingen ten opzichte van de schuldeiser zal voldoen
- Onbenoemde overeenkomst
- Vgl. HR 25 september 1998, NJ 1998, 893, JOR 1999, 22 (Haefner/ABN): het Haviltex criterium:
 - “ Of een bankgarantie voor de uitgevende bank beroep op de achterliggende overeenkomst al dan niet uitsluit, moet van geval tot geval worden beslist door na te gaan welke zin betrokkenen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bewoordingen van de garantie mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.”

Persoonlijke, Garantie

- Garantor bedingt regres (contra-garantie) en subrogatie in vordering schuldeiser, vgl. art. 6:150 onder d BW
- De schuldeiser moet van de subrogatie op de hoogte worden gesteld voor het moment dat onder de garantie betaald wordt (vgl. Hof Adam 10 augustus 2000, JOR 2000, 205)

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Aandachtspunt Particulier, Art. 1:88 BW

- Lid 1 onder c: Echtgenoot heeft toestemming van andere echtgenoot nodig voor overeenkomsten die ertoe strekken, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg, of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidsstelling voor de schuld van de derde verbindt
- Lid 5: Uitzondering indien verricht door een bestuurder van een vennootschap, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt en geschiedt ten behoeve van normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap

Aandachtspunt Particulier, Art. 1:88 BW

- Vgl. Discussie bij al dan niet particuliere borg
- Laat echtgenoot / geregistreerd partner zoveel mogelijk meetekenen indien je voor crediteur optreedt
- Vgl. ook andere vormen van voor schulden derden, art. 1:88 lid 1 BW:
 - hoofdelijkheid
 - sterk maken voor derde
 - zekerheidsstelling

Problemen bij uitwinning (I)

- HR 18 april 2003, JOR 2003, 160: Interne draagplicht
- Moment van aangaan van de schuld is in beginsel beslissend: als in een concern verhouding bij hoofdelijke aansprakelijke vennootschappen geen andere afspraak is gemaakt, is draagplicht in beginsel gelijk
- Degene die is uitgewonnen wordt gesubrogeerd en heeft regres

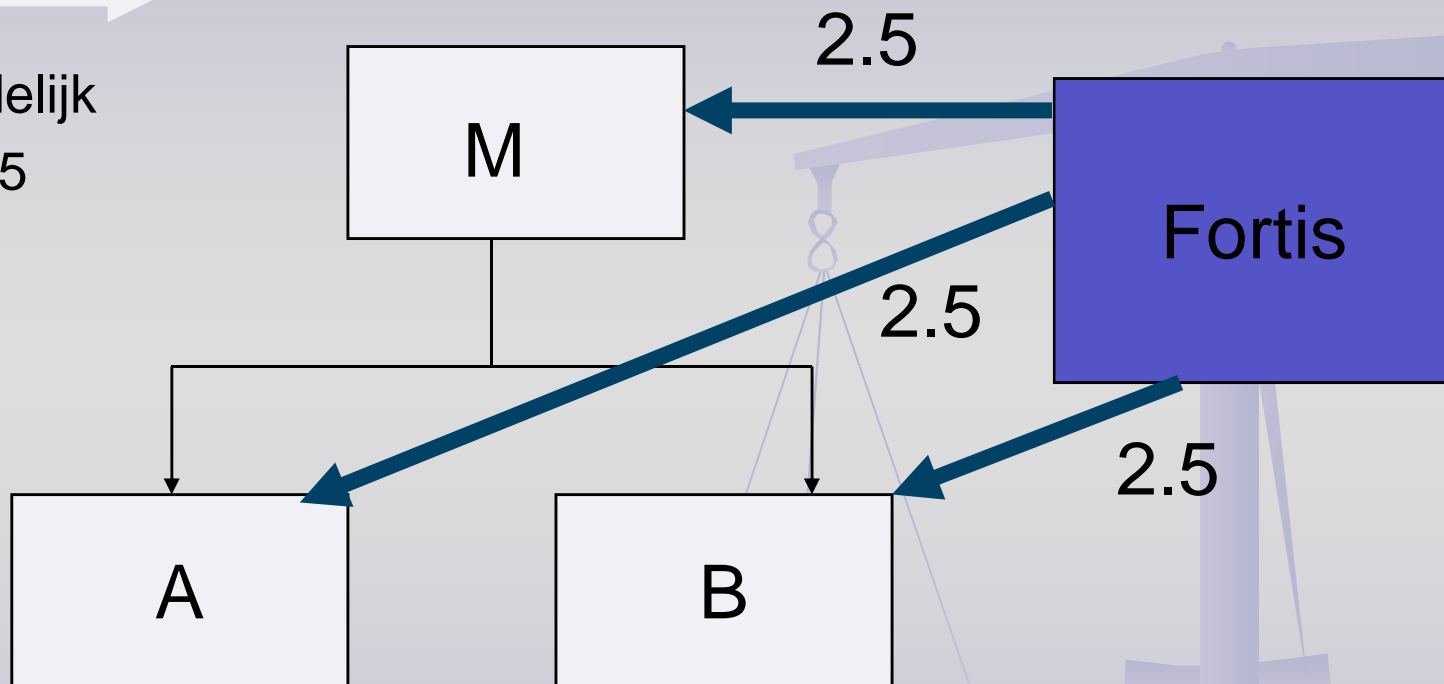
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Problemen bij uitwinning (II)



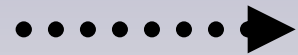
hoofdelijk
elk 2.5



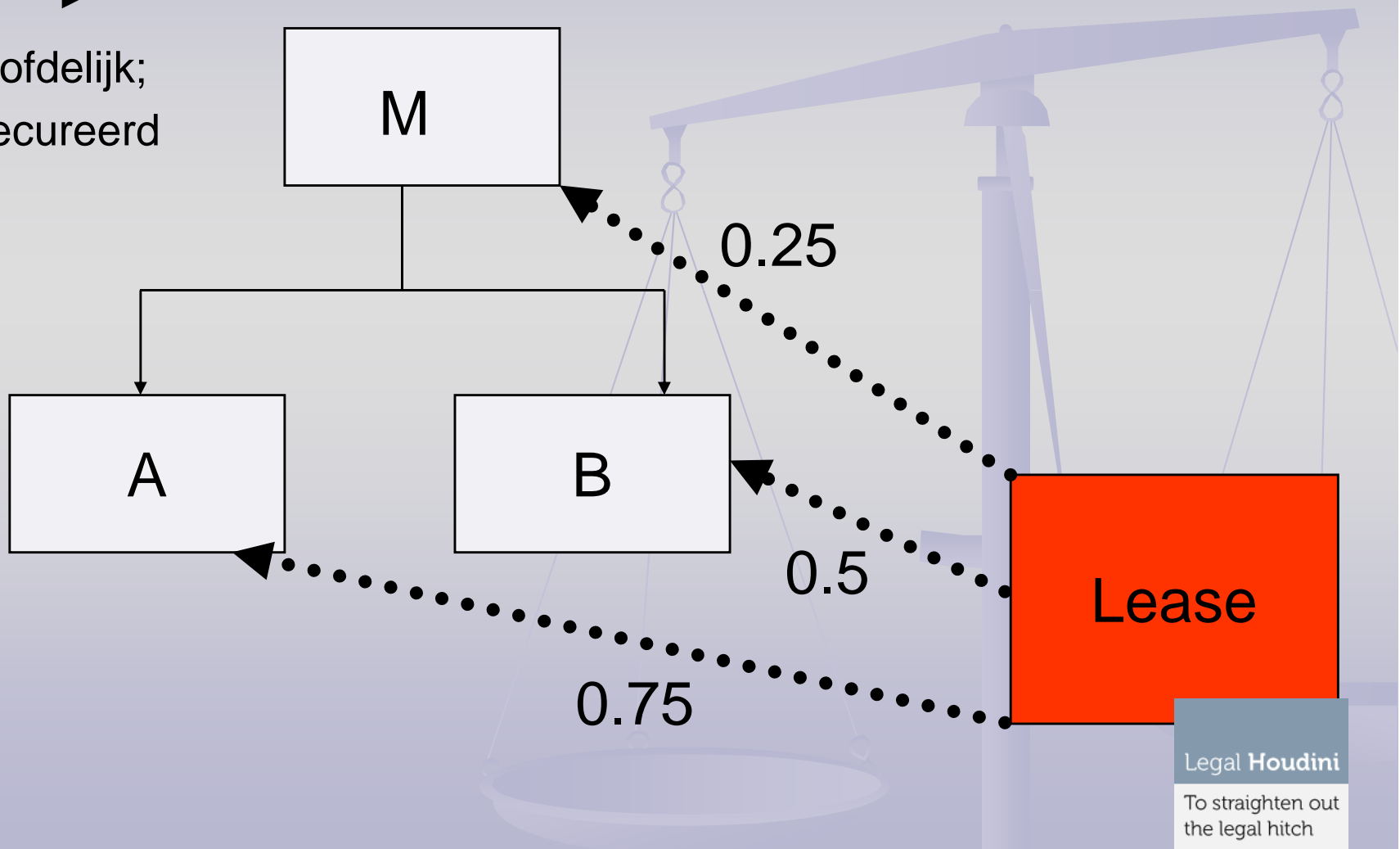
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Problemen bij uitwinning (III)



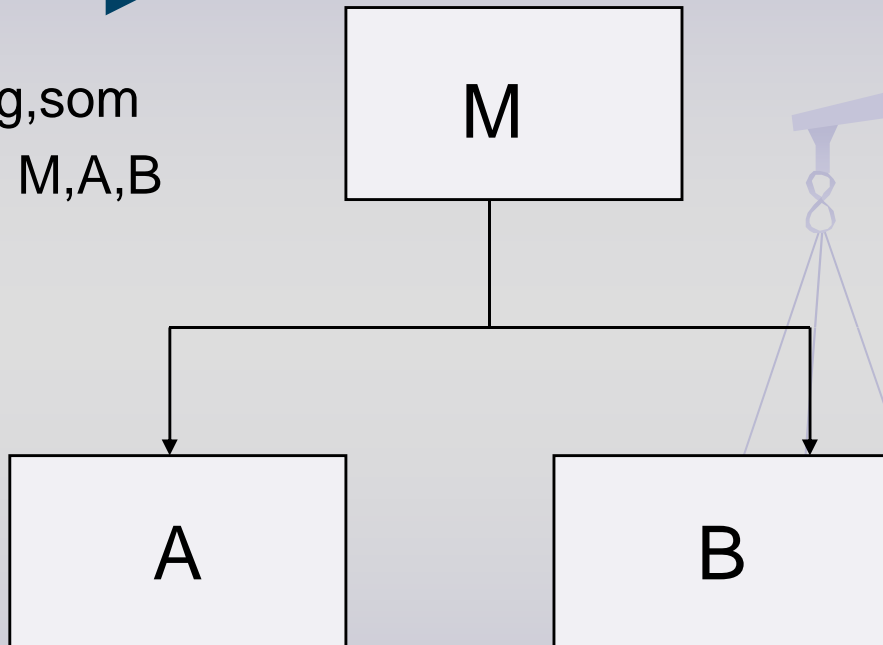
niet hoofdelijk;
ongesecureerd



Problemen bij uitwinning (IV)



borg, som
van M,A,B

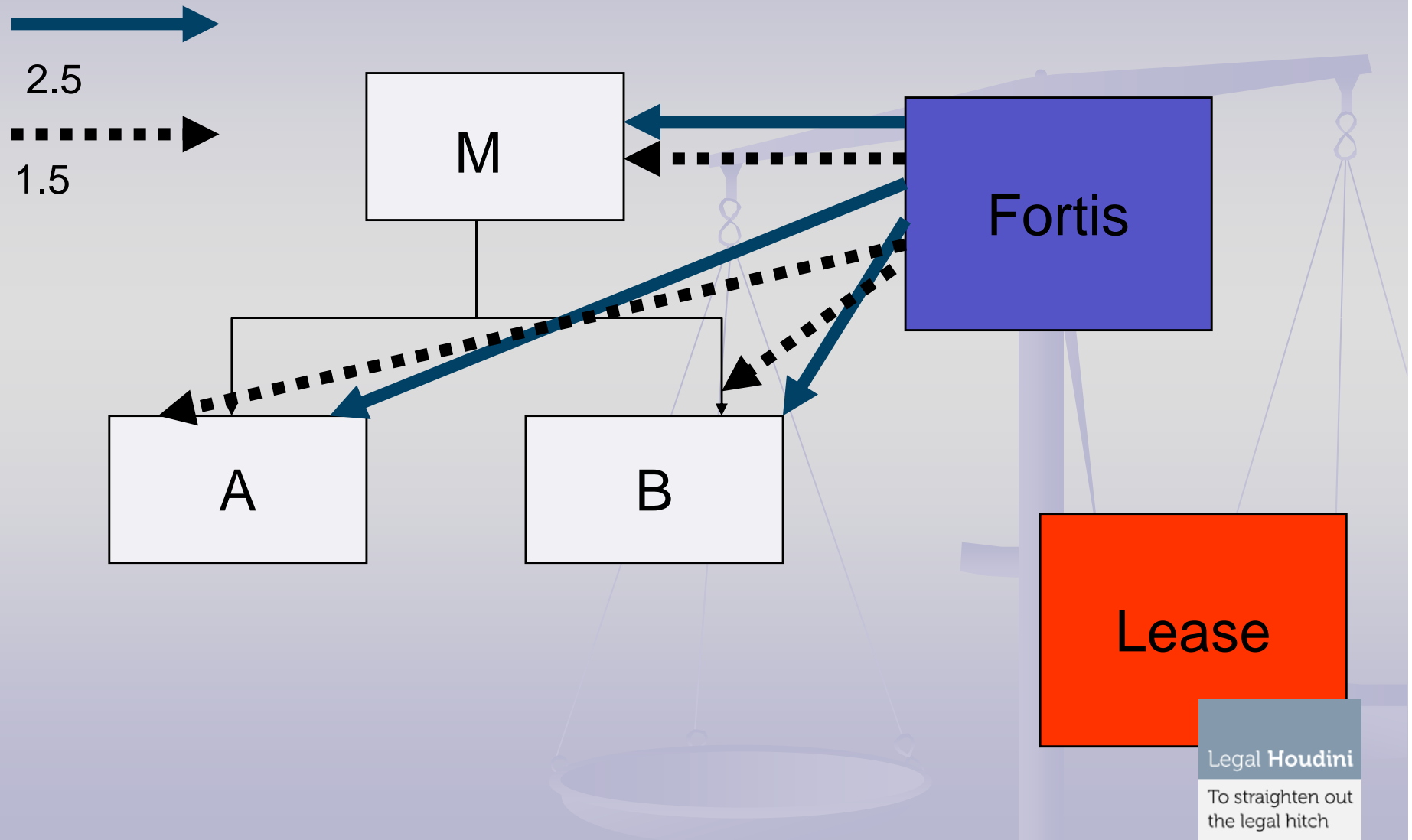


1.5
LR

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Problemen bij uitwinning (V)



Problemen bij uitwinning (VI)

- Gevolgen zogenaamde Overwaarde-arrangementen:
 - Rb Den Bosch 11 januari 2001, JOR 2001, 73, vernietigd door Hof Den Bosch 19 november 2002, JOR 2003, 45
 - Hof Adam 4 januari 2001, JOR 2001, 72
 - HR 9 juli 2004, NJ 2004, 618
- Vraag: werkt dat wel na faillissement van M/A/B?
- Oplossing M/A/B moeten instemmen met borgstelling Fortis aan Lease

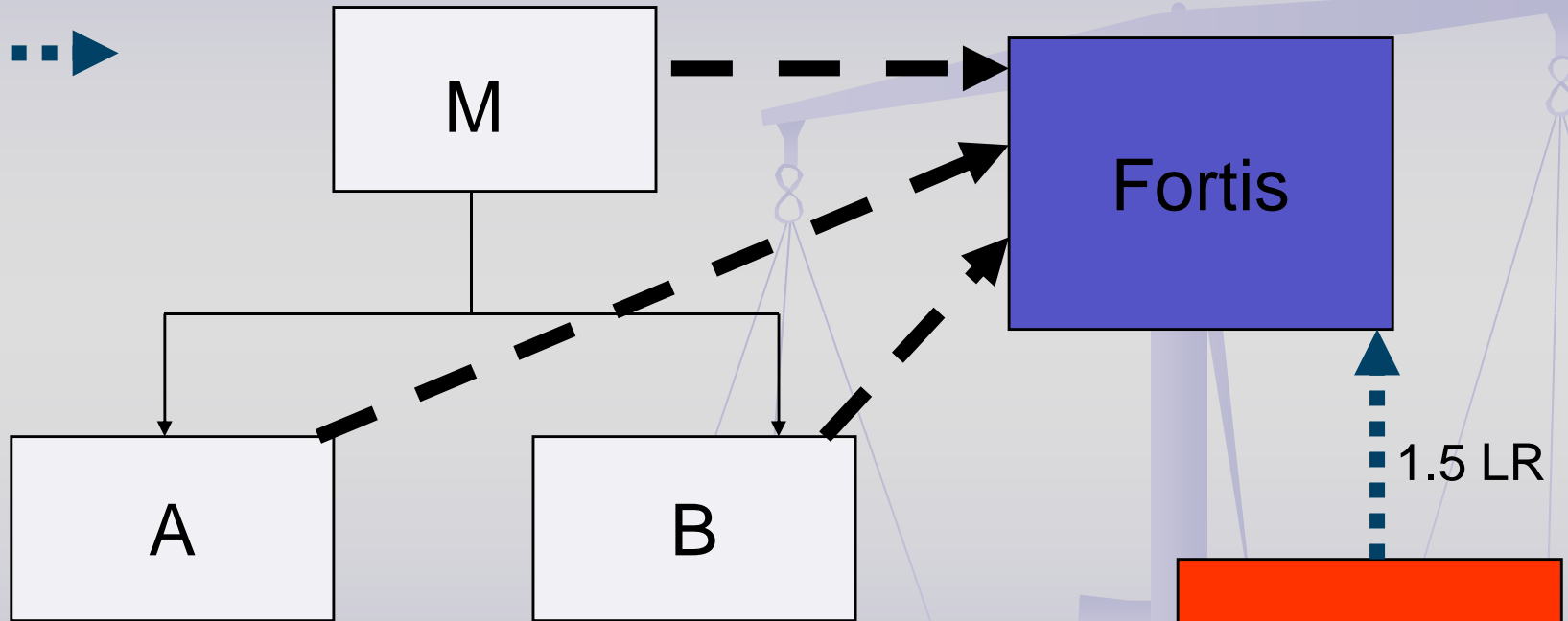
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Problemen bij uitwinning (VII)

— — — — —▶
instemming

.....▶
borg



Legal Houdini
To straighten out
the legal hitch

Retentierecht, Art. 3:290 BW e.v

(I)

- **Zaken**, zowel roerend als onroerend
- Bevoegdheid om de verplichting de zaak af te geven **op te schorten** tot daarmee samenhangende vordering is voldaan
- **Connexiteit** vereiste: voldoende samenhang tussen op te schorten verbintenis en de vordering waarvoor wordt opgeschort
- Werking van retentierecht zowel tegen derden met jonger recht als derden met ouder recht (**daaronder begrepen pand of hypotheekrecht**) mits (in het laatste geval) de vordering voorspruit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was met betrekking tot de zaak aan te gaan dan wel de retentor geen reden had om aan deze bevoegdheid te twijfelen

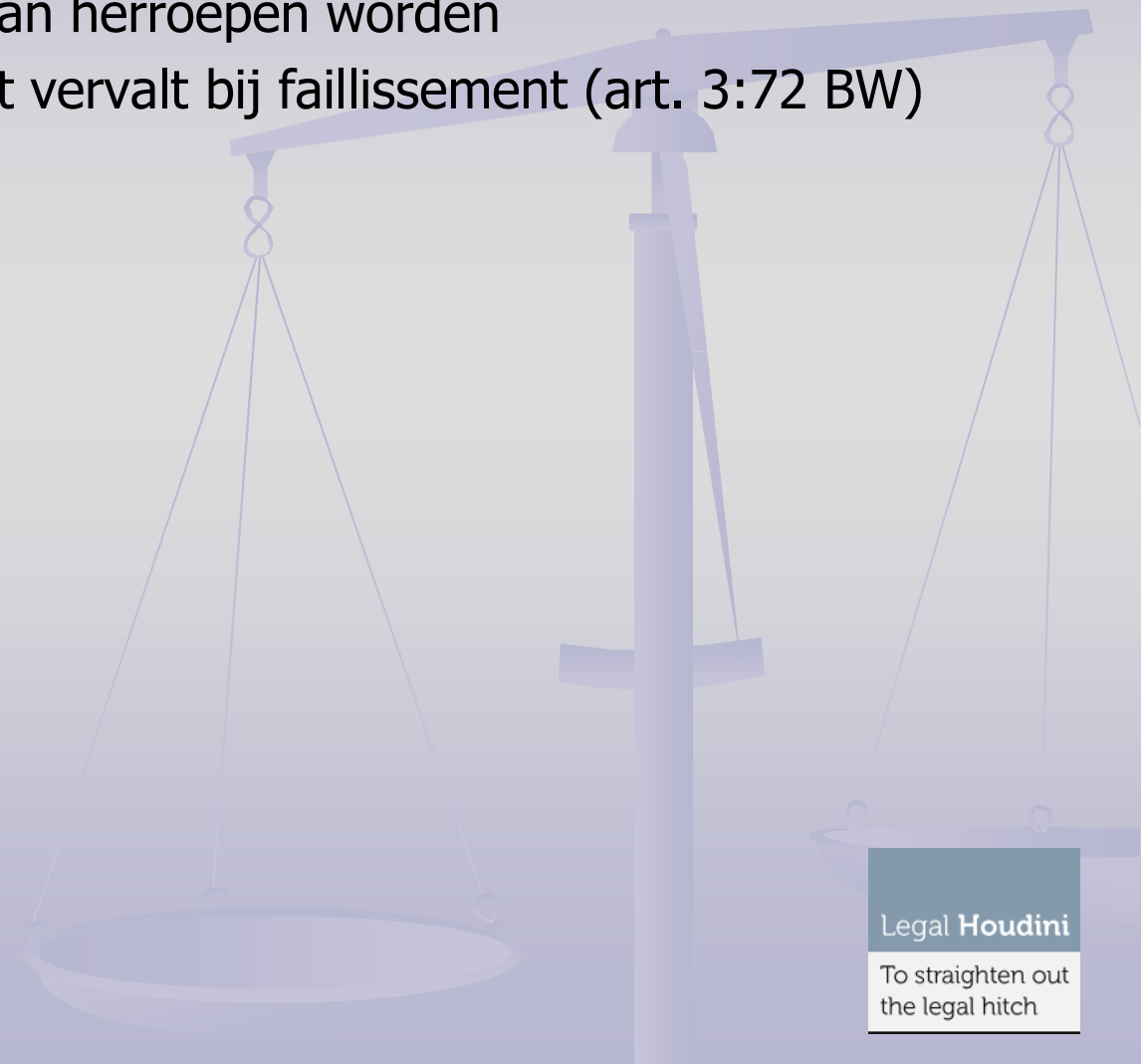
Retentierecht, Art. 3:290 BW e.v

(II)

- Hoe retentierecht uitoefenen?
- Retentierecht op een gedeelte van de onroerende zaak?
- Hoe beperk je risico retentierecht bij bouwfinancieringen?
- Voorrang t.o.v. pand- en hypotheekhouder
- Opeising of aflossing door curator
- Curator eist op, verkoopt de zaak waarop een retentierecht wordt geclaimd; de retentor behoudt voorrecht op de opbrengst van het goed, maar eerst omslag algemene faillissementskosten
- Art. 60 Fw
- Afstand retentierecht

Volmacht en Pos Neg Verklaringen (I)

- Herroepelijke volmacht kan herroepen worden
- Onherroepelijke volmacht vervalt bij faillissement (art. 3:72 BW)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Volmacht en Pos Neg Verklaringen (II)

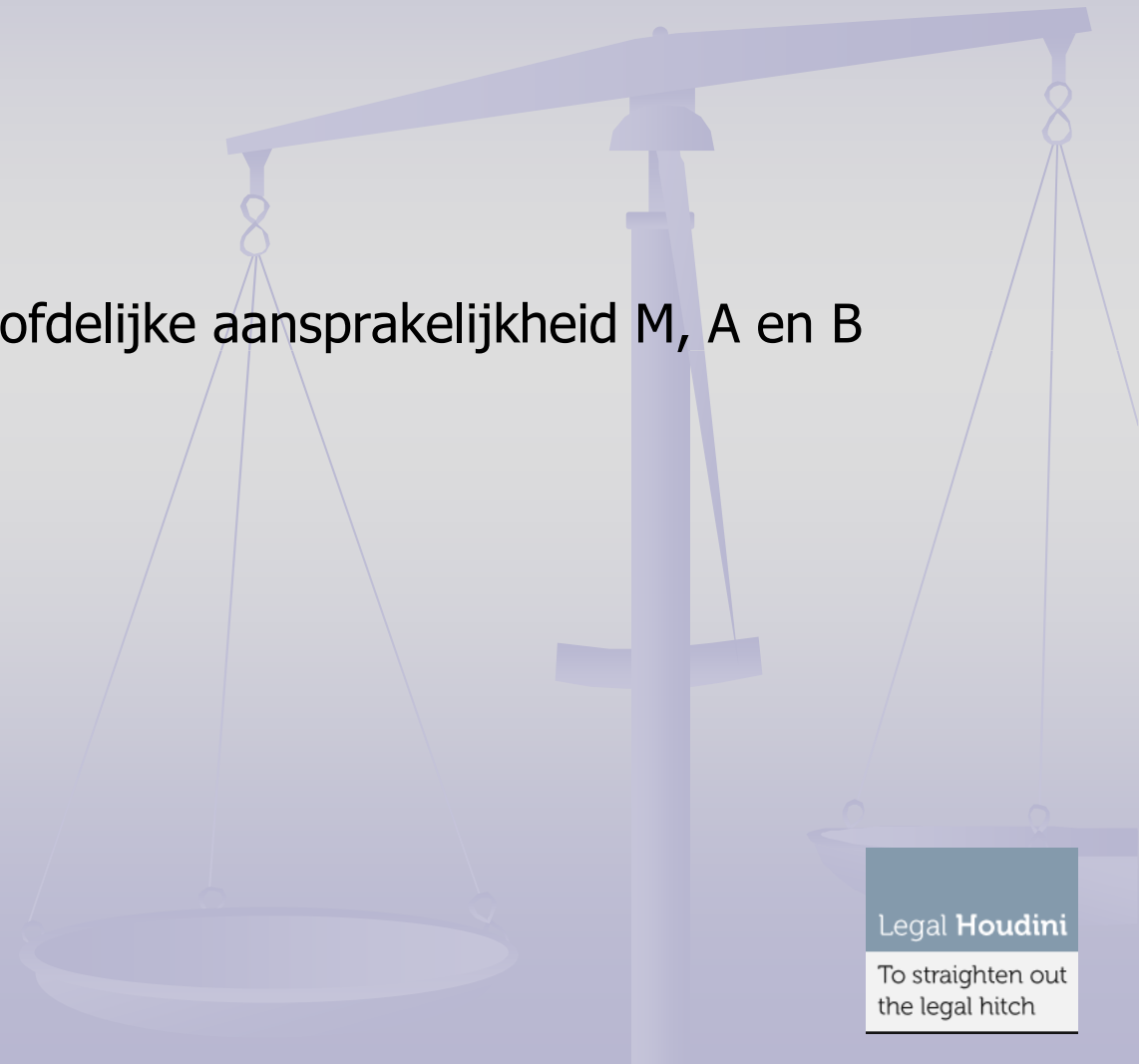
- Verklaring waarbij schuldenaar zich verplicht om op eerste verzoek van schuldeiser aan deze een recht van hypotheek of pand te verstrekken (positieve)
- Verklaring waarbij schuldenaar zich ten opzichte van schuldeiser verbindt om aan derden geen pand- of hypotheekrecht te verstrekken (negatieve)
- Hof Adam 22 oktober 1998, JOR 1999, 32 Daf / Ofasec:
 - Combinatie van pari passu en negatieve - positieve pandverklaring
 - In casu vraag naar reikwijdte van deze verplichtingen met betrekking tot groeps-maatschappijen
 - HR heeft in voordeel van de banken beslist, dochters niet gebonden aan afspraak moeder (23 maart 2001, JOR 2001, 116, Bb 2001, nr 16 en Ondernemingsrecht 2001, afl. 9), na terugverwijzing heeft Hof Den Haag eveneens in voordeel banken beslist (JOR 2004, 289).

Syndicaatsleningen (i)

- Ieder lid heeft eigen vordering, maar is iedereen ook drager van de zekerheden
- Beter: een iemand draagt zeker, maar dan zekerheid gegeven aan iemand voor vordering van een ander
- tot voor kort: scheiding tussen vordering en zekerheidsrecht onmogelijk, niet in de wet voorzien:
 - Van Mierlo, Polak, Verstrekking van zekerheden aan internationale syndicaten, 1998, p. 34
 - Meesters, Vertrouwd met de Trust, p. 400
- Sommige meer recente schrijvers, geen **probleem:**
 - Rongen, Verhagen en Kortmann WPNR 6459 en 6460; en
 - W. Snijders in bundel Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht
- Praktijk: andere oplossingen

Syndicaatsleningen (ii)

- syndicaat met drie leden:
 - Fortis (agent) 40%
 - Member 1 35%
 - Member 2 25%
- stel financiering is 100, hoofdelijke aansprakelijkheid M, A en B



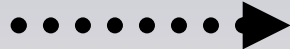
Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Syndicaatsleningen (iii)



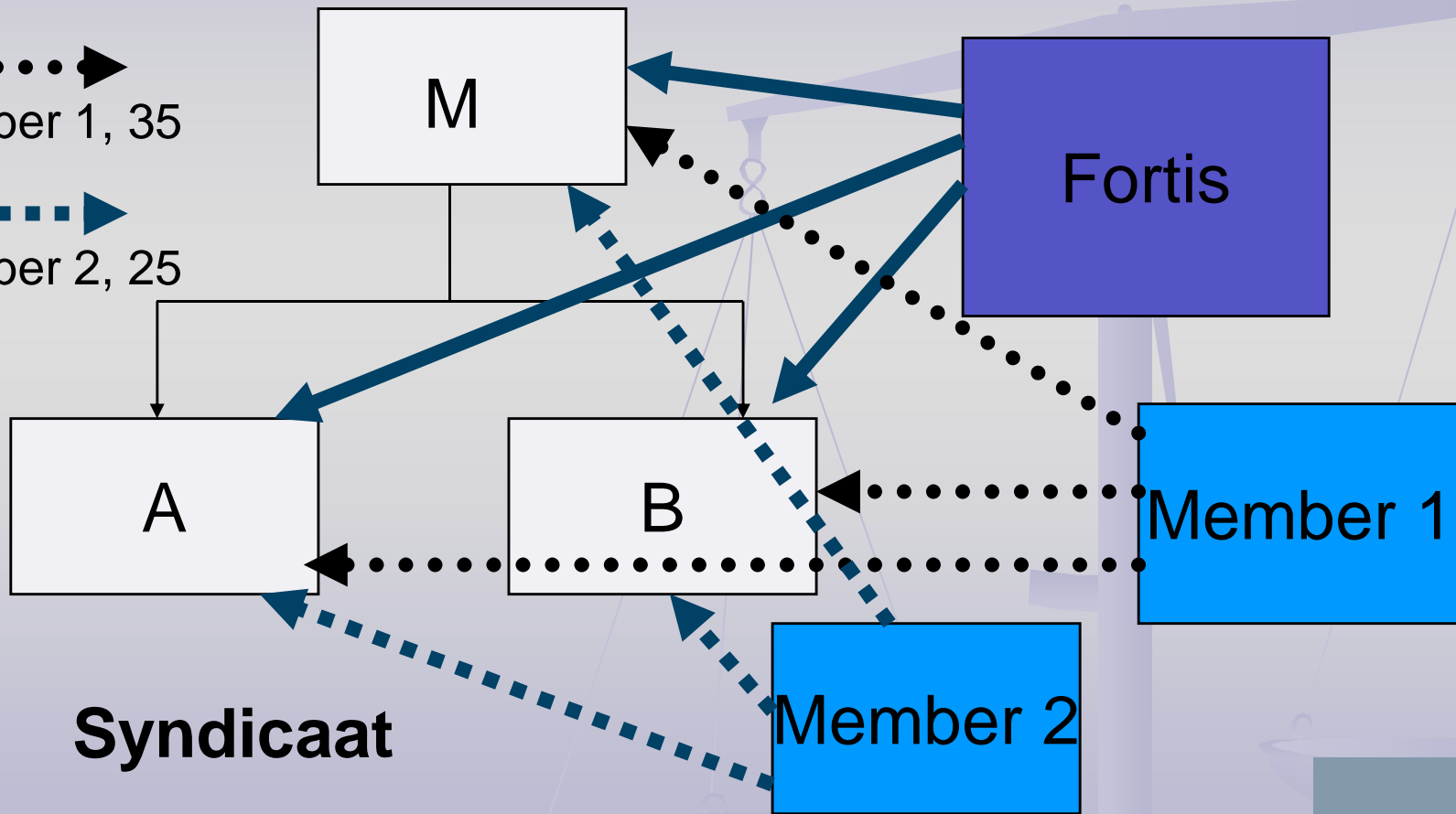
Fortis, 40



Member 1, 35



Member 2, 25

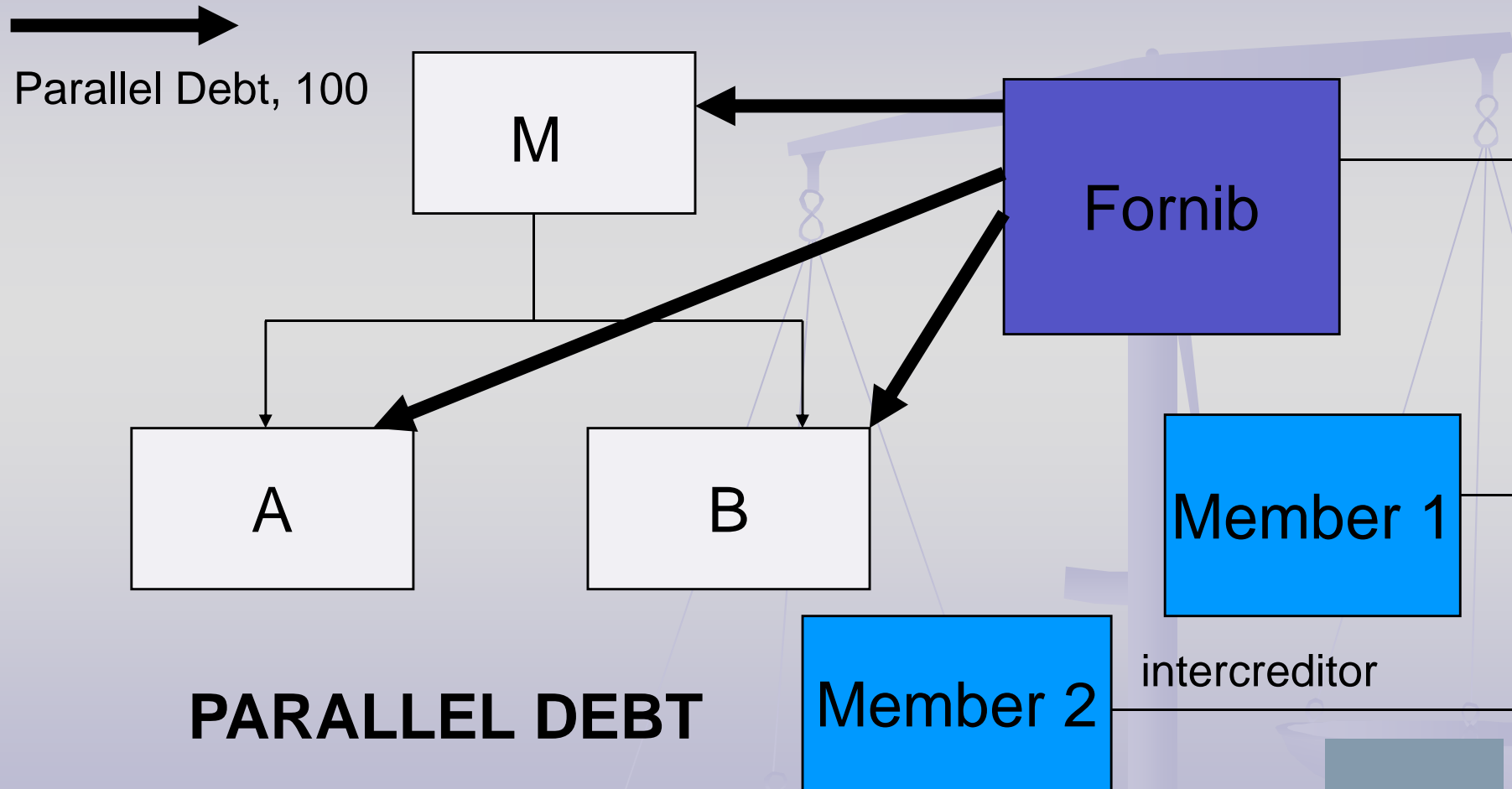


Syndicaat

Legal Houdini

To straighten out the legal hitch

Syndicaatsleningen (iv)



Syndicaatsleningen (v)

- Security agent, een lid syndicaat krijgt (met toepassing van parallel debt) alle zekerheden, bij in en uittreden van alle syndicaatsleden met uitzondering van de agent, geen overgang zekerheidsrechten
- Probleem: faillissementsrisico Security Agent
- Oplossing verpanding parallel debt of;
- (als ook materieel vervanging van de Security Agent mogelijk te maken): Stichting Security Trustee als drager van de zekerheden, benoeming en ontslag leden van het bestuur van de Stichting via Majority Lenders

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Specifieke onderwerpen rechtspersonen

- Vertegenwoordiging
- Tegenstrijdig belang
- Doeloverschrijding
- (financial assistance)



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Vertegenwoordiging

- vertegenwoordigingsbevoegdheid gebaseerd op
 - 1. statuten (zie KvK voor beperkingen)
 - 2. volmacht (verleend door vennootschap)
 - specifieke volmacht
 - algemene volmacht (zie KvK voor omvang volmacht en beperkingen)
- Wie is bevoegd volgens statuten, een of twee handtekeningenstelsel, uittreksel KvK

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Vertegenwoordiging

- Moeten andere vennootschapsorganen (AvA, RvC, ondernemingsraad) goedkeuring verlenen of bevoegde vertegenwoordiger aanwijzen?
 - onderscheid intern besluit en externe vertegenwoordiging
 - meestal interne werking (bijv toestemming RvC)
 - bij tb echter externe werking
- schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid
 - opgewekt door vertegenwoordigde (rechts-)persoon
- bekrachtiging

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Tegenstrijdig belang: wettelijke regeling

- uitgangspunt: Het bestuur vertegenwoordigt de vennootschap, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (2:240)
- uitzondering: Tenzij bij de *statuten* anders is bepaald, wordt de vennootschap in die gevallen, waarin zij een *tegenstrijdig belang* heeft met een meer *bestuurders*, vertegenwoordigd door commissarissen. De algemene vergadering is *steeds* bevoegd een of meer andere personen daartoe aan te wijzen. (2:256)
- NB: tb leidt dus tot onbevoegde vertegenwoordiging
- Gevolg: vennootschap is niet aan rechtshandeling gebonden (rechthandeling is nietig)
- Geen verjaring (ook niet na drie jaar) van bevoegdheid nietigheid in te roepen (zie echter HR Nieuwe Steen Investments)

Tegenstrijdig belang: terminologie

- direct tegenstrijdig belang
- indirect tegenstrijdig belang
- kwalitatief tegenstrijdig belang



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (1)

Mediasafe I (NJ 1996, 568):

- overeenkomst van rentecompensatie tussen Rabo, moeder HDG en vijf dochters, waaronder Mediasafe,
 - hoofdelijke aansprakelijkheid en verrekeningsrecht voor Rabo
 - HDG tekent als bestuurder voor Mediasafe BV
- Mediasafe BV faillieert
- Rabo wil debetstand HDG verrekenen met creditstand (NLG 380k) tnv Mediasafe
- curator Mediasafe: Mediasafe is niet aan ovk gebonden wegens tegenstrijdig belang
- statuten Mediasafe: bij tb zijn overige directeuren bevoegd; igv één directeur wordt de vennootschap vertegenwoordigd door RvC
- HR: ook handeling waarbij niet de bestuurder zelf maar een derde wederpartij van de rechtspersoon is ("indirect tegenstrijdig belang") valt onder het bereik van de tb-regeling
- citaat advocaat Rabo

12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (2)

- Mediasafe II (NJ 1998,171): derdenwerking: tegenover een derde (bank) kan op de onbevoegdheid van de bestuurder beroep worden gedaan
- Joral Management (NJ 2002, 393): bestuur is verplicht AVA zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tb, dat AVA van haar aanwijzingsbevoegdheid gebruik kan maken (aanwijzingsbevoegdheid AVA is van dwingend recht)
- Duplicado (NJ 2004, 519): aanwijzingsbesluit van de AVA moet uitdrukkelijk worden genomen en mag niet worden afgeleid uit het feit dat de bestuurder ook (groot-)aandeelhouder is

12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (3)

ABN AMRO/Dijkema qq (HR 14 juli 2006, zaaknr C05/020HR):

- Hoofdelijkheid A,B,C, D op grond van algemene kredietvoorwaarden
- A is bestuurder van B, C, en D
- bank verrekt kort voor faillissement creditsaldi tnv B en C met debetstand tnv A en D
- Statuten B en C identiek aan wettelijke regeling van art 2:256
- Dijkema: A niet bevoegd B en C bij sluiten kredietovereenkomsten te vertegenwoordigen wegens tb en bank had daarvan op de hoogte moeten zijn
- Bank:
 - ik mocht er op vertrouwen dat door het gedrag van A als enig aandeelhouderster van B en C er sprake was van een aanwijzingsbesluit, zodat ogv art 3:61 lid 2 BW op de onbevoegdheid van A tegenover de bank geen beroep kan worden gedaan.
 - beroep op redelijkheid en billijkheid

12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (3)

ABN AMRO/Dijkema qq (HR 14 juli 2006, zaaknr C05/020HR):

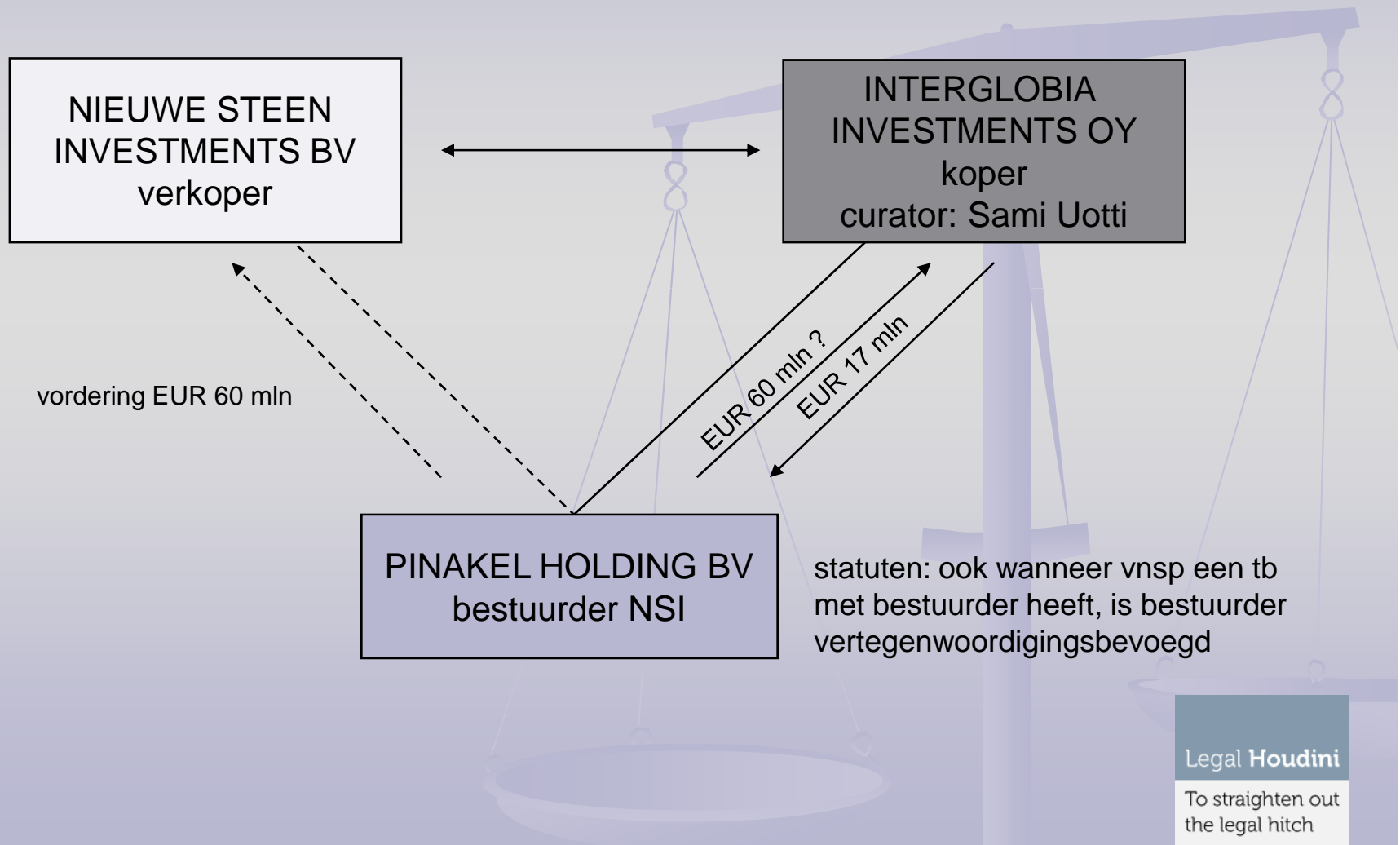
- Rb en Hof passeren verweer van de bank
- HR:
 - op grond van beschermingsgedachte van tb-bepaling is uitdrukkelijk aandeelhoudersbesluit nodig
 - derde die transactie aangaat en tb veronderstelt heeft plicht een onderzoek in te stellen naar de mogelijke onbevoegdheid van de bestuurder van de vennootschap
 - onderzoek moet erop gericht zijn om redelijke twijfel weg te nemen
 - tav bestaan van een tb en
 - vraag of daarvoor aanvullende voorzieningen zijn getroffen
- verrekening niet toegestaan

12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (4)

- kentering in Bruil/Bruil (NJ 2007, 420): bestuurder moet *persoonlijk* belang hebben, waardoor hij niet in staat moet worden geacht om het belang van de vennootschap/onderneming te bewaken op een wijze die van een *integer* en *onbevooroordeeld* bestuurder mag worden verwacht; formeel tb is onvoldoende; vennootschap (lees: curator) moet omstandigheden stellen en zonodig bewijzen
- Café Bar Carribean (HR 29 februari 2008, LJN BC 2199): Voor toepassing van de tb-bepaling is niet vereist dat de betrokken rechtshandeling *daadwerkelijk* tot benadeling van de vennootschap zal leiden, doch is voldoende dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen, dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen *uitsluitend* heeft laten leiden door het belang van de *vennootschap/onderneming*. De vraag of een tb bestaat kan slechts worden beantwoord met inachtneming van *alle relevante omstandigheden* van het concrete geval.

12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (5)

Nieuwe Steen Investments/Uoti qq (HR 21 maart 2008, LJN BC 1849)



12 jaar HR jurisprudentie inzake tb (6)

Nieuwe Steen Investments/Uoti qq (HR 21 maart 2008, LJN BC 1849)

1. *noodzaak aanwijzingsbesluit*: HR: Oordeel Hof (dat er is uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit nodig, *ook* indien statuten bepalen dat bestuurder, ondanks tb bevoegd is) is onjuist. Als AVA geen vertegenwoordiger bij tb aanwijst, blijft degene bevoegd die krachtens statuten bij tb bevoegd was (meestal bestuurder)
2. *verjaring*: Hoewel mogelijkheid om beroep op onbevoegde vertegenwoordiging wegens tb te doen niet kan *verjaren*, kan onder bijzondere omstandigheden een beroep van de vennootschap/de curator op 2:256 onaanvaardbaar worden geacht vanwege de *ingrijpende gevolgen* daarvan voor de wederpartij, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van 2:256

Tegenstrijdig belang: tips en trucs

- kijk altijd naar regeling in statuten
 - statuten geldig ttv de rechtshandeling
 - eventueel statuten laten aanpassen
- bij twijfel over interpretatie: aanwijzingsbesluit door AVA
 - check (in statuten) of buiten vergadering besluiten kunnen worden genomen (zijn er pandhouders/certificaathouders? (zie ook Hof Amsterdam JOR 2008/8))
 - besluiten buiten vergadering: schriftelijk en met algemene stemmen
 - (tevens) bestuurder laten aanwijzen als bevoegd igv tegenstrijdig belang
 - aanwijzingsbesluit: per handeling besluit nemen (tenzij statuten bepalen dat jaarlijks iemand moet worden aangewezen);

Tegenstrijdig belang: tips en trucs

- bij reparatie dmv bekrachtiging: aanwijzingsbesluit én bekrachtigingshandeling nodig
 - één document
 - handelingen specifiek noemen (maar ruim vangnet)
- bestuurder zelf altijd laten meetekenen (anders probleem indien er geen tegenstrijdig belang was)
- bij hypotheke: vraag notaris schriftelijk of hij tb onderzocht heeft (notarisverklaring)

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Doeloverschrijding: wet

Een door een *rechtspersoon* verrichte *rechtshandeling* is *vernietigbaar*, indien daardoor het *doel* werd overschreden en de wederpartij dit *wist* of zonder eigen onderzoek *moest weten*; slechts de *rechtspersoon* kan een beroep op deze grond tot vernietiging doen. (2:7)

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Doeloverschrijding: doel?

1. statutaire doel (omschrijving niet beslissend)
2. belang vennootschap,

dus alle omstandigheden (waaronder concernverhoudingen) relevant voor oordeel of door handeling doel wordt overschreden (o.a. Astro-arrest NJ1992/438 en Playland-arrest NJ 1997/149)

positieve en negatieve indicatoren

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Doeloverschrijding: wetenschap wederpartij

- **Honee:** “in gevallen als deze mogen aan oordeel van banken hogere eisen worden gesteld dan aan het oordeel van een willekeurige derde”
- **Van Schilfgaarde:** “De bank, die beide vennootschappen als cliënt heeft en de financiële implicaties kan overzien, kan zich niet op onwetendheid beroepen”
- **Van der Grinten:** “Een bank die krediet verleent aan de moeder mag aannemen dat deze kredietverlening mede strekt ten behoeve van de dochters en derhalve dat zekerheid die door die dochters wordt gegeven dienstig is tot verwezenlijking van het doel van die vennootschap”
- **Maeijer:** “De financier, die op basis van de geconsolideerde jaarstukken met het concern dat zich als geheel aandient een financieringsarrangement treft waarvan aansprakelijkheids- en zekerheidstellingen van de dochters deel uitmaken, zal zeker mogen aannemen dat deze dochters binnen haar statutaire doelstellingen handelen”

Doeloverschijding: handelingen buiten doel

- Begraafplaats Nieuw Eykenduynen N.V. geeft om niet hypotheek aan banken voor schuld zustervereniging Investa N.V., die niets met behoorlijke exploitatie van de begraafplaats had uit te staan; banken mochten niet aannemen dat Nieuw Eykenduynen er belang bij had om faillissement van Investa (en de holding) te voorkomen (Hof Den Haag, NJ 1978/43)
- Nesolas B.V. (groot- en kleinhandel in machines, deelnemen in andere ondernemingen) geeft bij herfinanciering hypotheek aan bank mede voor prive-schuld DGA en echtgenoot (Hof Amsterdam, NJ 1985/219);



Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Doeloverschijding: handelingen buiten doel

- Ned Grondbezit B.V. (doel: beleggen in OG; aandeelhouder Blaisse) verleent hypotheek voor lening CLBN aan Van Zuylekom's Distilleerderij B.V. (zelfde aandeelhouder) (Hof Amsterdam, NJ 1987/ 801);
- Diepvries Goedereede B.V. (feitelijk bestuurder: Boersma) betaalt schulden van failliete vennootschap Holland Zeevis Int B.V. (bestuurder: vriendin Boersma) aan visleverancier (Rb Rotterdam, JOR 2000/76)

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Doeloverschrijding: handelingen binnen doel

- borgstelling van De Lutte B.V. voor zustervennootschap Almeritrans is in het belang van De Lutte (statutaire doel: samenwerking met andere ondernemingen) (Rb Rotterdam, JOR 1999/85);

Legal Houdini

To straighten out
the legal hitch

Doeloverschrijding: rechtsgevolg

- vernietigbaar
 - geldig, totdat handeling vernietigd is;
- vernietiging door rechtspersoon (de norm beschermt de rechtspersoon;
 - dus ook door curator, maar niet door derden (pauliana)
- verjaring:
 - rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren (..) drie jaren nadat de bevoegdheid om deze vernietigingsgrond in te roepen, aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt, ten dienste is komen te staan (3:52 sub d)