

Noodkrediet in nood?

Johan Jol is werkzaam als zelfstandig jurist onder de naam Legal Houdini en Rolf Verhoeven is werkzaam als senior jurist bij ABN AMRO Bank N.V.¹

Samenvatting

In het huidige economische malaise worden financiers regelmatig benaderd met verzoeken om additionele financieringen te verstrekken en de bestaande financiering daarbij, ondanks een verzuim van de kredietnemer, te handhaven. Deze financieringen worden ook wel “noodkredieten” genoemd, dat wil zeggen kredieten die bedoeld zijn om de bestaande financieringsnood van de onderneming (doorgaans slechts tijdelijk) te ledigen. Recente uitspraken van de Hoge Raad lijken de mogelijkheden van een curator voor het inroepen van de faillissementspauliana met betrekking tot de in het kader van noodkredieten verstrekte zekerheden te vergroten. Schrijvers bezien of de uitspraken van de Hoge Raad inderdaad zo uitgelegd moeten worden en komen tot de conclusie dat banken weliswaar op hun hoede moeten zijn, maar dat de faillissementspauliana in veel gevallen niet prohibitief hoeft te zijn voor het handhaven van bestaande kredieten en het verstrekken van “nieuw geld” tegen nieuwe zekerheden.

De noodzaak van het handhaven van financiering en het verkrijgen van additionele financiering en de rol van de banken

1. De huidige financiële crisis brengt veel ondernemingen in (financieel) zwaar weer. Het gevolg van dit zware weer is vaak dat ondernemingen moeite krijgen met hun financiering. Om te voorkomen dat de onderneming moet worden geliquideerd en aldus waarde verloren gaat, proberen ondernemers met man en macht het hoofd te bieden aan de problemen. Zij stellen daartoe doorgaans een reorganisatieplan op waarin zowel aandacht wordt gegeven aan de bedrijfseconomische reorganisatie als een financiële reorganisatie (soms met inbegrip van een balanssanering). In veel gevallen is noodzakelijk dat er (tijdelijk) extra financiering wordt versterkt aan de onderneming om de reorganisatiefase door te komen.
2. Zowel voor het handhaven van de bestaande financiering ondanks een verzuim als voor deze additionele financiering doen de ondernemingen veelal een beroep op hun huisbankier. Zoals bekend en inmiddels ook in Nederlands onderzoek bevestigd² spelen banken in Nederland bij het herstructureren van ondernemingen in Nederland vaak een nuttige rol. De banken nemen (gelukkig en overigens toegegeven ook niet zonder eigen belang) vaak hun verantwoordelijkheid, mits zij er zelf ook van overtuigd zijn dat de onderneming levensvatbaar is. Wat daarmee vaak over het hoofd wordt gezien is dat het ook in het belang van de bank als financier is dat de onderneming gezond is of wordt. Banken zitten niet te wachten op debiteuren die in moeilijkheden zijn en het verkrijgen van zekerheden is geen doel op zich.

¹ Wij zijn (met veel plezier) lid van de Juridische Werkgroep Faillissementsrecht, later omgedoopt tot Juridische Werkgroep Corporate van de NVB. Deze werkgroep stond onder de bezielende leiding van Jos Timmermans, die voortdurend aandacht vroeg voor de praktische gevolgen van juridische vraagstukken die in de jurisprudentie en literatuur werden opgeworpen. Het leek ons aardig om indachtig de visie van Jos een artikel te schrijven dat voor de praktijk handvaten geeft voor de problemen met betrekking tot de faillissementspauliana. Wij doen dat – vanzelfsprekend - vanuit het bancaire perspectief, iets dat ook op het lijf van Jos geschreven zou zijn.

² Vergelijk A.M. van Amsterdam, Insolventie in economisch perspectief en Uitgave 2004, nr. 224 van het WODC: informele Reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement.

3. Daarbij kunnen ondernemers en de banken niet uit het oog verliezen dat de banken (doorgaans) niet optreden als verstrekkers van risicodragend vermogen (dat wil kort gezegd zeggen eigen vermogen en achtergestelde leningen). Hun natuurlijke rol is beperkt tot het verstrekken van vreemd vermogen gedekt door zekerheden. Het aantrekken van additioneel risicodragend vermogen is in de huidige tijd voor veel ondernemers om verschillende redenen meestal geen optie. De prijs van risicodragend vermogen is immers vele malen hoger dan de prijs van vreemd vermogen dat is gedekt door zekerheden. De ondernemer zou door het aantrekken van additioneel risicodragend vermogen zeggenschap over zijn onderneming moeten opgeven en zal zijn aandelenbezit zien verwateren. Bovendien is het aantrekken van eigen vermogen bij derden (zoals een participatiemaatschappij) in de huidige tijd niet eenvoudig en tijdrovend. Ook banken zullen niet snel geneigd zijn (additioneel) risicodragend vermogen te verstrekken, omdat zij daarvoor op grond van de Basel regels veel meer kapitaal op hun balans moeten aanhouden.
4. Het additioneel vreemd vermogen komt er vaak alleen indien de bank ter dekking van de additionele financiering zekerheid verkrijgt. Een dergelijke additionele financiering wordt het “nieuwe geld” of ook wel “fresh money” genoemd. Een algemeen aanvaard economisch principe is, dat dit nieuwe geld moet worden terugbetaald vóóordat alle andere crediteuren betaald worden³. Indien er al verschillende lagen schuld in de onderneming aanwezig zijn, komen de crediteuren van de verschillende lagen meestal overeen dat dit nieuwe geld in hun onderlinge verhouding de hoogste rang krijgt, een super prioriteitsstatus⁴.

Het juridisch kader van het handhaven van de bestaande financiering of het verstrekken van additionele financiering

Handhaving bestaand krediet

5. Bij het handhaven van de bestaande financiering en het in ruil daarvoor verkrijgen van additionele zekerheden, is de vraag of de onderneming juridisch gehouden is om additionele zekerheid te verstrekken. In een later uitgesproken faillissement zal de curator de mogelijkheid van het invoeren van de pauliana onderzoeken en daarbij bezien of art. 42 (vernietiging onverplichte rechtshandeling) of art. 47 Fw (vernietiging verplichte rechtshandeling) van toepassing is. Veelal zullen de zogenaamde Algemene Bankvoorwaarden van toepassing zijn op de contractuele relatie tussen de bank en de onderneming. Daarin is (zowel in artikel 20 van tot 1 november 2009 geldende voorwaarden als in artikel 26 van de thans geldende Algemene Bankvoorwaarden) een zogenaamde positieve pand- en hypotheek verklaring opgenomen. Op grond van deze bepaling dient de onderneming op eerste verzoek van de bank (additionele) zekerheid te verstrekken tot zekerheid voor haar schulden aan de bank. De Algemene Bankvoorwaarden houden dus een contractuele verplichting voor de onderneming in om zekerheid te geven aan de bank, zodat een eventuele verstrekking van de zekerheden door de onderneming uitsluitend getoetst zal worden aan art. 47 Fw. Overigens, in de

³ Zie Cross Borders Debt Restructurings van auteur en editor Esteban C. Buljevich (2005), p. 10 in zijn beschrijving van de London Approach en p. 105 e.v. over new money in het algemeen,

⁴ Zie ook Principle 8 van de zogenaamde Statement of Principles for a global approach to multicreditors work outs van Insol te vinden op <http://www.insol.org/page/57/statement-of-principles> en Cross Borders Debt Restructurings van auteur en editor Esteban C. Buljevich (2005), p. 16 in zijn beschrijving van de Principles.

lagere rechtspraak is deze bepaling naar onze mening verkeerd uitgelegd. Zo concludeert de Rechtbank Rotterdam in het vonnis van 1 oktober 2008 (JOR 2009, 115) ten onrechte dat art 20 van de Algemene Bankvoorwaarden slechts een verplichting op zou leggen tot – kort gezegd – het op verzoek van de bank vervangen van een eerder verstrekte zekerheid die in waarde is gedaald. Verdaas, De Weijs en Bertrams hebben terecht aandacht gevraagd voor de onjuistheid van de door de Rechtbank gehanteerde uitleg van artikel 20 (van de oude) Algemene Bankvoorwaarden⁵. Artikel 20 van de (oude) Algemene Bankvoorwaarden bevat een echte positieve pand- en hypotheekverklaring en niet – wat de Rechtbank ervan lijkt te maken – slechts een soort zekerheidsinstandhoudingsverklaring. Die uitleg van de Rechtbank van artikel 20 van de (oude) Algemene Bankvoorwaarden is onjuist. De Weijs en Bertrams voeren daarbij – mede aan de hand van de toelichting van art. 26 Algemene Bankvoorwaarden - terecht aan dat de tekst van art. 26 van de huidige Algemene Bankvoorwaarden al helemaal niet meer voor de door de Rechtbank voorgestane uitleg vatbaar is. In de toelichting op dit artikel is het volgende opgenomen: “Kortom, de cliënt dient er op elke door de bank gewenst moment voor te zorgen dat zijn schulden aan de bank door voldoende zekerheid zijn gedekt”⁶.

6. In sommige gevallen zijn de Algemene Bankvoorwaarden niet op de relatie tussen de bank en de cliënt van toepassing. Tenzij er een andere contractuele grondslag is, zal in die gevallen het verstrekken van de zekerheid onder instandhouding van het oude krediet een onverplichte rechtshandeling zijn, ook al is die handeling wel om baat verricht. Immers de bank stemt ermee in dat het krediet wordt gecontinueerd, terwijl er wel redenen tot beëindiging zijn. Zoals bekend geeft art. 43 Fw een bewijsvermoeden voor het in art. 42 FW opgenomen vereiste wetenschap van benadeling. De wetenschap van benadeling wordt vermoed aan beide zijden aanwezig te zijn bij rechtshandelingen waartoe de onderneming zich niet reeds voor een jaar voor de aanvang van het faillissement had verplicht, zoals de rechtshandeling ter voldoening van een niet opeisbare schuld. Voor zover het gaat om het verstrekken van zekerheid voor niet opeisbare financieringen, geldt in zo'n geval het vermoeden van art. 43 Fw. Bij een financiering die opeisbaar is geldt het bewijsvermoeden dus niet. Veelal stelt de bank als voorwaarde voor het continueren van het krediet (en het geen beroep doen tot opeising van het krediet) dat er zekerheid wordt gesteld. Maar, de curator zal zich in dat geval wellicht op art. 42 Fw kunnen beroepen. In dat opzicht lijkt de bank er verstandig aan te doen om eerst op te eisen en zekerheid te vragen en om daarna – nadat de zekerheid is verkregen - de opeising door een nadere afspraak omtrent de looptijd van de financiering ongedaan te maken.

Verstrekken additionele financiering

7. Geldt het bovenstaande nu ook wanneer de bank een additionele financiering ter beschikking stelt? De vormgeving van zo'n additionele financiering kan relatief eenvoudig zijn. Er komt een aanvullende faciliteit tot stand en als onderdeel (of eigenlijk, als

⁵ A.J. Verdaas, noot bij JOR 2009/115 en R.J. de Weijs in zijn recente proefschrift *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies*, p. 283, noot 207, Bertrams in FIP 2009, nr. 7, p. 212

⁶ Toelichting NVB bij Algemene Bankvoorwaarden, bij art. 26 laatste zin, te vinden op <http://www.nvb.nl/scrivo/asset.php?id=291431>

voorwaarde voor het verkrijgen van) deze aanvullende faciliteit verplicht de onderneming zich tot het vestigen van zekerheid op nog “vrij” actief.

8. Sinds de arresten van de Hoge Raad Van Dooren q.q. / ABN II en III⁷ maken banken zich zorgen over de vraag wat er gebeurt, indien de onderneming vervolgens ondanks het nieuwe geld toch niet gered kan worden en er een curator komt en die met de “benefit of hind sight” de mogelijkheid onderzoekt van het invoeren van de actio pauliana. Tot die arresten verkeerden banken in de (al dan niet ten onrechte⁸) veronderstelling dat bij het verstrekken van nieuw geld tegen nieuwe zekerheden de pauliana niet aan de orde was. Immers het leek voor alle partijen een “win win” situatie op te leveren en er leek dus geen sprake te zijn van benadeling. De liquiditeitsinjectie droeg bij aan de continuïteit van de onderneming, die werd niet armer of rijker door deze (rechts)handelingen, maar kreeg nieuw geld ter beschikking in ruil voor nieuwe zekerheden. De keuze van het besteden van het nieuwe geld en het feit dat sommige crediteuren wel en andere niet werden betaald, was een verantwoordelijkheid van de onderneming en had – bijzonder omstandigheden daargelaten⁹ - geen invloed op de rechtsgeldigheid van de (rechts)handelingen die met de verstrekker van het nieuwe geld met de onderneming verricht werden.
9. Sinds Van Dooren q.q./ABN AMRO II¹⁰ weten we dat de Hoge Raad anders tegen het benadelingsvereiste aan kijkt. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad – kort gezegd – dat er wel degelijk sprake kan zijn van benadeling indien men een door zekerheden gedekte financiering opneemt om concurrente crediteuren te betalen. Van Dooren q.q./ABN AMRO III gaat - ondanks de naar onze mening terechte kritiek op het oordeel van de Hoge Raad – nog verder en acht ook benadeling mogelijk indien de opgenomen financiering wordt benut om bepaalde preferente crediteuren te betalen terwijl andere preferente (van hogere of gelijke rang) onbetaald zijn gebleven¹¹.
10. Daar komt nog bij dat de Hoge Raad voor de herstructureringspraktijk in Van Dooren q.q. / ABN III geen – voor de praktijk heldere - uitspraak doet over de wetenschap van benadeling. Zoals bekend geeft art. 43 Fw een bewijsvermoeden voor het in art. 42 Fw opgenomen vereiste van wetenschap van benadeling. De vraag is wat de reikwijdte is van het bewijsvermoeden op grond van de omstandigheid dat zekerheid is verstrekt voor een niet opeisbare vordering (art. 43 lid 1, aanhef en onder 2. Fw). Faber heeft in zijn noot bij het arrest van het Hof in deze zaak op overtuigende wijze uiteengezet waarom deze omkering van de bewijslast niet zou moeten gelden voor de situatie dat er sprake is van een “ruil” van nieuwe zekerheden tegen nieuw geld¹². Nu werden in de casus ABN AMRO/Van Dooren q.q. de zekerheden niet alleen voor het nieuwe geld verstrekt doch

⁷ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, JOR 2000/201 Van Dooren q.q. / ABN AMRO I, HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457, JOR 2005/230 Van Dooren q.q. / ABN AMRO II en HR 22 december 2009, LJV B18493, NJ 2010, 273, met noot Van Schilfgaarde en Tvl 2010, nr. 3, p. 17 e.v. met noot H. De Conick-Smolters en Mr C.J. Jager Van Dooren q.q. / ABN AMRO III

⁸ De heren S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees wijzen er in de kroniek Insolventierecht in het NJB van 2007, afl. 35 gezamenlijk fijntjes op “dat het arrest (Van Dooren q.q. II / ABN, toevoeging JTJ en RV) heeft tot onrust geleid bij banken, maar bevat in wezen niets nieuws.”. Vandaar onze toevoeging “ten onrechte” hiervoor bij de geestestoestand van de banken voor Van Dooren q.q. II / ABN.

⁹ Zoals deze zich voor deden in het Bosselaar q.q. / Interniber Montana I arrest, waarbij van te voren al duidelijk was aan welke concurrente crediteur er betaald zou worden en de borg daardoor uit de wind gehouden werd, HR 22 mei 2009, NJ 1992, 526

¹⁰ Zie voor een aantal reacties op dit arrest, G. van Dijk in Monografieën BW, deel B4 Pauliana (2008), p. 35

¹¹ Van Dooren / ABN AMRO III, rov 3.3.

¹² Noot Faber bij Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008, 141. Faber deelt zijn visie met twee andere Nijmeegse juridische kanonnen, de heren S.C.J.J. Kortmann en J.J. van Hees, zo blijkt uit de eerder aangehaalde kroniek Insolventierecht in het NJB van 2007, afl. 35.

ook voor het oude geld¹³. Dat verklaart waarom in dit geval het Hof en de Hoge Raad menen dat op de bewuste rechtshandelingen art. 43 lid 2, aanhef en onder 2 Fw. van toepassing was, met als gevolg dat het aan ABN AMRO was om te bewijzen dat zij geen wetenschap van benadeling had. Omdat tevens zekerheid werd verstrekt voor het oude geld, menen wij dat uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat alleen onder die bijzondere omstandigheid het bewijsvermoeden van artikel 43 geldt¹⁴. Maar: de overwegingen van de Hoge Raad in 3.9 en 3.10 kunnen mogelijk (en naar wij vrezen: zullen) door curatoren zo worden uitgelegd, dat de bewijsomkering ook van toepassing is, indien er uitsluitend sprake is van nieuw geld tegen nieuwe zekerheden¹⁵. Wij zouden dat een onwenselijke ontwikkeling vinden, omdat daarmee de mogelijkheden voor het verkrijgen financiering voor ondernemingen in zwaar weer beperkt zouden worden. Daar komt nog bij dat de Hoge Raad – vanuit de kalmte en rust van de studeerkamer – oordeelt dat de bank “een naar gelang de omstandigheden toereikend onderzoek moeten doen teneinde vast te stellen of die kredietverlening verantwoord is”. De Hoge Raad overweegt vervolgens: “dat een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheidsstelling te verschaffen, *de beschikbare financiële gegevens dient te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve de benadeling daarin, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien (cursivering toegevoegd RV en JTJ)*”¹⁶. Hoe deze analyse plaats moet vinden en of onder bijzondere omstandigheden dat onderzoek achterwege kan blijven, zegt de Hoge Raad niet. De Hoge Raad komt daar in deze casus niet aan toe, omdat de bank wel een – zij het beperkt - onderzoek heeft gedaan¹⁷. Maar soms is het voor het stabiliseren van de onderneming nodig dat er zonder (al dan niet) diepgaand onderzoek, althans met slechts een zeer beperkt onderzoek naar de maximale waarde van het onderpand, nieuwe geld in moet zodat de onderneming tenminste de tijd krijgt om te bezien of een herstructurering mogelijk is.

11. In de praktijk is het moeilijk te bepalen of een schuldeiser een faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. De voorzienbaarheid van een faillissement is zelden door middel van objectieve of bedrijfseconomische maatstaven te bepalen en op de curator zou een zware bewijslast moeten rusten om aan te tonen dat een schuldeiser wist dat een faillissement was te voorzien, vooral in die gevallen dat er enige tijd (dat wil zeggen meer dan een paar dagen) verstrijkt tussen de

¹³ Zie rov 3.6.

¹⁴ Wij worden daar – gelukkig – in gesteund door Mr R.J. de Weijs in zijn recente proefschrift *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies*, p. 266, noot 166 en 167 en naar verluidt Faber, die naar wij vernamen in eenzelfde zin het arrest Van Dooren III / ABN zal annoteren voor de JOR.

¹⁵ Effectief zou daarmee een soort hardening period van de zekerheden van een jaar geïntroduceerd worden in het Nederlandse recht, omdat in de praktijk de omkering van de bewijslast ertoe zal leiden dat curatoren – gebruik makend van het bewijsvermoeden - elke verstrekking van zekerheden tegen nieuw geld in de periode van een jaar voor datum van het faillissement zullen trachten aan te tasten door middel van de pauliana en door te dreigen met een procedure tegen de nieuw geldverstrekker. Op eenzelfde wijze maakt een curator gebruik van het in art. 138 en 248 lid 2 Boek 2 opgenomen bewijsvermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur indien de jaarrekening van een NV of BV niet tijdig was gedeponneerd. In het eerste gesprek met de bestuurder zal de curator de bestuurder er op attent maken dat het gevolg daarvan is, dat hij in privé aansprakelijk is voor het tekort. Dat was – en is – tekort door de bocht omdat het vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur weerlegt kan worden, maar de bestuurder staat hierdoor wel met 1-0 achter. Wij vrezen dat sommige curatoren menen – naar onze mening ten onrechte – dat banken door middel van het arrest van de Hoge Raad op een soortgelijke wijze op een 1-0 achterstand kunnen worden gezet.

¹⁶ Zie rov 3.10

¹⁷ Zie rov 3.10 slot

rechtshandeling en de uitspraak van het faillissement¹⁸. Daar komt bij dat het enkele feit dat een faillissement is uitgesproken, nog niet betekent dat een tekort in het faillissement is te voorzien (vergelijk daarover het hierna te behandelen voorbeeld).

Wat te doen in de praktijk; wat zijn de de regels van het spel?

12. Welke gevolgen hebben genoemde arresten nu voor de rechtspraak? De bank zal zich bij de beslissing bestaand krediet te continueren, er terdege van bewust moeten zijn dat, indien zij niet al een positieve pand- en hypotheek verklaring van de onderneming had, het vestigen van de zekerheden voor het bestaande krediet aan art. 42 Fw getoetst zal worden en, indien de financiering niet opeisbaar is, tevens voor haar wetenschap het vermoeden van art. 43 Fw geldt. Als verstrekker van het nieuwe geld zal de bank zich er ook van bewust moeten zijn dat zij in de situatie waarin de herstructurering alsnog mislukt, geconfronteerd kan worden met de stelling van een curator dat het verstrekken van zekerheden (in het kader van een laatste poging om de onderneming te redden) paulianeus was op basis van art 42 Fw. Kortom, banken zullen terughoudender worden met het verstrekken van noodkredieten.
13. In ieder geval doet de bank (als verstrekker van het nieuwe geld) er in genoemde situatie verstandig aan op enigerlei wijze vast te leggen, dat de bank vertrouwen heeft in de continuïteit van de onderneming. De bank zal zich daarbij vaak op het ondernemingsplan of een advies van een externe partij baseren. Kort gezegd zal de bank aannemelijk dienen te maken dat de onderneming is gestabiliseerd door het (tijdelijke) liquiditeitsprobleem op te lossen en dat daardoor aan de herstructurering kon worden gewerkt. Het primaire doel van de herstructurering is om de onderneming te saneren waardoor alle crediteuren betaald kunnen worden. Als dat niet haalbaar is, is het (secundaire) doel van een herstructurering om ten behoeve van alle crediteuren een hogere opbrengst voor de (activa van de) onderneming te realiseren, althans om er voor te zorgen dat de opbrengst voor de crediteuren (met inachtneming van de in het faillissement geldende rangorde) tenminste gelijk is aan wat die zou zijn indien op het moment dat het nieuwe geld werd verstrekt, niet voor het oplossen van het liquiditeitsprobleem zou zijn gekozen, maar voor het aanvragen van het faillissement.

Voorbeeld

BALANS VOOR NIEUW GELD			
OG A	60	EV	0
OG B	40	Bank	60
		Cred	40
totaal	100	totaal	100

BALANS NA NIEUW GELD			
OG A	60	EV	0
OG B	40	Bank	90
		Cred	10
totaal	100	totaal	100

BALANS VOOR NIEUW GELD			
OG A	60	EV	-10
OG B	40	Bank	60
		Cred	50
totaal	100	totaal	100

BALANS NA NIEUW GELD			
OG A	60	EV	-10
OG B	40	Bank	90
		Cred	20
totaal	100	totaal	100

¹⁸ Verhoeven in Bedrijfsjuridische Berichten 2008, nr. 20, p. 261 e.v.

14. In het volgende¹⁹ voorbeeld (dat met behulp van bovenstaande balans zal worden besproken) zullen wij onderzoeken of er sprake is van benadeling en wetenschap van benadeling, waarbij wij steeds een vergelijking zullen maken tussen de situatie voor en na het verstrekken van het nieuwe geld.

- Een onderneming houdt zich bezig met vastgoedbelegging.
- De onderneming heeft twee panden. Één pand (op de balans opgenomen tegen een kostprijs van 60) is gefinancierd met een bankkrediet van 60, het andere pand (kostprijs 40) is gefinancierd door gewone concurrente crediteuren.
- De huisbank heeft een hypotheek op het door haar gefinancierde pand A maar niet op het door de crediteuren gefinancierde pand B.
- De onderneming heeft door de crisis te maken met het faillissement van (een aantal van) de huurders en daardoor met leegstand van beide panden. Bovendien zijn door achterstallig onderhoud de panden moeilijk te verhuren.
- De onderneming heeft (door de verminderde huurinkomsten) een tekort aan liquiditeit, en – als je de huidige onderhandse executiewaardes van de panden in aanmerking neemt - is deze insolvabel.

De onderneming vraagt de huisbank om een extra krediet van 30, is daartegenover bereid het tweede gebouw, dus pand B in onderpand te geven en wil het extra geld gebruiken voor het opknappen van de beide panden. In dit bijzonder geval kost dat (maar) twee maanden. De ondernemer zal op zoek gaan naar nieuwe huurders en de cash flow van de onderneming zal naar verwachting dusdanig verbeteren dat de onderneming er weer bovenop komt. Bovendien, in de huidige markt heeft het veilen van de panden (economisch) geen zin, omdat de verwachte opbrengst erg gering is. Wachten met veilen lijkt in ieder geval een goed idee. De huisbank verstrekt nieuw krediet en laat zich het tweede pand in zekerheid geven zowel voor de oude als voor de nieuwe financiering. Helaas, ondanks de opknabbeurt van de panden blijft verhuur uit en binnen een jaar moet de onderneming alsnog het faillissement aanvragen. De curator meldt zich bij de huisbank en vernietigt de hypotheek op het laatste pand op grond van art. 42 Fw. Heeft de curator gelijk?

15. Wij menen dat dit nog te bezien valt. De eerste vraag die we in dit kader moeten stellen is of hier wel sprake is van benadeling. Laten we eerst uitgaan van het geval dat het extra geld - ondanks de afspraak met de bank - niet gebruikt is voor achterstallig onderhoud maar alleen gebruikt is voor betaling van bestaande crediteuren en dat het met de onderneming al mis gaat voordat het onderhoud is uitgevoerd (welk onderhoud de klant overigens in strijd met de afspraken met de bank dacht te kunnen betalen uit de toekomstige cash flow van de huurders). Op het eerste gezicht lijkt antwoord op de benadelingsvraag dan: ja, er is sprake van benadeling, want de bank heeft nu een preferente vordering gedekt door onroerend goed B en dat was anders voor verhaal door alle crediteuren ter beschikking²⁰. Maar is dat antwoord wel juist? Vóór de verstrekking van het krediet door de bank is het dekkingspercentage voor de bank op basis van een going concern 100% (60 actief tegenover 60 financiering) en dat aan de crediteuren ook (40 actief voor 40 schuld). Na de herstructurering is dit nog steeds zo (60 og A, 30 og B,

¹⁹ Zo wordt geabstraheerd van belangrijke, niet in de balans opgenomen, financiële verplichtingen althans er wordt vanuit gegaan dat deze er niet zijn (vgl. art. 2: 381 BW).

²⁰ Abendroth noemt dit een geval van schuldeisersvervanging in: de financiering van de onderneming, (2006), p. 59 e.v.

totaal 90 voor de bank, het restant van de opbrengst is 10 en dat gaat naar crediteuren, die derhalve ook volledig worden voldaan. Dat is anders indien het eigen vermogen ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling al negatief was. Immers, zonder het additionele krediet zou het uitkeringspercentage voor de concurrente crediteuren 40/50 zijn, terwijl met het additionele krediet er na aflossing van de totale vordering van de bank van 90 slechts 10 resteert voor de 20 aan crediteuren. Anders gezegd, het uitkeringspercentage voor de concurrente crediteuren daalt van 80% naar 50%.

16. Vergelijking van de bovenstaande balansen leert ons dus het volgende. Voor benadeling van de crediteuren *gemeten naar het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht* is tenminste vereist, dat er op dat moment sprake is van een negatief eigen vermogen. Immers, zo lang er nog eigen vermogen is (of althans het eigen vermogen niet negatief is), kunnen alle crediteuren (althans bij een going concern) worden voldaan en is er dus geen sprake van benadeling.
17. Overigens, hier doet zich nog een probleem voor met de wijze waarop de Hoge Raad met de problematiek van benadeling omgaat. Het is immers vaste rechtspraak dat er pas sprake van benadeling hoeft te zijn op het moment dat de curator de pauliana inroept of, als er in rechte over de vraag getwist wordt, op het moment dat over de benadeling in hoogste feitelijke instantie beslist wordt²¹. Zo blijkt uit het arrest Diepstraten/Gilhuis dat de vraag of er sprake is van benadeling op het tijdstip waarop de rechter over de vordering beslist, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zónder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk keren als die handeling onaangetast blijft. De rechter behoeft daarbij geen ambtshalve onderzoek in te stellen naar de vermogenschuivingen in de periode tussen het tijdstip van de (later vernietigde) rechtshandeling en het tijdstip waarop de benadeling aanwezig moet zijn²². Dus, indien de crediteuren die 10 te vorderen hebben er alsnog in slagen het faillissement uit te lokken, lijkt het erop dat de curator - ook indien ten tijde van het verstrekken van de financiering er nog wel eigen vermogen is, maar ten tijde van het behandelen van het hoger beroep niet meer (en, gelet op de boedelschulden zal dat vrijwel zeker het geval zijn) – kan volstaan met te stellen dat er sprake van benadeling was. Wij vinden dat deze door onder andere Wessels als “middellijke benadeling” aangeduide leer van de Hoge Raad²³ – zeker in een geval als het onderhavige - ongewenst. De benadeling is immers niet ontstaan door de het verstrekken van zekerheidsrechten aan de bank, maar door een samenstel van handelingen die daarna zijn verricht. Die handelingen zijn: de keuze van de debiteur om bepaalde achterstallige crediteuren selectief te betalen, het feit dat andere onbetaalde crediteuren het faillissement hebben uitgelokt, waarbij in dit faillissement bleek dat er een tekort was. Dat tekort was er voor het aanvragen van het faillissement, gemeten naar de going concernwaarde, niet. Het tekort is ontstaan doordat in het faillissement niet de going concern waardes maar slechts de lagere executiewaardes konden worden gerealiseerd en omdat in het faillissement boedelschulden zijn ontstaan. Anders gezegd: er is geen causaal verband tussen het verstrekken van het additionele krediet en de benadeling, laat staan dat er wetenschap van benadeling was.
18. In ieder geval is er in de situatie, dat er ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling nog geen sprake is van een negatief eigen vermogen, naar onze mening

²¹ Zie Faber in zijn epos over Verrekening, p. 326 met verwijzing naar de vaste rechtspraak.

²² HR 19 oktober 2001, JOR 2001/269 met noot Faber die de Hoge Raad ook in deze zin begrijpt.

²³ Wessels in Insolventierechtelijke incidenten (2009), p. 14

evenmin sprake van wetenschap van benadeling aan de zijde van de bank, zodat een eventueel beroep op de pauliana daar op zou moeten afstuiten²⁴. Of, om te spreken in de Van Doorne III termen: het faillissement noch het tekort daarin waren in redelijke mate voor de bank te voorzien. We roepen tenslotte nog in herinnering dat de Hoge Raad wetenschap van een kans op benadeling onvoldoende acht²⁵.

In de veronderstelling dat het nieuw krediet wordt volledig gebruikt voor achterstallig onderhoud van de panden, zullen wij eveneens onderzoeken of er sprake is van benadeling en/of wetenschap van benadeling. Deze veronderstelling leidt tot de volgende balansen.

BALANS VOOR NIEUW GELD				BALANS NA NIEUW GELD			
OG A	60	EV	-10	OG A	75	EV	-10
OG B	40	Bank	60	OG B	55	Bank	90
		Cred	50			Cred	50
totaal	100	totaal	100	totaal	130	totaal	130

19. We nemen aan dat het achterstallige onderhoud is uitgevoerd en dat de kostprijs (en daarmee de balanswaarde) van beide panden daardoor elk met 15 in waarde zijn gestegen en dat de bestaande crediteuren niet zijn voldaan. Is die waardeverhoging voldoende om het extra krediet volledig af te lossen, dan is er volgens ons geen sprake van benadeling²⁶. Daar komen dan eventueel huurinkomsten nog bij.
20. Een vergelijking tussen deze balansen voor het na het nieuwe geld leert het volgende. Het uitkeringspercentage aan crediteuren vóór het verstrekken van het nieuwe geld is de balanswaarde van OG B (40) gedeeld door de crediteuren (50) vermenigvuldigd met 100%. Derhalve 80%. Na verstrekking van het nieuwe geld bedraagt het uitkeringspercentage nog steeds 80%, te weten de balanswaarde van de panden (130) minus de totale bankschuld (90) gedeeld door crediteuren (50), dus $40/50 \cdot 100\% = 80\%$.
21. Op grond hiervan kan worden geconcludeerd dat de curator ook moet bewijzen dat het nieuwe geld niet gebruikt is om nieuwe activa te kopen. Zou dat immers wel zijn gebeurd, dan is er geen sprake van benadeling, omdat de uitkeringspercentage voor zowel de bank als de overige crediteuren gelijk blijft. Ook hier geldt, dat in elk geval niet voldaan is aan het wetenschapsvereiste.
22. Wij vragen tenslotte nog aandacht voor het volgende. Voor de vraag of er sprake is van benadeling moet een vergelijking worden gemaakt tussen de waardes die gerealiseerd hadden kunnen worden zonder het nieuw verstrekte krediet en de waardes die nu gerealiseerd zijn met het verstrekte nieuwe krediet. Het is – zeker in deze tijd – heel wel mogelijk, dat juist doordat er nog een kort uitstel van executie is verleend, de opbrengst van de activa in het faillissement zijn gestegen. We denken daarbij met name aan situaties waarbij de liquidatiewaardes tijdelijk zeer laag zijn en deze vervolgens weer stijgen. Indien deze waardeverhoging groter of gelijk is aan het extra krediet, kan er naar onze mening eveneens geen sprake van benadeling zijn, omdat ook dergelijke voordelen

²⁴ Wij gaan voorbij aan de gedachten van Van Eeghen die meent dat ieder onderneming tenminste een bepaald eigen vermogen moet hebben en dat rechtshandelingen al aantastbaar zouden moeten zijn indien het eigen vermogen nog wel positief is maar minder dan – wat hij noemt – “voldoende” solvabiliteit, zie L.J. van Eeghen, het schemergebied voor faillissement, p. 146.

²⁵ HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257 (Ontvanger / Pelicaan) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (Bakker/Katko)

²⁶ Ook Van Eeghen erkent dit in het schemergebied voor faillissement, p. 147

bij de beantwoording van de vraag of er sprake van benadeling was, moeten worden betrokken.

Conclusies

23. De pauliana is een nuttig instrument, maar het moet wel met beleid worden ingezet. Het mag in het bijzonder niet gebruikt (kunnen) worden als instrument om zogenaamde nuisance value te creëren en daarmee de bij een noodfinanciering betrokken financiers met de benefit of hindsight onder druk te zetten. In het kader van een beroep op de pauliana zal de curator moeten aantonen dat er door de rechtshandeling schuldeisers zijn benadeeld. In veel gevallen profiteren andere schuldeisers echter juist van het nieuwe geld en is er dus geen sprake van benadeling. Dit profijt zou bij het beoordelen van de vraag of er sprake is van benadeling in aanmerking moeten worden genomen. Daartoe dient de curator in gevallen waarin een bank nieuw krediet tegen nieuwe zekerheden heeft verstrekt naar onze mening in ieder geval te bewijzen dat:

- Het eigen vermogen van de onderneming ten tijde van het verstrekken van de additionele financiering door de bank (gemeten naar going concern waardes) reeds negatief was. Dit bewijs dienttenminste te worden geleverd om aan te tonen dat de bank wetenschap had van het feit dat een faillissement en een tekort daarin, en derhalve de benadeling, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten was;
- Het nieuwe geld niet is gebruikt voor het verwerven nieuwe activa waarop de nieuwe geldverstrekker een zekerheid kreeg;
- Het nieuwe geld er niet toe heeft geleid en er naar de redelijke verwachting van de verstrekker van het nieuwe geld ook niet toe kon leiden dat – gemeten naar de liquidatiewaardes – de overige crediteuren in een betere positie zijn komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest wanneer het nieuwe geld niet zou zijn verstrekt.