DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANKIER-KREDIETVERLENER IN HET NEDERLANDS RECHT(*)

door

B.H. CROON
Bedrijfsjurist

en

H.G. VAN EVERDINGEN
Advocaat

INLEIDING

Alhoewel de titel van dit pre-advies een ruimere interpretatie mogelijk maakt, zullen de auteurs zich beperken tot de aansprakelijkheid van de bankier. Aansprakelijkheid van andere kredietverschaffers zoals leveranciers wordt buiten beschouwing gelaten.

Gedurende de laatste twintig jaar is de verhouding bank en kredietnemer wezenlijk gewijzigd.

Was het in het verleden in de regel nog zo dat bedrijven, al dan niet in een vennootschap ondergebracht, beschikten over een solide eigen vermogen en desgewenst in staat waren dit vermogen te vergroten door het aantrekken van risicodragend kapitaal of door het vormen van reserves uit ingehouden winst, tegenwoordig liggen deze verhoudingen anders.

Met name ten gevolge van de snelle technologische ontwikkelingen hebben ondernemers zich gedwongen gezien te investeren in zeer dure kapitaalgoederen, welke niet uit het eigen vermogen konden worden gefinancierd en die bovendien niet zelden snel verouderd waren.

Tevens ontwikkelde zich in de jaren zestig en zeventig een grote expansiedrift welke meer in het bijzonder gepaard ging met een ware fusiekoorts.

Een groeiende behoefte aan bankkrediet is hiervan het gevolg geweest.

Banken op hun beurt zagen zich genoodzaakt voor de te verstrekken kredietfaciliteiten vergaande zekerheden te vragen, met name op de aan te schaffen goederen, aangezien de desbetreffende ondernemingen ten gevolge van de gepleegde investeringen aanzienlijk kwetsbaarder waren geworden.

(*) Het eerste hoofdstuk is van de hand van Croon terwijl Van Everdingen het tweede schreef. Beide schrijvers hebben het stuk op persoonlijke titel geschreven. Beiden onderschrijven evenwel de strekking van het pré-advies als geheel.

Kon een onderneming in het verleden een bepaalde tegenslag — een belangrijke debiteur die failliet gaat, een project waarin reeds het nodige is geïnvesteerd gaat niet door — op grond van haar eigen solvabiliteit nog wel opvangen, tegenwoordig zijn er nog nauwelijks ondernemingen die op een dergelijke sovabiliteit kunnen bogen; het actief is verbonden aan de bankier en aan leveranciers.

Alhoewel het onmiskenbaar zo is dat de gemiddelde solvabiliteit en kwaliteit van de Nederlandse ondernemingen thans veel beter is dan zo'n vijf jaar geleden, hebben genoemde factoren tot gevolg gehad dat er een grote afhankelijkheid is ontstaan van de onderneming van de haar ter beschikking gestelde kredietfaciliteiten.

Anderzijds is het evenzeer zo dat kredietverlening voor een bank tegenwoordig met veel grotere risico's gepaard gaat.

Kredietverlenen is gebaseerd op vertrouwen, vertrouwen in de markt waarbinnen de onderneming opereert, vertrouwen in de opzet van de onderneming en vertrouwen in de vakbekwaamheid en continuiteit van de leiding.

Het spreekt vanzelf dat de bank bij een kredietaanvraag zal onderzoeken of kredietverlening verantwoord is of niet. Bij het aangaan van de kredietovereenkomst bedingt zij dat de kredietnemer al zijn geldverkeer via de bank zal leiden, zijn jaarstukken zal overleggen en de bank ook anderzins zal informeren met betrekking tot zijn financiële positie en bedrijfsresultaten welke voor de bank een verantwoord kredietbeheer nodig zijn. Tussen bank en ondernemer zal geregeld contact bestaan.

Een en ander neemt niet weg dat de ondernemer de ter beschikking gestelde middelen naar eigen inzicht zal besteden. Niet de bank maar hij runt het bedrijf.

Daarbij komt dat, alhoewel zij regelmatig wordt geïnformeerd, de bank niet altijd de specifieke kennis en het specifieke inzicht heeft om aan de hand van de ter beschikking gestelde gegevens te kunnen beoordelen hoe de positie van het bedrijf exact is. Dit klemt te meer waar het kredietverschaffing betreft aan concerns waarbij dikwijls op grond van de consolideerde balans slechts inzage in het totale bedrijfsresultaat is te krijgen, of aan ondernemingen die belangrijke projecten in het buitenland hebben lopen.

Het bovenstaande heeft de bedoeling te betogen dat bij overeenkomsten van kredietverlening zowel de bank als de kredietnemer van elkaars kennis en vertrouwen afhankelijk zijn en daardoor met name de goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst een belangrijke rol speelt.

Hierna zal worden ingegaan op de vraag wat daarbij de aansprakelijkheid kan zijn van de bank.
Tot deze aansprakelijkheid willen de pre-adviseurs zich beperken. Aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van onjuiste adviezen, van het niet of onjuist uitvoeren van betalingsopdrachten, van het verkeerd manouvreren met documenten e.d. wordt, als meer betrekking hebbend op algemene bankdiensten en niet specifiek op kredietverlening, buiten beschouwing gelaten.
Hier staat echter tegenover dat aan een aantal aspecten, welke wellicht niet direct op de aansprakelijkheid van de kredietverlener betrekking hebben, wel aandacht wordt besteed aangezien dit voor het verkrijgen van een zo compleet mogelijk beeld noodzakelijk werd geacht.

Hoofdstuk I

AANSPRAKELIJKHEID BINNEN CONTRACTUELE VERHOUDINGEN

A. Aansprakelijkheid bankier jegens de kredietnemer

Krachtens artikel 1374 lid 3 B.W. dienen overeenkomsten te goeder trouw ten uitvoer te worden gebracht.
Bij het aangaan van de kredietovereenkomst kunnen door de bank uiteenlopende voorwaarden worden gesteld. In de eerste plaats zullen in de regel zekerheden worden bedongen, zowel zakelijke (hypotheek, pand, fiduciaire eigendomsoverdracht) als persoonlijke, (hoofdelijke aansprakelijkheid, borgstelling).
Tevens kunnen nog allerlei aanvullende voorwaarden worden gesteld zoals de verplichting tot overleggen van de nieuwe jaarstukken, de instandhouding van het aansprakelijk vermogen op een bepaald niveau, de voorwaarde dat bepaalde reeds bestaande vorderingen worden achtergesteld, de verplichting de ter krediet verstrekte gelden niet voor andere doeleinden aan te wenden dan afgesproken, de toezegging dat geen persoonlijke wijziging zal optreden binnen de leiding van de onderneming etc.
Tenslotte zullen altijd de Algemene Voorwaarden van toepassing zijn. Een der belangrijkste artikelen van de Algemene Voorwaarden is artikel 25 dat als volgt luidt:

„De cliënt is gehouden op eerste aanvraag van de bank in de door haar gewenste vorm en omvang zekerheid te stellen of gestelde zekerheden aan te vullen.

Indien door de cliënt aan deze aanvraag geen gevolg wordt gegeven alsmede indien de cliënt in enig ander opzicht niet aan zijn verplichtingen jegens de bank, uit welken hoofde ook, voldoet is al hetgeen hij aan de bank verschuldigd is onmiddellijk opeisbaar en is de bank gerechtigd naar haar keuze alle zekerheden of een gedeelte daarvan zonder voorafgaande sommatie of ingebrekestelling te realiseren op het tijdstip en op de wijze, die haar wenselijk voorkomt, teneinde uit de opbrengst het aan de bank volgens haar boeken verschuldigde met rente en kosten te verhalen".

Het is met name in geval dat de bank van de aldus door haar bedongen rechten of voorwaarden gebruik wil maken dat de vraag of zij dit te goeder trouw mag doen aan de orde kan komen.

In een in 1926 opgemaakte akte van hypothecaire geldlening had de N.V. de Stedelijke Hypotheekbank het beding opgenomen dat de hoofdsom met rente, boete en kosten ineens opeisbaar zouden worden o.a. in geval van verandering in de directie van de geldlener.

Toen dit geval zich metterdaad voordeed eiste de bank conform het overeengekomen beding op en dreigde tot executie over te gaan. De geldnemer stelde dat dit in strijd met de goede trouw was. Het Hof te 's-Gravenhage(1) overwoog dienaangaande:

„al moge dit beding ten doel hebben den geldschieter te vrijwaren tegen een verandering in de directie, die hem niet genegen is, dit neemt niet weg, dat de geldschieter op grond van bedoeld, algemeen luidend beding, zonder opgave van redenen, nakoming van het bedongene kan eischen, derhalve ook indien de nieuwe directeur niet minder solvabel of honorabel is en daardoor het risico voor den geldschieter niet vergroot is; ook ligt in het beding niets ongeoorloofds of onzedelijks, dat alsdan de geldschieter een extra-voordeel geniet i.v.m. de vervroegde aflossing; ook van onbehoorlijke toepassinf d.i. in strijd met de billijkheid en de goede trouw, is geen sprake, al stelde de geldschieter eerst voor om de geldleening te doen doorlopen tegen betaling van (slechts) 1% extra vergoeding, te minder nu de geldleener dit voorstel weigerde".

Het valt ernstig te betwijfelen of een Nederlandse rechter thans nog tot een dergelijke uitspraak zou komen mede gezien de hierna te behandelen uitspraak inzake Valstar/Rabo Bank.

Meer in het bijzonder kan de vraag omtrent de werking van de goede trouw een rol spelen in die gevallen waarbij de bank met een beroep op artikel 25 A.V. (aanvullende) zekerheden vraagt.

Een dergelijk geval deed zich voor in de casus die ten grondslag ligt aan het arrest van de Hoge Raad van 10 augustus 1983(2).

Voor zover relevant bestond de casus hierin dat de betrokken bank een beroep deed op de verplichting tot cessie van het totaal der uitstaande vorderingen van de kredietnemer ad *f* 204.000,– voor een

(1) Hof 's-Gravenhage, 11 februari 1929, *N.J.*, 1929, p. 950.

(2) Hoge Raad, 10 augustus 1983, *N.J.*, 1984, 61.

na kredietopzegging nog uitstaande vordering van *f* 34.166,38 alsmede voor een vordering van *f* 320.000,– op een derde waarvoor de kredietnemer aansprakelijk was, maar welke vordering gemotiveerd werd betwist.

Het hof te 's-Gravenhage had dienaangaande overwogen:

„Naar 's Hofs voorlopig oordeel verzet de goede trouw zich ertegen dat nu NMB nimmer zekerheidsoverdracht van debiteuren aan Kleij B.V. gevraagd heeft bij een veel grotere schuldverhouding, zij dit thans zou doen voor voormeld bedrag van *f* 34.166, 38. Het Hof houdt hierbij mede rekening met het feit dat de gevorderde zekerheidsoverdracht blijkens het vorenstaande betrekking heeft op een debiteurenbestand van ruim *f* 200.000,–, waarover vrije beschikking voor Kleij B.V. wenselijk kan zijn bij het zoeken van een nieuwe bankier nu NMB haar relatie met Kleij B.V. heeft opgezegd. Zekerheidsoverdracht met betrekking tot de onder 8 bedoelde vordering van *f* 320.000,– wijst het Hof eveneens af als in strijd met de goede trouw zolang deze vordering niet in rechte is vastgesteld".

In cassatie constateert de Hoge Raad dat dit oordeel zozeer is verweven met de waardering van de omstandigheden van het geval dat het in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst.

Waarom een bank voor een bepaalde vordering geen zekerheid meer zou mogen vragen als zij dat in het verleden voor hogere vorderingen niet heeft gedaan is niet duidelijk. Dit oordeel komt mij als zodanig ook onjuist voor. Het vragen van zekerheid behoeft immers niet (alleen) gebaseerd te zijn op de hoogte van de uitstaande vordering, maar eerder op de verwachting dat de vordering, gezien de positie van het bedrijf op dat moment, niet kan worden terugbetaald. Ook andere omstandigheden kunnen aanleiding geven zekerheid te vragen zoals bedreiging van de continuiteit van de onderneming bijvoorbeeld ten gevolge van verschillen van inzicht binnen de leiding.

De aanvullende argumenten, namelijk de omstandigheid dat het totaal van de te cederen debiteuren veel hoger is dan de uitstaande schuld alsmede het feit dat het krediet was beëindigd en de desbetreffende vennootschap bij het zoeken naar een andere bank er belang bij had over haar vorderingen te kunnen beschikken lijken mij weinig steekhoudend. De bank zal zich op de haar overgedragen zekerheden nooit voor meer kunnen verhalen dan het bedrag dat de kredietnemer verschuldigd is. De ervaring heeft geleerd dat de waarde van zekerheden altijd buitengewoon moeilijk te bepalen is; met name is dit het geval bij overgedragen vorderingen waarbij de debiteur nogaleens een beroep doet op compensatie of op het ondeugdelijk presteren van zijn tegenpartij op grond waarvan van hem geen betaling verlangd kan worden.

Dit in aanmerking genomen lijkt het mij niet in strijd met de goede

trouw wanneer een bank de door haar verlangde zekerheden wenst te krijgen, ook al zouden zij op papier meer waard zijn dan het bedrag van de uitstaande vordering. Ten eerste blijkt eerst wat de zekerheid waard is bij uitwinning. Ten tweede kan de bank zich niet op meer verhalen dan het bedrag van haar vordering.

Anders oordeelde de President van de Rechtbank te Middelburg(3) in een geval waarbij de bank wel haar rekening-courant krediet maar niet de langlopende leningen had opgezegd. Nadat de rekening-courant schuld was voldaan bleef de bank door gaan met het uitwinnen van haar zekerheden ten einde de opbrengst ervan in mindering te brengen van de niet opgezegde leningen. De President veroordeelde de bank:

„a. te retrocederen aan Belco alle door haar aan de Bank bij cessie-overeenkomst met daarbij behorende cessielijsten gecedeerde vorderingen; b. schriftelijk aan Belco mee te delen dat de haar (de Bank) in eigendom tot zekerheid overgedragen bedrijfsinventaris en goederenvoorraad wederom in eigendom zijn overgedragen; c. het positieve saldo van de door Belco bij de bank aangehouden rekening incl. de door de bank inmiddels eigenmachtig gedane overboeking naar de lening van Belco onder hypothecair verband, ter volledige en vrije beschikking van Belco; d. zich te onthouden van het plegen van overboekingen uit het door Belco bij haar aangehouden rekening-courantsaldo naar de geldlening onder hypothecair verband".

F. Molenaar behandelt deze uitspraak in *T.V.V.S.*(4) en voorziet haar van volgend kritisch commentaar:

„Zie ik het goed, dan ontneemt de President aan de bank al haar zekerheden, behalve de hypotheek. Een dergelijk ingrijpen in der partijen rechtsverhoudingen lijkt mij niet aanvaardbaar en ook niet nodig om het beoogde doel te bereiken. De President had zich kunnen beperken tot een veroordeling van de bank om zich te onthouden van realisatie der zekerheden, zolang de cliënt zijn verplichtingen nakwam".

Bij deze kritiek sluit ik mij geheel aan.

Tegen deze uitspraak werd overigens hoger beroep aangetekend.

Het argument dat de vennootschap bij het zoeken naar een andere bank er belang bij heeft over de desbetreffende zekerheden te beschikken lijkt evenmin overtuigend. De enkele omstandigheid dat vermogensbestanddelen aan een bank zijn verbonden behoeft de mogelijkheid de kredietbehoefte bij een andere bank onder te brengen geenszins uit te sluiten. De nieuwe bank zal de kredietbehoefte en de solvabiliteit en rentabiliteit van haar potentiële client bekijken. Een element hierbij zal zijn de schuld die aan de bestaande bankrela-

(3) President Rb. Middelburg, 15 juni 1983, *Kort Geding*, 1983, 214.

(4) MOLENAAR, F., *T.V.V.S.*, 1984, nr. 84/10, 256 en 257.

tie zal moeten worden voldaan. De vraag of hiervoor zekerheid is gegeven is daarbij niet zo van belang. Immers vaststaat dat deze bankschuld voldaan moet worden en eveneens staat vast dat bij voldoening de verbonden zekerheden zullen komen vrij te vallen.

Tenslotte speelt naar het inzicht van het Hof nog een rol dat het krediet beëindigd was. Artikel 26 van de Algemene Voorwaarden stelt echter dat na beëindiging van de relatie, tijdens de afwikkeling, de Algemene Voorwaarden van kracht blijven.

In hun advies aan de bewindvoerders van Ogem merkten Beekhuis en Polak(5) op:

„Het zal nu duidelijk zijn, dat een bank niet zonder enige gegronde reden op deze bepaling (art. 25 bankvoorwaarden) een beroep mag doen: de financiële toestand van de client zal daartoe aanleiding moeten geven en bovendien zal de gevorderde zekerheid wat omvang betreft dienen te passen bij wat de bank te vorderen heeft of zal hebben en van de verdere financiële situatie, waarin de client zich bevindt. Dit alles is een gevolg van de omstandigheid dat iedere overeenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd".

Naar het mij voorkomt is het de strekking van artikel 25 A.V. de bank de mogelijkheid te geven, indien zij gedurende de kredietovereenkomst bemerkt dat de situatie bij de kredietnemer zodanig verslechterd is dat de continuering van het krediet, al dan niet op hetzelfde niveau, zonder dat (aanvullende) zekerheid wordt verstrekt voor haar niet langer verantwoord is, deze zekerheid ook te kunnen vragen, zonder bedreigd te worden met een actio Pauliana.

Ik wil daarbij niet ontkennen dat het moment waarop de zekerheid wordt gevraagd een rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag of zulks nog in overeenstemming met de goede trouw is.

Vraagt een bank, op een moment waarop zij nog wel de intentie heeft de faciliteiten te continueren, maar waarop de omstandigheden zodanig zijn dat het haars inziens voor haar eigen bedrijfsuitoefening onverantwoord zou zijn krediet te blijven verstrekken zonder zekerheid, deze zekerheid en weigert de client dit dan zou ik menen dat, indien kredietbeëindiging daarop volgt de gehoudenheid dit te doen voor de cliënt op grond van artikel 26 AV is blijven bestaan.

Het achteraf, als in wezen de beslissing het krediet te beëindigen al is genomen, alsnog vragen van zekerheid welke aanvankelijk niet nodig werd geacht, zou wel in strijd met de strekking van artikelen 25 en 26 kunnen zijn.

(5) BEEKHUIS, J.H. en POLAK, N.J., „Advies aan bewindvoerders Ogem", 8 maart 1982, 11-14. (niet gepubliceerd).

Opzegging van het krediet wordt eveneens gezien als een daad van uitvoering van de overeenkomst waarop artikel 1374 lid 3 B.W. van toepassing is(6).

In de regel zal door de bank bedongen zijn, dat het rekening-courant krediet dagelijks opzegbaar is. Onder bepaalde omstandigheden nu zou het in strijd met de goede trouw geoordeeld kunnen worden wanneer de bank van dit recht van dagelijkse opzegbaarheid gebruik maakt. Met name wordt dan gedacht aan het geval waarbij de bank voldoende zakelijke dekking heeft voor het uitstaande krediet, terwijl de relatie tengevolge van de opzegging onherstelbare schade lijdt, bijvoorbeeld doordat haar een reële mogelijkheid tot herstel wordt ontnomen. Het laatste zou het geval kunnen zijn wanneer een saneringsplan niet meer kan worden uitgevoerd of wanneer een belangrijke order dan wel steun van de overheid wordt misgelopen.

De strijd met de goede trouw ligt niet zo zeer in het feit dat het krediet wordt opgezegd alswel in de termijn waarop dit gebeurt. Wordt een redelijke opzegtermijn in acht genomen waarbinnen de relatie theoretisch in staat moet worden geacht bij een andere bank een vervangende financiering te krijgen, dan kan van handelen in strijd met de goede trouw geen sprake zijn.

Redenen het krediet met onmiddellijke ingang op te zeggen zijn meestal gebrek aan vertrouwen in het management zowel wat capaciteit betreft als wat betreft moraliteit. Zou de bank in een dergelijk geval het krediet opzeggen op een termijn van bijvoorbeeld twee weken dan neemt zij het grote risico dat haar positie in die periode verslechtert en de haar gecedeerde vorderingen niet op de rekening bij haar instelling worden voldaan. In dit verband zou het leggen van conservatoir beslag wellicht uitkomst kunnen bieden, of dit middel onder alle omstandigheden probaat is, is echter niet zeker. Tevens kan een reden zijn dat uit tot dan toe onbekend gebleven gegevens is gebleken dat het bedrijf er hopeloos voorstaat.

In de meeste gevallen waarbij het krediet met onmiddellijke ingang wordt opgezegd zullen er onaanvaardbare risico's voor de bank ontstaan indien een bepaalde termijn zou worden gesteld.

De kortgeding uitspraak van de President van de rechtbank te Den Haag inzake Rabo/Valstar(7) betrof een geval waarbij metterdaad sprake was van strijd met de goede trouw.

---

(6) ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht* 4-II, 6e druk, 1982, 251; HOFMANN, L.C., *Het Nederlandse verbintenissenrecht*, deel I, 2e gedeelte, 9e druk, 1977, 249.

(7) President, Rb. 's-Gravenhage, 7 december 1983, *Kort Geding*, 1984, 27.

Een bank had verschillende kredietfaciliteiten tot een totaal bedrag van *f* 1.000.000,– ter beschikking gesteld onder een aantal voorwaarden, waaronder een niet-investeringsverklaring. De kredietnemer voldeed correct aan haar financiële verplichtingen. Wel had het bedrijf in strijd met de niet-investeringsverklaring voor een bedrag van *f* 100.000,– in Spanje geïnvesteerd. Tevens waren drie gekwalificeerde personeelsleden vertrokken, hetgeen de bank deed twijfelen aan het voortbestaan van de onderneming.

Van belang zijn de overwegingen:

„In een contractuele relatie zoals tussen eiseres en gedaagde, waarbij het voeren van het bedrijf volstrekt afhankelijk is van de door de bank ter beschikking gestelde financiële middelen, brengt de onderling in acht te nemen goede trouw mee dat die middelen slechts zonder inachtneming van een ruime opzegtermijn mogen worden onttrokken als daarvoor zeer zwaarwegende redenen bestaan. Dit klemt te meer bij het bestaan van zo'n lange relatie als in dit geval, waarin de kredietnemer steeds aan zijn financiële verplichting heeft voldaan. Zulke zwaarwegende redenen ontbreken hier te enen male".

„Wat betreft het opnemen van *f* 100.000,– voor investering in Spanje: daarmee heeft eiseres inderdaad gehandeld in strijd met wat tussen partijen overeengekomen was en kennelijk welbewust, want gedaagde had haar toestemming voor die investering uitdrukkelijk geweigerd. Hierdoor wordt het optreden van gedaagde echter nog geenszins gerechtvaardigd. In de eerste plaats is hier sprake van een niet zo erg grote overtreding. De omvang van de overtreding moet immers worden gezien tegen de omvang van de zaken van eiseres, ...".

„De conclusie moet zijn dat gedaagde de vereiste goede trouw tegenover eiseres niet in acht genomen heeft en aldus onrechtmatig tegenover haar heeft gehandeld".

Er dient dus sprake te zijn van zwaarwichtige redenen enerzijds terwijl anderzijds nog een rol kunnen spelen de duur van de kredietverhouding en de wijze waarop de relatie in het verleden haar verplichtingen is nagekomen (betrouwbaarheid). Er van uitgaande dat de betrouwbaarheid van relatie niet in het geding is zou de enige grond het krediet met onmiddellijke ingang te beëindigen in feite zijn de omstandigheid dat het bedrijf geen overlevingskansen meer heeft. Deze constatering is in eerste instantie echter altijd een subjectieve taxatie.

Een bank moet in principe zelf kunnen bepalen welke risico's zij nog wel en welke zij niet meer wenst te nemen. De kredietopzegging mag, zwaarwichtige redenen daargelaten, echter niet op zodanige manier geschieden dat de kredietnemer daardoor, de belangen van beide partijen in overweging nemend, in onevenredige mate wordt geschaad.

Een ander kortgedinguitspraak in het kader van kredietopzegging die de nodige bekendheid heeft gekregen is die in zake de Leidsche

Wolspinnerij N.V. van 20 april 1984(8). Hierbij speelde de vraag of de bank zich bij de kredietopzegging wel gebaseerd had op de juiste gegevens.

Dienaangaande oordeelde de President, het ,,onaanvaardbaar het voortbestaan van eiseress's onderneming afhankelijk te stellen van een wellicht foutief taxatierapport''.

Het is aannemelijk dat banken naar aanleiding van de meer expansieve werking welke in de jurisprudentie aan de goede trouw wordt gegeven en mede gezien hun aansprakelijkheid, zoals in hoofdstuk II behandeld, zich genoodzaakt zullen zien een minder coulant en restrictiever kredietbeleid te voeren, waarvan het maar de vraag is of zulks profijtelijk is voor de kredietnemer in het algemeen.

Een bedrijf dat zich in moeilijkheden bevindt heeft in de regel liquiditeitsproblemen. Indien de bank strikt de hand houdt aan overeengekomen dekkingsregels en limieten zal een bedrijf daardoor gedwongen worden surseance of faillissement aan te vragen, waarbij in feite het zelfde resultaat bereikt wordt als bij kredietopzegging.

B. Aanspakelijkheid bij borgtocht, garantie en hoofdelijke aansprakelijkheid

Niet alleen in de relatie bank/kredietnemer kan de goede trouw een rol spelen, maar eveneens in de relatie welke door anderen in het kader van de kredietverlening met de bank is aangegaan.

Borgtocht

In de artikelen welke de overeenkomst van borgtocht regelen, artikelen 1857 t/m 1887 B.W., wordt één geval expliciet genoemd waarbij de borg zich op grond van de handelwijze van de schuldeiser van zijn verplichtingen ontslagen kan achten, te weten in artikel 1885 dat luidt:

,,De borg is ontslagen, wanneer hij door toedoen van de schuldeiser niet meer treden kan in de regten, hypotheken en voorregten van dien schuldeiser''.

In de rechtspraak hebben zich evenwel op grond van artikel 1374 B.W. nadere kriteria ontwikkeld ten aanzien van de goede trouw welke de schuldeiser jegens de borg in acht behoort te nemen.

Dat de artikelen 1374 en 1375 op de borgtochtovereenkomst van

(8) President Rb.Amsterdam, 20 april 1984, niet gepubliceerd, wel behandeld door Molenaar in *T.V.V.S.*, 1984, nr. 84/110, p. 256.

toepassing zijn blijkt uit een arrest van de Hoge Raad van 1941(9). De marge werd kennelijk niet al te ruim geacht, het ging in casu om de aansprakelijkheid van borgen jegens de schuldeiser van een filiaalhouder, aangezien de Hoge Raad overwoog dat het feit dat de schuldeiser op

„onverantwoordelijk nonchalante wijze controle heeft uitgeoefend, zonder meer niet meebrengt dat naar billijkheid voor de borgen geen aansprakelijkheid jegens den patroon ware aan te nemen...".

In zijn arrest van 13 maart 1964(10) wordt door de Hoge Raad een algemener criterium gegeven.

Een borg werd aangesproken aangezien de hoofdschuldenaren niet aan hun verplichtingen uit een huurkoopovereenkomst betreffende een Mercedes-truck met driezijdige Bavo-Kipper hadden voldaan. In de procedure werd door de borg aangevoerd dat de schuldeiser hem had behoren te waarschuwen toen de kopers in gebreke bleven opdat hij zelf de door hem nodig geachte maatregelen had kunnen nemen. Het Hof meende dat de goede trouw een dergelijke verplichting niet met zich bracht. De Hoge Raad overwoog dienaangaande: „dat het Hof zijn beslissing dat de bij de uitvoering van de overeenkomst van borgtocht in acht te nemen goede trouw de Auto Financier niet verplichtte Los te waarschuwen, toen de huurkopers in gebreke waren en toen de Auto Financier zich voornam om deswege op grond van het huurkoopcontract de vrachtwagen terug te nemen, niet heeft doen steunen op de bijzonderheden van het onderhavige geval, en dus blijkbaar heeft geoordeeld, dat een dergelijke verplichting bij overeenkomsten van borgtocht niet kan worden aangenomen;

dat zulks echter in zijn algemeenheid onjuist is, daar zich omstandigheden kunnen voordoen, — bijvoorbeeld: dat de borg een ook voor den schuldeiser kenbaar groot belang heeft bij een waarschuwing als hierboven bedoeld, — waarin de bij de uitvoering van overeenkomsten in acht te nemen goede trouw den schuldeiser tot het doen van een dergelijke waarschuwing verplicht;"

In de zelfde zin ook Hof te 's-Gravenhage in een uitspraak van 20 september 1984(11).

Ook voor wat betreft de rol van de goede trouw in de relatie bank en borg bestaat rechtspraak.

Een borg verweet de bank dat zij hem van het feit, dat zij ondanks

(9) Hoge Raad, 16 januari 1941, *N.J.*, 1941, 508.

(10) Hoge Raad, 13 maart 1964, *N.J.*, 1964, 188.

(11) Hof 's-Gravenhage, 20 september 1984, *N.J.*, 1985, 887.

verslechterende financiële omstandigheden tot driemaal toe had besloten het krediet te verlengen, niet op de hoogte had gesteld en hem daarmee de mogelijkheid had ontnomen door opzegging van de borgtocht zijn risico te worden aangesproken te beperken. De Hoge Raad overweegt dienaangaande in zijn arrest van 11 januari 1974:(12)

„De vraag of de goede trouw waarmede de overeenkomst van borgtocht moet worden uitgevoerd, medebrengt dat de Bank verplicht is de borg te waarschuwen, hangt af van de omstandigheden van het geval. Ervan uitgaande dat de Bank zolang zij mocht aannemen dat het crediet voldoende gedekt was door andere zekerheden ook mocht aannemen dat eiser als borg niet aangesproken zou behoeven te worden, heeft het Hof zonder schending van enige rechtsregel kunnen oordelen dat — zolang — op de Bank geen waarschuwingsplicht jegens eiser rustte".

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de borg ten gevolge van handelingen van de crediteur niet met een groter risico mag worden geconfronteerd dan hetwelk hij bij het aangaan van de borgtocht heeft willen nemen. In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank te Breda 15 november 1977(13), die de borg uit zijn verplichtingen jegens een financieringmaatschappij ontslagen achtte, aangezien deze maatschappij had nagelaten voor een deugdelijke verzekering van het gefinancierde object zorg te dragen.

In strijd met de goede trouw werd door het Hof te Arnhem eveneens geoordeeld het geval waarbij de bank zich een aanzienlijke vordering op de dubieuze hoofdschuldenaar had laten cederen, waarvoor geen zekerheid bestond, en de borg voor de betaling van deze vordering eveneens aansprakelijk hield(14).

Andere uitspraken die aangeven dat de goede trouw met zich mee brengt dat de borg ten gevolge van handelen of nalaten van de crediteuren niet in een nadelige positie mag worden gebracht zijn de arresten van de Hoge Raad de dato 7 mei 1982(15) en van het Hof te 's-Hertogenbosch de dato 16 november 1983(16).

Ook op andere wijze dan met een beroep op strijd met de goede trouw is wel gepoogd van de verplichtingen uit de borgtocht ontslagen te worden.

In het onderhavige geval verweet de borg de kredietverlenende bank wanprestatie jegens hem te hebben gepleegd door de kredietlimiet te

(12) Hoge Raad, 11 januari 1974, *N.J.*, 1974, 179.
(13) Rb. Breda, 15 november 1977, *N.J.*, 1978, 634.
(14) Hof Arnhem, 26 januari 1982, *N.J.*, 1983, 107.
(15) Hoge Raad, 7 mei 1982, *N.J.*, 1983, 493.
(16) Hof 's-Hertogenbosch, 16 november 1983, *N.J.*, 1984, 452.

laten overschrijden en ingebreke te zijn gebleven met het vragen van genoegzame zekerheid. Op grond van artikelen 1885 en 1302 B.W. vorderde de borg de ontbinding van de borgtocht overeenkomst.

De Hoge Raad overwoog in zijn arrest van 18 januari 1980(17): ,,Zoals artikel 1885, ook in geval de borg door die handelingen nadeel heeft geleden, geen ruimte laat voor een vordering tot ontbinding van de overeenkomst, zo moet ook worden aangenomen dat bij tekortkomingen van de schuldeiser als hier zijn gesteld, de borg slechts van zijn verplichtingen uit de borgtocht ontslagen is, voor zover hij door die tekortkomingen nadeel heeft ondervonden, en dat hij niet door ontbinding te vorderen in verdergaande mate kan worden bevrijd. Uit het bovenstaande volgt dat indien door de wanprestatie van de schuldeiser, waarop de borg zich te zijner bevrijding beroept, geen schade voor de borg is ontstaan, op die wanprestatie geen vordering tot ontbinding, als door Wijsmuller ingesteld, kan worden gegrond''.

Een beroep op de goede trouw, zou m.i., op de zelfde gronden eveneens zijn afgewezen.

Concluderend kan worden gesteld dat de crediteur, afhankelijk van de omstandigheden van ieder afzonderlijk geval, de gehoudenheid heeft de borg omtrent bepaalde ontwikkelingen binnen de kredietovereenkomst op de hoogte te brengen, opdat deze in staat is zijn risico te beperken, althans te voorkomen dat hij in een nadelige positie raakt.

Daarnaast is het m.i. zo dat de zorgvuldigheid van de bank zwaarder weegt naar gelang de betrokkenheid van de borg bij de kredietovereenkomst geringer is. De zorgvuldigheid ten aanzien van een oude tante die zich uit welwillendheid voor haar neefje borg heeft gesteld lijkt mij een andere te moeten zijn dan ten aanzien van een bedrijf dat zich uit zakelijke motieven voor een andere onderneming aansprakelijk stelt. Hoe dichter de verwevenheid van de belangen van de borg en de kredietnemer is, des te meer inzicht zal eerst genoemde in de regel hebben in het reilen en zeilen binnen het bedrijf van de kredietnemer en des te meer zal hij in staat zijn reeds in een vroeg stadium zijn belangen te behartigen. Hiermee wil niet gezegd zijn dat de gebondenheid van de tante aan de borgtochtverplichting als zodanig een andere zou zijn dan die van een zakelijke borg, maar alleen dat op de bank de zorg rust tante, die verder geheel buiten de bedrijfsuitvoering binnen de onderneming van haar neef zal staan en

(17) Hoge Raad, 18 januari 1980, *N.J.*, 1980, 229.

waarschijnlijk ook niet de capaciteit heeft een en ander te volgen, van extra risico's die in de kredietrelatie worden aangegaan op de hoogte te stellen.

Garantie

Het komt mij voor dat ook bij de garantie-overeenkomst zoals bedoeld in artikel 1352 B.W., de overeenkomst derhalve waarbij iemand zich voor een derde sterk maakt, de goede trouw de zelfde werking dient te hebben als bij borgtocht.

Indien de crediteur zelf omstandigheden in het leven roept die de bedongen prestatie geheel of gedeeltelijk onmogelijk maken, lijkt het in strijd met de goede trouw indien de crediteur de garant vervolgens zou kunnen aanspreken.

Anders ligt dat bij de afroepgarantie, waarbij de garant een geheel eigen, van de hoofdverbintenis geabstraheerde verplichting op zich neemt; hierbij valt met name te denken aan de abstracte bankgarantie.

Het zal zich hier minder snel voordoen dat de crediteur in strijd met de goede trouw handelt door de garantie aan te spreken. Een dergelijke afroep garantie dient in het maatschappelijk verkeer namelijk ter vervanging van een door de debiteur onder de crediteur gestorte waarborgsom, en beoogt derhalve de crediteur de positie ,,eerst betalen, dan praten'' te verschaffen.

In een kort geding werd door de begunstigde uit een garantie opheffing van het derdenbeslag gevorderd dat de opdrachtgever onder de garanderende bank had gelegd. De opdrachtgever (Raalter) had dit gedaan aangezien zij van oordeel was dat de begunstigde (Surf-Jet) jegens haar wanprestatie had gepleegd, namelijk door haar niet de overeengekomen exclusiviteit voor de verkoop van surf-planken in een aantal landen te hebben gegeven, ten gevolge waarvan Raalter van haar kant niet in staat was geweest het gegarandeerde aantal surf-planken af te nemen.

De President(18) overwoog ten aanzien van de goede trouw tussen begunstigde en opdrachtgever:

,,Het zich in die door Surf-Jet zelf gecreëerde situatie beroepen op de bankgarantie acht ik dermate in strijd met de tussen pp in acht te nemen goede trouw dat in dit geval niet gezegd kan worden dat Raalter ten onrechte beslag heeft gelegd op het ingevolge de bankgarantie aan Surf-Jet uit te keren bedrag''.

(18) President Rb. Zwolle, 26 november 1982, *Kort Geding*, 1982, 220.

Eenzelfde criterium zou kunnen gelden ten aanzien van de goede trouw in de relatie begunstigde/bank.

In die richting wijst ook een kort geding uitspraak van 1984(19) waarin door de President werd overwogen:

„2. een bankgarantie dient voor de daarbij betrokken pp, zekerheid te verschaffen, dat de betalingen, welke gegarandeerd worden, ook inderdaad worden gedaan. De bankgarantie wordt terecht 'the lifeblood of international trade' genoemd en niet dan in zeer bijzondere omstandigheden mag de bank de betaling opschorten of weigeren.

3. Deze zeer bijzondere omstandigheden kunnen aanwezig zijn, indien de bank op eerste gezicht en zonder in te gaan op der pp. geschillen de overuiging heeft, dat de bankgarantie ten onrechte wordt ingeroepen. Dit laatste zal zich voordoen, indien degene, aan wie de bankgarantie is afgegeven, apert en op grove wijze wanprestatie heeft gepleegd, dan wel indien prima vista in strijd met de overeenkomst, op nakoming waarvan de garantie betrekking heeft, een claim op honorering der garantie wordt gedaan".

Van een verplichting de garanderende bank te informeren over wijzigingen in of verzwaringen van de gegarandeerde prestatie is geen sprake. Een en ander is uiteraard afhankelijk van de inhoud van de garantieovereenkomst.

Hoofdelijke aansprakelijkheid

De volgende vraag is nu of de rol van de goede trouw bij hoofdelijke aansprakelijkheid dezelfde is als bij borgtocht en garantie.

Hoofdelijke aansprakelijkheid is de sterkste vorm van aansprakelijkheid die een crediteur kan bedingen, aangezien de hoofdelijke medeaansprakelijken ieder afzonderlijk krachtens de wet (art. 1314 t/m 1331 B.W.) verplicht zijn het verschuldigde in zijn geheel te voldoen, zonder de mogelijkheid te hebben zich op bepaalde voorrechten te beroepen welke wel aan borgen zijn toegekend. Bovendien zijn de borgstelling of de garantie in de regel gesteld voor een bepaald bedrag en gerelateerd aan een bepaalde kredietlimiet.

In de regel wordt door de bank bij de borgstelling evenwel bedongen dat afstand wordt gedaan van de voorrechten en excepties die de borg op grond van de wet heeft. Dientengevolge krijgt de borgtocht, alhoewel zij accessoir blijft aan de hoofdverbintenis, toch een meer abstract karakter.

Ook zonder dat lijkt het mij echter zo te zijn dat de rol van de goede trouw bij hoofdelijke aansprakelijkheid niet wezenlijk anders is dan bij borgtocht.

(19) President Rb. Almelo, 15 augustus 1984, *Kort Geding*, 1984, 261.

Uit een uitspraak van de Hoge Raad de dato 15 februari 1980(20) blijkt zulks ook, alhoewel de Hoge Raad in de desbetreffende casus tot de conclusie kwam dat de crediteur niet in strijd met de goede trouw gehandeld had.

De feiten welke aan deze uitspraak ten grondslag lag waren de volgende.

Milchsack was jegens NPRC hoofdelijk aansprakelijk voor door Stasse aan haar, NPRC, verschuldigd vracht- en overliggeld. NPRC spreekt Stasse op haar verplichtingen aan, maar deze betaalt niet. Eerst nadat Stasse failliet is verklaard spreekt NPNC Milchsack op grond van haar hoofdelijke aansprakelijkheid aan. Milchsack doet in dit verband mede een beroep op artikel 1374 B.W. De Hoge Raad overwoog:

„Uit 's Hof vaststellingen blijkt echter niet van feiten en omstandigheden, meebrengende dat NPRC zich met het oog op de belangen van Milchsack eerder tot deze had moeten wenden. In het bijzonder blijkt niet dat NPRC reden had om betalingsmoeilijkheden aan de zijde van Stasse te verwachten en in verband daarmee Milchsack had moeten waarschuwen, noch dat Milchsack, doordat NPRC zich niet eerder tot haar heeft gewend, is benadeeld".

Overigens zij opgemerkt dat hoofdelijke aansprakelijkheid in de regel wordt verlangd van derden die bij de persoon van de kredietnemer en daarmee bij de kredietverlening een bepaald belang hebben, zodat een beroep op de goede trouw, zoals bij de borgtocht reeds opgemerkt, in de regel minder voor de hand zal liggen.

C. Hoofdelijke aansprakelijkheid en zekerheidsverschaffing in concernverband

De vraag of en zo ja in hoeverre dochtervennootschappen binnen een concern zich hoofdelijk aansprakelijk mogen stellen voor de door hun moedervennootschap opgenomen kredieten en in dat kader tevens hun vermogen tot zekerheid mogen verbinden, valt strikt genomen buiten het onderwerp van dit pre-advies en behoort thuis in het vennootschapsrecht. De vraag is evenwel zo verweven met kredietverlening en de belangen die daarbij door de bank in het oog gehouden dienen te worden, dat geen compleet beeld kan worden gevormd zonder daaraan aandacht te besteden. Bovendien is niet uitgesloten dat het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid en verstrekken van zekerheden door de dochter niet alleen leidt tot het

(20) Hoge Raad, 15 februari 1980, *N.J.*, 1980, 327.

inroepen van de nietigheid ervan, maar tevens tot het aansprakelijk stellen van de bank voor geleden schade. Men zou in dit verband kunnen denken aan de schadelijke gevolgen van het feit dat de dochter haar eigen vermogen niet meer kan aanwenden ten eigen behoeve, bijvoorbeeld als dekking voor een te stellen garantie.

In de regel wordt bij concernfinanciering het krediet alleen aan de moedermaatschappij verstrekt, welke op haar beurt haar dochters financiert, aldus intern bankier spelend. Soms ook wordt deze bankiersrol vervult door een speciaal daartoe bestemde vennootschap. Het actief van de moeder bestaat in de regel uit de eigendom van de aandelen in de dochtervennootschappen en uit de vorderingen welke zij op haar dochters heeft.

Op zich hoeft niet uitgesloten te zijn dat dit actief voldoende dekkend is voor het te verstrekken krediet, maar het is voor een bank in de praktijk niet mogelijk inzicht te hebben in de inter-company vorderingen, met name in vorderingen van de dochters op de moeder, hetgeen in verband met compensatiemogelijkheden van belang is.

Het te verbinden actief is eigendom van de dochters die evenwel geen rechtstreekse band met de bankier van de moeder hebben en mitsdien niet gehouden kunnen worden de door de bank verlangde zekerheden te verschaffen. Teneinde deze verplichting van de dochtervennootschappen te creëren verstrekt de bank het krediet onder de voorwaarde dat de tot het concern behorende vennootschappen zich hoofdelijk voor dit krediet aansprakelijk stellen.

De cruciale vraag is nu of een dergelijke hoofdelijke aansprakelijkheidstelling niet in strijd met de statutaire doelomschrijving is, zodat de nietigheid kan worden ingeroepen op grond van artikel 6 B.W. II, dat luidt als volgt:

„— 1. Een rechtspersoon kan de nietigheid van een rechtshandeling inroepen, indien een in naam van de rechtspersoon verrichte handeling niet dienstig kan zijn tot verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon en de wederpartij wist dat het doel werd overschreden of van die overschrijding niet onkundig kon zijn. Openbaarmaking van de statuten of reglementen is niet voldoende bewijs dat de wederpartij van de doeloverschrijding niet onkundig kon zijn.

— 2. De bevoegdheid van de rechtspersoon tot het inroepen van deze nietigheid vervalt na verloop van een haar door een onmiddellijk belanghebbende daartoe gestelde redelijke termijn".

Door het artikel te redigeren met de strofe „... niet dienstig kan zijn" verlangt de wetgever van de wederpartij een marginale toetsing ter beantwoording van de vraag naar de dienstigheid van de te plegen rechtshandeling. Hoe dient deze toetsing nu plaats te vinden in het

kader van de financiering van een concern en de daarbij verlangde aansprakelijkheid der dochtervennootschappen?

De beslissing aansprakelijkheid te aanvaarden voor de financiering van de holding zal niet zelden door de holding zelf als bestuurder van de dochtervennootschap worden genomen, dan wel door haar worden afgedwongen. De bank mag aan deze beslissing als zodanig geen al te grote zelfstandige waarde toekennen.

Wel zijn er een aantal elementen, gebaseerd op het gegeven dat er van een concern sprake is, die er voor pleiten dat de vereiste dienstigheid mag worden aangenomen.

In de eerste plaats is er het gegeven dat de dochter voor haar eigen financiering afhankelijk is van de financiering van de moeder. Ze heeft er derhalve belang bij de situatie te scheppen waarin deze financiering tot stand kan komen. Voorts biedt concernfinanciering een aantal specifieke voordelen zoals daar zijn:

— als groep gemakkelijker toegang hebben tot kredietmarkt;
— als groep gunstiger kredietvoorwaarden kunnen bedingen;
— door optimale interne benutting van aangetrokken middelen, minder behoefte hebben aan extern krediet.

Een tweede element bij de concern gedachte is echter dat het belang van een dochter bij de concernfinanciering niet noodzakelijkerwijs hoeft te liggen in de rechtstreekse financiële mogelijkheden die zij zelf krijgt, maar even zo goed in de financiële ondersteuning die haar zustervennootschappen krijgen.

Tenslotte brengt het enkele feit dat een vennootschap onderdeel uitmaakt van een concern voor haar bepaalde voordelen mee, zodat ze alleen daarom al een c.q. belang heeft bij het voortbestaan financiering van het concern.

Los van fiscale voordelen is er nog het voordeel dat de concerndochters ontslagen worden van de verplichting hun eigen vermogen te publiceren indien haar gegevens reeds zijn opgenomen in een samengevoegde jaarrekening en indien ook de daarin opgenomen vernnootschappen zich voor elkaar hoofdelijk aansprakelijk stellen (art. 403 lid 1 sub c en sub f).

In het Nieuw Eykenduynen-arrest(21) waar het een hypotheekverstrekking om niet door een dochtervennootschap voor de schulden van haar moeder betreft, overweegt het Hof:

„Naar 's Hofs voorlopig oordeel kan een hypotheekverlening als de onderhavige,

(21) Hof 's-Gravenhage, 27 juni 1968, *N.J.*, 1978, 43.

waarbij Nieuw Eykenduynen onverplicht en om niet voor een schuld van een derde, welke schuld met de behoorlijke exploitatie van de begraafplaats niets heeft uit te staan, ten behoeve van die derde de door haar te verrichten exploitatie in de waagschaal heeft gesteld bezwaarlijk als een handeling nodig voor een behoorlijke exploitatie worden aangemerkt".

En ten aanzien van het verweer van de banken dat de hypotheekverlening in het belang van de vennootschap was geweest omdat zij belang zou hebben gehad bij het overeind van het concern waartoe zij behoorde, werd overwogen dat niet aannemelijk was gemaakt dat de vennootschap, gelet op haar doelstelling, enig belang van betekenis had om het faillissement van één of meer andere concernvennootschappen te voorkomen.

Hieruit is af te leiden dat het Hof de enkele omstandigheid dat een vennootschap deel uitmaakt van een concern niet voldoende vindt hoofdelijke aansprakelijkheid voor de moedervennootschap aan te mogen gaan.

In de zelfde richting laat Van Schilfgaarde(22) zich uit:

„Een doelomschrijving die aan het concernbelang prioriteit geeft of de vennootschap zou veroorloven zich ongelimiteerd voor schulden van concernmaatschappijen te verbinden, zou in zoverre rechtskracht missen. Met of zonder een dergelijke clausule in de doelomschrijving geldt m.i. voor handelingen, die een disproportionele verwaarlozing van het vennootschapsbelang inhouden dat zij in strijd zijn met het doel in de zin van artikel 6."

Uiteindelijk concludeert Van Schilfgaarde evenwel dat het zelden zal voorkomen dat een beroep op doeloverschrijding slaagt.

Van der Grinten(23) lijkt zich in de zelfde zin uit te laten als hij ten aanzien van de taken en bevoegdheden van het bestuur zegt:

„Indien de vennootschap deel uitmaakt van een concern met een centrale financiering kan het geven van zekerheid door een dochtermaatschappij voor de schulden van de moeder gerechtvaardigd zijn".

Het gebruik van het woord 'kan' lijkt erop te wijzen dat Van der Grinten van oordeel is dat het enkele feit dat een vennootschap tot een concern behoort niet voldoende is om aansprakelijkheid te aanvaarden; elders(24) echter formuleert hij:

„Een bank die krediet verleent aan een moeder mag aannemen dat deze kredietverlening mede strekt ten behoeve van de dochters en dat derhalve zekerheid die door de dochter wordt gegeven, dienstig is tot verwezenlijking van het doel van deze vennootschap".

---

(22) VAN SCHILFGAARDE, P., *WPNR,* januari 1983. nr. 5635, p. 9 e.v.

(23) VAN DER GRINTEN, W.C.L., *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap,* 1984, 100-103.

(24) VAN DER GRINTEN, W.C.L., t.a.p., 437-438.

Nog veel stelliger laat De Soeten(25) zich uit:

„Het gaat in concernverband niet om het voortbestaan en de continuïteit van deze vennootschap, en niet om haar vennootschappelijk belang, hetwelk gevonden zou dienen te worden door de afweging van de belangen van de bij die vennootschap betrokken werknemers, directie en aandeelhouders, maar het gaat om het gehele concern en de daarbij betrokken belangen. Een zekerheidsverschaffing zal, getoetst aan het 'gehele concernbelang' niet snel nietig zijn".

In 1982 bracht Mr Y. Scholten(26) een advies uit aan Centraal Beheer o.a. over de vraag of overname van de verliezen van de holding CV Centraal Beheer door de werkmaatschappijen PV en SV een doeloverschrijdende handeling was. Scholten meent in een enigszins aan De Soeten analoge gedachtengang dat dit niet het geval was:

„Ongetwijfeld is het voortbestaan van de CB groep als een geïntegreerd geheel van levensbelang voor PV en SV: het uiteenvallen van de groep zou niet alleen de klok tot vóór 1975 terugzetten, maar zou PV en SV ook weer op eigen benen plaatsen, terwijl zij met name op organisatorisch gebied daartoe in het geheel niet meer geëquipeerd zijn. Het alternatief van de deconfiture van VG zou ongetwijfeld zeer ernstige repercussies hebben gehad voor de kredietwaardigheid en de marktpositie van PV en SV. Aannemende dat de Vereniging in ernstige financiële moeilijkheden was gekomen konden PV en SV er belang bij hebben dat te voorkomen door het aangaan van bedoelde transacties".

In de jurisprudentie na het Nieuw Eykenduynen-arrest gewezen wordt in de regel de lijn doorgetrokken dat het zijn van concerndochter niet voldoende is voor het aangaan van aansprakelijkheid voor andere concernvennootschappen.

Zo overwoog de Rechtbank te Amsterdam in haar vonnis van 21 oktober 1981(27):

4. „Uit de onder 1a genoemde feiten blijkt dat er een zeer nauwe relatie bestaat tussen de drie betrokken vennootschappen en dat hun belangen in belangrijke mate gelijk liggen (...)"

5. „Het onder 4 overwogene brengt mede dat Nicoma belang had bij handhaving van de kredietfaciliteiten van Mato/Nicoma B.V. en dat het verstrekken van zekerheden daarvoor beschouwd kan worden als te vallen onder haar normale bedrijfsvoering, zoals dit ook het geval zou zijn met het stellen van zekerheid voor rechtstreeks aan haar verleende kredieten".

Ook het Hof te Amsterdam oordeelde op 22 maart 1984(28) dat het van bijzondere omstandigheden afhangt of hypotheekverlening voor

(25) DE SOETEN, G.h., „Zekerheidsverschaffing en vennootschappelijk belang: *NJB,* 1984, 271-272.

(26) SCHOLTEN, Y., „Advies aan Centraal Beheer", *Financieel Dagblad,* 29 december 1982.

(27) Rb. Amsterdam, 21 oktober 1981, niet gepubliceerd.

(28) Hof Amsterdam, 22 maart 1984, *N.J.,* 1985, 219.

een derde — hier was sprake van zekerheidstelling door een vennootschap ten behoeve van haar directeur — mogelijk is.

In dit geval was het Hof overigens van oordeel dat de hypotheekverlening niet dienstig kon zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap.

Duidelijk komt het vereiste van een bedrijfsmatige verwevenheid naar voren in de uitspraak van de President van de Rechtbank te Amsterdam van 5 april 1984(29):

„Met recht werpt gedaagde tegen dat het beroep op doeloverschrijding (in kort geding zeker) niet opgaat. Gezien de nauwe verwevenheid tussen gedaagde, haar Amerikaanse moeder(s) — eerst de Inc. en thans de Corporation voornoemd — alsmede beider directeur en (groot)aandeelhouder Ritter moet het er voorshands voor gehouden worden — en mocht ook de gedaagde het er bij de omzetting van de lening per eind augustus 1980, gelet op de toen bestaande verhoudingen tussen eiseres, de Inc. de Holding en Ritter, voor houden — dat het verstrekken van de onderhavige zekerheden door eiseres, waardoor een lening kon worden verkregen ten behoeve van de bedrijfsvoering door haar moeder en enige althans voornaamste leverancier van tropisch plantenmateriaal, zeer wel dienstig kan (en kon) zijn tot verwezenlijking van haar doel, zoals in de dagvaarding onder 1 geciteerd."

Afwijkend van bovengenoemde uitspraken en meer in overeenstemming met het standpunt van De Soeten is het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden van 23 augustus 1984(30), waarvan de relevante overweging luidt:

„Dienaangaande is de Rechtbank van oordeel, dat bedoelde cessies aan de Banken niet zonder meer als nietig kunnen worden aangemerkt wegens strijd met het doel van Landustrie Oud. Landustrie Oud was één van de werkmaatschappijen van het Ogemconcern en in verband hiermede viel het door Landustrie Oud te bereiken doel grotendeels samen met dat van het gehele concern. Als gevolg hiervan kan naar het oordeel van de rechtbank worden aangenomen, dat nu ten processe niet is bestreden, dat de verstrekking van zekerheden aan de Banken in de vorm van fiduciaire overdracht van vorderingen in overeenstemming was met het doel van de Ogemgroep, deze ook strookte met het doel van Landustrie Oud, al overschreed het totaal der tot zekerheid verstrekte vorderingen van de Ogem-groep verre het bedrag van de vorderingen van Landustire Oud zelve".

Artikel 6 B.W. II stelt tevens het vereiste dat de wederpartij wist dat het doel werd overschreden althans van de overschrijding niet onkundig kon zijn.

Honée(31) merkt hierover op:

(29) President Rb. Amsterdam, 5 april 1984, niet gepubliceerd.

(30) Rb. Leeuwarden, 23 augustus 1984, niet gepubliceerd.

(31) Honée, H.J.M.N. „Het stellen van zekerheid voor andermans schuld en artikel 6 boek 2 B.W., *N.V.*, 59, 1981, 52-56.

,,Los van concrete omstandigheden, zal ook hier moeten worden volstaan met de toch enigszins vage maatstaf dat de wederpartij te goeder trouw en met inachtneming van een redelijke zorgvuldigheid heeft kunnen komen tot het oordeel dat het zich verbinden van de vennootschap onder de voor hem kenbare omstandigheden bevorderlijk is voor de verwezenlijking van haar doel. Daarbij mag hij afgaan op mededelingen daaromtrent van de kant van het bestuur van de vennootschap, echter niet onder veronachtzaming van eigen kennis en inzicht''.

Op grond van het bovenstaande zou ik de volgende stelling willen verdedigen:

Behalve het gegeven dat er sprake is van een concern, moet een Bank zich er tevens van vergewissen of de daarvan deeluitmakende vennootschappen ook onderling een financiële, economische en organisatorische entiteit vormen. Is zulks het geval dan is op zich voldoende aannemelijk dat het zich aansprakelijk stellen van deze vennootschappen voor de concernfinanciering dienstig kan zijn voor de verwezenlijking van de statutaire doelomschrijving van de respectieve vennootschappen, tenzij uit andere gegevens duidelijk is dat zulks niet het geval is.

Tenslotte wil ik aandacht vestigen op de oplossing welke Mr Drs H.P.J. Ophof heeft gesuggereerd ten einde bij financiering binnen concernverband tot zuivere verhoudingen te komen, met name voor wat betreft het verstrekken van zekerheden, de zogenaamde beddingtheorie welke kort samen gevat op het volgende neerkomt(32).

De moeder-holding krijgt krediet van de bank. Op haar beurt verstrekt zij weer krediet aan haar verschillende dochtervennootschappen. Terzake van dit krediet verschaffen de dochters de moeder zekerheden, welke de moeder vervolgens weer tot zekerheid aan de bank overdraagt. Na kredietopzegging zou de bank haar aldus overgedragen zekerheden kunnen uitwinnen echter met die beperking dat zij alleen kunnen worden aangewend tot voldoening van de schuld waarvoor zij oorspronkelijk werden overgedragen, namelijk de schuld van de dochter aan de moeder. Op deze wijze betaalt de dochter alleen haar eigen schuld en wordt voorkomen dat zij in strijd handelt met haar statutaire doelomschrijving.

Tegen deze theorie zijn zowel juridische als praktische bezwaren aan te voeren.

Juridisch gezien is niet duidelijk op welke wijze de bank na kredietopzegging haar zekerheden kan uitwinnen, zolang de dochters jegens de moeder niet in gebreke zijn. Zolang de moeder op haar beurt de

(32) OPHOF, H.P.J., ,,Problemen met hoofdelijke aansprakelijkheid in concernverband'', *N.J.*, 19 oktober 1983, 1193 e.v.

door haar verstrekte kredieten niet opeist, kan de Bank met haar zekerheden niets doen.

In de praktijk zal een Bank met de voorgestelde wijze van zekerheidsverschaffing nooit genoegen nemen aangezien voor haar, nu de holding de rol van intern financier speelt, volstrekt ondoorzichtig is hoe de onderlinge schuldverhoudingen binnen het concern liggen. In Ophof's opzet weet zij nooit welke zekerheid zij in feite voor het aan het concern verstrekte krediet heeft. Op de surséancedatum van R.S.V. bijvoorbeeld stond een groot aantal dochtervennootschappen fors credit. Door deze dochters overgedragen zekerheden hadden dan niet uitgewonnen kunnen worden.

Tevens blijft nog een vraag welke gehoudenheid de dochters hebben de moeder zekerheden te verschaffen. Van deze zekerheidsverschaffing kan door de vennootschap zelf — en zal zeker door een curator in faillissement — de pauliana worden ingeroepen.

Zou de moeder zover gaan reeds op voorhand, dus vóórdat zij tot kredietverschaffing aan de dochters overgaat, de dochters de verplichting laten aangaan zekerheden te verschaffen en deze vervolgens daadwerkelijk aan zich laat overdragen, dan zou haar positie weinig anders zijn dan die van de bank, waartegen Ophof nu juist bezwaren heeft.

Conclusie

Tengevolge van de sterk toegenomen kredietbehoefte in de afgelopen tientallen jaren is het bankkrediet een vrijwel onmisbaar element geworden bij de bedrijfsuitoefening. Bank en kredietnemer zijn daarbij afhankelijk van elkaars kennis en vertrouwen.

In de jurisprudentie is een tendens te bespeuren de goede trouw in de kredietovereenkomst een meer expansieve werking te geven. Van de dagelijkse opzegbaarheid van krediet in rekening-courant mag alleen gebruik gemaakt worden indien daar zeer zwaarwegende redenen voor zijn. De duur van de kredietrelatie, de wijze waarop door de kredietnemer aan zijn verplichtingen werd voldaan en zijn afhankelijkheid van de kredietfaciliteiten zijn elementen welke bij de beoordeling van de vraag of de vereiste zwaarwichtige reden metterdaad aanwezig is, een rol spelen.

Meer expansieve werking van de goede trouw kan de bank en ertoe brengen een minder coulant en restrictiever kredietbeleid te voeren.

Ten aanzien van aansprakelijkheid jegens degene die zich voor de verplichtingen van de kredietnemer (mede)aansprakelijk hebben ge-

steld, heeft zich in de jurisprudentie het criterium ontwikkeld dat de bank, afhankelijk van de omstandigheden van ieder afzonderlijk geval, de gehoudenheid heeft de mede-aansprakelijkheid omtrent bepaalde ontwikkelingen binnen de kredietovereenkomst op de hoogte te stellen, opdat deze in staat is te voorkomen dat zijn risico wordt vergroot.

Voor wat betreft de vraag in hoeverre dochtervennootschappen binnen een concern zich voor de moedervennootschap en voor elkaar hoofdelijk aansprakelijk mogen stellen en zekerheid kunnen geven bestaat in rechtspraak en literatuur geen eenstemmigheid. Algemeen kan worden geconcludeerd dat het enkele feit dat een vennootschap onderdeel van een concern uitmaakt niet voldoende is om het aangaan van genoemde verplichtingen te rechtvaardigen. De schrijver is van oordeel dat het aangaan van aansprakelijkheid en het stellen van zekerheid geen doeloverschrijding zoals bedoeld in artikel 6 B.W. II met zich brengt indien er binnen het concern sprake is van een financiële, economische en organisatorische eenheid.

Hoofdstuk II

AANSPRAKELIJKHEID JEGENS DERDEN

A. Algemeen

Terwijl in het voorgaande hoofdstuk aandacht werd besteed aan de verhouding tussen de kredietverlener en degeen die mogelijkerwijs kan ageren uit hoofde van een met hem bestaande contractuele relatie wordt in dit hoofdstuk uitgegaan van de verhouding tussen de kredietverlener en degeen die mogelijkerwijs kan ageren zonder dat er sprake is van juist bedoelde contractuele relatie. Gegeven de begrenzing vermeld in de Inleiding, zal worden uitgegaan van de situatie waarin een bank tegen zekerheden krediet verleent, handhaaft of opzegt.

Ter illustratie van het kader waarbinnen de navolgende uiteenzetting geplaatst moet worden, kan Beekhuis(33) geciteerd worden:

„Een schuldeiser, die zekerheid bedingt, terwijl hij in het geheel niet op de hoogte is (en evenmin behoeft te zijn) van de slechte finantiële positie van de schuldenaar gaat dus vrij uit. Moeilijker is echter de oplossing in het geval, dat de schuldeiser wel weet, dat er finantiële moeilijkheden van de schuldenaar dreigen, maar in een

(33) „Fiduciaire overdracht en Pauliana", *N.V.*, 37, 1959, 64.

nieuw crediet toestemt, omdat hij gegronde redenen heeft om te hopen, dat de toestand van de schuldenaar hierdoor zal verbeteren. Een dergelijke schuldeiser weet zonder twijfel, dat hij op het moment van de handeling de aanwezige schuldeisers benadeelt, maar hij kan terecht menen door het verlenen van een nieuw crediet uiteindelijk mede in hun belang te handelen''(34)

Blijkens de titel dient dit pré-advies zich te richten op de aansprakelijkheid van de bank en dit betekent dat in beginsel acties van derden die niet tot aansprakelijkheid leiden niet besproken hoeven worden. Toch kan een — noodgedwongen summiere — bespreking van de (faillissements) pauliana bij een behandeling van het onderwerp van dit pré-advies niet achterwege blijven, hoewel dergelijke acties in beginsel (een uitzondering vormt art. 51 lid 2 Fw) gericht zijn op de vernietiging van bepaalde rechtshandelingen en niet op een herstel van geleden nadeel.

B. Pauliana

Een beroep op artikel 1377 B.W. kan slechts slagen indien voldaan is aan de volgende vereisten:

— een onverplichte handeling van de debiteur
— benadeling van crediteur(en) als gevolg van die handeling
— wetenschap ten aanzien van die benadeling bij zowel debiteur als degeen waarmee deze heeft gehandeld.

Voor de faillissementspauliana van artikel 42 e.v. Fw gelden in beginsel dezelfde regels — zij het in meer uitgewerkte vorm — als voor de ,,gewone'' pauliana. In sommige opzichten wordt afgeweken van de regeling in het B.W. In bepaalde gevallen (artt. 43 en 45 Fw) wordt de vereiste wetenschap van benadeling behoudens tegenbewijs vermoed aanwezig te zijn, terwijl in artikel 47 Fw gebroken wordt met de eis van de onverplichtheid van de handeling. Dit laatste is onder andere het geval wanneer de betaling in kwestie het gevolg is van overleg tussen de debiteur en de crediteur met het doel de laatste te bevoordelen boven andere crediteuren. Nu het hier een uitzondering op de algemene regel betreft, moet deze bepaling in beperkte zin worden uitgelegd. Zo spreken Polak(35) en Van Zeben(36) van

(34) De volledigheid gebiedt mij te vermelden dat Beekhuis dit weliswaar schreef in een op de pauliana gericht kader, maar zoals ik hieronder zal uiteenzetten, is dit citaat voor de vragen waar het in dit hoofdstuk om gaat niet minder relevant.

(35) *Faillissements Recht*, 2e druk, 1982, 69.

(36) Faillissementswet, I.2.47-3.

,,gezamenlijke bedrieglijke opzet'' en wijst het Hof Amsterdam(37) op de voorzichtigheid waarmee dit artikel moet worden gehanteerd.

Benadeling

Wat betreft het vereiste van benadeling zegt de Hoge Raad in zijn arrest van 10 december 1976, *N.J.*, 1977, 617, dat bij de beoordeling of crediteuren benadeeld zijn mee moet wegen het positieve gevolg van de aangevochten handeling voor andere crediteuren. Naar aanleiding van deze uitspraak, zegt Polak(38) — die daarop overigens kritiek heeft niet zozeer vanwege de conclusie als wel vanwege de daaraan ten grondslag liggende argumentatie — het volgende:

,,Banken die krediet verlenen aan een client, die financieel in moeilijkheden komt, kunnen zich in beginsel bereid verklaren de kredietverlening voort te zetten tegen extra door de client te verlenen zekerheid. Zij behoeven zich niet al te ongerust te maken over de Pauliana''.

Onverplichtheid

Daarnaast is wat betreft de onverplichtheid van belang in het oog te houden dat op de relatie tussen de bank en de kredietnemer in de regel de Algemene Bankvoorwaarden van toepassing zullen zijn. Voor zover deze voorwaarden niet uitdrukkelijk van toepassing zijn verklaard, mag op grond van een drietal uitspraken van de rechtbank te Amsterdam(39) worden aangenomen dat zij zijn te beschouwen als bestendig gebruikelijk beding, zeker ingeval de kredietnemer handelt in de uitoefening van een bedrijf. Artikel 25 van deze voorwaarden, inhoudende dat de kredietnemer steeds op eerste verzoek van de bank gehouden is in door de bank gewenste vorm en omvang zekerheid te stellen, maakt het stellen van die zekerheid tot een verplichte handeling. Een beroep op de pauliana zal dan ook in de regel hierop afstuiten. Bedacht moet niettemin worden dat de handeling toch aan nietigheid bloot kan staan op grond van het juist vermelde artikel 47 Fw. Daarnaast verdient aandacht de, in het vorige hoofdstuk vermelde, omstandigheid dat de goede trouw de mogelijkheid om een beroep te doen op een contractueel bedongen recht kan beperken.

(37) Hof Amsterdam, 27 juli 1940, *N.J.*, 1941, 258.

(38) Een niet geannoteerd arrest over de Pauliana in *W.P.N.R.*, 109, 1978, nr. 5444, p. 488.

(39) Rb. Amsterdam, 26 september 1979, *P.R.G.*, 1980, 1495; Rb. Amsterdam, 18 juni 1980, niet gepubliceerd; Rb. Amsterdam, 29 augustus 1984, niet gepubliceerd.

C. Onrechtmatige daad

Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag in welke gevallen de bank aansprakelijk gesteld kan worden voor schade door derden geleden tengevolge van rechtshandelingen verricht door de bank met de kredietnemer. Een daartoe strekkende actie zal gebaseerd dienen te zijn op artikel 1401 B.W. De Hoge Raad heeft in het Erba arrest(40) met zoveel woorden beslist dat het gedrag van een crediteur, te weten een bank, jegens andere crediteuren een onrechtmatige daad zou kunnen opleveren. In deze zaak ging het kortgezegd, om de vraag of in een geval waarin de nietigheid van een rechtshandeling zou kunnen worden ingeroepen op grond van de pauliana, het aan een crediteur (in dit geval een leverancier) vrij zou staan in plaats van zich op de nietigheid van de handeling te beroepen, een vordering tot schadevergoeding ex artikel 1401 B.W. in te stellen. Deze vraag werd bevestigend beantwoord maar daarbij sprak de Hoge Raad zich niet duidelijk uit over de voorwaarden waaraan voldaan zou moeten worden. Daarom, alsook omdat er afgezien van deze bijna 30 jaar oude uitspraak geen uitspraken voorhanden zijn die rechtstreeks betrekking hebben op een mogelijke aansprakelijkheid ex artikel 1401 B.W. van een bank in haar rol van kredietverlener, is het van belang nader in te gaan op de casuspositie van de Erba zaak en vervolgens op de uitspraak zelf.

Casuspositie Erba-arrest

De N.V. De Vries van Buren (hierna aangeduid als: client), een solide textielhandelaar, genoot sedert lang krediet van haar bank. In september 1951 stond de rekening circa vier miljoen gulden debet. Als gevolg van omvangrijke inkopen tegen zeer hoge prijzen tijdens de Korea-hausse en de daarop volgende crisis in de textielindustrie en de daarmee gepaard gaande prijsdaling kwam client in moeilijkheden. Blijkens de balans van juli 1951 had client een verlies van *f* 860.000,– geleden, als gevolg waarvan de bank in september 1951 aanvankelijk het krediet opzegde, doch vervolgens bereid bleek het krediet voort te zetten tegen onder meer zekerheidsoverdracht van handelsvorderingen en goederenvoorraad. Hiermee ging client accoord. Toen echter in februari 1952 bleek, dat client over 1951 een verlies van *f* 1.850.000,– had geleden, trok de bank het krediet andermaal in. Zij bleek echter wederom bereid een faciliteit tot *f* 3.650.000,– in te ruimen, mits naast de reeds gestelde zekerheden

(40) Hoge Raad, 29 juni 1957, *N.J.*, 1957, 514.

onder meer een hypothecaire zekerheid ten behoeve van de bank werd gesteld. Ook daarmee ging de client accoord, waarna zij in staat was het bedrijf voort te zetten. In mei 1953 vorderde evenwel de Nederlandse Textiel Conventie namens de bij haar aangesloten fabrikanten de aan client geleverde en onbetaald gebleven goederen op grond van het gemaakte eigendomsvoorbehoud terug, omdat niet langer in de toekomst van client vertrouwen werd gesteld. Die daad was voor de bank aanleiding alle betalingen ten behoeve van client te staken.

Er had zich echter meer voorgedaan. Een Italiaanse leverancier, Manifattura Tessile Erba (hierna: Erba) had via haar Nederlandse agent in november en december 1952, alsmede in januari 1953 goederen aan client verkocht en geleverd tegen contante betaling zonder evenwel daarvoor betaling te ontvangen. Ofschoon client later bereid bleek het geleverde voor zover nog aanwezig ter beschikking van Erba te stellen, wees de bank als fiduciair eigenaar van die goederen dit gebaar af. Het staken door de bank van de uitvoering van betalingsopdrachten van client was voor Erba aanleiding het faillissement van client aan te vragen. Die aanvraag leidde tot surséance van betaling, welke surséance eindigde door de homologatie van een akkoord.

Erba, die daardoor uiteraard met een percentage van haar vordering genoegen moest nemen, vorderde in rechte van de bank schadevergoeding wegens een door de bank tegenover haar gepleegde onrechtmatige daad. Daarbij stelde zij, dat de bank door de kredietovereenkomst van februari 1952 client ten nadele van zijn crediteuren een schijnbestaan wat betreft zelfstandigheid en kredietwaardigheid liet voeren. Voorts stelde zij dat door het stilzwijgen van de bank de buitenwereld omtrent de werkelijke situatie en de kredietwaardigheid van client werd misleid en derden — zoals Erba — tot leveranties werden bewogen, aan welke leveranties deze derden nooit zouden hebben gedacht indien zij de werkelijke situatie zouden hebben gekend. Tenslotte stelde Erba, dat de bank door de zekerheidsoverdracht van alle vermogenswaarden van client voor haarzelf alle risico's had uitgesloten en het risico had afgeschoven op de misleide derden.

De Hoge Raad overwoog onder andere het volgende:

„O. dat het juist is, dat een eigendomsoverdracht tot zekerheid op zich zelf niet onrechtmatig is en dat ook de door het Hof genoemde omstandigheden ieder voor zich daarin geen verandering behoeven te brengen, maar dit niet wegneemt, dat de

wijze waarop en de mate waarin een credietgever zich goederen tot zekerheid doet overdragen, gelet op de verdere omstandigheden van het geval (...), beschouwd in onderling verband en samenhang, kunnen meebrengen, dat de credietgever, zo hij al niet de gegeven crediettransactie zelve had behoren na te laten, dan toch daarna bij de uitvoering daarvan met de belangen van derden in zekere mate zal moeten rekening houden of doen houden en, zo hij dit nalaat, onder omstandigheden op grond daarvan uit onrechtmatige daad jegens hen aansprakelijk zal kunnen zijn;

O. dat met name een bank, die een door haar aan een koopman verstrekt omvangrijk crediet wegens diens ongunstigen financiëlen toestand heeft opgezegd en die vervolgens het crediet tot een ongeveer even groot bedrag opnieuw verleent, nadat op haar wens de schuldenaar zijn activa volledig of nagenoeg volledig aan haar tot zekerheid in eigendom heeft overgedragen of anderszins heeft verbonden, de in de toekomst te verwerven goederen inbegrepen — zó, dat de koopman aan nieuwe schuldeisers, die hem na het sluiten van bedoelde crediettransactie met de bank voor hun leveranties nog crediet geven, practisch geen verhaal meer biedt, terwijl hij naar buiten den schijn van credietwaardigheid behoudt — dàn onrechtmatig zou handelen indien komt vast te staan dat in het gegeven geval de bank, in verband met het nader overeengekomene omtrent den omvang van crediet en zekerheidsstelling en het verloop van zaken nadien, heeft geweten, althans kunnen voorzien dat bij stopzetting van dit hernieuwde crediet de nieuwe leveranciers, indien zij dan nog niet betaald waren, zouden worden benadeeld wegens gebrek aan verhaal en de Bank desniettemin heeft nagelaten zorg te dragen dat de debiteur tevoren in de gelegenheid was of alsnog werd gesteld deze leveranciers te betalen of de goederen terug te geven, tenzij de bank zelf dit alsnog doet;

dat het toch in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer t.a.v. eens anders goed betaamt, dat een bank, die crediet verleent tegen beding van zekerheidsstelling in den omvang als hierboven verondersteld, hetzij willens en wetens, hetzij door gebrek aan zorg voor de belangen van anderen — die alleen tengevolge van de instandhouding van diens bedrijf door het bankcrediet den schuldenaar nog als afnemer tegenover zich vinden en vertrouwend op diens uiterlijke credietwaardigheid aan hem leveren —, ten koste van nieuwe leveranciers wordt voldaan, doordat zij niet slechts de door den debiteur bij verkoop van door hen geleverde goederen gemaakte winst verwerft, doch mede de inkoopwaarde dan wel den eigendom van de geleverde doch onbetaald gebleven goederen zelf, terwijl voor deze leveranciers het vinden van verhaal onder hun schuldenaar bij voorbaat onmogelijk is gemaakt''(41);

De zaak werd terugverwezen naar het Hof teneinde onder meer te onderzoeken of de financiële positie van de kredietnemer inderdaad wel zo ongunstig was als door Erba voorgesteld. Het door Erba tegen het oordeel van het Hof ingestelde cássatieberoep werd verworpen(42).

(41) *N.J.*, 1957, 1015.

(42) Hoge Raad, 20 maart 1959, *N.J.*, 1959, 581.

Criteria

i Criterium Langemeyer

Volgens Langemeyer is blijkens zijn conclusie bij deze uitspraak van essentieel belang de vraag of de financiële moeilijkheden, door voortzetting of verhoging van het krediet, overwonnen konden worden:

„Het geval laat zich denken, dat een onderneming, die zich gedurende lange tijd alleszins levensvatbaar heeft getoond in moeilijkheden geraakt, die zo ernstig zijn, dat alleen een zeer groot krediet haar kan redden, maar waarvan men aan de andere kant kan hopen, dat zij dank zij zulk een krediet overwonnen kunnen worden. Wanneer nu in zulk een situatie bij voorbeeld een grote bank zulk een reusachtig krediet onder zulke hachelijke omstandigheden geeft, dan behoeft het niet onbehoorlijk te zijn, dat zij daarbij ook de uiterste mate van zekerheid bedingt, die nog verkrijgbaar is".

(.....)

„Zijn (= kredietgever vE) gedragslijn zal slechts dan een maatschappelijk behoorlijke zijn, wanneer de kans, dat de transactie uiteindelijk baat brengt, een redelijke mag worden geacht"(43).

ii Criterium Ophof

Een ander criterium wordt door Ophof(44) gehanteerd. Maatstaf is voor hem of een willekeurige andere bank op dezelfde wijze gehandeld zou hebben als de bank in kwestie. In Ophof's visie is het verlangen van zekerheden gerechtvaardigd:

„(...) als de financiële situatie van de kredietnemer zich dusdanig heeft gewijzigd dat weliswaar iedere bank nog steeds bereid is krediet te verlenen, doch niet zonder gelijktijdige verschaffing van zekerheden".

Het verlangen van zekerheden is onrechtmatig:

„(...) indien de financiële situatie zich dusdanig heeft gewijzigd dat geen bank meer bereid zou zijn evenveel krediet te verlenen, zelfs niet tegen verschaffing van zekerheden".

Een ernstig bezwaar tegen Ophof's criterium is mijns inziens dat hij bepaalde aspecten die de relatie bank/kredietnemer betreffen niet laat meewegen, zoals de duur van de relatie en de vraag of en op welke wijze de kredietnemer tot dan toe aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Zoals deze omstandigheden blijkens de rechtspraak(45) relevant geacht worden waar het betreft de (termijn van) opzegging

(43) *N.J.*, 1957, 1017.

(44) „De Sterfhuisconstructie en praktische problemen bij Holdingmaatschappijen", in *Overdracht van een onderneming*, 1983, 169.

(45) President Rb. 's-Gravenhage, 7 december 1983, *K.G.*, 1984, 27.

van een krediet, zo zijn zij mijns inziens relevant voor de beslissing die betrekking heeft op het ,,spiegelbeeld'', namelijk de kredietverhandhaving.

iii Aanknoping bij Pauliana-criteria

Een actie uit onrechtmatige daad verschilt zowel wat betreft de vorm als de strekking in belangrijke mate van een pauliana-actie. Het spreekt vanzelf dat dit met zich meebrengt dat in bepaalde gevallen een actie gebaseerd op de ene grond niet mogelijk is doch op de andere grond wel en omgekeerd. Toch behoudt de pauliana — en de rechtspraak op dat gebied — zijn belang voor de actie op grond van artikel 1401 B.W., en wel met name voor de daarbij te hanteren criteria die — zoals gezegd — de Hoge Raad in de Erba-uitspraak niet duidelijk heeft aangegeven. Langemeyer stelt in zijn conclusie voor de Erba-uitspraak:

,,Dit betekent nu weliswaar niet, dat artikel 1377 alle betekenis zou missen voor de nadere bepaling dier criteria. Men zou er met name uit kunnen afleiden, dat de wetgever hier aan derden geen strengere plicht tot onthouding heeft willen opleggen dan met betrekking tot die handelingen, waarvan zij weten (waaronder dan echter ook wel zal moeten vallen: begrijpen) dat zij tot benadeling van crediteuren zullen leiden, dus niet ook ten aanzien van die waarbij zij dit gevolg slechts als mogelijk hadden kunnen voorzien''(46).

Zie hierover tevens Ankum(47):

,,In het algemeen zullen de normen van de in het maatschappelijk verkeer geldende betamelijkheid wel overeenkomen met de wettelijke eis, dat pas bij wetenschap van benadeling maatregelen tegen de wederpartij van de debiteur mogelijk zijn. Wij kunnen ons echter indenken, dat in bepaalde gevallen (bijv. bij *op grond van een voorafgaande verplichting* (eigen cursivering) vlak voor het faillissement verrichte fiduciaire overdracht) de thans geldende maatschappelijke betamelijkheid verder gaat dan de norm die de wetgever van 1896 heeft gesteld''.

Ook hij knoopt daarmee de vraag naar de maatschappelijke onbetamelijkheid in beginsel vast aan de vereisten van de pauliana. Zelfs het door hem gegeven voorbeeld van een geval dat daar buiten ligt, past in het systeem waarbij de pauliana-vereisten bepalend zijn voor het aannemen van maatschappelijk onbetamelijk gedrag; dat voorbeeld immers zou vallen onder de nietigheid van artikel 47 Fw.

Juist vanwege het boven gesignaleerde verband tussen de actie op grond van artikel 1401 B.W. en de pauliana alsmede vanwege het feit dat de Hoge Raad er niet toe is overgegaan om afzonderlijke criteria

(46) *N.J.*, 1957, 1016.

(47) *De Pauliana buiten faillissement*, 1962, p. 93, noot 2.

te formuleren voor een actie ex 1401 B.W., lijkt het mij aangewezen dat de grenzen van wat als onbetamelijk gedrag van de bank kan worden aangemerkt niet wezenlijk ruimer worden getrokken dan de grenzen welke de wetgever bij de totstandkoming van artikel 1377 B.W. en 42 e.v. Fw voor ogen stonden. Dit betekent naar mijn mening dat maatschappelijk onbetamelijk gedrag van de bank eerst mag worden aangenomen wanneer voldaan is aan de voorwaarden voor toepassing van die artikelen waar het betreft de benadeling en de wetenschap daarvan.

a. Benadeling

Wat de benadeling aangaat houdt dit in dat ook in het kader van een actie ex 1401 B.W. van belang is de boven (zie blz. 70) aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 10 december 1976 waaruit blijkt dat de positieve gevolgen voor andere crediteuren moeten meewegen. In dit verband kan voorts gewezen worden op een vonnis van de Rechtbank Amsterdam(48) dat betrekking heeft op een geval waarbij directie en aandeelhouders een reorganisatie doorvoerden en vervolgens een deel van het concern liquideerden. De Rechtbank overwoog het volgende:

„Hoewel het de directie en aandeelhoudster van Theal-oud in beginsel vrij stond om het concern te reorganiseren en Theal-oud/Tepea geheel of grotendeels te liquideren, mochten crediteuren daarvan niet de dupe worden. Dit zou slechts anders kunnen zijn indien opoffering van de belangen van crediteuren noodzakelijk was tot behoud van andere concernonderdelen"(49).

De gedachte welke aan deze uitspraak ten grondslag ligt, zou de bank hulp kunnen bieden wanneer zij op grond van artikel 1401 B.W. wordt aangesproken door een crediteur welke stelt benadeeld te zijn door haar handelen. Zij zal dan echter wel afdoende aannemelijk moeten kunnen maken dat in het kader van de ondernomen reddingsoperatie benadeling van die crediteur (en mogelijk andere crediteuren) redelijkerwijs niet te vermijden was.

b. Wetenschap van benadeling

Wat betreft de wetenschap van benadeling allereerst het volgende. Het element van benadeling geldt zowel voor op het moment van de bestreden handeling reeds bestaande crediteuren als voor toekomstige crediteuren. Onder wetenschap van benadeling valt ook dat

(48) Rb. Amsterdam, 27 mei 1981, *N.J.*, 1985, 124.
(49) *N.J.*, 1985, 518.

de bank *behoorde* te weten dat andere crediteuren benadeeld zouden worden. Aan de andere kant is het niet — zoals ook blijkt uit de Memorie van Antwoord bij artikel 3.2.11 N.B.W.(50) — voldoende dat de bank alleen maar de mogelijkheid van benadeling kende. In het vereiste van wetenschap van benadeling ligt opgesloten het element van een onbehoorlijke gedraging. De grenzen zijn, uiteraard, niet met zoveel woorden aan te geven, doch illustratief is hetgeen Beekhuis(33) aangaande dit punt stelt:

,,Ontbreekt die onbehoorlijkheid, daardat de schuldeiser (...), bv. na accountantsonderzoek, tot de opvatting kàn komen dat het belang van de aanwezige schuldeisers door de handeling gebaat zou zijn en haar geen bijzondere redenen bekend zijn, waardoor toekomstige schuldeisers door de handeling benadeeld kunnen worden, dan is deze onaantastbaar''. (Beekhuis maakt deze opmerking in verband met de pauliana, vandaar ,,onaantastbaar'').

In dit verband kan ook verwezen worden naar de reeds geciteerde passage (zie blz. 73) uit de conclusie van Langemeyer waaruit blijkt dat hij meent dat de maatstaf dient te zijn of de bank op het moment van de transactie in kwestie redelijkerwijs kan menen dat de client daar uiteindelijk baat bij zou hebben. In feite komt het dus neer op de vraag of de client uiteindelijk levensvatbaar zal zijn of niet.

Dat is in de regel voor de directie van de onderneming in kwestie al een uiterst moeilijk te beantwoorden vraag — aldus ook de Commissie Insolventierecht(51) — doch voor de bank zal het meestentijds nog moeilijker zijn deze vraag te beantwoorden, aangezien zij immers minder direct bij de gang van zaken van de onderneming betrokken is dan de directie. Wanneer voormelde Commissie terzake van deze cruciale vraag de leiding van de onderneming een marginale toets zou willen opleggen:

,,(...) geen verstandig ondernemer in de gegeven situatie tot het oordeel had kunnen komen dat (...) redelijkerwijs kan worden verwacht (...)''(52),

dan meen ik dat het onjuist zou zijn de bank aan een zwaardere toets te onderwerpen. Het lijkt dan ook juist de beslissing van de bank marginaal te toetsen.

(50) VAN ZELEN, *Parlementaire geschiedenis van het NBW*, 1981, 216.
(51) Rapport van de Commissie Insolventierecht, Vereeniging ,,Handelsrecht'', 1985, 30.
(52) Rapport van de Commissie Insolventierecht, Vereeniging ,,Handelsrecht'', 1985, 41.

D. SCHIJN VAN KREDIETWAARDIGHEID

Een belangrijk element, al was het maar omdat de Hoge Raad het met zoveel woorden noemt, is de zogenaamde ,,schijn van kredietwaardigheid''. Uitgangspunt moet zijn dat het zich laten overdragen van activa in eigendom tot zekerheid uitdrukkelijk gesanctioneerd is door de rechtspraak(53). Ondanks de mogelijke nadelen, namelijk dat deze zekerheid voor derden niet kenbaar is, heeft de wetgever ook voor het komend recht door invoering van het bezitloos pandrecht (art. 3.9.2.2 N.B.W.) de mogelijkheid dat activa van een debiteur verbonden blijken te zijn aan een crediteur zonder dat de overige crediteuren daar weet van kunnen hebben gesanctioneerd. Voorts stelt Langemeyer in zijn conclusie voor het Erba-arrest met zoveel woorden dat een bank niet valt te verwijten dat zij onder omstandigheden ,,de uiterste mate van zekerheid bedingt die nog verkrijgbaar is''(43); daaronder valt uiteraard ook zekerheid middels eigendomsoverdracht tot zekerheid. Daarnaast is van belang dat de Hoge Raad in een nà het Erba-arrest gewezen arrest(54) heeft uitgemaakt dat niet nietig is wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden een rechtshandeling waarbij een bank zich in feite alle activa van een debiteur tot zekerheid laat overdragen. In de procedure was door een mede-crediteur van de bank betoogd, met een kennelijke ,,knipoog'' naar het Erba-arrest, dat zulks wel het geval zou zijn vanwege de aldus door de bank gewekte ,,schijn van kredietwaardigheid''.

Dit alles betekent naar mijn mening dat het niet juist is om een bank reeds vanwege het feit dat zij zich substantiële activa van de debiteur fiduciair heeft laten overdragen in de ,,verdachtenbank'' te plaatsen. Voor onbetamelijkheid van de bank is allereerst noodzakelijk dat haar het verwijt te maken valt dat zij ,,tegen beter weten in'' een krediet verstrekt danwel continueert en daarmee een schijntoestand creëert. Pas *daarna* wordt relevant of de bank zich activa als zekerheid heeft verschaft en zo ja of zij daarop daadwerkelijk verhaal neemt. Dit neemt evenwel niet weg dat er sprake is van een, wat Wachter(55) noemt ,,maatschappelijk onbehagen over de positie van de banken met al hun bedongen zekerheden''. Het feit dat Wachter en Maas kennelijk evenmin van oordeel zijn dat het enkele feit dat

(53) Hoge Raad, 25 januari 1929, *N.J.*, 1929, 616.

(54) Hoge Raad, 13 maart 1959, *N.J.*, 1959, 579.

(55) Zoals blijkt uit het verslag van TUIT van de vergadering van de Vereeniging ,,Handelsrecht'' in *T.V.V.S.*, 1983, nr. 9, p. 259.

een bank beschikt over zekerheden een bedenkelijk punt is, brengt in het bestaan van dit ,,onbehagen'' weinig verandering.

E. Diligentie van de crediteuren

Belangrijk in het Erba-arrest is de navolgende overweging van de Hoge Raad:

,,dat hiertegenover staat, dat ook van een leverancier zekere diligentie verwacht mag worden bij het waken voor eigen belangen en met name van hem verlangd mag worden, indien geleverd is en de betalingsverplichting van den schuldenaar is ontstaan, terwijl blijkt dat de betaling niet vlot verloopt, dat hij niet stilzit en niet zijn risico door het doen van nieuwe leveranties nodeloos vergroot, in verband waarmede onder omstandigheden de mogelijkheid bestaat, dat de benadeling mede aan eigen schuld te wijten is;''(41).

In dit verband kan opgemerkt worden dat de waakzaamheid die van andere crediteuren verlangd mag worden, mede omvat het rekening houden met het bestaan en het van toepassing zijn van artikel 25 bankvoorwaarden en de gevolgen daarvan voor hun verhaalsmogelijkheid. Immers het bestaan en de toepassing van de bankvoorwaarden mag heden ten dage bekend verondersteld worden bij leveranciers, die zelf ook onderworpen zullen zijn aan deze voorwaarden waar het betreft de verhouding tot hun bank. In zoverre is er een duidelijk verschil tussen de situatie nu en de situatie zoals die bestond op het moment van de Erba-uitspraak. Toentertijd konden leveranciers niet, dan wel niet in die mate, bekend verondersteld worden met deze bepaling. Een ander belangrijk verschil met de situatie van toen is dat met de balansverhoudingen zoals die thans gebruikelijk zijn kredietverlening zonder dat daar zekerheden tegenover staan zich slechts bij zeer hoge uitzondering zal voordoen.

Opvallend is voorts dat blijkens het Osby-arrest(56) — dat door velen gezien wordt als een ,,voortzetting'' van het Erba-arrest(57) — onder andere een beroep gedaan werd op eigen schuld van de benadeelde crediteur. Het Hof had dit beroep verworpen en de Hoge Raad overweegt dienaangaande:

---

(56) Hoge Raad, 25 september 1981, *N.J.*, 1982, 443.

(57) Naar mijn mening is het overigens zeer de vraag of het Osby-arrest wel rechtstreeks van belang is voor het onderwerp van de aansprakelijkheid van de bank als kredietverlener. Immers in deze uitspraak ging het in zoverre om een wezenlijk andere situatie dat een ,,schijn van kredietwaardigheid'' zou zijn opgeroepen door de moedervennootschap. Deze is uiteraard aanzienlijk beter dan de bank in staat om zich een oordeel te vormen over de financiële positie van de onderneming in kwestie terwijl zij bovendien, anders dan de bank, in de regel in vergaande mate het beleid binnen die onderneming kan bepalen.

„Osby-Zweden heeft bij haar beroep op 'eigen schuld' van LVM onder meer aangevoerd dat LVM niet de hand heeft gehouden aan de door haar bedongen betalingstermijn: binnen acht dagen. Het Hof had daarover niet mogen zwijgen."

Wat betreft de van de andere crediteuren — met name de leveranciers — te eisen diligentie kan nog op het volgende gewezen worden. Voorzover zij niet staan op contante betaling verlenen zij in enigerlei vorm krediet aan de debiteur en in zoverre zullen zij in de regel de grootste categorie van kredietverleners uitmaken. In de meeste gevallen zullen zij minder inzicht hebben in de financiële positie van hun debiteur dan de bank, maar dat neemt niet weg dat ook zij wel degelijk een eigen verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van hun kredietverlening. Dit houdt bijvoorbeeld in dat naar mijn mening een leverancier die leveranties blijft verrichten niettegenstaande het feit dat de betalingstermijn van eerdere leveranties is verstreken, geen aanspraak kan maken op de bescherming als bedoeld in het Erba-arrest. Hetzelfde geldt voor die gevallen waarbij de leverancier geen gebruik gemaakt heeft van de rechten die de wet hem in zijn hoedanigheid van onbetaald gebleven verkoper toekent.

F. Waarschuwingsplicht bank?

Volledigheidshalve wijs ik nog op het volgende. Opvallend is dat in de literatuur(58) nog al eens verkondigd wordt dat de onrechtmatigheid van de kant van de bank mede bepaald zou worden door het feit dat de bank heeft verzuimd de buitenwereld te wijzen op het feit dat de debiteur in financiële moeilijkheden verkeert. Een dergelijk betoog lijkt weinig realistisch. Zulk een mededeling zal immers zeer waarschijnlijk de debiteur de kans ontnemen de moeilijkheden, wellicht op termijn, weer de baas te worden en in zoverre zou de bank door aldus te handelen de in gang gezette reddingsoperatie al snel doen mislukken. Daarnaast verdraagt het doen van een dergelijke mededeling zich niet met het vertrouwelijk karakter waardoor de verhouding tussen de bank en haar client wordt gekenmerkt. De client zou de bank kunnen verwijten dat zij zich aldus jegens haar schuldig maakt aan wanprestatie danwel dat zij jegens haar onrechtmatig handelt. Onder omstandigheden is het wellicht wel denkbaar dat de debiteur zelf enige mededeling doet en als de debiteur daar niet toe bereid is dan zal de bank hem daartoe kunnen aanzetten, zonodig met als sanctie beëindiging van het krediet.

(58) Zie bijvoorbeeld: advies Beekhuis/Polak aan bewindvoerders Ogem, p. 18.

G. SLOTOPMERKINGEN

Tot slot acht ik het van belang nog een aantal opmerkingen te maken die wel passen in het kader van dit pré-advies, maar die niet, althans niet rechtstreeks, verband houden met het voorgaande.

Allereerst is daar het punt dat de bank in veel gevallen zich tussen twee vuren zal bevinden. Enerzijds immers dreigt het gevaar dat haar verweten zal worden dat zij een krediet te lang heeft gehandhaafd terwijl anderzijds, als zij geneigd zou zijn het krediet te beëindigen aangezien zij reden heeft om aan de levensvatbaarheid van de debiteur te twijfelen, het gevaar dreigt dat haar verweten zal worden dat zij het krediet ontijdig heeft beëindigd. Dit is het door Merchiers(59) beschreven dilemma van de bank:

„stopt hij het krediet aan een onderneming in moeilijkheden dan kan dit de ondergang van de gecrediteerde onderneming veroorzaken en de aansprakelijkheidsstelling van de bankier wegens de stopzetting van het krediet."

Anderzijds indien de bankier krediet blijft verlenen aan een oneerlijke, onervaren handelaar, of aan een onderneming die reddeloos verloren is, dan biedt hij hierdoor de mogelijkheid tot het voortzetten van een activiteit die in alle gevallen deficitair is, houdt hij kunstmatig een schijn van kredietwaardigheid bij de gecrediteerde in stand die deze laatste in de mogelijkheid stelt nieuwe slachtoffers te maken".

De leiding van de onderneming zal geneigd zijn argumenten aan te voeren voor de stelling dat de onderneming nog wel degelijk levensvatbaar is. De bank is uiteraard voor een deel afhankelijk van de informatie die zij van de onderneming zelf ontvangt. Toch mag van de bank verwacht worden dat zij oordeelt op basis van gegevens die voldoen aan zekere objectieve maatstaven, niet alleen wat betreft de juistheid daarvan maar ook wat betreft de mate waarin de gegevens beschikbaar zijn; zij zal zonodig de onderneming om nadere informatie c.q. toelichting moeten vragen en zelfs zonodig gehouden zijn zich elders betrouwbare informatie te verschaffen. Vanwege deze „twee vuren" kan de bank er in ieder geval niet mee volstaan wat de beslissing van de levensvatbaarheid betreft „aan de veilige kant te gaan zitten" (bijvoorbeeld door bij twijfel over de levensvat-

(59) „De aansprakelijkheid van de kredietverlener tegenover derden - Recente tendensen in het Belgisch recht", in *Gratia Commercii - Opstellen aangeboden aan A. Van Oven*, 1981, 174-175.

baarheid maar voor alle zekerheid het krediet op te zeggen) om de eenvoudige reden dat er voor haar geen ,,veilige'' kant is.

Een ander punt is dat aansprakelijkheid van de bank kan dreigen uit een geheel andere hoek, namelijk vanuit de (nog niet in werking getreden) artikelen 138/248 lid 7 II B.W.(60). Denkbaar is dat de bank zich zover laat betrekken in de bedrijfsvoering binnen de onderneming dat haar door derden dezelfde verwijten gemaakt zouden kunnen worden als men de leiding van de onderneming maakt. Uit de Memorie van Antwoord(61) valt echter op te maken dat de bank niet snel is aan te merken als ,,mede-beleidsbepaler''. Het stellen van voorwaarden bij kredietverlening is in het algemeen niet aan te merken als beleidsbepaling ,,als ware men bestuurder''. Dit zal slechts anders zijn wanneer de bank binnen de onderneming de lakens uitdeelt, de bestuursmacht aan zich trekt en het formele bestuur haar wil oplegt. Dit zou dan betekenen dat daadwerkelijk de positie van buitenstaander verlaten wordt en dat de bestuurstaak in feite wordt overgenomen. Daarvoor is dus nodig enerzijds een directe bemoeienis met het bestuur en anderzijds een feitelijke terzijdestelling van het formele bestuur. Dat nu zal niet snel het geval zijn. Een aansprakelijk stellen van de bank langs deze weg lijkt dan ook weinig kansrijk.

Tot slot spreekt voor zich dat de bank bij de uitwinning van haar zekerheden aansprakelijk kan worden gesteld jegens derden wanneer zij daarbij niet de vereiste zorgvuldigheid in acht neemt(62). Daarnaast kan onder omstandigheden het opzeggen van het krediet leiden tot aansprakelijkheid van de bank jegens derden, zulks mogelijkerwijs naast haar schadeplichtigheid op grond van wanprestatie jegens de client. Ook valt niet uit te sluiten de mogelijkheid dat het onder bepaalde omstandigheden gebruik maken van een contractueel recht (het bedingen van aanvullende zekerheden) is aan te merken als een onrechtmatige daad jegens derden. In het kader van dit pré-advies kan echter op deze punten van meer algemene aard niet nader ingegaan worden.

---

(60) Wet van 16 mei 1986, houdende wijzigingen van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van Rechtspersonen (Staatsblad 1986, nr. 275). Volgens artikel V treedt deze wet op een nader te bepalen tijdstip in werking. De verwachting is dat dit 1 januari 1987 zal zijn.

(61) Kamer stukken 16.631, 23-24.

(62) Hoge Raad, 11 januari 1974, *N.J.*, 1974, 179; Rb. Amsterdam, 11 december 1974, *N.J.*, 1975, 432; Hoge Raad, 3 december 1982, *N.J.*, 1983, 493; Rb. Amsterdam, 16 mei 1984, *N.J.*, 1985, 204; Hof Amsterdam, 27 december 1984, *N.J.*, 1986, 112.

H. CONCLUSIE

Vaststaat dat het Erba-arrest van de Hoge Raad voor wat betreft de aansprakelijkheid van de kredietverlener jegens derden, voortvloeiend uit het verlenen en/of voortzetten van een krediet, van belang is. Allereerst omdat de Hoge Raad daarin heeft beslist dat een actie op grond van artikel 1401 B.W. mogelijk is naast de (faillissements) pauliana en voorts omdat in die uitspraak aan de orde was een mogelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 1401 B.W. van een bank. Wel is het ter nadere bepaling van het belang van deze uitspraak voor de hedendaagse rechtspraktijk belangrijk om goed voor ogen te houden dat een aantal omstandigheden waar de Hoge Raad toentertijd bij zijn beslissing van uit zal zijn gegaan inmiddels belangrijk is gewijzigd.

Veel houvast voor wat betreft de criteria waaraan het handelen van een bank getoetst moet worden, biedt het Erba-arrest niet en ook in zoverre is het belang van deze uitspraak minder groot dan men op het eerste gezicht zou verwachten. Voor het invullen van die criteria is de pauliana voor zover het betreft het element van de ,,benadeling'' en de ,,wetenschap van benadeling'' — en de ten aanzien daarvan tot ontwikkeling gekomen rechtspraak — van groot belang, te meer nu er in de rechtspraak niet sprake is van een ontwikkeling waarin een duidelijk doortrekken van de lijn van het Erba-arrest valt te bespeuren.

Wel biedt de conclusie van Langemeyer bij het Erba-arrest een belangrijke toetsingsmogelijkheid in de vorm van de ,,levensvatbaarheidsvraag''. De eerste toets waaraan het handelen van de bank moet worden onderworpen is dan ook of de bank op het moment van verlening of handhaving van het krediet mocht menen dat haar client redelijkerwijs gesproken een overlevingskans had; er is reden de beslissing van de bank terzake marginaal te toetsen. Pas nadat is vastgesteld dat de beslissing van de bank deze eerste toets niet kan doorstaan wordt van belang de vraag of en in welke mate de bank zekerheden heeft verkregen en zich daarop verhaalt.

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de slotconclusie dat de bank op grond van haar handelen in het kader van de kredietverlening aan een client jegens derden aansprakelijk kan worden. Als ieder ander moet de bank in dat geval maatschappelijk onbetamelijk handelen verweten kunnen worden. Er is geen reden — ook het Erba-arrest noopt daartoe niet — een bank terzake bijzondere, in de zin van wezenlijk zwaardere, maatstaven op te leggen.

LITERATUUR

ANKUM, J.A., *De Pauliana buiten faillissement in het Nederlandse Recht sedert de Codificatie*, Tjeenk Willink, 1962.

ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht* 4-II, Tjeenk Willink, 6e druk, 1982.

BEEKHUIS, J.H., ,,Fiduciaire overdracht en Pauliana'', *N.V.*, 37, 1959, 61-69.

BEEKHUIS, J.H. en POLAK, N.J., *Advies aan bewindvoerders Ogem 18 maart 1982.*

COMMISSIE INSOLVENTIERECHT, Rapport van de Commissie Insolventierecht, Vereeniging ,,Handelsrecht'' 1985

GRINTEN, W.C.L. VAN DER, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Tjeenk Willink, 10e druk, 1984.

HOFMANN, L.C., *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, deel 1, tweede gedeelte, Tjeenk Willink, 9e door P. Abas bewerkte druk, 1977.

HONÉE, H.J.M.N., ,,Het stellen van zekerheid voor andermans schuld en artikel 6 boek 2 B.W.'', *N.V.*, 59, 1981, 52-56.

MERCHIERS, Y., ,,De aansprakelijkheid van de kredietverlener tegenover derden. Recente tendensen in het Belgisch recht'', in *Gratia Commercii — Opstellen aangeboden aan A. van Oven*, Tjeenk Willink, 1981, 167-178.

MOLENAAR, F., ,,Rubriek Rechtspraak'', *T.V.V.S.*, 1984, nr. 10, 256-257

OPHOF, H.P.J., ,,De Sterfhuisconstructie en praktische problemen bij Holdingmaatschappijen'', in *Overdracht van een onderneming*, Kluwer, 1983, 163-177.

OPHOF, H.P.J., ,,Problemen met hoofdelijke aansprakelijkheid in concernverband'', *N.J.B.*, 1983, 1192-1194.

POLAK, N.J., ,,Een niet geannoteerd arrest over de Pauliana'', *W.P.N.R.*, 109, 1978, nr. 5444, 485-489.

POLAK, N.J., *Failissementsrecht*, Tjeenk Willink, 2e herziene druk, 1982.

VAN SCHILFGAARDE, P., ,,Rechtsvragenrubriek'', *W.P.N.R.*, 1983, nr. 5635, 9-10.

SOETEN, G.H. DE, ,,Zekerheidsverschaffing en vennootschappelijk belang'', *N.J.B.*, 1984, 271-272.

TUIT, P., De vergadering van de Vereeniging ,,Handelsrecht'' over: ,,De in haar continuïteit bedreigde onderneming'', *T.V.V.S.*, 26, 1983, nr. 9, 256-262.

ZEBEN, C.J. VAN, *Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijke Wetboek; Boek 3 — Vermogensrecht in het Algemeen*, Kluwer, 1981, 215-219.

ZEBEN, C.J. VAN, *Faillissementswet*, Kluwer-Deventer, losbladige uitgave.

SOMMAIRE

I. L'arrêt Erba de la Cour Suprême est incontestablement d'une importance primordiale en ce qui concerne la responsabilité que le donneur de crédit assume envers les tiers en raison de l'octroi et/ou de la prolongation d'un crédit.

Cet arrêté est important en premier lieu, parce que la Cour Suprême y a décidé qu'une action peut être basée sur l'article 1401 du Code Civil ou constitue une action paulienne (en faillite) et en deuxième lieu, parce qu'il concernait la responsabilité éventuelle d'une banque sur la base de l'article 1401 du Code Civil.

Afin de bien pouvoir mesurer l'importance de cet arrêt pour la jurisprudence actuelle, il importe de ne pas perdre de vue que certaines circonstances qui furent à la base de la décision de la Cour Suprême ont entretemps considérablement changé.

L'arrêt Erba n'offre guère d'appui en ce qui concerne les critères auxquels doivent répondre les activités d'une banque et pour cette raison, son importance est moins grande qu'il n'y paraît à première vue.

Pour définir ces critères, l'action paulienne est d'une grande importance en ce qui concerne la notion de ,,préjudice'' et l'élément de ,,connaissance du préjudice'' ainsi que la jurisprudence élaborée à cet égard, et ce d'autant plus qu'il n'est pas question d'une évolution permettant de déceler de façon claire une prolongation de la ligne de l'arrêt Erba dans la jurisprudence.

Toutefois, la conclusion de Langemeyer nous offre une possibilité de procéder à des vérifications importantes sous la forme de la ,,question de viabilité''. La première vérification à laquelle doivent être soumises les activités d'une banque vise à savoir si lors de l'octroi ou du maintien du crédit, la banque pouvait croire que son client avait, raisonnablement parlant, une chance de survie; vérifier une telle décision de la banque doit faire l'objet d'un contrôle marginal. Ce n'est qu'après avoir constaté, sur cette base, le caractère inacceptable de la décision de la banque, qu'il importe de vérifier si et dans quelle mesure la banque a obtenu des garanties et les fait valoir.

Sur la base de ce qui précède, l'auteur arrive à la conclusion que la banque pourra être rendue responsable sur la base de ses activités dans l'octroi de crédits à un client. Dans un tel cas il faut que — comme pour toute autre personne — un manque de diligence puisse être reproché à la banque. Il n'y a pas lieu de soumettre une banque à des critères particuliers, notablement plus exigeants, l'arrêt Erba ne changeant rien sur ce point.

II. Suite à la forte croissance des besoins de crédit ces dernières années, le crédit bancaire est devenu un élément de gestion quasi indispensable. Dans ces conditions, banque et débiteur sont mutuellement dépendants de leur connaissance et confiance.

En jurisprudence, on relève une tendance à donner, dans le contrat de crédit, une portée extensive à la bonne foi. La faculté de révoquer à tout moment un crédit en compte-courant, ne pourra être utilisée que si elle est justifiée par des motifs très sérieux. La durée de la relation de crédit, la façon dont le débiteur a respecté ses engagements et sa dépendance des facilités de crédit, sont des éléments à prendre en considération dans l'appréciation des motifs très sérieux susceptibles d'être invoqués.

Une plus grande portée de la bonne foi peut amener la banque à adopter une politique moins souple et plus limitative en matière de crédit.

En rapport avec la responsabilité à l'égard de ceux qui se sont portés (co-)responsables des engagements du débiteur, la jurisprudence considère que la banque est tenue, selon les circonstances de chaque cas séparément, d'informer le co-responsable de certains dévéloppements intervenant dans le cadre du contrat de crédit, afin de lui permettre d'éviter une aggravation de son risque.

Sur la question de savoir dans quelle mesure les sociétés filiales peuvent, dans un holding, se porter solidairement responsables et donner des garanties pour leur société-mère ou pour chacune d'entre elles mutellement, il n'y a pas unanimité dans la jurisprudence et la doctrine. En général, on peut conclure que le seul fait qu'une société fait partie d'un holding ne suffit pas pour refuser les engagements précités. L'auteur estime que cette acceptation de responsabilité et l'octroi de garantie ne comportent pas un dépassement de l'objet social — tel que prévu dans l'article 6 du Code Civil II — s'il est question, dans le holding, d'une unité financière, économique et d'organisation.

SUMMARY

I. The Erba judgment of the Supreme Court is of unquestionable relevance to a lender's liability to third parties arising from the granting or continuation of a credit.

The significance of the Erba judgment is derived first and foremost from the Court's recognition therein of the possibility of instituting a legal action based on article 1401 of the Civil Code, apart from the (bankruptcy) Pauliana, and furthermore from the fact that at issue in such case was the possible liability under article 1401 of a bank. It is nevertheless important when evaluating the relevance of this judgment to present day legal practice to bear in mind that a number of the factors which the Supreme Court must have had in mind when reaching its decision have since that time changed significantly.

The Erba judgment offers little clear guidance on the criteria by which a bank's conduct must be measured, and the decision is in this respect also less important than one might at first sight expect. To determine these criteria, the elements of ,,injury'' and ,,knowledge of injury'' of the Pauliana — and the case law with respect thereto — are of great importance, especially because the case law subsequent to the Erba judgment does not clearly follow-up the approach taken therein.

The advisory opinion of Langemeyer in the Erba case does, however, offer a significant test for evaluating a bank's conduct, in the form of a ,,viability threshhold''. The initial test to which the bank's conduct must be subjected is whether at the time of granting or continuing the credit the bank was entitled to believe that its client had, within reason, a chance of survival; there is reason to test the bank's decision marginally in this regard. Only after it has been determined that the decision of the bank cannot withstand this initial test does it become relevant to ask whether and to what extent the bank has taken security and will exercise recourse thereon.

In consideration of the foregoing I conclude that a bank in the course of extending credit to a client may become liable towards third parties. It must be possible in such cases to hold the bank, like anyone else, accountable for conduct which violates the duty of care owed by one member of society to another. There is, however, no basis for subjecting a bank to special, in the sense of substantially stricter, standards in this respect, and the Erba judgment does not suggest otherwise.

II. As a result of the greatly increased credit requirements of the past few decades, the bank credit has become a virtually indispensable element in the carrying on of business. Both the bank and the borrower are thereby dependent upon one another's knowledge and trust.

A trend can be discovered in the case law toward a more expansive application of the principle of good faith to credit agreements. The right to terminate credits in current account at any time may only be exercised if there are very compelling reasons to do so. The duration of the credit relationship, the manner in which the borrower has fulfilled his obligations and the dependence of the borrower on the credit facility all play a role in determining whether the requisite compelling reasons are indeed present. A more expansive application of the principle of good faith may induce the bank to implement less accomodating and more restrictive credit policies.

With regard to the liability of the bank towards those who have assumed (co-) liability for the obligations of the borrower, the criterium which has been developed by case law is that depending upon the facts and circumstances in each particular case, the bank has a responsibility to inform such co-obligor of certain developments with respect to the credit agreement to enable him to keep his risk from increasing.

With respect to the question of the extent to which subsidiaries within a group of companies may assume joint and several liability or funish security for the obligations of the parent company or of one another, there is in case law and among the legal writers no consensus of opinion. In general it may be concluded that the sole fact that a company is a member of a group of companies is insufficient to justify its undertaking of such obligations. The writer is of the opinion that the assumption of liability and the furnishing of security is not an ultra vires act as defined in article 6 of the Civil Code II if the group can be seen as a financial, economic, and organizational unity.

ZUSAMMENFASSUNG

I. Feststeht, dass das vom Obersten Gericht ausgesprochene Urteil in Sachen Erba in bezug auf die Haftbarkeit des Kreditgebers Dritten gegenüber, die sich aus der Gewährung und/oder Verlängerung eines Kredits ergibt, von Bedeutung ist. Zunächst weil das Oberste Gericht darin entschieden hat, dass eine haftbarkeit auf Grund Artikel 1401 BW (BGB) nächst dem (Konkurs) pauliana möglich ist und ferner weil in diesem Urteil die etwaige Haftbarkeit einer Bank laut Artikel 1401 BW zur Diskussion stand. Allerdings ist es zur näheren Bestimmung der Bedeutung dieses Urteils für die heutige Rechtspraxis wichtig gut vor Augen zu behalten, dass sich inzwischen eine Anzahl Umstände, von denen das Oberste Gericht damals bei seiner Entscheidung ausgegangen sein muss, erheblich geändert haben.

Viel Halt in bezug auf die Kriterien, an denen das Handeln der Bank geprüft werden soll, bietet das Erba-Urteil nicht und auch in dieser Hinsicht ist die Bedeutung dieses Urteils weniger gross, als man auf dem ersten Blick erwarten würde. Für die Ausfüllung jener Kriterien ist das actio Pauliana, insofern es sich um das Element der ,,Benachteiligung'' und der ,,bewussten Benachteiligung'' — und die sich in dieser Hinsicht entwickelte Rechtspflege — handelt, von grosser Bedeutung, um so mehr da in der jetzigen Justizpraxis von einer Entwicklung, in der sich ein klares Weiterführen der Praxis im Sinne des Erba-Urteils entdecken lässt, keine Rede ist.

Wohl bietet die von Langemeyer zum Erba-Urteil gezogene Schlussfolgerung eine wichtige Prüfungsmöglichkeit in der Form der „Lebensfähigkeitsfrage". Die erste Prüfung, die in bezug auf das Handeln der Bank vorgenommen werden soll, ist denn auch, ob die Bank zur Zeit der gewährung oder Aufrechterhaltung des Kredits der Meinung war, dass ihr Kunde billigerweise eine Überlebungschance hatt; es gibt Gründe, die Entscheidung der Bank diesbezüglich marginal zu überprüfen. Erst nachdem festgestellt worden ist, dass die Entscheidung der Hank diese erste Prüfung nicht bestehen kann, wird es interessant zu wissen, ob und in welchem Masse die Bank Sicherheiten erworben hat und sich darauf erholt.

Auf Grund des Oberstehenden komme ich zu der Schlussfolgerung, dass die Bank auf Grund ihres Handelns im Rahmen der Kreditgewährung an einen Kunden einem Dritten gegenüber haftbar gemacht werden kann. Wie jedem andern muss in diesem Fall der Bank vorgeworfen werden können, gesellschaftlich ungeziemend gehandelt zu haben. Es gibt keinen Grund — auch das Erba-Urteil gibt dazu keinen Anlass — eine Bank diesbezüglich besondere, im Sinne wesentlich schwererer, Normen aufzubürden.

II. Infolge eines stark zugenommenen Kreditbedarfs in den vergangenen Jahrzehnten ist der Bankkredit ein nahezu unentbehrliches Element bei der Betriebsausübung geworden. Bank und Kreditnehmer sind dabei von einer des andern Kenntnis und Vertrauen abhängig.

In der Jurisprudenz ist eine Tendenz bemerkbar, das gute Vertrauen in der Kreditvereinbarung mehr zur expansiven Geltung kommen zu lassen. Von der täglichen Kündbarkeit eines Kontokorrentkredite darf nur Gebrauch gemacht werden, wenn dazu schwerwiegende Gründe vorhanden sind. Die Dauer einer Kreditverbindung, die Art und Weise wie der Kreditnehmer seine Verpflichtungen erfüllt hat sowie seine Abhängigkeit von der Kreditfazilität sind Elemente, die bei der Beurteilung der Frage, ob die erforderlichen, schwerwiegenden Gründe tatsächlich vorhanden sind, eine Rolle spielen. Grössere expansive Geltung des guten Vertrauens könnte die Bank dazu veranlassen, eine weniger entgegenkommende und restriktivere Kreditpolitik zu führen.

In bezug auf die Haftbarkeit denjenigen gegenüber, die sich für die Verpflichtungen des Kreditnehmers (mit)haftbar gemacht haben, hat sich in der Jurisprudenz das Kriterium entwickelt, dass die Bank, je nach den Umständen jedes einzelnen Falles, dazu gehalten wird, den Mithaftenden in bezug auf bestimmte Entwicklungen in der Kreditvereinbarung in Kenntnis zu setzen, damit dieser in der Lage ist, eine Erhöhung seines Risikos zu vermeiden.

In bezug auf die Frage, in wiefern Tochtergesellschaften innerhalb eines Konzerns sich für die Muttergesellschaft und gegenseitig selbstschuldnerisch haftbar machen dürfen und Sicherheit erteilen können, besteht in der Rechtspflege und in der Literatur keine Einstimmigkeit. Im allgemeinen kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die einzige Tatsache, dass eine Gesellschaft Teil eines Konzerns ist, nicht genügt, das Eingehen genannter Verpflichtungen zu rechtfertigen. Der Autor ist der Meinung, dass die Haftbarmachung und die Sicherheitserteilung keine Zielüberschreitung im Sinne des Artikels 6 des BW II mit sich bringt, wenn innerhalb des Konzerns die Rede von einer finanziellen, wirtschaftlichen und organisatorischen Einheit ist.