

Tips nr. 8

Strijdigheid bancaire financiering – verkopers' financiering

Bancaire lening en achtergestelde lening. Om de verkoop van de onderneming mogelijk te maken, wordt veelal voorgesteld dat verkoper voor een deel van de koopprijs een (achtergestelde) lening aan koper verstrekt: een gedeelte van de koopprijs wordt niet aan verkoper uitbetaald, doch door koper aan verkoper schuldig gebleven en omgezet in een door verkoper aan koper verstrekte overeenkomst van geldlening, die wordt achtergesteld bij de bankfinanciering.

Banken kunnen aan het verstrekken van financiering aan koper een aantal duidelijke voorwaarden verbinden, waaronder bijvoorbeeld:

- a. De kredietnemer zal zijn betalingsverkeer zoveel mogelijk via de bank leiden;
- b. De rente op de jegens de bank achter te stellen leningen zal worden bijgeschreven;
- c. Er zal niet worden afgelost op de jegens de bank achter te stellen leningen.

Opletten is noodzakelijk. In de drukte van een overnameproces is het hierbij opletten geblazen. Een verkoper die zijn koopprijs niet in één keer uitbetaald krijgt, zal vaak willen dat zijn (achtergestelde) lening uiterlijk binnen enkele jaren na de transactie door koper wordt terugbetaald. Indien een koper de kredietofferte van de bank accepteert, waarin (voornoemde) voorwaarden zijn opgenomen en koper in de tussentijd met verkoper – bewust of onbewust - is overeengekomen dat zijn geldlening in bijvoorbeeld 2 jaar aan verkoper zal worden afgelost, is een lastige impasse ontstaan: ten opzichte van de bank heeft koper zich verplicht geen aflossingen op jegens de bank achtergestelde geldleningen te doen, terwijl koper zich jegens verkoper juist heeft verbonden wel aflossingen op de geldlening te verrichten. Koper is gebonden geraakt aan twee, met elkaar strijdige, overeenkomsten. Ofwel: komt koper de overeenkomst van de ene partij na, dan pleegt hij wanprestatie jegens de andere partij.

Gevolgen. De complicaties kunnen meer dan vervelend zijn.

Komt verkoper achter deze problematiek, dan zal een verkoper er normaliter voor kiezen om van de transactie af te zien. De koper kan na de transactie immers eenvoudig stellen dat hij van de bank niet mag betalen, dus verkoper kan (voorlopig) naar het restant van zijn koopprijs fluiten, zo gezegd. Zeker in het licht van het navolgende.

Welke andere keuze rest verkoper? Koper op terugbetaling van de geldlening aanspreken? Zou koper daaraan gevolg geven, dan pleegt koper wanprestatie jegens de bank (aflossen mocht immers niet) en zou verkoper aan het plegen van die wanprestatie jegens de bank meewerken, dan kan verkoper op grond van onrechtmatig handelen jegens de bank worden aangesproken en tevens op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Dat geldt overigens ook voor de koper. Ik wijs u op de uitspraken LJN BI7381 Rechtbank Rotterdam, 13-05-2009, HA ZA 07-907, Rabo Hardinxveld / Giessendam / Domhof-de Mooij-v Ast-vd Est (JOR 2009/240) met verwijzing naar HR 8 december 2006, JOR 2007/38 (Ontvanger/ Roelofsen):

“Vooropgesteld wordt dat bij benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaald blijven van diens vordering naast de aansprakelijkheid van de vennootschap ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Daarvoor is naar vaste rechtspraak vereist dat de bestuurder, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt treft. Daarbij geldt als maatstaf of het handelen of nalaten als bestuurder van de betrokken bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (vergelijk HR 8 december 2006, «JOR» 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen)). Dit geldt ook voor een middellijk bestuurder. Gedaaqde sub 1 kan dit verwijt gemaakt worden. Met de aflossing van de achtergestelde lening van gedaaqde sub 4 werd inbreuk gemaakt op de voorwaarden van de achterstelling die voor die lening golden. Aangenomen moet worden dat gedaaqde sub 1 dit wist, al was het maar omdat voor zijn eigen lening eenzelfde achterstelling gold. ...

Ook voor gedaagde sub 4 geldt dat hij als (middellijk) bestuurder van HTTS onrechtmatig heeft gehandeld door te bewerkstelligen althans tot te laten dat HTTS in strijd met de voorwaarden van de achterstelling zijn achtergestelde lening heeft afgelost...”

Spreekt verkoper koper niet aan op nakoming van de achtergestelde geldlening, dan zal verkoper doorgaans moeten wachten totdat koper zijn verplichtingen jegens de bank heeft voldaan, uit hoofde van de verkregen bancaire financiering, tenzij de bank (alsnog) tussentijdse aflossing aan verkoper zou toestaan.

Uiteindelijk is de kans groot dat de deal (verkoop onderneming) niet doorgaat of niet wordt nagekomen en daar was het alle partijen toch om te doen.

En doet koper tenslotte of zijn neus bloedt en zet hij de transactie gewoon door, zonder verkoper te informeren over de met elkaar strijdige contracten, dan kunnen er dus serieuze problemen ontstaan als de bank er later achter komt: gezien de voorwaarde van de bank dat het betalingsverkeer zoveel mogelijk via haar moet worden geleid, raakt de bank normaliter op de hoogte van betalingen op (achtergestelde) leningen. De bank is vervolgens gerechtigd wegens ernstige wanprestatie het krediet op te zeggen en zal volledige terugbetaling van de kredieten van koper (kunnen) eisen. Wordt hieraan niet voldaan, dan kan de bank verkregen zekerheden uitwinnen. De verkoper kan vervolgens zijn restbetaling wel vergeten. Kortom: een groot risico voor zowel koper als verkoper, die te maken kunnen krijgen met claims van de bank op grond van wanprestatie, onrechtmatig handelen en bestuurdersaansprakelijkheid, terwijl verkoper koper kan aanspreken tot betaling van schadevergoeding, gebaseerd op dezelfde grondslagen. Hoe hiermee om te gaan?

Welke adviezen/tips zijn te geven?

Voor verkopers en hun adviseurs:

- Beoogt verkoper een (achtergestelde) geldlening aan koper te verstrekken, houd dan rekening met de mogelijkheid dat – bij aanwezigheid van bancaire financiering - de bank aflossing van de (achtergestelde) geldlening heeft verboden en vraag tijdig aan koper of hiervan sprake is. Koper zal op deze vraag uitsluitend moeten geven, waarop kan worden bekeken hoe dit financieringstechnisch gezien kan worden opgelost.
- Beding van koper - bij aanwezigheid van bancaire financiering - dat de voorwaarden van achtergestelde geldlening de voorafgaande schriftelijke instemming van de bank behoeven en houd in de gaten of koper deze verplichting ook daadwerkelijk nakomt. Ga als verkoper pas verder als duidelijk is dat de bank akkoord is gegaan of sluit een (ver)koopovereenkomst met een hierop gerichte ontbindende voorwaarde. Stemt de bank niet in, dan kan verkoper desgewenst onderuit de (ver)koopovereenkomst komen, dan wel biedt een dergelijke ontbindende voorwaarde verkoper de mogelijkheid koper onder druk te zetten deze kwestie goed met de bank te regelen, ter voorkoming van mogelijk latere (grote) problemen.

Voor kopers en hun adviseurs:

- Neem - bij de wenselijkheid/noodzaak van bancaire financiering - een financieringsvoorbehoud in de koopovereenkomst op waarin niet alleen de “gebruikelijke” bepalingen worden opgenomen, doch waarin ook als (opschortende/ontbindende) voorwaarde wordt opgenomen dat de bank moet instemmen met de voorwaarden van achtergestelde geldlening aan koper. Koper dient vervolgens wel daadwerkelijk de achtergestelde geldlening ter goedkeuring aan de bank voor te leggen.
- bestudeer de bankofferte goed. Vaak is koper blij met de verkregen kredietofferte, doch neem de tijd om goed te kijken naar de voorwaarden waaronder de bank bereid is te financieren en wat voor consequenties dit kan hebben.
- Leg de (beoogde) overeenkomst(en) van (achter)gestelde geldlening naast de kredietofferte van de bank en is sprake van tegenstrijdigheid, leg dit dan tijdig aan de bank voor. Een bank hoeft geen moeite met een (extra) achtergestelde geldlening te hebben, doch kan dat ook als een voordeel zien, bijvoorbeeld omdat een deel van het vermogen langer in de onderneming kan blijven zitten, in plaats van dat het zou worden aangewend ter

betaling van de koopprijs. Kortom: beter overleg en/of discussie met alle betrokkenen vooraf, dan ellende achteraf.

Tenslotte: indien een koper - bij strijdigheid tussen de bankvoorwaarden en die van de achtergestelde geldlening - nalaat om dit aan de bank voor te leggen, kan een verkoper mijn inziens met recht stellen dat een koper niet aan zijn inspanningsverplichtingen uit hoofde van een financieringsvoorbehoud, mits rechtsgeldig overeengekomen, heeft voldaan. Dit omdat die inspanningsverplichting aan de zijde van koper niet alleen betekent dat hij zich echt moet inspannen om passende financiering te verkrijgen, doch ook dat die gewenste en vervolgens verkregen financiering stand moet kunnen houden. Dit in het belang van zowel koper als verkoper als ook in het belang van de bank, welk belang uiteindelijk ook weer een belang van koper en verkoper betreft, gezien al het bovenstaande.

Auteur van dit artikel © :

mr. Enno Schets

013-5331752/06-57644156

Zie www.cpok.nl waarop de eerdere Tips/publicaties zijn te vinden.

Disclaimer: hoewel aan de inhoud en samenstelling van dit artikel de grootste zorg en aandacht is besteed, aanvaardt de auteur geen enkele aansprakelijkheid voortvloeiende uit het gebruik daarvan. Raadpleeg in voorkomend geval steeds een op dit terrein gespecialiseerd jurist of advocaat.