

De Langhe Advocaten



De ene zekerheid is de andere niet... kleine lettertjes, grote gevolgen

Niettegenstaande de rentevoeten de laatste jaren laagterecords hebben verbroken, blijft het niet evident om financiering voor uw onderneming te bekomen. Indien uw onderneming geen onroerende goederen of aanzienlijke schuldvorderingen in hypotheek/pand kan geven, is de kans groot dat de bank u als aandeelhouder/zaakvoerder vraagt om zelf een zekerheid te stellen voor de verplichtingen van uw onderneming.

Een gekende zekerheidsstelling is de borgstelling, waarbij u zich als aandeelhouder/zaakvoerder borg stelt ten aanzien van de bank voor de terugbetaling van een door uw vennootschap aangevane lening. Indien de bank bij wanbetaling de integrale geleende som (en mogelijk ook het saldo van andere bij deze bank lopende leningen) opeisbaar stelt, zal de bank zich rechtstreeks tot u kunnen richten.

Om dergelijke risico's (schijnbaar) in te perken, kan de bank u een *cash deficiency commitment* voorstellen. Dit wordt doorgaans opgevat als de verbintenis van een aandeelhouder om diens vennootschap financieel bij te staan ingeval zij liquiditeitsproblemen ondervindt en haar lening (tijdelijk) niet kan terugbetalen. Een typeclausule: "X (de aandeelhouder) verbindt zich ertoe dat vennootschap Y steeds over toereikende liquide middelen zal beschikken om haar verplichtingen t.a.v. Z (de bank) te voldoen en zal, in geval van ontoereikende liquide middelen, bijkomende middelen in de vennootschap inbrengen."

In theorie leunt een *cash deficiency commitment* eerder aan bij de zgn. *comfort letter* dan bij de borgtocht, omdat zij in principe geen rechtstreekse betalingsverplichting van de aandeelhouder aan de bank in het leven roept. In geval van wanbetaling zal de bank zich dus op het gemeen aansprakelijkheidsrecht moeten baseren en haar schade moeten bewijzen wegens de niet-nakoming door de

aandeelhouder van diens engagement om de vennootschap te voorzien van (bijkomende) financiële middelen. De filosofie van dergelijke clause is veeleer uw vennootschap bij te staan bij een tijdelijk liquiditeitstekort, dan rechtstreeks tegenover de bank aansprakelijk te zijn voor de gehele som van het nog uitstaande krediet, zoals bij de uitwinning van een borgstelling.

In tegenstelling tot de borgstelling, wordt een *cash deficiency commitment* niet bij wet geregeld. Dit betekent dat het partijen principieel vrij staat om deze verbintenis zelf inhoud te geven. In de praktijk zal de bank deze verbintenis vaak streng invullen, bijvoorbeeld door een rechtstreekse betaalverplichting op eerste verzoek aan de bank te bedingen of de verbintenis uit te breiden naar alle kredieten aangegaan bij deze bank. Ook zal er vaak geen plafond bepaald zijn, waardoor u in geval van insolvabiliteit toch voor het gehele nog uitstaande krediet dreigt te moeten instaan. Achteraf kunnen zich dan ook heel wat discussies voordoen over de aard en draagwijdte van dergelijke verplichting (autonome garantie of herkwalificatie tot borgstelling, enz.).

De soms onduidelijke omschrijving van een dergelijke verbintenis - waarbij de rechter de "werkelijke" wil van de partijen achteraf moet reconstrueren - en het ontbreken van een wettelijk kader en vaste rechtspraak daaromtrent, betekent dat partijen mogelijk een grote rechtsonzekerheid in het leven roepen.

Indien een rechter daarenboven van oordeel is dat uw *cash deficiency commitment* niet enkel een belofte aan de bank was maar ook aan uw vennootschap een eigen recht geeft op de beloofde financiële ondersteuning bij liquiditeitstekort, en u de controle over uw vennootschap onverwachts verliest - denk maar aan een voorlopig bewindvoerder bij een aanslepend aandeelhoudersgeschil - dan

dreigt u op vele fronten verlies te lijden: uw inbreng als aandeelhouder, de door de vennootschap opgevorderde sommen en de (schade)claim van de bank.



Om dergelijke rechtsonzekerheid te vermijden, is het niet alleen aangewezen om de door u aangevane verbintenis in tijd en omvang te beperken, maar ook om de gebruikte bewoordingen nauwgezet te analyseren. Wat op het eerste zicht een formaliteit lijkt te zijn, kan immers al snel escaleren wanneer uw vennootschap geconfronteerd wordt met een liquiditeitsproblemen, wanbetalers e.d.m. Niet zelden zal een in omvang beperkte borgstelling een beter uitgangspunt vormen dan een onduidelijk geformuleerde *cash deficiency commitment*.

Bruno Thoen en Nathan Declerck,
De Langhe Advocaten

 DeLanghe
advocaten - attorneys



tax - M&A - governance
finance - commercial

 Henri Lebbestraat 109
B-8790 Waregem
 +32 (0) 56 62 50 00

 3Square Village - Rijvisschestraat 124
B-9052 Gent
 +32 (0) 9 277 04 54

 Koningsstraat 71
B-1000 Brussel
 +32 (0) 2 880 35 35

 contact@de-langhe.be
 www.de-langhe.be