

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteurs(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

27^e jaargang | 22 september 2023 | nummer 9

ONDERNEMING EN BEDRIJF

mw. mr. C.A.M. Slegers¹

Verrekening door de bank vóór en tijdens faillissement: de goede trouwmaatstaf verduidelijkt.

2023-0161

Recentelijk heeft de Hoge Raad de goedetrouwmaatstaf uit artikel 54 lid 1 (en artikel 235 lid 1) Faillissementswet (Fw) verduidelijkt.² Of sprake is van goede trouw in de zin van artikel 54 Fw is afhankelijk van de wetenschap van de partij omtrent de toestand waarin de latere failliet verkeerde op het moment dat de schuld of de vordering werd overgenomen. Maar gaat het bij deze maatstaf dan om subjectief of juist objectief weten? De vraag of het gaat om de subjectieve wetenschap (oftewel: de partij wist dat zijn wederpartij verkeerde in een toestand dat diens faillissement te verwachten was) of de objectieve wetenschap (oftewel: de partij behoorde te weten dat zijn wederpartij in een toestand verkeerde dat diens faillissement te verwachten was) was nog niet eerder door de Hoge Raad beantwoord. Volgens de Hoge Raad gaat het om 'objectief weten'. In deze bijdrage ga ik nader in op dit arrest en de betekenis ervan voor de praktijk.

Feiten

De feiten van de onderhavige zaak zijn als volgt. Flinter Shipping B.V. (Shipping), Flinter Management B.V. (Management), Flinter Shared Services B.V. (Shared Services) en Flinter Chartering B.V. (Chartering) behoren alle tot het 'Flinterconcern'. De ondernemingen binnen het Flinterconcern waren actief als scheepvaartondernemingen. Het Flinterconcern bankierde bij de ING, die het Flinterconcern op verschillende momenten krediet heeft verstrekt. Tot zekerheid van terugbetaling van haar vordering is ten behoeve van ING een stil pandrecht gevestigd op onder meer de vorderingen van Shipping en Chartering, waartoe op (vrijwel) dagelijkse basis verzamelmandakten zijn geregistreerd bij de Belastingdienst. ING heeft met het Flinterconcern ook een 'compte joint- en mede-aansprakelijkheidsovereenkomst' (CJMO) gesloten. Op basis van de CJMO hebben de vennootschappen van het Flinterconcern zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor hun schulden aan ING.

De CJMO bepaalde (voor zover relevant) onder meer het volgende: "De bank en partijen sub A [de vennootschappen van het Flinterconcern] komen overeen dat de bank de vorderingen die zij nu of te eniger tijd, al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde, op partijen sub A of één hunner heeft of krijgt, mag verrekenen met de vorderingen die partijen sub A of één hunner nu of te

eniger tijd, al dan niet opeisbaar, op de bank heeft of krijgt, een en ander naar keuze van de bank. Partijen sub A machtigen de bank onherroepelijk om eventuele creditsaldi op (één van) de rekening(en) van ieder van de partijen sub A, zonder enige nadere opdracht, over te boeken naar (één van) de rekening(en) van haarzelf of van iedere andere van de partijen sub A, één en ander geheel naar keuze van de bank."

In deze zaak is van belang dat het Flinterconcern bevrachtingsdiensten ter zake (onderdelen van) windmolens aan Vestas Wind Systems A/S (Vestas) leverde. Ingevolge een overeenkomst uit 2012 tussen Shipping en Vestas handelde Shipping daarbij als onmiddellijk vertegenwoordiger voor Chartering, die als eigenaar van de voor de uitvoering van die overeenkomst in te zetten schepen werd genoemd. Shipping stuurde voor deze bevrachtingsdiensten facturen aan Vestas, die Vestas betaalde op een rekening van Shipping bij ING. Vanwege financiële problemen wordt ter zake Shipping en Management op 19 oktober 2016 surseance van betaling verleend. Op 20 oktober 2016 heeft ING creditsaldi van de rekeningen van Shipping en Management overgeboekt naar rekeningen van andere vennootschappen binnen het Flinterconcern, die debetstanden vertoonden. Op 15 december 2016 worden Shipping en Management failliet verklaard.

De curator van Shipping verzet zich tegen deze schuldoverneming en verrekening door ING. De curator vordert een verklaring voor recht dat ING (i) in strijd met artikel 228 Fw de creditsaldi van Shipping en Management heeft afgeboekt, (ii) vanaf 15 juni 2016 niet langer te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw dan wel artikel 235 Fw en (iii) een veroordeling van ING tot terugbetaling van de door haar afgeboekte creditsaldi. ING stelde zich op het standpunt dat zij bij de schuldoverneming te goeder trouw was. Ook stelde zij dat zij ten tijde van de verrekening nog overlevingskansen voor Shipping en Management zag. ING was daarom ook bereid de financiering voort te zetten en mee te werken aan een reddingspoging. Volgens de curator waren de overlevingskansen van Shipping en Management echter niet reëel.

Rechtbank

In de procedure bij de rechtbank zijn drie rechtsvragen aan de orde. Allereerst de vraag of ING te goeder trouw heeft gehandeld bij de verrekening van haar vorderingen op Shipping en Management met de openstaande schulden van het Flinterconcern. Vervolgens speelt de vraag of artikel 228 Fw eraan in de weg staat dat ING tijdens surseance zonder medewerking van de bewindvoerders van Shipping en Management de creditsaldi mocht overboeken naar andere bankrekeningen. Tot slot luidt de vraag of de verruimde verrekeningsbevoegdheid uit het Mulder q.q./CLBN-arrest³ ook geldt als een stil verpande vordering wordt voldaan op een bankrekening die niet op naam van de pandgever is gesteld, maar van een hoofdelijk medegehouden zustervenootschap die haar vorderingen eveneens stil aan de bank heeft verpand. De rechtbank overweegt ter zake de drie rechtsvragen het volgende.

Was ING te goeder trouw?

De rechtbank overweegt dat de Hoge Raad in het Rabobank/Kézér q.q.-arrest heeft bepaald dat de wederpartij van de gefailleerde niet te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw indien zij bij de overneming van de schuld aan, of van de vordering op de latere failliet wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement dan wel zijn surseance van betaling was te verwachten.⁴ Volgens de rechtbank impliceert artikel 54 Fw dat subjectieve wetenschap van de toestand waarin de schuldenaar verkeert moet worden aangetoond. Hierbij geldt de norm zoals door de Hoge Raad geformuleerd in het Rabobank/Kézér q.q.-arrest.

Mocht ING kruislings verrekenen of stond artikel 228 Fw hieraan in de weg?

De curator stelde zich op het standpunt dat ING zich had beroepen op hoofdelijkheid en niet op verrekening, zodat er sprake was van verboden daden van beschikking en beheer (artikel 228 Fw). Volgens de recht-

bank was ING tot de onderhavige kruislingse verrekening bevoegd, ook al vond deze plaats na de uitspraak van de surseance van betaling. De rechtbank overweegt dat de Hoge Raad⁵ heeft geoordeeld dat artikel 53 Fw (artikel 234 Fw) niet eraan in de weg staat dat de wederpartij van de partij die in staat van faillissement is verklaard, een beroep doet op een voor de datum van de faillietverklaring tussen hen overeengekomen beding waarbij de bevoegdheid tot verrekening van vorderingen en schulden die voor de datum van de faillietverklaring zijn ontstaan of die voortvloeien uit rechtsverhoudingen die op die datum reeds bestonden, ten behoeve van die wederpartij contractueel is uitgebreid. Deze beslissing bestrijkt mede het zich hier voordoende geval van kruislingse verrekening ten laste van een schuldenaar die in surseance van betaling verkeert. Artikel 228 Fw staat dus niet aan kruislingse verrekening in de weg, aldus de rechtbank.

Geldt de verruimde verrekeningsbevoegdheid uit het Mulder q.q./CLBN-arrest ook voor Vestas-betalingen?

De rechtbank overweegt dat zowel Shipping als Chartering haar vorderingen stil hadden verpand aan ING. Nu de voor Chartering bestemde betalingen het vermogen van Shipping passeerden voordat zij werden doorbetaald aan eerstgenoemde, ontstond op deze vorderingen een rechtsgeldig stil pandrecht ten behoeve van ING. Hierdoor is het Mulder q.q./CLBN-arrest rechtstreeks van toepassing op dit geval, zodat ING bevoegd was te verrekenen, aldus nog steeds de rechtbank.

Hoge Raad

De curator en ING zijn vervolgens sprongcassatie overeengekomen en hebben voornoemde vragen voorgelegd aan de Hoge Raad. De Hoge Raad overweegt als volgt.

De goedetrouwmaatstaf van artikel 54 Fw en artikel 235 Fw

In cassatie richt de klacht op dit onderdeel zich tegen het oordeel van de rechtbank dat bij artikel 54 Fw een subjectieve wetenschap moet worden aangetoond. De Hoge Raad stelt vast dat hij de vraag of het bij voornoemde wetenschap van de toestand van de schuldenaar gaat om 'subjectief weten', dan wel tevens om (objectief) 'behoren te weten', nog niet eerder heeft beantwoord. Volgens de rechtbank impliceert artikel 54 Fw dat subjectieve wetenschap van de toestand waarin de schuldenaar verkeert moet worden aangetoond. De Hoge Raad oordeelt echter dat het gaat om objectieve wetenschap en acht de klachten gegrond. De Hoge Raad verwijst naar artikel 3:11 BW jo. artikel 3:15 BW, waarin is bepaald dat de goede trouw ontbreekt als een partij de feiten of het recht waarop zijn goede trouw betrekking moet hebben kende, maar ook als hij ze in de gegeven omstandigheden behoorde te kennen. Hieruit volgt dat degene die bij de overneming van een schuld

aan of van een vordering op de later gefailleerde/de boedel weet of behoort te weten dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeert dat diens faillissement dan wel surseance van betaling is te verwachten, niet te goeder trouw handelt in de zin van artikel 54 lid 1 Fw en artikel 235 lid 1 Fw.

Aansluitend gaat de Hoge Raad in op de vraag wanneer dan sprake is van dergelijk weten of behoren te weten. Hij overweegt dat tot de in dit verband relevante omstandigheden kan behoren dat een bank bereid is tot voortzetting van de financiering of tot medewerking aan een reddingspoging door risicodragend kapitaal beschikbaar te houden voor haar cliënt, omdat zij nog overlevingskansen ziet voor die cliënt. Daarbij kan in het algemeen ervan worden uitgegaan dat een bank die gegronde redenen heeft om aan te nemen dat een reddingspoging (bij voortgezette of aanvullende financiering) een reële kans van slagen heeft, weet noch behoort te weten dat het faillissement dan wel de surseance van betaling van de cliënt is te verwachten. De enkele bereidheid tot (voortzetting van de) financiering dan wel medewerking aan een reddingspoging is daarvoor evenwel onvoldoende. Op dit punt is nog van belang dat de rechtbank in eerste aanleg een volgens de rechtbank niet uitputtende lijst met vier 'gezichtspunten' heeft geformuleerd. De achtergrond hiervan is dat de curator en ING zich op verzoek van de rechtbank hebben uitgelaten over de vraag welke gezichtspunten in hun visie in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van de goeder trouw. Uit het arrest volgt dat de Hoge Raad geen aanleiding ziet om in navolging van de rechtbank een (niet uitputtende) lijst van algemene gezichtspunten te formuleren.

Volgens de Hoge Raad is er geen grond om bij de toepassing van artikel 54 lid 1 Fw dan wel artikel 235 lid 1 Fw, als specifieke norm of uitgangspunt te aanvaarden dat steeds zolang een bank bereid is tot voortzetting van de financiering dan wel tot medewerking aan een reddingspoging, die bank te goeder trouw handelt in de zin van die bepalingen.

Mocht ING kruislings verrekenen, of stond artikel 228 Fw hieraan in de weg?

De Hoge Raad oordeelt dat ING in dit geval kruislings mocht verrekenen en verwijst naar de CJMO. Tegen de achtergrond van de CJMO acht de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank niet onbegrijpelijk dat ING met de overboeking van de ceditsaldi op de rekeningen van Shipping en Management naar rekeningen van andere vennootschappen uit het Flinterconcern, die een debetstand vertoonden, haar verrekeningsbevoegdheid heeft uitgeoefend. Dat ING zich heeft beroepen op hoofdelijkheid, hoefde de rechtbank niet tot een ander oordeel te brengen. Artikel 228 Fw staat dus niet in de

weg aan een kruislingse verrekening zoals die in deze zaak plaatsvond.

Geldt de verruimde verrekeningsbevoegdheid uit het Mulder q.q./CLBN-arrest ook voor Vestas-betalingen?

In cassatie wordt geklaagd dat de rechtbank heeft miskend dat niet reeds de omstandigheid dat de voor Chartering bestemde betalingen het vermogen van Shipping passeerden en, voordat zij aan Chartering werden doorbetaald, ING een (openbaar) pandrecht verkreeg op de vordering van Shipping die ontstond op ING zelf wegens de creditering van de rekening van Shipping, een verruimende uitzondering rechtvaardigt op de beperkte verrekeningsbevoegdheid van banken. Deze klacht treft doel. De Hoge Raad ziet geen aanleiding om op grond van die omstandigheid een uitzondering te maken op de beperkte verrekeningsbevoegdheid van banken die vergelijkbaar is met de uitzondering die is aanvaard in het Mulder q.q./CLBN-arrest. Die omstandigheid hangt immers onmiddellijk en uitsluitend samen met de bijzondere positie van banken in het girale betalingsverkeer, nu het hier bedoelde pandrecht is gevestigd op de vordering van Shipping (de schuldenaar) op de bank die voortvloeit uit de rekening-courantverhouding.

Voorts wordt geklaagd dat de rechtbank heeft miskend dat de in het Mulder q.q./CLBN-arrest aanvaarde uitzondering alleen geldt als de betaling van de derde is verricht op een rekening van de pandgever zelf. In dit arrest betrof het een betaling van een vordering die de schuldenaar stil had verpand aan de bank, op de rekening van de schuldenaar bij de bank. De Hoge Raad heeft voor dat geval aanvaard dat artikel 54 Fw niet verhindert dat de bank haar schuld tot afdracht van wat zij aldus heeft ontvangen, verrekenet met haar vordering op de schuldenaar. Deze redenering geldt volgens de Hoge Raad ook indien de stil verpande vordering wordt betaald op de bankrekening van een andere schuldenaar van de bank (hier: Shipping) dan de pandgever (hier: Chartering) en het pandrecht (mede) tot zekerheid strekte voor de betaling van de schuld van die andere schuldenaar (Shipping). De klachten van de curator falen daarom voor zover ze tot uitgangspunt nemen dat de in het Mulder q.q./CLBN-arrest aanvaarde uitzondering slechts ziet op betaling op een bankrekening van de pandgever zelf. Zij slagen echter wel in zoverre, dat de rechtbank heeft miskend dat voor een rechtsgeldig beroep op verrekening ingeval van betaling op de bankrekening van een andere schuldenaar dan de pandgever, vereist is dat het pandrecht (mede) strekte tot zekerheid voor de betaling van de schuld van die andere schuldenaar. Of dat laatste hier het geval is, moet na terugwijzing worden vastgesteld.

Conclusie

De Hoge Raad heeft met dit arrest de goedetrouwmaatstaf verduidelijkt. Duidelijk is dat goede trouw niet alleen ontbreekt indien de overnemer van de schuld wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat diens faillissement (of surseance) was te verwachten, maar ook wanneer deze dat behoorde te weten. Of er sprake is van 'behoren te weten' dient aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld. Volgens de Hoge Raad kan in het algemeen worden aangenomen dat een bank die gegronde redenen heeft om aan te nemen dat een reddingspoging een reële kans van slagen heeft, te goeder trouw is. De enkele bereidheid tot (voortzetting van de) financiering dan wel medewerking aan een reddingspoging is daarvoor evenwel onvoldoende. Ook oordeelt de Hoge Raad dat de verruimde verrekeningsbevoegdheid uit het Mulder q.q./CLBN-arrest eveneens geldt in het geval dat stil verpande vorderingen worden betaald op de bankrekening van een andere schul-

denaar van de bank dan de pandgever en het pandrecht (mede) tot zekerheid strekte voor de betaling van de schuld van die andere schuldenaar. Hoewel de Hoge Raad, anders dan de rechtbank, niet een lijst met algemene gezichtspunten wil aanvaarden, biedt het arrest nu een voor de praktijk te verwelkomen duidelijkheid voor de toetsing aan de goedetrouwmaatstaf van artikel 54 Fw en artikel 228 Fw. Ook is de verwachting dat financiers, zoals banken, bij het verstrekken van leningen waarbij hoofdelijke schuldenaren verbonden zijn, met het oog op 'kruislingse verrekening' expliciet(er) in de financieringsdocumentatie (dan nu over het algemeen het geval is) vastleggen dat het pandrecht (mede) strekt tot zekerheid voor de betaling van de schuld van de andere (hoofdelijke) schuldenaar.

Noten:

1. Advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V. te 's-Hertogenbosch.
2. HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135.
3. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (Mulder q.q./Crédit Lyonnais).
4. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552 (Rabobank/Kézér q.q.).
5. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789.