

LEGAL UPDATE

Banken mogen niet meer verrekenen als zij weten of behoren te weten dat het faillissement van hun klant te verwachten valt

Datum: 8 september 2023

In april 2023 schreef mijn kantoorgenoot Noa Gamliël een [Legal Update](#) over de conclusie van de A-G in een procedure over verrekening door banken. Op 25 augustus 2023 is het arrest van de Hoge Raad ([ECLI:NL:HR:2023:1135](#)) in deze zaak gepubliceerd, zodat er nu meer duidelijkheid bestaat over de rechtsvragen die waren voorgelegd.

Waar ging het over?

Een bank was financier van de Flintergroep, die bestond uit ondernemingen die actief waren in de scheepvaart. In het kader van de financiering had de bank diverse zekerheden verkregen en was ook afgesproken dat zij creditsaldi en debetsaldi op bankrekeningen binnen de groep tegen elkaar weg mocht strepen. Op enig moment raakte de Flintergroep in financieel zwaar weer en vonden er daarover gesprekken plaats met de bank. In oktober 2016 bleek het tij niet meer te keren en vroeg het bestuur surseance van betaling aan voor diverse vennootschappen binnen de groep. Voorafgaand en tijdens de surseance van betaling, ging de bank door met het verrekenen van creditsaldi en debetsaldi op bankrekeningen. In december 2016 werd de Flintergroep in staat van faillissement verklaard. De curator vond dat de bank al enige maanden niet meer te goeder trouw was en dus de saldi niet meer had mogen verrekenen. Ook had de bank dit tijdens de surseance niet meer mogen doen omdat voor beschikkingshandelingen medewerking van de bewindvoerder nodig is (artikel 228 Fw). De curator startte een procedure en op 14 juli 2021 deed de rechtbank Amsterdam uitspraak. De procespartijen besloten vervolgens om sprongcassatie in te stellen bij de Hoge Raad (en dus het Gerechtshof als instantie over te slaan).

Wat zijn de rechtsvragen?

In cassatie zijn (kort gezegd) de volgende vragen aan de Hoge Raad voorgelegd:

- Welke norm geldt voor het begrip 'te goeder trouw' in de zin van artikel 235 Fw (in geval van surseance van betaling) en artikel 54 Fw (in geval van faillissement)?
- Staat artikel 228 Fw eraan in de weg dat de bank tijdens de surseance van betaling zonder medewerking van de bewindvoerders het creditsaldo van bankrekeningen mocht overboeken naar andere bankrekeningen?
- Geldt de uitzondering op de beperkte verrekeningsbevoegdheid zoals die is aangenomen in het arrest Mulder q.q./CLBN (ECLI:NL:HR:1995:ZC1641) ook voor het geval een stil verpande vordering niet aan de eigenlijke schuldeiser wordt voldaan maar aan een zustervennootschap die hoofdelijk verbonden is voor de financiering?

Wat oordeelt de Hoge Raad?

Ten aanzien van de eerste vraag oordeelt de Hoge Raad dat een partij die weet (subjectief) of behoort te weten (objectief) 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 de artikelen 235 en 54 Fw. Dit is nieuw, want tot dit arrest ging men ervan uit dat voor de toepassing van deze verrekeningsbeperkingen echt subjectieve wetenschap bij de schuldeiser moest worden aangetoond. Nu is duidelijk geworden (en dit wijkt af van de uitspraak van de rechtbank en de conclusie van de A-G) dat ook geobjectiveerde wetenschap voldoende kan zijn. Om deze wetenschap te beoordelen, dienen volgens de Hoge Raad alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Daarbij geldt in het algemeen dat een bank die gegronde redenen heeft om aan te nemen dat een reddingspoging een

reële kans van slagen heeft, niet weet of behoort te weten dat de schuldenaar ten onder zal gaan. De enkele bereidheid tot voortzetting van de financiering van een bank is daarvoor echter onvoldoende. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de tweede rechtsvraag. De bank heeft door het overboeken van de creditsaldi geen daad van beschikking en beheer uitgevoerd namens de Flintervennootschappen waarvoor medewerking van de bewindvoerders nodig was. De bank heeft volgens de Hoge Raad haar verrekeningsbevoegdheid uitgeoefend, waartoe zij contractueel bevoegd was. Artikel 228 Fw staat dus niet aan de overboekingen in de weg.

De derde rechtsvraag gaat over de reikwijdte van arrest Mulder q.q./CLBN, waarin is bepaald dat banken betalingen van aan haar stil verpande debiteurenvorderingen (dus bijschrijvingen op de bankrekening van de schuldenaar van de bank) wél mogen blijven verrekenen in de periode waarin de bank niet meer te goeder trouw is. De Hoge Raad oordeelt dat deze uitzondering ook geldt als de betaling niet plaatsvindt aan de pandgever (dus eigenaar van de vordering) maar op de bankrekening van een andere schuldenaar van de bank en het pandrecht (mede) tot zekerheid strekte voor de betaling van de schuld van die andere schuldenaar. Voor dit laatste is van belang wat er precies is afgesproken in de kredietdocumentatie van de groep.

Wat betekent dit in de praktijk?

Dit arrest van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat banken een groter risico lopen om aangesproken te worden door een curator als zij blijven verrekenen terwijl hun klant in financiële moeilijkheden verkeert. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een reorganisatie- of reddingsplan van de klant geen reële kans van slagen heeft. Voor de klant betekent dit arrest dus waarschijnlijk dat banken (nog) hogere eisen zullen stellen aan de onderbouwing van dergelijke plannen.

Wilt u meer informatie over verrekening in of buiten faillissement? Lees dan ook ons [kennisbankartikel 'Verrekening'](#) of neem contact op met één van onze specialisten van het team Herstructurering & Insolventie.

Dit is een Legal Update van Margreet Eveleens-van der Zwaag.

Voor meer informatie:

Margreet Eveleens-van der Zwaag

+31 30 25 566

margreeteveleens@vbk.nl