

Tussen surseance en verrekening staat artikel 228 Fw niet in de weg

Bb 2023/56

Inleiding²

In zijn arrest van 25 augustus 2023³ heeft de Hoge Raad drie rechtsvragen beantwoord die aan de orde kwamen bij de beslechting van een geschil tussen de curator van rederijconcern Flinter en ING, de bank van Flinter. De drie rechtsvragen zijn alle gerelateerd aan het leerstuk van verrekening. Hoewel alle drie de vraagstukken zeer de moeite waard zijn om te bespreken, zal ik mij in dit artikel beperken tot één daarvan, namelijk de vraag of ING na het verlenen van surseance van betaling aan twee Flinter-vennootschappen bevoegd was om vanaf de bankrekeningen van die vennootschappen bedragen over te boeken naar de bankrekeningen van andere vennootschappen binnen het concern. Daarbij zal ik in het bijzonder aandacht besteden aan de relevantie van het oordeel van de Hoge Raad op dit punt voor de vereisten die worden gesteld aan een beroep op een verrekening. Allereerst zal de casus (voor zover voor het te bespreken onderwerp relevant) kort worden weergegeven.

1. Casus

ING had een financiering verstrekt aan het Flinterconcern. Dat concern bestond uit meerdere vennootschappen die verschillende rollen binnen de onderneming van Flinter vervulden. De verschillende vennootschappen hadden allemaal een eigen bankrekening bij ING waarop zowel een positief (credit)saldo als een negatief (debet)saldo kon staan. Deze rekeningen waren onderdeel van een zogenoemd fiat- en rentecompensabel stelsel dat werd beheerst door een in 2006 tussen ING en Flinter gesloten joint- en medeaansprakelijkheidsovereenkomst (CJMO).⁴ Op grond van de CJMO werden de bankrekeningen van de Flinter-vennootschappen door ING beschouwd als onderdeel van één gezamenlijke rekening. Het saldo van deze (fictieve) gecombineerde rekening was bepalend voor de berekening van rente, provisie en de kredietruimte. De Flinter-vennootschappen waren op grond van de CJMO hoofdelijk aansprakelijk voor ieders schuld aan ING. Daarnaast hadden zij verschillende pandrechten ten gunste van ING gevestigd. Tot slot bevatte de CJMO een bepaling die luidt:

“De bank [ING] en partijen sub A [de Flinter-vennootschappen] 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.”

Deze bepaling bevat twee elementen: allereerst een uitbreiding van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid van ING en daarnaast de verlening van een volmacht aan ING voor het overboeken van creditsaldi.

De CJMO, waarbij de bankrekeningen van verschillende aan elkaar gelieerde vennootschappen verbonden worden, is een vorm van cash pooling. Dit is een veelvoorkomend fenomeen in de financieringspraktijk. Cash pooling heeft als voordeel dat de beschikbare liquide middelen efficiënter binnen een concern kunnen worden ingezet dan wanneer elke entiteit een losstaande bankrekening zou hebben. Ook hoeft er op deze manier minder rente te worden betaald dan wanneer het debetsaldo op de ene rekening niet gecompenseerd zou kunnen worden met een creditsaldo op een andere rekening.⁵

Vanaf 2008 ging het niet goed met Flinter en bestonden er vrijwel permanent financiële problemen. Uiteindelijk werd er op 19 oktober 2016 voorlopig surseance van betaling verleend aan twee van de Flinter-vennootschappen. Voor deze twee vennootschappen zijn door de rechtbank twee bewindvoerders aangesteld. Een dag later heeft ING zelfstandig en zonder overleg met de bewindvoerders creditsaldi van de bankrekeningen van deze vennootschappen overgeboekt naar bankrekeningen van andere groepsvennootschappen (waaraan geen surseance van betaling was verleend) die een debetstand vertoonden. Op 9 november 2016 werd een derde Flinter-vennootschap failliet verklaard en op 15 december 2016 volgden de faillissementen van de vennootschappen waaraan surseance van betaling was verleend. In de drie faillissementen zijn dezelfde curatoren aangesteld (die daarvoor ook de bewindvoerders waren). Vanaf 2018 behandelt een van de curatoren de faillissementen alleen.

2. Overboekingen na surseance van betaling

Tussen de curator en ING ontstond een geschil over (onder meer) de overboekingen die na het verlenen van de surseance van betaling hadden plaatsgevonden. De curator

1 Lucas van Walraven is advocaat bij Van Benthem en Keulen.

2 Vrij naar W. Elsschot, *Het Huwelijk*, 1910.

3 HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135 (*Van den Bergh q.q./ING*).

4 De relevante bepalingen van de CJMO worden door A-G Rank-Berenschot genoemd in haar conclusie voorafgaand aan het hier besproken arrest (ECLI:NL:PHR:2023:176), par. 4.14 e.v.

5 G.J.L. Bergervoet, 'Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie', in: Schreurs e.a. (red.), *De curator en het concern* (Insolad Jaarboek 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 245 e.v.

maakte daarover een procedure tegen ING aanhangig. In deze procedure hebben partijen gezamenlijk drie rechtsvragen aan de rechtbank voorgelegd, waarna zij tegen het vonnis waarbij de vragen door de rechtbank zijn beantwoord sprongcassatie bij de Hoge Raad hebben ingesteld. Eén van de vragen die aldus eerst aan de rechtbank en vervolgens aan de Hoge Raad voorlag, was:

“(…) of artikel 228 Fw eraan in de weg staat dat ING, nadat surseance van betaling was verleend aan de vennootschappen van het Flinterconcern, waaronder Flinter Shipping en Flinter Management, zonder medewerking van de bewindvoerders het creditsaldo op de bankrekeningen van deze vennootschappen mocht overboeken naar andere bankrekeningen binnen het fiat- en rente-compensabel stelsel van andere Flintervenootschappen.”⁶

3. Rechtbank

Bij de rechtbank spitst de discussie tussen ING en de curator zich toe op de vraag op welke grondslag ING de bestreden overboekingen heeft verricht. ING heeft die grondslag zelf als volgt toegelicht aan de curator:

“Flinter Groep houdt bij ING een rente- en fiat-compensabel stelsel aan. Dit stelsel is gebaseerd op de hoofdelijke aansprakelijkheid van dochtervennootschappen van Flinter Groep B.V. (...) Gelet op de hoofdelijkheid hebben wij op 20 oktober 2016 de creditsaldi op de rekeningen van vennootschappen binnen het geldende stelsel van rekeningen van Flinter Groep overgeboekt naar rekeningen van vennootschappen binnen Flinter Groep die een debetsaldo vertoonden. (...) Op grond van de onderliggende Kredietdocumentatie en de Zekerheidsrechten hiervoor genoemd, welke onder meer inhoudt de verpanding van vorderingen voortvloeiende uit bij ING aangehouden bankrekeningen, zijn wij hiertoe bevoegd.”

De curator heeft deze uitleg zo begrepen dat ING zich beroept op de in de CJMO aan haar verleende volmacht tot het overboeken van creditsaldi van en naar de bankrekeningen van de Flinter-vennootschappen. De curator stelt zich op het standpunt dat ING niet bevoegd was om deze betalingen op de genoemde grondslagen te verrichten. Hij verwijst daarbij naar artikel 228 Fw, waarin is bepaald dat de schuldenaar gedurende de surseance niet bevoegd is om enige daad van beheer of beschikking ten aanzien van zijn vermogen te verrichten, zonder toestemming van de bewindvoerder. Handelingen van de schuldenaar die hij zonder toestemming van de bewindvoerder verricht zijn nietig.⁷ Hetzelfde geldt voor handelingen die worden verricht door een gevolmachtigde van de schuldenaar.⁸ Na het verlenen van de surseance van

betaling waren de Flinter-vennootschappen en ING volgens de curator dus niet meer bevoegd om zonder toestemming van de bewindvoerders betalingen te verrichten vanaf de ING-rekeningen en de betalingen die zijn verricht moeten door ING aan de boedels worden terugbetaald.⁹

ING stelt zich daarentegen op het standpunt dat het overboeken van de gelden een louter administratieve exercitie was. Volgens ING was er op grond van de CJMO steeds slechts sprake van één vordering van ING op het gehele Flinter-concern of vice versa. Op basis van de door de Flinter-vennootschappen verstrekte volmachten mocht ING ook na het verlenen van de surseance van betaling overboekingen verrichten. Voor het geval wel sprake zou zijn van rechtshandelingen, heeft ING zich subsidiair op het standpunt gesteld dat zij op het moment van de overboekingen de saldi van de verschillende rekeningen van de Flinter-vennootschappen met elkaar mocht verrekenen.¹⁰

De rechtbank verwerpt het primaire standpunt van ING en oordeelt dat het verrichten van de overboekingen niet louter een administratieve handeling was. Vervolgens oordeelt de rechtbank vrijwel in dezelfde adem dat er sprake was van verrekening in de zin van artikel 6:127 BW en dat ING daartoe bevoegd was. Artikel 228 Fw staat volgens de rechtbank niet aan deze verrekening in de weg omdat het de schuldeiser is die zich op verrekening beroept en niet de schuldenaren. De Flinter-vennootschappen, of ING als gevolmachtigde, verrichtten dus zelf geen handeling waarvoor toestemming van de bewindvoerders vereist zou zijn. Voordat aan de orde komt hoe de Hoge Raad de voorliggende rechtsvraag beantwoordt, zal eerst worden ingegaan op het leerstuk van verrekening bij faillissement en surseance van betaling.

4. Verrekening bij faillissement en surseance van betaling

De mogelijkheid tot verrekening is geregeld in artikel 6:127 BW. Verrekening vindt plaats door de verklaring van een schuldenaar aan zijn schuldeiser dat hij zijn schuld verrekent met een vordering die hij heeft op zijn schuldeiser. Het gevolg van een geslaagd beroep op verrekening is dat de vorderingen over en weer tot hun gezamenlijke beloop tenietgaan. Op grond van artikelen 53 en 234 Fw kunnen schuldeisers van een partij waaraan surseance van betaling is verleend (artikel 234 Fw) of die failliet is verklaard (artikel 53 Fw) zich op verrekening blijven beroepen, mits de wederzijdse te verrekenen vorderingen voorafgaand aan de surseance of het faillissement zijn ontstaan. De Hoge Raad heeft een uitzondering aanvaard op artikel 53 Fw voor een bank die na het uitspreken van een faillissement van een rekeninghouder op diens bankrekening betalingen ontvangt die betrekking hebben op vorderingen die aan de bank verpand waren.¹¹ De Hoge Raad laat zich in het hier besproken

6 Rb. Amsterdam 14 juli 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5020, JOR 2021/302, rov. 4.2.

7 Het betreft een relatieve vorm van nietigheid waarop alleen de bewindvoerder een beroep kan doen, zie HR 10 mei 1928, NJ 1928/1501.

8 K.A.M. van Vught, *GS Vermogensrecht*, artikel 3:72 BW, aant. 3.2.

9 Op grond van HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.).

10 Conclusie A-G, par. 4.36.

11 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN).

arrest uit over de reikwijdte van die uitzondering.¹² Dit onderdeel van het arrest zal in deze bijdrage verder niet aan de orde komen.

Partijen kunnen bij overeenkomst de bevoegdheid tot verrekening uitbreiden, bijvoorbeeld door af te spreken dat vorderingen tussen meerdere partijen verrekend kunnen worden. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dergelijke afspraken hun werking behouden na het uitspreken van het faillissement van een van de betrokken partijen.¹³

Op grond van artikelen 54 lid 1 en 235 lid 1 Fw wordt de verrekeningsbevoegdheid van schuldeisers in een faillissement en bij een surseance van betaling aan banden gelegd in het geval dat de schuldeiser bij het overnemen van een (in beginsel) verrekenbare vordering niet te goeder trouw was. In het hier besproken arrest geeft de Hoge Raad een verduidelijking van het begrip 'goeder trouw' in de zin van voornoemde bepalingen.¹⁴ Ook dit onderwerp valt buiten het bestek van dit artikel.

5. Hoge Raad

Bij de Hoge Raad komt ING op tegen het oordeel van de rechtbank dat de overboekingen niet slechts administratieve handelingen waren en dat er sprake was van verschillende vorderingen in plaats van één gezamenlijke vordering van het gehele Flinter-concern. De Hoge Raad behandelt de cassatiemiddelen van ING over dit onderwerp niet inhoudelijk.

De curator komt in cassatie op tegen het oordeel van de rechtbank dat er bij de overboekingen sprake was van verrekening. De curator voert daartoe aan dat ING zich niet op verrekening heeft beroepen. De curator bestrijdt uitdrukkelijk niet dat ING op grond van de verruimde verrekeningsafspraken in de CJMO, ook na het verlenen van de surseances van betaling, tot verrekening van de banksaldi bevoegd was en dat artikel 228 Fw daar niet aan in de weg zou staan. De kernvraag is dus of ING zich op verrekening heeft beroepen en of daar vervolgens ook sprake van was.

De Hoge Raad beslist hierover dat het oordeel van de rechtbank (dat ING door middel van de overboekingen van haar verrekeningsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt) tegen de achtergrond van de verrekeningsbepaling in de CJMO (zie hiervoor in paragraaf 2) niet onbegrijpelijk is en dat het beroep van ING op hoofdelijkheid de rechtbank niet op andere gedachten hoefde te brengen.¹⁵ Hiermee wijkt de Hoge Raad af van de conclusie van de A-G, die meent dat het oordeel van de rechtbank op dit punt niet in stand kon blijven.¹⁶

Die conclusie van de A-G is verhelderend als het gaat om de vereisten die gesteld worden aan een beroep op verrekening. De A-G wijdt in dat kader een overweging aan de verklaring als materieel vereiste voor verrekening op grond van artikel 6:127 lid 1 BW en het belang van die verklaring

voor de rechtszekerheid.¹⁷ Vervolgens overweegt de A-G dat niet is gesteld of gebleken dat ING een expliciete verrekeningsverklaring heeft uitgebracht en dat in de procedure bij de rechtbank ook niet is gesteld of gebleken dat ING zich (alsnog) op verrekening wilde beroepen.¹⁸ In de uitleg van ING aan de curator over de bestreden overboekingen (zie hiervoor in paragraaf 4) wordt namelijk met geen woord over verrekening gerept. Ook in de procedure bij de rechtbank is het primaire standpunt van ING dat er geen sprake was van verrekening. Pas in het subsidiaire verweer van ING duikt de term voor het eerst op, maar alleen in de stelling dat ING tot verrekening bevoegd was. ING stelt niet dat zij van die bevoegdheid daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt of had willen maken. Ook in cassatie probeert ING haar handelen nog uit het verrekeningsvaarwater te houden.

6. Conclusie

Het oordeel van de Hoge Raad lijkt op het eerste gezicht wellicht strijdig met het aloude beginsel dat voor verrekening een verklaring vereist is.¹⁹ Aangezien er nooit sprake is geweest van een expliciete verklaring van ING dat zij verrekenend heeft, ziet de Hoge Raad mogelijk in de combinatie van de overboekingen, de CJMO en de door ING gegeven uitleg een impliciete verrekeningsverklaring. Het standpunt dat er sprake is van een impliciete verklaring is misschien ook wel verdedigbaar, maar dat standpunt heeft ING niet aangehangen. In het licht van het rechtszekerheidsbeginsel was het daarom misschien beter geweest als de Hoge Raad, in lijn met de conclusie van de A-G, de zaak op dit punt had terugverwezen naar de rechtbank zodat die het oordeel dat er sprake is geweest van verrekening nader had moeten onderbouwen.

In de praktijk zal het doorgaans voor alle betrokken partijen de voorkeur hebben om te weten of er in een bepaalde rechtsverhouding sprake is geweest van verrekening en zo ja, voor welk bedrag de vorderingen over en weer teniet zijn gegaan. Hoewel verrekening vaak impliciet plaatsvindt, en dat in veel gevallen ook geen problemen oplevert, kan het in gevallen waarin wel onduidelijkheid bestaat geen kwaad om expliciet een beroep op verrekening te doen.

¹² Rov. 3.3.2 en 3.3.3.

¹³ HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, NJ 2020/166 (*Crienen/Bontrup*), rov. 3.2.

¹⁴ Rov. 3.1.4.

¹⁵ Rov. 3.2.2.

¹⁶ Conclusie A-G, par. 4.38.

¹⁷ Conclusie A-G, par. 4.34.

¹⁸ Conclusie A-G, par. 4.37.

¹⁹ R.J.Q. Klomp, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:127 BW, aant. 3.