

ANNOTATIE

Meerpartijenverrekening in faillissement: annotatie bij HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789

mr. J.H.M. van de Wiel

Annotatie bij Hoge Raad, 15-11-2019, ECLI:NL:HR:2019:1789 (OR-2019-0170, INS-2019-0171)

Meerpartijenverrekening is in faillissement in beginsel toegestaan. Wel moet het fixatiebeginsel in acht worden genomen en kan de curator in sommige gevallen optreden tegen meerpartijenverrekening.

Inleiding

1. In zijn arrest van 15 januari 2019 [1] laat de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de vraag of een verrekenbeding waarin partijen afwijken van het wederkerigheidsvereiste, ook stand houdt in faillissement. Is een beding in strijd met artikel 53 Fw als het inhoudt dat de wederpartij van de latere failliet zijn schuld kan verrekenen met een vordering op een andere partij, of zelfs met een vordering van een andere partij op een ander dan de failliet? In de praktijk zijn dergelijke afspraken aan de orde van de dag, bijvoorbeeld binnen concerns. De vraag hield de literatuur en rechtspraak nog verdeeld, maar de Hoge Raad is beslist: artikel 53 Fw staat aan dergelijke afspraken niet in de weg. De bepaling is (grotendeels) van regelend recht. Wel dwingendrechtelijk is het vereiste dat schuld en vordering voor het faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Afwijking van deze regel zou namelijk in strijd komen met het fixatiebeginsel en is dus niet mogelijk.

Achtergrond: artikel 53 Fw

2. Artikel 53 Fw biedt de wederpartij van een gefailleerde schuldenaar een vorm van feitelijke

zekerheid op een moment dat hij die zekerheid het meest nodig heeft. [2] Op grond van deze bepaling kan hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld verrekenen met zijn vordering op de gefailleerde, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Het artikel geeft een verruiming ten opzichte van de verrekeningsbevoegdheid die een schuldeiser buiten faillissement heeft op grond van artikel 6:127 BW. Juist wanneer zijn schuldenaar in staat van faillissement verkeert, moet hij zijn schuld immers als ‘*onderpand*’ kunnen beschouwen voor zijn vordering op de failliet. [3] A-G Valk doet in zijn conclusie in deze zaak in dit verband de observatie dat de verrekeningsbevoegdheid ‘*bij uitstek een recht is van ook de “kleine man”*’, omdat – anders dan bij andere zekerheden – er geen (vestigings)formaliteiten nodig zijn om die feitelijke zekerheid te verkrijgen. [4]

3. De uitbreiding in artikel 53 Fw ten opzichte van artikel 6:127 BW houdt in dat de schuldeiser, anders dan bij verrekening buiten faillissement, niet bevoegd hoeft te zijn om betaling af te dwingen. Daarnaast wordt de schuldeiser van een gefailleerde schuldenaar beschermd doordat de liquiditeitscorrectie van artikel 6:136 BW toepassing mist (art. 53 lid 3 Fw). In deze zaak draaide het echter om het vereiste dat partijen over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn.

De casus

4. Zustersvennootschappen A en B waren beide failliet verklaard. Eiseres tot cassatie heeft na de faillietverklaring haar schuld aan failliet A verrekend met de vordering van een derde op failliet B. Daarmee werd dus op twee punten van het vereiste van wederkerig schuldenaarschap afgeweken. Niet alleen was eiseres zelf geen schuldeiser van A, tegen wie zij de verrekening inriep, maar bovendien was A niet de schuldenaar van de vordering die eiseres in verrekening bracht. Bij de vordering die in verrekening werd gebracht was failliet A noch eiseres dus betrokken. De bevoegdheid tot deze kruislingse verrekening berustte volgens eiseres op een afspraak tussen haar, A en B. Tegenover eiseres stond in deze procedure niet de curator van A, maar de pandhouder van de vordering van A op eiseres. Voor het beoordelingskader maakte dat evenwel geen verschil. Omdat het verrekeningsverweer moet worden getoetst in relatie tot de (gefailleerde) pandgever, is artikel 53 Fw van toepassing. [5] In cassatie stond dus de vraag centraal of een dergelijke contractuele ‘dubbele’ afwijking van het wederkerigheidsvereiste al dan niet in strijd is met artikel 53 Fw.

Reeds bekende uitgangspunten

5. In 2018 was al eens geprobeerd een antwoord te krijgen op die vraag. Aan het betreffende onderdeel van het cassatiemiddel werd toen echter niet toegekomen, omdat het beroep op

verrekening vóór het faillissement was gedaan. [6] Voordat de Hoge Raad in het onderhavige arrest alsnog duidelijkheid schiep over dit punt, was ten aanzien van verwante onderwerpen al wel het een en ander uitgekristalliseerd.

6. Zo is het vaste rechtspraak dat een contractuele beperking of uitsluiting van de verrekeningsbevoegdheid in beginsel faillissementsbestendig is. Artikel 53 Fw heeft volgens de Hoge Raad niet mede als strekking om af te doen aan een contractuele uitsluiting van compensatie. [7] Een contractueel afgesproken beperking kan ook worden ingeroepen door de schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar aanvraagt en in dat kader wordt geconfronteerd met een verrekeningsverweer. [8] Algemeen aanvaard is verder dat de twee andere verrekeningsbepalingen in de Faillissementswet dwingend recht bevatten. Artikel 54 Fw inzake verrekening te kwader trouw na een schuldovername en artikel 55 Fw over de verrekening met een vordering aan order of toonder te kwader trouw beogen misbruik te voorkomen. Er is geen discussie over dat hiervan natuurlijk niet ten gunste van de schuldeiser van de gefailleerde kan worden afgeweken. [9]

7. Daarnaast lijkt het geen twijfel dat artikel 6:127 lid 2 BW van regelen recht is. Van de daarin opgenomen vereisten voor verrekening kan dus bij overeenkomst worden afgeweken, ook met betrekking tot het vereiste van wederkerig schuldenaarschap. [10] Een overeengekomen uitbreiding heeft bovendien werking tegen derden. Op grond van artikel 6:130 BW blijft de schuldenaar van een gecedeerde, beslagen of bezwaarde vordering bevoegd om zijn schuld te verrekenen met een tegenvordering op de oorspronkelijke schuldeiser indien aan de in dit artikel vermelde vereisten wordt voldaan. Als die schuldenaar nu vóór dat beslag, de cessie of mededeling van het beperkte recht met zijn schuldeiser een uitbreiding van zijn verrekeningsbevoegdheid afsprekt, kan hij die afspraak ook tegenwerpen aan de beslaglegger, cessionaris respectievelijk beperkt gerechtigde. [11]

De motivering van de Hoge Raad

8. Buiten faillissement kan men dus rechtsgeldig meerpartijenverrekening overeenkomen en invoeren tegen derden. Met deze uitspraak van de Hoge Raad wordt duidelijk dat een dergelijk beding ook tijdens faillissement zijn werking behoudt. Voor de motivering heeft de Hoge Raad relatief weinig woorden nodig. Een dergelijke overeenkomst past bij de hiervoor besproken zekerheidsfunctie en het doel van artikel 53 Fw. Er bestaat geen grond om aan een voor het faillissement rechtsgeldig overeengekomen uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid de werking te ontnemen indien een van de contractspartijen later failliet wordt verklaard. Het wederkerigheidsvereiste van artikel 53 Fw is derhalve niet van dwingend recht. Dat betekent, nog steeds in de woorden van de Hoge Raad, dat een wederpartij van een failliet een beroep kan doen op een beding waarin de bevoegdheid tot

verrekening ten behoeve van haar contractueel is uitgebreid. Die uitbreiding kan (zelfs) de in deze zaak afgesproken uitbreiding inhouden dat de wederpartij mag verrekenen met een vordering die een andere partij heeft op een ander dan de failliet. In een slotopmerking wijst de Hoge Raad erop dat evenwel niet kan worden afgeweken van de uit het fixatiebeginsel voortvloeiende regel dat verrekening alleen mogelijk is indien schuld en vordering voor de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.

9. Voor de praktijk biedt het arrest welkome duidelijkheid en zekerheid. De door de A-G genoemde 'kleine man' wordt beschermd in zijn vertrouwen en kan zonder ingewikkelde formaliteiten zijn positie als schuldeiser verstevigen. De financieringspraktijk zal niet meer hoeven uit te wijken naar andere oplossingen met een vergelijkbaar effect, bijvoorbeeld door de deelnemende partijen aan een *cash pool* als hoofdelijk schuldenaar of borg te verbinden teneinde hun creditsaldo aan te kunnen spreken voor de schulden van andere deelnemers.

[12] Concerns, die vaak uit praktische overwegingen verrekening op groepsniveau toepassen, hoeven er tot slot geen rekening meer mee te houden dat het faillissement van een van de groepsmaatschappijen die praktijk zou kunnen doorkruisen.

10. Ook de A-G en een behoorlijk aantal auteurs zullen het arrest met instemming hebben ontvangen. [13] Bij hen en in de lagere rechtspraak komt ook het zekerheidsargument terug als reden om artikel 53 Fw op het punt van wederkerigheid als regelend recht te zien. De schuldeiser die heeft vertrouwd op zijn contractuele uitbreiding, moet in dat vertrouwen worden beschermd. Zij wijzen daarnaast veelal op de hiervoor besproken algemeen aanvaarde derdenwerking van een verrekenbeding buiten faillissement, iets wat de Hoge Raad in dit arrest overigens onbesproken laat. In het bijzonder de werking jegens een derdenbeslaglegger springt in het oog. Waarom zou het wel toegestaan zijn dat een verrekenbeding aan een individueel beslaglegger wordt tegengeworpen, maar zou datzelfde beding in een faillissement niet hoeven te worden gerespecteerd? Een faillissement wordt immers ook beschouwd als een beslag, maar dan op het gehele vermogen van de gefailleerde ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. [14] Onderdeel van dat vermogen is de vordering die onderhevig is aan de voor het faillissement overeengekomen beperkingen of uitbreidingen, aldus de A-G. [15] Volgens de Rechtbank Breda [16] leidt dat niet tot een onaanvaardbare doorbreking van de *paritas creditorum*, omdat de wet nu eenmaal steun biedt aan deze vorm van feitelijke voorrang. Dat een contractuele verrekenafpraak in faillissement blijft bestaan, is bovendien in lijn met het keer op keer door de Hoge Raad herhaalde uitgangspunt dat de faillietverklaring in beginsel niet van invloed is op bestaande wederkerige overeenkomsten.

[17]

11. In de literatuur en rechtspraak werd anderzijds ook bepleit dat het wederkerigheidsvereiste

dwingend wordt voorgeschreven. Wessels vraagt zich af of de schuldeiser in deze situatie nu werkelijk mag verwachten dat zijn schuld aan de boedel als onderpand voor vorderingen op (zij het met de failliet gelieerde) derden zal dienen. Een dergelijke ruime bevoegdheid strijdt volgens hem met de ratio van artikel 53 Fw. [18] Daarnaast werd in het arrest van de Hoge Raad van 15 januari 1999 (*Wilderink q.q./Ontvanger*) [19] wel de bevestiging gelezen dat artikel 53 Fw van dwingend recht is. [20] Ook het hof had in de voorliggende zaak met een beroep op dat arrest geoordeeld dat een contractuele bevoegdheid tot kruislingse verrekening in strijd is met artikel 53 Fw. [21] Volgens de Hoge Raad mist zijn arrest uit 1999 in dit geval echter toepassing, omdat daarin het geval werd behandeld dat een beroep op verrekening werd gedaan zonder dat de bevoegdheid bij wet of overeenkomst was uitgebreid. Het betrof toen de verrekeningsbevoegdheid van de fiscus op grond van artikel 24 Invorderingswet 1990, waarin toen nog niet de inmiddels wel bestaande mogelijkheid van kruislingse verrekening bij een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting was opgenomen.

Afbakening van de grenzen

12. Een onbeperkte vrijbrief voor verrekening geeft de Hoge Raad in dit arrest niet. De absolute grens van wat men rechtsgeldig kan afspreken ligt bij het fixatiebeginsel. Voorafgaand aan het arrest werd in dit verband door Faber en Schuijling al aangenomen dat een vordering of schuld die pas tijdens het faillissement ontstaat en niet voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding ook niet op grond van een verrekenafpraak in verrekening kan worden gebracht. [22] Te denken valt aan een wettelijke regresvordering die pas na het faillissement ontstaat en die niet voortvloeit uit een handelen van de gefailleerde voor het faillissement, of aan de schuld van de Ontvanger aan de boedel in verband met de omzetbelasting ter zake van door de boedel betaalde facturen. [23]

13. In de situatie die zich in deze zaak voordeed, waren de schuld van eiseres aan failliet A en de in verrekening gebrachte vordering van de derde op failliet B ontstaan vóór het faillissement. Het fixatiebeginsel werd hier derhalve niet geschonden. De vraag komt op wat de uitkomst zou zijn geweest als de vordering van de derde op failliet B pas ná het faillissement van A was ontstaan uit hoofde van een tussen hen gesloten overeenkomst, waarbij A geen partij was. De na het faillissement ontstane vordering had zijn grondslag dan immers in een handeling van een *derde*, en niet in een handeling van de gefailleerde. Dat laatste is naar de letter van artikel 53 Fw en het voorliggende arrest wel vereist.

14. Faber gaat er blijkens zijn noot bij het arrest van uit dat voldoende is dat de rechtsverhouding waaruit de door de schuldenaar te verrekenen tegenvordering voortvloeit, *als zodanig* reeds bestond bij de aanvang van de dag waarop het faillissement (van de schuldeiser) werd uitgesproken. Vanwege de diverse mogelijkheden om contractueel van het

wederkerigheidsvereiste af te wijken, behoeft de rechtsverhouding volgens hem geen rechtsverhouding te zijn waarbij de gefailleerde of de schuldenaar die zich op verrekening beroept zelf partij is. [24] Dat lijkt logisch. Een ander uitgangspunt zou de mogelijkheden tot uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid, zoals die nu door de Hoge Raad ook in faillissementssituaties wordt geaccepteerd, direct in belangrijke mate beperken. Tegelijkertijd dringt zich hier de gelijkenis op met de discussie over de wederzijdse zekerhedenregeling. De Hoge Raad heeft in het arrest *DLL/Van Logtestijn q.q.* weliswaar uitgemaakt dat het overwaarde-arrangement faillissementsbestendig is, maar heeft daarbij de belangrijke nuancerings aangebracht dat voor het verhaal van de na faillissement ontstane regresvordering onder de zekerheden noodzakelijk is dat de (uiteindelijke gefailleerde) hoofschuldenaar partij is bij het overwaarde-arrangement. [25]

Tot besluit

15. Moet de curator nu dan in alle gevallen, waarin een meerpartijenverrekening binnen de grenzen van het fixatiebeginsel blijft, lijdzaam toezien hoe de vorderingen van zijn failliet teniet gaan als gevolg van de verrekening met schulden van derden? In beginsel luidt het antwoord op die vraag bevestigend. Het blijft voor de curator echter mogelijk om op te treden tegen afspraken die niet tegen de boedel kunnen worden ingeroepen. Analoge toepassing van artikel 54 Fw op een kruislingse verrekening is volgens Schuijling in de lagere rechtspraak vooralsnog afgewezen, [26] maar in voorkomend geval zou de curator een voor het faillissement gemaakte verrekenafpraak met een beroep op de faillissementspauliana kunnen vernietigen. Een dergelijke afspraak zou ook grond kunnen zijn voor een aansprakelijkheidsvordering jegens de bestuurder die namens failliet die afspraak heeft gemaakt. Daarnaast zou een beroep op een verrekenbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kunnen zijn (art. 6:248 BW). Het beding zou bovendien, wanneer het in algemene voorwaarden is opgenomen, onder omstandigheden onredelijk bezwarend en daarmee vernietigbaar kunnen zijn (het beding is opgenomen op de 'grijze lijst' van art. 6:237 onder g BW). Is dit allemaal niet aan de orde, dan zal de curator (of, zoals in dit geval, de pandhouder van de vorderingen van de gefailleerde) de meerpartijenverrekening moeten respecteren. Dat is, gelet op de zekerheidsfunctie van verrekening, terecht.

J.H.M. van de Wiel, april 2020

Noten

[1] ECLI:NL:HR:2019:1789.

[2] Faber, annotatie bij Rb. Rotterdam 9 september 2009 in *JOR* 2010/202.

- [3] Van der Feltz I, p. 462: ‘De uitbreiding dus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat ieder schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering (...).’
- [4] Conclusie A-G Valk bij HR 15 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:783, nr. 3.8.
- [5] Faber, *Verrekening* (O&R nr. 33) 2005/411. Uit HR 18 november 2005, NJ 2005/190 (*NAP/Rabobank West Kennemerland*), is eveneens af te leiden dat in een dergelijk geval art. 53 Fw van toepassing is.
- [6] HR 23 maart 2018, JOR 2018/170 (*Aan de Amstel Accountants/X*).
- [7] HR 16 januari 1987, NJ 1987/553 (*Hooijen/THB*).
- [8] HR 22 juli 1991, NJ 1991/748 (*ADB/Planex*).
- [9] Faber 2005/479, Faber, annotatie bij Rb, Rotterdam 9 september 2009 in JOR 2010/202, Schuijling, *Verrekening* (Monografieën BW, nr. B40), 2019/63.
- [10] HR 23 maart 2018, JOR 2018/170 (*Aan de Amstel Accountants/X*).
- [11] Conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.5 (met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis) en Rongen, *Cessie* (O&R, nr. 70) 2012/212. Zie ook: HR 29 januari 1999, NJ 1999/595 (*DBV/Sedgwick*).
- [12] Schuijling 2019/65 en Bergervoet, ‘Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie’, in: *De curator en het concern* (Insolad Jaarboek 2017), p. 259-260.
- [13] Zie voetnoten 15, 16 en 17 in de conclusie van A-G Valk bij dit arrest voor een uitgebreide opsomming van voor- en tegenstanders van de stelling dat een contractuele uitbreiding van de wettelijke verrekeningsbevoegdheid standhoudt in faillissement.
- [14] Faber, annotatie bij arrest hof in deze zaak in JOR 2018/134, Schuijling 2019/63, Rb. Breda 3 november 2010, JOR 2011/30, conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.7.
- [15] Conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.7.
- [16] Rb. Breda 3 november 2010, JOR 2011/30.
- [17] HR 23 maart 2018, JOR 2018/254 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) en conclusie A-G Valk bij dit arrest, nr. 3.7.

[18] Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)* (*Wessels Insolventierecht*, nr. III), 2019/3389.

[19] HR 15 januari 1999, *NJ* 2000/49 (*Wilderink/Ontvanger q.q.*).

[20] Rank, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, artikel 6:127 BW, aant. 3.

[21] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 januari 2018, *JOR* 2018/134.

[22] Schuijling 2019/63, Faber 2005/580.

[23] HR 13 oktober 2017, *JOR* 2018/48 (*Curatoren Eurocommerce/Ontvanger*).

[24] Faber, annotatie bij het arrest van de Hoge Raad in deze zaak in *JOR* 2020/22.

[25] HR 16 oktober 2015, *JOR* 2016/20 (*DLL/Van Logtestijn q.q.*).

[26] Schuijling 2019/63.