

Het vereiste van wederkerig schuldenaarschap bij verrekening

N.a.v. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359

Bb 2021/100

1. Inleiding

Indien partijen over en weer verplichtingen hebben, bijvoorbeeld tot het betalen van een geldsom, kunnen partijen hun verplichtingen tegen elkaar wegstrepen. De wederzijdse vorderingen worden dan met elkaar verrekend. Hoewel deze figuur op het eerste gezicht eenvoudig en voor de hand liggend lijkt, kan het leerstuk van verrekening in de praktijk ingewikkelde situaties opleveren. In sommige gevallen moet een verrekeningsvraagstuk zelfs aan de rechter worden voorgelegd.

Eén van de gevallen waarin regelmatig verrekeningsperikelen spelen is de situatie waarin één van de betrokken partijen in staat van faillissement verkeert. In dat geval kan die failliete partij namelijk niet meer aan zijn verplichtingen voldoen, terwijl zijn wederpartij zijn verplichtingen nog wel moet nakomen. Het komt dan goed uit als die wederpartij tevens schuldeiser van de failliet is. Er gelden, onder meer om misbruik van verrekening tegen te gaan, echter speciale regels voor verrekening van een vordering in een faillissement.

In een recent arrest van de Hoge Raad was een casus over verrekening in faillissement aan de orde.² In deze zaak lag onder meer de vraag voor of een partij een vordering op een failliete wederpartij kon verrekenen met een schuld aan die wederpartij en aan haar, eveneens gefailleerde, dochtervennootschappen.³ De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend omdat niet was voldaan aan het vereiste van wederkerig schuldenaarschap. In dit artikel wordt ingegaan op dat vereiste voor verrekening en op de mogelijkheden die partijen hebben om bij overeenkomst hun verrekeningspositie te versterken, in het bijzonder met het oog op faillissementssituaties.

2. Verrekening

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.

Een schuldenaar kan een schuld alleen met succes verrekenen als hij tot verrekening bevoegd is. Wanneer dat het geval is, is geregeld in artikel 6:127 lid 2 BW. Eén van de belangrijkste vereisten die wordt gesteld voor de bevoegdheid tot verrekening is het wederkerig schuldenaarschap. Hiervan is sprake als partijen over en weer zowel elkaars schuldenaar als schuldeiser zijn. Beide partijen kunnen zich in dat geval op verrekening van hun schuld beroepen.

Partijen kunnen bij overeenkomst de bevoegdheid tot verrekening uitbreiden. Zo kunnen partijen bepalen dat een schuld van partij A aan partij B verrekend kan worden met een vordering van partij A op partij C. Partijen zijn volledig vrij in het uitbreiden van de bevoegdheid tot verrekening en de mogelijkheden daartoe zijn dus oneindig. Andersom staat het partijen ook vrij om af te spreken dat een bepaalde schuld of vordering juist niet verrekend kan worden. Verrekeningsafspraken kunnen vormvrij worden gemaakt en kunnen eventueel ook in algemene voorwaarden worden opgenomen.⁴

Onder bijzondere omstandigheden kan een schuld toch verrekend worden, ondanks dat niet is voldaan aan het vereiste van wederkerig schuldenaarschap en partijen geen verruimde verrekeningsmogelijkheden zijn overeengekomen. De partij die zich in dat geval op verrekening wil beroepen zal moeten aantonen dat het in strijd met de redelijkheid en billijkheid of kennelijk onaanvaardbaar zou zijn als hij zijn schuld niet zou mogen verrekenen. Op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 1 BW) kan de rechter dan een ruimere verrekeningsmogelijkheid aannemen. Op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 2 BW) kan de rechter het vereiste van wederkerig schuldenaarschap buiten toepassing laten bij het beoordelen van het beroep op verrekening.⁵ Of een uitzondering op grond van de redelijkheid en billijkheid gerechtvaardigd is moet steeds beoordeeld worden aan de hand van de relevante omstandigheden van het geval. De rechter is zeer terughoudend bij het aannemen van een uitzondering op de wettelijke regeling van artikel 6:127 BW.

1 Lucas van Walraven is werkzaam als advocaat bij van Benthem & Keulen.

2 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359.

3 In het arrest komen nog enkele andere vraagstukken aan de orde die in deze bijdrage buiten beschouwing zullen blijven. Voor een beknopte beschrijving van de volledige casus verwijs ik naar B.A. Schuiling, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:511, JOR 2020/238, par. 2 t/m 6.

4 Daarbij wordt opgemerkt dat een bepaling die de verrekeningsbevoegdheid van de gebruiker van de algemene voorwaarden uitbreidt en/of de verrekeningsbevoegdheid van zijn wederpartij beperkt is opgenomen op de grijze lijst van artikel 6:237 BW (onder g.). Bij consumentenovereenkomsten wordt een dergelijke bepaling daarom vermoed onredelijk bezwarend te zijn. De bepaling kan in dat geval door de consument worden vernietigd op grond van artikel 6:233 BW.

5 De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan omgekeerd ook aanleiding zijn om een overeengekomen verrekeningsbevoegdheid buiten toepassing te laten, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:937, r.o. 3.5.

3. Wederkerig schuldenaarschap bij verrekening in faillissement

Op grond van artikel 53 Fw kan een schuldenaar van een failliete (rechts)persoon eveneens een beroep doen op verrekening van deze schuld met een vordering die hij op deze failliete partij heeft. Hiervoor geldt ook het vereiste van wederkerig schuldenaarschap. Voor bevoegdheid tot verrekening in faillissement is in aanvulling op de vereisten van artikel 6:127 BW nog vereist dat zowel de te verrekenen schuld als de daartegenover staande vordering voor het uitspreken van het faillissement zijn ontstaan of voortvloeien uit een overeenkomst die is gesloten voorafgaand aan het faillissement. Indien partijen voorafgaand aan het faillissement de verrekeningsmogelijkheden hebben verruimd, kan de wederpartij van de failliet na het faillissement nog steeds van deze verruimde mogelijkheden gebruik maken. Dat heeft de Hoge Raad bepaald in het arrest Crien/Bontrup.⁶ Voorwaarde daarvoor is wel dat de verrekeningsafspraken (ruim) voor het faillissement zijn gemaakt. Als de afspraken namelijk zijn gemaakt op het moment dat de schuldenaar van de later gefailleerde partij het faillissement van zijn schuldeiser zag aankomen zijn de daarna gemaakte afspraken namelijk in strijd met artikel 54 Fw en mogelijk door de curator vernietigbaar op grond van artikel 42 Fw.

In de casus die ten grondslag ligt aan het recente arrest van de Hoge Raad had een financier (A) een vordering op een gefailleerde moedervennootschap (B) uit hoofde van een aan B verstrekte lening. Tegelijkertijd had A een schuld aan B en haar zes, eveneens gefailleerde, dochtervennootschappen (C t/m H).⁷ Tussen de betrokken partijen waren geen nadere afspraken gemaakt over verrekening. A wilde vervolgens zijn schuld aan B t/m H verrekenen met zijn vordering op B. De rechtbank oordeelde in eerste aanleg dat weliswaar niet voldaan was aan het vereiste van wederkerig schuldenaarschap, omdat schuld van A aan B t/m H in verschillende failliete boedels viel, maar dat A deze schuld op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid toch kon verrekenen met zijn vordering op B. De curator van B t/m H is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan. De afweging van het hof viel anders uit dan die van de rechtbank en het hof oordeelde dat A onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die een uitzondering op grond van (de aanvullende of beperkende werking⁸ van) de redelijkheid en billijkheid zouden rechtvaardigen. Het hof wijst daarbij op de belangen van (de boedels van) C t/m H, die bij het aannemen van de verrekeningsbevoegdheid van A geschaad zouden worden doordat zij in dat geval hun vorderingen niet betaald zouden krijgen.⁹ De Hoge Raad heeft het arrest van het hof vervolgens bekrachtigd.

4. Conclusie

In deze zaak leek het er na het vonnis van de rechtbank in eerste aanleg op dat de financier zijn schuld aan zijn failliete wederpartij zou kunnen verrekenen op grond van de redelijkheid en billijkheid. In hoger beroep werd de financier echter zijn verrekeningsmogelijkheid ontnomen. Het gevolg is dat A zijn schuld aan B t/m H geheel moet voldoen, terwijl het zeer onwaarschijnlijk is dat hij vanuit het faillissement van B een (significante) uitkering zal ontvangen op zijn vordering. In dit geval had de verstrekker van de lening aan de moedermaatschappij vermoedelijk wel kunnen verrekenen indien alle dochtervennootschappen zich hoofdelijk hadden verbonden voor terugbetaling van de lening. In de praktijk gebeurt dat met betrekking tot concernfinancieringen dan ook vrijwel altijd.

Ook voor andere partijen dan financiers verdient het aanbeveling om, indien er zaken wordt gedaan met een groep vennootschappen, de mogelijkheid tot verrekening uit te bereiden naar alle vennootschappen binnen het concern. Omdat de partij die zich op een dergelijke afspraak beroept, het bestaan van die afspraak zal moeten aantonen, is het verstandig om verrekeningsafspraken schriftelijk en zo volledig mogelijk vast te leggen.

Omdat afspraken over de uitgebreide verrekeningsbevoegdheid in beginsel ook in faillissement standhouden, biedt dit schuldeisers een mogelijkheid om hun positie in het geval van een eventueel faillissement van hun wederpartij te versterken. Indien partijen tijdig duidelijke afspraken maken over verrekening wordt daarmee ook voorkomen dat er in een gerechtelijke procedure een beroep moet worden gedaan op de redelijkheid en billijkheid, met – zo moge duidelijk zijn – een hoogst onzekere uitkomst.

6 HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, NJ 2020/166, r.o. 3.2.

7 De grondslag voor deze vordering is voor de beoordeling van de het beroep op verrekening niet van belang.

8 Zie conclusie A-G, ECLI:NL:PHR:2021:126, par. 3.8.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:511, r.o. 4.12.