

BANCAIRE KROKODILLENTRANEN

De Hoge Raad is de laatste decennia ruimhartig wanneer het aankomt op financiering van ondernemingen in moeilijkheden. Terecht gunt hij bankiers aanzienlijke speelruimte bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de voortzetting van een financiering, het uitbreiden daarvan met bijbehorende zekerheidsverwerving en de mogelijkheden om ook wanneer bekend is dat een onderneming in moeilijkheden verkeert, inkomende betalingen te blijven verrekenen. De reden is voor de hand liggend: reële reddingspogingen zijn van eminent maatschappelijk belang.

Maar een onderneming in moeilijkheden is niet gelijk aan een onderneming waarvan discontinuïteit in de lijn der verwachtingen ligt. Zodra dat onderscheid in het geding is, herhaalt de Hoge Raad in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de rode lijn. Dat heeft recent geleid tot verontwaardiging in de bancaire wereld. Waarom eigenlijk? In dit artikel leg ik uit waarom die verontwaardiging in mijn ogen misplaatst is.

Het peilmoment

Sinds jaar en dag geldt dat een bank zich door creditering van een bij haar aangehouden bankrekening tot schuldenaar van de rekeninghouder maakt.¹ Of die rekening een debet- of een creditsaldo vertoont, maakt daarvoor geen verschil. Wanneer die rekening een debetsaldo vertoont, neemt dat door de creditering af: de schuld van de rekeninghouder aan de bank wordt kleiner. Er vindt dan verrekening van rechtswege plaats. Verrekening is echter niet toegestaan wanneer de rekeninghouder in een zodanige toestand verkeerde dat diens surseance of faillissement was te verwachten. Vanaf het moment dat de bank dat weet of behoort te weten, is zij niet meer te goeder trouw en mag zij de inkomende betalingen niet verrekenen met de schuld de rekeninghouder aan haar heeft.² We noemen dat het peilmoment. Vanaf het peilmoment wordt de bank geacht te hebben geweten dat de rekeninghouder in surseance of faillissement zal geraken. De Hoge Raad heeft daarbij opgemerkt dat de cruciale schakel die banken in het betalingsverkeer innemen, hen geen betere verrekeningspositie mag verschaffen. Zoals uit het voorgaande blijkt, is hier sprake van achterwaartse verrekening: de rekeninghouder heeft een schuld aan de bank en die laatste verrekent die vervolgens met inkomende betalingen afkomstig van derden.

De vraag die dan rijst, is of die beperking uitsluitend geldt voor achterwaartse verrekening, of ook voor voorwaartse verrekening. De cruciale positie van banken in het betalingsverkeer – die

¹ O.a. ECLI:NL:HR:1988:1 (Amro/Curatoren THB) en ECLI:NL:HR:1987:AC0475 (Loeffen q.q./Mees & Hope I)

² ECLI:NL:HR:25 augustus 2023: 1135 (ING/Van den Bergh q.q.)

er volgens de Hoge Raad aan in de weg staat dat zij zich een betere verrekeningspositie verschaffen – heeft Rabobank kennelijk geïnspireerd om in twee zaken te onderzoeken of voorwaartse verrekening ná het aanbreken van het peilmoment wel zou worden toegestaan.

Twee zaken, één conclusie

Zaak 1: de elektronica retailer

In de aanstaande insolventie van een grote elektronica retailer had Rabobank de voorraad aan zich laten verpanden. Het probleem was dat toen Rabobank begreep dat die retailer zou failleren, bleek dat die voorraad die onder eigendomsvoorbehoud was geleverd. De leveranciers konden de voorraden daardoor met voorbijgaan aan het pandrecht van Rabobank opeisen. Pandrechten op debiteurenvorderingen had Rabobank nauwelijks: in de retail ontstaan nagenoeg geen debiteurenvorderingen. Om haar pandrecht veilig te stellen, zette Rabobank – ondanks het passeren van het rode sein van het peilmoment – de financiering voort. Uit de inkomende (pin)betalingen van de klanten van de retailer werden vervolgens de leveranciers betaald: hun eigendomsvoorbehoud ging daardoor teniet en Rabobank kon zich via haar pandrecht op de voorraden verhalen. De curator en daarmee de andere crediteuren stonden met lege handen. Het behoeft weinig betoog dat Rabobank hier wel heel erg de grenzen van het toelaatbare opzocht en het Gerechtshof Den Bosch liet niet na om daarover zijn ongenoegen tot uitdrukking te brengen. Maar hoe zou de Hoge Raad daarover oordelen?

Zaak 2: de horecaondernemer

In een andere zaak stond Rabobank toe dat uit de ná het peilmoment ontvangen NOW-subsidie – waarmee het negatieve rekeningsaldo van een horecaondernemer werd aangezuiverd – een deel van de crediteuren werd betaald. Ook hier stonden de curator en de andere crediteuren stonden met lege handen. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden vond dat te billijken omdat Rabobank in zijn ogen geen misbruik maakte van zijn cruciale positie in het betalingsverkeer: de na het peilmoment inkomende betalingen werden naar het oordeel van het Gerechtshof niet door Rabobank voor zichzelf aangewend maar daarmee werden crediteuren van de horecaonderneming betaald. Maar klopt die redenering wel?

Het oordeel van de Hoge Raad

Absoluut niet, oordeelde de Hoge Raad. Waar het om gaat, is dat het negatieve rekeningsaldo van de horecaonderneming met de *ná het peilmoment* ontvangen NOW-subsidie werd gecompenseerd. Doordat Rabobank zich door die creditering tot schuldenaar van de horecaonderneming maakte op het moment dat zij niet te goeder trouw was – Rabobank moest toen immers begrijpen dat de horecaondernemer zou failleren – had zij die inkomende betaling niet mogen verrekenen met haar vordering op de horecaonderneming. Dat zij vervolgens uit het ten onrechte aangezuiverde negatieve rekeningsaldo betalingen aan crediteuren toeliet, maakt

daarvoor geen verschil. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden was tot de andere uitkomst gekomen omdat zij het verkeerde toetsmoment had aangelegd: bepalend is het moment van verrekenen, niet of en wanneer vervolgens betalingen worden toegestaan. Dat is een bevestiging van de sinds jaar en dag geldende principiële keuze van de Hoge Raad. Daarmee stond ook de ontoelaatbaarheid van het handelen van Rabobank in het aanstaande faillissement van de elektronica retailer in de Bossche zaak vast, zodat de Hoge Raad zich over de kennelijke beweegreden van Rabobank in die zaak niet verder hoefde uit te laten.

Terecht klacht bankiers?

Bankiers klagen dat de Hoge Raad onvoldoende oog heeft gehad voor het feit dat in beide zaken sprake was van detailhandel: handel waarin direct wordt afgerekend dus. Het oordeel van de Hoge Raad zou ertoe leiden dat bankiers veel eerder genoodzaakt zouden zijn de financiering te beëindigen. Dat argument kan echter niet valide zijn: de crux is nu juist dat het peilmoment al verstreken is op het moment dat de banken verrekenen. Zij verrekenen terwijl zij niet te goeder trouw zijn en zij zijn alleen feitelijk in staat om dat te doen doordat zij een cruciale en unieke positie in het betalingsverkeer innemen: zij zijn zowel financier als facilitator van betalingen door de ene rekeninghouder aan de andere. Verrekening op dat moment staat dan ook gelijk aan misbruik van die unieke en cruciale positie. Dat is bovendien gekunsteld: bij gebreke van (het vooruitzicht op) inkomende debiteurenbetalingen zou een bank die begrijpt dat haar rekeninghouder zal failleren, die rekeninghouder immers niet toestaan om uit de kredietfaciliteit betalingen aan derden te verrichten waardoor de onverhaalbare vordering van de bank op de rekeninghouder zou oplopen.

Dat de retail bijzondere kenmerken heeft, valt niet te ontkennen. In de retail ontstaan (nagenoeg) geen verpandbare debiteurenvorderingen. Bij gebreke daarvan is verpanding van die vorderingen niet mogelijk en daardoor doet zich de uitzondering dat verrekening wel toegestaan is, evenmin voor.³ De koopovereenkomst komt immers tot stand in de winkel doordat de consument besluit een product te kopen, en de daaruit voortvloeiende debiteurenvordering op die consument gaat onmiddellijk teniet doordat de koopsom aan de kassa contant of per pin wordt betaald.⁴ Maar juist voor die situatie heeft de Hoge Raad de banken instrumenten aangereikt. Zo kan de bank met de retailer afspreken dat die de aan de bank verpande voorraad namens de bank verkoopt. Ook in dat geval is er sprake van een executieverkoop, zij het een onderhandse, en strekt de opbrengst die op de bankrekening wordt bijgeschreven, exclusief tot verhaal van de pandhouder: de bank. Het verrekeningsverbod speelt in dat geval niet omdat de creditering van de bankrekening niet het gevolg is van een

³ ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (Mulder q.q./CLBN)

⁴ Anders is het in geval van koop op afbetaling

betaling door een schuldenaar van de rekeninghouder, maar van de afdracht van de executieopbrengst op die rekening.⁵

Tot slot is het goed in herinnering te roepen dat het verrekeningsverbod alleen bestaat voor zover het peilmoment is gepasseerd en de bank dus weet dat de rekeninghouder zal failleren. Van een gewone 'going concernsituatie' gericht op continuïteit van de rekeninghouder is in dat geval hoe dan ook geen sprake meer. In die situatie is de bank prima geholpen met de door de Hoge Raad aangereikte instrumenten, waaronder de hierboven aangehaalde (onderhandse) executie. Bovendien treedt het peilmoment niet in zonder dat de bank dat had kunnen kennen. De Hoge Raad heeft in het verleden al meermaals de wenk gegeven dat wanneer aan een onderneming in moeilijkheden in het kader van een reddingsoperatie financiering wordt verstrekt of voortgezet tegen het verschaffen van bijkomende zekerheden, de bank te goeder trouw heeft gehandeld en de zekerheden in stand blijven wanneer zij onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van uit mocht gaan dat die reddingsoperatie succesvol zou zijn.⁶ Deze toets, ontleend aan het leerstuk van de Pauliana, is in zoverre dezelfde als die voor verrekening geldt: de goede trouw. Anders gezegd: de bank moet de overlevingskansen in kaart (laten) brengen. Als die er zijn, worden haar mogelijkheden niet beperkt.

Die mogelijkheden, en de in dat licht van haar gevraagde (beperkte) inspanningen, kent de bank natuurlijk ook. Maar zoals alle spelers verkennen ook bankiers van tijd tot tijd de grenzen van het speelveld in de hoop in een, naar zij kennelijk vinden, hen toekomstende uitzonderingspositie terecht te komen. Daar is de Hoge Raad niet in meegegaan. Aan de operationele mogelijkheden die banken ten dienste staan, doet dat niets af. Het bewijst slechts dat bankieren een vak is en dat vertrouwend op automatisering, achteroverleunen niet volstaat. De bankiers die daarover klagen plengen krokodillentranen.

⁵ ECLI:NL:HR:2014:319 (Feenstra q.q./ING)

⁶ ECLI:NL:HR:2000:AA4726 (Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes); ECLI:NL:HR:2009:B18493 (abn-amro Bank/Van Dooren q.q.) en ECLI:NL:HR:2017:635 (Jongepier q.q./Drieakker)