

## De mogelijkheid van verrekening bij een achtergestelde lening

Hof Den Haag 31 oktober 2000, JOR 2001,

41 (mr. Buter q.q./Besix)

### Inleiding

In het navolgende zal aan de hand van het vonnis van de arrondissementsrechtbank te Den Haag (hierna: de rechtbank) d.d. 17 december 1998 en het vonnis van het gerechtshof (hierna: het hof) d.d. 31 oktober 2000, in de zaak van N.V. Besix S.A. (hierna: Besix) tegen de curator in het faillissement van Habo Bouw B.V. (hierna: Habo), de mogelijkheid van verrekening in geval van een achtergestelde lening worden besproken. Andere (procesrechtelijke) geschilpunten blijven buiten beschouwing.

### Feiten

Besix en Habo zijn een vennootschap onder firma (hierna: de Vof) aangegaan om te komen tot de bouw voor gemeenschappelijke rekening van het sportcentrum De Vliert te 's-Hertogenbosch (hierna: het Bouwproject). De Vof heeft een 'thesaurievoorschot' betaald aan Habo van NLG 2.000.000. Dit bedrag kon door Habo niet worden terugbetaald. Uit de uitspraak blijkt overigens niet waarom het bedrag door Habo diende te worden terugbetaald. Met betrekking tot terugbetaling van dit voorschot door Habo hebben Besix en Habo (pre-faillissement) een regeling getroffen welke is vastgelegd in een intentieverklaring (hierna: de Intentieverklaring). Voorzover van belang houdt de Intentieverklaring het volgende in:

- Habo zal een bedrag van NLG 500.000 direct aan de Vof terugbetalen;
- het verschuldigde restant ad NLG 1.500.000 wordt omgezet in een achtergestelde lening van de Vof aan Habo onder 'nader vastgelegde voorwaarden';
- Habo zal ten behoeve van Besix een bankgarantie doen stellen van NLG 1.000.000, die onmiddellijk opeisbaar zal zijn ingeval Habo haar verplichtingen niet kan nakomen of in staat van faillissement geraakt.

Tussen partijen worden geen nadere afspraken gemaakt omtrent de achterstelling en Habo heeft de bankgarantie nooit laten stellen. Habo wordt failliet verklaard vóórdat het restant ad NLG 1.500.000 is terugbetaald aan de Vof. Besix heeft de firma-akte opgezegd en de door de Vof gedreven onderneming is door haar alleen

voortgezet. Daarnaast is van belang dat Habo een (opeisbare) vordering heeft op Besix van (afgerond) NLG 357.228, waarvan NLG 184.484 is erkend.

De curator heeft buiten rechte betaling gevorderd van de vordering die Habo heeft op Besix. Besix heeft een bankgarantie doen stellen om te voorkomen dat de curator conservatoire maatregelen zou treffen tegen de Vof. Besix vordert, voorzover relevant, een verklaring voor recht dat de vordering van de Vof ad NLG 1.500.000 op Habo kan worden verrekend met de vordering die Habo op Besix heeft.

### De Rechtbank Den Haag

De rechtbank oordeelt dat de vordering ad NLG 1.500.000 valt in het vermogen van de Vof, welk vermogen een afgescheiden karakter kent en niet kan worden vereenzelvigd met het vermogen van Besix. De rechtbank concludeert dat Besix geen vordering heeft op Habo en wijst om die reden de gevorderde verklaring voor recht af. De rechtbank komt derhalve aan het vraagstuk van verrekening tussen Besix en Habo niet toe. Echter, in het kader van de vraag of de kosten gemoeid met de namens Besix ten gunste van (de boedel van) Habo gestelde bankgarantie voor vergoeding in aanmerking komen, gaat de rechtbank wel in op de vraag of de Vof een beroep op verrekening toekomt.

De rechtbank is van mening dat de Vof een beroep toekomt op verrekening. De rechtbank stelt dat dit volgt uit de artikelen 53 jo. 130 en 131 Faillissementswet (Fw). De rechtbank overweegt:

'Art. 53 Fw stelt slechts de eis dat de vordering vóór het faillissement is ontstaan. Een verdere beperking in het karakter noch in de opeisbaarheid wordt niet gesteld. De inhoud van de artikelen 130 en 131 Fw sluit hierbij aan en onderstreept dat ook van vorderingen die niet direct inbaar zijn de waar de zo goed mogelijk dient te worden bepaald. Een eventuele achterstelling is dan ook niet ter zake. (...)De achterstelling van een vordering [houdt] op zichzelf geen afstand in van verrekening. Het betekent slechts dat de crediteur die zijn vordering heeft achtergesteld andere crediteuren moet laten voorgaan. Het betekent niet dat hij zijn debiteur daarom moet betalen ofschoon hij op zichzelf een compensabele tegen vordering heeft. Dit spreekt te meer nu in casu van een contractueel afstand doen van verrekening geen sprake is (geweest).'

De rechtbank geeft tevens aan dat de *paritas creditorum* niet doorbroken wordt, aangezien in haar visie Habo de Vof ook niet buiten faillissement tot betaling van haar schuld had kunnen noodzaken. Volgens de rechtbank verzet ook de redelijkheid en billijkheid zich tegen de door de curator verdedigde visie:

‘Het is immers met die beginselen in strijd dat een debiteur, die op zich een tegenvordering heeft, gehouden zou zijn zijn eigen schuld te voldoen, waarna, zodra het op voldoening van zijn eigen vordering aankomt, hij het gebrek aan actief c.q. de toestand van de (faillissements)boedel tegengeworpen zou krijgen.’

#### Hof Den Haag

Voor de goede orde dient te worden opgemerkt dat de Vof (hoewel deze door opzegging geëindigd was) zich in hoger beroep als gedaagde bij prorogatie in deze procedure heeft gevoegd.

In hoger beroep vordert de curator een verklaring voor recht dat de achtergestelde vordering van de Vof op Habo niet mag worden verrekend met enige vordering van Habo op de Vof. De curator stelt dat de rechtbank, door te bepalen dat de achterstelling van een vordering op zichzelf geen afstand van het verrekeningsrecht inhoudt, de *paritas creditorum* doorbroken heeft, alsmede het karakter en de bedoeling van een achtergestelde vordering heeft miskend. Besix en de Vof stellen daartegenover dat als hoofdregel heeft te gelden dat verrekening in beginsel mogelijk is, tenzij anders is overeengekomen. Volgens Besix en de Vof volgt uit de bewoordingen van de Intentieverklaring, de verlangde bankgarantie en de omstandigheden van het geval dat de Vof het recht op verrekening niet heeft willen prijsgeven.

Het hof overweegt dat het onjuist is dat het karakter van de achtergestelde lening in zijn algemeenheid met zich brengt dat de crediteur van die lening zijn recht op verrekening (impliciet) prijsgeeft. Tevens overweegt het hof dat in zijn algemeenheid de achterstelling van een vordering met zich brengt dat een crediteur in het geval van faillissement pas aan bod komt als de andere crediteuren zijn voldaan. Volgens het hof moet bij de beantwoording van de vraag of in een achterstelling afstand is gedaan van verrekening naar de omstandigheden van het geval, het doel, de bewoordingen en de inhoud van de overeenkomst van achter

stelling worden gekeken, waarbij de betekenis van contractuele bepalingen wordt bepaald door de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en door hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (Haviltex-criterium).

Het hof oordeelt dat uit het overeenkomen van een achterstelling op zich niet kan worden afgeleid dat de Vof haar recht op verrekening heeft prijsgeven. De redelijkheid en billijkheid en het beginsel van de *paritas creditorum* geven volgens het hof ook geen redenen om dit aan te nemen. Het bewijsaanbod dat door de curator is gedaan om ‘de term achterstelling of achtergestelde lening te bewijzen’ wordt door het hof als ‘te vaag’ van de hand gewezen. Het hof komt mede tot zijn conclusie gelet op het feit dat in de Intentieverklaring is overeengekomen dat een bankgarantie ten gunste van Besix zou worden gesteld. Het feit dat Habo deze bankgarantie nooit heeft gesteld, doet volgens het hof niet af aan de kennelijke bedoeling van beide partijen om enerzijds Habo een uitstel van betaling en wat ‘financiële armslag’ te verschaffen en anderzijds de Vof te beschermen tegen het risico van een eventueel faillissement van Habo. Uit de verplichting tot het stellen van de bankgarantie moet volgens het hof worden afgeleid dat het de bedoeling van partijen is geweest om bij faillissement van Habo de vordering van de Vof niet achter te stellen bij die van andere crediteuren. Het hof overweegt:

‘Het hof kent aan de inhoud van die overeenkomst aldus meer het karakter van een uitgestelde opeisbaarheid toe. Dat het voor beide partijen de bedoeling is geweest niet alleen de liquiditeitspositie, maar ook de eigen vermogenspositie van Habo en haar kredietwaardigheid ten opzichte van derden te vergroten c.q. dat de achtergestelde lening een garantiefunctie voor andere schuldeisers vervulde, is ten processe niet gebleken.’

Tevens verwijst het hof naar een brief van Habo van 10 oktober 1997 aan Besix, waaruit blijkt dat Habo verrekening niet zou hebben uitgesloten. In deze brief vermeldt Habo tot de conclusie te zijn gekomen, na het maken van een overzicht van de vorderingen over en weer jegens elkaar, dat zij nog ongeveer NLG 800.000 verschuldigd is. Hieruit leidt het hof af dat Habo zelf de vorderingen ook heeft verrekend.

Het hof overweegt dat voor een rechtsgeldige afwij-

zing van verrekening de overeenkomst de verrekeningsmogelijkheid uitdrukkelijk moet uitsluiten. Dit geldt volgens het hof 'zelfs indien de Vof haar bevoegdheid tot verrekening impliciet gedurende de termijn van de betalingsregeling had prijsgegeven', omdat 'de faillissementswet de bevoegdheid tot verrekening in faillissement juist verruimt'. Het hof verenigt zich dan ook met het oordeel van de rechtbank.

### Commentaar

Artikel 3:277 lid 2 BW biedt een crediteur en een debiteur de mogelijkheid om door middel van een overeenkomst de *paritas creditorum* te doorbreken. Afgesproken kan worden dat de vordering van de crediteur ten opzichte van alle of sommige andere creditoren van de debiteur een lagere rang wordt toegekend dan de wet hem toekent. De vordering van de achtergestelde crediteur, ook wel de 'junior-crediteur' genoemd, wordt pas voldaan indien de vorderingen van de overige, niet achtergestelde, creditoren (de 'senior-creditoren') door de debiteur zijn voldaan. Met andere woorden: de junior-crediteur kan geen betaling in ontvangst nemen zolang de senior-creditoren niet zijn betaald.

Verrekening komt op twee plaatsen in de wet voor. Ten eerste wijdt het Burgerlijk Wetboek een afdeling aan verrekening (afdeling 6.1.12 BW). Verrekening wordt beschouwd als een vorm van betalen. Een crediteur die verrekent, 'betaalt' in wezen zijn schuld aan de debiteur met zijn eigen vordering. Artikel 6:127 BW geeft de algemene vereisten voor verrekening. Artikel 53 Fw bevat de vereisten voor verrekening in geval van faillissement. Deze laatste bepaling is ruimer opgezet dan artikel 6:127 BW. Het belangrijkste verschil tussen artikel 53 Fw en artikel 6:127 BW is dat de te verrekenen vordering op het moment van erkenning nog niet opeisbaar hoeft te zijn. Partijen mogen in beginsel verrekenen, maar kunnen dit bij overeenkomst uitsluiten.

Het door de curator verdedigde standpunt dat het karakter van een achtergestelde lening met zich brengt dat de crediteur van die lening zijn recht op verrekening (impliciet) vrijgeeft, is een door Van Grevenstein (in: Sanering en herstructurering van ondernemingen, paragraaf 2.2.2.F.6) verwoord standpunt dat recht doet aan het karakter van de achterstelling. Immers, bij een achterstelling accepteert de junior-crediteur dat zijn vordering op de debiteur eerst wordt voldaan als alle senior-creditoren zijn voldaan, met als oogmerk om

de kredietwaardigheid van de debiteur te vergroten. De junior-crediteur geeft zijn positie van concurrent crediteur ten opzichte van de senior-crediteur prijs. Indien de mogelijkheid van verrekening zou blijven bestaan, zou de junior-crediteur echter via de achterdeur van verrekening toch weer in een gelijkwaardige (= concurrente) positie ten opzichte van de senior-crediteur kunnen komen. Dit is in strijd met het karakter van de achterstelling. Ook in de relatie junior-crediteur en debiteur geldt dat de debiteur erop moet kunnen vertrouwen dat zijn vordering op de junior-crediteur niet wordt verrekend met de achtergestelde vordering van de junior-crediteur. Verrekening wordt beschouwd als een vorm van betalen. Bij een achterstelling wordt betaling van de vordering achtergesteld, zodat ook betaling in de vorm van verrekening wordt prijsgegeven. De redenering van het hof dat verrekening expliciet moet worden prijsgegeven, gaat dan ook niet op.

Indien de visie van het hof wordt gevolgd, dient onderscheid te worden gemaakt tussen een achterstelling met het karakter van uitgestelde betaling en een achterstelling met het karakter van uitgestelde opeisbaarheid. Indien sprake is van een achterstelling met het karakter van uitgestelde opeisbaarheid, komt de junior-crediteur in geval van faillissement een beroep op verrekening toe, maar voorafgaande aan het faillissement is dit niet mogelijk. Indien sprake is van een achterstelling met het karakter van uitgestelde betaling is, in de visie van het hof, verrekening kennelijk ook voor faillissement mogelijk. Naar onze mening volgt in beide gevallen uit het karakter van verrekening en het karakter van achterstelling dat verrekening door de junior-crediteur is prijsgegeven, tenzij anders is overeengekomen.

Tevens is van belang dat op grond van artikel 2:375 lid 4 BW de debiteur verplicht is om de achtergestelde schuld op te nemen in de balans en hij de aard van de achterstelling in de toelichting op de balans dient te vermelden. Tezamen met het eigen vermogen wordt dit beschouwd als het 'garantievermogen' van de debiteur. De senior-creditoren beoordelen de kredietwaardigheid van de debiteur (onder meer) op basis van dit garantievermogen. Daarbij is voor de senior-creditoren bij de beoordeling van de kredietwaardigheid van de debiteur van groot belang of de junior-crediteur een beroep op verrekening toekomt. Zolang niet in de toelichting van de balans van de debiteur is opgenomen dat verrekening door de junior-crediteur expli-

ciet is uitgesloten, dient een senior-crediteur zich, gelet op de uitspraak van het hof, bij de beoordeling van de kredietwaardigheid van de debiteur te realiseren dat de junior-crediteur een beroep op verrekening kan toekomen, waardoor de verhaalspositie van de senior-crediteur (sterk) kan verslechteren.

Uitgangspunt moet naar onze mening zijn dat een junior-crediteur door het aangaan van een achterstelling impliciet zijn recht op verrekening prijsgeeft. Dit volgt uit het karakter van de achterstelling. De rechtbank en het hof hebben echter bepaald dat een achterstelling op zich niet met zich brengt dat het verrekeningsrecht impliciet wordt prijsgegeven. In het licht van de uitspraken dient een senior-crediteur altijd na te gaan of de junior-crediteur in de aan hun gezamenlijke debiteur verstrekte achtergestelde lening, de mogelijkheid van verrekenen expliciet heeft prijsgegeven. Alleen indien in de toelichting van de balans van de debiteur is opgenomen dat verrekening door de junior-crediteur expliciet is uitgesloten, mag de senior-crediteur hiermee rekening houden bij de beoordeling van de kredietwaardigheid van debiteur. Ook de debiteur zelf moet er rekening mee houden dat de junior-crediteur een beroep op verrekening toekomt, tenzij dit expliciet is uitgesloten. Het blijft daarom raadzaam om altijd expliciet overeen te komen of verrekening wel of niet is toegestaan.

*Mrs. E.E. Thijssen en K. Rutten  
NautaDutilh*

---