

Het begrip ‘schuldoverneming’ in de zin van artikel 54 Faillissementswet

De tekst en strekking van artikel 54 Fw

De schuldeiser die ook een schuld aan de boedel heeft, zal zijn vordering en schuld over het algemeen willen verrekenen. Op die manier onttrekt hij zich aan de *paritas creditorum*. In artikel 53 Faillissementswet (Fw) staat de wetgever verrekening weliswaar toe, maar dan wel in beperkte mate. Artikel 53 Fw zegt met zoveel woorden dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen. Hierbij is van belang dat zowel vordering als schuld is ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeit uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.

Indien artikel 53 Fw verrekening toestaat, kan artikel 54 Fw daaraan nog in de weg staan. De wetgever heeft namelijk het doelbewust creëren van compensatiemogelijkheden – door het overnemen van een vordering of schuld – onmogelijk willen maken, indien bij de overneming niet te goeder trouw zou zijn gehandeld.¹ Men handelt niet te goeder trouw in geval van verrekening, indien men bij de overneming van een schuld of vordering wist dat de latere gefailleerde in zodanige toestand verkeerde, dat zijn faillietverklaring te verwachten was.² Weten en behoren te weten mogen in dit verband op één lijn worden gesteld.³

Artikel 54 Fw stelt dat degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd is tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld. Na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden kunnen sowieso niet worden verrekend (art. 54 lid 2 Fw). De strekking van artikel 54 Fw is verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de boedel een vordering onderscheidenlijk een schuld van de derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen. Aldus beoogt artikel 54 Fw misbruik van verrekening tegen te gaan: aan een crediteur van de schuldenaar, die weet dat het faillissement van zijn schuldenaar dreigt, dient niet te worden toegestaan dat hij zich door het overnemen van een schuld alsnog in een voordelige positie manoeuvreert; evenzo geldt dit voor een debiteur van de schuldenaar, die in de wetenschap van het naderende faillissement een vordering op de schuldenaar overneemt.⁴

-
1. G.W. van der Feltz (bew.), *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896-1897, p. 464.
 2. HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578.
 3. N.E.D. Faber, *Verrekening*, Serie *Onderneming en Recht* deel 33, Deventer: Kluwer 2005, nr. 370.
 4. Faber 2005, nr. 361.

Schuldoverneming ex artikel 54 Fw ruim uitgelegd

De Hoge Raad pleegt het begrip 'schuldoverneming' ex artikel 54 Fw extensief uit te leggen, waarbij hij aansluiting zoekt bij de strekking van de bepaling. Zo werd artikel 54 Fw in een tweetal arresten toegepast in gevallen waarin strikt genomen geen sprake was van overneming van een schuld of vordering.⁵ Het ging om het geval van een bank waaraan een debiteur van een bijna gefailleerde een betaling doet. De bank neemt dan niet de schuld van de betreffende debiteur van de gefailleerde over, maar krijgt uit eigen hoofde een schuld aan de rekeninghouder (gefailleerde), tot het bedrag waarmee diens rekening gecrediteerd is.

Onder schuldoverneming in de zin van artikel 54 Fw wordt mede het geval begrepen dat voor de faillietverklaring een goed van de later gefailleerde wordt gekocht en aldus een verrekenbare schuld aan hem wordt gecreëerd.⁶ Het is niet noodzakelijk dat de vordering of schuld die in verrekening wordt gebracht, is verkregen van een derde, of dat de identiteit van de vordering of schuld bij de overneming ongewijzigd is gebleven.⁷ Zo is het mogelijk om een schuld over te nemen als gevolg van de inning van een vordering door een tussenpersoon,⁸ door het verrichten van een rechtshandeling met de schuldenaar⁹ of – zoals hierna zal blijken – door middel van subrogatie.

Het moge inmiddels duidelijk zijn: het in artikel 54 Fw bedoelde 'overnemen van een schuld' wordt extensief uitgelegd.¹⁰ De uitleg of er sprake is van 'overnemen' in de zin van artikel 54 Fw, hangt nauw samen – en daar vindt de extensieve uitleg ook zijn grens – met het *oogmerk* van de overneming. Er zal slechts dan sprake zijn van 'overnemen', indien dat gebeurt 'met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen'.¹¹

In het hierna te bespreken vonnis van de Rechtbank Den Haag wordt verwezen naar het arrest Curatoren/Van der Heijden Projecten VI, hierna aangeduid als het Van der Heijden-arrest.¹² In het Van der Heijden-arrest komt het *oogmerk* bij de uitleg van het begrip 'overneming' duidelijk naar voren.

Van der Heijden Projecten VI B.V. (hierna: Van der Heijden) en Juno Properties V B.V. (hierna: Juno) waren een overeenkomst van samenwerking aangegaan teneinde een v.o.f. op te richten. Om aan de inbrengverplichting van 50% te voldoen verstrekte een houdstermaatschappij aan Juno een lening. Als zekerheid kreeg de houdstermaat-

schappij een tweede hypotheek op de kantoorgebouwen in de v.o.f. Door het faillissement van Juno werd de v.o.f. ontbonden.

De kantoorgebouwen werden na het faillissement van Juno om fiscale redenen en met medewerking van de curatoren geleverd aan Van der Heijden. Op de kantoorgebouwen rustte een tweetal hypotheeken. Van der Heijden betaalde de door een van de hypotheeken gedekte vordering van de houdstermaatschappij, teneinde uitwinning door de houdstermaatschappij te voorkomen. Hierdoor trad Van der Heijden door middel van subrogatie in de rechten van de houdstermaatschappij jegens Juno.

Het hof oordeelde dat de subrogatie waartoe de aflossing door Van der Heijden van de schuld van Juno aan de houdstermaatschappij heeft geleid, niet kan worden aangemerkt als overneming van een vordering in de zin van artikel 54 Fw, nu het doel van die aflossing niet was verrekening met de schuld van Van der Heijden aan Juno mogelijk te maken, maar voorkoming van uitwinning van het kantoorgebouw op grond van het vóór de faillietverklaring aan de houdstermaatschappij verleende hypotheekrecht, welke evenzeer tot subrogatie van Van der Heijden in het vorderingsrecht van de houdstermaatschappij jegens Juno zou hebben geleid.

Volgens de Hoge Raad geeft dit oordeel van het hof niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Van der Heijden had niet het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen, waardoor er niet gesproken kan worden van 'overnemen' in de zin van artikel 54 Fw. Dit arrest zou wellicht anders hebben geluid, indien de rechtsverhouding die aan de subrogatie ten grondslag lag, eerst in het zicht van faillissement in het leven zou zijn geroepen met de bedoeling de latere verrekening mogelijk te maken.¹³

Rechtbank Den Haag 9 november 2005¹⁴

Feiten

De onderneming 'Werkmaatschappij' exploiteerde een stomerij. 'Holding' was enig aandeelhouder van Werkmaatschappij en de twee bestuurders van Holding waren bestuurder van Werkmaatschappij.

Werkmaatschappij was drie opeenvolgende jaren verliesgevend. Bij brief van 28 november 2003 zegde de bank van Werkmaatschappij en Holding aan beide met onmiddellijke ingang het krediet in rekening-courant op. De bank beschikte op dat moment onder meer over een hypotheekrecht op onroerende zaken toebehorend aan Holding en een pandrecht op de inventaris van Werkmaatschappij.

5. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449.

6. Zie hieromtrent: Hof Den Haag 30 juni 1998, JOR 1998, 155.

7. Hierover meer: Faber 2005, nr. 369.

8. Hierover meer: Faber 2005, nr. 375.

9. Zie hieromtrent: Hof Den Haag 30 juni 1998, JOR 1998, 155.

10. Faber 2005, nr. 370.

11. Onder meer: HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578; Hof Den Haag 30 juni 1998, JOR 1998, 155.

12. HR 7 november 2003, NJ 2004, 61.

13. Vgl. annotator Faber in nr. 4 van zijn noot in het als JOR 2004, 57 gepubliceerde Van der Heijden-arrest.

14. Rb. Den Haag 9 november 2005, JOR 2005, 310.

Vennootschap & Onderneming

Op 18 juni 2004 verkocht Werkmaatschappij aan Holding haar inventaris voor een bedrag van EUR 340.000, met dien verstande dat betaling – naar keuze van Holding – zou plaatsvinden op een door Werkmaatschappij aan te wijzen rekening dan wel door verrekening met hetgeen Holding van Werkmaatschappij te vorderen zou hebben bij integrale aflossing van de vorderingen van de bank. In de considerans van de overeenkomst werd (onder meer) het volgende opgemerkt:

1. dat Holding teneinde de schulden van haarzelf en van Werkmaatschappij af te lossen de aan Holding toebehorende onroerende zaken, waarop ten behoeve van de bank hypotheek is gevestigd, zal verkopen, respectievelijk
2. dat zij op dat moment een vordering heeft op Werkmaatschappij ad EUR 197.000 respectievelijk dat zij daarenboven een vordering op Werkmaatschappij zal verkrijgen ad EUR 403.000, zijnde het bedrag van de vordering van de bank dat betrekking heeft op Werkmaatschappij, zodat haar totale vordering op Werkmaatschappij daarmee EUR 600.000 wordt;
3. dat Holding als gevolg daarvan zal worden gesubrogeerd in de zekerheidsrechten van de bank jegens Werkmaatschappij, waaronder het eerste pandrecht op bedoelde inventaris;
4. dat Werkmaatschappij niet in staat zal zijn om binnen afzienbare tijd de vorderingen die Holding op haar zal verkrijgen, te voldoen, zodat Holding gerechtigd zal zijn om het eerste pandrecht geldend te maken; en
5. dat Holding en Werkmaatschappij zijn overeengekomen dat Werkmaatschappij de inventaris aan Holding verkoopt en levert in plaats van de onzekerheden die gepaard gaan met een executie van het pandrecht.

Op 1 juli 2004 werden de aan Holding toebehorende panden verkocht aan een derde; dit ter vermijding van executie door de bank. Naar eigen zeggen beoogde Holding niet zichzelf als schuldeiser van Werkmaatschappij een mogelijkheid tot verrekening te verschaffen, maar te voorkomen dat het door haar te verkrijgen pandrecht via een gedwongen verkoop te gelde zou moeten worden gemaakt. Dat laatste zou niet alleen niet in haar eigen belang zijn geweest, maar evenmin in het belang van de schuldeisers van Werkmaatschappij. Dit argument lijkt geïnspireerd op het hiervoor behandelde Van der Heijden-arrest. Vervolgens verrekende Holding de koopsom voor de inventaris met haar vordering op Werkmaatschappij.

Op 8 september 2004 volgde het faillissement van Werkmaatschappij. De curator verlangde op 22 november 2004 dat Holding de koopsom van de inventaris zou afdragen aan de boedel. Holding stelde zich op het standpunt dat er geen sprake was van overname van een schuld van een derde ex artikel 54 Fw, waarbij zij zich beriep op wat dienaangaande is bepaald in het Van der Heijden-arrest.

Volgens de curator is de door Holding geëffectueerde verrekening van de koopprijs voor de inventaris wel in strijd met

artikel 54 Fw. Holding wist dat Werkmaatschappij in zodanige toestand verkeerde dat haar faillissement te verwachten was. Daardoor was Holding niet te goeder trouw in de zin van die bepaling. De bepaling zou namelijk ook zien op een geval als het onderhavige: een schuldeiser koopt een goed van zijn debiteur wiens faillissement te verwachten is, en voldoet de koopprijs door middel van verrekening met zijn vordering op de debiteur, met als gevolg dat één of meer van diens andere schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld.

Rechtbank

Volgens de rechtbank onderscheidt deze zaak zich van het geval dat aan de orde was in het Van der Heijden-arrest, in zoverre dat er in het onderhavige geval tussen Holding en Werkmaatschappij sprake was van zowel het overnemen van een vordering – voortvloeiend uit het aflossen van de bank door Holding – als, los daarvan, van het ‘overnemen’ van een schuld doordat Holding de koopprijs van de van Werkmaatschappij gekochte inventaris schuldig bleef.

De rechtbank oordeelde dat ook ingeval een schuldeiser in het zicht van faillissement van zijn debiteur goederen koopt en deze betaalt door middel van verrekening, er grond kan zijn voor toepassing van artikel 54 Fw, doordat een niet door zekerheid gedekte vordering van de schuldeiser aldus – als gevolg van de verrekening – in feite toch geheel of gedeeltelijk wordt voldaan boven die van andere schuldeisers.¹⁵

Ook al was in onderhavige zaak geen sprake van het overnemen van een schuld van een derde, toch had Holding niet tot verrekening mogen overgaan. Holding was en bleef concurrent schuldeiser van Werkmaatschappij. Weliswaar werd Holding gesubrogeerd in het pandrecht van de bank, maar doordat Holding eigenaar werd van de inventaris, ging het daarop rustend pandrecht teniet. Holding had zich daarmee in het zicht van een faillissement ten koste van de andere schuldeisers van Werkmaatschappij bevoordeeld. Dat er niet van een derde een schuld is overgenomen, acht de rechtbank niet doorslaggevend. Volgens de rechtbank regelt artikel 54 Fw een bepaalde vorm van het verwerven van een schuld, het ‘overnemen’ daarvan. Dat sluit echter niet uit dat ook andere vormen tot een zelfde gevolg kunnen leiden, te weten dat schuldeiser niet bevoegd is om tot verrekening over te gaan.

Het feit dat de inventaris als verhaalsobject niet meer beschikbaar was voor schuldeisers, behoorde duidelijk te zijn voor Holding. Bijgevolg is de rechtbank van oordeel dat Holding in het kader van die verrekening niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw. De rechtbank voegt daaraan toe:

15. Zie Hof Den Haag 30 juni 1998, JOR 1998, 155.

Vennootschap & Onderneming

‘Wie met een debiteur in het zicht van diens faillissement zaken doet, moet weten dat hij aldus licht (te) scherp aan de wind zeilt, te meer als de debiteur een dochtervennootschap is met dezelfde bestuurders.’¹⁶

De rechtbank overwoog nog dat zij de beweegredenen van de considerans die de overeenkomst geeft, niet kan onderschrijven, te weten de onzekerheden – qua opbrengst – bij executie van het pandrecht. Als Holding de uitwinning van de onroerende zaken door de bank zou hebben afgewacht, zou zij door de daaruit voortkomende betaling aan de bank zijn gesubrogeerd in het pandrecht op de inventaris van Werkmaatschappij; daarna zou zij de verpande goederen met toestemming van de voorzieningenrechter zelf hebben kunnen verwerven. Dat het pandrecht achteraf is tenietgegaan, is volgens de rechtbank geen reden om te kunnen spreken van goede trouw in de zin van artikel 54 Fw.

Commentaar

Bovengenoemde uitspraak van de rechtbank bevestigt dat het begrip overname van een schuld ex artikel 54 Fw extensief uitgelegd moet worden en dat bij de uitleg van artikel 54 Fw aansluiting gezocht wordt bij de strekking van deze bepaling.

De rechtbank zegt met zoveel woorden dat het feit dat Holding in deze zaak niet een schuld van een derde heeft overgenomen, niet doorslaggevend is. Het gaat om een bepaalde vorm van het verwerven van een schuld, het ‘overnemen’ daarvan. Dat sluit echter niet uit dat ook andere vormen tot een zelfde gevolg kunnen leiden, te weten dat de schuldeiser niet bevoegd is om tot verrekening over te gaan.

Blijkbaar is het oogmerk van de transactie van doorslaggevend belang: de vraag of het doel van Holding was om zichzelf een mogelijkheid van verrekening te verschaffen. Anders dan in het Van der Heijden-arrest, is in deze zaak – aldus de rechtbank – de drijfveer zodanig dat er gesproken kan worden van ‘overnemen’ in de zin van artikel 54 Fw. De drijfveer volstaat de toets van de rechtbank niet:

‘(...) als Holding de uitwinning van de onroerende zaken door de bank zou hebben afgewacht, zou zij door de daaruit voortkomende betaling aan de bank zijn gesubrogeerd in het pandrecht op de inventaris van Werkmaatschappij; daarna zou zij de verpande goederen met toestemming van de voorzieningenrechter zelf hebben kunnen verwerven.’¹⁷

Het kan volgens de rechtbank niet anders dan dat de transactie bedoeld was om verrekening te bewerkstelligen. Het feit dat het pandrecht door een samenloop van omstandigheden is tenietgegaan, blijft voor rekening van Holding.

Het vonnis leert ons om zeer voorzichtig te zijn in gevallen waarin faillissement dreigt. In die zin moeten de woorden ‘moet weten dat hij aldus licht (te) scherp aan de wind zeilt’ dan ook worden begrepen. Dit is vooral het geval wanneer men enig aandeelhouder is. Om een beroep te kunnen doen op artikel 54 Fw dient men de rechter te overtuigen van het feit dat met de bewuste drijfveer geen mogelijkheid tot verrekening werd beoogd.

*Mr. B. Coskun
NautaDutilh*

16. Zie r.o. 3.6.

17. Zie r.o. 3.8.