

91

Saldering door bank niet toegestaan na peildatum

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
29 oktober 2024, zaaknr. 200.326.027/01,
ECLI:NL:GHSHE:2024:3373
(mr. De Haan, mr. Schoenmakers,
mr. Souren)
Noot mr. C. Dullaart

Verrekening door een bank in het zicht van faillissement. Reikwijdte art. 54 Fw. Bank niet bevoegd tot verrekening van vordering die de bank verkrijgt op de schuldenaar als gevolg van in opdracht van de schuldenaar na het peilmoment verrichte betalingen aan derden met binnenkomende betalingen. Ongerechtvaardigde bevoordeling van de bank boven andere schuldeisers. Verwijzing naar HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3909 (Amro/THB); HR 17 februari 1995, «JOR» 2023/172, m.nt. Faber (Mulder q.q./CLBN) en HR 23 november 2018, «JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling (Eurocommerce).

[Fw art. 54]

Een verrekening bezorgt de schuldeiser een voordeel ten opzichte van andere schuldeisers. Aan de bevoegdheid om te mogen verrekenen stelt art. 54 Fw een grens, namelijk tot het moment dat de schuldeiser wist of behoorde te weten dat het faillissement van de schuldenaar te verwachten was. In HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3909 (Amro/THB) is deze bepaling ook van toepassing geacht op de positie van de bank die een rekening-courantverhouding heeft met de schuldenaar. De Hoge Raad heeft in HR 17 februari 1995, «JOR» 2023/172, m.nt. Faber (Mulder q.q./CLBN) één uitzondering op deze regel gemaakt, namelijk in het geval de bank een stil pandrecht had op de vordering die op de rekening-courant door de debiteur van de rekeninghouder werd betaald. Door een aan de bank stil verpande vordering die op de rekening-courant van de aanstaande failliet is overgemaakt, te verrekenen met de vordering

van de bank op de failliet, verschaft de bank zich geen uitzonderingspositie ten opzichte van andere schuldeisers.

De bank had op het peilmoment, 1 december 2010, een vordering op failliet. Na het peilmoment zijn betalingen van derden gedaan op de rekening van failliet. Deze derden hebben hiermee geen aan de bank stil verpande vordering voldaan. Voor zover het gaat om betalingen van consumenten die aan de bank verpande voorraden hebben gekocht, staat vast dat de bank ter zake geen voorrangspositie heeft. De bank is niet bevoegd tot verrekening van deze "door de bank overgenomen" schuld met haar vordering op failliet. De vraag die voorligt, is of dit anders is als de bank in opdracht van failliet na het peilmoment betalingen verricht aan derden waarmee haar vordering op failliet toeneemt. De bank stelt dat dit zo is nu van ongerechtvaardigde bevoordeling van de bank boven andere schuldeisers door gebruik te maken van haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer geen sprake is. Betaald wordt uit de kredietruimte die door inkomende betalingen op de rekening is ontstaan, aldus de bank.

Het enkele feit dat de bank na het peilmoment betalingen uitvoert, is geen reden is om art. 54 Fw en de hiervoor aangehaalde rechtspraak niet toe te passen. De inkomende betalingen na de peildatum dienen aan de boedel toe te komen en daarop mag de bank geen voorrangspositie creëren. Dat doet de bank wel op het moment dat zij deze in rekening-courant en op de lopende rekening van failliet boekt. Dat de bank per saldo niet is bevoordeeld, is niet relevant. Het gaat erom dat de bank geen voorrang krijgt op het verhaalsobject, zijnde de inkomende betalingen op de rekening van failliet. Deze dient zij niet in een rekening-courantverhouding met failliet op te nemen nu dat leidt tot een verrekening van rechtswege. Bovendien blijkt dat de bank bewust ervoor heeft gekozen om het faillissement van failliet nog even uit te stellen. Onder meer met behulp van leverancierskredieten (o.a. door middel van verruiming van de kredietruimte door de bank) is de voorraad op een gewenst niveau gebracht zodat failliet tijdens de feestdagen nog de nodige inkomsten kon genereren. De bank stelde als voorwaarde dat een consultant werd ingeschakeld die "het voorraadbeheer en de betalingsstromen" in goede banen moest leiden. Een "bijkomend voordeel" was dat de achterstallige crediteuren met een voorraadpositie van op dat moment € 10 mil-

joen geheel konden worden voldaan en de bank geen eigendomsvoorbeholden hiervan tegen zich behoefde te laten gelden. Dat de bank na het peilmoment en dus in de situatie dat zij niet langer te goeder trouw was, haar vordering op failliet laat oplopen, komt in die periode geheel voor haar eigen rekening en risico. Zij doet dit om haar verhaalspositie te verbeteren. Dat failliet aldus meer verhaal biedt dan in de situatie op het peilmoment, is mogelijk nu bepaalde zekerheden van derden en dan met name eigendomsvoorbeholden van leveranciers, zijn komen te vervallen door de verkoop van zaken aan consumenten in de periode na het peilmoment. De opbrengst van deze verkoop is op rekening van de bank geboekt. Dit voordeel dient echter aan alle crediteuren van failliet gelijkelijk toe te komen. Dat de bank voor het verhaal van vorderingen die feitelijk na de peildatum ontstaan, voorrang verkrijgt boven andere schuldeisers, zoals de verhuurder wiens vordering ook na de peildatum oploopt, is niet in lijn met de strekking van art. 54 Fw en met bovenstaande jurisprudentie. Verwezen wordt ook naar de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad in HR 23 november 2018, «JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling (Eurocommerce).

*Coöperatieve Rabobank UA te Amsterdam, appellante in principaal hoger beroep, geïntimeerde in incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. T.T. van Zanten, tegen
mr. B.F. Louwerier, in hoedanigheid van curator in het faillissement van Impact Retail BV, geïntimeerde in principaal hoger beroep, appellant in incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. B.I. Kraaiipoel.*

(...; red.)

3. De beoordeling

In principaal en incidenteel hoger beroep

De feiten

3.1. Voor de beoordeling van de in hoger beroep resterende geschilpunten zijn de volgende feiten van belang.

a. De besloten vennootschap Impact Retail BV (hierna: Impact) is een retailonderneming in elektronica en bruin- en witgoed. Bij de consument was Impact vooral bekend onder de han-

delsnaam IT's. De verkoop van de producten vond plaats via een netwerk van winkels verspreid over heel Nederland en via webshops.

b. Impact werd aanvankelijk gefinancierd door Van Lanschot Bankiers NV (hierna: Van Lanschot): In 2008 heeft Rabobank Van Lanschot als huisbankier vervangen. Bij kredietovereenkomst van 6 oktober 2008 heeft Rabobank een tweetal kredieten in rekening-courant verstrekt. Hiervoor verkreeg Rabobank onder meer pandrechten op alle huidige en toekomstige roerende activa van Impact en op de huidige en toekomstige vorderingen van Impact op derden. Daarnaast heeft Rabobank een openbaar pandrecht verkregen op het creditsaldo van de bankrekeningen. In november 2009 is de kredietovereenkomst op enkele onderdelen aangepast.

c. Impact hield diverse creditrekeningen en debetrekeningen aan bij de Rabobank. Rabobank was contractueel bevoegd creditsaldo op een of meer van deze creditrekeningen geheel of gedeeltelijk te verrekenen met debetsaldi op een of meer van deze debetrekeningen.

d. Impact heeft vanaf 2009 aanzienlijke verliezen geleden. Oorzaak van de problemen waren onder andere de economische crisis, de opkomst van grote (internationale) retailketens met landelijke dekking die tegen concurrerende prijzen konden leveren en de opzegging in 2009 van de dekking door twee van de drie kredietverzekeraars. De derde kredietverzekeraar, Atradius, heeft de dekking teruggebracht tot een limiet van 8 à 9 miljoen euro. Het gevolg van het terugtrekken van de kredietverzekeraars was dat Impact slechts een beperkte voorraad kon aanhouden. De (inkoop) waarde van de voorraad daalde in 2009 van ongeveer € 52.000.000,00 tot ongeveer € 38.000.000,00.

e. In 2009 en 2010 is gezocht naar oplossingen voor de financiële problemen van Impact. Rabobank is bij dat proces nauw betrokken geweest.

f. Rabobank financierde op basis van een zogenaamde "borrowing base". Deze was gebaseerd op betaalde en courante voorraad. Naar aanleiding van een verzoek om aanpassing van de bestaande borrowing base om mogelijke liquiditeitskortten te voorkomen, heeft Rabobank op 25 augustus 2009 voorgesteld het bevoorschottingspercentage tijdelijk te verhogen van 50% naar 60%. Rabobank heeft de continuïteitsclassificatie aangepast van "continuïteit" naar "aandachtsbehoevend" en Impact overgeplaatst naar de afdeling Begeleiding Bijzondere Financiering (BBF), onderdeel van

Bijzonder Beheer van Rabobank, met als eerste aanspreekpunt [persoon A] en [persoon B]. In een rapport van 12 februari 2010 heeft Rabobank de kredietclassificatie vastgesteld op “dreigende discontinuïteit” op basis van de problematiek rondom Atradius en de marktonzekerheid, en gerapporteerd dat er opnieuw liquiditeitskrapte is ontstaan door de beslissing van Atradius om de limieten van Impact te verlagen. Op 1 maart 2010 is de kredietovereenkomst gewijzigd. Op basis daarvan is het bevoorschottingspercentage voor de periode 31 maart 2010 — 31 juli 2010 verhoogd tot 55%. De bestaande kredietfaciliteit van € 20.000.000,00 is gehandhaafd, evenals de bestaande zekerheden. Verder zijn er nieuwe zekerheden overeengekomen.

g. Op 21 april 2010 heeft Impact bij de belastingdienst uitstel van betaling gevraagd van de over het eerste kwartaal verschuldigde omzetbelasting en de over de maand mei verschuldigde loonbelasting van respectievelijk circa € 2.700.000,00 en € 1.700.000,00, en tevens melding gemaakt van betalingsonmacht. Dit uitstel is op 6 mei 2010 verleend.

h. Op 3 mei 2010 is op verzoek van [persoon A] een taxatierapport uitgebracht met betrekking tot de voorraad. Het doel van de taxatie was: “opdrachtgever inzicht geven in de liquidatiewaarde in verband met het vaststellen van de waarde van haar zekerheden.” De voorraad is op basis van liquidatiewaarde getaxeerd op een bedrag van € 15.000.000,00 ex btw.

i. In een interne nota van 25 november 2010, genaamd tussentijdse revisie heeft [persoon A] vijf scenario's geschetst nadat hij had aangegeven dat het pandrecht op de voorraad van Impact mogelijk geheel waardeloos was nu bijna iedere leverancier nog wel een (beperkte) vordering had openstaan. Hij schrijft vervolgens:

“(…) Bij het verstrekken van de financiering aan Impact is met deze problematiek geen rekening gehouden. Wij hebben de afgelopen periode getracht dit probleem te verhelpen. Wij hebben in dat licht contact gehad met de belangrijkste leveranciers en hen gevraagd om mee te werken aan het vrijgeven van het verlengde eigendomsvoorboud tegen ontvangst van een eerste pandrecht (het pandrecht van Rabo zou dan overgaan in een tweede pandrecht). Hoewel er enige bereidheid lijkt te zijn om hierin mee te denken, heeft nog geen enkele leverancier daadwerkelijk afstand gedaan van het verlengde eigendomsvoorboud en

is het niet onze verwachting dat dit in de komende week zal gebeuren (moet over veel schijven binnen de leveranciers).

Scenario's

Impact beschikt thans over een historisch laag voorraadniveau van ca. EUR 23/m (ca. 50% tov 2009). Doordat de feestdagen voor de deur staan dient Impact, wil men maximaal profiteren van deze feestdagen, op zeer korte termijn voorraad in te laden. Men streeft naar een voorraadniveau van ca. EUR 30/m. Wil men nog meeprofiteren van Sinterklaas dan dient men uiterlijk deze week in te kopen wil men nog op tijd beleverd kunnen worden.

Wij dienen daarom op zeer korte termijn uitsluitend te geven over welk scenario wij zullen volgen. (...)”

De vijf scenario's die hij vervolgens beschrijft, zijn

1. going concern doorgaan
2. going concern met verkoop Modern.nl
3. B&S
4. faillissement
5. feestdagen doorgaan en faillissement (met doorstart) voorbereiden.

Onder scenario 4 schrijft hij:

“(…) Wij hebben inmiddels de voorraad en inventaris laten taxeren door NTAB. Hieruit blijkt dat de liquidatiewaarde van de voorraad EUR 14/m bedraagt. Onze vordering bedraagt thans ca. EUR 13/in (fluctueert op basis van de BB). Ook in dit scenario lopen we aan tegen de problematiek van de eigendomsvoorbehouden.

Een mogelijkheid is om voor datum faillissement de leveranciers in de gelegenheid te stellen hun voorraad tot het bedrag van hun openstaande vordering terug te halen en te laten verklaren dat zij niets meer te vorderen hebben en afstand doen van hun eigendomsvoorboud. Probleem is echter dat dit ter zake de 6 grootste leveranciers (die samen EUR 13/m aan voorraad] hebben geleverd) wellicht nog realiseerbaar is in de komende dagen, maar dat dit ten aanzien van de ca. 40 overige crediteuren (die samen EUR 10/m voorraad hebben geleverd) niet haalbaar is. Het is dus onzeker welk deel van de koopsom van de voorraad aan ons toe zal komen.

Omdat we onvoldoende tijd hebben om een faillissement (en doorstart) goed voor te bereiden, geniet dit scenario (nog) niet onze voorkeur. (...)”

Bij scenario 5 schrijft hij:

“Impact heeft de bank voor het aanstaande verkoopseizoen (december/januari) verzocht een bankgarantiefaciliteit te verstrekken van EUR 1,5 mio (door verhoging BB van 55% naar 60%). Van Lanschot zal tevens een bankgarantiefaciliteit van EUR 1,5 mio verstrekken (betreft bestaande faciliteit die wordt verlengd). Met deze faciliteiten zal Impact garanties verstrekken aan haar leveranciers die hebben aangegeven op die basis in totaal ruim EUR 9/m leverancierskrediet te verstrekken (zoals aangegeven is door leveranciers reeds 4,5/m verstrekt). Middels deze kredieten is Impact in de gelegenheid voor minimaal EUR 5 mio extra voorraad in te kopen, hetgeen naast het inmiddels afgesproken leverancierskrediet van in totaal EUR 4,5 mio voldoende is om de voorraad op het gewenste niveau te brengen.

Volgens de cashflowprognose zal de bancaire positie eind januari 2011 vergelijkbaar zijn met de huidige situatie. Bijkomend voordeel is dat met de positieve cashflow die gedurende dit verkoopseizoen wordt gerealiseerd, de achterstallige kleine crediteuren (ca. 40) met een voorraadpositie van thans EUR 10 mio geheel kunnen worden voldaan en de bank eind januari geen eigendomsvoorbehouden hiervan tegen zich te gelden heeft. Van belang is dat het voorraadbeheer en de betalingsstromen in goede banen worden geleid. Derhalve heeft de bank onder meer als voorwaarde voor het verstrekken van de verzochte bankgarantiefaciliteit gesteld dat hiervoor een consultant wordt ingeschakeld. Inmiddels is iig de naam van [consultant] doorgegeven waarmee we onlangs goede ervaringen hebben gehad inz. Music Store. Dit scenario biedt tevens de gelegenheid met de grootste 6 leveranciers afspraken te maken over het laten vallen van hun eigendomsvoorbehouden in ruil voor een eerste pandrecht. Contacten hierover zijn positief doch de uiteindelijke beslissing daarover en uitwerking daarvan vergt meer tijd dan aanvankelijk werd ingeschat. (...)”

Tot slot volgt het fiat verzoek van [persoon A]:

“Wij verzoeken fiat om scenario 5 ‘5. Feestdagen doorgaan en faillissement (met doorstart) voorbereiden’ te implementeren en derhalve onder de genoemde condities de BB te verhogen van 55% naar 60% gedurende de periode 25/11/2010 tot 25/01/2011.

Vanaf 25/01/2011 zullen wij de BB terugbrengen naar het oorspronkelijke niveau van 50%.”

De gevraagde goedkeuring wordt per e-mail van dezelfde dag verleend.

Van Lanschot blijkt vervolgens niet bereid te zijn om haar bestaande faciliteit te verlengen, hetgeen geen verandering brengt in het door Rabobank te volgen scenario.

Op 10 december 2010 heeft Impact bankgaranties verstrekt aan leveranciers. De garanties strekten tot zekerheid voor de in het verkoopseizoen december 2010/januari 2011 aan te kopen voorraad en de daaruit voortvloeiende, niet betaalde vorderingen. De bankgaranties liepen eind januari 2011 af. Tegenover een bedrag van € 1.875.000,00 aan verstrekte bankgaranties heeft Impact aanvullend leverancierskrediet verkregen van € 5.900.000,00. Op 20 januari 2011 is een faillissementsaanvraag ingediend door enkele pensioenfondsen, waarvan Impact panden huurde.

Op vrijdag 21 januari 2011 heeft de directie en de raad van commissarissen van Impact besloten surseance van betaling aan te vragen. Concrete aanleiding was de mededeling van Rabobank dat zij de betalingen van de salarissen over januari niet zou goedkeuren. De voorlopige surseance van betaling is verleend op 25 januari 2011. Bij beschikking van 31 januari 2011 heeft de rechtbank Zeeland-West-Brabant de voorlopig verleende surseance van betaling ingetrokken en het faillissement van Impact uitgesproken, met benoeming van de bewindvoerder, [naam bewindvoerder], tot curator. Op 11 februari 2011 is [naam medecurator] tot medecurator benoemd. Bij beschikking van 27 januari 2020 is [naam bewindvoerder] op eigen verzoek als curator ontslagen in verband met het neerleggen van zijn praktijk.

In de periode voorafgaande aan de surseance van betaling en het faillissement zijn vanuit een groot aantal winkels zaken aan consumenten verkocht, waarvoor door deze consumenten op verschillende wijzen is betaald: in contanten, betaling door middel van een creditcard, betaling door middel van pistransacties, betaling door middel van iDEAL en betaling voor leveringen onder rembours. Deze betalingen zijn terechtgekomen op door Impact bij Rabobank aangehouden rekeningen.

De eerste aanleg

3.2.1. In de onderhavige procedure heeft de curator, na wijziging van eis, gevorderd dat de rechtbank, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair

a. voor recht verklaart dat Rabobank op 27 september 2010 wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat het faillissement van Impact Retail BV te verwachten was; en

b. Rabobank veroordeelt tot betaling aan de curator van het totaal van de na 27 september 2010 op de door Impact Retail BV aangehouden creditrekening bijgeschreven bedragen, begroot op € 67,9 miljoen, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, te rekenen vanaf 27 september 2010 tot het moment van algehele voldoening:

subsidiair:

a. voor recht verklaart dat Rabobank op 1 december 2010 wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat het faillissement van Impact Retail BV te verwachten was; en

b. Rabobank veroordeelt tot betaling aan de curator van het totaal van de na 1 december 2010 op de door Impact Retail BV aangehouden creditrekening bijgeschreven bedragen, begroot op € 31,9 miljoen, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, te rekenen vanaf 1 december 2010 tot het moment van algehele voldoening:

meer subsidiair:

a. voor recht verklaart dat Rabobank op een door de rechtbank te bepalen datum wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat het faillissement van Impact Retail BV te verwachten was; en

b. Rabobank veroordeelt tot betaling aan de curator van het totaal van de na deze datum op de door Impact Retail BV aangehouden creditrekening bijgeschreven bedragen, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, te rekenen vanaf voornoemde datum tot het moment van algehele voldoening:

met veroordeling van Rabobank in de volledige kosten van deze procedure, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente.

3.2.2. Aan deze vordering heeft de curator, kort samengevat, ten grondslag gelegd dat Rabobank in strijd met art. 54 Fw de bedragen heeft verrekend die gecrediteerd zijn op de bankrekening van Impact na het moment waarop de Rabobank wist of behoorde te weten dat het faillissement van Impact te verwachten was.

3.2.3. Rabo heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

3.2.4. In het tussenvonnis van 7 juli 2021 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast. Tijdens deze comparitie hebben partijen de rechtbank medegedeeld dat zij het erover eens zijn dat

de peildatum 1 december 2010 is. Onder peildatum verstaan partijen de datum waarop Rabobank wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat het faillissement van Impact Retail BV te verwachten was.

3.2.5. In het tussenvonnis van 18 mei 2022 heeft de rechtbank Rabobank de gelegenheid gegeven om gemotiveerd aan te geven welk bedrag er in de maand december 2010 in opdracht van Impact aan betalingen is verricht. Vervolgens is de curator in de gelegenheid gesteld daarop te reageren en tevens in te gaan op het door Rabobank genoemde bedrag van € 3.684.737,00 in de maand januari 2011.

3.2.6. In het eindvonnis van 21 december 2022 heeft de rechtbank

– onder 3.1 voor recht verklaard dat Rabobank op 1 december 2010 wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat het faillissement van Impact Retail BV te verwachten was,

– onder 3.2 Rabobank veroordeeld tot betaling aan de curator van een bedrag van € 4.587.727,62, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente te rekenen vanaf 1 december 2010 tot aan de dag van volledige betaling en

– onder 3.3 en 3.4 Rabobank veroordeeld in de geliquideerde kosten van de procedure vermeerderd met rente en nakosten.

Het meer of anders gevorderde is afgewezen en het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

De omvang van het hoger beroep

3.3.1. Rabobank heeft in principaal hoger beroep, na intrekking van de grieven 2 tot en met 4 tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep, vijf grieven aangevoerd. Rabobank heeft geconcludeerd tot vernietiging van de beroepen vonnissen en tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van de curator met veroordeling van hem in de kosten van beide instanties, vermeerderd met rente en nakosten, dit voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

3.3.2. De curator heeft in incidenteel hoger beroep één grief aangevoerd. Hij heeft geconcludeerd tot vernietiging van de vonnissen van 18 mei 2022 en 21 december 2022 en tot veroordeling van Rabobank tot betaling aan de boedel van (in hoofdsom) € 32.528.190,65 zijnde het totaal van de bedragen die na het peilmoment (1 december 2010) op de door Impact bij Rabobank aangehouden bankrekeningen zijn bijgeschreven, te vermeerderen met de wettelijke

(handels)rente, althans een door het hof in goede justitie te bepalen bedrag en met veroordeling van Rabobank in de proceskosten in beide instanties en eventuele nakosten.

Het hof stelt vast dat de curator aldus zijn eis, zoals gevorderd in eerste aanleg onder b, heeft gewijzigd. Rabobank heeft geen bezwaar gemaakt tegen de eisenwijziging van de curator. Het hof ziet ook geen aanleiding de eisenwijziging ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Recht zal worden gedaan op deze gewijzigde eis.

3.3.3. Partijen hebben onder meer vernietiging gevorderd van het eindvonnis van 21 december 2022. Tegen de daarin uitgesproken verklaring voor recht (de toegewezen vordering van de curator onder a) hebben zij echter geen grief gericht. De omvang van het hoger beroep ziet dan ook niet op deze beslissing.

3.3.4. Rabobank had bij memorie van grieven een grief gericht tegen ro. 3.16 van het tussenvonnis van 18 mei 2022. Daarin overweegt de rechtbank: "(...) Door de verkoop van de roerende zaken is het daarop rustende pandrecht van Rabobank komen te vervallen. Dat, naar Rabobank stelt, in de retailsector het probleem speelt dat er door de pinbetalingen geen (redelijkerwijs) verpandbare vordering op de koper of een betaalinstantie bestaat, moge zo zijn, maar rechtvaardigt nog niet het aanvaarden van een verrekeningsbevoegdheid na de peildatum. Daarvoor bestaat immers geen wettelijke grondslag. Dat het gaat om crediteringen die — mede door de in de Algemene Voorwaarden voor Verpanding van de Rabobank 2008 opgenomen bepaling, dat de opbrengst van verpande goederen altijd op een rekening bij de pandhouder moet worden gestort — een onmiddellijk en direct verband houden met de verkoop van de verpande voorraad, zoals Rabobank stelt, leidt niet tot een ander oordeel. Zou Rabobank vanwege deze samenhang tussen de koopsom en het (vervallen) pandrecht op de bankrekening van Impact ontvangen koopsom mogen verrekenen met haar vordering op Impact, dan verkrijgt zij daarmee een verrekeningsbevoegdheid die zij als bankinstelling te danken heeft aan haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer. Zoals de Hoge Raad eerder al heeft overwogen, is dat met het stelsel van de Faillissementswet niet te verenigen. Anders dan Rabobank meent, zou een bevoegdheid tot verrekening onder deze omstandigheden dan ook weldegelijk een uitbreiding zijn

van haar verhaalsmogelijkheden, zeker vergeleken met andere pandhouders die geen bankinstelling zijn. De rechtbank volgt de Rabobank dan ook niet in haar redenering dat verrekening redelijk is. Datzelfde geldt voor de door de Rabobank gestelde doelmatigheid. De rechtbank ziet niet in dat, zoals Rabobank stelt, de wijze waarop de bank anders haar positie moet beschermen de waarde van de verpande voorraad drukt, noch dat daardoor de kans op een reddingsoperatie of een reorganisatie van de schuldenaar wordt verkleind. De wet biedt Rabobank voldoende andere mogelijkheden om haar belangen veilig te stellen. (...)” Nu grief 2 in het principaal hoger beroep is ingetrokken, staat deze overweging — die het hof ook juist acht — tussen partijen in rechte vast.

3.3.5. De ingetrokken grief 3 in het principaal hoger beroep zag op de overweging van de rechtbank dat de hiervoor geciteerde overweging ook geldt voor de andere wijzen waarop de consumenten hun aankoop hebben betaald.

In alle gevallen is de koopsom via de door de consument gekozen betaalwijze terecht gekomen op (één van de) bankrekeningen van Impact. In de verhouding tussen de koper en Impact gelden deze wijzen van betalingen als een rechtstreekse betaling aan Impact, zo overweegt de rechtbank. Nu de grief eveneens is ingetrokken, ligt deze beslissing — die het hof eveneens onderschrijft — evenmin in hoger beroep voor.

3.3.6. In de vierde grief van het principaal hoger beroep heeft Rabobank aangegeven dat zij zich in eerste aanleg niet maar nu in hoger beroep wel expliciet beroept op haar openbaar pandrecht op de creditsaldi. Het verschil met het Eurocommerce-arrest is volgens haar erin gelegen dat het in deze procedure gaat om crediteringen die direct voortvloeien uit of verband houden met de verkoop van wél verpande zaken. Gelet op de intrekking van deze grief behoeft deze stelling geen beoordeling van het hof en geldt deze als niet ingenomen.

Grief 1 in principaal hoger beroep: het beroep op de verjaring

3.4.1. Rabobank heeft in grief 1 in het principaal hoger beroep betoogd dat de rechtbank er in ro. 3.8 van het tussenvonnis van 18 mei 2022 ten onrechte vanuit gaat dat de vordering van de curator tot uitbetaling van het creditsaldo een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd is, zodat artikel 3:307 lid 2 BW van toepassing is. Rabo-

bank stelt dat de vordering ex artikel 54 Fw een veelvoud van vorderingen tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot betaling van een geldsom behelst en dat de verjaringstermijn voor iedere individuele vordering begint te lopen, op grond van artikel 3:307 lid 1 BW, op de dag volgend op de dag waarop de vordering opeisbaar werd, zijnde het moment waarop de beschrijving op rekening plaatsvond. Een eerste stuitingshandeling vond, aldus Rabobank, plaats op 21 januari 2016 zodat alle vorderingen die voorafgaande aan 21 januari 2011 waren bijgeschreven, verjaard zijn.

3.4.2. De curator heeft zich ten aanzien van de vraag of lid 1 dan wel lid 2 van artikel 3:307 BW van toepassing is, gerefereerd aan het oordeel van het hof. Is lid 2 van toepassing, dan is de vordering, gelet op de datum van dagvaarden, niet verjaard. Is lid 1 van toepassing, dan is de vordering, gelet op de met Rabobank gevoerde correspondentie – de curator verwijst naar de e-mails van 27 augustus 2014 en 8 september 2014 –, tijdig gestuit. Subsidiair doet hij een beroep op een verlengingsgrond van de verjaringstermijn nu Rabobank hem niet tijdig de informatie heeft verschaft die nodig was om de peildatum vast te stellen en vervolgens de omvang van de vordering te kunnen berekenen.

3.4.3. Het hof verwerpt de stelling van Rabobank dat alle vorderingen die voorafgaande aan 21 januari 2016 op de rekening van Impact waren bijgeschreven, door verjaring op grond van artikel 3:307 lid 1 BW, teniet zijn gegaan. De vordering(en) is (zijn) tijdig gestuit. Het hof motiveert dit als volgt.

3.4.4. Krachtens artikel 3:317 BW vindt stuiting plaats door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Bij de beoordeling of de mededeling aan de in dit artikel gestelde eisen voldoet, dient naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling is gedaan en op de overige omstandigheden van het geval. Het komt erop aan of de mededeling een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhoudt dat hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de vordering nog geldend wordt gemaakt. Bij deze beoordeling kan mede betekenis toekomen aan eventuele verdere correspondentie tussen partijen.

3.4.5. In deze zaak is voor de beoordeling het volgende van belang. Op 27 augustus 2014 schrijft de curator aan Rabobank:

“(…) Naar de huidige stand van de jurisprudentie mag een bank niet meer verrekenen hetgeen op de rekening van gefailleerde gecrediteerd wordt vanaf het moment dat de bank niet meer te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw. Zulks tenzij hetgeen na dat moment gecrediteerd wordt toen reeds aan de bank verpand was. Dat betekent dat eerst dient te worden vastgesteld wat het zogeheten 54-moment is. Vervolgens zal moeten worden bezien welke crediteringen daarna hebben plaatsgevonden. Daarna zal moeten worden bekeken welke van die crediteringen op het 54-moment reeds verpand waren. Dat kan dus meer en anders zijn dan de pre-faillissementsomzet en de kasgelden, die nu al tot de zogeheten discussieopbrengsten behoren. (...)”

Rabobank reageert bij e-mail van 2 september 2014 hierop als volgt:

“(…) graag ontvang Rabobank de bevestiging dat als er een discussie over het 54 Fw wordt gevoerd – hetgeen volgens Rabobank niet nodig is – deze discussie beperkt blijft tot de discussieopbrengst m.b.t. de kasgelden en de pre-faillissementsomzet. Indien met de bedoelde passage wordt geïmpliceerd dat curatoren na de vaststelling van de geldstromen en de uitbetaling daarvan mogelijk nog aanspraak maken op (terug)betaling door Rabobank, dan acht Rabobank dat onacceptabel. Daarover is tot op heden nimmer een voorbehoud gemaakt en alle juridisch inhoudelijke discussies die er waren en zijn, zijn geparkeerd (alsmede de daarmee gerealiseerde opbrengsten); (...)”

Vervolgens reageert de curator per e-mail van 8 september 2014 ten aanzien van de discussie over 54 Fw:

“(…) Ik zie niet in waarom de 54-discussie beperkt zou moeten blijven tot de kasgelden en prefaillissementsomzet, die als zodanig tot op heden zijn gelabeld. Immers, zoals ik al eerder schreef, zal eerst het 54-moment bepaald moeten worden en daarna bezien moet worden wat er daarna is verrekend en wat daarvan onder het pandrecht viel. Die oefeningen zijn nog niet gedaan en staan dus nog volledig open en ter discussie. Van enig afstand van recht of rechtsverwerking is natuurlijk geen sprake. Steeds zijn dezerzijds alle rechten van de boedel voorbehouden. (...)”

3.4.6. Naar het oordeel van het hof blijkt uit deze correspondentie zonder meer dat Rabobank er rekening mee moest houden dat de 54 Fw-vordering nog geldend gemaakt zou worden. Op 8 september 2014 is de verjaringstermijn met betrekking tot deze vordering(en) dan ook tijdig gestuit en zijn alle vorderingen die voorafgaande aan 21 januari 2011 op de rekening van Impact waren bijgeschreven, niet door verjaring teniet gegaan.

3.4.7. Gelet op dit oordeel kan in het midden blijven of de verjaringstermijnen aan de hand van lid 1 of lid 2 van artikel 3:307 BW moeten worden vastgesteld.

3.4.8. Grief 1 in het principaal hoger beroep slaagt niet.

Grief 5 in het principaal hoger beroep: de berekening van het saldo van de na de peildatum op de rekeningen van Impact bij Rabobank verrichte transacties

3.5. Rabobank heeft middels grief 5 in het principaal hoger beroep betoogd dat de rechtbank het saldo voor de relevante periode in januari 2011 niet juist heeft vastgesteld. Zij meent dat moet worden uitgegaan van de rekenstanden op 1 en 25 januari.

Het hof zal grief 5 in het principaal hoger beroep tezamen met of na het incidenteel hoger beroep bespreken.

Grief 6 in het principaal hoger beroep: de wettelijke handelsrente

3.6.1. In grief 6 in het principaal hoger beroep heeft Rabobank betoogd dat de rechtbank haar ten onrechte heeft veroordeeld tot betaling van de wettelijke handelsrente nu zij het verweer daartegen zou hebben prijsgegeven. Daarvan is geen sprake geweest, aldus Rabobank. Zij voegt daaraan toe dat de rechtbank ook ambtshalve had moeten oordelen dat er geen rechtsgrond bestaat om de wettelijke handelsrente toe te wijzen.

3.6.2. De curator heeft aangegeven geen verweer te voeren tegen de stelling dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat Rabobank haar verweer tegen dit deel van de vordering zou hebben prijsgegeven. Bij repliek in eerste aanleg heeft hij aangegeven dat de bank zich tot debiteur van de rekeninghouder heeft gemaakt en dus gehouden is tot uitbetaling hetgeen juist de kern is van het "bijhouden" van de bankrekening.

3.6.3. Het hof is van oordeel dat niet is gebleken dat Rabobank haar verweer tegen dit deel van de

vordering in eerste aanleg zou hebben prijsgegeven. In zoverre slaagt de grief. Het slagen van de grief brengt mee dat het hof de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde gronden die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, opnieuw dient te beoordelen.

3.6.4. De grondslag voor het vorderen van de wettelijke handelsrente is het bepaalde in artikel 6:119a BW. Dit artikel heeft alleen betrekking op de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Deze geldelijke tegenprestatie betreft de primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. De wettelijke handelsrente ziet dus niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe zo'n overeenkomst aanleiding kan geven. Het saldo van een bankrekening betreft niet de primaire geldelijke tegenprestatie voor de door de Rabobank geleverde diensten.

Het hof wijst om deze reden dit deel van de vordering af. De curator heeft subsidiair de wettelijke rente (ex artikel 6:119 BW) gevorderd en daartegen is geen verweer gevoerd, behoudens hetgeen hierna in de grief 7 is gesteld.

Grief 7 in het principaal hoger beroep: de ingangsdatum en het beroep op matiging

3.7.1. Rabobank heeft in grief 7 in het principaal hoger beroep betoogd dat de rechtbank ten onrechte geen acht heeft geslagen op de door haar gevoerde verweren die betrekking hebben op de ingangsdatum van de rente en de gronden voor matiging van de verschuldigde rente. Rabobank verwijst naar hetgeen zij heeft gesteld in de conclusie van antwoord, eerste aanleg onder de paragrafen 8.4 en 8.5.

3.7.2. De curator heeft aangegeven dat de verweren in deze paragrafen erop neerkomen dat de onderhavige discussie een langlopende affaire is geworden door de opstelling van de curator. Hij betwist dit. Juist het chicaneus gedrag van Rabobank heeft voor de vertraging gezorgd, aldus de curator.

3.7.3. De grief slaagt in zoverre dat de rechtbank niet is ingegaan op de verweren van Rabobank. Het slagen van de grief brengt mee dat het hof de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde gronden die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, opnieuw dient te beoordelen.

In eerste aanleg heeft Rabobank gesteld dat de rente pas kan gaan lopen vanaf de dag van dagvaarding. De curator heeft gesteld dat de rente

moet gaan lopen op het moment van de peildatum. In hoger beroep heeft de curator weliswaar rente gevorderd maar niet aangegeven vanaf welk datum deze rente gaat lopen.

Het hof is van oordeel dat de ingangsdatum van de wettelijke rente niet op de peildatum kan zijn gelegen. Wettelijke rente is immers een schadevergoeding verschuldigd wegens een vertraging in de voldoening van een geldsom. De geldsom waarover het hier gaat en waaruit de vordering van de curator is samengesteld, bestond op de peildatum nog niet. Nu de curator niet heeft aangegeven en onderbouwd welke andere ingangsdatum zou gelden, anders dan de door Rabobank erkende datum, zijnde de dagvaardingsdatum, zal het hof deze datum als ingangsdatum vaststellen.

3.7.4. Rabobank draagt als gronden voor matiging van de rente aan dat de curator nooit heeft aangegeven welk bedrag hij vorderde, dat zij bij betaling het risico liep dat de boedel geen verhaal zou bieden, dat een redelijke oplossing, door storting op een escrow account voor de hand had gelegen maar dat deze door de curator was afgewezen.

De curator heeft betwist dat Rabobank de hiervoor aangegeven redelijke oplossing zou hebben voorgesteld. Voorts heeft hij aangegeven het bedrag niet te kunnen vaststellen omdat Rabobank niet de gegevens verstrekke op grond waarvan de peildatum kon worden vastgesteld.

3.7.5. Het hof beoordeelt deze grief als volgt. De omstandigheid dat Rabobank de curator zou hebben voorgesteld om een bedrag in escrow account te storten, is niet komen vast te staan. De curator heeft dit betwist en Rabobank heeft deze stelling niet nader onderbouwd. De aangevoerde omstandigheid dat de curator niet tijdig het door hem te vorderen bedrag heeft aangegeven, is niet doorslaggevend en bovendien evenmin komen vast te staan. De vraag welke de peildatum zou moeten zijn, is een aspect dat in het domein van Rabobank ligt: zij heeft altijd beschikt over alle informatie die nodig was om de peildatum vast te stellen. Bovendien is de curator eerst tijdens deze procedure in eerste aanleg in het bezit gesteld van deze informatie. Resteert als aangevoerde grond voor matiging dat bij betaling aan de curator, Rabobank het risico liep geen verhaal te hebben. Deze grond is, naar het oordeel van het hof, geen althans onvoldoende reden om de wettelijke rente die met ingang van 21 september 2020 zal worden toegewezen, te matigen.

Grief 8 in het principaal hoger beroep: de proceskosten in eerste aanleg

3.8.1. Rabobank heeft in grief 8 in het principaal hoger beroep betoogd dat de rechtbank haar ten onrechte in de proceskosten heeft veroordeeld. Het is immers de curator die grotendeels in het ongelijk is gesteld. Hij vorderde immers primair bijna € 68 miljoen.

3.8.2. De curator heeft betoogd dat de rechtbank, afgezien van de uitgaande betalingen, in het voordeel van hem heeft geoordeeld ten aanzien van alle relevante geschilpunten.

3.8.3. De grief slaagt niet. De mate waarin de eiser in het gelijk wordt gesteld wordt niet enkel bepaald door vergelijking van petitum en dictum, maar mede door het aantal beslechte geschilpunten. De rechtbank heeft de belangrijkste rechtsvraag, te weten of aanleiding is om in de onderhavige zaak een uitzondering te aanvaarden op de strenge verrekeningsregels, in het nadeel van de Rabobank beantwoord. De curator heeft moeten procederen om zijn vordering (gedeeltelijk) betaald te krijgen. Van belang is voorts dat eerst tijdens de procedure in eerste aanleg de gegevens die nodig waren om het peilmoment vast te stellen, door Rabobank aan de curator bekend zijn gemaakt. Het vaststellen van het peilmoment is noodzakelijk om de hoogte van de vordering te berekenen.

Grief in het incidenteel hoger beroep: verrekenen met na de peildatum gedane betalingen

3.9.1. De curator heeft in het incidenteel hoger beroep betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat Rabobank bevoegd is zich op verrekening te beroepen ten aanzien van na het peilmoment bijgeschreven bedragen en na het peilmoment uitgevoerde uitgaande betalingen. Artikel 54 Fw staat in de weg aan deze verrekening; Rabobank is niet bevoegd om tot verrekening over te gaan. Zij was op dat moment te kwader trouw: ze wist of behoorde te weten dat het faillissement te verwachten was. Rabobank had gekozen voor het zogenaamde scenario 5, zijnde de feestdagen doorgaan en faillissement voorbereiden. Scenario 4, een faillissement op korte termijn, had niet de voorkeur. Rabobank wilde wat meer tijd om het probleem van de eigendomsvoorbehouden op de voorraad op te lossen.

Rabobank had op dat moment een vordering op Impact en door het doen van betalingen na de peildatum liep deze vordering op. Voorts werden

de huren niet betaald, liep de schuld aan het UWV op, terwijl Rabobank ondertussen poogde nog een graantje mee te pikken van de kerstinkopen. De bedragen die zijn gemoeid met verrekening van na de peildatum overgenomen schulden en vorderingen horen in de boedel, aldus de curator.

3.9.2. Rabobank wijst op de ratio van de in artikel 54 Fw neergelegde beperking van de verrekenbevoegdheid, namelijk het voorkomen van een ongerechtvaardigde bevoordeling boven andere schuldeisers. In het geval dat na de peildatum nog uitgaand betalingsverkeer wordt gefaciliteerd, hoeft er geen vrees te bestaan dat door het toestaan van verrekening aan banken een voordeel zou toevallen. Betalingen worden verricht uit de door op de rekening binnengekomen betalingen ontstane kredietruimte. Deze situatie valt niet onder het toepassingsbereik van artikel 54 Fw. Afdracht door de bank aan de curator vindt eerst achteraf plaats, namelijk nadat het faillissement is uitgesproken. Er is dan ook geen bezwaar om rekening te houden met de uitgaande betalingen gedurende de schemerperiode, zijnde de periode gelegen tussen de peildatum en de surseance/het faillissement.

Indien anders zou worden geoordeeld, geldt dat de bank geen vrije keuze heeft of zij een betalingsopdracht uitvoert of niet. Zij is daartoe verplicht. Het feit dat Rabobank het faillissement verwachtte, vormt nog geen rechtvaardiging voor een blokkade op uitgaand betalingsverkeer.

3.9.3. Het hof oordeelt als volgt.

De wet

3.9.3.1. Artikel 54 lid 1 Fw bepaalt het volgende: “Niettemin is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld.”

Een verrekening bezorgt de schuldeiser een voordeel ten opzichte van de andere schuldeisers. Aan de bevoegdheid om te mogen verrekenen stelt dit artikel een grens, namelijk tot het moment dat de schuldeiser wist of behoorde te weten dat het faillissement van de schuldenaar te verwachten was.

De jurisprudentie

3.9.3.2. De Hoge Raad heeft op 7 oktober 1988 (Amro/THB) deze bepaling ook van toepassing geacht op de positie van de bank die een rekening-courant-verhouding heeft met de schuldenaar. De Hoge Raad overweegt:

“(…) Vooral nu tegenwoordig girale betaling eerder regel dan uitzondering is, valt met het stelsel van de Faillissementswet niet te verenigen dat het girale betalingsverkeer aan bankgiro-instellingen in dier voege een uitzonderingspositie zou verschaffen dat zij zich door middel van compensatie afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij aan de schuldenaar schuldig zijn geworden in het zicht van diens faillissement of surseance van betaling. Daarom moet — daargelaten of alsdan sprake is van wat het onderdeel aanduidt als ‘schuldoverneming in de eigenlijke betekenis van het woord’ — worden aangenomen dat, wanneer een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze heeft voldaan door storting op diens rekening bij een bankgiro-instelling en deze laatste, toen zij zich door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar maakte, niet te goeder trouw was in de zin van de art. 54, onderscheidenlijk 235 Fw, het bepaalde in deze artikelen zich ertegen verzet dat de bankgiro-instelling zich op schuldvergelijking beroept (HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104). (…)”

De Hoge Raad heeft in Mulder/CLBN (ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (HR 17 februari 1995, «JOR» 2023/172, m.nt. Faber; *red.*)) één uitzondering op deze regel gemaakt, namelijk in het geval de bank een stil pandrecht had op de vordering die op de rekening-courant door de debiteur van de rekeninghouder werd betaald. De Hoge Raad overwoog:

“In de rechtspraak van de Hoge Raad is weliswaar aanvaard dat bankinstellingen zich ter zake van op een rekening van hun debiteur gedane girale betalingen niet op verrekening kunnen beroepen indien deze betalingen zijn ontvangen op een tijdstip waarop de bankinstelling wist dat diens faillissement was te verwachten dan wel na diens faillietverklaring, maar er bestaat geen goede grond deze strenge regels mede van toepassing te oordelen op de mogelijkheid van verrekening door een bankinstelling van girale betalingen die op deze tijdstippen zijn gedaan ter voldoening van aan haar stil verpande vorderingen ter zake waarvan zij nog geen mededeling heeft gedaan.

In de eerste plaats heeft een bankinstelling in dat geval, behoudens een enkele uitzondering, reeds een voorrang boven de andere schuldeisers, zoals mede voortvloeit uit hetgeen hiervoor onder 3.4.3 is overwogen, zodat niet kan worden gezegd dat de bankinstelling zich door verrekening een uitzonderingspositie ten opzichte van de andere schuldeisers verschaft.

In de tweede plaats verdient opmerking dat een bankinstelling onder het vóór 1 januari 1992 geldende recht zich door verrekening kon verhalen op hetgeen zij ontving ter voldoening van een aan haar tot zekerheid gecedeerde vordering (HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171). Het strookt met de opzet van het stil pandrecht, die ertoe strekt het mogelijk te maken de onder het oude recht bestaande financieringspatronen te continueren — zie hetgeen daaromtrent van regeringszijde is opgemerkt, hiervoor onder 3.4.3 aangehaald — de bevoegdheid tot verrekening door een bankinstelling óók te aanvaarden ten aanzien van een door haar ontvangen betaling, strekkende tot voldoening van een aan haar stil verpande vordering.”

Door een aan de bank stil verpande vordering die op de rekening-courant van de aanstaande failliet is overgemaakt, te verrekenen met de vordering van de bank op de failliet verschaft de bank zich geen uitzonderingspositie ten opzichte van andere schuldeisers.

Deze casus

3.9.3.3. Het hof stelt vast dat Rabobank op het peilmoment, 1 december 2010, een vordering had op Impact. Het hof stelt voorts vast dat er na het peilmoment betalingen van derden zijn gedaan op de rekening van Impact. Deze derden hebben hiermee geen aan de bank stil verpande vordering voldaan. Voor zover het gaat om betalingen van consumenten die aan de bank verpande voorraden hebben gekocht, staat vast dat de bank ter zake geen voorrangspositie heeft; het hof verwijst naar de ingetrokken grieven 2 en 3 in het principaal hoger beroep. Rabobank is niet bevoegd tot verrekening van deze “door de bank overgenomen” schuld met haar vordering op Impact.

3.9.3.4. De vraag die voorligt is of dit anders is als de bank in opdracht van Impact na het peilmoment betalingen verricht aan derden waarmee haar vordering op Impact toeneemt. Rabobank stelt dat dit zo is nu van ongerechtvaardigde bevoordeling van de bank boven andere schuld-

eisers door gebruik te maken van haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer geen sprake is. Betaald wordt uit de kredietruimte die door inkomende betalingen op de rekening is ontstaan, aldus Rabobank.

3.9.3.5. Het hof is van oordeel dat het enkele feit dat de bank na het peilmoment betalingen uitvoert, geen reden is om artikel 54 Fw en de hiervoor aangehaalde rechtspraak niet toe te passen. De inkomende betalingen na de peildatum dienen aan de boedel toe te komen en daarop mag de bank geen voorrangspositie creëren. Dat doet Rabobank wel op het moment dat zij deze in rekening-courant en op de lopende rekening van Impact boekt. Dat de bank per saldo niet is bevoordeeld, is niet relevant. Het gaat erom dat de bank geen voorrang krijgt op het verhaalsobject, zijnde de inkomende betalingen op de rekening van Impact. Deze dient zij niet in een rekening-courant-verhouding met Impact op te nemen nu dat leidt tot een verrekening van rechtswege.

Uit hetgeen onder de feiten onder i is opgenomen, blijkt bovendien dat Rabobank bewust ervoor heeft gekozen om het faillissement van Impact nog even uit te stellen. Onder meer met behulp van leverancierskredieten (o.a. door middel van verruiming van de kredietruimte door Rabobank), is de voorraad op een gewenst niveau gebracht zodat Impact tijdens de feestdagen nog de nodige inkomsten kon genereren. Rabobank stelde als voorwaarde dat een consultant werd ingeschakeld die “het voorraadbeheer en de betalingsstromen” in goede banen moest leiden. Een “bijkomend voordeel” was dat de achterstallige crediteuren met een voorraadpositie van op dat moment € 10 miljoen geheel konden worden voldaan en Rabobank geen eigendomsvoorbehouden hiervan tegen zich behoeft te laten gelden. Dat Rabobank na het peilmoment en dus in de situatie dat zij niet langer te goeder trouw was, haar vordering op Impact laat oplopen, komt in die periode geheel voor haar eigen rekening en risico. Zij doet dit om, zoals ook omschreven in scenario 5, haar verhaalspositie te verbeteren. Dat Impact aldus meer verhaal biedt dan in de situatie op het peilmoment, is mogelijk nu bepaalde zekerheden van derden en dan met name eigendomsvoorbehouden van leveranciers, zijn komen te vervallen door de verkoop van zaken aan consumenten in de periode na het peilmoment. De opbrengst van deze verkoop is op rekening van Rabobank geboekt. Dit voordeel dient echter aan

alle crediteuren van Impact gelijkelijk toe te komen. Dat Rabobank voor het verhaal van Vorderingen die feitelijk na de peildatum ontstaan, voorrang verkrijgt boven andere schuldeisers, zoals bijvoorbeeld de verhuurder wiens vordering ook na de peildatum oploopt, is niet in lijn met de strekking van artikel 54 Fw en met bovenstaande jurisprudentie. Het hof verwijst ook naar de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad in de *Euro-commerce*-zaak (HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 («JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling; *red.*)).

3.9.3.6. Het slagen van de grief brengt mee dat het hof de in eerste aanleg verworpen en/of niet behandelde verweren die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, opnieuw dient te beoordelen.

3.9.3.7. Tussen partijen staat vast dat de inkomende betalingen in december 2010 een bedrag omvatten van € 18 miljoen. Volgens de curator bedraagt het bedrag dat in januari 2011 op de rekeningen van Impact bij Rabobank is bijgeschreven € 14.518.190,64. Dit bedrag is samengesteld uit twee componenten. De eerste component bedraagt € 13.871.053,15. De tweede component betreft het bedrag dat op de 171-rekening is bijgeschreven, zijnde € 647.137,50. Het totaal door de curator gevorderde komt dan neer op een bedrag van € 32.528.190,65. Volgens Rabobank is er in de periode van januari € 13.871.053,-- bijgeschreven op de rekeningen van Impact.

In de memorie van grieven in incidenteel hoger beroep verwijst de curator naar de in eerste aanleg gevoerde discussie tussen partijen met betrekking tot de 171-rekening. In de akte na tussenvonnis van 12 oktober 2022 stelt Rabobank

“(…) Hoewel het bij nadere beschouwing klopt dat ook externe partijen betalingen deden op de 171-rekening en het bedrag aan binnenkomende betalingen in januari 2011 hoger is dan € 13.871.053,15 zoals staat vermeld op het tabblad ‘samenvatting’ van het Excel-bestand van de Curator, klopt het door de Curator genoemde bedrag niet. Uit productie 124 van de Curator blijkt dat de Curator een bedrag van € 41.442,67 ten onrechte meeneemt als een ontvangst van derden, terwijl dit een door Rabobank op deze rekening betaalde compensatie betreft voor debetrente over het vierde kwartaal van 2010. (…)”

De curator die in de hieraan voorafgaande conclusie uitging van een bedrag van € 688.588,17 heeft het hiervoor gevoerde verweer erkend en dit deel van de vordering aangepast.

Het hof concludeert dat het door de curator gevorderde bedrag aan betalingen die zijn gedaan in januari 2011 voor het overige niet dan wel onvoldoende door Rabobank zijn betwist zodat deze kunnen worden toegewezen.

Grief 5 in het principaal hoger beroep: de berekening van het saldo van de na de peildatum op de rekeningen van Impact bij Rabobank verrichte transacties

3.10. Gelet op voormeld oordeel behoeft grief 5 in het principaal hoger beroep geen verdere beoordeling.

Bewijsaanbod

3.11. Gelet op het voorgaande komt het hof aan bewijslevering niet toe. Partijen hebben overigens ook niet een ter zake dienend en voldoende geconcretiseerd en gespecificeerd bewijsaanbod gedaan.

Slotsom

3.12. De grieven 6 en 7 van het principaal hoger beroep slagen. De grieven 2 tot en met 4 zijn tijdens de zitting in hoger beroep ingetrokken en de grieven 1 en 8 falen. De grief in het incidenteel hoger beroep slaagt. Het hof zal het bestreden tussenvonnis en eindvonnis voor zover de oordelen in hoger beroep voorliggen, vernietigen en het bedrag waartoe Rabobank is veroordeeld, wijzigen, dit samen met de rente en de ingangsdatum van de rente.

De door de rechtbank uitgesproken verklaring voor recht en de proceskostenveroordeling blijven in stand.

Proceskosten

3.13. Het hof zal Rabobank als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het principaal en incidenteel hoger beroep veroordelen. De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de curator zullen vastgesteld worden op:

(…; *red.*)

4. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep

vernietigt het bestreden tussenvonnis en eindvonnis voor zover dit in hoger beroep voorligt en voor zover het de daarin opgenomen veroordeling van Rabobank tot betaling onder 3.2. betreft;

in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Rabobank tot betaling aan de curator van een bedrag van € 32.528.190,65, te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW te rekenen vanaf 21 september 2020 tot aan de dag van volledige betaling;

bekrachtigt de vonnissen waarvan beroep voor het overige;

veroordeelt Rabobank in de proceskosten (...; *red.*);

wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. Het onderhavige arrest gaat over de reikwijdte van art. 54 Fw, dat verrekening voor en na faillietverklaring beperkt. De rechtsvraag is of “saldering” door een bank is toegestaan, nadat zij weet of behoorde te weten dat het faillissement van haar schuldenaar aanstaande is in de zin van art. 54 Fw (hierna: de peildatum). Onder “saldering” wordt in rechtspraak en literatuur verstaan verrekening door de bank van de na peildatum *binnenkomende* betalingen met de *uitgaande* betalingen. Het antwoord op die vraag bepaalt of de curator na de peildatum recht heeft op afdracht van *alle* na peildatum binnenkomende betalingen of slechts het (*positieve*) *verschil* tussen de inkomende en uitgaande betalingen (na saldering). Deze rechtsvraag is van groot belang in retailfaillissementen, waar banken zich op basis van de bestaande rechtsopvattingen in het zicht van faillissement van de schuldenaar lastig kunnen verhalen op de verkoopopbrengst (pinbetalingen) van aan hen verpande roerende zaken (zie ook: Hof ‘s-Hertogenbosch 5 maart 2023, «JOR» 2024/146, m.nt. Fliëk).

2. Partijen kwamen in deze zaak overeen dat 1 december 2010 als peildatum geldt. De curator stelde vast dat Rabobank na deze peildatum in strijd met art. 54 Fw binnenkomende betalingen had verrekend en vorderde (na overeenstemming over de peildatum) € 34 miljoen met rente. De rechtbank stond saldering toe en veroordeelde Rabobank tot betaling van € 4.587.727,62 met rente. Helaas is het tussenvonnissen niet gepubliceerd, zodat niet duidelijk is hoe de rechtbank tot dat standpunt is gekomen.

3. Zowel de curator als Rabobank gingen in appel. De curator stelt dat alle bedragen die na het peilmoment op de bankrekening zijn bijgeschre-

ven, door Rabobank moeten worden afgedragen (r.o. 3.9.1). Rabobank is van mening dat de ratio van art. 54 Fw in HR 23 november 2018, «JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling (*Eurocommerce*), r.o. 3.4.4, dicteert dat slechts verrekeningen die leiden tot een “ongerechtvaardigde bevoordeling” ten opzichte van andere schuldeisers, moeten worden afgedragen en dat saldering moet worden toegestaan (r.o. 3.9.2). Na de peildatum werd immers nog uitgaand betalingsverkeer gefaciliteerd, hetgeen met de door binnenkomende betalingen ontstane kredietruimte werd verrekend. Niet toestaan van saldering zou de bank juist door haar uitzonderingspositie financieel nadeel toebrengen en bovendien zou het leiden tot nadelige maatschappelijke consequenties zoals eerdere opzegging van kredietfaciliteiten en blokkering van bankrekeningen.

4. Het hof overweegt dat art. 54 lid 1 Fw de verrekeningsmogelijkheid beperkt vanaf het moment dat de schuldeiser wist of behoorde te weten dat het faillissement van de schuldenaar te verwachten was. De betalingen van derden resulteren in crediteringen van de bankrekening van Impact. Die crediteringen worden gelijkgesteld aan schuldoverneming als bedoeld in art. 54 Fw, om te voorkomen dat het girale betalingsverkeer banken een uitzonderingspositie zou verschaffen (HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:ZC3909 (*Amro/THB*)). De Hoge Raad heeft op de strenge regels van art. 54 Fw alleen in HR 17 februari 1995, «JOR» 2023/172, m.nt. Faber (*Mulder q.q./CLBN*) een uitzondering aangenomen, die in casu niet opgaat.

5. Het enkele feit dat Rabobank na de peildatum betalingen ontvangt en uit de daardoor ontstane kredietruimte betalingen door de schuldenaar toestaat, is voor het hof geen reden art. 54 Fw en de aangehaalde rechtspraak niet toe te passen (r.o. 3.9.3.5). Inkomende betalingen na peildatum komen de boedel toe en Rabobank mag daarop geen voorrangspositie creëren. Het hof acht irrelevant of Rabobank per saldo is bevoordeeld of niet. Het hof wijst er ten overvloede op dat Rabobank zich op basis van haar uitzonderingspositie heeft bevoordeeld doordat de (verlengde) eigendomsvoorbeholden door de toegestane betalingen vervielen en zij daardoor betere verhaalsmogelijkheden op de voorraad verkreeg. Dat voordeel dient volgens het hof echter aan alle crediteuren gezamenlijk toe te komen. Andere crediteuren, zoals de verhuurder wiens vordering

ook na peildatum oploopt, hadden dat voordeel niet en dat is niet in lijn met de strekking van art. 54 Fw, de voormelde jurisprudentie en de prejudiciële beslissing in Eurocommerce. Dat de bank na de peildatum haar vordering op Impact laat oplopen, komt, gelet op haar handelwijze, voor eigen rekening.

6. Schuijling brak een lans voor saldering na de peildatum (B.A. Schuijling, 'Saldering in de 54-periode, Het bancaire belang', in: B.A. Schuijling, M. van Wingerden en P.M.P. Frenken (red.), *Het bancaire belang. Opstellen aangeboden aan mr. ing. H.J. Damkot*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 179-193). De aanleiding daarvoor leek het vonnis in de zaak Janssen q.q./Rabobank (zie hierna) waarin saldering niet werd toegestaan. Zijn betoog kreeg bijval uit de praktijk (en van het Hof Arnhem Leeuwarden, zie hierna). Kroezen heeft minstens even overtuigend de belangrijkste argumenten van Schuijling bekritiseerd: A.H. Kroezen 'Geen saldering bij de toepassing van art. 54 lid 1 Fw', FIP 2024, p. 19-27. Het voert voor deze annotatie te ver om beide artikelen te bespreken, maar voor een goed begrip van de materie is het raadzaam deze artikelen te lezen.

7. Terug naar het oordeel in het onderhavige arrest. Ten eerste is niet duidelijk waarom het hof meent dat vaststelling van "bevoordeling" irrelevant is voor beantwoording van de rechtsvraag. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.4.4 van Eurocommerce dat de ratio van art. 54 Fw is "ongerechtvaardigde bevoordeling" te voorkomen en de bank heeft gesteld dat *geen* sprake was van "ongerechtvaardigde bevoordeling". Daaruit leid ik af dat het hof meent dat aangesloten moet worden bij de heersende leer dat iedere inkomende betaling na de peildatum toekomt aan de boedel. De curator heeft overigens die "ongerechtvaardigde bevoordeling" wel gesteld (r.o. 3.9.1), door de saldering zijn in ieder geval de verhuurder en het UWV benadeeld terwijl Rabobank een verbeterde verhaalspositie verkreeg.

8. Ten tweede stelt het hof – kennelijk ten overvloede – bevoordeling van Rabobank vast en wordt overwogen waaruit die bevoordeling bestaat. Het hof lijkt te impliceren dat het missen van een voordeel voor de gezamenlijke crediteuren ook gezien moet worden als een benadeling van de gezamenlijke crediteuren. Zij lijkt daarbij aan te sluiten bij de art. 42 Fw-jurisprudentie, zoals Kroezen ook heeft betoogd met verwijzing naar HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/230, m.nt. Van

Hees (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*) (maar zie bijv. ook: HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (*Bosselaar q.q./Interniber*) en HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676 (*Gispen q.q./IFN*)). Die redenering naar analogie is goed te billijken, nu art. 54 Fw net als art. 42 Fw een boedelreconstructiemiddel is.

9. De lijn die het hof (primair) kiest, acht ik goed verdedigbaar om pragmatische en rechtspolitieke redenen. De vraag blijft welk belang toekomt aan de door de Hoge Raad genoemde ratio van art. 54 Fw in Eurocommerce: "[...] *het voorkomen van een ongerechtvaardigde bevoordeling boven andere schuldeisers*". Betreft het een maatstaf waaraan het hof had moeten toetsen? Indien saldering na peildatum niet wordt toegestaan, behoeft namelijk niet te worden getoetst of de bank zich door saldering ongerechtvaardigd heeft bevoordeeld. Dit biedt een eerlijk speelveld tussen de gezamenlijke crediteuren (curator) en de bank, waarbij de bewijslast van de curator enigszins behapbaar blijft. Complexe geschillen, waarbij per uitgaande betaling moet worden gecontroleerd of deze op het moment van saldering (ongerechtvaardigd) bevoordelend is, worden voorkomen. Uit de onderhavige casus volgt ook dat de curator qua informatie ten opzichte van de bank altijd de onderliggende partij is, een gevolg van die bevoorrechte positie in het girale betalingsverkeer. De bank heeft verder duidelijkheid, zij kan nu en in de toekomst tijdig ingrijpen met deze eenvoudige rechtsregel.

10. De onderhavige rechtsvraag was reeds voorgelegd in Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2024, «JOR» 2024/103, m.nt. Schuijling (*Janssen q.q./Rabobank*). Daarin oordeelde dat hof dat saldering moet worden toegestaan, grotendeels volgens de argumentatie van Schuijling. De zaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden betrof echter een proefprocedure met een simpel feitencomplex, had een geldelijk belang van € 15.478 en een kleine boedel. De onderhavige zaak had een geldelijk belang van € 34 miljoen en een feitencomplex waarin Rabobank aantoonbaar een strategie ter maximalisatie van haar verhaalspositie voerde. Hoewel het de bank vrijstaat een dergelijke processtrategie te voeren, is mijns inziens wel de vraag of aan de uitkomst van die zaak dus hetzelfde gewicht moet worden toegekend als aan het onderhavige arrest. Tegen beide voormelde arresten is cassatie ingesteld, het is nu wachten

op de conclusie(s) van de A-G en de arresten van de Hoge Raad.

mr. C. Dullaart
advocaat bij Labré advocaten

92

Curator niet persoonlijk aansprakelijk voor late afgifte administratie aan failliet/vereffenaar

Rechtbank Rotterdam
13 november 2024, rolnr. HA ZA 24-385,
ECLI:NL:RBROT:2024:11843
(mr. Veling)
Noot prof. mr. drs. C.M. Harmsen

Aansprakelijkheid curator pro se. Afgifte administratie door curator aan vereffenaar na opheffing faillissement en heropening vereffening. Verplichting van curator om op grond van art. 193 Fw de administratie af te geven aan het bestuur van failliet versus het recht van de vereffenaar op afgifte ex art. 2:23a lid 1 BW. Geen onrechtmatig handelen curator. Verwijzing naar HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. Kortmann (Maclou) en HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips).

[Fw art. 193; BW art. 2:23a lid 1, 6:162]

Met de opheffing van het faillissement houdt de taak van de curator niet direct op. Zo moet de curator rekening en verantwoording afleggen en dient hij de bij hem aanwezige administratie af te geven (193 Fw). De handelingen die in dit kader nodig zijn, verricht de curator in die hoedanigheid. Dit betekent dat gedaagde (de curator) handelde in de hoedanigheid van curator toen hij de administratie in juli 2020 aan bedrijf 2 (de vereffenaar) ter beschikking stelde.

Voor persoonlijke aansprakelijkheid voor gedragingen die in de hoedanigheid van curator zijn verricht, geldt volgens vaste rechtspraak als norm dat de curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht

(HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. Kortmann (Maclou)). Bij de toetsing aan deze norm past terughoudendheid. In een geval waarin de curator beleidsvrijheid heeft, geldt dat persoonlijke aansprakelijkheid van de curator pas aan de orde kan zijn als hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, dat wil zeggen dat hij heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien (HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips)).

Het enkele feit dat de curator in juli 2020 nog beschikte over de administratie van failliet – hoewel het faillissement al op 20 maart 2020 was beëindigd – draagt niet bij aan mogelijke onrechtmatigheid van het handelen van de curator. Op grond van art. 193 Fw behoorde de curator de administratie van failliet op zichzelf aan het bestuur van failliet af te geven. In de praktijk zal daarmee in de regel enige tijd gemoeid zijn. Dat enkele tijdsverloop rechtvaardigt niet de conclusie dat de curator met de nakoming van deze verplichting in gebreke is en dus onrechtmatig handelt. Het tijdsverloop tussen maart en juli 2020 is niet zodanig lang dat alleen daardoor al sprake is van onzorgvuldig handelen van de curator.

De verplichting van de curator om op grond van art. 193 Fw de administratie af te geven aan het bestuur van failliet, is in wezen ingehaald door de beschikking van de rechtbank waarbij de vereffening is heropend en er een vereffenaar is benoemd. Met deze benoeming kwam de vereffenaar in de positie die de wet aan een vereffenaar geeft. Op grond van art. 2:23a lid 1 BW heeft de vereffenaar in beginsel dezelfde bevoegdheden als een bestuurder. Waar de bestuurder van failliet op grond van art. 193 Fw aanspraak kon maken op afgifte van de administratie, ligt dus in beginsel in de rede dat ook de vereffenaar recht had op die afgifte. Niet gezegd kan worden dat de curator in redelijkheid niet tot deze conclusie heeft kunnen komen toen hij het verzoek om afgifte van de administratie van de vereffenaar ontving.

Met de zinsnede “voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak als vereffenaar” is bedoeld aan te geven dat de bevoegdheden van een vereffenaar niet verder gaan dan nodig is voor de vereffening van het vermogen van de betrokken vennootschap. Deze bepaling is niet bedoeld om de bevoegdheden van de vereffenaar af te grenzen in verband met een mogelijk tegenstrijdig belang, laat staan dat het aan een derde (zoals destijds de