

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/128308>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-25 and may be subject to change.

Uitoefening van goederenrechtelijke zekerheidsrechten in de (bank)praktijk

Mr. R. van den Bosch en

*prof. mr. drs. F.E.J. Beekhoven van den Boezem**

1 Inleiding

In de kredietbehoefte van bedrijven en ondernemingen wordt voor het grootste deel voorzien door professionele financiers, in de regel (groot)banken.¹ Tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de kredietnemers is een substantieel deel van de leningen afgedekt door goederenrechtelijke zekerheidsrechten. De wet schrijft voor hoe deze goederenrechtelijke zekerheidsrechten dienen te worden uitgeoefend. Binnen de financiële praktijk heeft zich echter een aantal varianten ontwikkeld, waarbij de in zekerheid gegeven goederen op een alternatieve wijze te gelde worden gemaakt. De reden hiervoor is dat deze varianten minder tijd en geld kosten en de realisering ervan een (dikwijls veel) hogere opbrengst oplevert. Voorzichtigheid is hierbij echter geboden. Een aantal rechterlijke uitspraken van de laatste jaren legt namelijk de mogelijkheden om efficiënt en vrijelijk te manoeuvreren aan banden. Aan de hand van deze uitspraken zal voor de verschillende goederenrechtelijke zekerheidsrechten de problematiek worden belicht. Daarbij worden valkuilen aangegeven en oplossingsrichtingen geschetst.

2 Goederenrechtelijke zekerheidsrechten

Titel 9 van Boek 3 BW regelt de goederenrechtelijke zekerheidsrechten, te weten de rechten van pand en hypotheek. Daar-in vindt men een materiële beschrijving van de desbetreffende rechten, de wijze waarop deze rechten dienen te worden gevestigd, alsmede een aantal regels ten aanzien van de uitwinning ervan. De uitwinning van de desbetreffende rechten is nader geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De focus van deze bijdrage ligt op de uitwinning van de desbetreffende rechten en, meer specifiek, de wijze waarop banken proberen hiermee zo efficiënt en doelgericht mogelijk om te gaan.

3 Kredietopzegging en uitwinning van zekerheden

Alvorens nader in te gaan op de in de inleiding genoemde en in de rechtspraak ontwikkelde beperkingen bij de door banken

gehanteerde afwijkende wijzen van executie of tegeldemaking van goederen waarop zij een pand- of hypotheekrecht hebben, is het zinvol stil te staan bij de situatie die ontstaat wanneer een bank noodgedwongen overgaat tot het opzeggen van een kredietfaciliteit, gevolgd door het opeisen van de onder die faciliteit verschuldigde bedragen. Pas onder deze omstandigheden zal namelijk duidelijk worden of de door de bank in goede tijden bedongen pand- en/of hypotheekrechten daadwerkelijk de waarde hebben die er eerder aan is toegekend. Het spreekt voor zich dat de bank hierbij de maximale executieopbrengst dient na te streven, ook wanneer de positie van de bank zelf voldoende is gedekt. Een optimale uitwinning van de zekerheidsrechten kan er immers in resulteren dat een gedeelte van de opbrengst na integrale voldoening van de pand- of hypotheekhouder beschikbaar komt voor de kredietnemer/zekerheidsgever en/of zijn eventuele overige schuldeisers. Het veronachtzamen van dit gegeven, door in een situatie waarin zij zelf een voldoende dekingspositie heeft niet de manier van uitwinning te kiezen die de maximale executieopbrengst garandeert, zou tot de conclusie kunnen leiden dat de bank zich onrechtmatig heeft gedragen jegens de overige schuldeisers, de kredietnemer zelf of haar aandeelhouders. Hoe voldoet de houder van de zekerheden aan de verplichting om de maximale executieopbrengst te genereren? Daartoe zullen hierna de verschillende wettelijke en alternatieve mogelijkheden worden vergeleken.

4 Het te gelde maken van verbonden activa (executie): wettelijke regels

4.1 Roerende zaken en registergoederen

Zoals gezegd schrijft de wet voor hoe activa waarop een pand- of hypotheekrecht rust, te gelde dienen te worden gemaakt. In principe is dat door middel van een openbare verkoop. Zo bepaalt art. 3:250 lid 1 BW dat de verkoop van verpande goederen in het openbaar dient te geschieden met inachtneming van de plaatselijke gewoonten en op de gebruikelijke voorwaarden. Bestaat het pand uit goederen die op een markt of op een beurs verhandelbaar zijn, dan dient de verkoop te geschieden door tussenkomst van een makelaar of een bevoegde tussenpersoon anderszins, een en ander uiteraard met inachtneming van de ter zake geldende regels en gebruiken.²

2. Zie art. 3:250 BW.

* Mr. R. van den Bosch is bedrijfsjurist bij ING. Prof. mr. drs. Beekhoven van den Boezem is bedrijfsjurist bij ING. Onze dank gaat uit naar Erwin Wiltink voor zijn hulp bij het bronnenonderzoek.

1. Alles bij elkaar opgeteld, gaat het daarbij om enorme bedragen. Over het jaar 2007 stond er alleen al binnen ING wereldwijd aan leningen of kredieten anderszins een bedrag uit van € 552.964.000.000. Binnen de grenzen van Nederland stond een bedrag uit van € 281.082.000.000. Deze bedragen zijn ontleend aan de openbare jaarcijfers van ING Groep NV over het jaar 2007.

Vaak is direct duidelijk dat een openbare verkoop niet de maximale executieopbrengst zal genereren of om andere redenen niet de aangewezen weg van tegeldemaking is. Om die reden kan zowel de pandhouder als de pandgever de voorzieningenrechter verzoeken te bepalen dat de verpande goederen op een afwijkende wijze zullen worden verkocht. Daarnaast kunnen partijen een afwijkende wijze van verkoop overeenkomen. Dit geldt echter eerst vanaf het moment waarop de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan. Dit valt samen met het moment waarop de pandgever/kredietnemer in verzuim is.³ Benadrukt zij dat het in deze gevallen blijft gaan om een *executoriale* verkoop.

Ook de executoriale verkoop van registergoederen is door de wet met waarborgen omgeven. Net als bij het recht van pand, is bij het recht van hypotheek openbare verkoop het uitgangspunt. De hypotheekhouder is bevoegd het verbonden goed in het openbaar ten overstaan van een notaris te doen verkopen, zodra de hypotheekgever in verzuim is.⁴ Voor het geval een openbare verkoop niet de geëigende weg is voor het realiseren van de grootst mogelijke executieopbrengst, kunnen ook hier de hypotheekhouder en de hypotheekgever de gang naar de voorzieningenrechter maken voor de realisering van een onderhandse, executoriale verkoop. Wat het recht van hypotheek betreft, kent de wet echter niet de mogelijkheid dat partijen onderling een afwijkende wijze van verkoop kunnen overeenkomen.⁵

Hoewel de wet dus mogelijkheden bevat om ook in een scenario van executie tot een afgeleide of onderhandse variant van verkoop te komen, bieden deze opties lang niet altijd het alternatief dat recht doet aan de noodzaak voor pand- of hypotheekhoudende banken om slagvaardig te handelen. Zo wordt het in de praktijk in het kader van de verkoop van verpande roerende zaken dikwijls als belemmerend en onnodig vertragend ervaren om de gang naar de voorzieningenrechter te moeten maken, teneinde een toewijzende beschikking te verkrijgen. Wanneer zich een gegadigde aandient, is het vaak geboden dat een bank, of met toestemming van de bank de klant, direct tot zaken kan komen en niet het voorbehoud van een aantal formaliteiten behoeft te maken. De ervaring leert nu eenmaal dat een gegadigde gemakkelijk afhaakt als er eerst allerlei formaliteiten dienen te worden vervuld.

Ook de mogelijkheid die de wet pandgever en pandhouder biedt om in samenspraak tot een afwijkende wijze van verkoop te komen, is beperkt. Art. 3:251 lid 2 BW bepaalt immers dat dit eerst aan de orde kan zijn wanneer de pandhouder formeel bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan. Zoals eerder opgemerkt, zal dit in de regel samenvallen met het moment

waarop de pandgever/kredietnemer in verzuim is. Ook dit werkt regelmatig beperkend, omdat het in het kader van saneringen en andere varianten waarbij de focus op een doorstart of een alternatieve vorm van continuïteit is gericht, is geboden om op een veel eerder moment te handelen.

Het meest in het oog springend zijn echter de beperkingen die de wet aan de hypotheekhouder oplegt om in een scenario van uitwinning tot een onderhandse variant van verkoop te komen. Zo bevat de wet zoals gezegd geen mogelijkheid om in gezamenlijk overleg tussen de hypotheekhoudende bank en de kredietnemer/hypotheekgever tot verkoop te komen. Weliswaar voorziet de wet in een vorm van onderhandse executoriale verkoop, doch dit kan eerst aan de orde zijn wanneer de executie al daadwerkelijk is gestart. Daarbij heeft te gelden dat een verzoek tot onderhandse verkoop door de hypotheekhouder, hypotheekgevende kredietnemer of andere belanghebbende, tot een week voor de geplande veiling kan worden ingediend, alsmede dat een liggend bod kan worden overtroffen door een beter bod.⁶ Op dat moment is er reeds publiciteit aan de veiling gegeven, een ruimte gereserveerd en zijn de notaris en de deurwaarder ingeschakeld. Dit resulteert in een hinderlijk verlies van tijd. Bovendien zijn er in de regel dan ook al forse kosten gemaakt. Een kandidaat voor onderhandse verkoop is dikwijls niet bereid om deze tijd (minimaal zes tot acht weken, regelmatig langer) en kosten af te wachten en zal vervolgens dan ook snel afhaken. Dit staat nog los van het ervaringsfeit dat de waarde van de te verkopen zaak, door de publiciteit die aan het gedwongen karakter van de verkoop is gegeven, in elk geval al aan een (veelal aanzienlijke) eerste daling is onderworpen.

4.2 Vorderingen

Art. 3:250 BW ziet op de openbare verkoop van verpande goederen. Hoewel ook verpande vorderingen goederen zijn, is verkoop ervan niet de meest geëigende weg van executie. Dit heeft te maken met (1) het tijdslement (het gaat vaak om kortlopende bedrijfsvorderingen), (2) de executiekosten in relatie met de waarde van de vordering, alsmede (3) de opbrengst.⁷ Kortom: onmogelijk is het niet, maar een vordering leent zich minder goed voor executie door middel van openbare verkoop. Dit is er de reden voor dat de wetgever aan de pandhouder de mogelijkheid biedt een verpande vordering te innen, om zich vervolgens op het geïnde te verhalen. Is er na dit verhaal een restant, dan gaat dit naar de pandgever dan wel zijn eventuele andere schuldeisers.⁸

In de praktijk gaat het steeds om stille verpanding, dat wil zeggen verpanding waarbij geen mededeling wordt gedaan aan de debiteur van de desbetreffende vordering. Een stil pandrecht op de (handels)vorderingen van de kredietnemer wordt gevestigd door middel van een authentieke akte dan wel een geregi-

3. Zie art. 3:251 en 3:248 BW. Het is in dit verband overigens relevant om te wijzen op het bepaalde in art. 6:83 BW. Waar normaal gesproken een ingebrekestelling is vereist om tot verzuim te komen, geldt deze (tussen)stap niet voor de in dit artikel genoemde situaties. Voor de bancaire praktijk is vooral het bepaalde onder sub c van belang. Geeft een klant bijvoorbeeld aan dat hij zijn winkel gaat sluiten, dan mag een bank ervan uitgaan dat hij niet langer aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en kan direct tot een afgesproken uitverkoop worden besloten, zonder dat een formele ingebrekestelling is vereist.

4. Zie art. 3:268 BW en de uitwerking hiervan in art. 544-549 Rv.

5. Zie art. 3:268 lid 2 BW.

6. Zie art. 548 Rv. De in art. 3:268 lid 4 BW gegeven verwijzing ziet op art. 544-548 Rv.

7. Hier doemt immers de (retorische) vraag op wie geïnteresseerd is in een pakket kortlopende bedrijfsvorderingen zonder rentevergoeding op – voor de koper – onbekende schuldenaren.

8. De executant mag het geïnde niet behouden. Een door de pandhouder gemaakt beding dat hij het geïnde mag behouden indien de pandgever in verzuim raakt, is nietig. Zie art. 3:235 BW.

streerde onderhandse akte.⁹ In de bancaire praktijk wordt (vrijwel) uitsluitend gewerkt met geregistreerde onderhandse akten. Zolang er geen mededeling van het pandrecht is gedaan aan de debiteuren van de stil verpande vorderingen, blijft de bevoegdheid om te innen bij de pandgever rusten (art. 3:246 lid 1 BW). De pandhouder beëindigt dit door, in de regel eerst nadat de kredietnemer in verzuim is geraakt, mededeling van de verpanding aan de debiteuren van de verpande vorderingen te doen (art. 3:239 lid 3 BW). Daarmee trekt hij de inningsbevoegdheid naar zich toe. Vanaf dat moment kan de debiteur van de verpande vordering slechts bevrijdend betalen aan de pandhouder.

Hoewel met het oog op een maximale executieopbrengst de wet voor stil verpande vorderingen dus zelf al een andere mogelijkheid biedt voor de executie ervan, namelijk door mededeling van de verpanding aan de debiteur te doen, gevolgd door inning en verhaal op het geïnde, leidt ook deze mogelijkheid lang niet altijd tot een optimaal resultaat. De reden hiervoor is gelegen in het ervaringsfeit dat debiteuren vaak de neiging hebben om, geconfronteerd met het feit dat de op hen openstaande vorderingen aan een bankinstelling zijn verpand, betaling te weigeren. De redenen hiervoor zijn divers. Vaak weet men gewoon niet wat de gevolgen zijn van het feit dat opeens een ander dan de oorspronkelijke schuldeiser de vordering komt innen. Een natuurlijke houding is dan om niet te betalen. Daarnaast komt het voor dat debiteuren – al dan niet terecht – alsdan beweren reeds contant te hebben betaald of giraal op een rekening bij een andere bankinstelling, dan wel een tegenvordering te hebben die zich voor verrekening leent. Tot slot wordt de pandhouder vaak geconfronteerd met debiteuren die beweren dat de producten of diensten waarvan de levering tot het ontstaan van de vordering heeft geleid, tekortschieten. Als gevolg van de wanprestatie die daarvan het gevolg is, zou men niet tot betaling gehouden zijn.

Het spreekt voor zich dat een bank als pandhouder volledig is aangewezen op de informatie van (de boekhouder van) haar kredietnemer, wil zij de validiteit kunnen beoordelen van de hiervoor geschetste argumenten van de debiteuren van haar kredietnemer om niet tot betaling over te gaan. Soms zijn de verhoudingen inmiddels van dien aard, dat niet op deze informatie hoeft te worden gerekend. In dat geval heeft de bank een groot probleem bij de wettelijke wijze van executie van vorderingen door inning en verhaal op het geïnde. Wel moet worden opgemerkt dat de eventuele aanwezigheid van een door de directeur groot-aandeelhouder aan de bank verstrekte borgstelling, in het geschetste scenario gunstig voor de bank kan uitwerken. Door medewerking te verlenen aan het zo optimaal mogelijk incasseren van de openstaande vorderingen, wordt immers de kans groter dat hij niet, of slechts voor een gering bedrag, als borg door de bank wordt aangesproken. Een dergelijke ‘stok achter de deur’ is echter lang niet altijd voorhanden.

5 Het te gelde maken van verbonden activa: praktische varianten

Als gevolg van de gesignaleerde beperkingen en belemmeringen heeft zich in de praktijk, naast de geschetste wettelijke varianten

van uitwinning of tegeldemaking van de rechten van pand en hypotheek, een aantal meer praktische varianten ontwikkeld.

5.1 Roerende zaken en registergoederen

Wat roerende zaken en registergoederen betreft, is kenmerkend voor de praktische varianten van uitwinning dat er op basis van gemaakte afspraken onderhands wordt verkocht, tegen een waarde die (ruim) boven de getaxeerde executiewaarde ligt. De verkoop kan ter hand worden genomen door de pand- of hypotheekgever zelf, door de bank (op grond van opdracht of volmacht) of door een derde, aan te wijzen door een van beide partijen of door partijen gezamenlijk. Strikt genomen gaat het hier dus niet om een verkoop in het kader van executie, maar om een ‘vrijwillige’ verkoop. Daarbij zal de bank altijd bedingen dat zij roeyement ter zake het ten gunste van haar gevestigde pand- of hypotheekrecht slechts zal geven onder de opschortende voorwaarde dat de te genereren verkoopopbrengst in mindering zal komen van de verplichtingen tot zekerheid waarvan het desbetreffende zekerheidsrecht was gevestigd.

Uitgangspunt bij deze manier van uitwinnen is dus telkens dat het te gelde maken van de verbonden goederen sneller en met (veelal aanzienlijk) minder kosten geschiedt en de opbrengst (veelal aanzienlijk) hoger is dan in het geval van een executoriale verkoop als bedoeld in de artikelen die hiervoor zijn beschreven. Zonder de aspecten van tijdwinst en besparing van kosten tekort te willen doen, is het van belang vooral goed stil te staan bij deze hogere opbrengst.

Anders dan bij een courante particuliere woning, waarbij de executiewaarde zich in de regel globaal tussen 85 en 90% van de vrije verkoopwaarde bevindt, kan de verhouding tussen executiewaarde en onderhandse verkoopwaarde in tal van andere situaties spectaculair afwijken. Zo levert een in een fabriekshal opgestelde en gemonteerde productiestraat in bedrijf en intact in een onderhands scenario gemakkelijk het tienvoudige op van het tot schroot gedemonteerde en naar een opslagplaats verhuisde pakket in geval van verkoop via de wettelijke executieregels. Een onderhands scenario is dan in het voordeel van alle mogelijke betrokkenen. Dit behoeft nog enige nadere toelichting.

Slaagt de bank er in geval van *onderdekking*¹⁰ in om buiten executie door middel van een afwijkende vorm van verkoop een hogere opbrengst te realiseren dan in geval van een verkoop via de wettelijke executieregels, dan is dat primair in het voordeel van de bank. Maar ook de overige schuldeisers zullen hiervan profiteren, omdat de bank in geval van een vrijwillige of gedwongen (faillissement) liquidatie niet hoeft op te komen dan wel slechts hoeft op te komen voor een lagere vordering dan bij een executieverkoop het geval zou zijn geweest. Daardoor zal er voor de overige schuldeisers (mogelijk) meer resteren.

In geval van *overdekking*¹¹ levert een onderhands scenario de overige betrokkenen ook alleen maar voordeel op. De bank

9. Zie art. 3:239 BW.

10. Onderdekking ziet op de situatie waarin het onder een kredietfaciliteit uitstaande belang een hoger bedrag belooft dan de getaxeerde executiewaarde van de door middel van pand en hypotheek in zekerheid gegeven goederen.
11. Overdekking ziet op de situatie waarin de getaxeerde executiewaarde van de gezamenlijk in zekerheid gegeven goederen hoger ligt dan het uitstaande belang.

wordt volledig afgelost, terwijl het surplus in de opbrengst van de verkochte zaken bij onderhandse verkoop groter zal zijn dan wanneer met inachtneming van de wettelijke regels zou zijn geëxecuteerd. Hierbij zijn de overige schuldeisers gebaat, omdat zij, bijvoorbeeld via een uitdeling in het faillissement, een groter deel van hun vordering krijgen terugbetaald of zelfs, in een enkel geval, integraal kunnen worden voldaan.

Een dergelijke gang van zaken is ook in het voordeel van andere betrokkenen die ten behoeve van de bank voor de schuld van de kredietnemer¹² zekerheidsrechten op hun activa hebben gevestigd dan wel zich door middel van een borgtocht, garantie of hoofdelijk medeschuldenaarstelling persoonlijk hebben geëngement. De door hen gevestigde zekerheden c.q. de van hen bedongen aansprakelijkheden zullen immers voor een lager bedrag worden aangesproken of zelfs helemaal niet hoeven worden aangesproken. Uiteindelijk zou een en ander zelfs in het voordeel van de (aandeelhouders van de) kredietnemer kunnen zijn, namelijk wanneer er na voldoening van alle schuldeisers nog actief resteert. De realiteit gebiedt te zeggen dat een dergelijk scenario zich in de praktijk nauwelijks voordoet.

5.2 Vorderingen

De hiervoor gesignaleerde beperkingen en belemmeringen hebben ook wat vorderingen betreft ertoe geleid dat zich in de praktijk een 'executie'-variant heeft ontwikkeld die in het algemeen tot een hogere opbrengst leidt dan de wettelijke, executoriale methode van mededeling, inning en verhaal op het geïnde. Banken kiezen er namelijk met enige regelmaat voor om ter zake van stil aan hen verpande vorderingen geen mededeling te doen. Hiervoor werd er al op gewezen dat het doen van mededeling, waarbij aan de debiteuren van de verpande vorderingen duidelijk wordt gemaakt dat zij uitsluitend nog bevrijdend op een door de pandhoudende bank geduide rekening kunnen betalen, in de praktijk regelmatig een contraproductief effect heeft: de betalingsstroom stagneert. Door nu de verpanding stil te houden, wordt bewerkstelligd dat het inkomende betalingsverkeer op de rekening van de kredietnemer/pandgever bij de pandhoudende bank blijft doorgaan, met als resultaat dat het debetsaldo in het – onder de omstandigheden – hoogst denkbare tempo vermindert.¹³ Als gevolg van de kredietopzegging kan de kredietnemer zelf immers geen betalingen meer verrichten, terwijl de betalingen op zijn aan de bank stil verpande vorderingen blijven binnenkomen.

6 Praktische varianten: risico's

Het vorenstaande laat zien dat de praktijk een duidelijke behoefte heeft aan vormen van tegeldemaking van in zekerheid gegeven activa, die afwijken van de mogelijkheden die het Burgerlijk Wetboek geeft. Die zijn dan ook geleidelijk ontstaan. Het feit dat banken daarvoor veelal verantwoordelijk zijn, heeft te maken

met het feit dat zij over het algemeen zekerheden vragen bij het geven van krediet, gecombineerd met de prominente rol die zij spelen bij het begeleiden en herstructureren van bedrijven die op de een of andere manier in moeilijkheden zijn gekomen.

Tegelijkertijd heeft een aantal arresten van de Hoge Raad in de afgelopen jaren laten zien dat ondanks de hiervoor genoemde praktijkbehoefte, banken uiterst alert dienen te zijn op de wijze waarop zij te werk gaan. Dit heeft te maken met de verrekening die plaatsvindt in het kader van de hiervoor genoemde praktische varianten van uitwinning. Hierna zal daarop worden ingegaan. Per aan de orde zijnde zekerheid wordt bezien waar mogelijk de schoen zou kunnen wringen en hoe banken hierop kunnen reageren en anticiperen. Allereerst komt het pandrecht op vorderingen aan bod, omdat in de uitspraak van de Hoge Raad hierover verrekenregels zijn geformuleerd waarvan het de vraag was of zij ook zouden gelden voor de situaties waarbij het ging om (afstand van) pandrecht op een roerende zaak en (afstand van) hypotheekrecht op een registergoed.

7 Vorderingen: HR 17 februari 1995 (Mulder q.q./Credit Lyonnais Bank Nederland)¹⁴

Als de ervaring leert dat de betalingsdiscipline van de debiteuren redelijk intact blijft wanneer bij verzuim van de kredietnemer aan hen géén mededeling van de verpanding wordt gedaan, lijkt het een logische keuze om de verpanding stil te houden en de binnenkomende bedragen in de rekening die de kredietnemer/pandgever bij de bank aanhoudt te boeken. Aan de andere kant doemt de vraag op of het niet riskant is om mededeling van het pandrecht van de bank, noodzakelijk om de debiteuren van verpande vorderingen in een positie te plaatsen dat zij uitsluitend nog bevrijdend kunnen betalen aan de pandhouder, achterwege te laten en volledig te vertrouwen op het instrument van verrekening.¹⁵ Een minimumvoorwaarde voor verrekening door de bank is immers dat de debiteuren van de cliënt van de bank op een door hem bij die bank aangehouden rekening betalen. Doet de bank geen mededeling van haar pandrecht en zoekt de curator van de inmiddels failliete cliënt van de bank de debiteuren van de verpande vorderingen om niet op de rekening bij de bank, doch op een door hem geopende faillissementsrekening te betalen, dan valt er in het geheel niet te verrekenen. Alsdan kan men zich afvragen of de bank nog iets heeft aan haar niet-medegedeelde pandrecht. Heeft zij dan een pandrecht op het door de curator geïnde? Zo dit niet het geval is, is zij dan misschien toch bevoorrecht ten aanzien van de door de curator gerealiseerde opbrengst? Of moet simpelweg worden aangenomen dat de bank met lege handen staat, omdat het pandrecht, tezamen met de vordering, door de betaling is tenietgegaan? Daarbij komt dat, zo er wel sprake is van betalingen op een door de cliënt bij de bank aangehouden rekening, de Hoge Raad in een reeks van arresten beginnend met 10 januari 1975, NJ 1976, 249 (Giro/Standaardfilms), strenge regels voor bancaire verre-

12. Op grond van art. 3:234 BW kunnen derden-pand- of hypotheekgevers overigens verlangen dat de door de kredietnemer zelf gevestigde pand- en of hypotheekrechten eerst worden uitgeoefend. Weigert de schuldeiser om de gewenste of gevorderde volgorde van uitwinning aan te houden, dan staat de derden-zekerheidsgever de weg naar de voorzieningenrechter open.

13. De kredietdocumentatie verplicht de kredietnemer/pandgever in de regel om diens betalingsverkeer via de kredietverlenende bank te laten lopen.

14. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. W.M. Kleijn.

15. Zie art. 3:246 lid 1 BW. Zolang geen mededeling van de verpanding is gedaan, blijft de pandgever bevoegd om in en buiten rechte nakoming te vorderen van de vorderingen die zijn verpand.

kening heeft geformuleerd.¹⁶ Zijn die regels nu ook van toepassing indien de betalingen worden gedaan op vorderingen die de cliënt aan de bank heeft verpand?

Al deze vragen kwamen aan de orde in HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN) m.nt. W.M. Kleijn. Laten we beginnen met de laatste vraag, over het al dan niet mogen verrekenen als is betaald op een bij de kredietverlenende en pandhoudende bank aangehouden rekening.

7.1 *Debiteuren kredietnemer betalen op de door hem bij de kredietverlenende bank aangehouden rekening*

In de casus Mulder q.q./CLBN was de uitstaande en opeisbare schuld van de gefailleerde kredietnemer substantieel teruggelopen door het, zowel vóór als tijdens het faillissement, op zijn kredietrekening bij CLBN binnenkomen van betalingen op vorderingen waarop de bank een stil pandrecht had. De vraag was of deze bancaire verrekeningen, voor zover na faillissement van de pandgever geschied, niet in strijd waren met art. 53 Faillissementswet (Fw) en, voor zover vóór faillissement van de pandgever geschied, niet in strijd met art. 54 Fw.

Art. 53 Fw bepaalt dat verrekening is toegestaan indien zowel schuld als vordering is ontstaan vóór faillissement dan wel voortvloeit uit handelingen voor faillissement verricht. In de casus van het eerder genoemde Giro/Standaardfilms-arrest had de bank zich op het standpunt gesteld dat de laatste zinswending van toepassing is op betalingen die na faillissement binnenkomen op een rekening die de kredietnemer bij haar aanhoudt. Haar verrekening vloeit dan immers voort uit de met de kredietnemer vóór faillissement gesloten rekening-courantovereenkomst, zo betoogde de bank. In deze redenering ging de Hoge Raad niet mee. Hij meende dat aan art. 53 Fw niet zo een ruime strekking moet worden toegekend dat het kan worden toegepast in alle gevallen waarin een na faillietverklaring ontstane schuld in enig verband staat met een voordien gesloten overeenkomst. Daarvan is vooral geen sprake indien de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de schuld ligt in een na faillietverklaring verrichte rechtshandeling van een derde, die op zich geen verband houdt met de vóór faillietverklaring gesloten overeenkomst waarop de vordering is gebaseerd. Dit is het geval bij creditering na faillissement van een girorekening die debet staat, aldus de Hoge Raad.¹⁷ De gelijkheid van schuldeisers zou hier immers worden doorbroken door de toevallige omstandigheid dat de desbetreffende betaling via een bankrekening met een debetstand wordt geleid.

Verrekening zou aanleiding kunnen geven tot misbruik. Daarom bepaalt art. 54 Fw 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. Ook dit artikel is van belang voor een bank die

crediteert. In zijn uitspraak van 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees & Hope) bepaalde de Hoge Raad namelijk dat indien een debiteur van de – later failliete – kredietnemer zijn schuld aan deze voldoet door storting op diens bankrekening, de bank zich door creditering van die rekening tot debiteur van de kredietnemer maakt. Wanneer zij dat doet, terwijl zij weet dat het faillissement reeds was aangevraagd, moet – wanneer men het systeem van de Faillissementswet beziet – tegen de achtergrond van het huidige rechtsverkeer – worden geoordeeld dat zich het geval van art. 54 Fw voordoet en niet het geval van art. 53 Fw.¹⁸ Als de bank dus op de hoogte is van de faillissementsaanvraag en toch crediteert, is de vermindering van het debetsaldo een paulianeuze voldoening op grond van art. 47 Fw.

Van belang is verder de uitspraak van de Hoge Raad van 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (Amro/THB). Bij dat arrest is de werking van art. 54 Fw uitgebreid tot alle gevallen waarin de bankrekening ná faillissement is gecrediteerd, maar de verplichting tot creditering vóór de faillietverklaring reeds was ontstaan door het aanvaarden van de opdracht tot creditering van de rekening. Voor het niet te goeder trouw zijn in de zin van art. 54 Fw is volgens de Hoge Raad in ieder geval voldoende dat de bank op het ogenblik van de verkrijging wist dat de kredietnemer in een zodanige toestand was komen te verkeren dat zijn faillissement of surséance van betaling te verwachten was.¹⁹

De casus van Giro/Standaardfilms, Loeffen q.q./Mees & Hope en Amro/THB verschillen echter in zoverre van de casus bij het Mulder q.q./CLBN-arrest, dat in het laatste geval de vorderingen waarop de debiteuren via de door kredietnemer bij de bank aangehouden rekening betaalden, aan deze bank waren verpand. Dit verschil blijkt essentieel, waar de Hoge Raad overweegt:

‘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 te voldoening van aan haar stil verpande vorderingen ter zake waarvan zij nog geen mededeling heeft gedaan.’²⁰

De Hoge Raad motiveert dit oordeel met de overweging dat niet kan worden gezegd dat de bank zich in deze situatie door verrekening een uitzonderingspositie verschafte ten opzichte van de andere schuldeisers, omdat zij op basis van haar pandrecht reeds voorrang boven hen heeft. Daarbij komt dat een bank voor de inwerkingtreding van het huidige Burgerlijk Wetboek, dat in plaats van verpanding tot zekerheid, cessie tot zekerheid kende, zich door verrekening kon verhalen op hetgeen zij ontving ter

16. Zie ook HR 27 januari 1989, NJ 1989, 422 m.nt. P. van Schilfgaarde en HR 15 april 1994, NJ 1994, 607, tevens m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie ook de noot van Van der Grinten onder HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Bank Mees & Hope).

17. Zie de overwegingen van de Hoge Raad naar aanleiding van de tweede grief in cassatie, meer specifiek in de vierde volle alinea.

18. Zie r.o. 3.3.

19. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (AMRO/THB) m.nt. J.B.M. Vranken.

20. Zie HR 17 februari 1995, LJN ZC1641, r.o. 3.5.

voldoening van een aan haar tot zekerheid gecedeerde vordering.²¹ Volgens de Hoge Raad strookt het met de opzet van het stil pandrecht, die ertoe strekt het mogelijk te maken de onder het oude recht bestaande financieringspatronen te continueren, de bevoegdheid tot verrekening door een bank óók te aanvaarden ten aanzien van een door haar ontvangen betaling, strekkende tot voldoening van een aan haar stil verpande vordering.²²

De consequentie van het oordeel van de Hoge Raad was dat CLBN een beroep kon doen op verrekening, zowel ter zake van betalingen die *vóór* faillissement zijn gedaan in de situatie waarin zij wist dat de toestand bij de kredietnemer/rekeninghouder van dien aard was dat diens faillissement was te verwachten, als voor betalingen die *in* het faillissement van de kredietnemer/rekeninghouder zijn gedaan. Voorwaarde daarbij is dat de vorderingen waarop de betalingen binnenkomen aan de bank zijn verpand, maar het feit dat de bank geen mededeling van dat pandrecht heeft gedaan, is daarbij irrelevant.

Kortom: in situaties als in de casus Mulder q.q./CLBN vervult de verpanding een rol als stok achter de deur, in die zin dat het de verrekening in deze situatie zekerstelt. Daarmee komt de Hoge Raad tegemoet aan de eisen van de praktijk. Zou de bank namelijk niet van deze praktische methode van uitwinning van vorderingen gebruik kunnen maken, dan zou zij zekerheidshalve genoodzaakt zijn steeds ruim voor een eventueel faillissement van de kredietnemer/pandgever mededeling van haar pandrecht te doen. Dat is maatschappelijk onwenselijk, omdat daarmee soms onnodig een deconfiture zou kunnen worden uitgelokt. Dit staat dan nog los van de overige hiervoor geschetste contra-productieve effecten van het doen van mededeling door de pandhouder.

7.2 Debiteuren kredietnemer betalen niet op de door hem bij de kredietverlenende bank aangehouden rekening

Ondanks de hiervoor beschreven accordering van de Hoge Raad van de in de praktijk gehanteerde uitwinning van stil verpande vorderingen, kan men zich afvragen of het niet doen van mededeling van de verpanding aan de debiteuren van de pandgever/kredietnemer zonder gevaren is, omdat de mogelijkheid immers bestaat dat de debiteuren van de kredietnemer/pandgever op een andere manier betalen dan op de bij de bank aangehouden rekening. In dat geval valt er überhaupt niets te verrekenen. Zoals gezegd moet daarbij met name worden gedacht aan de curator van de inmiddels failliete kredietnemer/pandgever, die in een situatie waarbij de pandhouder om welke reden dan ook (nog) niet tot mededeling van haar pandrecht is overgegaan, de debiteuren van de verpande vorderingen aanschrijft om op een door hem geopende faillissementsrekening te betalen.

Zonder risico is dit inderdaad niet, maar de Hoge Raad heeft de gevolgen ervan wel enigszins weten te beperken, in het bijzonder (wederom) met het oog op het maatschappelijk belang van het voorkomen van onnodig vroege mededelingen die een

deconfiture tot gevolg zouden hebben.²³ In het Mulder q.q./CLBN-arrest is namelijk beslist dat als de curator in een dergelijk geval heeft geïnd, de pandhouder weliswaar zijn separatistenpositie heeft verspeeld, in die zin dat ook het pandrecht met de vordering is tenietgegaan, alsmede dat de pandhouder geen pandrecht op het geïnde toekomt nu daarvoor een wettelijke basis ontbreekt, maar dat hij wel zijn recht van voorrang op de door de curator gerealiseerde opbrengst van de vordering behoudt. In dat geval zal de voormalige stille pandhouder wel moeten wachten tot de uitdelingslijst verbindend wordt en zal hij moeten gedogen dat het geld 'door de boedel loopt', waardoor er een omslag in de algemene faillissementskosten plaatsvindt op de voet van art. 182 lid 1 Fw.

Het feit dat de pandhouder in het laatstgenoemde geval moet bijdragen in de algemene faillissementskosten leidt er in de regel toe dat er voor de pandhouder weinig tot niets overschiet. In die zin helpen de regels van het Mulder q.q./CLBN-arrest de pandhouder die voor de praktische manier van uitwinning kiest niet en dienden banken de laatste jaren alert te zijn op curatoren die, onmiddellijk na hun aanstelling, (min of meer) direct overgingen tot het aanschrijven van de debiteuren. De Hoge Raad heeft dit probleem onderkend. Weliswaar oordeelde hij in het hiervoor besproken arrest dat er ten aanzien van de door de curator geïnde en op de boedelrekening binnengekomen bedragen geen sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van de boedel, nu het de curator vrijstond om tot incasso over te gaan zolang de stil pandhoudende bank geen mededeling van haar pandrecht had gedaan,²⁴ maar in een latere uitspraak is daaraan toegevoegd dat het de curator niet zo maar vrijstaat om aanstonds tot het aanschrijven van de debiteuren over te gaan. Het in acht nemen van een redelijke termijn van veertien dagen is hierbij op zijn plaats.²⁵

8 Roerende zaken: HR 23 april 1999 (Van Gorp q.q./Rabobank Breda)²⁶

Nadat de Hoge Raad zich in 1995 in een voor de stille pandhouder gunstige zin had uitgelaten over de vraag of de strenge verrekeningsregels van de Faillissementswet (zoals neergelegd in de artt. 53 en 54 Fw) van toepassing waren in het kader van de betaling op aan de bank stil verpande vorderingen, werd met belangstelling uitgekeken naar de visie van de Hoge Raad op de volgende casuspositie.

In ruil voor de kredietverlening in 1991 aan de besloten vennootschap Wollie BV, bedingt de Rabobank Breda onder meer een bezitloos pandrecht op de roerende activa van haar

23. Een ander argument voor dit oordeel was dat onder oud recht een tot zekerheid stil gecedeerde vordering aan de cessionaris toebehoorde en geen deel uitmaakte van de boedel van de cedent. De curator was dan ook gehouden tot afdracht aan de cessionaris van hetgeen hij ter voldoening van de gecedeerde vordering mocht hebben ontvangen. Dat is van belang, omdat van regeringszijde bij de behandeling van de Invoeringswet de verzekering was gegeven dat met stil pandrecht praktisch hetzelfde resultaat als met zekerheidseigendom kan worden bereikt en de nieuwe wettelijke regeling bestaande financieringspatronen niet wilde verstoren. Zie r.o. 3.4.3.

24. HR 17 februari 1995, LJN ZC1641, r.o. 3.7.

25. HR 22 juni 2007, LJN BA2511, r.o. 3.2, 3.3 en 3.4.

26. HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 m.nt. W.M. Kleijn, zie ook JOR 1999, 109 m.nt. H.L.E. Verhagen.

21. HR 29 januari 1993, LJN ZC0842.

22. Zie HR 17 februari 1995, LJN ZC1641, r.o. 3.5.

kredietnemer. In het kader van de bedrijfsbeëindiging en het opeisbaar worden van de aan Wollie BV beschikbaar gestelde kredietfaciliteit, komt het in 1994 tot een onderhandse verkoop van de bedrijfsinventaris. De bank geeft hiervoor toestemming, onder de voorwaarde dat de verkoopopbrengst van de bezitloos aan haar verpande zaken in mindering zal worden gebracht op het onder het verstrekte krediet verschuldigde en inmiddels opeisbaar geworden bedrag. Met de koper wordt afgesproken dat er in drie termijnen zal worden betaald. Na ontvangst van de eerste termijn gaat Wollie BV failliet. Daarna worden de tweede en (deels) derde termijn bijgeschreven op de rekening die Wollie BV aanhoudt bij de bank. De curator stelt zich vervolgens in rechte op het standpunt dat de bank ten onrechte tot verrekening van de bedragen is overgegaan.

Zowel rechtbank als hof wijst de stellingen van de curator van de hand. Zij menen dat de in het Mulder q.q./CLBN-arrest gemaakte uitzondering op de strenge verrekeningsregels hier analogisch kon worden toegepast. Weliswaar is er verschil, in die zin dat in het Mulder q.q./CLBN-arrest anders dan in het onderhavige geval het pandrecht op het moment van verrekening nog bestond, maar in beide situaties gaat het in wezen om hetzelfde: verhaal door een bank op betalingen aan de failliet die lopen via de bank en die als gevolg hebben dat het pandrecht van de bank verloren gaat, mede omdat de bank niet tot de wettelijke, executoriale vorm van uitwinning overgaat.²⁷ De curator legt zich hier niet bij neer en gaat in cassatie.

Nu zowel rechtbank als hof de bank in de geschetste casus 'dispensatie' verleende van de strenge verrekeningsregels van de Faillissementswet, zoals de Hoge Raad dat ook deed in de casus die tot het hiervoor besproken arrest uit 1995 leidde, werd door velen verwacht dat de Hoge Raad tot afwijzing van het cassatieberoep en bekrachtiging van het oordeel van de feitelijke rechters zou overgaan. Kijkend naar de casus die tot het oordeel van de Hoge Raad in 1995 leidde, zou men nog kunnen betogen dat de bank daar (bewust of onbewust) nalatig is geweest, door niet tot aanschrijving van de debiteuren over te gaan, waarmee zij (eens te meer bewust of onbewust) het risico nam dat haar pandrecht op de stil verpande vorderingen tot nader order 'stil' bleef. In de casus die uiteindelijk tot het arrest van de Hoge Raad van 23 april 1999 zou leiden, leek de bank eigenlijk geen enkel verwijt te treffen. Zij gaf, onder de opschortende voorwaarde van het in mindering brengen van de te realiseren opbrengst op de uitstaande schuld, haar zegen aan een onderhandse verkoop waarbij sprake zou zijn van minder verlies van tijd, minder kosten en een substantieel hogere opbrengst dan wanneer executoriaal zou zijn verkocht. Toch komt de Hoge Raad tot een ander oordeel.

In de eerste plaats bepaalt de Hoge Raad, zoals hij ook in 1995 deed, dat geen ruimte is om te betogen dat er van rechtswege een pandrecht komt te rusten op de verkoopopbrengst van de verkochte verpande zaken, nu daarvoor een wettelijke grondslag ontbreekt. Daarnaast heeft de bank ook niet gesteld dat zij in het kader van de verkoop van de desbetreffende zaken een pandrecht heeft doen vestigen op de vorderingen van Wollie op de koper van de bedrijfsinventaris. Voor een analogische toe-

passing van de in 1995 gehanteerde redenering over de verrekeningsregels is, zo meent de Hoge Raad, in dit geval geen plaats.²⁸ Hierbij baseert de Hoge Raad zich op de stelling dat het de zekerheidseigenaar van vóór 1992²⁹ ook niet zou hebben vrij gestaan om zich bij voorrang op de opbrengst te verhalen wanneer hij niet zelf als zekerheidseigenaar verkocht, doch dit liet aan de kredietnemer die diens activa aan de bank in zekerheidseigendom had gegeven.³⁰

Als gevolg van het geschetste oordeel van de Hoge Raad verkreeg de bank geen 'dispensatie' van de verrekeningsregels in faillissement, waardoor zij de twee in faillissement ontvangen termijnbedragen aan de boedel diende te vergoeden.

Concluderend kunnen we zeggen dat voor een uitzondering op de strenge verrekeningsregels onvoldoende is dat de betalingen op de bij de bank aangehouden rekening in economische zin verband houden met het pandrecht dat de bank tot net aan de 'vrijwillige' verkoop, als praktische manier van uitwinning, op een roerende zaak had. Voor een analogische toepassing van het Mulder q.q./CLBN-arrest is in deze situatie geen plaats.

9 Registergoederen: HR 19 november 2004 (ING Bank/Gunning q.q.)³¹

Nadat de Hoge Raad in 1995 zijn oordeel heeft gegeven over de implicaties ten aanzien van betaling op stil verpande vorderingen en in 1999 over het lot van de verkoopopbrengst van onderhands door de pandgever met toestemming van de pandhouder verkochte roerende zaken, wordt hij als in een haast natuurlijke reeks in 2004 geconfronteerd met de situatie waarin met toestemming van de bank tot onderhandse verkoop door de hypotheekgever van aan de bank verhypothekerde onroerende zaken is overgegaan. De casus was als volgt.

Op 14 juli 1992 gaat ING Bank over tot het opzeggen van de kredieten aan Elma Vastgoed Ede BV c.s. Er is sprake van een zogenoemde stelsel-financiering, waarbij een aantal partijen zich over en weer hoofdelijk jegens de bank heeft verbonden voor de kredieten die aan de van het stelsel deel uitmakende partijen zijn verstrekt. Tot zekerheid hiervan is door twee van hen, waaronder Elma Vastgoed Ede BV, hypotheek verstrekt op een aantal onroerende zaken.

Tussen de bank en de betrokken hypotheekgevers wordt op enig moment afgesproken dat de vastgoedportefeuille door de

28. HR 23 april 1999, LJN ZC2940, r.o. 3.4.

29. Het equivalent van een bezitloos pandrecht bestond voor 1992, toen het huidige BW voor een belangrijk deel van kracht werd, in een fiduciair eigendomsrecht van de bank. Er zal voor 1992 wellicht geen vergelijkbare casus aan de Hoge Raad zijn voorgelegd, doch men zou zeggen dat het verdedigbaar is dat het 'informeel' en onderhands verkopen door de kredietnemer vóór 1992 namens de bank geschiedde, waardoor de bank wel degelijk het recht zou hebben gehad om de opbrengst in verrekening te brengen met het krediet, tot zekerheid waarvan de desbetreffende zaken fiduciair in eigendom waren overgedragen.

30. Hier moet aan worden toegevoegd dat eenzelfde vergelijking met de situatie van voor 1992 door de Hoge Raad in zijn arrest van 1995 ook werd gemaakt, zie HR 17 februari 1995, LJN ZC1641, r.o. 3.4.2. Voor 1992 kon de bank zich, aldus de Hoge Raad, door middel van verrekening verhalen op de opbrengst van de vorderingen die door middel van een cessie tot zekerheid aan de bank in eigendom waren overgedragen, ook wanneer de bank zich niet als zekerheidseigenaar had bekendgemaakt.

31. HR 19 november 2004, NJ 2005, 199 m.nt. P. v. Schilfgaarde.

27. Vgl. H.L.E. Verhagen in zijn noot onder dit arrest in JOR 1999, 109.

hypotheekgevers zal worden vervreemd.³² Zowel de toestemming om onderhands te verkopen als de toezegging om tot roeyement van de hypotheken over te gaan, zijn gekoppeld aan de opschortende voorwaarde dat de opbrengst van de te verkopen zaken in mindering zal worden gebracht op het door de kredietnemers aan de bank verschuldigde. Op 22 juni 1994 wordt het verbonden vastgoed verkocht. De opbrengst, een bedrag van ongeveer f 3.400.000, wordt conform de afspraken in mindering gebracht op het door de kredietnemers aan de bank verschuldigde. Op 26 oktober en 2 november 1994 failleren de desbetreffende vennootschappen. De curator stelt zich op het standpunt dat, gelet op hetgeen is gesteld in art. 54 Fw, de bank onbevoegd tot verrekening van de getoucheerde opbrengst van de verhypothekerde zaken is overgegaan, omdat zij op het moment van verrekening niet (langer) te goeder trouw zou zijn geweest.

De rechtbank bepaalt in een tweetal tussenvonnissen³³ dat de bewuste betalingen in juni 1994 niet aan de bank zijn gedaan, maar aan Elma Vastgoed Ede BV, een van de kredietnemers. Voor de onderhavige procedure was juist deze constatering doorslaggevend. Zou er naar het oordeel van de rechtbank sprake zijn geweest van betalingen aan de bank, in plaats van betalingen (via de bank) aan de kredietnemer, dan zou verrekening überhaupt niet aan de orde zijn geweest. Aan de vraag of de hiervoor besproken strenge verrekenregels al dan niet gelden, zou je/men dan niet toekomen. Vervolgens stelt de rechtbank zich op het standpunt dat het op de uitstaande schulden van de kredietnemers in mindering brengen van de opbrengst van de verbonden onroerende zaken dient te worden onderworpen aan de hiervoor geschetste strenge verrekeningsregels.³⁴ Tegen beide vonnissen wordt door de bank hoger beroep ingesteld bij het Hof Arnhem.

Bij arrest van 25 maart 2003³⁵ bekrachtigt het hof de bestreden tussenvonnissen. Net als de rechtbank oordeelt het hof dat er niet aan de bank is betaald, doch aan de kredietnemer via de door hem bij de bank aangehouden rekening.³⁶ Vervolgens is ook het hof van oordeel dat het in mindering brengen van de via deze praktische methode van uitwinning onderhands gereali-

seerde verkoopopbrengst op het door de kredietnemers aan de bank verschuldigde, onderworpen is aan de strenge verrekeningsregels van de Faillissementswet.³⁷ De stelling van de bank dat deze verrekeningsregels niet van toepassing zijn, nu de creditering betrekking heeft op de verkoopopbrengst van aan de bank verhypothekerde zaken, legt het hof naast zich neer. De bank heeft er zelf voor gekozen om geen gebruik te maken van haar recht van parate executie door op een afwijkende wijze tot het te gelde maken van de verbonden zaken over te gaan. Hierdoor zou de bank afstand hebben gedaan van het aan het hypotheekrecht verbonden recht van voorrang, zo oordeelt het hof.³⁸ De stellingen van de bank dat de afwijkende wijze van verkoop wordt gerechtvaardigd door het feit dat dit een aanzienlijk hogere opbrengst garandeert, evenals een behoorlijke besparing van tijd en kosten, kunnen hier in de ogen van het hof niets aan afdoen. De bank besluit vervolgens cassatieberoep in te stellen.

In cassatie bekrachtigt de Hoge Raad de uitspraken van de feitelijke rechters. Hij ziet geen grond – en wellicht, gezien het gegeven dat een meer feitelijk gekleurd oordeel in cassatie nu eenmaal niet voor heroverweging in aanmerking komt, geen mogelijkheden – om de constatering dat niet aan de bank (en derhalve wel aan de klant) zou zijn betaald, te vernietigen. Het oordeel van het hof is, zo meent de Hoge Raad, ‘niet onbegrijpelijk’.³⁹ Voor de stelling dat art. 53 en 54 Fw in de geschetste casus toepassing missen, ziet de Hoge Raad evenmin ruimte. De stelling berust, zo meent de Hoge Raad, op een onjuiste rechtsopvatting. De opvatting zou namelijk miskennen dat wanneer een debiteur van de verkopende partij betaalt op diens bankrekening, de bank zich door creditering van die rekening tot debiteur maakt van de schuldenaar (de kopende partij). Het feit dat de onderhandse verkoop het gevolg was van een daartoe gemaakte afspraak in het kader van een praktische, optimale uitwinning en de overige schuldeisers hierdoor niet in een mindere positie terecht zijn gekomen, kan er niet toe leiden dat er ruimte zou zijn voor een uitzondering op de strenge verrekeningsregels, zo oordeelt de Hoge Raad.⁴⁰

Kortom: in lijn met het Van Gorp q.q./Rabobank Breda-arrest ten aanzien van roerende zaken kunnen we constateren dat ook ten aanzien van registergoederen voor een uitzondering op de strenge verrekenregels onvoldoende is dat de betalingen op de bij de bank aangehouden rekening in economische zin verband houden met het hypotheekrecht dat de bank tot net aan de ‘vrijwillige’ verkoop, als praktische manier van uitwinning, op een registergoed had. Voor een analogische toepassing van het Mulder q.q./CLBN-arrest is ook in deze situatie geen plaats.

32. In het dossier Elma Vastgoed Ede c.s. had de bank te maken met verhypothekerde onroerende zaken die volstrekt incurant waren. Een gedwongen verkoop hiervan zou slechts een fractie hebben opgeleverd van de opbrengst die in casu in het kader van een onderhands scenario is gerealiseerd.

33. Het gaat om Rb. Arnhem 21 december 2000, LJN AG3971 en Rb. Arnhem 20 december 2001, LJN AG8064.

34. In haar vonnis van 21 december 2000 maakt de Rechtbank Arnhem duidelijk dat zij er vooralsnog van uitgaat dat er aan de verkoper, Elma Vastgoed Ede BV, is betaald. De bank krijgt de gelegenheid om te bewijzen, door middel van getuigen en geschriften, dat dit anders is. Slaagt de bank niet in de bewijsopdracht, dan gaat de rechtbank ervan uit dat er sprake is van strijd met het bepaalde in art. 54 Fw, onder de voorwaarde uiteraard dat de curator erin slaagt dat de bank op het moment van verrekening niet te goeder trouw was in de zin van het bepaalde in genoemd artikel; zie JOR 2001, 47, r.o. 3.5 en 3.6. In het vonnis van 20 december 2001 geeft de rechtbank aan dat de bank, had zij zeker willen zijn van de opbrengst, gebruik had moeten maken van het haar als hypotheekhouder toekomende recht van parate executie. In de overwegingen onder 6 en verder wordt uitgelegd waarom de bank in de visie van de rechtbank niet is geslaagd in de aan haar verstrekte bewijsopdracht. Zie JOR 2002, 39, r.o. 4.3, 6 e.v.

35. Hof Arnhem 25 maart 2003, LJN AF8402. Zie ook JOR 2003, 131, p. 1078 e.v.

36. Hof Arnhem 25 maart 2003, LJN AF8402, r.o. 5.4. e.v. Zie ook JOR 2003, 131, p. 1082 e.v.

37. Hof Arnhem 25 maart 2003, LJN AF8402, r.o. 5.8. e.v. Zie ook JOR 2003, 131, p. 1083 e.v.

38. Hof Arnhem 25 maart 2003, LJN AF8402, r.o. 5.11. Zie ook JOR 2003, 131, p. 1084.

39. HR 19 november 2004, LJN AR3137, r.o. 3.6.

40. HR 19 november 2004, LJN AR3137, r.o. 3.8 e.v.

10 Kritische kanttekeningen en oplossingen voor de praktijk

Of het nu gaat om pandrecht op vorderingen, pandrecht op roerende activa (voorraad en bedrijfsuitrusting) of hypotheekrecht op registergoederen, vastgesteld kan worden dat in de casusposities die tot de hiervoor besproken arresten hebben geleid, dezelfde problematiek centraal staat: de bank kiest ervoor om af te zien van executoriale uitwinning van haar goederenrechtelijke zekerheidsrechten en volgt in plaats daarvan een meer praktische variant van uitwinning buiten executie, die resulteert in verrekening. Ondanks deze gelijkens meent de Hoge Raad dat alleen waar het de praktische uitwinning van vorderingsrechten betreft, de strenge verrekeningsregels van de Faillissementswet geen toepassing vinden. Vanuit juridisch-technisch oogpunt is dit wel te verklaren. In de casus *Mulder q.q./CLBN* was er sprake van een stil pandrecht op vorderingen dat niet was prijsgegeven en dus op het moment van verrekening nog bestond, terwijl in de casus *Van Gorp q.q./Rabo* en *ING/Gunning q.q.* werd geoordeeld dat de bank de goederenrechtelijke zekerheidsrechten had prijsgegeven en deze op het moment van verrekening dus niet meer bestonden. De mogelijkheid om na of vlak vóór faillissement nog te mogen verrekenen, moet immers een basis hebben in een goederenrechtelijke voorrangpositie. Daar staat echter tegenover dat: (1) de verrekening in de laatstgenoemde gevallen niet kan plaatsvinden zonder dat de goederenrechtelijke zekerheidsrechten even daarvoor worden prijsgegeven, (2) in die zin er een nauwe economische samenhang bestaat tussen de verrekening en het prijsgeven van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten en (3) die nauwe samenhang met zich brengt dat de verrekeningspositie van de bank juist zijn basis vindt in de goederenrechtelijke zekerheidsrechten en de bank derhalve haar verrekeningsmogelijkheid niet slechts ontleent aan het feit dat het betalingsverkeer toevallig via haar plaatsvindt, evenmin als in de casus *Mulder q.q./CLBN*. Daarbij komt dat in geen van de hiervoor geschetste situaties benadeling plaatsvindt van enige betrokken partij. In tegendeel, de rechtvaardiging van de toepassing van de onderhavige afwijkende wijze van tegeldemaking van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten moet juist met name worden gevonden in de omstandigheid dat er op deze manier een hogere opbrengst wordt generereerd in combinatie met een besparing van tijd en kosten, en de bank in principe gehouden is een zo hoog mogelijke opbrengst van de goederenrechtelijke zekerheidsrechten te genereren, binnen een zo kort mogelijke tijd en tegen zo laag mogelijke kosten.

Wat hiervan ook zij, de uitspraken liggen er en banken dienen er dus rekening mee te houden. In de uitspraken *Van Gorp q.q./Rabo* en *ING/Gunning q.q.* wordt expliciet aangegeven hoe zij dit kunnen doen.

Allereerst zou de vordering tot betaling van de koopprijs, zoals deze ontstaat nadat het obligatoire gedeelte van de transactie is afgerond, aan de bank kunnen worden verpand. Daarbij geldt wel de beperking dat waar het stille verpanding betreft, dit pas kan geschieden zodra de rechtsverhouding – in casu de koopovereenkomst – waaruit de stil te verpanden vordering voortkomt, is ontstaan (art. 3:239 lid 1 BW). Een extra handeling is daarvoor meestal niet nodig, omdat de kredietnemer zijn

vorderingen veelal verpand met een zogenoemde generieke clause, dat wil zeggen een clause waarbij hij *al* zijn vorderingen op derden verpand aan de bank, zonder dat die vorderingen in de pandakte nader worden gespecificeerd. Beschikt de bank derhalve over een pandakte met een dergelijke generieke omschrijving, die is geregistreerd nadat de vordering tot betaling van de koopprijs is ontstaan, dan valt de vordering tot voldoening van de koopprijs ter zake van de onderhands verkochte roerende of onroerende activa, onder het pandrecht van de bank.

Waar het openbare verpanding betreft, kan de verpanding van de vordering tot betaling van de koopprijs pas geschieden zodra de debiteur van de vordering – in casu de koper van het ooit aan de bank in zekerheid gegeven goed – bekend is. Ervan uitgaande dat er sprake is van een basisverplichting van de kredietnemer om periodiek tot verpanding over te gaan, zijn de mogelijkheden van de curator om hier op basis van de *actio pauliana* tegen op te komen, zeer gering.

In de tweede plaats doet de bank er goed aan alles te doen om zeker te stellen dat bij deze vorm van praktische uitwinning niet anders kan worden geconcludeerd dan dat er aan de bank en niet aan de klant is betaald. Dit kan door de verkoopopbrengst in eerste instantie te laten binnenkomen op een eigen rekening van de bank, veelal een zogenoemde tussenrekening of verzamelrekening. Weliswaar leidt dit intern vaak tot wrevel, omdat kredietinspecteurs of interne controleurs niet graag zien dat tussenrekeningen oneigenlijk worden gebruikt voor het laten binnenkomen van de opbrengst van verkochte zaken, doch de besproken uitspraken geven de banken feitelijk geen andere keuze. Dat het dan wél goed gaat, wordt bevestigd door een arrest van Hof Arnhem van 21 maart 2006, in een geschil tussen ABN Amro Bank en curator Westerveld in de zaak die bekend is geworden onder de naam *Quality Icecream*.⁴¹ De casus is vrijwel identiek aan die welke ten grondslag lag aan het *ING/Gunning q.q.*-arrest, doch het eindoordeel is geheel anders. De casus was als volgt.

In 1996 spraken bank en klant af dat de bank akkoord zou gaan met de onderhandse verkoop van het bedrijfspand en de inventaris. De bank zou hierbij afstand doen van haar zekerheidsrechten, onder de voorwaarde dat de opbrengst van de verkoop van het pand en de inventaris zou worden bestemd voor de aflossing van het krediet. Het hof oordeelt:

‘dat de strenge regels die in de rechtspraak van de Hoge Raad tot ontwikkeling zijn gekomen ten aanzien van een beroep door een bank op verrekening in het zicht van faillissement van een rekeninghouder *niet* [curs. auteurs] voor toepassing in aanmerking komen, indien een bank die afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek en/of haar pandrecht in het kader van een vrijwillige verkoop door de eigenaar de opbrengst van het aanvankelijk verhypothekerde en/of verpande goed, met instemming van de verkoper van dat goed *rechtstreeks aan haar* [curs. auteurs] laat voldoen’.⁴²

41. Hof Arnhem 21 maart 2006, LJN AV7615. Dit is hetzelfde hof dat zich in de tweede aanleg over de zaak *ING/Gunning q.q.* had gebogen.

42. Hof Arnhem 21 maart 2006, LJN AV7615, r.o. 4.4.

Oordeelde de Hoge Raad met het hof in het ING/Gunning q.q.-arrest nog dat er geen aanleiding was om af te wijken van de strenge verrekeningsregels, in dit geval loopt het anders.⁴³ Het verschil zit in het slot van de geciteerde passage, waarin de ‘dispensatie’ ten aanzien van de strenge verrekeningsregels wordt gekoppeld aan het ‘aan de bank’ voldoen van de verkoopopbrengst. Hoewel een bank nu dus weet hoe de onderhavige risico’s kunnen worden geëlimineerd, is een kritische kanttekening niettemin op zijn plaats. In beide gevallen werd namelijk, door boeking van de koopsom op de debetstaande kredietrekening van de geldnemer, de opbrengst van aan de bank verbonden en onderhands verkochte zaken in mindering gebracht op de kredietschuld, tot zekerheid waarvan het desbetreffende zekerheidsrecht was gevestigd. Uiteindelijk behoort de opbrengst van goederen die door middel van een zekerheidsrecht aan de bank zijn verbonden, ook dáár terecht te komen. Het verschil zit slechts in de, wellicht wat willekeurige en logisch beschouwd niet zo veelzeggende, omschrijving die aan de betaling was geplakt (‘betaling aan bank’ in plaats van ‘verrekening opbrengst zekerheden’ of woorden van gelijke strekking).⁴⁴

In het verlengde van deze uitspraak van het Hof Arnhem heeft de Rechtbank Amsterdam op 6 februari 2008 een vonnis gewezen in een procedure van ING Bank en ABN Amro Bank tegen curator Savelkoul.⁴⁵ In deze zaak is door de twee banken min of meer parallel gekoerst langs de lijnen die al waren uitgezet in de zaak Quality Icecream. Het door de Rechtbank Amsterdam gewezen vonnis vertoont grote gelijkens met de uitspraken in de zaak Quality Icecream. De curator is tegen het vonnis in appèl gegaan, zodat deze zaak een vervolg krijgt.

11 Conclusie

Kijkend naar de hiervoor behandelde drie arresten over onderhandse uitwinning, is het opvallend dat er ten aanzien van de (bewust of onbewust) stil gehouden verpanding van vorderingen ‘dispensatie’ van de strenge verrekeningsregels wordt verleend, terwijl dit niet gebeurt in het kader van de verwerking van de verkoopopbrengst van de (overige) roerende of onroerende zaken, die door middel van een pand- of hypotheekrecht aan de bank waren verbonden. De correctie van art. 54 Fw heeft ooit

als bedoeling gehad te voorkomen dat een willekeurige partij zichzelf door middel van het in het zicht van een faillissement overnemen van schulden en/of vorderingen ten opzichte van andere relevante partijen bevoordeelt. Dat de Hoge Raad heeft bepaald dat dit ook aan de orde is als het gaat om een giro-instelling die, uitsluitend omdat zij in het kader van het betalingsverkeer een sleutelrol vervult en daardoor kan profiteren van het op de rekening van de later gefailleerde binnenkomen van bedragen, is volkomen begrijpelijk en te billijken: in dat geval zit de bank er immers ‘toevallig tussen’.⁴⁶

Er is veel voor te zeggen om niet alleen in een Mulder q.q./CLBN-casus, maar ook in andere gevallen waarin de bank er niet toevallig tussen zit, maar haar verrekeningspositie ontleent aan een even daarvoor *in dat kader* prijsgegeven zekerheidsrecht, de strenge verrekeningsregels van het Giro/Standaardfilms-arrest buiten toepassing te laten. Het feit dat voor de wijze waarop de gang van zaken in rechte wordt beoordeeld veelal beslissend is het antwoord op de – in essentie maar lastig te beantwoorden – vraag of er aan de klant of aan de bank is betaald, is discutabel. Uiteindelijk kan de verkoopopbrengst van zaken die vallen onder een ten gunste van de bank gevestigd zekerheidsrecht logischerwijze maar op één wijze worden geboekt, namelijk in mindering op de uitstaande schuld, tot zekerheid waarvan het desbetreffende zekerheidsrecht nu juist was gevestigd.

43. Zie voor de overwegingen van het hof die tot het Gunning-arrest hebben geleid noot 38.

44. De zaak ING/Gunning q.q. heeft later een vervolg gekregen. Nu de consequentie van de beslissingen van de feitelijke rechters en de Hoge Raad was dat de bank niet ontkomt aan de toets van art. 53 en 54 Fw, om de reden dat was vastgesteld dat er was betaald aan de kredietnemer/hypotheekgever en niet aan de bank, resteerde nog de vraag of ING Bank in de onderhavige casus te kwader trouw was in de zin van het bepaalde in art. 54 Fw. Zowel de Rechtbank Arnhem als het Hof Arnhem hebben deze vraag ontkennend beantwoord. Hierbij heeft het feit dat het betalingsverkeer na opzegging naar een andere bank is verlegd, ongetwijfeld een rol gespeeld. Hierdoor had de bank geen inzage meer in de omzet op de rekeningen. Daarnaast beschikte de bank na opzegging niet langer over recente cijfers. Deze feiten, gekoppeld aan het gegeven dat er een periode van twee jaar heeft gezeten tussen de opzegging en de uiteindelijke (onderhandse) verkoop van de verbonden onroerende zaken, zullen rechtbank en hof tot het oordeel hebben laten komen dat de bank ten tijde van de verrekening niet te kwader trouw was in de zin van het bepaalde in art. 54 Fw (Rb. Arnhem 18 oktober 2006, LJN AZ1982, r.o. 2.4-2.14 en Hof Arnhem 29 juli 2008, LJN BG4459, r.o. 4.4-4.19).

45. Rb. Amsterdam 6 februari 2008, LJN BC4009.

46. Zie het zogenoemde Giro-arrest, HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV.