

## **JOR 2005/19**

### **Hoge Raad**

19 november 2004, C03/189HR.

( Mr. Herrmann

Mr. Aaftink

Mr. De Savornin Lohman

Mr. Van Buchem-Spapens

Mr. Bakels )

(Concl. A-G Timmerman )

ING Bank NV te Amsterdam,

eiseres tot cassatie,

advocaten: mrs. B. Winters en H.J.A.

Knijff,

tegen

mr. P.M. Gunning te Arnhem,

in zijn hoedanigheid van curator in het

faillissement van Elma Vastgoed

Ede BV en Elma Vastgoed Veenendaal

BV,

verweerder in cassatie

advocaat: mr. G. Snijders.

Verrekening door bank in zicht van faillissement, Art. 54 Fw heeft mede betrekking op een beroep op verrekening gedaan vóór de faillietverklaring van de schuldenaar, Bank heeft afstand gedaan van haar recht van hypotheek, zodat het daaraan verbonden recht van voorrang eveneens is komen te vervallen, Vervolg op Rb. Arnhem 21 december 2000, «JOR» 2001/47, Rb. Arnhem 20 december 2001, «JOR» 2002/39, m.nt. SCJJK en Hof Arnhem 25 maart 2003, «JOR» 2003/131, m.nt. Vermunt

[Fw - 54; BW Boek 3 - 246 lid 1]

## **» Samenvatting**

Indien een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze voldoet door storting op diens bankrekening maakt de bank zich door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar. Wanneer de bank daarbij niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw verzet deze bepaling

zich ertegen dat de bank zich op schuldvergelijking beroept (HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104, m.nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I). Dit geldt onverschillig of de bank voor, dan wel na de faillietverklaring van haar rekeninghouder een beroep op verrekening heeft gedaan.

I.c. bestaat ertoe onvoldoende grond dat een uitzondering wordt aanvaard op 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.

Op zichzelf is juist dat de overige schuldeisers van de rekeninghouder ten achter zouden hebben gestaan bij de bank wanneer deze de ten processe bedoelde onroerende zaken als hypotheekhouder zou hebben uitgewonnen. Hiermee vergeleken komen die overige schuldeisers niet in een mindere positie te verkeren door aanvaarding van het beroep op verrekening door de bank en valt hun zelfs een voordeel toe waarop zij geen aanspraak hadden, doordat de bank afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek, terwijl haar beroep op verrekening – hoewel dat onmiddellijk samenhangt met de afstand door de bank van haar recht van hypotheek en berust op een tussen Ede, Veenendaal en de bank gemaakte afspraak – niet wordt gehonoreerd. Al deze omstandigheden, zowel op zichzelf als in samenhang gezien, brengen echter niet mee dat de bank kan ontkomen aan de consequenties van het feit dat zij afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek en dus ook van het recht van voorrang en de positie van separatist die zij daaraan ontleende, zonder – zoals mogelijk was geweest – tegelijk een pandrecht te doen vestigen op de opbrengst van de verkoop van de desbetreffende onroerende zaken of de vordering met instemming van de verkopers van de onroerende zaken rechtstreeks aan haar te laten voldoen. Ook het feit dat de met Ede en Veenendaal gesloten overeenkomst, de afstand van het

recht van hypotheek, en het beroep op verrekening door de bank, alle voor de faillietverklaring van Ede hebben plaatsgevonden, brengt hierin geen verandering, nu art. 54 Fw blijkens het hiervoor overwogene mede betrekking heeft op een beroep op verrekening vóór de faillietverklaring van de schuldenaar.

Voor zover de bank zich in dit verband mede wil beroepen op het feit dat de Hoge Raad al eerder een uitzondering heeft aanvaard op de vorenbedoelde strenge regels, kan dit haar evenmin baten. In zijn arrest van 17 februari 1995, NJ 1996, 471, m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN) heeft de Hoge Raad inderdaad geoordeeld dat geen goede grond bestaat deze strenge regels mede van toepassing te achten op de mogelijkheid van verrekening door een bankinstelling van girale betalingen die zijn gedaan ter voldoening van aan haar stil verpandevorderingen ter zake waarvan zij nog geen mededeling heeft gedaan.

Tussen die beslissing en het onderhavige geval bestaan echter essentiële verschillen. In het arrest Mulder q.q./CLBN had de bank als stil pandhouder weliswaar geen gebruik gemaakt van haar bevoegdheid haar pandrecht voor de faillietverklaring aan de schuldenaar mee te delen, zodat de pandgever – en na diens faillissement: de curator – bevoegd was gebleven nakoming van de verpande vordering te eisen (art. 3:246 lid 1 BW), maar dit deed niet eraan af dat het pandrecht was blijven bestaan, zodat de pandhouder zijn recht van voorrang op het door de curator geïnde bedrag van de verpande vordering behield. In het onderhavige geval heeft de bank echter nu juist afstand gedaan van haar recht van hypotheek, zodat het daaraan verbonden recht van voorrang eveneens kwam te vervallen. De vervolgens voor de bank resulterende positie als concurrent schuldeiser leidde ook naar het voor 1992 geldende recht niet tot een betere behandeling dan waarop andere concurrente schuldeisers aanspraak konden

maken. Van doorkruising van bestaande financieringspatronen is dus geen sprake.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Timmerman)

#### 1. Feiten [\[noot:1\]](#) en procesverloop

1.1. Tussen Elma Vastgoed Ede B.V. (verder te noemen: “Ede”), Elma Vastgoed Veenendaal B.V. (verder te noemen: “Veenendaal”) en Bouwbedrijf E. Nieboer Veenendaal B.V. (verder te noemen: “Nieboer”) enerzijds en (een rechtsvoorganger van) eiseres tot cassatie (hierna: “de Bank”) anderzijds is op 15 september 1986 een compte joint-overeenkomst tot stand gekomen. Op grond van deze overeenkomst waren Ede, Veenendaal en Nieboer jegens de Bank hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars schulden aan de Bank. Tevens heeft Ede zich hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor de schulden van Schildersbedrijf J. van Dijk en Zonen B.V. (verder te noemen: “Van Dijk”) aan de Bank.

1.2. Als zekerheid voor de verleende kredieten had de Bank hypotheekrechten verkregen op de onroerende zaken uit de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal. Op 14 juli 1992 heeft de Bank aan Ede, Veenendaal, Nieboer en Van Dijk de verleende kredieten opgezegd.

1.3. Tussen partijen is vervolgens in der minne een aflossingsregeling tot stand gekomen die onder meer inhield dat de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal zou worden vervreemd en de opbrengst daarvan in mindering zou komen op de schulden van Ede en Veenendaal aan de Bank.

1.4. Op 22 juni 1994 is de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal aan Slokker Vastgoed B.V. (verder te noemen: "Slokker") respectievelijk Clou Bouw B.V. verkocht.

1.5. Op 14 juni 1994 respectievelijk op 26 juli 1994 is op rekeningnummer 69.27.64.739 ten name van Ede een bedrag van f 43.865,35 respectievelijk een bedrag van f 3.076.713,= bijgeschreven. Deze bedragen waren afkomstig van mr. P.M. Vinke, notaris.

1.6. Op 12 oktober 1994 heeft de Bank de positieve en negatieve saldi van de verschillende rekeningen ten name van Ede, Veenendaal en Nieboer samengevoegd. Op 26 oktober 1994 is Ede in staat van faillissement verklaard, gevolgd door Veenendaal op 2 november 1994. In beide faillissementen is verweerder in cassatie tot curator benoemd.

1.7. De curator heeft de Bank bij exploit van 23 juli 1999 gedagvaard te verschijnen voor de rechtbank te Arnhem. Hij heeft gevorderd de Bank te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 2.242.458,= te vermeerderen met wettelijke rente. De curator legt aan de vordering ten grondslag dat de Bank na betaling van de koopsommen uit de onroerend goed transacties op de bankrekening van Ede schuldenaar werd van Ede. Die schuld heeft de Bank willen inlossen door middel van verrekening met een vordering van de Bank op Ede. Tot die verrekening was de Bank volgens de curator op grond van art. 54 Fw niet bevoegd. De Bank heeft een schuld aan Ede "overgenomen" als in dat artikel bedoeld; onder het begrip "schuldoverneming" valt ook het aanvaarden, voor faillissement, van een opdracht tot creditering van een rekening-courantverhouding en het geven van een begin van uitvoering daaraan, aldus de curator met verwijzing naar HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (AMRO/THB). De verrekening heeft plaatsgevonden per

valutatatum van 12 oktober 1994, terwijl het faillissementsrequest dateert van 10 oktober 1994. De Bank wist bovendien op grond van de langdurige en precaire (inmiddels beëindigde) kredietrelatie met Ede en een door de Bank verricht boekenonderzoek dat het faillissement van Ede te verwachten was; de Bank heeft hierdoor niet te goeder trouw gehandeld.

1.8. De curator heeft uiteengezet dat de bank geen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid tot parate executie. Had zij dat gedaan dan zou de koper aan de notaris hebben betaald die de koopsom op zijn beurt als eigen verplichting aan de Bank zou hebben uitgekeerd. In deze zaak heeft de Bank het wettelijk stelsel van de parate executie niet gevolgd; de hypotheekgever heeft onderhands verkocht, waarbij de hypotheekhouder royement verleent op voorwaarde dat de koopsom in mindering wordt gebracht op de vordering van de bank op de hypotheekgever. Aldus hebben de kopers de koopsom betaald op de door Ede bij de bank aangehouden rekening en vervolgens moest de bank wel overgaan tot verrekening teneinde zich de opbrengst "toe te eigenen". Aan die handelwijze is het risico verbonden dat in geval van dreigend faillissement art. 54 Fw aan de bank wordt tegengeworpen. De curator heeft voorts aandacht gevraagd voor de rechtspraak van de Hoge Raad over verrekening voor faillissement door een bank. Hij heeft voorop gesteld dat een bevoegdheid tot verrekening ontbreekt indien zij ten tijde van de betaling hetzij weet dat de cliënt in een zodanige toestand verkeert dat diens faillissement valt te verwachten, hetzij weet dat het faillissement van de cliënt is aangevraagd; hierop is in het arrest Mulder q.q./CLBN een uitzondering aanvaard voor een betaling terzake van een door de curator geïnde, aan de bank stil verpande vordering, maar die uitzondering is niet aanvaard voor zover een derde op de rekening van een cliënt bij een bank betalingen verricht terzake van de koopsom van aan die bank stil verpande zaken (zie

Van Gorp q.q./Rabobank). Die uitzondering geldt – aldus nog steeds de curator – ook niet voor het onderhavige geval waarin de bank als hypotheekhouder niet tot openbare verkoop wil overgaan.

1.9. De Bank heeft zich verweerd met de stelling dat ontvangst door de zekerheidsgerechtigde van hetgeen hem toekomt tegen gelijktijdige vrijgave van het zekerheidsrecht niet door het bepaalde in art. 54 Fw kan worden getroffen. Een bank verleent slechts roeyement van haar hypotheek tegen ontvangst van het haar uit dien hoofde toekomende bedrag. Dit is na het faillissement van haar debiteur niet anders dan er voor. Artikel 54 Fw mist toepassing. Voorts heeft de Bank er op gewezen dat banken de opbrengsten van hun zekerheden niet anders kunnen ontvangen dan door middel van boeking van die opbrengsten op de rekening van hun kredietnemers. De verrekening met een debetstand is een noodgedwongen gevolg dat nu eenmaal eigen is aan het girale betalingssysteem.

1.10. Bij pleidooi heeft de Bank benadrukt dat de koopsommen onder de notaris zijn gestort en de notaris de bedragen aan de bank heeft betaald door storting op de rekening van Ede bij de Bank; er is dus aan de Bank betaald, zodat art. 54 Fw niet aan de orde kan zijn. De samenvoeging van de rekeningen heeft ook geen zelfstandige betekenis. Het betreft een louter administratieve handeling die de bank ook ná datum faillissement had kunnen verrichten.

1.11. Bij vonnis van 21 december 2000 heeft de rechtbank – kort gezegd en voorzover in cassatie van belang – voorop gesteld dat verrekening door de bank van de door de notaris op 14 juni 1994 en 26 juli 1994 verrichte girale betalingen zonder rechtsgevolg zouden zijn, als zij dienen te worden beschouwd als betalingen door Slokker aan Ede en komt vast te staan dat de Bank op het moment van bijschrijving

wist dat het faillissement van Ede en Veenendaal viel te verwachten. De rechtbank heeft voorshands geoordeeld dat de notaris de hiervoor genoemde bedragen aan Ede heeft betaald door bijschrijving op de bankrekening van Ede bij de Bank. Door de bijschrijvingen heeft de Bank op 14 juni een schuld van f 3.120.578,35 aan Ede gekregen. De rechtbank wijst hierbij op de omstandigheid dat de genoemde bedragen op de rekening van Ede bij de Bank zijn bijgeschreven – zoals uit de overgelegde bankafschriften blijkt – terwijl de Bank zelf in een brief stelt dat de notaris de genoemde bedragen aan Ede heeft betaald en de Bank door die betalingen schulden aan Ede heeft gekregen. De rechtbank heeft de Bank in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren.

1.12. Vervolgens hebben partijen een conclusie na niet gehouden enquête genomen en de zaak andermaal bepleit. De rechtbank heeft op 20 december 2001 vonnis gewezen. [\[noot:2\]](#) Zij heeft haar gedachtegang zoals geformuleerd in het eerste tussenvonnissen nogmaals uiteengezet en resumerend overwogen dat het uitgangspunt moet zijn (behoudens door de bank te leveren bewijs dat de notarissen niet aan Ede maar aan de Bank hebben betaald) dat de notaris een vordering van Ede op hem, die door Ede niet aan de Bank was verpand, aan Ede heeft voldaan door overboeking op de bankrekening van Ede bij de Bank. Op dat geval moet het arrest AMRO/THB worden toegepast, aldus de rechtbank in rechtsoverweging 5. Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat de Bank niet in het haar opgedragen bewijs is geslaagd. Zij heeft de curator in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat de Bank op 14 juni 1994 respectievelijk 26 juli 1994 wist dat het faillissement van Ede te verwachten was.

1.13. De Bank is bij het hof te Arnhem in hoger beroep gekomen van de vonnissen van 12 december 2000 en 20 december 2001. Zij heeft het geschil in volle omvang

aan het hof voorgelegd; daarbij heeft zij haar hiervoor weergegeven argumenten nader uitgewerkt. De curator heeft de grieven bestreden. Het geschil spits zich toe op twee vragen. [\[noot:3\]](#) Primair is aan de orde de vraag of de betalingen die op 14 juni 1994 en 26 juli 1994 hebben plaatsgevonden rechtstreekse betalingen aan de Bank zijn geweest dan wel als betalingen aan de Bank dienen te worden beschouwd. Subsidiair – te weten voor het geval dat de betalingen geen (rechtstreekse) betalingen aan de bank waren en evenmin als zodanig moeten worden beschouwd – gaat het om de vraag of de Bank zich, gelet op het in art. 54 lid 1 Fw bepaalde, jegens de curator met betrekking tot de betalingen, die vóór de faillietverklaring van Ede hebben plaatsgevonden, op verrekening mag beroepen.

1.14. Het hof heeft bij arrest van 25 maart 2003 allereerst overwogen dat de betalingen geen rechtstreekse betalingen aan de bank zijn geweest. Voorts heeft het hof overwogen dat de bank geen gebruik heeft gemaakt van haar recht als hypotheekhouder tot parate executie in de zin van art. 3:268 BW, met als gevolg dat zij – nu sprake was van een vrijwillige verkoop door de eigenaar waarbij de koopsom door de koper is voldaan op de rekening van de verkoper bij de bank – niet met voorrang recht kon doen gelden op de opbrengst en zich niet op verrekening zou mogen beroepen als zij, toen zij zich door creditering van die rekening tot debiteur van Ede maakte, niet te goeder trouw was in de zin van art. 54 Fw. [\[noot:4\]](#)

Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd, de zaak naar de rechtbank teruggewezen en bepaald dat van het arrest beroep in cassatie mag worden ingesteld. [\[noot:5\]](#)

1.15. De Bank heeft tijdig cassatieberoep ingesteld. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk doen

toelichten. Zij hebben ten slotte gere- en geduplicateerd.

## 2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Onderdeel 1 richt zich met klachten in de subonderdelen 1.1 tot en met 1.8 tegen de rechtsoverwegingen 5.4 tot en met 5.7. Het hof overwoog daarin als volgt.

“5.4. Het hof overweegt allereerst dat de betalingen geen rechtstreekse betalingen aan de Bank zijn geweest. Als verkoper bij de aan de betalingen ten grondslag liggende transacties trad volgens de onbestreden stelling van de curator (zie pleitnotitie curator in eerste aanleg van 7 november 2000 onder 4) Ede op. Ter onderbouwing van deze stelling heeft de curator een concept-akte van een koopovereenkomst tussen Ede en Slokker (zie blz. 1) en de op naam van Ede gestelde nota van afrekening in het geding gebracht (producties 1 respectievelijk 2 bij pleitnota curator in eerste aanleg van 7 november 2000). In die concept-akte is onder de kop ‘Betaling koopprijs/verrekening diverse bedragen’ (blz. 3) onder meer uitdrukkelijk bepaald:

‘a. Verkoper heeft jegens de notaris recht op uitbetaling, zodra de notaris is gebleken, dat de overdracht is geschied overeenkomstig het onder ‘Leveringsverplichting’ bepaalde. (...)’

b. Alle betalingen aan rechthebbenden worden namens partijen door de notaris verricht. (...)’

Met betrekking tot deze concept-akte heeft de curator onweersproken gesteld dat deze ‘destijds tussen de advocaat van de bank en de advocaat van Elma werd uitgewisseld’ en ‘ook als basis heeft gediend voor transport’ (pleitnota curator in eerste aanleg van 7 november 2000 onder 4). Nu alleen Ede en Slokker (en voor een klein gedeelte de hierna niet meer te noemen Clou) daarin als verkopende respectievelijk kopende

partij fungeren (zie voor dit eerste ook productie X bij memorie van grieven en voor dit laatste ook pleitnotitie curator in eerste aanleg van 7 november 2000 onder 2b, 1e zinsnede en onder 10, alsmede conclusie van antwoord in eerste aanleg onder 10a en memorie van grieven onder 58), volgt uit de inhoud van deze concept-akte – die later aan het transport ten grondslag heeft gelegen – niet alleen dat Ede als verkoper bij de aan de betalingen ten grondslag liggende transacties optrad maar ook dat Ede (en niet de Bank) jegens de notaris recht had op betaling van de koopprijs. Voorts volgt hieruit dat de notaris bij het verrichten van de betalingen aan de rechthebbende (Ede) namens de kopende partij (Slokker) optrad.

5.5. Vast staat dat overeenkomstig het in de bovengenoemde concept-akte bepaalde de betalingen door de notaris op een rekening van Ede bij de Bank (nr. 69.27.64.739) hebben plaatsgevonden (zie o.m. blz. 2 en 3 van productie 7 bij conclusie van eis in eerste aanleg). Noch de enkele mededeling in de brief van mr. Kardoes van 9 juni 1994 aan de notaris (productie XI bij conclusie na niet gehouden enquête in eerste aanleg), inhoudende ‘De koopsom ad f 44.000,= wordt aan cliënte voldaan’, noch de bevestiging door de Bank bij brief van 11 juli 1994 aan de notaris dat ‘wij u mededeelden tegen ontvangst van een bedrag ad f 3.076.713,87 afstand te doen van (...) vermelde hypotheek’ (productie XI bij memorie van grieven), doet aan het vorenstaande af, zulks alleen al niet omdat de tweede mededeling niets zegt over de wijze van ontvangst (via rechtstreekse betaling of verrekening) en omdat de notaris in elk geval niet overeenkomstig de eerste mededeling (rechtstreekse betaling) heeft gehandeld. Ook volgens de bank (memorie van grieven onder 72; zie ook 4e alinea productie XVII bij akte overlegging producties in appèl, tevens productie V bij conclusie van antwoord) blijkt uit de correspondentie tussen haar en de notaris dat zij ‘slechts bereid was tot royement van

haar hypotheekrechten indien de notaris de koopsommen aan haar zou betalen door storting op de rekening van Elma [Ede, hof] bij haar.’ De betalingen zijn derhalve uitgevoerd op de wijze zoals door alle betrokkenen werd voorgestaan.

5.6. Uit het voorgaande volgt dat de notaris, anders dan de bank heeft aangevoerd (zie memorie van grieven onder 74 en 75), de bedragen niet ‘aan de bank als hypotheekhouder [heeft] doorbetaald’ en dat de betalingen evenmin hebben plaatsgevonden ‘namens de verkopende eigenaar’, nu de notaris blijkt het voorgaande de betalingen aan Ede als verkoper deed, en bij het verrichten van de betalingen juist optrad namens, de kopende partij, dus namens Slokker.

5.7. Het voorgaande impliceert voorts dat de betalingen door de notaris, anders dan de Bank heeft aangevoerd, niet moeten ‘worden beschouwd als een betaling aan de bank (uiteeraard met toestemming van de verkoper)’ omdat de Bank ‘immers geen royement van haar hypotheekrechten [zou] verlenen indien de verkoper de notaris zou hebben geïnstrueerd de koopsommen naar zijn rekening bij een andere bank over te maken’ (zie memorie van grieven onder 66; zie ook onder 75, 79 en 81). Het hof verwierpt ook dit betoog omdat slechts van belang is *of* de verkoper (Ede) de notaris heeft geïnstrueerd om de betalingen (rechtstreeks) aan de Bank te verrichten en, met name, *of* de notaris daaraan ook daadwerkelijk gevolg heeft gegeven. Dat laatste is, blijkt het voorgaande, niet het geval geweest. Het hof onderschrijft in dit verband de conclusie van de rechtbank (in haar vonnis van 20 december 2001 onder 8.2) dat uit de bescheiden die de Bank (bij conclusie na niet gehouden enquête) in het geding heeft gebracht niet kan worden ‘afgeleid dat Ede met de Bank is overeengekomen dat de genoemde bedragen door Ede aan de Bank zouden worden betaald, noch dat Ede de notaris bij voorbaat heeft opgedragen om die

bedragen rechtstreeks aan de bank te betalen noch dat de notaris eigenmachtig dan wel als vermeend lasthebber van Ede die bedragen daadwerkelijk rechtsreeks aan de Bank heeft betaald.’ De nadien door de bank in het geding gebrachte producties maken dit oordeel van het hof niet anders.”

2.2. *Subonderdeel 1.1* klaagt dat het oordeel van het hof dat de betalingen op de rekening ten name van Ede bij de Bank geen (rechtstreekse) betalingen van Ede aan de Bank zijn geweest, rechtens onjuist, althans niet voldoende naar de eis der wet met redenen is omkleed. Het subonderdeel stelt voorop dat de Bank en Ede zijn overeengekomen dat de verkoopopbrengst van de onroerende zaken van Ede en Veenendaal aan de Bank zou worden betaald ter vermindering van de schulden van Ede, Veenendaal en Nieboer aan de Bank door storting van deze verkoopopbrengst op de rekening van Ede bij de Bank (waartegenover de Bank afstand deed van haar hypotheekrechten op deze onroerende zaken). Die afspraak brengt volgens de klacht mee dat de Bank en Ede (c.s.) zijn overeengekomen dat de betaling van de verkoopopbrengst op de rekening van Ede bij de Bank in de verhouding tussen Ede (c.s.) en de Bank een betaling door Ede (c.s.) aan de Bank was en dat Ede naar aanleiding van de storting van de verkoopopbrengst van de onroerende zaken van Ede en Veenendaal op de rekening van Ede bij ING (dus) geen vordering jegens de Bank verkreeg. Het stond de Bank en Ede (c.s.) uiteraard vrij deze (nadere) afspraak te maken over (de invulling) van hun (girale) rekening-courantverhouding, aldus het subonderdeel.

2.3. Aanvankelijk heeft de Bank betoogd dat betaling van de koopsommen heeft plaatsgevonden aan Ede door middel van overmaking op de door haar aangehouden rekening bij de Bank. Zo kreeg Ede een vordering op de Bank; die is vervolgens verrekend met haar debetstand. Waar de Bank van verrekening spreekt, gaat zij uit

van betaling aan Ede. Zo schrijft de Bank op 23 april 1997 aan de curator: “De rekeningen van de partijen bij de CJO-akte zijn onderdeel van één geheel en de bank is bevoegd om binnen dat geheel saldi over te boeken en te verrekenen. Uw stelling (...) dat ‘de samenvoeging van de rekeningen in feite neerkomt op een betaling van Elma [Ede, A-G] aan de bank’ lijkt mij juist. Elma voldeed daarmee aan haar verplichtingen.” [\[noot:6\]](#) Voorts betoogde de Bank dat zij op 12 oktober 1994 alle rekeningen van de Elma-vennootschappen tot één rekening heeft samengevoegd, “hetgeen heeft geleid tot de door de curator gewraakte verrekening (...). Tot die verrekening was de bank zonder meer gerechtigd.” [\[noot:7\]](#) Het is volgens de Bank zelfs onmogelijk de opbrengsten te ontvangen anders dan door middel van boeking op de rekening van een kredietnemer. “Dat, bij een debetstand van die rekening, vervolgens verrekening plaatsvindt, is hiervan een noodgedwongen gevolg dat nu eenmaal eigen is aan het girale betalingsstelsel.” [\[noot:8\]](#)

2.4. Later heeft de Bank er de nadruk op gelegd dat de notaris de koopsommen namens c.q. in opdracht van Ede ter aflossing aan de Bank heeft voldaan, ook al zijn die bedragen gestort op de rekening van Ede bij de Bank. Volgens de Bank hadden de bedragen evengoed op de derdengeldrekening van haar advocaat gestort kunnen worden of had zij de notaris kunnen instrueren tot overboeking op een bij de Bank aangehouden tussenrekening, een zogenaamde “Diverse Debiteuren & Crediteuren-rekening”. Het feit dat de betaling heeft plaatsgevonden op de rekening van Ede bij de Bank heeft er noodzakelijkerwijs, dat wil zeggen: administratief, toe geleid dat die betaling in het rekening-courantsaldo van die rekening is opgenomen en daarmee is verrekend. Die verrekening heeft dus geen zelfstandige betekening en al helemaal niet met betrekking tot art. 54 Fw, aldus de Bank. [\[noot:9\]](#)

2.5. Thans betoogt de Bank dat er in het geheel, ook niet “administratief”, is verrekend. Aan dat betoog ligt ten grondslag dat er tussen de Bank en Ede een afspraak zou bestaan op grond waarvan betaling op de rekening van Ede bij de Bank, moet worden gezien als een betaling aan de Bank. Het bestaan van een dergelijke overeenkomst kan tegen de hierboven weergegeven achtergrond niet uit de gedingstukken worden afgeleid. Het hof heeft die overeenkomst ook niet uit het over en weer gestelde gedestilleerd. Het heeft, nu partijen daarover niets te berde hebben gebracht, geen aandacht kunnen besteden aan de thans opgevoerde interne verhouding tussen de Bank en Ede. Het overwegend feitelijke oordeel van het hof is niet onjuist of onbegrijpelijk, zodat het subonderdeel faalt.

2.6. *Subonderdeel 1.2* voert aan dat het oordeel van het hof dat de notaris de betalingen namens de kopende partij aan Ede deed, niet afdoet aan hetgeen subonderdeel 1.1 betoogde. Dit neemt volgens de klacht niet weg dat ingevolge de afspraak tussen Ede en de bank de storting van de verkoopopbrengst op de rekening van Ede een betaling van Ede aan ING was en dat Ede door deze storting geen vordering jegens ING verkreeg.

2.7. De klacht faalt op de grond dat de daaraan ten grondslag liggende veronderstelling dat vaststaat dat er een afspraak tussen de Bank en Ede zou bestaan over hoe de betaling in hun interne verhouding moet worden beschouwd blijktens de bespreken (lees: bespreking; *red.*) (van subonderdeel 1.1. onjuist is gebleken. Hetzelfde geldt voor *subonderdeel 1.3*.

2.8. *Subonderdeel 1.4* is gericht tegen rechtsoverweging 5.7 en klaagt dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat uit de bescheiden die ING (bij conclusie na niet gehouden enquête) in het geding heeft gebracht niet zou kunnen worden afgeleid

dat Ede met ING is overeengekomen dat de genoemde bedragen door Ede aan ING zouden worden betaald. Volgens de klacht laten de overgelegde bescheiden geen andere conclusie toe dan dat Ede en de Bank dit wel met elkaar zijn overeengekomen.

2.9. De klacht faalt. Het door de rechtbank en hof gegeven oordeel wordt voldoende door de bij conclusie na niet gehouden enquête overgelegde stukken gestaafd; het subonderdeel miskent dat het feit dat enkele passages in die stukken in een andere richting wijzen geenszins betekent dat het – na afweging van het over en weer gestelde gegeven – oordeel van het hof in cassatietechnische zin onbegrijpelijk is.

2.10. *Subonderdeel 1.5* berust op de veronderstelling dat het hof heeft geoordeeld dat een storting op de rekening van Ede niet een betaling aan de Bank kan inhouden; het klaagt dat het hof daarmee blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu de Bank en Ede deze (nadere) afspraak over (de invulling van) hun rekening-courantverhouding met elkaar konden maken. Indien het hof dit niet heeft miskend is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, aldus het subonderdeel.

2.11. De klacht mist feitelijke grondslag en kan dus niet tot cassatie leiden. Het hof heeft geoordeeld dat een dergelijke betaling niet is overeengekomen en ook niet heeft plaatsgevonden.

2.12. Aan de *subonderdelen 1.6 tot en met 1.8* ligt wederom de gedachte ten grondslag dat in deze zaak als vaststaand is aangenomen dat een betaling aan Ede in de verhouding tussen Ede en de Bank als een betaling aan de Bank zou gelden; die gedachte is reeds in het voorgaande verworpen. Overigens lijkt de Bank ook hier niet onder ogen te zien dat het gegeven dat er op zichzelf allerlei argumenten zijn aan te voeren die haar standpunt



ondersteunen, niet meebrengt dat het hof zich niet tot de stellingname van de wederpartij mocht bekeren en dat het aldus een onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven. Het hof heeft voldoende uiteengezet op grond waarvan het de uiteenzettingen van de curator overtuigend achtte; het hoefde daarbij niet op alle – als gezegd op zichzelf wellicht valide argumenten – van de Bank in te gaan, laat staan dat het die afzonderlijk zou moeten weerleggen. De motivering van een rechterlijk oordeel moet duidelijk maken welke gedachtegang aan dat oordeel ten grondslag ligt. Voorzover dat voor de begrijpelijkheid van die gedachtegang nodig is, moet ook duidelijk gemaakt worden welke feiten daarbij in aanmerking zijn genomen. De rechter moet aangeven op welke gronden hij tot het door hem gegeven oordeel is gekomen, en hoeft niet uit te leggen waarom overigens aangevoerde gegevens hem minder overtuigend zijn voorgekomen dan de gegevens waarmee hij zijn oordeel heeft onderbouwd. [\[noot:10\]](#)

2.13. Onderdeel 2 van het middel komt op tegen de rechtsoverwegingen 5.9 tot en met 5.15, waarin de subsidiaire vraag aan de orde kwam of de Bank zich, gelet op het in art. 54 lid 1 Fw bepaalde, jegens de curator met betrekking tot die bepalingen, die vóór de faillietverklaring van Ede hebben plaatsgevonden, op verrekening mag beroepen. Het hof overwoog als volgt:

“5.9. Het hof stelt voorop dat het bij de aan de betalingen ten grondslag liggende transacties ging om een door de Bank met Ede en Veenendaal overeengekomen vrijwillige verkoop door de eigenaar (Ede en Veenendaal) waarbij de Bank tegen betaling door de notaris (namens Slokker) van de op de koopsom betrekking hebbende bedragen op de rekening van Ede bij de Bank afstand deed van haar hypotheekrechten door mee te werken aan royement daarvan. De Bank heeft, aldus doende, welbewust ervan afgezien gebruik

te maken van haar aan haar hypotheekrecht verbonden bevoegdheid om de betrokken zaken *als hypotheekhouder* op grond van artikel 3:268 van het Burgerlijk Wetboek (verder: ‘BW’) in het openbaar of onderhands (lid 1 respectievelijk lid 2 van genoemde bepaling) executoriaal te doen verkopen. Daarbij tekent het hof aan dat de curator bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof uitdrukkelijk en gemotiveerd de door de rechtbank als vaststaand feit (zie vonnis rechtbank van 21 december 2000 onder 1.5, laatste zin) aangemerkte stelling van de Bank (zie ook pleitnotities van de bank in appèl onder 25) heeft weersproken dat de Bank na ampel beraad heeft besloten niet tot executie over te gaan omdat in dat geval ‘de bank verplicht zou zijn geweest om de goederen waarop zij zekerheidsrechten had aan de gemeente Veenendaal aan te bieden, hetgeen een lagere executieopbrengst zou hebben betekend’ (zie pleitnotities curator in appèl onder 7), zodat van de juistheid van dat feit in het onderhavige geding niet kan worden uitgegaan.

5.10. De Bank heeft gesteld dat zij bevoegd is geworden tot verrekening nadat door de notaris (namens Slokker) de betalingen op de rekening van Ede bij de Bank waren gedaan en zij zich door creditering van de rekening van Ede tot debiteur van Ede had gemaakt. Het hof kan de Bank in dit betoog niet volgen. Met het stelsel van de Faillissementswet valt immers niet te verenigen dat het girale betalingsverkeer aan bankgiro-instellingen in dier voege een uitzonderingspositie zou verschaffen dat zij zich door middel van verrekening afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij aan de schuldenaar schuldig zijn geworden in het zicht van diens faillissement. Daarom moet 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 artikel 54 Fw, het bepaalde in dit artikel zich ertegen verzet dat de bankgiro-instelling zich op verrekening beroept (vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104). Nu in het onderhavige geval Slokker zijn schuld aan Ede heeft voldaan door storting van het verschuldigde bedrag op de rekening van Ede bij de Bank, is te dezen voor de vraag of de bank zich jegens de curator op verrekening mag beroepen derhalve beslissend of de Bank, toen zij zich door creditering van die rekening tot debiteur van Ede maakte, al dan niet te goeder trouw heeft gehandeld in de zin van voornoemde bepaling is in elk geval – zoals ook de rechtbank (in r.o. 3.6 van haar vonnis van 21 december 2000) heeft overwogen – dat zij op dat moment wist dat Ede in een zodanige toestand verkeerde dat haar faillissement was te verwachten (vgl. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449).

5.11. De Bank heeft zich er in dit verband op beroepen dat onder meer artikel 54 Fw en de uitleg zoals onder 5.10 daaraan gegeven ‘niet van toepassing zijn op de ontvangst en verrekening door een crediteur (meestal een bank) van de opbrengst van aan hem verstrekte zekerheden als pand en hypotheek’ (zie grief I) en dat met ‘de tekst van artikel 3:227 lid 1 BW niet in overeenstemming [is] te brengen de gedachte dat het recht van de pand- of hypotheekhouder, zich boven andere schuldeiser te verhalen, zou kunnen worden getoetst aan art. 54 Fw (...)’ (memorie van grieven onder 28). Het hof verwerpt dit betoog, omdat de Bank er zelf voor heeft gekozen geen gebruik te maken van haar recht als hypotheekhouder tot parate executie op grond van artikel 3:268 BW, met als gevolg dat zij geen gebruik meer kon maken van haar aan haar hypotheekrecht verbonden recht van voorrang. Het voorgaande impliceert dat het betoog van de Bank in dit verband bovendien faalt voor zover zij beoogt te stellen dat zij haar vordering op Ede en Veenendaal wil verrekenen met bedragen

die zij op de rekening van Ede heeft ontvangen (zie hiervoor onder 5.6 en 5.7) en die betrekking hebben op ‘de opbrengst van aan hem verstrekte zekerheden’ (zie formulering grief I). Voor zover de Bank in dit kader een beroep doet op hetgeen is overwogen in HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (zie memorie van grieven onder 29 e.v.), faalt haar betoog eveneens. Voor een uitzondering als in dat arrest aanvaard op de regel 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, is in een geval als het onderhavige geen plaats, nu de gronden voor het maken van een dergelijke uitzondering zich te dezen niet voordoen (vgl. mede HR 23 april 1999, NJ 2000, 158).

5.12. Het voorgaande impliceert dat het hof de bank evenmin kan volgen in haar betoog ‘dat het voor het verhaal door de crediteur op de opbrengst van de hem verpande of verhypothekerde zaken niet van belang is of die opbrengst middels parate executie wordt gegenereerd dan wel middel onderhandse verkoop’ (zie grief II), nu de Bank blijkens de toelichting op dit betoog daarmee bedoelt dat het een hypotheekhouder is ‘toegestaan zich te verhalen op de opbrengst van het verhypothekerde registergoed tegen roeyement van de hypotheek, ook wanneer dit plaatsvindt (kort) vóór het faillissement van de hypotheekgever/debiteur (paulianeuze transacties daargelaten; art. 42 Fw)’ (memorie van grieven onder 40). ook hier miskent de Bank dat zij geen gebruik heeft gemaakt van haar recht als hypotheekhouder tot parate executie in de zin van artikel 3:268 BW, met als gevolg dat zij – nu sprake was van een vrijwillige verkoop door de eigenaar waarbij de koopsom door de koper is voldaan op de rekening van de verkoper bij de Bank – niet

met voorrang recht kon doen gelden op de opbrengst en zich niet op verrekening zou mogen beroepen als zij, toen zij zich door creditering van die rekening tot debiteur van Ede maakte, niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw. Voor zover de Bank met deze grief bedoelt te betogen dat bij parate executie sprake is van verhaalsuitoefening door middel van verrekening (zie memorie van grieven onder 43, 3e gedachtestreepje) miskent de Bank dat in dat geval van verrekening geen sprake is omdat krachtens het bepaalde in artikel 3:270 lid 2 BW de opbrengst van de executoriala verkoop, voor zover de parate executant daarop recht heeft, rechtstreeks (door de notaris) aan deze wordt voldaan.

5.13. De Bank heeft bij gelegenheid van de pleidooien voor dit hof nieuwe stellingen verdedigd (zie pleitnotities Bank onder 1–19), die – kort samengevat – hierop neerkomen dat ‘de samenvoeging van de rekeningen op 12 oktober 1994 tegen het licht van art. 54 Fw moeten worden gehouden en niet de momenten van ontvangst en verrekening door de bank van de opbrengsten van de verkoop’ (pleitnotities Bank onder 12). De curator heeft tegen deze eerst bij pleidooi naar voren gebrachte stellingen bezwaar gemaakt. Het hof kan de vraag, of dit bezwaar terecht is, reeds hierom buiten beschouwing laten omdat – zoals het hof onder 5.10 reeds heeft overwogen – als criterium voor beantwoording van de hier aan de orde zijnde (subsidiare) vraag heeft te gelden of de Bank, toen zij zich door creditering van de rekening van Ede tot debiteur van Ede maakte, al dan niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw, waarvoor beslissend is of zij *op dat moment* wist dat Ede in een zodanige toestand verkeerde dat haar faillissement was te verwachten. Hieruit volgt dat deze (nieuwe) stellingen van de Bank moeten worden verworpen.

5.14. Het door de Bank aangevoerde meer subsidiaire verweer (zie memorie van

grievens onder 85–87), dat de crediteuren in het faillissement ‘niet in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld door de wijze waarop de Bank haar hypotheekrechten heeft afgewikkeld’, faalt eveneens. Naar het oordeel van het hof is te dezen niet zozeer relevant of de overige crediteuren bij een andere wijze van verkoop meer zouden hebben ontvangen, zoals de Bank in dit kader betoogt, maar is primair aan de orde of de Bank bevoegd is tot verrekening. Is zij dit niet, dan worden de overige crediteuren bij verrekening benadeeld omdat zij in dat geval ten onrechte in hun verhaalsmogelijkheden worden beperkt ten belope van het door de bank verrekende bedrag. Is de Bank wel bevoegd tot verrekening, dan is daarvan geen sprake. Daaraan voegt het hof nog toe dat het, voor zover de Bank – onder verwijzing naar met name HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 – beoogt te stellen dat in het geval dat zij niet bevoegd is tot verrekening de overige crediteuren door verrekening niet worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden omdat hen in dat geval slechts een voordeel zou ontgaan, de Bank daarin niet kan volgen.

5.15. Nu de Bank niet heeft gesteld, en evenmin anderszins is gebleken, dat zij bij het geven van haar toestemming voor de vrijwillige verkoop door Ede een pandrecht op de vorderingen van Ede op Slokker (tot betaling van de koopprijs) heeft doen vestigen (vgl. HR 23 april 1999, NJ 2000, 158) valt, gelet op al het voorgaande, niet in te zien op welke andere grond de Bank met voorrang boven andere schuldeisers recht zou kunnen doen gelden op de door Slokker betaalde bedragen. Dat laat onverlet dat de Bank zich jegens de curator op verrekening zal mogen beroepen in het geval dat de curator niet slaagt in het door hem te leveren bewijs dat de Bank, toen zij zich door creditering van de rekening van Ede tot debiteur van Ede maakte, niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw omdat zij op dat moment wist dat Ede

in een zodanige toestand verkeerde dat haar faillissement was te verwachten.”

Ik maak allereerst enige inleidende opmerkingen over art. 53 en 54 Fw en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie.

2.14. Volgens art. 53 Fw kan een schuldeiser van de boedel zich tijdens faillissement op verrekening beroepen. Zowel schuld als vordering moeten vóór faillissement zijn ontstaan; ook is verrekening mogelijk indien de vordering niet vóór faillissement is ontstaan, maar wel voortvloeit uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Teneinde *misbruik* van het creëren van een verrekeningsrecht tegen te gaan [\[noot:11\]](#) bepaalt art. 54 lid 1 Fw 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.”

Onder het “overnemen” van een schuld wordt blijkens rechtspraak van de Hoge Raad ook verstaan het geval dat de schuld van de bank jegens een kredietnemer-failliet is ontstaan, doordat de bank een girale betalingsopdracht van een derde aanvaardde en deze uitvoerde. [\[noot:12\]](#) In het onderhavige geval kan onder “overnemen” worden verstaan de bijschrijving van de van de notaris afkomstige koopsommen op de rekening van Ede bij de Bank; na de creditering had de Bank een schuld aan Ede.

Van niet te goeder trouw handelen in de zin van art. 54 lid 1 Fw is sprake indien de betrokkene bij de overneming wist dat de later gefailleerde in een zodanige toestand verkeerde dat diens faillietverklaring te verwachten was. [\[noot:13\]](#)

2.15. Er is een reeks van arresten geweest over de vraag naar de verrekeningsbevoegdheid van bankinstellingen in verband met het bepaalde in art. 53 Fw. [\[noot:14\]](#) Met betrekking tot hetgeen art. 54 Fw bepaalt heeft de Hoge Raad in het arrest HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (AMRO/THB) over de verrekeningsbevoegdheid van bankgiro-instellingen het volgende overwogen:

“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 surséance van betaling. Daarom moet (...) 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).”

In zijn noot onder het arrest geeft Vranken kernachtig weer waar het om gaat: de bank heeft een cliënt – bijvoorbeeld een onderneming die een krediet heeft – die “rood” staat. De bank weet dat het faillissement aanstaande is. Derden verrichten voordien nog allerlei betalingen door storting op de rekening van de cliënt bij de bank of geven opdracht daartoe. Het faillissement wordt daarna uitgesproken. De vraag is vervolgens aan wie de door de derden gestorte gelden toebehoren: aan de bank door middel van verrekening of aan

de curator ten behoeve van de boedel. Vranken merkt nog op dat *toevallige omstandigheden* niet bepalend mogen zijn voor iemands voorrangpositie. Het in het huidige betalingsverkeer niet meer rechtstreeks betalen aan de crediteur, maar aan een tussenstation – de bank – is zo'n toevalligheid. De bank mag hieraan geen voorrangpositie in verhouding tot andere crediteuren ontleen wanneer het gaat om de verdeling van de failliete boedel van de debiteur.

2.16. In HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN) gaat het om de vraag of de bank als stil pandhouder bevoegd is girale betalingen die strekken tot voldoening van aan de bank stil verpande vorderingen te verrekenen. De Hoge Raad stelt de hierboven weergegeven regel die bepaalt wanneer bankgiro-instellingen zich niet op verrekening kunnen beroepen voorop. Vervolgens overweegt hij:

“(…) 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”.

De Hoge Raad gaf voor deze uitzondering twee redenen. Ten eerste heeft de Bank reeds op grond van het (stille) pandrecht een voorrangrecht op de vordering, zodat zij zich niet op grond van het girale betalingsverkeer een uitzonderingspositie verschafte. Ten tweede strookt een verrekeningsmogelijkheid in dit geval met de opzet van het stille pandrecht op vorderingen, die ertoe strekt de onder het oude recht bestaande financieringspatronen te continueren en aan de schuldeisers evenveel zekerheid te bieden als bij de toen gangbare zekerheidseigendom.

Voor een bespreking van de hiervoor genoemde arresten verwijs ik naar de nrs. 7 tot en met 9 van de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het hierna nader te noemen arrest Van Gorp q.q./Rabobank. Zij wijst er onder meer op dat de Hoge Raad in het arrest Mulder q.q./CLBN spreekt over *strenge regels* met betrekking tot de verrekeningsbevoegdheid van een bankinstelling terzake van betalingen op de rekening van haar cliënt in het zicht van of tijdens diens faillissement. De Hoge Raad wil na overneming van een schuldvordering verrekening door een bank alleen op niet al te lichte gronden toestaan.

2.17. In HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 m.nt. WMK (Van Gorp q.q./Rabobank) oordeelde de Hoge Raad over een geval waarin ten behoeve van de bank een stil pandrecht was gevestigd op roerende zaken (van Wollie) en deze zaken met toestemming van de bank werden verkocht waarna de verkoopopbrengst – na het faillissement van de pandgever – (door Bulten) op zijn bankrekening bij de bank werd gestort. De bank bepleitte met een beroep op het arrest Mulder q.q./CLBN dat zij tot verrekening bevoegd was. De Hoge Raad oordeelde dat geen plaats was voor een uitzondering op de regel dat een bank zich ter zake van een op de rekening van haar cliënt gedane girale betaling niet op verrekening kan beroepen indien deze betaling is ontvangen nadat de cliënt in staat van faillissement is verklaard. De Hoge Raad overwoog o.m.:

“Een pandrecht dat op roerende zaken is gevestigd zonder dat deze in de macht van de pandhouder zijn gebracht (...) komt niet van rechtswege te rusten op de vordering tot betaling van de koopprijs van die zaken indien deze met toestemming van de pandhouder aan een derde worden verkocht. De Bank heeft ook niet gesteld dat zij bij het geven van haar toestemming tot de verkoop van de inventaris een pandrecht op de vordering van Wollie op Bulten heeft doen vestigen (...)”.

In zijn noot onder het arrest merkt H.L.E. Verhagen op dat het aanbeveling verdient dat, wanneer partijen niet willen overgaan tot openbare verkoop van stil verpande zaken, zij zich nauwgezet houden aan de mogelijkheden die art. 3:251 BW biedt. Het alternatief is dat in situaties als de onderhavige de banken zich de vordering op de koper laten verpanden, aldus Verhagen. [\[noot:15\]](#)

2.18. In haar hiervoor reeds aangehaalde conclusie voor het arrest Van Gorp q.q./Rabobank zette A-G De Vries Lentsch-Kostense uiteen op grond waarvan de bank niet tot verrekening bevoegd was(nr. 13):

“Het enkele feit dat de bank als gevolg van de betaling door de derde feitelijk een mogelijkheid tot verrekening heeft gekregen, is onvoldoende om haar het recht te geven zich met uitsluiting van de andere schuldeisers op het door Bulten betaalde, en daarmee op de vordering van Wollie op Bulten, te verhalen. Anders dan de bank lijkt aan te voeren (...) is in dit verband niet relevant dat de betaling door Bulten geen ‘toevalstreffer’ was, omdat bij de verkoop van de inventaris was bedongen dat betaling op de rekening van Wollie bij de bank zou plaatsvinden. Het enkele feit dat op grond van een dergelijk beding aan de bank is betaald, kan (het pandrecht buiten beschouwing latend) niet meebrengen dat verrekening op grond van art. 53 F. mogelijk is. Er bestaat in deze feitelijke constellatie nog steeds geen, althans onvoldoende, verband tussen de betalingshandeling van de derde en de overeenkomst tussen Wollie en de bank waarop de vordering van de bank is gegrond; zie uit de hiervoor genoemde rechtspraak in het bijzonder HR 15 april 1994, NJ 1994, 607 m.nt. PvS (Verhagen q.q./INB). Een bank zou anders ook, door van cliënten te verlangen dat dezen hun wederpartijen uitsluitend zouden toestaan op een rekening bij die bank te betalen, eenvoudig een algemene

verrekeningsmogelijkheid kunnen creëren die zich niet met Uw zojuist genoemde jurisprudentie verdraagt.”

2.19. De Hoge Raad heeft in het arrest Van Gorp q.q./Rabobank overwogen dat nu de door Bulten gedane betalingen ook niet hun oorzaak vinden in de vóór de faillietverklaring van Wollie tussen de Bank en Wollie gesloten overeenkomst, het bepaalde in art 53 Fw. in de weg staat aan verrekening als door de Bank toegepast. Biedt deze overweging de Bank in de onderhavige zaak soelaas?

2.20. In zijn conclusie vóór HR 7 november 2003, NJ 2004, 61 (Juno Properties) [\[noot:16\]](#) heeft A-G Huydecoper mede aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad uiteengezet dat bij de uitleg van art. 53 en 54 Fw. doorslaggevend gewicht toekomt aan de *strekking* van die bepalingen. De strekking van art. 53 Fw. is om een crediteur van de gefailleerde die ook een schuld aan de gefailleerde heeft, een aanzienlijke voorsprong boven alle andere crediteuren te verschaffen. Wessels stelt dat de regeling van art. 53 op de gedachte stoelt dat het niet billijk is dat een schuldenaar van de gefailleerde, die op deze een vordering heeft met een tijdsbepaling of onder een voorwaarde, verplicht zou zijn om zelf zijn schuld ten volle te betalen, terwijl hij bij het opeisbaar worden van zijn vordering niets meer zou vinden om daarop verhaal uit te oefenen, of zich met enkele procenten tevreden zou moeten stellen. [\[noot:17\]](#) De Parlementaire Geschiedenis zegt daarover het volgende: [\[noot:18\]](#)

“De uitbreiding dus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid meebrengt, dat iedere schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking is het

middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen.”

2.21. De Hoge Raad heeft een grens gesteld aan de ruime verrekeningsbevoegdheid van art. 53 (en 234) Fw. Hij overwoog in het Postgiro-arrest:

“dat aan die artikelen, mede in het licht van de wetsgeschiedenis, niet een zó ruime strekking mag worden toegekend, dat zij van toepassing zouden zijn in alle gevallen, waarin een schuld die ontstaan is na de faillietverklaring (...) enig verband met een voordien gesloten overeenkomst houdt; dat van toepassing met name geen sprake kan zijn, indien de rechtstreekse oorzaak van het ontstaan van de schuld ligt in een na de faillietverklaring (...) verrichte rechtshandeling van een derde – zoals in het onderhavige geval de opdrachten tot overschrijving aan de Girodienst – welke zelf geen verband houdt met de vóór de faillietverklaring (...) gesloten overeenkomst waarop de vordering is gegrond.” [\[noot:19\]](#)

De Hoge Raad heeft de laatste zinsnede in het citaat (“geen verband houdt met de vóór de faillietverklaring (...) gesloten overeenkomst”) m.i. herhaald in het arrest Van Gorp q.q./Rabobank. [\[noot:20\]](#)

2.22. Tegen deze achtergrond bespreek ik de verschillende subonderdelen waaruit onderdeel 2 van het middel is opgebouwd.

2.23. *Subonderdeel 2.1* klaagt dat het hof heeft miskend dat art. 54 Fw. niet van toepassing is op een geval als het onderhavige omdat het faillissement van Ede (en Veenendaal) is uitgesproken op 26 oktober 1994 (respectievelijk 2 november 1994) en verrekening dus voor de faillietverklaring van Ede (en Veenendaal) heeft plaatsgevonden. Art. 54 Fw. is volgens het subonderdeel slechts van toepassing op het geval dat de overnemer van een schuld aan de gefailleerde (of een vordering op de gefailleerde) heeft

verrekenend ná faillietverklaring van zijn debiteur.

2.24. Het subonderdeel faalt. In art. 54 Fw. gaat het om de vraag of de betrokkene bij een verrekening bij de overneming te goeder trouw heeft gehandeld. De vraag of een schuldeiser te goeder trouw was wordt beantwoord door te bezien of hij wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was. [\[noot:21\]](#) Als de verrekening binnen de “verdachte periode” vóór de faillietverklaring plaatsvindt, is art. 54 Fw. van toepassing. Bovendien zou – indien de gedachtegang van het subonderdeel wordt gevolgd – een bankgiro-instelling zich een uitzonderingspositie verschaffen doordat zij door middel van compensatie afzonderlijk zou kunnen verhalen op hetgeen zij aan de schuldenaar in het zicht van het faillissement schuldig is geworden (zie rov. 3.3 van het arrest Amro/THB). N.E.D. Faber wijst er in dit verband n.m.m. terecht op dat in het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I [\[noot:22\]](#) de verrekening vóór faillissement plaatsvond en de Hoge Raad het beroep van de bank op art. 53 Fw. zonder meer had kunnen verwerpen. De Hoge Raad doet dit – aldus nog steeds Faber – niet, maar oordeelt dat het beroep op verrekening niet kan slagen omdat zich “veeleer” het geval van art. 54 Fw. voordoet. [\[noot:23\]](#)

2.25. *Subonderdeel 2.2* bouwt voort op de in onderdeel 1 verdedigde stelling dat de Bank een eigen recht had op de op de rekening van Ede gestorte bedragen en moet het lot van dat onderdeel delen.

2.26. *Subonderdeel 2.3* stelt dat het hof heeft miskend dat er geen (goede) grond bestaat de (door de Hoge Raad aanvaarde) regel 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, mede van toepassing te oordelen op een geval als het onderhavige. De klacht wijst – samengevat weergegeven – op de volgende omstandigheden: i) tussen de Bank en Ede is overeengekomen dat de Bank afstand zou doen van haar hypotheekrecht op voorwaarde dat de koopprijs zou worden betaald op rekening van Ede bij de Bank, zodat de Bank zich daarop door middel van verrekening zou kunnen verhalen; en ii) overeenkomstig deze voorwaarde is gehandeld. In het onderhavige geval was het niet het girale betalingsverkeer dat aan de Bank een uitzonderingspositie verschafte, maar de (gerechtvaardigde) uitzonderingspositie waarover de bank door haar hypotheekrechten reeds beschikte, aldus het subonderdeel.

2.27. Vooropgesteld dient te worden dat de Bank geen eigen recht op de koopsommen heeft; deze zijn gestort op de rekening van Ede bij de Bank. De Bank had ook geen zakelijk zekerheidsrecht; zij had haar hypotheekrecht – en dus haar uitzonderingspositie – prijsgegeven. Evenmin had zij een pandrecht doen vestigen op de vordering tot betaling. Zij had een dergelijk pandrecht kunnen doen vestigen. Als zij dit had gedaan, was er verder geen probleem: de bank had recht gehad op de verkoopopbrengst van het onroerend goed tot het bedrag dat Ede aan de Bank verschuldigd was. Ieder ander dan de bank zou zich met een concurrente vordering in faillissement in een benarde positie bevinden. Voor een bank is dan echter nog niet alles verloren: zij kan als tussenstation in het betalingsverkeer na creditering pogen een verrekening door te voeren met de schuld van haar cliënt. Om dat tegen te gaan heeft de Hoge Raad – zie hiervóór – strenge regels voor het toelaten van een dergelijke verrekening geformuleerd, waarop hij één uitzondering heeft gemaakt (Mulder q.q./ CLBN). Een tweede poging om de strenge regels niet van toepassing te doen zijn is niet geslaagd

(Van Gorp q.q./Rabobank). De onderhavige zaak vertoont een zekere verwantschap met de casus van laatstgenoemd arrest. Er is wel verschil. In het Van Gorp-arrest ging het om een verrekening na faillissement. In het onderhavige geval speelt een verrekening voor faillissement. [\[noot:24\]](#) Een gevolg hiervan is dat het probleem van het verband tussen handelingen van de Bank met de latere failliet die voor faillissement zijn verricht en het na faillissement ontstaan van een schuld van de Bank aan de failliet in het onderhavige geval niet aan de orde is. In art. 54 Fw. speelt vooral de vraag of de bank als tussenstation in het betalingsverkeer een niet-gerechtvaardigde voorrangpositie heeft die aan verrekening in de weg staat, voor zover de Bank niet te goeder trouw is.

2.28. De Bank legt in subonderdeel 2.3 de nadruk op de afspraak die zij met Ede heeft gemaakt; m.i. is niet eenvoudig te achterhalen wat de Bank en Ede precies hebben afgesproken. Ik meen dat de Bank in het subonderdeel en de s.t. aan de door haar gestelde afspraak een specifieke interpretatie geeft: met deze afspraak wilden de betrokken partijen volgens de Bank bereiken dat de ene uitzonderingspositie (op grond van een zekerheidsrecht) in een andere voorkeurspositie die de mogelijkheid tot verrekening aan de Bank bood zou worden omgezet. [\[noot:25\]](#) Ik begrijp dit aldus dat de Bank een direct verband legt tussen zijn aanvankelijke zekerheidspositie en de in de visie van de Bank door Ede en hemzelf beoogde verrekening. Deze verrekening zou de Bank een voorrangpositie opleveren die vergelijkbaar is met het goederenrechtelijk zekerheidsrecht waarvan de Bank afstand deed. Men kan spreken van een tussen partijen gemaakte behoud-van-voorrang-afpraak.

2.29. Zou, aannemende dat een dergelijke behoud-van-voorrang-afpraak is gemaakt, deze een voldoende rechtvaardiging zijn



om in het onderhavige geval de verrekening toe te laten? Men zou dan de volgende redenering dienen te verdedigen: in het onderhavige geval zijn de betalingen op de rekening van Ede geen toevallige betalingen. Als gevolg hiervan is de Bank in dit specifieke geval als meer dan alleen tussenstation voor het ontvangen van in het betalingsverkeer normale betalingen opgetreden. De kern van de afspraak tussen de Bank en Ede is immers dat de betrokken partijen verbondenheid tussen de aanvankelijke zekerheidspositie van de Bank en de door hen nagestreefde verrekening hebben tot stand gebracht. De betrokken partijen wilden het ene zekerheidsrecht door een ander vervangen. Dit geeft aan de betalingen op de rekening van Ede bij de Bank een bijzonder en in ieder geval niet toevallig karakter. Zij houden verband met de afspraak van de Bank met Ede. Al met al zou het toestaan van de verrekening recht doen aan de door partijen gewenste verbondenheid tussen de aanvankelijke zekerheidspositie van de Bank en de door hen in plaats daarvan nagestreefde verrekening.

2.30. Ik zou niet bij voorbaat willen uitsluiten dat de door de Bank gestelde bijzondere afspraak waarvan de kern is dat partijen beoogden de ene zekerheidspositie door een andere beoogden te vervangen in deze bijzondere omstandigheden gehonoreerd dient te worden. Ik zie in geval van zo'n behoud-van-voorrang-afpraak naast de Mulder q.q./CLBN-casus wel ruimte voor een tweede uitzondering op de door de Hoge Raad geformuleerde strenge regels voor verrekening door een bank. Hierbij spelen de strekking van art. 54 Fw (zie hierboven nr. 2.14; ik zou willen aannemen dat er in dit geval geen misbruik van een verrekeningsrecht is) en het arrest AMRO/THB (zie hierboven nr. 2.15; de desbetreffende betalingen zijn geen toevalstreffers) een rol. In de bijzondere omstandigheden van dit geval waarbij ook gewicht kan toekomen aan de in het subonderdeel genoemde

omstandigheid dat de betrokken rekening niet meer werd gebruikt voor gewoon betalingsverkeer lijkt het mij verdedigbaar dat het niet redelijk is de strenge regels voor verrekening onverkort toe te passen die de Hoge Raad bij een verrekening door een bank in het algemeen in het kader van art. 54 Fw wel hanteert (zie hierboven nr. 2.17). Niettemin blijft enige aarzeling gerechtvaardigd, omdat de Bank hier wel een moeilijke en riskante weg heeft gekozen om zijn aanvankelijke voorrangpositie in een andere vorm te behouden. De Bank had immers een pandrecht op de verkoopopbrengst kunnen eisen om zijn voorrangpositie veilig te stellen (zie hierboven nr. 2.27). De Bank heeft – zo zou men kunnen zeggen – geen optimaal gebruik gemaakt van de hem ter beschikking staande, voorrang gevende verhaalsopties. [\[noot:26\]](#) Waarschijnlijk heeft bij de aanpak van de Bank de omstandigheid een rol gespeeld dat de casus zich in 1994 afspeelde. Het is niet ondenkbaar dat de Bank op dat moment de problematiek van art. 54 Fw minder duidelijk voor ogen had, omdat de jurisprudentie van de Hoge Raad toen minder uitgewerkt was dan nu inmiddels het geval is. Cruciaal voor het toelaten van de verrekening is dat de door het subonderdeel gestelde overeenstemming tussen de Bank en Ede over het vervangen van de ene zekerheid door een andere voorrangpositie daadwerkelijk aangenomen mag worden.

2.31. In het procesdossier is geen door beide partijen ondertekend document te vinden waaruit de behoud-van-voorrang-afpraak klip en klaar blijkt. Dat is op zich niet doorslaggevend. Het maakt het wel lastig te achterhalen wat partijen precies hebben afgesproken. Het hof heeft hier kennelijk ook moeite mee gehad. M.i. heeft het hof de door het subonderdeel opgevoerde behoud-van-voorrang-afpraak niet vastgesteld. Het hof verwijst voor de vaststaande feiten terug naar het vonnis van de rechtbank Arnhem van 21 december

2000. Hierin wordt in overweging 1.5. niet meer vastgesteld dan dat partijen een regeling in der minne zijn overeengekomen die inhield dat de onroerend goed portefeuille van Ede en Veenendaal zou worden vervreemd en de opbrengst daarvan in mindering zou worden gebracht op de schulden van Ede en Veenendaal aan de Bank. Ik kan hierin niet de door de Bank in het subonderdeel gestelde behoud-van-voorrang-afspraken lezen. [\[noot:27\]](#) Hier lijkt veeleer sprake te zijn van een schuldaflossingsafpraak die m.i. in het licht van de hierboven vermelde jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 54 Fw. een onvoldoende rechtvaardiging is voor het toelaten van een verrekening onder het regime van art. 54 Fw. Uit deze afspraak wordt niet duidelijk hoe de aflossing van de bankschuld zich precies aan partijen voor ogen stond. Van belang is ook rov. 5.9 van het bestreden arrest van het hof. Hierin zegt het hof niet meer dan dat de Bank afstand deed van haar hypotheekrechten tegen betaling door de notaris van de op de koopsom betrekking hebbende bedragen op de rekening van Ede bij de Bank. Ook in deze overweging is niets te vinden van een bijzondere behoud-van-voorrang-afpraak die beide betrokken partijen gewild zouden hebben. Ook hierin lijkt het hof uit te gaan van een schuldaflossingsafpraak die m.i. in het licht van de hierboven vermelde jurisprudentie een onvoldoende legitimatie oplevert voor het toestaan van een verrekening. Het gevolg van dit alles is dat subonderdeel 2.3 feitelijke grondslag mist en daarom tevergeefs wordt voorgesteld.

2.32. *Subonderdeel 2.4* klaagt dat het hof heeft miskend dat de Bank reeds hierom te goeder trouw was in de zin van art. 54 Fw. omdat i) de Bank zich bij de creditering geen uitzonderingspositie verschaft, nu zij slechts haar eerdere, gerechtvaardigde uitzonderingspositie op grond van het hypotheekrecht heeft omgezet in een vergelijkbare (evenzeer gerechtvaardigde) uitzonderingspositie; althans ii) de Bank

zich geen feitelijk voordeel heeft verschaft met de bedoeling zich boven de overige schuldeisers te bevoordelen, aangezien zij dit voordeel (voorrangsrecht) reeds eerder had op grond van het hypotheekrecht.

2.33. Het subonderdeel faalt. De vraag naar de goede trouw van de Bank wordt beoordeeld aan de hand van het criterium of de “overnemer” op het ogenblik der verkrijging wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was. [\[noot:28\]](#) Voor de beoordeling van de goede trouw doen de in het subonderdeel genoemde omstandigheden niet terzake.

2.34. *Subonderdeel 2.5* klaagt dat het hof heeft miskend dat er in het onderhavige geval wel plaats is voor een uitzondering op de regel dat bankinstellingen zich te zake van op een rekening van hun debiteur gedane girale betalingen niet op de verrekening kunnen beroepen indien deze betalingen zijn ontvangen op een tijdstip waarop de bankinstelling wist dat diens faillissement was te verwachten. Volgens het subonderdeel gaat de vergelijking met HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 (van Gorp q.q./Rabobank) mank omdat i) het in dat arrest ging om verrekening ná faillissement en in het voorliggende geval gaat om verrekening vóór faillissementsdatum en/of ii) het in het onderhavige geval niet om toestemming gaat, maar om een overeenkomst op grond waarvan de bank afstand van haar hypotheekrechten zal doen onder de voorwaarde dat de verkoopopbrengst zal worden gestort op de rekening van de schuldenaar bij de bank teneinde zich daarop door verrekening te verhalen.

2.35. De klacht faalt nu de daarin aangevoerde omstandigheden niet nopen tot het maken van een uitzondering op de “strengere regels”. Art. 54 Fw heeft immers ook betrekking op verrekeningen voor faillissement. De behoud-van-voorrang-

afpraak is in het geding niet komen vast te staan.

2.36. *Subonderdeel 2.6.1–2.6.4* klagen onder meer dat het hof heeft miskend dat wanneer de Bank haar hypotheekrecht had uitgewonnen de andere crediteuren niet meer zouden hebben gekregen dan bij verrekening door de Bank. Ik meen dat er van benadeling van de andere crediteuren geen sprake zou zijn, als in het geding vast was komen te staan dat de Bank en Van Ede een behoud-van-voorrang-afpraak hadden gemaakt. Nu dit niet het geval is, is er wel van benadeling van de andere schuldeisers sprake. De Bank verhaalt zich immers door de verrekening met voorrang op de koopprijs, terwijl hij – na het prijsgeven van haar zakelijke zekerheidsrecht – slechts een concurrente vordering had.

2.37. *Subonderdeel 2.7.1* richt zich tegen rechtsoverweging 5.15 met de klacht dat het hof heeft miskend dat de Bank op de gronden uiteengezet in de voorafgaande middelonderdelen tot verrekening bevoegd was. Nu het subonderdeel voortbouwt op m.i. te verwerpen klachten, zal dit subonderdeel het lot van die klachten moeten delen.

2.38. *Subonderdeel 2.7.2* doet een beroep op de verrekeningsbevoegdheid van de Bank op grond van art. 8 van de compe-joint overeenkomst. Met de curator meen ik dat hier sprake is van een ontoelaatbaar novum, nu deze overwegend feitelijke stelling geen onderdeel van de rechtsstrijd in appèl vormde. [\[noot:29\]](#)

### 3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Verweerder in cassatie – verder te noemen: de curator – heeft bij exploit van 23 juli 1999 eiseres tot cassatie – verder te noemen: de bank – gedagvaard voor de rechtbank te Arnhem en gevorderd bij vonnis, voor zover de wet zulks toelaat uitvoerbaar bij voorraad, de bank te veroordelen om aan de curator te betalen een bedrag van f 2.242.458,=, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 10 oktober 1997 tot aan de dag der algehele voldoening.

De bank heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 21 december 2000 («JOR» 2001/47;*red.*) de bank in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren. Na niet gehouden enquête heeft de rechtbank de curator in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren en iedere verdere beslissing aangehouden.

Tegen beide tussenvonnissen heeft de bank hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Arnhem.

Bij arrest van 25 maart 2003 («JOR» 2003/131, m.nt. Vermunt; *red.*) heeft het hof beide bestreden tussenvonnissen van de rechtbank bekrachtigd, de zaak ter verdere beslissing naar die rechtbank verwezen en bepaald dat van dit arrest beroep in cassatie mag worden ingesteld.

(...; *red.*).

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de bank beroep in cassatie ingesteld. (...; *red.*).

De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De bank heeft de zaak doen toelichten door mrs B. Winters en J.A.M.A. Sluysmans, beiden advocaat bij de Hoge Raad; de curator heeft de zaak doen toelichten door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaten van beide partijen hebben bij brieven van achtereenvolgens 23 juli 2004 (de bank) en 12 augustus 2004 (de curator) op de conclusie gereageerd.

### 3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. Tussen Elma Vastgoed Ede B.V. (hierna ook: Ede), Elma Vastgoed Veenendaal B.V. (hierna ook: Veenendaal) en Bouwbedrijf E. Nieboer Veenendaal B.V. (hierna ook: Nieboer) enerzijds en (een rechtsvoorganger van) de bank anderzijds is op 15 september 1986 een compe overeenkomst tot stand gekomen. Op grond van deze overeenkomst waren Ede, Veenendaal en Nieboer jegens de bank hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars schulden aan de bank. Tevens heeft Ede zich hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor de schulden van Schildersbedrijf J. van Dijk en Zonen B.V. (hierna ook: Van Dijk) aan de bank.

ii. Als zekerheid voor de verleende kredieten had de bank hypotheekrechten verkregen op de onroerende zaken uit de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal. Op 14 juli 1992 heeft de bank de verleende kredieten opgezegd aan Ede, Veenendaal, Nieboer en Van Dijk.

iii. Tussen partijen is vervolgens in der minne een aflossingsregeling tot stand gekomen die onder meer inhield dat de vastgoedportefeuille van Ede en Veenendaal zou worden vervreemd en de opbrengst daarvan in mindering zou komen op de schulden van Ede en Veenendaal aan de bank.

iv. Op 22 juni 1994 is de vastgoedportefeuille van Ede en

Veenendaal aan Slokker Vastgoed B.V. en Clou Bouw B.V. verkocht.

v. Op 14 juni 1994 respectievelijk op 26 juli 1994 zijn op rekeningnummer 69.27.64.739 ten name van Ede bedragen van f 43.865,35 en f 3.076.713,= bijgeschreven. Deze bedragen waren afkomstig van mr. P.M. Vinke, notaris.

vi. Op 12 oktober 1994 heeft de bank de positieve en negatieve saldi van de verschillende rekeningen ten name van Ede, Veenendaal en Nieboer samengevoegd. Op 26 oktober 1994 is Ede in staat van faillissement verklaard, gevolgd door Veenendaal op 2 november 1994. In beide faillissementen is verweerder in cassatie tot curator benoemd.

vii. Op 24 januari 1995 is op de onder (v) vermelde rekening ten name van Ede een bedrag van f 342.051,16 bijgeschreven, welk bedrag afkomstig was van notariskantoor Van Apeldoorn/Taselaar te Ede.

3.2. In dit geding heeft de curator aan zijn hiervoor in 1 vermelde vordering ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat de bank schuldenaar is geworden van Ede doordat de hiervoor in 3.1 onder (v) vermelde bedragen zijn bijgeschreven op de rekening die Ede bij de bank hield. Ingevolge art. 54 F. was de bank niet bevoegd deze schuld te verrekenen met haar vordering op Ede, gelet op de strenge regels die door de Hoge Raad zijn ontwikkeld ten aanzien van een beroep op verrekening door een bankgiro-instelling in het zicht van het faillissement of de surseance van betaling van een rekeninghouder.

De bank heeft de vordering bestreden. Zij heeft daartoe met name aangevoerd dat art. 54 F. niet op het onderhavige geval van toepassing is omdat de bank met Ede en Veenendaal was overeengekomen dat zij afstand zou doen van haar recht van hypotheek tegen ontvangst van het haar uit

de opbrengst van de desbetreffende onroerende zaken toekomstige bedrag. Bij pleidooi in eerste aanleg heeft de bank daaraan toegevoegd dat de ten processe bedoelde bedragen niet zijn betaald aan Ede – door bijschrijving op de rekening die Ede bij de bank hield – maar rechtstreeks aan de bank. De hiervoor in 3.1 onder (vi) bedoelde samenvoeging van rekeningen heeft geen zelfstandige betekenis, maar betreft een louter administratieve handeling, aldus nog steeds de bank.

3.3. De rechtbank heeft in haar tussenvonnis van 21 december 2000 geoordeeld, kort gezegd,

a. dat uit de omstandigheden van het geval voorshands en behoudens door de bank te leveren tegenbewijs blijkt dat de desbetreffende betalingen wel degelijk aan Ede zijn gedaan en niet rechtstreeks aan de bank;

b. dat, indien de bank dit tegenbewijs niet levert, het door haar gedane beroep op verrekening afstuit op art. 54 F., mits de curator erin slaagt aan te tonen dat de bank op het moment waarop de ten processe bedoelde bijschrijvingen werden gedaan, wist dat het faillissement van Ede te verwachten was;

c. dat de bank in de gelegenheid wordt gesteld te bewijzen dat de na de faillietverklaring van Ede op haar bankrekening verrichte betalingen met instemming van de curator aan Ede zijn gedaan.

In haar op 20 december 2002 (lees: 2001; «JOR» 2002/39, m.nt. SCJJK; *red.*) gewezen tweede tussenvonnis heeft de rechtbank op grond van de inmiddels in het geding gebrachte bescheiden geoordeeld dat de bank het onder (a) bedoelde tegenbewijs niet heeft geleverd. Derhalve heeft de rechtbank de curator in de gelegenheid gesteld het in haar eerste tussenvonnis onder (b) bedoelde bewijs bij

te brengen. Wat betreft het in het eerste tussenvonnis onder (c) omschreven bewijsthema achtte de rechtbank de bank in haar bewijsopdracht geslaagd, zodat de bank zich wat een bedrag van f 342.051,16 betreft met recht op verrekening heeft beroepen.

De rechtbank heeft de bank in de gelegenheid gesteld tussentijds appel in te stellen tegen de door haar gewezen tussenvonnissen.

3.4. De bank heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt. De curator heeft geen incidenteel appel ingesteld tegen de hiervoor in 3.3 onder (c) bedoelde beslissing, zodat deze kwestie niet aan het oordeel van het hof werd onderworpen.

Wat betreft het hiervoor in 3.3 onder (a) bedoelde primaire verweer van de bank, sloot het hof zich aan bij het oordeel van de rechtbank (rov. 5.3–5.7). Wat betreft het subsidiaire beroep van de bank op verrekening onderschreef het hof het oordeel van de rechtbank, dat art. 54 F. hieraan in de weg staat, mits de curator het door de rechtbank geformuleerde bewijs levert (rov. 5.–5.13). Ten aanzien van het meer subsidiaire verweer van de bank dat de crediteuren in het faillissement van Ede niet in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld door de wijze waarop de bank haar hypotheekrechten heeft afgewikkeld, overwoog het hof dat het niet erom gaat of de overige crediteuren bij een andere wijze van verkoop meer zouden hebben ontvangen, maar of de bank bevoegd is tot verrekening (rov. 5.14). Ten slotte heeft het hof de bank in de gelegenheid gesteld tussentijds cassatieberoep in te stellen (rov. 5.17).

3.5. Onderdeel 1.1 is gericht tegen de verwerping door het hof van het primaire verweer van de bank dat de onderhavige betaling niet aan Ede is gedaan – op een te haren name gestelde rekening bij de bank – maar rechtstreeks aan de bank. Volgens het

onderdeel brengen de tussen partijen gemaakte afspraken mee dat de betaling van de verkoopopbrengst van de onroerende zaken van Ede en Veenendaal op de rekening van Ede bij de bank in de verhouding tussen laatstgenoemden een betaling door Ede aan de bank was, zodat Ede naar aanleiding van de storting van de verkoopopbrengst geen vordering op de bank verkreeg.

3.6. Voor zover het onderdeel een motiveringsklacht bevat, kan deze niet tot cassatie leiden op grond van het volgende. Het onderdeel verdedigt dat de betaling door de notaris die door de kopers was ingeschakeld, van de koopsom van de onroerende zaken op de rekening van Ede bij de bank, mede in het licht van hetgeen tussen de bank, Ede en Veenendaal is overeengekomen omtrent die betaling, naar de bedoeling van die partijen heeft te gelden als een betaling van de koopsom aan de bank.

Het hof, dat een reeks argumenten ten grondslag heeft gelegd aan zijn andersluidend oordeel, heeft daarmee naar de kern een zodanige overeenkomst, dan wel partijbedoeling – en daarom ook een betaling als door het onderdeel bedoeld – niet bewezen geacht. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. Ten eerste is de onderhavige betaling immers, zoals het hof in rov. 5.5–5.8 van zijn arrest heeft overwogen, gedaan door de notaris, terwijl uit de door de bank na het eerste tussenvonnissen in het geding gebrachte bescheiden niet kan worden afgeleid dat Ede en Veenendaal, die als verkopers recht hadden op betaling van de koopprijs, de notaris hebben opgedragen die bedragen rechtstreeks aan de bank te betalen, laat staan dat de notaris zulks daadwerkelijk zou hebben gedaan. Ten tweede heeft, naar het hof voorts heeft overwogen (rov. 5.5, slot), ook de bank zelf aan de notaris geschreven dat zij “slechts bereid was tot royement van haar hypotheekrechten indien de notaris de koopsommen aan haar zou betalen door

storting op de rekening van [Ede] bij haar”. De motiveringsklacht van het onderdeel faalt dus.

Voor zover het onderdeel mede een rechtsklacht bevat, kan het reeds daarom geen doel treffen omdat onvoldoende duidelijk is wat de precieze inhoud of grondslag van deze klacht is, zodat het onderdeel in zoverre niet voldoet aan de daaraan ingevolge art. 407 lid 2 Rv. te stellen eisen.

3.7. De onderdelen 1.2–1.8 van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering, nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.8. Onderdeel 2.1 van het middel – onderdeel 2 bevat slechts een inleiding – stelt dat het hof heeft miskend dat art. 54 F. niet van toepassing is op een geval als het onderhavige omdat het faillissement van Ede (en Veenendaal) is uitgesproken op 26 oktober 1994 (respectievelijk 2 november 1994) en verrekening dus vóór de faillietverklaring van Ede (en Veenendaal) heeft plaatsgevonden. Volgens het onderdeel is art. 54 F. slechts van toepassing indien de overnemer van een schuld aan de gefailleerde (of van een vordering op de gefailleerde) heeft verrekend ná faillietverklaring van zijn debiteur.

Het onderdeel kan geen doel treffen omdat het op een onjuiste rechtsopvatting berust. Het miskent dat, indien een debiteur van de schuldenaar – in dit geval de kopers van de desbetreffende onroerende zaken die de koopsom schuldig waren aan Ede en Veenendaal – zijn schuld aan deze voldoet door storting op diens bankrekening, de bank zich door creditering van die rekening tot debiteur maakt van de schuldenaar. Wanneer de bank daarbij niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 F., verzet deze

bepaling zich ertegen dat de bank zich op schuldvergelijking beroept (HR 8 juli 1987, nr. 12915, NJ 1988, 104). Anders dan het onderdeel betoogt, geldt het vorenstaande onverschillig of de bank voor, dan wel na de faillietverklaring van haar rekeninghouder een beroep op verrekening heeft gedaan.

3.9. Onderdeel 2.2 bouwt voort op onderdeel 2.1 en moet daarom het lot daarvan delen.

3.10. Onderdeel 2.3 betoogt dat verrekening wél mogelijk is in het onderhavige geval, dat erdoor wordt gekenmerkt dat Ede, Veenendaal en de bank zijn overeengekomen dat de bank afstand zou doen van haar recht van hypotheek op voorwaarde dat de koopprijs van de onroerende zaken zou worden betaald op de rekening van Ede bij de bank, zodat de bank zich daarop door verrekening kon verhalen, terwijl partijen nog voor de faillietverklaring van Ede dienovereenkomstig hebben gehandeld. Dusdoende heeft de bank zich geen ongerechtvaardigde uitzonderingspositie verworven ten nadele van de overige schuldeisers van Ede, zo stelt het onderdeel.

3.11. Het onderdeel strekt ertoe dat een uitzondering wordt aanvaard op de hiervoor in 3.8 aangehaalde 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. In het gegeven geval bestaat daartoe echter onvoldoende grond.

Op zichzelf is juist dat de overige schuldeisers van de rekeninghouder ten achter zouden hebben gestaan bij de bank wanneer deze de ten processe bedoelde onroerende zaken als hypotheekhouder zou hebben uitgewonnen. Hiermee vergeleken komen die overige schuldeisers niet in een mindere positie te verkeren door

aanvaarding van het beroep op verrekening door de bank en valt hun zelfs een voordeel toe waarop zij geen aanspraak hadden, doordat de bank afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek, terwijl haar beroep op verrekening – hoewel dat onmiddellijk samenhangt met de afstand door de bank van haar recht van hypotheek en berust op een tussen Ede, Veenendaal en de bank gemaakte afspraak – niet wordt gehonoreerd. Al deze omstandigheden, zowel op zichzelf als in samenhang bezien, brengen echter niet mee dat de bank kan ontkomen aan de consequenties van het feit dat zij afstand heeft gedaan van haar recht van hypotheek en dus ook van het recht van voorrang en de positie van separatist die zij daaraan ontleende, zonder – zoals mogelijk was geweest – tegelijk een pandrecht te doen vestigen op de opbrengst van de verkoop van de desbetreffende onroerende zaken of de vordering met instemming van de verkopers van de onroerende zaken rechtstreeks aan haar te laten voldoen. Ook het feit dat de met Ede en Veenendaal gesloten overeenkomst, de afstand van het recht van hypotheek, en het beroep op verrekening door de bank, alle voor de faillietverklaring van Ede hebben plaatsgevonden, brengt hierin geen verandering, nu art. 54 F. blijkens het hiervoor overwogene mede betrekking heeft op een beroep op verrekening vóór de faillietverklaring van de schuldenaar.

3.12. Voor zover de bank zich in dit verband mede wil beroepen op het feit dat de Hoge Raad al eerder een uitzondering heeft aanvaard op de vorenbedoelde strenge regels, kan dit haar evenmin baten. In zijn arrest van 17 februari 1995, nr. 15743, NJ 1996, 471, heeft de Hoge Raad inderdaad geoordeeld dat geen goede grond bestaat deze strenge regels mede van toepassing te achten op de mogelijkheid van verrekening door een bankinstelling van girale betalingen die zijn gedaan ter voldoening van aan haar stil verpande vorderingen ter zake waarvan zij nog geen mededeling heeft gedaan. Aan deze

beslissing lag ten grondslag dat de bank reeds op grond van haar stille pandrecht een recht van voorrang op het geïnde had, zodat niet kan worden gezegd dat zij zich door verrekening een uitzonderingspositie ten opzichte van de andere schuldeisers verschafte. Bovendien werd in aanmerking genomen dat een verrekeningsmogelijkheid in dit geval strookt met de opzet van het stille pandrecht op vorderingen, die ertoe strekt de onder het oude recht bestaande financieringspatronen te continueren en aan de schuldeisers evenveel zekerheid te bieden als de toentertijd gangbare zekerheidseigendom.

Tussen die beslissing en het onderhavige geval bestaan echter essentiële verschillen. In het in 1995 berechte geval had de bank als stil pandhouder weliswaar geen gebruik gemaakt van haar bevoegdheid haar pandrecht voor de faillietverklaring aan de schuldenaar mee te delen, zodat de pandgever – en na diens faillissement: de curator – bevoegd was gebleven nakoming van de verpande vordering te eisen (art. 3:246 lid 1 BW), maar dit deed niet eraan af dat het pandrecht was blijven bestaan, zodat de pandhouder zijn recht van voorrang op het door de curator geïnde bedrag van de verpande vordering behield. In het onderhavige geval heeft de bank echter, zoals hiervoor overwogen, nu juist afstand gedaan van haar recht van hypotheek, zodat het daaraan verbonden recht van voorrang eveneens kwam te vervallen. De vervolgens voor de bank resulterende positie als concurrent schuldeiser leidde ook naar het voor 1992 geldende recht niet tot een betere behandeling dan waarop andere concurrente schuldeisers aanspraak konden maken. Van doorkruising van bestaande financieringspatronen is in het onderhavige geval dus geen sprake.

3.13. De onderdelen 2.4–2.7 van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering, nu de klachten niet nopen tot

beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de bank in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

#### » Noot

1. Een zekerheidsgerechtigde heeft een executierecht en een voorrangrecht. Het voorrangrecht betreft een recht op voorrang bij verhaal op de executieopbrengst. Voorrang is dus pas aan de orde nadat executie heeft plaatsgevonden. De wijzen waarop kan worden geëxecuteerd zijn in de wet neergelegd. Zo bepaalt art. 3:268 BW voor hypotheek dat executie in beginsel in het openbaar plaatsvindt, tenzij de voorzieningenrechter heeft bepaald dat executie op een andere wijze, bijvoorbeeld onderhands, kan geschieden. In het onderhavige arrest is de vraag aan de orde op welke wijzen een zekerheidsgerechtigde zijn vordering uit de opbrengst van het verbonden goed voldaan kan krijgen, buiten de wettelijke executieregels om.

2. De door partijen gekozen constructie komt, enigszins vereenvoudigd, op het volgende neer. De hypotheekhouder (ING-bank) is met de hypotheekgevers (Ede en Veenendaal) overeengekomen dat de bank afstand doet van haar hypotheekrecht, wanneer de verhypothekerde onroerende zaken door Ede en Veenendaal worden vervreemd en de opbrengst wordt bijgeschreven op de rekening van Ede bij de bank. Met deze afspraak wordt door de bank beoogd de opbrengst in mindering te kunnen brengen op de schulden van Ede en Veenendaal aan de bank. De opbrengst wordt vervolgens in drie bedragen



bijgeschreven op de rekening van Ede bij de bank. De eerste twee bedragen worden bijgeschreven voordat Ede en Veenendaal in staat van faillissement worden verklaard. Het derde bedrag wordt bijgeschreven tijdens faillissement. De rechts-strijd beperkt zich in cassatie tot het beroep van de bank op verrekening van de eerste twee bedragen (zie Hof Arnhem 25 maart 2003, «JOR» 2003/131, m.nt. Vermunt, r.o. 5.3).

3. De Hoge Raad verwerpt het beroep op verrekening (r.o. 3.11). In de overwegingen die tot dit oordeel leiden, passeren drie vraagstukken de revue. Allereerst wordt overwogen dat de bijschrijvingen van bedragen op de rekening van Ede bij de bank, moeten worden aangemerkt als betalingen aan Ede en niet als betalingen aan de bank. De tussen partijen gemaakte afspraken kunnen volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel leiden (r.o. 3.5 en 3.6). Vervolgens wordt ingegaan op de stelling dat art. 54 Fw slechts van toepassing is op verrekening tijdens faillissement. Deze stelling berust volgens de Hoge Raad op een onjuiste rechtsopvatting. Onder verwijzing naar HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees & Hope I) overweegt de Hoge Raad dat art. 54 Fw zowel vóór als tijdens faillissement van toepassing kan zijn (r.o. 3.8). Na deze overwegingen komt de Hoge Raad toe aan de vraag of, gelet op de hiervóór onder 2 genoemde omstandigheden, verrekening door de bank in het zicht van faillissement in dit geval kan worden aanvaard (r.o. 3.10 tot en met 3.12). Ik zal mij in het navolgende beperken tot een bespreking van het laatstbedoelde vraagstuk.

4. De belangrijkste vraag die in het hiervóór geschetste kader wordt opgeworpen, is of de bank door verrekening een (ongerechtvaardigde) uitzonderingspositie verwerft ten nadele van andere schuldeisers (zie r.o. 3.10). In de literatuur kunnen ten aanzien hiervan twee benaderingen worden onderscheiden.

Enerzijds kan men de positie van de bank na verrekening, vergelijken met de positie die de bank zou hebben ingenomen wanneer verrekening niet wordt toegestaan en overigens dezelfde constructie zou zijn gehanteerd. In die vergelijking werkt verrekening door de bank ten nadele van andere schuldeisers, omdat deze schuldeisers zich, wanneer de bank niet mag verrekenen, zouden kunnen verhalen op de opbrengst van de verkochte onroerende zaken (vgl. N.E.D. Faber, «JOR» 1996/39 en «JOR» 1997/101; en N.S.G.J. Vermunt, «JOR» 2003/131). Anderzijds kan men de positie van de bank na verrekening vergelijken met de positie die de bank zou hebben ingenomen wanneer zij zou zijn overgegaan tot executie van de verhypothekerde zaken en tot verhaal (met voorrang) op de opbrengst van die executie. In die vergelijking werkt verrekening door de bank niet ten nadele van andere schuldeisers, omdat de opbrengst van de onroerende zaken ook in geval van executie en verhaal ten goede zou zijn gekomen aan de bank (vgl. S.C.J.J. Kortmann, «JOR» 2002/39; en Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, p. 389–407).

5. De eerste vergelijking gaat uit van een strikte toepassing van de regels omtrent verrekening rond faillissement; de tweede vergelijking gaat ervan uit dat er omstandigheden kunnen zijn die meebrengen dat van deze “strengere regels” mag worden afgeweken. De Hoge Raad heeft tot nu toe één omstandigheid aanvaard die tot een uitzondering kan leiden. Die omstandigheid is dat de bank een voorrangrecht heeft op de te verrekenen vordering (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN), waarover r.o. 3.12 van het onderhavige arrest). Overigens is mijns inziens de in dat arrest aanvaarde verrekeningsmogelijkheid tijdens faillissement, strikt genomen in strijd met art. 53 Fw, en gaat het argument dat de bank zich door verrekening geen uitzonderingspositie verwerft, in dat geval

niet op (zie A. Steneker, WPNR 6578 (2004), p. 379–380). In HR 23 april 1999, «JOR» 1999/109, m.nt. Verhagen (Van Gorp q.q./Rabobank) was een met het onderhavige arrest vergelijkbaar geval aan de orde, zij het dat het in dat arrest ging om de verkoop van verpande roerende zaken en om verrekening tijdens faillissement. In dat arrest werd verrekening niet toegestaan.

6. De arresten Mulder q.q./CLBN, Van Gorp q.q./Rabobank en het onderhavige arrest hebben een belangrijke gemene deler. In alle drie de gevallen had de bank kunnen overgaan tot executie en verhaal, maar heeft zij gekozen voor een andere constructie, waarbij de opbrengst van de goederen waarop de bank een zekerheidsrecht had, wordt bijgeschreven op de rekening van de schuldenaar bij de bank en waarbij de bank zich door middel van verrekening uit deze opbrengst wil voldoen. In alle gevallen geldt bovendien dat andere schuldeisers geen nadeel ondervinden van een verrekeningsrecht van de bank, wanneer hun positie wordt vergeleken met de positie die zij zouden hebben gehad wanneer de bank was overgegaan tot executie en verhaal. Dit argument werd in HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./Mees & Hope II), r.o. 3.6, bij een toetsing aan art. 47 Fw, gehonoreerd ten gunste van de bank. In het onderhavige geval staat tussen partijen zelfs vast dat verkoop door de hypotheekgever tot een hogere opbrengst zou leiden dan executie door de bank, omdat de bank in geval van executie verplicht zou zijn geweest om de goederen waarop zij zekerheidsrechten had, aan de gemeente Veenendaal aan te bieden (zie Rb. Arnhem 21 december 2000, «JOR» 2001/47, r.o. 1.5). Andere schuldeisers zouden zo bezien dus zelfs benadeeld kunnen worden wanneer de bank tot executie zou overgaan. Hoezeer dit argument ook moge pleiten vóór verrekening, er zijn mijns inziens twee argumenten om zelfs in dit geval verrekening niet toe te staan.

7. In de eerste plaats zou het toestaan van verrekening op basis van hypothesen onontkoombaar leiden tot de vraag welke hypothesen dan een argument voor verrekening kunnen opleveren. Meer bepaald rijst de vraag welke elementen van een hypothese verrekening zouden kunnen rechtvaardigen. In het onderhavige geval komen verschillende elementen voor beoordeling in aanmerking: (1) het feit dat de schuldeiser had kunnen executeren, (2) het feit dat de schuldeiser na executie een voorrangrecht had gehad, (3) het feit dat vaststaat dat met executie een lagere opbrengst zou zijn gegenereerd, en (4) het feit dat andere schuldeisers door de verrekening niet worden benadeeld. Het eerste argument zou ook kunnen worden gehanteerd door beslagleggers, het tweede ook door bevoorrechte schuldeisers. Ook het derde en vierde element kunnen worden gehanteerd door niet-zekerheidsgerechtigden, hetgeen kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld. Een bank die geen of onvoldoende zekerheden heeft, maant haar schuldenaar tot voldoening van diens schuld en dreigt met beslaglegging op een goed van de schuldenaar. Omdat beslaglegging en opvolgende executie voor zowel de bank als de schuldenaar onvoordelig zou zijn (omdat dit een te lage opbrengst zou genereren), wordt overeengekomen dat de bank geen beslag zal leggen wanneer de schuldenaar het goed verkoopt en de opbrengst doet bijschrijven op diens rekening bij de bank. De uiteindelijke bijschrijving vindt plaats in het zicht van faillissement. Kan de bank hier als argumenten voor verrekening aandragen dat zij beslag had kunnen leggen en vervolgens had kunnen executeren, dat aldus een lagere opbrengst zou zijn gegenereerd en dat andere schuldeisers door verrekening door de bank niet worden benadeeld wanneer de situatie na verrekening wordt vergeleken met de situatie die zou zijn ontstaan wanneer de bank de beschreven andere weg had gevolgd? Maakt het hierbij verschil of de

bank al beslag had gelegd en onder de genoemde voorwaarden bereid is het beslag op te heffen? Maakt het verschil of de bank een voorrecht had op het betreffende goed? Wanneer hypothesen een argument voor verrekening kunnen opleveren, zullen deze vragen moeten worden beantwoord. Het is onduidelijk wat hierbij het criterium zou moeten zijn. Het criterium dat de bank een hypothese kan opwerpen in vergelijking waarmee andere schuldeisers geen nadeel ondervinden van verrekening door de bank, lijkt mij veel te ruim.

8. Het tweede argument om verrekening niet toe te staan, is dat er bruikbare alternatieven beschikbaar zijn, die noch voor de bank, noch voor de overige schuldeisers bezwaarlijk zijn. Deze alternatieven worden door de Hoge Raad in r.o. 3.11 aangedragen. Als eerste mogelijkheid noemt de Hoge Raad dat de bank een pandrecht bedingt “op de opbrengst van de verkoop”. Niet duidelijk is of de Hoge Raad doelt op verpanding van de vordering tot betaling van de koopprijs, of op verpanding van de vordering uit hoofde van bijschrijving van de koopprijs op de rekening van de hypotheekgever bij de bank (vgl. art. 18 Algemene bankvoorwaarden). Wanneer de Hoge Raad doelt op verpanding van de vordering tot betaling van de koopprijs, moet worden bedacht dat betaling van die vordering aan de pandgever leidt tot het tenietgaan van het pandrecht én van de aan dat pandrecht verbonden voorrang (zie HR 12 juli 2002, «JOR» 2002/180 (Rabobank/Knol q.q.), r.o. 3.5). De uitzondering die is aanvaard in het arrest Mulder q.q./CLBN kan daarom mijns inziens vóór faillissement geen toepassing vinden (ook al suggereert de tekst van het arrest anders). De bank zal mededeling moeten doen van dit pandrecht om uit de opbrengst te kunnen worden voldaan. Het moeten mededelen van pandrechten kan onder omstandigheden bezwaarlijk zijn, bijvoorbeeld in geval van grote aantallen stil verpande vorderingen op verschillende

debiteuren. Deze omstandigheden doen zich in gevallen als het onderhavige echter niet voor. Het tweede alternatief dat door de Hoge Raad wordt genoemd, is dat wordt overeengekomen dat de opbrengst van de verkoop niet wordt betaald aan de hypotheekgever (door middel van bijschrijving op een door de hypotheekgever bij de bank aangehouden rekening), maar aan de bank. Van verrekening is in dat geval geen sprake, zodat men aan art. 54 Fw niet toekomt. Beide alternatieven komen erop neer dat de opbrengst van de verhypothekerde zaken wordt betaald aan de bank. In beide gevallen worden de verhypothekerde zaken verkocht door de hypotheekgever, zodat eventueel een hogere opbrengst kan worden gegenereerd. Bovendien is het, om gebruik te kunnen maken van deze alternatieve constructies, niet noodzakelijk dat de schuldenaar een rekening aanhoudt bij de schuldeiser, zodat de genoemde alternatieven ook voor andere schuldeisers dan bankinstellingen kunnen worden gehanteerd. Gelet op de beschikbaarheid van deze bruikbare alternatieven is het niet nodig de weg van de rechtvaardigende hypothesen in te slaan.

A. Steneker, wetenschappelijk medewerker burgerlijk recht RU Nijmegen

## » Voetnoten

[\[1\]](#)

Zie de feiten die de rechtbank onder 1.1 t/m 1.10 van haar vonnis van 21 december 2000 heeft vastgesteld. Het hof neemt die feiten in rov. 4 over, afgezien van rov. 1.5 laatste zin van dat vonnis; in rov. 5.9 oordeelt het hof dat van die vaststelling niet kan worden uitgegaan. Het hof heeft de feiten in rov. 5.2 van het bestreden arrest samengevat

[\[2\]](#)

Het vonnis van de rechtbank Arnhem is gepubliceerd in JOR 2002, 39 met kritische noot van S.C.J.J. Kortmann

[\[3\]](#)

Zie de niet bestreden rov. 5.3 van het arrest

[\[4\]](#)

Zie rov. 5.12 van het arrest

[\[5\]](#)

Het arrest van het hof Arnhem is gepubliceerd in JOR 2003, 131 met een instemmende noot van N.S.J.G. Vermunt

[\[6\]](#)

Prod. 3 bij conclusie na niet gehouden enquête van de curator

[\[7\]](#)

CvA, blz. 4

[\[8\]](#)

CvA, nr. 19

[\[9\]](#)

Pleitnota in eerste aanleg d.d. 5 november 2001, blz. 3/4

[\[10\]](#)

Zie de cpg (nr. 19) van A-G Huydecoper in de zaak C03/175 (Coöperatie Holland Transport Corporation Group U.A./Ebag Truck Lease B.V.)

[\[11\]](#)

Zie hierover: Polak-Wessels III, Gevolgen van de faillietverklaring (2), 2003, nr. 3410 met veel verwijzingen

[\[12\]](#)

Zie Polak-Wessels, a.w., nr. 3425 onder verwijzing naar HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees & Hope I) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV (AMRO/THB)

[\[13\]](#)

HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 m.nt. PhNH. Dit punt ligt in de onderhavige zaak nog open (vgl. rov. 5.15 van het bestreden arrest)

[\[14\]](#)

HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 m.nt. BW; HR 27 januari 1989, NJ 1989, 422 m.nt. PvS; HR 15 april 1994, NJ 1994, 607 m.nt. PvS. Zie voorts N.E.D. Faber, Verrekening en faillissement, in Serie Onderneming en recht, Financiering en aansprakelijkheid, 1994, blz. 180–186

[\[15\]](#)

JOR 1999, 109

[\[16\]](#)

JOR 2004, 57 m.nt. N.E.D. Faber

[\[17\]](#)

Polak-Wessels III, 2003, nr. 3370

[\[18\]](#)

Van der Feltz I, Geschiedenis van de Wet op het Faillissement, 1896, blz. 462

[\[19\]](#)

Zie ook HR 27 januari 1989, NJ 1989, 422 m.nt. PvS (Otex)

[\[20\]](#)

N.E.D. Faber stelt dat voor een beroep op verrekening voldoende is dat de te verrekenen schuld die eerst tijdens het

faillissement ontstaat, uit de afwikkeling van een vóór de faillietverklaring totstandgekomen rechtsbetrekking voortvloeit en dat die schuld “meer dan slechts enig (toevallig) verband” houdt met deze rechtsbetrekking. Zie zijn noot onder Rb Rotterdam 12 februari 1998, «JOR» 1998, 53

[\[21\]](#)

Vgl. A.I.M. van Mierlo in zijn noot onder Van Gorp q.q./Rabobank, AA 2000, blz. 55 (inleiding)

[\[22\]](#)

HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G

[\[23\]](#)

N.E.D. Faber, a.w., blz. 176 e.v. (waarin hij argumenten die voor het tegendeel pleiten weerlegt). Ook S.C.J.J. Kortmann lijkt ervan uit te gaan dat art. 54 Fw. mede ziet op verrekening vóór faillissement (Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht, 2002, blz. 394/395) Zie ook de door Polak-Wessels III, 2003, nr. 3433 genoemde auteurs. Anders: J.W. Winter, Concernfinanciering, 1992, blz. 207 en Aantasting van voor het faillissement verrichte verplichte rechtshandelingen, in: Vragen rondom de faillissementspauliana, 1998, blz. 74–79; J.T. Jol, Aspecten van verrekening tijdens faillissement en surcéance van betaling, in: De curator, een octopus, 1996, blz. 214; Polak-Wessels a.w., nrs. 3431 e.v. (met name blz. 248)

[\[24\]](#)

Zie ook S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder het rechtbankvonnis in deze zaak (JOR 2002,39, nr. 3)

[\[25\]](#)

S.t. Bank nrs. 111 e.v

[\[26\]](#)

Zie voor nog weer andere wegen die de Bank had kunnen bewandelen: N.S.J.G. Vermunt in zijn commentaar op het bestreden arrest van het hof in JOR 2003, 131

[\[27\]](#)

Ik verwijs ook naar onderdeel 10 van de dagvaarding van verweerder in cassatie en onderdeel 9 van de pleitnotities van de curator voor de rechtbank Arnhem waarin deze de deal releveert die hij in de dagvaarding noemt. Er wordt daar niet gerept over de wens van beide partijen om de ene zekerheidspositie door een andere vorm van voorrang te vervangen. Hetzelfde geldt voor onderdeel 6 van productie 5 bij CvE. Ook lees ik iets dergelijks niet in onderdeel 18 van CvA. Bovendien wordt in dat onderdeel slechts de bedoeling van de Bank weergegeven. Niet is daar aangegeven waarover de betrokken partijen het eens zijn geworden

[\[28\]](#)

HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 JBMV rov. 3.4

[\[29\]](#)

Zie de s.t. van mr. Snijders onder 4.21