

Bedrijfsjuridische berichten

Faillissementsrecht

Artikel 54 Fw en afstand van een zekerheidsrecht

(HR 19 november 2004, *RvdW* 2004, 129, (ING Bank/Gunning))

mr. A.J.W. van Elk

1

1. Inleiding

Art. 53 Fw breidt de mogelijkheid tot verrekening in faillissement uit ten opzichte van de regeling in het BW (art. 6:127 e.v.). Teneinde misbruik van die verruimde verrekeningsbevoegdheid te voorkomen, bepaalt art. 54 Fw dat degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd is tot verrekening indien hij bij de overneming niet te goeder trouw was.

In eerdere jurisprudentie (HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (AMRO/THB)) heeft de Hoge Raad het bereik van het begrip schuldoverneming in art. 54 Fw uitgebreid. Het ziet ook op de schuld die een bank aan haar rekeninghouder krijgt door creditering van diens bankrekening na betaling door een derde. Was de bank niet te goeder trouw bij die creditering, dan mag zij die schuld op grond van art. 54 Fw niet met een vordering op de rekeninghouder verrekenen. De bank is niet te

Faillissementsrecht

- 1 Artikel 54 Fw en afstand van een zekerheidsrecht, (HR 19 november 2004, *RvdW* 2004, 129, (ING Bank/Gunning)), mr. A.J.W. van Elk, advocaat Lovells te Amsterdam / 1

Bank- en effectenrecht

- 2 Het Wetsvoorstel Marktmisbruik nader bezien, mr. R. de Rijk, advocaat NautaDutilh te Amsterdam / 5

Aansprakelijkheidsrecht

- 3 Omkeringsregel en bewijsrecht, (HR 19 november 2004, *JOL* 2004, 608), mr. drs. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai, advocaat Pels Rijcken & Droogleevers Fortuijn te Den Haag / 8

goeder trouw als zij bij ontvangst van de betaling wist dat het faillissement van de rekeninghouder te verwachten was.

Deze uitbreiding van het bereik van art. 54 Fw is ingegeven door de wens te voorkomen dat een bank vanwege het girale betalingsverkeer in een bevoorrechte positie komt ten opzichte van andere crediteuren van de failliet. De bank zou dan namelijk via verrekening van het op de bankrekening betaalde bedrag een ruimere mogelijkheid hebben tot verhaal van haar vordering op de failliet. De Hoge Raad acht een dergelijke bevoorrechte positie niet gerechtvaardigd, mede gelet op het feit dat de betalingen slechts toevallig bij de bank terechtkomen. Er ligt geen specifieke



afpraak tussen de bank, de rekeninghouder en de betaler aan ten grondslag.

De Hoge Raad aanvaardde een uitzondering op deze verruiming van de reikwijdte van art. 54 Fw in het arrest Mulder/CLBN (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471). Het verrekeningsverbod van art. 54 Fw is niet van toepassing op de situatie dat de bank verrekent met een schuld die voor haar is ontstaan door creditering voor de betaling op een stil verpande vordering. De bank verschaft zich dan volgens de Hoge Raad geen voorrangspositie via art. 54 Fw. Die voorrangspositie bestaat volgens de Hoge Raad namelijk al op andere grond voor de bank: in de vóór invoering van het nieuwe BW bestaande praktijk van zekerheidscessie kon de bank als cessionaris van de geceedeerde vordering verrekenen. De minister heeft bij de behandeling van het nieuwe BW expliciet medegedeeld dat deze praktijk in het nieuwe BW voortgezet kon worden. Onder het nieuwe BW blijkt dat echter niet mogelijk indien geen mededeling is gedaan van de verpanding, omdat dan de vordering (en daarmee het pandrecht) door bevrijdende betaling aan de crediteur teniet gaat.

Aangezien de positie van de bank onder het nieuwe BW volgens de minister niet zou mogen verslechteren, staat de Hoge Raad de bank toe om zich dan via verrekening te verhalen op het betaalde onder de verpande vordering.

Verrekening wordt in de praktijk ook gebruikt om kredietrelaties af te wikkelen bij debiteuren die in de problemen zijn gekomen. Daarbij wordt ook wel de volgende constructie gebruikt: De rekeninghouder bij de bank verkoopt het object waarop hij ten gunste van de bank zekerheid heeft gevestigd. De bank doet ten behoeve van de koper afstand van haar zekerheidsrecht onder voorwaarde dat betaling van de koopprijs voor het gesecuriseerde object plaatsvindt op de rekening die de verkoper/rekeninghouder bij haar aanhoudt. Vervolgens verrekent de bank haar vordering op de rekeninghouder met de op die rekening betaalde koopprijs.

Het is de vraag of de bank in bovenstaande constructie mag verrekenen als zij wist dat het faillissement te verwachten was. In beginsel niet op grond van het arrest AMRO/THB. Maar de bank krijgt in deze constructie geen bevoorrechte positie door de verrekening. Zij had die positie immers al uit hoofde van haar zekerheidsrecht. Staat art. 54 Fw dan nog aan de verrekening in de weg? Deze vraag kwam aan de orde in het arrest van de Hoge Raad van 19 november 2004 in de procedure ING/Gunning. Dit arrest wordt hier besproken, mede in het licht van eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad op dit gebied.

2. Casus

Drie vennootschappen (A, B en C) hebben een kredietovereenkomst met de ING Bank N.V. Uit hoofde van die overeenkomst zijn ze alle hoofdelijk aansprakelijk voor elkaars schulden jegens de bank. Bovendien heeft de bank een hypotheekrecht verkregen op de vastgoedportefeuille van A en B tot zekerheid van de terugbetaling van het krediet. De drie vennootschappen komen in financiële problemen. De bank zegt het krediet op en komt een aflossingsregeling met A, B en C overeen. Onderdeel van die regeling is de verkoop van de vastgoedportefeuille, waarbij de opbrengst in mindering komt op de schuld van de vennootschappen aan de bank. Onder die voorwaarde is de bank bereid afstand te doen van haar hypotheekrecht.

De vastgoedportefeuille wordt op een goed moment verkocht en de koopprijs wordt op de derdengeldrekening van de betrokken notaris gestort. De bank heeft jegens de notaris verklaard afstand te doen van het hypotheekrecht, mits de notaris de bedragen aan haar zou betalen door storting op de bankrekening die A bij haar aanhield. De notaris stort die bedragen vervolgens ook op de bankrekening van A bij de Bank. Ongeveer een maand later voegt de bank de rekeningen van A, B en C samen en saldeert de positieve en negatieve saldi. Twee weken later gaat A failliet en weer een week later gaat B failliet.

De curator in het faillissement van A en B stelt vervolgens dat de bank de saldi niet met elkaar mocht verrekenen omdat zij niet te goeder trouw was op het moment van verkrijgen van haar schuld aan de vennootschappen. Volgens de curator wist de bank op het moment van verrekenen dat het faillissement van A en B te verwachten was. De curator beroept zich op art. 54 Fw.

3. Arrest

Volgens de bank was zij tot verrekening bevoegd. De bank voert in hoofdzaak drie gronden aan waarom het verrekeningsverbod van art. 54 Fw niet van toepassing zou zijn:

- Betaling vond niet plaats aan de rekeninghouder. Volgens afspraak tussen rekeninghouder en bank moest de betaling worden gezien als een rechtstreekse betaling van de rekeninghouder aan de bank. De betaling werd alleen administratief geboekt op de bankrekening van de betreffende rekeninghouder. Art. 54 Fw is niet van toepassing, omdat geen schuld is overgenomen.
- Verrekening heeft plaatsgevonden vóór fail-

lietverklaring. Art. 54 Fw zou slechts zien op verrekening na faillietverklaring.

- c. De bank had een zekerheidsrecht en heeft daarvan afstand gedaan, onder voorwaarde van storting van de koopprijs op de rekening van de (latere) failliet bij de bank. Zij heeft daarmee geen ongerechtvaardigde uitzonderingspositie verworven. Had de bank haar hypotheekrecht uitgewonnen, dan was de opbrengst aan haar ten goede gevallen. De overige crediteuren hadden dan het nakijken, net als met de verrekeningsconstructie.

Geen van de cassatiemiddelen treft echter doel. Voor wat betreft het eerste verweer oordeelt de Hoge Raad dat het hof terecht heeft aangenomen dat de betaling niet aan de bank, maar aan de rekeninghouder is gedaan. De betaling is verricht op de bankrekening van A. Bovendien heeft de bank feitelijk niet aannemelijk kunnen maken dat er een afspraak tussen haar en de rekeninghouder bestond dat een dergelijke betaling moest worden gezien als betaling door de rekeninghouder aan de bank. Aldus heeft het hof terecht geoordeeld dat de betaling niet aan de bank was gedaan maar aan de rekeninghouder.

Ook het tweede verweer dat art. 54 Fw slechts van toepassing is op verrekening in faillissement faalt. Volgens de Hoge Raad kan men een beroep op art. 54 Fw doen, ongeacht of verrekening vóór of na faillietverklaring heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad motiveert die overweging verder niet. Tenslotte het derde verweer. Met het argument dat hier geen sprake zou zijn van een ongerechtvaardigde uitzonderingspositie, appelleert de bank aan het arrest Mulder/CLBN uit 1995. De Hoge Raad achtte daarin het verrekeningsverbod van art. 54 Fw niet van toepassing op de situatie dat de bank verrekent met een schuld die voor haar is ontstaan na creditering voor betaling op een stil verpande vordering. De Hoge Raad kent echter in dit geval geen uitzonderingspositie aan de bank toe:

'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 vorderingen 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 dan 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.'

4. Commentaar

4.1. Reikwijdte van art. 54 Fw

Het arrest gaat verder op de weg die de Hoge Raad al eerder was ingeslagen. Banken hebben met het wijd verbreide gebruik van het girale betalingsverkeer een bijzondere positie bij verhaal op hun rekeninghouder. Een dergelijke bevoorrechte positie wordt in beginsel niet wenselijk geacht. Daartoe wordt het bereik van het verrekeningsverbod van art. 54 Fw opgerekt. Zo ook in dit arrest. Op zichzelf zijn er namelijk in de bewoordingen van art. 54 Fw wel aanwijzingen te vinden voor de stelling van de bank dat het artikel slechts bij verrekening in faillissement van toepassing is (N.E.D. Faber, 'Verrekening en Faillissement' in: *Financiering en Aansprakelijkheid*, 1994, p. 176-177). Art. 54 Fw begint met het woord 'niettemin'. Dit is een rechtstreekse verwijzing naar het voorgaande art. 53 Fw, dat op haar beurt slechts betrekking heeft op verrekening in faillissement. Bovendien spreekt art. 54 Fw van verrekening van een 'schuld aan of vordering op de gefailleerde'. Zou verrekening voor faillissement hebben plaatsgevonden, dan is er geen schuld aan of vordering op de gefailleerde. Die is dan immers vóór faillissement teniet gegaan door de verrekening. Ook de parlementaire geschiedenis wijst op een toepassing van art. 54 Fw in faillissement. In de memorie van antwoord bij art. 6:135 BW is expliciet door de Minister van Justitie medegedeeld dat art. 54 Fw zich niet leent voor uitbreiding buiten het geval van faillissement (MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1330).

Een dergelijke strikte toepassing van art. 54 Fw zou echter tot onbillijke resultaten kunnen leiden. Op die manier zou men snel een vordering of schuld kunnen overnemen om te verrekenen, terwijl men weet dat het faillissement aanstaande is. Strikte toepassing van art. 54 Fw zou daarmee tot gevolg kunnen hebben dat banken in het zicht van faillissement een zeer bevoorrechte positie in gaan nemen. Een dergelijke bevoorrechte positie

vindt de Hoge Raad ongewenst. Dat bleek al in het arrest AMRO/THB en dat blijkt nu weer. Deze beslissing van de Hoge Raad komt overigens niet uit de lucht vallen. In het eerder gewezen arrest Loeffen/Mees & Hope I (HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104) werd door de bank vóór faillietverklaring verrekend, terwijl ze wist dat het faillissement was aangevraagd. De bank beroept zich in die zaak op art. 53 Fw. Dit artikel heeft slechts betrekking op verrekening tijdens faillissement, terwijl hier sprake was van verrekening voor faillissement. De Hoge Raad had het beroep op art. 53 Fw simpelweg kunnen verwerpen. In plaats daarvan oordeelt de Hoge Raad dat het beroep op verrekening niet kan slagen omdat zich hier het geval van art. 54 Fw voordoet. Een aanwijzing, toen al, dat art. 54 Fw door de Hoge Raad extensief wordt geïnterpreteerd.

4.2. Behoud-van-voorrang-afpraak

De Hoge Raad volgt de bank evenmin in haar verweer dat tussen de bank en rekeninghouder een afspraak was gemaakt op grond waarvan de betaling van de koopprijs moest worden gezien als een rechtstreekse betaling van de rekeninghouder aan de bank. Een dergelijke afspraak heeft het hof niet aangenomen en gelet op de feitelijke situatie was dat niet onbegrijpelijk.

Welke bedoeling had de bank met het innemen van deze stelling? In zijn conclusie bij het arrest interpreteert A-G Timmerman de stelling van de bank als volgt: met die 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 bood) zou worden omgezet. De A-G typeert dit als een behoud-van-voorrang-afpraak.

Het is de vraag of een dergelijke afspraak een voldoende rechtvaardiging zou zijn om verrekening toe te laten. De Hoge Raad komt aan de beantwoording van deze vraag niet toe, omdat de behoud-van-voorrang-afpraak niet aannemelijk is gemaakt. De A-G zou echter niet bij voorbaat willen uitsluiten dat een dergelijke afspraak toch verrekening toe zou laten. Volgens de A-G zou er immers in dat geval geen sprake zijn van misbruik van een verrekeningsrecht (hetgeen art. 54 Fw nu juist beoogt te bestrijden). Bovendien zijn de desbetreffende betalingen geen toevalstreffers zoals het geval was in de casus van het arrest AMRO/THB. Maar ook de A-G aarzelt. De bank heeft met die constructie volgens hem een moeilijke en riskante weg 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 (Mulder/CLBN). Dat de bank heeft nagelaten een dergelijk pandrecht te vestigen komt waarschijnlijk doordat deze casus zich voor het arrest Mulder/CLBN afspeelde. Met die kennis zou de bank thans waarschijnlijk opteren voor een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopprijs.

4.3. Positie van de bank als zekerheidshouder

De positie van de bank als zekerheidshouder biedt in dit geval evenmin soelaas. De bank doet tevergeefs een beroep op Mulder/CLBN. In de casus die aan HR Mulder/CLBN ten grondslag lag, had de bank de hulp nodig van de Hoge Raad. Zij had in dat geval geen afstand gedaan van haar zekerheidsrecht, maar haar positie was – onbedoeld – door een wetswijziging verslechterd. In dit geval had de bank een zekerheidsrecht, maar heeft zij daarvan afstand gedaan. De voorrangpositie van de bank is daarmee komen te vervallen. Dit zou ook het geval zijn geweest onder het oude recht en dus is er geen analogie met het arrest Mulder/CLBN.

De Hoge Raad zet hiermee de lijn van Van Gorp/Rabobank (HR 23 april 1999, NJ 2000, 158) voort. Art. 54 Fw speelt alleen geen rol als sprake is van (verrekening na) betaling ter voldoening van aan de bank *stil verpande vorderingen*. Betaling van de koopprijs door een koper van de met toestemming van de bank verkochte stil verpande inventaris van de rekeninghouder/-verkoper valt niet onder de uitzonderingssituatie (Van Gorp/Rabobank). De betaling geschiedt in dat geval niet ter voldoening van aan de bank verpande vorderingen. De bank heeft nooit een voorrangrecht op de vordering tot betaling van de koopprijs gehad, omdat daar geen zekerheidsrecht op rustte. Het zekerheidsrecht rustte op het onderwerp van verkoop, namelijk de inventaris. Het verrekeningsverbod van art. 54 Fw is dan ook onverkort van toepassing. Ook al lopen er betalingen aan een failliet via de bank terwijl afstand wordt gedaan door de bank van een zekerheidsrecht, dan nog mag de bank niet verrekenen als zij wist dat het faillissement te verwachten was. Alleen in het geval van een betaling op een verpande vordering is dat anders.

4.4. Gevolgen voor de praktijk

Er zijn goede gronden voor de bank om mee te werken aan een verkoop van zaken tegen afstand van haar zekerheidsrecht. Een voorbeeld is de

verwachte hogere opbrengst zonder executoriale verkoop. Kan de bank daar nu niet meer aan meewerken, omdat ze dan haar voorrangsposities kwijt raakt en geen recht op verrekening terugkrijgt?

Uit het voorgaande blijkt al dat dit niet het geval is. Zoals gezegd speelt de casus van het arrest zich in 1994 af. Dat was voordat de Hoge Raad het arrest Mulder/CBLN wees. Op dat moment was de jurisprudentie omtrent het bereik van art. 54 Fw nog niet zo uitgebreid als nu het geval is. Mer de kennis van nu zou de bank wellicht voor een andere constructie gekozen hebben. De meest voor de hand liggende mogelijkheid is dat de bank een sùl pandrecht bedingt op de vordering tot voldoening van de koopprijs uit hoofde van de verkoop. Als die koopprijs vervolgens wordt voldaan aan de verkoper door creditering van de bankrekening van de verkoper/rekeninghouder, mag de bank verrekenen zelfs in het geval zij wist dat het faillissement te verwachten is. Art. 54 Fw is dan niet van toepassing op grond van de uitzondering die is neergelegd in het arrest Mulder/CLBN. Geheel risicovrij is deze constructie niet. Het onverplicht verlenen van een pandrecht op de vordering tot betaling van de koopprijs zou paulianeus kunnen zijn. Tegen een dergelijke vernietiging op grond van pauliana pleit echter dat in deze constructie het ene zekerheidsrecht wordt vervangen door het andere zodat geen benadeling van crediteuren plaats vindt.

Zou de bank niet ook afstand kunnen doen van haar zekerheidsrecht onder de voorwaarde dat de opbrengst van de verkoop van hetgeen waarvoor dat zekerheidsrecht was gevestigd rechtstreeks aan haar wordt gestort (dus op een andere bankrekening dan dat van haar rekeninghouder)? In dat geval zou men kunnen stellen dat er geen sprake is van een met schuldovertrekking in de zin van art. 54 Fw gelijkgestelde schuld. Verrekening van de schuld van de bank met haar vordering op de gefailleerde rekeninghouder zou dan op de voet van art. 53 Fw mogelijk moeten zijn. Gezien de – doelgerichte – jurisprudentie van de Hoge Raad bestaat echter het risico dat de overboeking naar een eigen rekening van een bank of een derdengeld rekening van haar adviseur ook onder het bereik van art. 54 Fw wordt gebracht. Deze constructie is eerder gesanctioneerd in lagere rechtspraak. De Rechtbank Arnhem oordeelde in het Quality Ice Cream vonnis (Rb. Arnhem 2 juni 2004, *JOR* 2004/218) dat een betaling door de notaris van de verkoopopbrengst van verpande goederen op de rekening van de later gefailleerde rekeninghouder bij de bank moest worden gezien als een betaling van die rekeninghouder aan de

bank. In dat geval is art. 54 Fw niet van toepassing.

De bank zou ook nog voor een behoud-van-voorrang-constructie kunnen kiezen. In dat geval zou zij uitdrukkelijk moeten vastleggen dat de betaling op de bankrekening heeft te gelden als een betaling aan haar in het licht van de afstand van het zekerheidsrecht. A-G Timmerman voelt er wel voor dat in een dergelijke situatie verrekening mogelijk moet zijn. De Hoge Raad heeft zich er echter nog niet over uitgelaten. Het is derhalve verstandig om in dat geval ook een pandrecht te vestigen.

In geval van een pandrecht kan de bank er tenslotte ook voor kiezen om geen afstand te doen van haar pandrecht en in overleg met haar rekeninghouder/schuldenaar te kiezen voor onderhandse executoriale verkoop op de voet van art. 3:251 lid 2 BW. Deze mogelijkheid biedt de wet echter niet voor een recht van hypotheek. De pandgever zou het verpande namens de bank kunnen verkopen. Daarvoor is wel vereist dat de pandgever reeds in verzuim is.



Het Wetsvoorstel Marktmisbruik nader bezien

mr. R. de Rijk

■ 2

1. Inleiding

Op 11 oktober 2004 is het Wetsvoorstel Marktmisbruik (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 2) bij de Tweede Kamer ingediend. Verwacht wordt dat het wetsvoorstel in werking zal treden rond de zomer van 2005. In dit artikel wordt allereerst kort ingegaan op de achtergrond van het wetsvoorstel en wordt vervolgens stilgestaan bij een aantal voorgestelde wijzigingen.

2. Achtergrond Wetsvoorstel Marktmisbruik

Op 12 april 2003 is de richtlijn 'betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik)' in werking getreden (richtlijn