

Dit wekt de indruk dat Rabobank eigenhandig de executieopbrengst kan bepalen, zodat A aan haar grillen is overgeleverd. Gevoelsmatig is er dan weinig verschil tussen niet gunnen en het intrekken van een bieding. Op die grond was niet-gunnen ontoelaatbaar in HR 11 april 1940, *NJ* 1941/10, m.nt. Scholten, waarin het hoogste bod door een vertegenwoordiger namens de executant was uitgebracht. Onzeker is of dat geval (daargelaten de verschillen met het onderhavige) tegenwoordig nog op dezelfde manier zou worden beoordeeld. Voor een uitzondering op het recht om niet te gunnen (vgl. art. 8 lid 2 en lid 7 AVVE 2017) is vermoedelijk zelden aanleiding. Als echter niet gunnen toch ontoelaatbaar zou zijn, staat de executiewaarde vast en is lossing tegen dit bedrag vermeerderd met executiekosten mogelijk totdat daadwerkelijk is gegund.

mr. W.D.M. Rijnenberg
medewerker wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en buitenpromovendus bij het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht

217

Geen verruiming verrekeningsbevoegdheid bank in zicht van faillissement

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
6 april 2022, roInr. HA ZA 21-47,
ECLI:NL:RBOBR:2022:1247
(mr. Schollen-den Besten)
Noot mr. C. Dullaart

Pandrecht. Verrekening door bank in het zicht van faillissement. Bank heeft vanaf moment dat zij wist dat faillissement was te verwachten geen voorrangspositie op door haar ontvangen pinbetalingen verband houdende met aan haar verpande winkelvoorraad. Geen verrekening mogelijk van vordering van bank op failliet met bijgeschrijvingen door pinbetalingen. Verruiming verrekeningsbevoegdheden ex art. 54 Fw niet redelijk en doelmatig. Verwijzing naar o.a. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (Mulder q.q./CLBN); HR 23 april 1999, «JOR» 1999/109, m.nt. Verhagen (Wollie); HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker (ING/Gunning q.q.) en HR 14 februari 2014, «JOR» 2014/118, m.nt. Schuijling en Faber (Feenstra q.q./ING).

[Fw art. 54]

De Hoge Raad heeft zich meerdere keren uitgelaten over de positie van de bank/kredietverstrekker die een zekerheidsrecht heeft en die zich door middel van verrekening wenst te verhalen op de opbrengst. Verwezen wordt naar HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (Mulder q.q./CLBN); HR 23 april 1999, «JOR» 1999/109, m.nt. Verhagen (Wollie); HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker (ING/Gunning q.q.) en HR 14 februari 2014, «JOR» 2014/118, m.nt. Schuijling en Faber (Feenstra q.q./ING). Het wettelijk kader is duidelijk en geeft pas in geval van verzuim het recht van een pandhouder om tot executie over te gaan, waarbij als hoofdregel geldt openbare verkoop. Alleen in geval van toestemming van de rechter of een afspraak tussen pandhouder en

pandgever over een andere wijze van verkoop kan van openbare verkoop worden afgezien. Alsdan behoudt de pandhouder wel zijn voorrangspositie. In alle andere gevallen heeft een pandhouder geen aanspraak op de aan hem verpande goederen dan wel de opbrengst daarvan. Worden stil verpande goederen met toestemming verkocht, dan vervalt daarmee het pandrecht en de voorrangspositie, tenzij de koopsom rechtstreeks aan de pandhouder wordt betaald of de vordering tot betaling van de koopsom aan de pandhouder wordt verpaid. Art. 53 en 54 Fw worden strikt toegepast door de Hoge Raad. Alleen in HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (Mulder q.q./CLBN) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bank, ondanks de regels neergelegd in art. 54 lid 1 en 2 Fw en de daarop gebaseerde rechtspraak, wel bevoegd is tot verrekening van haar vordering met schulden ontstaan door crediteringen als gevolg van betaling op vorderingen die aan die bank waren verpaid, ook indien de creditering plaatsvindt na het peilmoment indien de bank een pandrecht heeft op de vorderingen die giraal worden betaald. Betogen om tot ruimere verrekeningsbevoegdheden te komen, zijn niet aanvaard. De bank betoogt dat in dit geval wel goede redenen zijn om ruimere verrekeningsbevoegdheden te aanvaarden, omdat dit redelijk en doelmatig is. Dit betoog wordt niet gevolgd. De bank lijkt er ten onrechte van uit te gaan dat zij een voorrangspositie heeft op de opbrengst en dat het dus redelijk en niet ongerechtvaardigd is dat zij door middel van verrekening zich met voorrang kan verhalen op de opbrengst van de verpande goederen. Het systeem is duidelijk. Worden verpande zaken met toestemming van de pandhouder verkocht, dan vervalt het pandrecht en de voorrangspositie van de pandhouder. Mocht de pandhouder dat niet willen, dan staan hem andere mogelijkheden ten dienste. Dat dit wellicht in sommige gevallen tot economisch minder aantrekkelijke situaties leidt, maakt niet dat een crediteur ten koste van andere crediteuren een voorrangspositie zou moeten krijgen als de wet en jurisprudentie die mogelijkheid niet, althans onvoldoende, bieden. Daarbij gaat de bank eraan voorbij dat zij, uitgaande van haar betoog, wel degelijk profiteert van haar positie in het girale betalingsverkeer. Daardoor komt zij namelijk in de positie dat zij de opbrengst kan verrekenen met een eventuele vordering op haar schuldenaar. In een situatie waarin er geen sprake is

van een bank (en een bij die bank aangehouden bankrekening), zou dat anders zijn.

Ook het argument dat – kort gezegd – de pinbetalingen onmiddellijk en direct verband houden met verkoop van verpande voorraad, gaat niet op. Dat is niet van doorslaggevend belang. Als een aan de bank verhypothekerde woning wordt verkocht met toestemming van de bank, dan kan de bank zich niet automatisch verhalen op de koopsom, ook al houdt die koopsom direct verband met de aan haar verhypothekerde woning. Ook in die gevallen moet de bank ofwel de vordering tot betaling van de koopsom aan haar laten verpanden dan wel de koopsom rechtstreeks aan haar laten betalen. Verwezen wordt naar HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker (ING/Gunning q.q.). Dat dit bij verkoop van winkelvoorraad wellicht lastiger is, dan wel bepaalde mogelijkheden tijd kosten om te realiseren, is inherent aan het (wettelijke) systeem en maakt niet dat de bank dan op een andere manier een voorrangspositie zou moeten krijgen als de wet of jurisprudentie daarin niet voorzien. Het is aan de bank om haar positie en de risico's verbonden aan de kredietverstrekking en (de risico's van/aan) de door de bank bedongen zekerheden in te schatten. Bovendien zou het betoog van de bank erop neerkomen dat bij verkoop van een verpaid goed met toestemming van de pandhouder, de pandhouder altijd zijn voorrangspositie op de opbrengst behoudt. Dat staat haaks op het systeem.

Ook de door de bank aangevoerde argumenten dat het in meerdere opzichten doelmatig is om een uitzondering te aanvaarden op de strenge regels voor verrekening van girale betalingen voor verkoop van verpande voorraden, overtuigen niet. Het is aan de wetgever om de door de bank naar voren gebrachte aspecten te wegen en eventueel tot aanpassing van de wet te komen. Het huidige wettelijk kader biedt onvoldoende ruimte om gevolg te geven aan de door de bank aangevoerde argumenten.

Geconcludeerd wordt dat art. 54 Fw eraan in de weg staat dat de bank haar vordering op failliet kan verrekenen met de pinbetalingen ontvangen in de periode vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015.

Mr. R.G. Roeffen te 's-Hertogenbosch, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Geddes & Gilmore Retail BV, eiser,

advocaat: mr. M.J. Blommaert,
tegen
de coöperatie *Coöperatieve Rabobank UA* te Am-
sterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. T.H.D. Struycken.

(...; red.)

2. Wat is de kern van het geschil?

2.1. Geddes & Gilmore Retail B.V. (hierna: Geddes Retail) werd op 14 april 2015 in staat van faillissement verklaard.

2.2. Geddes Retail had een positief saldo op een bankrekening bij haar financier Rabobank. Dat positieve saldo was afkomstig van pinbetalingen van klanten voor door hen van Geddes Retail gekochte kleding (voorraad) die aan Rabobank was verpand. Na het faillissement van Geddes Retail verrekende Rabobank dat saldo met haar vordering op Geddes Retail.

2.3. Dit geschil betreft de juridische vraag of financier Rabobank bevoegd was tot deze verrekening. Volgens de curator is die verrekening in strijd met artikel 54 lid 1 van de Faillissementswet (hierna: Fw). Volgens Rabobank moet een uitzondering op die bepaling worden gemaakt, omdat dat redelijk en doelmatig is.

3. De feiten

3.1. Rabobank (en/of haar rechtsvoorganger) had kredieten verleend aan Geddes Retail en andere vennootschappen van het concern waarvan Geddes Retail deel uitmaakte. Rabobank had in verband met die kredieten zekerheden verlangd, waaronder een pandrecht op voorraden en een pandrecht op de vorderingen van Geddes Retail op derden. In verband met het pandrecht op de vorderingen liet Rabobank dagelijks verzamelakten bij de Belastingdienst registreren, waarvoor zij door Geddes Retail was gemachtigd.

3.2. Geddes Retail hield zich bezig met de verkoop van kleding in haar winkels. Rabobank had een pandrecht op de kledingvoorraad van Geddes Retail, maar zij had Geddes Retail toestemming gegeven om de kleding aan haar klanten te verkopen mits de opbrengst op de bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank werd gestort. De meeste klanten gebruikten pinbetalingen voor de aankoop van kleding uit de winkelvoorraad die Geddes Retail aan Rabobank had verpand. Die pinbetalingen werden bijgeschreven op een bank-

rekening van Geddes Retail bij Rabobank door middel van crediteringen, die Rabobank elke dag om 09:00 uur uitvoert (ook in het weekend).

3.3. Partijen hebben afgesproken dat er in deze procedure van kan worden uitgegaan dat Rabobank op 18 maart 2015 een faillissement van Geddes Retail kon verwachten en daarom vanaf die datum niet meer te goeder trouw was in de zin van artikel 54 lid 1 Fw (hierna ook: het peilmoment, nader uitgewerkt in dit vonnis onder “De beoordeling”).

3.4. Op 8 april 2015 zegde Rabobank de kredieten op die zij aan Geddes Retail en andere vennootschappen uit het concern had verleend.

3.5. In de periode van 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 werd totaal € 130.000, aan pinbetalingen van klanten op de bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank gestort.

3.6. Op 9 april 2015 sloten Rabobank en Geddes Retail een overeenkomst tot afwijkende wijze van verkoop in de zin van artikel 3:251 lid 2 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW, zie bijlage 8 curator). Die overeenkomst hield in dat de executie door Rabobank van haar pandrecht op de winkelvoorraad van Geddes Retail zou plaatsvinden door middel van verkoop van de winkelvoorraad door Geddes Retail in haar winkels, waarna de opbrengst op de bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank zou worden gestort.

3.7. Op 13 april 2015 diende Geddes Retail haar eigen aangifte tot faillietverklaring in. Het faillissement werd op 14 april 2015 uitgesproken.

3.8. De bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank had per 17 april 2015 een positief saldo van € 242.634,26. Dat positieve saldo was ontstaan door de pinbetalingen van de klanten voor de kleding die zij van Geddes Retail hadden gekocht en die aan Rabobank was verpand.

3.9. Bij brief van 17 april 2015 verzocht de curator aan Rabobank om het positieve saldo van alle bankrekeningen van Geddes Retail over te maken. Rabobank voldeed niet aan dat verzoek, maar deelde bij brief van 17 april 2015 mee dat zij het positieve saldo van € 242.634,26 verrekende met de vordering van € 6.846.327,82 die Rabobank op Geddes Retail had in verband met de kredietverstrekking aan het Geddes-concern (bijlage 10 curator).

4. De vorderingen van de curator

4.1. De curator vordert – samengevat –, na vermeerdering van eis:

1. voor recht te verklaren dat Rabobank de vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 door middel van crediteringen van pinbetalingen overgenomen schulden aan Geddes Retail vanwege het bepaalde in artikel 54 Fw niet kon en/of kan verrekenen met haar vordering(en) op Geddes Retail, dientengevolge niet heeft verrekend, althans dat Rabobank zich niet kon en/of kan verhalen op de vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 door middel van die pinbetalingen gerealiseerde verkoopopbrengsten en gehouden is deze aan de boedel van Geddes Retail te voldoen,

2. primair voor recht te verklaren dat Rabobank vanaf 18 april 2015, althans vanaf de datum van de dagvaarding, althans een door de rechtbank te bepalen datum tot de dag van algehele voldoening over het bedrag van € 130.000, de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a van het Burgerlijk Wetboek (BW) verschuldigd is,

3. subsidiair voor recht te verklaren dat Rabobank vanaf 17 april 2015, althans vanaf 1 maart 2018, althans vanaf de dag van de dagvaarding, althans een door de rechtbank te bepalen datum tot de dag van algehele voldoening over het bedrag van € 130.000, de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd is,

4. Rabobank te veroordelen in de proceskosten, vermeerderd met nakosten en wettelijke rente hierover vanaf de tiende dag na het te wijzen vonnis tot de dag van algehele voldoening.

4.2. Rabobank voert gemotiveerd verweer.

4.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling

Kernvraag

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of Rabobank in de periode vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 op de door Rabobank ontvangen pinbetalingen verband houdende met de aan haar verpande winkelvoorraad met voorrang mag verhalen doordat zij haar vordering op Geddes Retail heeft verrekend met die bijschrijvingen. Volgens de curator staat artikel 54 Fw daaraan in de weg. Rabobank bepleit dat ze daar wel toe bevoegd was. De rechtbank zal hierna uiteenzetten waarom het betoog van Rabobank niet zal worden gevolgd. Daarbij zal de rechtbank eerst de omvang van het geschil schetsen, dan ingaan op het wettelijke en juridische kader waarna aan de hand

daarvan het betoog van met name Rabobank zal worden besproken.

Omvang geschil partijen

5.2. Partijen zijn het erover eens dat Rabobank bevoegd was om het positieve saldo van de bankrekening van Geddes Retail te verrekenen voor zover dat saldo afkomstig was van pinbetalingen uit de periode tot 18 maart 2015, omdat Rabobank toen nog te goeder trouw was in de zin van artikel 54 lid 1 Fw. Ook zijn partijen het erover eens dat Rabobank bevoegd was om het positieve saldo te verrekenen voor zover dat afkomstig was van pinbetalingen uit de periode vanaf 9 april 2015. De rechtbank merkt op dat over die laatste periode geen sprake was van verrekening, maar van executie van het pandrecht op de winkelvoorraad door Rabobank, zodat Rabobank op grond van artikel 3:253 lid 1 BW zelf tot de executieopbrengst gerechtigd was (zie het arrest van de Hoge Raad van 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319 («JOR» 2014/118, m.nt. Schuijling en Faber; *red.*), Feenstra q.q./ING). Het geschil betreft daarom alleen de verrekening door Rabobank van het bedrag van € 130.000, uit de periode van 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 (die periode wordt door Rabobank de schemerzone genoemd).

5.3. De curator stelt dat die verrekening in strijd is met artikel 54 lid 1 Fw, omdat Rabobank in die periode niet te goeder trouw was. Het standpunt van Rabobank komt er in de kern op neer dat zij een extra uitzondering op artikel 54 Fw bepleit. Rabobank wijst op het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 1995 (ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, Mulder q.q./CLBN, hierna: het CLBN-arrest), waarin is beslist dat een uitzondering op artikel 54 lid 1 Fw moet worden gemaakt voor de girale opbrengst van vorderingen waarop een stil pandrecht rust. Rabobank stelt zich – samengevat weergegeven – op het standpunt dat het redelijk en doelmatig is om een tweede uitzondering op artikel 54 lid 1 Fw te maken voor de girale opbrengst van pinbetalingen bij verkoop uit een verpande winkelvoorraad.

Aard en strekking pandrecht

5.4. Voor de beoordeling van de in deze procedure voorliggende vraag is van belang om kort uiteen te zetten wat een pandrecht inhoudt. Een pandrecht is een zekerheidsrecht, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Het

biedt de crediteur (pandhouder) in beginsel de mogelijkheid om de aan hem verpande goederen uit te winnen (te verkopen) in geval van niet-voldoening van de tegenprestatie en zich bij voorrang te verhalen op de opbrengst, ook wel parate executie genoemd. Regels over pandrecht zijn te vinden in titel 3.9, afdelingen 1, 2 en 3 BW. Uitgangspunt is dat pas tot uitwinning van de aan de crediteur (pandhouder) verpande goederen kan worden overgegaan indien sprake is van verzuim. Uitwinning vindt plaats door middel van openbare verkoop (artikel 3:250 BW). Met rechterlijke goedkeuring is ook onderhandse verkoop of een ander wijze van verkoop toegestaan (artikel 3:251 BW). Volgens artikel 3:251 lid 2 BW kunnen partijen ook een afwijkende wijze van verkoop overeenkomen (vaak onderhandse verkoop), zij het dat die afspraak pas kan worden gemaakt ingeval de crediteur (pandhouder) bevoegd is om tot verkoop over te gaan. Dat is in de regel het geval zodra de schuldenaar (pandgever) in verzuim is. Het voorgaande komt er in de kern op neer dat de crediteur/pandhouder pas tot uitwinning van zijn pandrecht kan overgaan en zich met voorrang mag verhalen op de opbrengst indien hij daartoe op grond van de wet bevoegd is en dat dit in de regel pas is zodra de schuldenaar in verzuim is. Daarbij is openbare verkoop het uitgangspunt. Een crediteur/pandhouder kan dan pas gebruik maken van zijn voorrangpositie.

Girale betaling

5.5. Voor de beoordeling van de in deze zaak voorliggende vraag is ook van belang om in te gaan op de aard van een girale betaling. Wat is een girale betaling? Een betaling met een pinpas resulteert in een girale betaling als gevolg van creditering van de bankrekening van de verkoper. Deze creditering wordt behandeld als een schuldoverneming in de zin van artikel 6:155 BW. De Hoge Raad heeft beslist dat een creditering van een bankrekening in het giraal betalingsverkeer gelijk gesteld moet worden aan schuldoverneming als bedoeld in artikel 54 Fw (HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449, Amro Bank/curatoren THB).

5.6. Op grond van artikel 6:140 BW vindt in rekening-courant verrekening van rechtswege plaats. De mogelijkheden tot verrekening worden in geval van een faillissement beperkt door artikel 54 lid 1 Fw:

“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.”

Dit laatste, kort gezegd het moment dat hij niet meer te goeder trouw is, wordt ook wel het peilmoment genoemd (hierna: het peilmoment). De schuldeiser is ten tijde van de overneming niet te goeder trouw indien de schuldeiser wist dat de schuldenaar in zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement dan wel surseance van betaling was te verwachten. Volgens partijen was Rabobank vanaf 18 maart 2015 niet meer te goeder trouw (zie punt 3.3. van dit vonnis).

Jurisprudentie over verrekening (in geval van een faillissement) en pandrecht

5.7. Naast het zojuist geschetste wettelijk kader is van belang om ook de jurisprudentie in dit kader uiteen te zetten. De Hoge Raad heeft zich meerder keren uitgelaten over de positie van de bank/kredietverstrekker die een zekerheidsrecht heeft en die zich door middel van verrekening wenst te verhalen op de opbrengst.

5.8. In het CLBN-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bank, ondanks de regels neergelegd in de leden 1 en 2 van artikel 54 Fw en de daarop gebaseerde rechtspraak, wel bevoegd is tot verrekening van haar vordering op de kredietnemer met schulden ontstaan door crediteringen als gevolg van betaling op vorderingen die aan die bank waren verpand, ook indien de creditering plaatsvindt na het peilmoment indien de bank een pandrecht heeft op de vorderingen die giraal worden betaald. Daarbij was voor de Hoge Raad onder meer van belang dat een bankinstelling onder het vóór 1 januari 1992 geldende recht zich door verrekening kon verhalen op hetgeen zij ontving ter voldoening van een aan haar tot zekerheid gecedeerde vordering (HR 29 januari 1993, NJ 1994, 171). Het strookt volgens de Hoge Raad met de opzet van het stil pandrecht, die ertoe strekt het mogelijk te maken de onder het oude recht bestaande financieringspatronen te continueren, de bevoegdheid tot verrekening door een bankinstelling óók te aanvaarden ten aanzien van een door haar ontvangen betaling, strekkende tot voldoening van een aan haar stil verpande vordering.

5.9. De rechtbank wijst ook nog op het arrest van de Hoge Raad van 23 april 1999 (ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, NJ 2000/158 («JOR»

1999/109, m.nt. Verhagen; *red.*) (Van Gorp q.q./ Rabobank, ook wel Wollie-arrest genoemd)). Dat geval betrof de verkoop van verpande winkelinventaris aan een derde waarbij de koopsom in drie termijnen moest worden betaald. De bank, Rabobank, had toestemming gegeven om tot verkoop over te gaan. De koopsom werd, deels na faillissement gestort op een door de schuldenaar (Wollie) bij Rabobank aangehouden rekening en Rabobank beroept zich vervolgens op verrekening. Het komt tot een procedure. De rechtbank en het hof passen het CLBN-arrest (analoog) toe op deze casus en komen tot het oordeel dat Rabobank zich door verrekening mocht verhalen op de koopsom ondanks het faillissement. De Hoge Raad oordeelt anders:

“Een pandrecht dat op roerende zaken is gevestigd zonder dat deze in de macht van de pandhouder zijn gebracht, zoals het in het onderhavige geval op de inventaris van Wollie (rechtbank: de schuldenaar) gevestigde pandrecht van de Bank (rechtbank: de Rabobank), 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 [A] (rechtbank: de koper van de inventaris) heeft doen vestigen. Het Hof heeft in zijn rov. 4.4.4 dan ook terecht de stelling van de Curator dat de Bank geen pandrecht op die vordering had, als juist aanvaard. Daarvan uitgaande, heeft het Hof echter ten onrechte geoordeeld dat de Bank haar vordering op Wollie wil verrekenen met bedragen die zij op de rekening van Wollie ontvangt ‘met betrekking tot dat stil c.q. bezitloos pandrecht. Niet valt in te zien op welke andere grond de Bank met voorrang boven andere schuldeisers recht zou kunnen doen gelden op de door [A] betaalde bedragen. Nu de door [A] gedane betalingen ook niet hun oorzaak vinden in de vóór de faillietverklaring van Wollie tussen de Bank en Wollie gesloten overeenkomst, staat het bepaalde in art. 53 lid 1 Fw in de weg aan verrekening als door de Bank toegepast. Voor een uitzondering – als aanvaard in voormeld arrest van 17 februari 1995 op de in dat arrest uiteengezette gronden – 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, is in een geval als het onderhavige geen plaats.”

5.10. Wat de rechtbank betreft volgt uit dit arrest het volgende:

- Indien stil verpande winkelinventaris met toestemming van de pandhouder wordt verkocht, vervalt het pandrecht;
- Het pandrecht komt niet van rechtswege te rusten op de vordering tot betaling van de koopsom;
- Als de koopsom op een bankrekening aangehouden bij de pandhouder wordt gestort, wordt het beroep van de bank op verrekening getoetst aan de artikelen 53 en 54 Fw;
- De uitzondering op artikel 54 Fw zoals overwogen in het CLBN-arrest is in dit soort gevallen niet van toepassing.

5.11. Rabobank betoogt dat de casus in het Wollie arrest een fundamenteel andere casus is dat in dit geval. De rechtbank volgt Rabobank daar niet in. Ook hier gaat het om verkoop met toestemming van de bank van stil verpande goederen. Dat het in het Wollie arrest ging om inventaris in plaats van voorraad is wat betreft de werking van het pandrecht niet relevant. Evenmin is de casus in het Wollie arrest niet fundamenteel anders doordat de koopsom in het onderhavige geval direct wordt voldaan door de klant door een pinbetaling en in het Wollie arrest in drie termijnen maar wel via een pinbetaling. Ook hiervoor geldt dat er niet van rechtswege een pandrecht komt te rusten op de vordering tot betaling van de koopsom of de koopsom zelve (hetgeen Rabobank overigens in deze procedure niet heeft betoogd). Dat past niet in het systeem van de wet. Gevolg is dat het beroep op verrekening van Rabobank moet worden getoetst aan, in dit geval artikel 54 Fw. Dat in geval van een pinbetaling er feitelijk een praktisch lastig te verpande vordering op de koper ontstaat (zoals door Rabobank is betoogd, maar door de curator weersproken), maakt niet dat dus sprake is van een wezenlijk andere casus. Het wordt wellicht voor Rabobank moeilijker (hetgeen de curator ook heeft betwist) om haar voorrangspositie te behouden omdat zij ter voorkoming van verval van haar voorrangspositie een pandrecht dient te vestigen op de koopsom, de koopsom rechtstreeks aan haar dient te worden betaald of de vordering tot betaling van de koopsom aan de pandhouder moet worden verpand, maar onmogelijk is het niet. Rabobank wijst er nog op dat in het Wollie arrest sprake was van verkoop aan een handelaar in plaats van een consument. Daar gaat de recht-

bank aan voorbij; dat is niet relevant voor de werking van het pandrecht.

5.12. In zijn arrest van 19 november 2004 heeft de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2004:AR3137 («JOR» 2005/19, m.nt. Steneker; *red.*); ING/Gunning q.q.) overwogen dat indien afstand is gedaan van het zekerheidsrecht (in dat geval ging het om een hypotheekrecht op een registergoed) doordat is ingestemd met verkoop van het goed niet automatisch voorrang wordt gekregen op de opbrengst indien het goed niet executoriaal is verkocht en dat in dat geval de bank niet gerechtigd was tot verrekening van haar vordering met de opbrengst. Daarbij overwoog de Hoge Raad dat de bank haar voorrangpositie had kunnen behouden door ofwel de koopsom rechtstreeks aan haar te laten betalen dan wel de vordering tot betaling van de koopsom aan haar te verpanden, waarna de koper aan de bank betaalt op basis van haar inningsbevoegdheid (openbaar pandrecht) of betaalt aan de verkoper/eigenaar op diens rekening bij de bank waarna de bank altijd — ook in het zicht van of tijdens faillissement — mag verrekenen (het CLBN-arrest). De door de bank bepleite ruime verrekeningsbevoegdheid werd niet door de Hoge Raad aanvaard. Het voorgaande geldt ook voor pandrecht.

5.13. De Rabobank betoogt dat dit arrest van de Hoge Raad is achterhaald en verwijst daarbij naar een arrest van Hof Arnhem van 21 maart 2006 (ECLI:NL:HR:GHARN:2006:AV7615 («JOR» 2006/140; *red.*)) (punt 66 en verder conclusie van antwoord). De rechtbank volgt de bank daarin niet. Nergens uit blijkt dat de Hoge Raad afstand heeft genomen van hetgeen hij heeft overwogen in het ING/Gunning q.q.-arrest. Zolang dat niet het geval is, volgt de rechtbank het oordeel in dat arrest van de Hoge Raad.

5.14. Een andere situatie is indien tussen bank en pandgever een afspraak wordt gemaakt over een afwijkende wijze van verkoop in de zin van artikel 3:251 lid 2 BW door in de in winkel tot verkoop van de aan de bank verpande voorraden over te gaan en waarbij de opbrengst wordt bijgeschreven bij een door de pandgever bij de bank aangehouden rekening. De Hoge Raad heeft over die situatie geoordeeld dat de bank bevoegd is zich te verhalen op de rekening bijgeschreven bedragen, omdat de bank op grond van artikel 3:251 lid 1 BW zelf tot die opbrengst gerechtigd was (HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319 («JOR»

2014/118, m.nt. Schuijling en Faber; *red.*), Feenstra q.q./ING). De Hoge Raad overwoog: “Hierbij verdient opmerking dat het voorgaande ook niet in strijd is met de strekking van art. 54 Fw. De bank heeft zich immers niet ten nadele van de overige schuldeisers van [de later gefailleerde] in een betere positie gebracht, nu zij op grond van haar pandrecht bij voorrang gerechtigd is tot de opbrengst van de verpande winkelvoorraad. De bank heeft evenmin misbruik gemaakt van haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer, zoals bedoeld in (onder meer) het arrest HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, NJ 1988/104 (Loeffen q.q./Bank Mees en Hope), nu de storting van de verkoopopbrengst op de door [de later gefailleerde/bij de bank aangehouden bankrekening niet het gevolg is van ‘toevallige’ betalingen door derden op die bankrekening, maar plaatsvindt in het kader van de executie door de bank van haar pandrecht op de winkelvoorraad.”

5.15. Volgens de rechtbank valt uit dit arrest af te leiden dat als de pandhouder gebruik maakt van de wettelijke rechten tot uitwinning en verhaal, in dit geval de mogelijkheid gebonden in artikel 3:251 lid 2 BW, de pandhouder wel zijn voorrangpositie behoudt op de opbrengst en verrekening mogelijk is. Dit is in zoverre logisch omdat het een gevolg is van het gebruikmaken van de executiebevoegdheid van de pandhouder die er juist toe strekt om zich met voorrang te verhalen. Van deze mogelijkheid heeft Rabobank in dit geval ook gebruik gemaakt vanaf 9 april 2015.

Tussenconclusie

5.16. Wat betekent het voorgaande nu? Het wettelijk kader is duidelijk en geeft pas in geval van verzuim het recht van een pandhouder om tot executie over te gaan, waarbij als hoofdregel geldt openbare verkoop. Alleen in geval van toestemming van de rechter of een afspraak tussen pandhouder en pandgever over een andere wijze van verkoop kan van openbare verkoop worden afgezien. Alsdan behoudt de pandhouder wel zijn voorrangpositie. In alle andere gevallen heeft een pandhouder geen aanspraak op de aan hem verpande goederen dan wel de opbrengst daarvan. Worden stil verpande goederen met toestemming verkocht dan vervalt daarmee het pandrecht en de voorrangpositie, tenzij er een pandrecht wordt gevestigd op de koopsom, de koopsom rechtstreeks aan de pandhouder wordt betaald of

de vordering tot betaling van de koopsom aan de pandhouder wordt verpand. Artikelen 53 en 54 Fw worden strikt toegepast door de Hoge Raad. Alleen in het CLBN-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bank, ondanks de regels neergelegd in de leden 1 en 2 van artikel 54 Fw en de daarop gebaseerde rechtspraak, wel bevoegd is tot verrekening van haar vordering met schulden ontstaan door crediteringen als gevolg van betaling op vorderingen die aan die bank waren verpand, ook indien de creditering plaatsvindt na het peilmoment indien de bank een pandrecht heeft op de vorderingen die giraal worden betaald. Betogen om tot ruimere verrekeningsbevoegdheden te komen, zijn niet aanvaard.

Hierna zal de rechtbank eerst het betoog van Rabobank uiteenzetten en daarna het betoog van de curator.

Betoog Rabobank

5.17. Rabobank betoogt dat in dit geval wel goede redenen zijn om ruimere verrekeningsbevoegdheden te aanvaarden, omdat dit redelijk en doelmatig is. Zakelijk weergegeven geeft Rabobank daarvoor de navolgende argumenten. De ratio van de rechtspraak over de strenge regels voor verrekening in het girale betalingsverkeer is dat voorkomen moet worden dat banken zonder redelijke grond of rechtvaardiging kunnen profiteren van hun bijzondere positie in het girale betalingsverkeer, ten koste van de gezamenlijke schuldeisers van de insolvente rekeninghouder (zie onder meer het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2018, Eurocommerce, ECLI:NL:HR:2018:2189 («JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling; *red.*)).

Het CLBN-arrest is de basis geworden voor een bestendige lijn in de jurisprudentie met slechts enkele mineure verfijningen, waarin is bepaald dat verrekening is toegestaan mits niet alleen de betaalde vordering was verpand, maar ook het pandrecht strekte tot zekerheid van de vordering die door verrekening van het geïnde wordt gedelgd. Deze jurisprudentie wordt in de doctrine toegejuicht, omdat deze doelmatig en redelijk wordt geacht. De jurisprudentie heeft een kader gecreëerd waarin een bank niet genoodzaakt is om ter bescherming van haar belangen voortijdig vergaande maatregelen te nemen die tot het faillissement van de onderneming leiden, maar aan de onderneming de ruimte en tijd kan bieden

om tot het laatst een redding of doorstart te beproeven.

Ook als het gaat om pinbetalingen bij verkoop van verpande voorraden is er een redelijke grond en rechtvaardiging voor een uitzondering op het uitgangspunt dat banken niet moeten kunnen profiteren van hun positie in het girale betalingsverkeer en dat dus een uitzondering op het uitgangspunt van artikel 54 Fw dient te worden aangenomen. Verrekening is redelijk omdat de creditering onmiddellijk en direct verband houdt met verkoop van verpande voorraad. De bevoegdheid tot verrekening is dan niet een uitbreiding maar een bestending van de verhaalsmogelijkheden die aan de bank zijn verleend doordat de voorraden aan de bank zijn verpand. De creditering als gevolg van een pinbetaling is dan geen toevallige omstandigheid waarvan een bank profiteert ten laste van andere schuldeisers van de pandgevers. De bank ontleent aan haar pandrecht op de voorraden al een aanspraak met voorrang op de eventuele opbrengst daarvan. Betaling zou zonder verkoop van de verpande voorraad niet zijn gedaan; het is dus geen toevallige betaling. Daar komt bij dat tussen pandgever en pandnemer is overeengekomen dat de opbrengst van verpande goederen altijd op een rekening bij de pandhouder wordt gestort. Ook is relevant dat de pinbetaling gekoppeld is aan een rekening bij de bank van de verkoper/pandgever zonder dat daarvan kan worden afgeweken. De ratio van de strenge regels voor verrekening van girale betalingen wordt gerespecteerd. Het voordeel van de bank is niet onredelijk of ongerechtvaardigd ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers, omdat het pandrecht op de voorraad daarvoor een voldoende redelijke grond biedt. Of een redelijke grond bestaat voor verrekening door de bank die pandhouder is, moet alleen in relatie tot de gezamenlijke schuldeisers (zonder pandrecht) worden beoordeeld.

Het is ook in meerdere opzichten doelmatig om een uitzondering te aanvaarden op de strenge regels voor verrekening van girale betalingen voor verkoop van verpande voorraden. Een verrekeningsbevoegdheid (i) voorkomt onwenselijk en schadelijk (maar legitiem) gedrag van de pandhouder ter bescherming van zijn positie, (ii) maakt complexe en kostbare alternatieve wijzen van (legitieme) bescherming van het pandhoudersbelang overbodig, en (iii) voorkomt transactiekosten. Doelmatige regels voorkomen kos-

ten-inefficiëntie in het economisch verkeer, alsmede economisch of maatschappelijk onwenselijk gedrag. De crux van het doelmatigheidsargument is dat het maatschappelijk en economisch heel wenselijk is dat de bank passief blijft. Niemand is gediend met maatregelen die een mogelijke (maar onzekere) deconfiture kunnen versnellen. Het moet de ondernemer zijn die beslist of een faillissement onvermijdelijk is of een redding nog mogelijk is. Een bank heeft daarop maar beperkt zicht. Als de bank wel van haar bevoegdheden gebruik zou moeten maken en Rabobank niet in haar betoog zou worden gevolgd, wordt hierdoor waarde van de verpande voorraad gedrukt en de kans op een redding of doorstart van de schuldenaar wordt verkleind.

Betoog curator

5.18. De curator meent dat er geen reden is voor een tweede uitzondering op artikel 54 lid 1 Fw en voert daarvoor het volgende aan.

Rabobank had verschillende mogelijkheden om haar positie als pandhouder te beschermen, maar heeft deze mogelijkheden niet benut. De curator wijst op de volgende mogelijkheden:

1. het vestigen van een stil pandrecht op de vorderingen van de verkoper op de koper,
2. het vestigen van een openbaar pandrecht op die vorderingen met mededeling aan de koper,
3. executie door middel van een afwijkende wijze van verkoop of
4. de klanten de koopsom rechtstreeks aan de bank laten betalen.

Het standpunt van Rabobank komt erop neer dat zij wil verrekenen zonder dat zij de voorraad executoriaal hoeft te verkopen en zonder dat zij de vorderingen van Geddes Retail op kopers hoeft te verpanden. De door Rabobank voorgestelde verrekeningsbevoegdheid valt buiten de grenzen die de Hoge Raad in het arrest ING/Gunning q.q. heeft gesteld aan de verhaalsmogelijkheden van een pandhouder. Een dergelijke verrekeningsbevoegdheid zou de andere schuldeisers van Geddes Retail zonder rechtsgrond benadelen en zou daarom resulteren in een ongerechtvaardigde en buitenwettelijke uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden van Rabobank ten koste van de andere schuldeisers.

Verrekening is niet redelijk, omdat de crediteringen geen direct en onmiddellijk verband houden met de verkoop van voorraden die aan Rabobank zijn verpand. De toestemming van Rabobank

voor verkoop door Geddes Retail van verpande zaken moet worden opgevat als een afstand van het pandrecht onder opschortende voorwaarde van levering aan de koper, zodat de zaken onbezwaard aan de koper kunnen worden geleverd. Daardoor is het pandrecht van Rabobank teniet gegaan en heeft Rabobank geen voorrang op de verkoopopbrengst boven andere schuldeisers. Die voorrang heeft Rabobank alleen bij executie van haar pandrecht. Het argument van Rabobank dat geen sprake is van een toevallige betaling, ontleent zij kennelijk aan het arrest Feenstra/ING, maar dat arrest ziet op een heel andere situatie. Ook het doelmatigheidsargument van Rabobank gaat niet op, omdat Rabobank diverse maatregelen had kunnen nemen. Rabobank streeft een uitzonderingspositie na die al eerder zijn verworpen. De door Rabobank voorgestelde uitzondering is niet verenigbaar met het Wollie-arrest, het nog steeds geldende arrest ING/Gunning q.q. en het Eurocommerce-arrest.

Verder oordeel van de rechtbank

5.19. De rechtbank gaat niet mee in het betoog van Rabobank. Rabobank lijkt er ten onrechte van uit te gaan dat zij een voorrangpositie heeft op de opbrengst en dat het dus redelijk en niet ongerechtvaardigd is dat zij door middel van verrekening zich met voorrang kan verhalen op de opbrengst van de verpande goederen. Het systeem is duidelijk. Worden verpande zaken met toestemming van de pandhouder verkocht, dan vervalt het pandrecht en de voorrangpositie van de pandhouder. Mocht de pandhouder dat niet willen, dan staan hem andere mogelijkheden ten dienste. Dat dit wellicht in sommige gevallen tot economisch minder aantrekkelijke situaties leidt, maakt niet dat een crediteur ten koste van andere crediteuren een voorrangpositie zou moeten krijgen als de wet en jurisprudentie die mogelijkheid niet, althans onvoldoende bieden. Daarbij gaat Rabobank eraan voorbij dat zij, uitgaande van haar betoog, wel degelijk profiteert van haar positie in het girale betalingsverkeer. Daardoor komt zij namelijk in de positie dat zij de opbrengst kan verrekenen met een eventuele vordering op haar schuldenaar. In een situatie waarin er geen sprake is van een bank (en een bij die bank aangehouden bankrekening) zou dat anders zijn.

5.20. Ook het – kort gezegd – argument dat de pinbetalingen onmiddellijk en direct verband houden met verkoop van verpande voorraad gaat

niet op. Dat is niet van doorslaggevend belang. Als een aan de bank verhypotheceerde woning wordt verkocht met toestemming van de bank dan kan de bank zich niet automatisch verhalen op de koopsom, ook al houdt die koopsom direct verband met de aan haar verhypotheceerde woning. Ook in die gevallen moet de bank ofwel de vordering tot betaling van de koopsom aan haar verpanden dan wel de koopsom rechtstreeks aan haar laten betalen. De rechtbank verwijst naar het ING/Gunning q.q.-arrest. Dat dit bij verkoop van winkelvoorraad wellicht lastiger is, hetgeen de curator heeft weersproken, dan wel bepaalde mogelijkheden tijd kosten om te realiseren, is inherent aan het (wettelijke) systeem en maakt niet dat de bank dan op een andere manier een voorrangpositie zou moeten krijgen als de wet of jurisprudentie daarin niet voorzien. Het is aan de bank om haar positie en de risico's verbonden aan de kredietverstrekking en (de risico's van/aan) de door de bank bedongen zekerheden in te schatten. Bovendien zou het betoog van Rabobank erop neer komen dat bij verkoop van een verpand goed met toestemming van de pandhouder de pandhouder altijd zijn voorrangpositie op de opbrengst behoudt. Dat staat haaks op het systeem.

5.21. Ook de door Rabobank aangevoerde doelmatigheidsargumenten overtuigen de rechtbank niet, althans maken niet dat het betoog van Rabobank gevolgd wordt. Het is aan de wetgever om de door Rabobank naar voren gebrachte aspecten te wegen en eventueel tot aanpassing van de wet te komen. Het huidige wettelijk kader biedt onvoldoende ruimte om gevolg te geven aan de door Rabobank aangevoerde argumenten.

Conclusie

5.22. De rechtbank komt tot de volgende slotsom. Artikel 54 Fw staat eraan in de weg dat Rabobank haar vordering op Geddes Retail kan verrekenen met de pinbetalingen ontvangen in de periode vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015. Dat betekent dat het bedrag van € 130.000,- aan de boedel toekomt. De eerste vordering van de curator zal daarom worden toegewezen. De overige stellingen en betogen van partijen hoeven gezien dit oordeel geen verdere beoordeling.

De wettelijke handelsrente of wettelijke rente toevoegbaar?

5.23. Volgens de curator is over het bedrag van € 130.000, de wettelijke handelsrente van artikel 6:119a BW verschuldigd, terwijl volgens Rabobank daarover de gewone wettelijke rente van artikel 6:119 BW verschuldigd is.

5.24. Partijen verwijzen naar de arresten van de Hoge Raad van 8 december 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3106) en 30 oktober 2020 (ECLI:NL:HR:2020:1710), waarin is beslist:

“Art. 6:119a BW heeft alleen betrekking op de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten op grond van een handelsovereenkomst. Dit betreft de primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. De wettelijke handelsrente ziet dus niet op andere geldelijke verplichtingen waartoe zo'n overeenkomst aanleiding kan geven, (...)”

5.25. Bij het openen van de bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank is een overeenkomst tot stand gekomen waarbij Rabobank zich heeft verplicht tot dienstverlening en waarbij Geddes Retail zich heeft verplicht om voor die dienstverlening een periodieke vergoeding voor bankkosten te betalen. Die overeenkomst betrof een handelsovereenkomst in de zin van artikel 6:119a BW. Op grond van die overeenkomst was Rabobank ook verplicht om het positieve saldo van de bankrekening op eerste verzoek van Geddes Retail aan haar uit te betalen.

5.26. Volgens de curator is de verplichting tot uitbetaling van het positieve saldo een primaire betalingsverplichting uit de overeenkomst, zodat daarover de handelsrente verschuldigd is. Volgens Rabobank is alleen de verplichting van Geddes Retail tot betaling van de periodieke bankkosten een primaire betalingsverplichting.

5.27. De curator gaat er ten onrechte vanuit dat elke betalingsverplichting op grond van een handelsovereenkomst moet worden aangemerkt als een primaire betalingsverplichting zoals door de Hoge Raad bedoeld. Uit de eerste zin van het citaat uit de arresten blijkt dat de Hoge Raad alleen de geldelijke tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten als een primaire betalingsverplichting beschouwt. Dat is bij een overeenkomst over een bankrekening de verplichting van de klant tot betaling van de periodieke bankkosten. De verplichting van de bank tot uitbetaling van het positieve saldo is geen primaire betalingsverplichting als tegenprestatie voor geleverde goede-

ren of diensten, maar een bijkomende betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst. Over bijkomende betalingsverplichtingen is niet de handelsrente verschuldigd maar de gewone wettelijke rente.

5.28. De curator heeft in zijn conclusie van repliek zijn eis vermeerderd met een subsidiaire verklaring voor recht over de ingangsdatum van die gewone wettelijke rente, die volgens de curator primair vanaf 17 april 2015 verschuldigd is. Die dag heeft de curator om uitbetaling van het positieve saldo verzocht, maar heeft Rabobank dat saldo verrekend met haar vordering op Geddes Retail. Dat was volgens de curator een mededeling van Rabobank waaruit de curator moest afleiden dat Rabobank in de nakoming van de verbintenis zou tekortschieten. Op grond van artikel 3:83 sub b BW was Rabobank daarom vanaf 17 april 2015 in verzuim en dus vanaf die datum de wettelijke rente verschuldigd.

5.29. Rabobank heeft bij conclusie van dupliek alleen verwezen naar haar conclusie van antwoord, waarin Rabobank het standpunt inneemt dat de rente pas verschuldigd is vanaf de dag van de dagvaarding. Rabobank heeft dat standpunt niet toegelicht.

5.30. De rechtbank constateert dat de curator zijn stelling over het verzuim vanaf 17 april 2015 naar behoren heeft onderbouwd en dat Rabobank daartegen geen steekhoudend verweer voert. Rabobank is daarom de wettelijke rente verschuldigd vanaf 17 april 2015.

5.31. Rabobank doet ook nog een beroep op matiging van de rente zoals bedoeld in artikel 6:109 BW. De argumenten van Rabobank voor die matiging zijn echter onvoldoende reden voor matiging van de (lage) wettelijke rente van artikel 6:119 BW. De omstandigheid dat de curator het voorstel van Rabobank heeft verworpen om het bedrag van € 130.000, op een escrowrekening te zetten, is geen reden voor matiging omdat dit niet zou gelden als betaling aan Geddes Retail en daarom de verplichting van Rabobank tot betaling van wettelijke rente niet zou hebben beëindigd. Ook het argument van Rabobank dat de curator onnodig lang heeft stilgezeten door pas zes jaar na het faillissement de dagvaarding in deze zaak te laten uitbrengen, is geen reden voor matiging. Rabobank betwist niet dat partijen in die zes jaar ook langdurig hebben gesproken over standpunten van Rabobank die zij dankzij de gemaakte procesafspraken in deze procedure niet meer in-

neemt. Bovendien had Rabobank de renteperiode ook kunnen beperken door zelf een procedure aanhangig te maken waarin zij een verklaring voor recht had kunnen vorderen dat zij het bedrag van € 130.000, niet hoefde te betalen.

5.32. Het voorgaande leidt ertoe dat de tweede vordering (tot kort gezegd betaling van de wettelijke handelsrente, punt 4.1. onder 2) van de curator wordt afgewezen. De derde vordering (tot kort gezegd betaling van de wettelijke rente, punt 4.1. onder 3) van de curator zal worden toegewezen.

Proceskosten

5.33. De Rabobank de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

5.34. De kosten aan de zijde van de curator worden begroot op:

(...; *red.*)

5.35. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen als hierna onder “De beslissing” vermeld.

5.36. De door de curator gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten zal worden toegewezen als hierna onder “De beslissing” vermeld.

6. De beslissing

De rechtbank

6.1. verklaart voor recht dat Rabobank de vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 door middel van crediteringen van pinbetalingen overgenomen schulden aan Geddes Retail vanwege het bepaalde in art. 54 Fw niet kon en/of kan verrekenen met haar vordering(en) op Geddes Retail, diens gevolg niet heeft verrekend, althans dat Rabobank zich niet kon en/of kan verhalen op de vanaf 18 maart 2015 tot en met 8 april 2015 door middel van die pinbetalingen gerealiseerde verkoopopbrengsten en gehouden is deze aan de boedel van Geddes Retail te voldoen,

6.2. verklaart voor recht dat Rabobank over het bedrag van € 130.000, de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf 17 april 2015 tot aan de dag van voldoening,

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

6.5. wijst het meer of anders gevorderde,

6.6. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad, voor zover het de veroordelingen in punt 6.3. en 6.4. betreft.

NOOT

1. Rabobank probeert de rechtbank in deze casus een ruimere verrekeningsbevoegdheid in faillissement te ontlocken dan zij op basis van de wet en bestendige jurisprudentie lijkt te hebben. De kernvraag is of Rabobank zich door verrekening met voorrang mocht verhalen op een creditsaldo van een bij haar aangehouden bankrekening, terwijl zij niet te goeder trouw was in de zin van art. 54 Fw. Het gaat om een creditsaldo dat is ontstaan door *pinbetalingen* die verband houden met de verkoop van aan haar verpande winkelvoorraad.

2. Geddes & Gillmore Retail verkeerde in financiële moeilijkheden en mocht van Rabobank de aan haar (stil) verpande voorraad kleding aan particulieren verkopen, mits de opbrengst op de bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank zou worden gestort. Het ging om (reguliere) verkopen, waarbij kleding aan de kassa werd afgerekend door pinbetalingen. De pinbetalingen werden vervolgens gecrediteerd op een bankrekening van Geddes Retail bij Rabobank. Partijen zijn het erover eens dat Rabobank vanaf 18 maart 2015 het faillissement van Geddes Retail kon verwachten. Op 8 april 2015 zegde Rabobank het krediet op. Op 13 april 2015 vroeg Geddes Retail haar eigen faillissement aan en op 14 april werd het faillissement uitgesproken. De curator verzocht Rabobank op 17 april 2015 om het creditsaldo van € 242.634,26 aan de boedel over te maken, maar dezelfde dag verrekende Rabobank dit integraal met haar vordering. De curator stelt dat de verrekening strijdig is met art. 54 Fw en vordert betaling van het totaalbedrag aan pinbetalingen tussen 18 maart en 8 april 2015, zijnde € 130.000.

3. De rechtbank betreft in haar oordeelsvorming stapsgewijs vrijwel alle jurisprudentie die ten grondslag heeft gelegen aan het oordeel van de Hoge Raad in het Eurocommerce-arrest (HR 23 november 2018, «JOR» 2019/27, m.nt. Schuijling (*Eurocommerce*)). Niet verrassend, nu de prejudiciële vraag in dit arrest vrijwel gelijk is aan de onderhavige kernvraag. De pinbetalingen van de klanten van Geddes Retail resulteren in

crediteringen van haar bankrekening. Deze crediteringen worden gelijkgesteld aan schuldoverneming als bedoeld in art. 54 Fw (HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/449, (*Amro Bank/curatoren THB*)). Art. 54 Fw strekt ertoe om bij een (naderend) faillissement misbruik door schuldeisers tegen te gaan en daarmee ook benadeling van de gezamenlijke crediteuren. Rabobank was vanaf 18 maart 2015 – de peildatum – niet meer te goeder trouw, zodat als uitgangspunt gold dat zij in beginsel de verkoopopbrengst door pinbetalingen op de bankrekening niet meer mocht verrekenen met haar vordering op Geddes Retail.

4. Op de strenge regels van art. 54 Fw heeft de Hoge Raad in HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*) een uitzondering aangenomen. De bank mocht in die casus haar vordering wel verrekenen met schulden ontstaan door crediteringen, als gevolg van betaling op vorderingen die aan de bank stil waren verpand, ook voor zover de creditering plaatsvond na de peildatum. De reden voor de aangenomen uitzondering in *Mulder q.q./CLBN* is dat de werking van het stille pandrecht van de bank op vorderingen vanwege het faillissement van de schuldenaar anders illusoir kon worden. Deze uitzondering gaat volgens de rechtbank in deze zaak niet op, met toepassing van de rechtsregel uit het *Wollie-arrest* (HR 23 april 1999, «JOR» 1999/109, m.nt. Verhagen). Net zoals in het onderhavige geval stond Rabobank in het *Wollie-arrest* verkoop van de aan haar verpande roerende zaken toe, waarmee zij afstand deed van haar pandrecht op de voorraad. De Hoge Raad oordeelde dat niet van rechtswege een pandrecht komt te rusten op de vordering van de schuldenaar op de koper van de roerende zaken, dus hij zag niet in waarom de bank zich dan met voorrang boven andere schuldeisers op de koopsom zou mogen verhalen. Er moest derhalve worden getoetst aan art. 53 en 54 Fw. Het enige verschil met de onderhavige casus is dat het ging om inventaris in plaats van voorraad en verkoop aan een handelaar in plaats van aan particulieren, maar dat onderscheid acht de rechtbank irrelevant.

5. Volgens HR 14 februari 2014, «JOR» 2014/118, m.nt. Schuijling en Faber (*Feenstra q.q./ING*) kan de pandhouder de strenge regels van art. 54 Fw vermijden als zij zich als separatist op de executieopbrengst verhaalt door middel van art. 3:251 lid 2 BW, waarbij een pandgever de verpande

voorraad verkoopt ten behoeve van de bank als pandhouder. Omdat in casu geen sprake was van een dergelijke (onderhandse) executie gaat die verhaalsmogelijkheid ook niet op. De bank had volgens de rechtbank op 18 maart 2015 andere juridische opties om art. 54 Fw te ontlopen, namelijk: i) door het vestigen van een stil of openbaar pandrecht op de vorderingen van de schuldenaar op de koper van de zaken, ii) executie door middel van een afwijkende wijze van verkoop, en iii) de verkoopopbrengst laten storten op een bankrekening van de bank zelf.

6. De kern van het verweer van Rabobank is dat de litigieuze verrekening zowel doelmatig als redelijk was en wel past in de ratio van Mulder q.q./CLBN. Rabobank acht verrekening bijvoorbeeld redelijk omdat de creditering onmiddellijk en direct verband houdt met verkoop van verpande voorraad. Als Rabobank daarmee impliciet onderscheid maakt tussen een verkoopopbrengst van een aan de bank verpande voorraad en betaling van onverpande huurpenningen (zie Eurocommerce), dan mag dat onderscheid mijns inziens toch niet leiden tot een andere uitkomst dan in het Eurocommerce- of het Wollie-arrest. De crediteringen hielden namelijk niet *onmiddellijk* en evenmin *direct* verband met de verkoop van verpande voorraad. Bij verkoop door Geddes Retail ging het pandrecht van Rabobank teniet vanwege afstand van het pandrecht door instemming met verkoop, zoals beschreven in HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steneker (ING/Gunning q.q.). De crediteringen hielden dus onmiddellijk en direct verband met de ontvangst van de *onverpande* koopsom van de voorraad door pinbetalingen. Een niet onbelangrijke tussenstap. Rabobank stelde kennelijk nog wel dat ING/Gunning q.q. later is achterhaald door Hof Arnhem 21 maart 2006, «JOR» 2006/140 (r.o. 5.13), maar de onderbouwing daarvan volgt niet uit het vonnis. Ook achtte Rabobank de casus in het Wollie-arrest kennelijk fundamenteel anders, maar ook de reden daarvoor is niet uit het vonnis herleidbaar. Er bestaat dan ook geen onderscheid meer tussen de prejudiciële vraag in het Eurocommerce-arrest en de rechtsvraag in de onderhavige casus (zie ter vergelijking Eurocommerce, r.o. 1.4). De rechtbank komt overigens tot dezelfde conclusie, zij het dat de rechtbank het onderscheid in algemene zin niet van doorslaggevend belang achtte (r.o. 5.20).

7. Een ander argument van Rabobank lijkt ontleend aan het arrest Feenstra q.q./ING, nu zij bevoogt dat de storting van de verkoopopbrengst van verpande voorraad op de bankrekening (ook niet het gevolg was van “toevallige betalingen” die door derden zijn gedaan op die bankrekening, maar voortvloeiden uit het pandrecht van de bank. Terwijl in Feenstra q.q./ING de “verrekening” niet kon worden aangemerkt als verrekening in de zin van art. 54 Fw omdat de bank haar pandrecht executeerde en via onderhandse verkoop de betalingen via de bankrekening liet lopen. Het door de Hoge Raad overwogen ontbreken van “toevalligheid” van de betalingen werd niet zozeer aan die pinbetalingen gekoppeld, maar aan de parate executie (Feenstra q.q./ING, r.o. 3.4.2).

8. Verder acht Rabobank relevant dat pinbetalingen via de bij haar aangehouden rekening moesten lopen. In HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees en Hope I*) en Amro Bank/ Curatoren THB is echter overwogen dat de bank daarmee juist een bijzondere positie in het girale betalingsverkeer heeft die niet mag leiden tot een onaanvaardbare uitzonderingspositie ten opzichte van andere crediteuren. Rabobank lijkt in algemene zin dus kritiek te hebben op de ratio achter “de strenge regels voor verrekening van girale betalingen”, nu zij stelt dat het voordeel dat de bank ten opzichte van andere crediteuren heeft, redelijk en gerechtvaardigd is vanwege haar pandrecht op de voorraad. De rechtbank kon op basis van de geschetste feiten en bestendige jurisprudentie niet anders dan de vordering van de curator toewijzen.

9. Enige durf kan Rabobank niet worden ontzegd. Op basis van de beantwoording van de prejudiciële vraag in het Eurocommerce-arrest, die vrijwel gelijkkluidend is aan de onderhavige casus, leek de Hoge Raad al eerder niet geneigd om een extra uitzondering op art. 54 Fw aan te nemen. Frappant is bovendien dat Rabobank juist zelf beantwoording van de in Eurocommerce gestelde rechtsvraag heeft verzocht vanwege dezelfde problematiek in diverse (retail)faillissementen (zie Eurocommerce, r.o. 1.3.c). Gelet op de onderhavige zaak volstond het antwoord kennelijk niet. Uitgaande van de samenvatting van het verweer

door de rechtbank, acht ik het oordeel van de rechtbank in ieder geval juist.

mr. C. Dullaart
advocaat bij Labré advocaten

218

Advocatenkantoor mocht van Imtech directe voldoening van declaraties en voorschotten verlangen

Rechtbank Rotterdam
13 april 2022, rolnr. HA ZA 20-484,
ECLI:NL:RBROT:2022:2771
(mr. Bouwman, mr. Van Essen, mr. Veling)
Noot mr. J.O. Bijloo

Faillissement Imtech. Faillissementspauliana. Advocatenkantoor heeft voorafgaand aan faillissement werkzaamheden ter voorkoming van dat faillissement verricht, waarvan de declaraties en voorschotten werden voldaan. Stelplicht en bewijslast. Geen samenspanning ex art. 47 Fw. Geen onrechtmatige daad advocatenkantoor jegens overige schuldeisers. Verwijzing naar HR 24 maart 1995, ECLI:NL:1995:ZC1676 (Gispén q.q./IFN); HR 16 juni 2000, «JOR» 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I); HR 7 maart 2003, «JOR» 2003/102 (Cikam/Siemon q.q.) en HR 17 januari 2020, «JOR» 2020/152, m.nt. Van Maanen (Curatoren/Banning).

[Fw art. 47; BW art. 6:162]

De curatoren doen een beroep op de tweede in art. 47 Fw genoemde grond voor vernietiging, namelijk het geval dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en schuldeiser dat tot doel had om laatstgenoemde te begunstigen. Voor vernietiging op deze grond is vereist dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen de schuldeiser, maar ook de schuldenaar het oogmerk had door de betaling deze schuldeiser te begunstigen boven andere schuldeisers, waardoor de andere schuldeisers zijn benadeeld (HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676 (Gispén q.q./IFN)). De

stelplicht en bewijslast ten aanzien van feiten die kunnen leiden tot de conclusie dat sprake was van samenspanning, rust op de curatoren.

Voor het aannemen van een bewijsvermoeden op dat punt is geen plaats. Uit HR 7 maart 2003, «JOR» 2003/102 (Cikam/Siemon q.q.) volgt dat het vermoeden van overleg gebaseerd kan worden op het feit dat de bij de aangevochten rechtshandeling betrokken partijen op enigerlei wijze aan elkaar zijn gelieerd. Bij dat arrest ging het om een betaling tussen twee zusterverenigingen, waarvan de bedrijfsvoering in dezelfde handen lag. Daarvan is hier geen sprake. De band die tussen gedaagde en failliet bestond, is daarmee ook niet te vergelijken. Gedaagde en failliet dreven wezenlijk andere ondernemingen, met eigen doelstellingen en een eigen bedrijfsvoering. Dat gedaagde in de periode voorafgaand aan het faillissement door de aard van haar adviseringswerkzaamheden nauw betrokken was bij het bestuur van failliet, rechtvaardigt niet dat van een dergelijk bewijsvermoeden wordt uitgegaan.

Gedaagde heeft gemotiveerd betwist dat overleg in de in art. 47 Fw bedoelde zin heeft plaatsgevonden tussen haar en failliet. Uit de door de curatoren aangehaalde communicatie tussen gedaagde en failliet valt niet meer af te leiden dan dat gedaagde is opgekomen voor haar eigen financiële belangen. Failliet wenste dat gedaagde haar werkzaamheden voortzette en had daar ook belang bij. Dat de continuïteit van failliet in gevaar was, was op de momenten dat de declaraties werden (ingediend en) voldaan voor alle betrokkenen duidelijk. In een dergelijke situatie ligt het in de rede dat een adviseur directe voldoening van declaraties wenst en voorschotten verlangt voor nog te verrichten werkzaamheden. Hierbij past dat die adviseur kritisch is op zijn eigen exposure. Dat de cliënt met de voldoening van declaraties en voorschotten – voor zover de wens daartoe begrijpelijk en niet onredelijk was – akkoord gaat, ligt ook in de rede. Bij gebreke daarvan zal de adviseur immers niet bereid zijn de advieswerkzaamheden te blijven verrichten, terwijl die werkzaamheden op dat moment juist onmisbaar zijn voor de cliënt. Niet gebleken is dat het contact hierover tussen gedaagde en failliet verder ging dan in een normale zakelijke verhouding. Voor zover gedaagde hierbij heeft aangedrongen op voldoening van haar facturen, is dat onvoldoende voor een gegrond beroep op art. 47 Fw.