

# De lange arm van art. 54 Fw

*L.F.A. Welling-Steffens*

## 1 Inleiding

Op 23 november 2018 oordeelde de Hoge Raad<sup>1</sup> dat art. 54 van de Faillissementswet (Fw) eveneens van toepassing is op de vraag of een pandhouder een pandrecht op een (toekomstige) vordering op zichzelf nog mag uitwinnen. Dit betekent dat indien de betreffende vordering eerst ontstaat nadat de pandhouder niet meer te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw, hij het, op zich bij voorbaat rechtsgeldig gevestigde, pandrecht niet meer mag uitwinnen. Het ging in deze zaak om de vraag of een bank (in dit geval Rabobank) die een pandrecht had op een bankrekening aangehouden door de pandgever bij de bank (derhalve een pandrecht op vorderingen op de bank zelf) nog kon uitwinnen met betrekking tot crediteringen op die bankrekening daterend na het zogenaamde omslagmoment. De Hoge Raad trekt de vraag breder en bestrijkt met zijn uitspraak alle gevallen waarin een pandhouder een pandrecht (bij voorbaat) heeft op (onder andere) alle huidige en toekomstige vorderingen die de pandgever op enig moment op de pandhouder heeft of zal verkrijgen, en beperkt het dus niet tot de betrokkenheid van een bank als pandhouder. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat een bankrekening niets anders is dan een vordering op de bank in geval van een creditsaldo en een schuld aan de bank in geval van een debetsaldo, en dat een toekomstige creditering van die bankrekening een toekomstige vordering is op de bank.

In het vervolg van dit artikel zal in paragraaf 2 eerst kort worden ingegaan op de inhoud van art. 54 Fw, vervolgens wordt in paragraaf 3 de rechtspraak van de Hoge Raad besproken met betrekking tot de uitleg en reikwijdte van art. 54 Fw met als voorlopig slotakkoord de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Eurocommerce uit 2018. In paragraaf 4 volgt een korte samenvatting van de besproken rechtspraak en in paragraaf 5 wordt nader ingegaan op het omslagmoment. Daarna volgt, tenslotte, in paragraaf 6 een analyse van de mogelijke en wellicht onvoorziene gevolgen van die uitspraak van de Hoge Raad in de praktijk. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

## 2 Art. 54 Fw

Laten we eerst in herinnering roepen wat art. 54 Fw ook weer precies bepaalt. Ten eerste regelt art. 53 Fw dat een persoon die zowel schuldenaar als schuldeiser van de failliet is zijn schuld aan de failliet mag verrekenen met zijn vordering op de failliet, mits beide zijn ontstaan voor faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Inmiddels is

1 In navolging van A-G Valk in zijn conclusie, zie ECLI:NL:PHR:2018:1138.

ook duidelijk dat de wederkerigheidseis niet van dwingend recht is en dat een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid over meer partijen standhoudt in faillissement.<sup>2</sup> Het eerste lid van art. 54 Fw bevat echter een beperking van die verrekeningsbevoegdheid en bepaalt dat indien iemand een schuld aan de failliet of een vordering op de failliet vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen niet mag verrekenen indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld. Het tweede lid voegt daaraan toe dat na faillietverklaring overgenomen vorderingen op of schulden aan de failliet helemaal niet verrekend kunnen worden. De strekking van art. 54 Fw is om verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de failliet een vordering of een schuld overneemt van een derde<sup>3</sup> met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen op een moment dat die schuldenaar of schuldeiser niet meer te goeder trouw is.<sup>4</sup> Het gaat bij art. 54 Fw dus om gevallen waarin verrekening op zichzelf is toegestaan op grond van art. 53 Fw indien de verrekening na faillissement plaatsvindt, of op grond van art. 6:127 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (BW) indien de verrekening voor faillissement plaatsvindt. Stuit de verrekening reeds af omdat niet voldaan is aan de vereisten van art. 53 Fw, dan kom je aan art. 54 Fw niet toe.<sup>5</sup>

De vraag wanneer een persoon niet te goeder trouw heeft gehandeld, is nader geaduid in de rechtspraak van de Hoge Raad, die hierna nog uitgebreid aan de orde zal komen. Daaruit volgt dat een persoon niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 lid 1 Fw indien hij bij de overneming wist dat de schuldenaar (latere failliet) in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement dan wel zijn surseance van betaling te verwachten was.<sup>6</sup> Wanneer dit precies het geval is – het omslagmoment –, hangt van alle omstandigheden van het geval af. Daarbij is het al een keer voorgekomen dat dat omslagmoment op zo'n negen maanden voor de werkelijke faillietverklaring werd bepaald.<sup>7</sup> In een ander geval op één dag voor de faillietverklaring.<sup>8</sup> Hierover later meer.

2 HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, JOR 2020/22, m.nt. Faber.

3 Zie o.a. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013: BZ7199, JOR 2013/320, m.nt. Schuijling (Eringa q.q./ABN Amro Bank).

4 HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280), JOR 2004/57, m.nt. NEDF (Bouma c.s./Van der Heijden Projecten VI).

5 Zie ook o.a. R.M. Wibier & F.A. van Tilburg, Verrekening en faillissement; artikel 54 Fw en de centrale positie van banken in het betalingsverkeer, NTHR 2015, afl. 5, p. 249.

6 HR 30 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:121, NJ 1953/578 (Doyer & Kalff); HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro Bank/THB), r.o. 3.4; HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN); HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, JOR 2012/234 (Rabobank Maashorst/Kézér q.q.); HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (het Eurocommerce-arrest – aanleiding voor dit artikel).

7 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, JOR 2012/234 (Rabobank Maashorst/Kézér q.q.).

8 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro Bank/THB), r.o. 2 onder c – hier hoefde de Hoge Raad ook niet verder terug omdat de 'overneming' op een dag voor de afkondiging van de noodregeling plaatsvond en de bank op die dag daarover door DNB was ingelicht.

Door de invoering van de WHOA<sup>9</sup> is er een derde lid aan art. 54 Fw toegevoegd, dat bepaalt dat degene die zich op verrekening beroept te goeder trouw is in de zin van het eerste lid indien de verrekening is verricht nadat de schuldenaar een akkoord-procedure onder de WHOA is gestart, en is verricht in het kader van het verstrekken van een financiering voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar en die financiering door de verrekening niet wordt ingeperkt.

### 3 De rechtspraak van de Hoge Raad over art. 54 Fw

#### 3.1 Inleiding

Er is heel wat rechtspraak van de Hoge Raad over de uitleg en reikwijdte van art. 54 Fw en een veelvoud daarvan aan reacties op die rechtspraak in de literatuur. Deze paragraaf vertelt de geschiedenis van art. 54 Fw aan de hand van die rechtspraak en literatuur. Aan het slot van deze paragraaf volgt een overzicht van gevallen waarover art. 54 Fw zich uitstrekt.

#### 3.2 Invulling begrip ‘te goeder trouw’

- *HR 30 januari 1953 (Doyer & Kalff)*<sup>10</sup>

In Doyer & Kalff geeft de Hoge Raad invulling aan het begrip ‘te goeder trouw’ in art. 54 Fw en bepaalt dat een overnemer niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw indien hij wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement of surseance van betaling was te verwachten.

- *HR 7 april 2017 (Jongepier q.q./Drieakker)*<sup>11</sup>

In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat zowel voor ‘wetenschap van benadeling’ in art. 42 Fw als voor de ‘te goeder trouw’-maatstaf van art. 54 lid 1 Fw de curator moet aantonen dat het faillissement en het tekort daarin voor de financiers op het moment van het aangaan van het overwaardearrangement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.<sup>12</sup>

#### 3.3 Art. 54 Fw tevens van toepassing op verhaal – HR 30 januari 1953 (Doyer & Kalff)<sup>13</sup>

Naast de invulling van het ‘te goeder trouw’-begrip, behelst dit arrest een belangrijke uitbreiding van de reikwijdte van art. 54 Fw. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat art. 54 Fw zich ook uitstrekt over de vraag of een pand- of hypotheekhouder

9 Wet homologatie onderhands akkoord (wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord)), Kamerstukken I 2019/2020, 35249, A), in werking getreden op 1 januari 2021.

10 HR 30 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:121, NJ 1953/578.

11 HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, JOR 2017/213, m.nt. G.J.L. Bergervoet; Ondernemingsrecht 2017/120, m.nt. M.H.E. Rongen (Jongepier q.q./Drieakker).

12 De maatstaf die door de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III (HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde) is vastgelegd.

13 HR 30 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:121, NJ 1953/578.

een van een derde overgenomen vordering kan verhalen op de aan hem verleende zekerheid.<sup>14</sup>

In deze casus had de bank Doyer & Kalff tot zekerheid van (onder andere) vorderingen uit hoofde van een rekening-courantkrediet, via een zekerheidscessie, zekerheid verkregen op alle handelsvorderingen van haar klant Vos en een recht van hypotheek op het vastgoed van Vos. Een andere schuldeiser van Vos, X, had geen zekerheid voor zijn uitstaande vordering. Doyer & Kalff besloot om de vordering van X over te nemen en deze, naast haar vordering uit hoofde van het rekening-courantkrediet, te verhalen op haar zekerheidsrechten. De overneming vond echter plaats op een moment dat het voor Doyer & Kalff duidelijk moet zijn geweest dat Vos failliet zou gaan. De Hoge Raad oordeelde dat, hoewel juridisch geen sprake is van verrekening maar van verhaal op de opbrengst van uitwinning van zekerheidsrechten, art. 54 Fw hier eveneens toepassing vindt. Doyer & Kalff kon derhalve de van X overgenomen vordering niet verhalen op haar zekerheden en moest deze als concurrente vordering indienen in het faillissement van Vos.

#### 3.4 Tweede uitbreiding van de reikwijdte van art. 54 Fw

- HR 8 juli 1987 (*Loeffen q.q./BMH I*)<sup>15</sup>

Dit arrest betreft eigenlijk de uitleg van art. 47 Fw, maar de Hoge Raad geeft hierin een belangrijke uitbreiding van de toepassing van art. 54 Fw. In het arrest kwam de volgende vraag aan de orde. Levert een creditering door een derde van een door zijn schuldeiser bij de bank aangehouden bankrekening met debetstand een voldoening van een opeisbare schuld, door de betreffende rekeninghouder/schuldenaar van de bank, aan de bank op in de zin van art. 47 Fw? Daarbij moet in het oog worden gehouden dat een dergelijke creditering automatisch wordt verrekend met de debetstand op grond van art. 6:140 BW. Door die automatische verrekening wordt de schuld van de rekeninghouder uit hoofde van die debetstand (deels) afgelost. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. Hoewel, zo overweegt de Hoge Raad, de schuldenaar niet zelf de rekening heeft gecrediteerd en aldus niet zelf de rechtshandeling heeft verricht waarmee zijn opeisbare schuld aan de bank is betaald, is het de strekking van art. 47 Fw dat dit betalingen moet treffen waardoor een schuldeiser zich aan de *paritas creditorum* onttrekt in strijd met de goede trouw die door de schuldeiser ook in acht moet worden genomen jegens zijn medeschuldeisers.<sup>16</sup> Nu girale betaling een normale vorm van betaling is en de bank daarin een centrale rol speelt, kan het niet zo zijn dat aan de bank een uitzonderingspositie wordt gegund door te oordelen, aldus de Hoge Raad, dat de creditering en de daarop volgende verrekening niet zouden worden gezien als een betaling door de schuldenaar in de zin van art. 47 Fw. Immers, in dat geval zou de nietigheid van die betaling niet kunnen worden ingeroepen. In dat geval zou de bank zich mede mogen verhalen op vermogensbestanddelen van de schuldenaar – de stortin-

14 Zie ook HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, NJ 1995/627 (NCM/Knottenbelt q.q.), welk arrest niet verder zal worden besproken.

15 HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, NJ 1988/104, m.nt. Van der Grinten.

16 Zie r.o. 3.4 met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

gen door diens schuldenaren op de bankrekening van de schuldenaar – die de bank heeft ontvangen terwijl zij wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd. Voor een dergelijke uitzonderingspositie voor de bank bestaat geen grond, aldus de Hoge Raad.

De bank had in deze zaak nog betoogd dat toepassing van art. 47 Fw niet zou stroken met het systeem van de Fw, omdat art. 53 Fw immers de verrekening in rekening-courant zou toestaan. De Hoge Raad volgt de bank niet en oordeelt dat in een geval waarin een derde zijn schuld aan de schuldenaar voldoet door storting op diens bankrekening, ‘de bank zich door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar maakt’. Vindt die creditering plaats op een moment dat de bank weet dat het faillissement van de schuldenaar reeds is aangevraagd, zo vervolgt de Hoge Raad, dan moet veeleer worden geoordeeld dat zich het geval van art. 54 Fw voordoet. De Hoge Raad breidt hier de reikwijdte van art. 54 Fw uit vanwege de bijzondere positie van de bank in het betalingsverkeer. De delging van een schuld door een derde aan de schuldenaar door storting op diens bankrekening, en de daarop volgende creditering van datzelfde bedrag door de bank waardoor er een (nieuwe) schuld van de bank aan de schuldenaar ontstaat, stelt de Hoge Raad gelijk met het overnemen van die schuld in de zin van art. 54 Fw. Vindt derhalve die creditering plaats op een moment waarop de bank niet meer te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw, dan is de verrekening met de vordering uit hoofde van de debetstand, of uit hoofde van welke rechtsverhouding tussen de bank en de schuldenaar dan ook, niet geoorloofd.

• *HR 7 oktober 1988 (Amro Bank/THB)*<sup>17</sup>

In dit arrest vult de Hoge Raad zijn oordeel uit Loeffen q.q./BHM I met betrekking tot art. 54 Fw aan.<sup>18</sup> De Hoge Raad herhaalt dat een creditering door de bank van een storting door een derde op de bankrekening van de schuldenaar waardoor de schuld van de derde tenietgaat en de bank zich tot debiteur van de schuldenaar maakt, gelijkgesteld moet worden met een overneming van een schuld in de zin van art. 54 Fw. De Hoge Raad is zich er terdege van bewust dat er geen sprake is van een eigenlijke schuldoverneming, maar oordeelt dat het resultaat hetzelfde is.<sup>19</sup> De bank zou immers als gevolg van de creditering – op een moment dat zij niet meer te goeder trouw was – de mogelijkheid van verrekening verwerven tot het bedrag van de door de derde gestorte gelden, zodat de bate (de betaling van de schuld aan de schuldenaar) die aan de boedel zou toekomen, geheel aan de bank zou worden toebedeeld ten nadele van de overige schuldeisers. Daartegen verzet art. 54 Fw zich, aldus de Hoge Raad.

Terloops bijna oordeelt de Hoge Raad in dit arrest ook dat na faillissement van de schuldenaar verrichte stortingen door derden op de bankrekening van de schulde-

17 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro Bank/THB).

18 In casu betrof het een surseance van betaling en ging het om de uitleg van art. 235 Fw, dat echter gelijkkluidend is. Bovendien waren de feiten hier wat ingewikkelder vanwege het feit dat de bank de betaling van de derde aan de schuldenaar nog niet had gecrediteerd maar daartoe wel opdracht had gekregen, en de bankrekening van de derde wel al had gedebiteerd.

19 Zie r.o. 4.5, vierde alinea.

naar en de daarop volgende crediteringen geen schulden voor de bank opleveren die rechtstreeks voortvloeien uit een voor faillissement reeds bestaande rechtsverhouding tussen de bank en de schuldenaar. De Hoge Raad komt tot dit oordeel omdat er onvoldoende verband bestaat met de bestaande rekening-courantverhouding. Immers, de creditering vloeit niet voort uit die rekening-courantverhouding, maar vindt haar directe grondslag in de (willekeurige) betaling door een derde. Verrekening stuit derhalve in dat geval reeds af op art. 53 Fw.<sup>20</sup>

### 3.5 *Tussenconclusie*

De arresten besproken in paragraaf 3.4 hadden reeds grote gevolgen voor de wijze waarop banken hun klanten financierden. Immers, vóór deze uitspraken vertrouwden de banken erop dat – zolang derden hun schulden aan de schuldenaar zouden voldoen door storting op de bankrekening van de schuldenaar aangehouden bij de bank – een debetstand van de schuldenaar kon worden gecompenseerd met die stortingen, ongeacht of deze voor of na faillissement werden verricht. De verrekening met stortingen na faillissement ketste na deze arresten reeds af op art. 53 Fw, omdat de door de storting ontstane schuld van de bank aan de schuldenaar niet reeds bestond, noch rechtstreeks voortvloeide uit een reeds voor faillissement bestaande rechtsverhouding tussen de bank en de schuldenaar. De stortingen gedaan vóór faillissement van de schuldenaar konden weliswaar op grond van art. 53 Fw worden verrekend, maar die verrekening stuitte als gevolg van deze arresten af op art. 54 Fw indien deze stortingen en de daarop volgende creditering plaatsvonden op een moment dat de bank niet meer te goeder trouw is. Daarmee waren de banken een belangrijke feitelijke zekerheid voor debetstanden kwijt.

Tot slot zullen we in paragraaf 3.8 zien dat het arrest *Doyer & Kalff* zijn schaduw vooruitwierp op het overwaardearrangement.

### 3.6 *Uitzondering op de strenge regel uit Loeffen q.q./BMH I en Amro Bank/THB*

- *HR 17 februari 1995 (Mulder q.q./CLBN)*<sup>21</sup>

In dit arrest komt de Hoge Raad de banken weer tegemoet. Hij formuleert een uitzondering op *Amro Bank/THB*. Art. 54 lid 1 Fw is niet van toepassing in die gevallen waarin betaling op de bankrekening van de schuldenaar plaatsvindt door een derde met betrekking tot een aan de bank stil verpande vordering. In dat geval mag de bank wel verrekenen, zelfs wanneer de bank niet meer te goeder trouw is op het moment van creditering. Vindt creditering van de bankrekening eerst plaats na faillissement, dan zou op grond van de hiervoor besproken rechtspraak de verrekening met na faillissement op de bankrekening binnengekomen betalingen afstuiten op art. 53 Fw omdat de schuld die door creditering voor de bank ontstaat jegens de schuldenaar niet voortvloeit uit een rechtsverhouding tussen de bank en de schuldenaar. De Hoge Raad gaat in dit arrest echter nog een stapje verder door te oordelen dat wanneer die betalingen na faillissement worden gedaan met be-

20 Zie r.o. 4.2. Zie eerder HR 10 januari 1975, ECLI:NL:PHR:1975:AB4313, NJ 1976/249 (Postgiro-Standaardfilms) en later HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1335, NJ 1994/607.

21 HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN).

trekking tot een aan de bank stil verpande vordering, de verrekening niet afstuit op art. 53 Fw en ook art. 54 lid 2 Fw geen toepassing vindt.<sup>22</sup> Betaalt derhalve een derde op de bankrekening van de schuldenaar voor of na faillissement met betrekking tot een aan de bank stil verpande vordering, dan mag de bank verrekenen. De Hoge Raad rechtvaardigt deze ruime uitzondering met de constatering dat de bank reeds voorrang had ten aanzien van de opbrengst van deze vordering. Daarnaast overweegt de Hoge Raad dat dit oordeel strookt met de opzet van het stil pandrecht bij de invoering daarvan, welke opzet ertoe strekt om bestaande financieringspatronen die met een zekerheidscessie mogelijk waren te continueren.

- *HR 23 april 1999 (Van Gorp q.q./Rabobank)*<sup>23</sup> en *HR 19 november 2004 (ING/Gunning)*<sup>24</sup>

In beide arresten komt de bank met haar leningnemer een aflossingsregeling overeen waarbij de bank zal worden voldaan uit de opbrengst van de verkoop van aan de bank verpande respectievelijk verhypothekerde zaken. Om een zo hoog mogelijke opbrengst van de verkoop te bewerkstelligen zegt de bank in beide gevallen haar zekerheden op, zodat de zaken vrij van pand en hypotheek kunnen worden verkocht. De koopprijs voor de zaken wordt voldaan op de bankrekening die de leningnemer aanhoudt bij de betreffende bank. De bank verrekent de aldus binnengekomen bedragen met de onder de leningen uitstaande vorderingen. Niet lang daarna gaat de leningnemer failliet en de curator vordert afdracht van de koopprijs van de bank met een beroep op art. 54 lid 1 Fw. De bank meent dat art. 54 Fw in dit geval geen toepassing vindt op grond van Mulder q.q./CLBN, of dat er in ieder geval voldoende grond bestaat voor een afwijking van de strenge regel van Amro Bank/THB.

De Hoge Raad kent geen genade en ziet geen reden voor een afwijking van de strenge regels van Loeffen q.q./BMH I en Amro Bank/THB. De bank heeft nu eenmaal afstand gedaan van haar zekerheidsrechten en daarmee tevens van haar recht van voorrang en haar positie van separatist. De bank had deze uitkomst kunnen voorkomen door een pandrecht te laten vestigen op de vordering uit hoofde van de verkoop of de koopprijs rechtstreeks aan de bank te laten betalen, aldus de Hoge Raad.<sup>25</sup> Een vergelijking met Mulder q.q./CLBN zou alleen opgaan in het geval de koopprijs zou zijn verpand aan de bank.

- *HR 14 februari 2014 (Feenstra q.q./ING)*<sup>26</sup>

In 2014 zet de Hoge Raad de rem weer op de uitbreiding van de reikwijdte van art. 54 Fw. De Hoge Raad oordeelt dat een onderhandse verkoop die plaatsvindt op een op de voet van art. 3:251 lid 2 BW overeengekomen wijze een executoriaal ka-

22 Zie ook HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, JOR 2013/264 (ABN AMRO/Scheurs & Brouns q.q.).

23 HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2940, JOR 1999/109, m.nt. H.L.E. Verhagen; NJ 2000/158, m.nt. W.M. Kleijn; TvI 1999, p. 136-138, m.nt. N.E.D. Faber.

24 HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, TvI 2005/15, m.nt. N.E.D. Faber.

25 Zie r.o. 3.11-3.12.

26 HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, JOR 2014/118, m.nt. Schuijling.

rakter heeft en dus kwalificeert als een uitwinning door de pandhouder van zijn pandrecht. Dit is ook zo indien daarbij is overeengekomen dat de onderhandse verkoop zal geschieden door de pandgever.<sup>27</sup> Wordt de opbrengst uit deze onderhandse executieverkoop door de pandgever gestort op een bankrekening van de pandgever aangehouden bij de pandhouder, dan mag de pandhouder zich op die opbrengst verhalen door middel van verrekening. Die verrekeningshandeling maakt echter, aldus de Hoge Raad, onderdeel uit van de executorialie verkoop en is derhalve geen verrekening in de zin van art. 54 Fw. De Hoge Raad vervolgt dat deze wijze van verhaal op de executieopbrengst ook geen strijd oplevert met de strekking van art. 54 Fw, omdat de bank nu eenmaal op grond van haar pandrecht bevoorrecht is op de opbrengst van de verpande zaken.<sup>28</sup>

### 3.7 Subrogatie – HR 7 november 2003 (*Curatoren Juno/Van der Heijden*)<sup>29</sup>

In dit arrest was de vraag aan de orde of art. 54 Fw ook ziet op de overname van een vordering als gevolg van subrogatie. De Hoge Raad herhaalt zijn vaste rechtspraak en bepaalt dat de wetgever met art. 54 Fw heeft beoogd om verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar (of een schuldeiser) van de failliet een vordering (of een schuld) overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen op een moment dat die schuldenaar (of schuldeiser) niet meer te goeder trouw is.

Van der Heijden had een schuld van Juno jegens haar houdstermaatschappij afgelost om te voorkomen dat een hypotheekrecht dat rustte op vastgoed toebehorend aan Van der Heijden zou worden uitgewonnen. Op grond van art. 6:150 aanhef en onder b BW is Van der Heijden door die betaling gesubrogeerd in de vordering van de houdstermaatschappij op Juno. Van der Heijden had tevens een schuld aan Juno en de curatoren eisen betaling van die schuld, waarop Van der Heijden zich beroept op verrekening met de vordering die zij via subrogatie op Juno had verkregen. Aangezien de betaling en derhalve de subrogatie na datum faillissement van Juno plaatsvond, stelden de curatoren dat verrekening afstuitte op art. 54 lid 2 Fw. Het hof oordeelde dat de subrogatie in dit geval niet kon worden aangemerkt als een overneming van een vordering in de zin van art. 54 lid 2 Fw. Het doel van de aflossing van de schuld door Van der Heijden was immers niet om verrekening met een schuld aan Juno mogelijk te maken, maar om uitwinning van het hypotheekrecht op het vastgoed van Van der Heijden te voorkomen. Bovendien had de uitwinning van het hypotheekrecht eveneens tot subrogatie van Van der Heijden geleid.

<sup>27</sup> Zie r.o. 3.3.2.

<sup>28</sup> Zie r.o. 3.4.2.

<sup>29</sup> HR 7 november 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AI0280, JOR 2004/57, m.nt. N.E.D. Faber (*Curatoren Juno/Van der Heijden*).



De Hoge Raad oordeelde dat gezien de hiervoor genoemde strekking van art. 54 Fw het oordeel van het hof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>30</sup> Overigens, zoals terecht opgemerkt door Faber,<sup>31</sup> betekent dit niet dat subrogatie of regres nooit onder de reikwijdte van art. 54 Fw zou kunnen vallen. Dat kan immers wel het geval zijn bij contractuele subrogatie ingevolge art. 6:150 aanhef en onder d BW of, zoals we zullen zien, in geval van een overwaardearrangement.

### 3.8 *Het overwaarde-arrangement – de reikwijdte van art. 54 Fw wordt verder uitgebreid*

#### • *Inleiding*

Even kort de mechaniek van het overwaardearrangement. Dit is de constructie waarbij (meestal) twee geseceerde schuldeisers van de schuldenaar over en weer voor elkaar borg staan ingeval één van hen in verhaal (na uitwinning van zijn zekerheidsrechten) tekortkomt en de andere schuldeiser daarin een overschot heeft, tot het maximumbedrag van het surplus. Het idee is dan dat de schuldeiser (met het overschot) die uit hoofde van de gestelde borgtocht het tekort van de andere schuldeiser voldoet in dat geval zijn regresvordering die uit die betaling voortvloeit, kan verhalen op de opbrengst van de uitwinning van zijn zekerheidsrechten. Hier is derhalve strikt genomen geen sprake van een overneming van een vordering van een derde. We zullen zien dat ook het overwaarde-arrangement door de Hoge Raad onder de reikwijdte van art. 54 Fw wordt gebracht.

#### • *HR 9 juli 2004 (Bannenberg/NMB Heller)*<sup>32</sup>

In dit arrest staat de vraag centraal of het zogenaamde overwaardearrangement faillissementsbestendig is, waarbij tevens de voor dit artikel van belang zijnde vraag aan de orde komt of het verhalen van de door het overwaardearrangement ontstane regresvordering op bestaande zekerheden strijd kan opleveren met art. 54 Fw.

30 Uit eerdere arresten van de Hoge Raad (HR 13 november 1903, W 7986 (De Veije q.q./Waterreus); HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0804, NJ 1993/734, m.nt. PvS (Harko/Groen-Kelderman q.q.); HR 28 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0305, NJ 1992/787, m.nt. CJHB (Verkerk/Van der Veen q.q.); HR 30 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465, NJ 1995/626, m.nt. PvS (Kuijsters/Gaalman q.q.); HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK3700, JOR 2004/58, m.nt. NEDF (ING Bank/Bakker)) had deze conclusie al kunnen worden getrokken, omdat in alle genoemde arresten de Hoge Raad verrekening met een door subrogatie verkregen vordering toestond, ook al werd de betreffende vordering eerst in het zicht van of na faillietverklaring van de schuldenaar verkregen (zie ook Faber in zijn noot bij het besproken arrest in JOR 2004/57).

31 JOR 2004/57, in par. 4 van de noot.

32 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO7575, NJ 2004/618, m.nt. P. van Schilfgaarde.

L.F.A. Welling-Steffens

Uit de arresten ASR/Achmea,<sup>33</sup> DLL/Logtestijn q.q.<sup>34</sup> en Ingwersen q.q./ING<sup>35</sup> weten we inmiddels dat een overwaardearrangement alleen faillissementsbestendig is indien de regresvordering reeds voor faillissement van de schuldenaar bestond of voortvloeit uit een reeds voor faillissement bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en onder de verzekerde verplichtingen valt. Daarbij geldt dat een regresvordering die uit de wet ontstaat een toekomstige vordering is,<sup>36</sup> terwijl een contractueel bedongen regresvordering als een bestaande voorwaardelijke vordering wordt gezien.<sup>37</sup> Wordt er derhalve eerst na faillissement onder de borgtocht betaald en is er geen sprake van een contractueel overeengekomen regresvordering, dan is verhaal van die regresvordering op bestaande zekerheidsrechten niet mogelijk. Hierbij moet worden opgemerkt dat voor velen het oordeel van de Hoge Raad in ASR/Achmea, gewezen na Bannenberg/NMB Heller, als donderslag bij (relatief) heldere hemel kwam en de vraag opwierp of overwaardearrangementen gebaseerd op een wettelijke regresvordering wel faillissementsbestendig waren. De meerderheid in de literatuur (en ook in de praktijk) ging voor ASR/Achmea, op basis van eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad, uit van de opvatting dat wettelijke regresvorderingen bestaande vorderingen waren. Men meende dat ook in Bannenberg/NMB Heller een bevestiging van die opvatting kon worden gelezen.

In dit arrest was er tussen NMB Heller, ING en ICT (de latere failliet) een overwaardearrangement aangegaan, waarin werd afgesproken dat NMB Heller, wanneer ING niet volledig voldaan kon worden uit de door haar verkregen zekerheidsrechten van ICT, het tekort tot een bepaald maximum aan ING verschuldigd is. Dit maximum is ook hier vastgesteld aan de hand van hetgeen NMB ontvangt uit de uitwinning van haar zekerheidsrechten, met dien verstande dat, nadat NMB eerst haar eigen vorderingen voldaan heeft gekregen, zij maximaal een bedrag gelijk aan het surplus aan ING verschuldigd is. Als gevolg van de betaling aan ING is afgesproken dat NMB een regresvordering op ICT verkrijgt. NMB verhaalt deze regresvordering op haar bestaande zekerheidsrechten.

De Hoge Raad oordeelt dat art. 54 Fw zich niet verzet tegen dit verhaal, aangezien:

‘(...) direct noch indirect sprake is van een overneming vóór of tijdens het faillissement van een vordering op of schuld aan de gefailleerde in de zin van deze bepaling, terwijl de onderliggende overeenkomst niet in het zicht van de faillietverklaring is aangegaan’.<sup>38</sup>

33 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, JOR 2014/172, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (ASR/Achmea).

34 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, JOR 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (DLL/Logtestijn q.q.).

35 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, JOR 2016/21, m.nt. J.J. van Hees (Ingwersen q.q./ING).

36 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, JOR 2014/172, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (ASR/Achmea).

37 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, JOR 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (DLL/Logtestijn q.q.).

38 Zie r.o. 4.2.

Van belang is dat de Hoge Raad niet oordeelt dat art. 54 Fw niet van toepassing zou kunnen zijn op een dergelijke situatie, maar dat het overwaardearrangement, waaruit de mogelijkheid tot het nemen van verhaal in feite voortvloeit, in dit geval niet is aangegaan op een moment dat NMB Heller (de ‘overnemer’ in de zin van art. 54 Fw) niet meer te goeder trouw was. Dat art. 54 Fw zich eveneens uitstrekt over de vraag of een overgenomen vordering kan worden verhaald op bestaande zekerheden van de overnemer, weten we al sinds Doyer & Kalff.

Met betrekking tot het overwaardearrangement stonden na Bannenberg/NMB Heller en ASR/Achmea nog twee vragen open. Ten eerste of het overwaardearrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee dus toekomstig regresrecht voortvloeit ‘faillissementsbesteding’ kan zijn. Ten tweede of de constructie van het overwaardearrangement kan worden gezien als een overneming van een vordering in de zin van art. 54 Fw. Deze beide vragen zijn bevestigend beantwoord in de arresten die in de volgende paragrafen worden besproken.

• *HR 16 oktober 2015 (DLL/Logtestijn q.q.)*<sup>39</sup>

In DLL/Logtestijn was evenals in Bannenberg/NMB Heller een overwaardearrangement overeengekomen tussen meerdere gezeekerde schuldeisers (waaronder DLL Factoring, DLL FS en de Rabobank) en de schuldenaar Ouwehand. Echter, er was door partijen geen voorwaardelijk regresrecht bedongen voor (in dit geval) DLL Factoring, maar DLL Factoring moest zich na betaling aan DLL FS onder de overeengekomen borgtocht beroepen op het wettelijk regresrecht dat in casu ten tijde van de faillietverklaring van Ouwehand nog als een toekomstige vordering moest worden aangemerkt. De curator meende dan ook dat DLL Factoring de vordering uit hoofde van het wettelijk regres niet kon verhalen op haar bestaande zekerheden.

De rechtbank legt twee prejudiciële vragen voor aan de Hoge Raad, die aan de orde stellen of het overwaardearrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee dus toekomstig regresrecht voortvloeit ‘faillissementsbesteding’ is.

De Hoge Raad bevestigt dat een schuldeiser zich op de aan hem verpande (of verhypothekerde) goederen kan verhalen voor vorderingen op de schuldenaar-pandgever die ten tijde van diens faillietverklaring nog toekomstig waren, mits die vorderingen voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de failliet en deze regel overeenkomt met de regel van art. 53 Fw voor verrekening in faillissement. Dit geldt volgens de Hoge Raad ook voor regresvorderingen die voortvloeien uit een overwaardearrangement. Indien voor een dergelijke toekomstige regresvordering verhaal wordt gezocht op reeds voor faillissement bestaande zekerheidsrechten moet er dus sprake zijn van een rechtsverhouding tussen de schuldeiser van de regresvordering en de schuldenaar waaruit die regresvordering voortvloeit.<sup>40</sup>

39 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, JOR 2016/20, m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (DLL/Logtestijn q.q.).

40 Zie r.o. 3.3.1.

L.F.A. Welling-Steffens

In het kader van het overwaardearrangement betekent dit, aldus de Hoge Raad, dat indien de schuldenaar partij is bij – of als partij toetreedt tot – het overwaardearrangement, moet worden aangenomen dat de toekomstige regresvordering van de schuldeiser (mede) voortvloeit uit een rechtsverhouding met de schuldenaar zoals hiervoor bedoeld. De rechtshandeling van de schuldenaar (latere failliet) is dan immers (mede) grond voor de uitwinning van de door de schuldenaar verpande goederen voor zodanige regresvorderingen.<sup>41</sup> Wel kan het aangaan van een overwaardearrangement door de schuldenaar paulianeus zijn, aldus de Hoge Raad.<sup>42</sup>

• *HR 16 oktober 2015 (Ingwersen q.q./ING)*<sup>43</sup>

In dit arrest wordt de tweede opengebleven vraag na Bannenberg/NMB Heller (impliciet) beantwoord door de Hoge Raad. Hoewel het arrest met name ziet op de vraag of het door de schuldenaar aangaan van het overwaardearrangement een onverplichte (in de zin van art. 42 Fw) dan wel een verplichte (in de zin van art. 47 Fw) rechtshandeling was, bespreek ik hier alleen de relevante overwegingen met betrekking tot art. 54 Fw.

In dit geval zijn de schuldeisers (ING, ICF en ING Lease) in december 2009 overwaardearrangementen aangegaan en is de schuldenaar daarbij partij geworden. Uit de feiten kan worden afgeleid dat partijen een contractueel regresrecht zijn overeengekomen en dat de daaruit voortvloeiende vordering derhalve een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde is, vergelijkbaar met de casus van Bannenberg/NMB Heller. De schuldenaar wordt op 21 juni 2011 failliet verklaard en de curator vernietigt middels een buitengerechtelijke verklaring de overwaardearrangementen met een beroep op art. 42 Fw.

IFC – de schuldeiser die heeft betaald onder de borgtocht en dus de regresvordering wil verhalen op haar zekerheden – vordert een verklaring dat de overwaardearrangementen geldig zijn aangegaan en dat zij haar regresvordering kan verhalen op haar zekerheidsrechten. De curator stelt dat hij de overwaardearrangementen rechtsgeldig heeft vernietigd en subsidiair dat IFC de regresvordering niet kan verhalen op haar zekerheden, omdat art. 54 Fw zich hiertegen verzet. De rechtbank oordeelt ten gunste van IFC.

De Hoge Raad laat het oordeel van de rechtbank in stand, maar laat wel doorschijnen dat art. 54 Fw hier – in navolging van Bannenberg/NMB Heller – analoog toepassing kan vinden. In het oordeel van de rechtbank dat de curator geen wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw heeft kunnen aantonen bij de schuldenaar noch bij ICF, ligt, aldus de Hoge Raad, besloten dat het beroep van de cura-

41 Zie r.o. 3.4.1-3.4.3.

42 Zie r.o. 3.5.

43 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, JOR 2016/21, m.nt. J.J. van Hees (Ingwersen q.q./ING).

tor op toepassing van art. 54 Fw niet kan slagen, omdat hij het ontbreken van goede trouw bij ICF onvoldoende heeft onderbouwd.<sup>44</sup>

### 3.9 'Overneming van een derde' – HR 10 juli 2015 (Wemaro/De Bok q.q.)<sup>45</sup>

In 2003 leed het DHN-concern grote verliezen en in het najaar van 2003 is Wemaro opgericht door een van de bestuurders van DHN. Wemaro verstrekt DHN op 11 februari 2004 een achtergestelde lening. Wemaro en DHN komen vervolgens op 15 juli 2004 overeen dat Wemaro verscheidene vorderingen van DHN op aan haar gelieerde partijen zal kopen tegen een in de koopovereenkomst vastgestelde koopprijs. In de koopovereenkomst wordt tevens afgesproken dat de koopprijs door Wemaro zal worden voldaan door verrekening met Wemaro's vordering uit hoofde van de lening. Begin augustus 2004 is surseance aangevraagd en verleend, en op 24 augustus 2004 is DHN failliet verklaard. De curator vordert betaling van de koopprijs door Wemaro onder de stelling dat de verrekening in strijd is met art. 54 lid 1 Fw. De curator voert aan dat Wemaro ten tijde van het aangaan van de koopovereenkomst niet meer te goeder trouw was en de koopovereenkomst is aangegaan met het oog op het verkrijgen van de verrekeningsmogelijkheid.

De Hoge Raad bepaalt dat uit de tekst van art. 54 lid 1 Fw volgt dat het toepassingsbereik van deze bepaling is beperkt tot het geval dat degene die gebruik wenst te maken van zijn bevoegdheid tot verrekening, niet te goeder trouw handelde toen hij een schuld aan de failliet of een vordering op de failliet overnam van een derde. Dit geval, waarin Wemaro niet de schulden van de gelieerde partijen aan DHN heeft overgenomen van die gelieerde partijen, maar de vorderingen van DHN op die gelieerde partijen heeft gekocht van DHN, wordt derhalve, aldus de Hoge Raad, naar de letter niet door art. 54 lid 1 Fw bestreken.<sup>46</sup> De Hoge Raad roept in herinnering dat de strekking van art. 54 lid 1 Fw is om verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de failliet een vordering respectievelijk een schuld van een derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen. Deze strekking rechtvaardigt niet om het toepassingsbereik van art. 54 lid 1 Fw te doen uitstrekken tot het geval waarin voor de faillietverklaring een goed van de schuldenaar wordt gekocht door de schuldeiser en aldus een verrekenbare schuld (uit hoofde van de koopprijs) wordt gecreëerd. Daarmee is overigens niet gezegd, aldus de Hoge Raad, dat het aangaan van

44 Zie r.o. 4.5, waarmee de Hoge Raad contrair gaat aan de conclusie van A-G Timmerman in punt 3.39, die meent dat de rechtbank afzonderlijk had moeten onderzoeken of IFC niet te goeder trouw was in de zin van art. 54 Fw. Zie in dit kader ook HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, JOR 2017/213, m.nt. G.J.L. Bergervoet; *Ondernemingsrecht* 2017/120, m.nt. M.H.E. Rongen (Jongepier q.q./Drieakker), waarin de Hoge Raad wederom impliciet aanvaardt dat art. 54 Fw van toepassing is op overwaardearrangementen.

45 HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825, JOR 2015/282, m.nt. N.E.D. Faber (Wemaro/De Bok q.q.). Zie ook een reeds eerder door de Hoge Raad gewezen arrest HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, NJ 2014/272, m.nt. H.J. Sniijders; JOR 2013/320, m.nt. B.A. Schuijling (Eringa q.q./ABN AMRO).

46 Zie r.o. 3.3.3.

de koopovereenkomst geen paulianeuze of onrechtmatige handeling in de zin van art. 42 Fw respectievelijk art. 6:162 BW kan zijn.<sup>47</sup>

### 3.10 Verdere uitbreiding van de reikwijdte van art. 54 Fw – HR 23 november 2018 (Eurocommerce)<sup>48</sup>

Aan het eind van 2018 wees de Hoge Raad zijn (voorlopig) laatste arrest over de reikwijdte van art. 54 Fw. De Hoge Raad beantwoordt in dit arrest de volgende prejudiciële vraag van de rechtbank Gelderland: kan de bank ten aanzien van elk in rekening-courant geboekt bedrag zich beroepen op haar pandrecht op de hiermee corresponderende vordering die de rekeninghouder op de bank verkrijgt, indien de betaling binnenkomt na het moment dat de bank niet meer te goeder trouw is in de zin van art. 54 lid 1 Fw? In navolging van A-G Valk<sup>49</sup> beantwoordt de Hoge Raad deze vraag ontkennend en breidt daarmee derhalve de reikwijdte van art. 54 lid 1 Fw uit.

Dat de storting of overmaking van een geldbedrag op de rekening van de rekeninghouder aangehouden bij de bank, waardoor er voor de bank een schuld ontstaat aan de rekeninghouder, kwalificeert als de ‘overneming van een schuld’ in de zin van art. 54 lid 1 Fw weten we sinds Loeffen q.q./BMH I en Amro Bank/THB. Dat art. 54 lid 1 Fw ook ziet op verhaal weten we al sinds Doyer & Kalff en uit de overwaardearrangement-arresten. In die arresten ging het om de vraag of een vordering die door de zekerheidsgerechtigde was ‘overgenomen’ nadat hij niet meer te goeder trouw was, nog kon verhalen op zijn bestaande zekerheidsrechten. Het betrof derhalve het lot van een vordering waarvoor zekerheid was verstrekt.

In dit arrest trekt de Hoge Raad deze lijn door. Hier gaat het specifiek om de vraag of een bank zich op haar rechtsgeldig (bij voorbaat) gevestigde pandrecht op alle huidige en toekomstige vorderingen van de rekeninghouder uit hoofde van de rekening-courantverhouding (in de volksmond: pandrecht gevestigd op de bankrekening) op de bank zelf kan verhalen, zelfs wanneer een dergelijke vordering ontstaat op een moment dat de bank niet meer te goeder trouw is in de zin van art. 54 lid 1 Fw. Deze vraag, zoals A-G Valk terecht constateert, is niet eerder aan de Hoge Raad voorgelegd. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat een pandrecht op (absoluut) toekomstige vorderingen mogelijk is, mits het pandrecht wordt megedeeld aan de schuldenaar van de (toekomstige) vordering. Bij een pandrecht op een bankrekening is dit per definitie het geval. Dit betekent dat alle vorderingen die door betaling door een derde op de rekening van de rekeninghouder vóór de dag van het

47 Zie r.o. 3.3.4.

48 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, JOR 2019/27, m.nt. B.A. Schuijling; NJ 2019/343, m.nt. H.J. Sniijders; Ondernemingsrecht 2019/31, m.nt. A. Steneker; Tvl 2019/14, m.nt. N.E.D. Faber (Eurocommerce). Zie verder over dit arrest M.L. Tuil, Eurocommerce – aanscherping van de strenge verrekeningsregels voor banken, MvV 2019, afl. 11, p. 384-397; S.B.A. Heumakers, Mag de bank zich onder haar pandrecht verhalen op de stortingen op de rekening-courant na het moment dat zij niet meer te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw?, Bb 2019/60; W.H.B.K. Nieuwesteeg, HR: Rabobank/Curatoren Eurocommerce en de Nederlandse ‘chargeback’, WPNR 2019, afl. 7231, p. 232-238.

49 Hoewel de A-G meent dat een bevestigend antwoord op de vraag ‘verdedigbaar is, bevredigt zij niet’, zie punt 2.28 van de conclusie bij het arrest (ECLI:NL:PHR:2018:1138).

faillissement van de rekeninghouder ontstaan, rechtsgeldig zijn verpand aan de bank (zie art. 35 Fw). Bovendien kan een pandrecht op die vorderingen (op de bankrekening van de rekeninghouder) ook aan een derde worden verstrekt. Door een dergelijk pandrecht te bedingen maakt de bank dan ook geen misbruik van haar positie, maar benut de bank de mogelijkheid die de wet elke schuldeiser biedt.<sup>50</sup> A-G Valk ziet in dit gegeven dan ook een reden om de prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden en derhalve art. 54 lid 1 Fw niet van toepassing te achten op dit geval. Desondanks komt de A-G niet tot deze conclusie, omdat de bank in de positie is om de verpanding van vorderingen op haarzelf aan derden goederenrechtelijk te beperken en dat ook heeft gedaan in de Algemene Bankvoorwaarden. Dat een pandrecht op vorderingen op de bank zou kunnen worden verstrekt aan een andere schuldeiser is volgens de A-G dan ook ‘wereldvreemde theorie’.<sup>51</sup> Daardoor, aldus de A-G, is ook hier de bijzondere positie van de bank in het girale betalingsverkeer bepalend en is in het licht van de strekking van art. 54 Fw en de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad een ontkennend antwoord op de vraag het enige juiste.

De Hoge Raad volgt de A-G en beantwoordt de prejudiciële vraag eveneens, zonder al te veel omhaal, ontkennend. De Hoge Raad beperkt deze strenge verrekeningsregel in dit geval echter niet tot banken vanwege hun uitzonderlijke positie in het girale betalingsverkeer, maar trekt de regel breder. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

‘[V]erhaal krachtens een zekerheidsrecht [is] eveneens uitgesloten in de situatie dat de schuldeiser dat zekerheidsrecht heeft bedongen op de (mogelijke) vordering van de schuldenaar op de schuldeiser zelf en die schuldeiser vervolgens een schuld van een derde aan de schuldenaar overneemt. Ook in die situatie wordt dus, indien de schuldeiser bij de overneming niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw, niet alleen verrekening van een overgenomen schuld met de vordering van de schuldeiser op de schuldenaar verhinderd, maar ook verhaal krachtens het zekerheidsrecht op de door de overgenomen schuld ontstane vordering van de schuldenaar op de schuldeiser zelf.’<sup>52</sup>

Een beroep op de uitzondering van Mulder q.q./CLBN gaat hier niet op, tenzij de vordering die door de derde wordt voldaan door betaling op de rekening van de rekeninghouder aan de bank stil is verpand. Voor een uitzondering vergelijkbaar met Mulder q.q./CLBN ziet de Hoge Raad geen grond. Het gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad is dat de bank weliswaar een geldig pandrecht heeft op de betreffende vordering (daar gaat art. 54 lid 1 Fw immers niet over), maar dit pandrecht niet meer kan uitwinnen indien de vordering is ontstaan op een moment dat de bank niet meer te goeder trouw is.

Evenals de uitspraken in Loeffen q.q./BMH I en Amro Bank/THB heeft de Euro-commerce-uitspraak grote gevolgen voor de kredietverlening en het betalingsver-

50 Zie conclusie A-G Valk, punt 2.29.

51 Zie conclusie A-G Valk, punt 2.30.

52 Zie r.o. 3.4.4.

keer. Dit geldt met name voor de financiering van de retailbranche en voor ondernemingen die gebruik maken van *cash pool*-arrangementen. Bovendien kan de vraag worden gesteld wat de positie is van een tweede pandhouder op de betreffende vorderingen, omdat deze situatie helemaal niet zo wereldvreemd is als A-G Valk meent. Zie over deze gevolgen paragraaf 6.

#### 4 Samenvatting van de besproken rechtspraak en de lange arm van art. 54 Fw

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat art. 54 Fw zich uitstrekt over de hierna opgesomde gevallen. Voor de toepassing van art. 54 lid 1 Fw maakt het geen verschil of de verrekening voor of na het faillissement van de schuldenaar heeft plaatsgevonden. In het eerste geval wordt de vraag of er, afgezien van art. 54 lid 1 Fw, verrekend kan worden, beheerst door art. 6:127 e.v. BW en in het tweede geval door art. 53 Fw. Is de schuldenaar of schuldeiser van de failliet ten tijde van de ‘schuldovername of de overname van de vordering’ – het ijkmoment – niet te goeder trouw, dan is de verrekening of het verhaal in strijd met art. 54 lid 1 Fw. In geval van een niet-toegestane verrekening zal de schuld aan de failliet aan de curator moeten worden voldaan en zal de vordering op de failliet ter verificatie moeten worden ingediend. In geval van niet-toegestaan verhaal zal de schuldeiser de vordering ter verificatie moeten indienen en het surplus of het bedrag van de creditering aan de curator moeten afdragen.

De door art. 54 Fw bestreken gevallen:

- 1 A heeft een vordering op B en neemt een schuld over van C aan B. B wordt failliet verklaard en de curator spreekt A aan tot betaling van de schuld die A heeft overgenomen van C. A beroept zich op het feit dat hij de van C overgenomen schuld heeft voldaan door verrekening met zijn vordering op B. De curator moet aantonen dat A niet te goeder trouw was op het moment van de schuldovername.
- 2 A heeft een schuld aan B en neemt een vordering van C op B over. B wordt failliet verklaard en de curator spreekt A aan tot betaling van zijn schuld aan B. A beroept zich op het feit dat hij zijn schuld heeft voldaan door verrekening met de van C overgenomen vordering op B. De curator moet aantonen dat A niet te goeder trouw was op het moment van de overname van de vordering.
- 3 B houdt een rekening aan bij A. B heeft een vordering op C. C voldoet zijn schuld aan B door storting of overmaking van het verschuldigde bedrag op de rekening die B aanhoudt bij A, waardoor de schuld van C aan B tenietgaat en er een nieuwe schuld van A aan B ontstaat door creditering van de rekening van B. B wordt failliet verklaard en de curator spreekt A aan tot betaling van de schuld uit hoofde van de creditering. A beroept zich op het feit dat hij die schuld heeft verrekend met een vordering op B (uit hoofde van een debetstand op die rekening of uit hoofde van bijvoorbeeld een lening die A aan B eerder heeft verstrekt). De curator moet aantonen dat A niet te goeder trouw was op het moment dat de vordering door C werd voldaan door overmaking op de reke-



- ning van B.<sup>53</sup> Deze verrekening wordt niet aan art. 54 Fw getoetst indien de vordering van B op C stil was verpand aan A.
- 4 B heeft aan A pandrechten of rechten van hypotheek verstrekt tot zekerheid van één of meerdere vorderingen die A heeft of zal verkrijgen op B. A neemt een vordering van C op B over. B gaat failliet en A wint haar pand- en hypotheekrechten uit en verhaalt haar vorderingen op B, waaronder de van C overgenomen vordering, op de opbrengst. De curator moet aantonen dat A ten tijde van de overname van de vordering van C niet te goeder trouw was en die vordering niet had mogen verhalen op de executieopbrengst.
  - 5 A en C hebben beiden een gecureerde vordering op B. A, C en B sluiten een overwaardearrangement. Wordt dat overwaardearrangement gesloten op een moment waarop A of C (afhankelijk van wie uiteindelijk de regresvordering zal willen verhalen op de opbrengst van de zekerheden) niet meer te goeder trouw is,<sup>54</sup> dan kan de regresvordering niet op de zekerheden worden verhaald vanwege strijd met art. 54 lid 1 Fw.
  - 6 B houdt een rekening aan bij A. B heeft (bij voorbaat) alle vorderingen die B op A uit hoofde van de rekening-courant heeft of zal verkrijgen openbaar verpand aan A (in de volksmond een pandrecht op de bankrekening), waardoor A pandhouder is van vorderingen op zichzelf. C voldoet een schuld aan B door overmaking of storting van het verschuldigde bedrag op de aan A verpande rekening die B aanhoudt bij A. Door creditering ontstaat er een vordering van B op A, welke vordering onmiddellijk bij het ontstaan is verpand aan A. B gaat failliet en A wint haar pandrecht op de bankrekening (op de vordering van B op A uit hoofde van het positieve saldo op de rekening) uit en verhaalt haar vorderingen op B op de opbrengst van die uitwinning. De curator kan afgifte eisen van alle bedragen die op de rekening door derden zijn gestort of overgemaakt nadat A niet meer te goeder trouw kan worden geacht. Zijn de bedragen eerst na faillissement van B overgemaakt of gestort door C, dan ontstaat de vordering eerst na faillissement van B en valt deze per definitie niet onder het pandrecht vanwege art. 35 lid 2 Fw. Zijn de vorderingen van B op derden die door overmaking of storting op de aan A verpande rekening worden voldaan stil verpand aan A, dan vindt art. 54 Fw geen toepassing.
  - 7 B verleent een pandrecht aan A op alle vorderingen die B nu of in de toekomst zal verkrijgen op A tot zekerheid van huidige en toekomstige vorderingen van A op B. A neemt een schuld van C aan B over. B gaat failliet. De curator eist betaling van A van de door A van C overgenomen schuld. A stelt haar pandrecht op die vordering op zichzelf te hebben uitgewonnen en zich te hebben verhaald op de opbrengst. De curator moet aantonen dat A niet te goeder trouw was op het moment van de schuldovername.

In alle beschreven gevallen is het derhalve voor de ‘overnemer’ van belang om het omslagmoment – het moment waarop de ‘overnemer’ niet langer te goeder trouw

53 Zie Amro Bank/THB.

54 Het ijkmoment is hier het aangaan van het overwaardearrangement en niet het ontstaan van de regresvordering. Zie ook M.H.E. Rongen in zijn noot bij het arrest Jongepier q.q./Drieakker in Ondernemingsrecht 2017/120, p. 682.

L.F.A. Welling-Steffens

is – te kunnen bepalen. Vindt de relevante ‘overneming’ plaats na het omslagmoment, dan levert de verrekening of het verhaal strijd op met art. 54 lid 1 Fw, tenzij er sprake is van een uitzondering.

## 5 Het omslagmoment

### 5.1 Inleiding

Art. 54 lid Fw bepaalt dat indien een schuldenaar of een schuldeiser van de failliet een vordering of een schuld van een derde overneemt, hij zich niet mag beroepen op verrekening indien hij op het moment van die overneming niet de goeder trouw was. Zoals in het vorenstaande uiteengezet, is dat het geval indien op het moment van overneming de schuldenaar of schuldeiser van de failliet wist dat de schuldenaar/failliet in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement of surseance van betaling was te verwachten. In de latere arresten lijkt de Hoge Raad te oordelen dat de maatstaf van art. 42 Fw en art. 54 lid 1 Fw gelijk is. Het is dus van groot belang om vast te stellen wanneer een schuldenaar of schuldeiser van de failliet die wetenschap had, het omslagmoment. Uit de volgende arresten blijkt dat de vaststelling van het omslagmoment afhangt van alle omstandigheden van het geval en daarmee zeer casuïstisch en onzeker is.

### 5.2 HR 7 oktober 1988 (*Amro Bank/THB*)<sup>55</sup>

In dit arrest verrichtte de bank (Amro Bank) de handelingen waardoor zij in een compensabele positie kwam ten opzichte van de schuldenaar (THB) een dag voordat de surseance werd verleend. Aan het begin van die dag had DNB echter de Amro Bank ingelicht dat ze die dag een verzoek bij de rechtbank zou indienen voor de toepassing van de noodregeling<sup>56</sup> op THB. Het omslagmoment lag dus enkele uren voor de ‘overneming’.

### 5.3 HR 17 februari 2012 (*Rabobank/Kézér q.q.*)<sup>57</sup>

De Hoge Raad oordeelt dat het feit dat het faillissement van failliet eerst op 24 augustus 2004 is uitgesproken niet uitsluit dat geoordeeld kan worden dat de Rabobank reeds in november 2003, toen de ‘overnemingshandeling’ werd verricht, niet meer te goeder trouw was. Uit hetgeen de curator heeft gesteld, blijkt dat het voor de Rabobank reeds in november 2003 duidelijk had moeten zijn dat de failliet zodanig in de financiële problemen zat, dat de Rabobank in alle redelijkheid niet meer in de levensvatbaarheid van de onderneming van de failliet kon geloven. Daarbij is met name de brief van 18 november 2003 van belang, waarmee de Rabobank het aan de failliet verleende krediet met onmiddellijke ingang opzegde, de failliet sommeerde het totaal verschuldigde bedrag binnen veertien dagen te voldoen en aangaf dat ze aanspraak maakte op alle opbrengsten van de aan haar verpande zaken

55 HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (*Amro Bank/THB*).

56 De noodregeling voor banken is inmiddels afgeschaft en vervangen door Europese regelgeving, maar was vergelijkbaar met de surseance van betaling.

57 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, JOR 2012/234 (*Rabobank Maashorst/Kézér q.q.*).

en vorderingen. Bovendien gaf de Rabobank daarin tevens aan dat de aandeelhouders van de schuldenaar ook hadden besloten om geen aanvullend kapitaal meer te verschaffen en dat het derhalve op dat moment reeds voorzienbaar was dat de schuldenaar niet aan zijn financiële verplichtingen zou kunnen blijven voldoen. Uit deze brief blijkt dus dat het omslagmoment op 18 november 2003 kan worden vastgelegd – negen maanden voorafgaand aan de faillietverklaring –, omdat de Rabobank op die datum wist dat de failliet toen al in een toestand verkeerde dat haar faillissement te verwachten was.

#### 5.4 HR 7 april 2017 (*Jongepier q.q./Drieakker*)<sup>58</sup>

Dit arrest betrof een overwaardearrangement en gaat met name over de vraag of het aangaan van het overwaardearrangement paulianeus is in de zin van art. 42 Fw. Daarnaast komt echter ook de vraag aan de orde of de betrokken financiers ten tijde van het aangaan van het overwaardearrangement te goeder trouw waren in de zin van art. 54 lid 1 Fw, het omslagmoment.

Kort de feiten. Sinds september 2009 bevindt de Thieme-groep zich in financieel zwaar weer en staat vanaf dat moment ook onder toezicht van de afdeling bijzonder beheer van de bank. Begin 2010 wordt een aanvang gemaakt met de reorganisatie van de Thieme-groep, waarbij een aantal van de groepsvennootschappen op eigen aanvraag failliet is verklaard. Medio 2010 heeft de Thieme-groep haar belangrijkste crediteuren, waaronder de Belastingdienst en het pensioenfonds, aangeschreven met een verzoek om uitstel van betaling tot begin 2011. De Belastingdienst heeft de brief voor akkoord getekend. Het pensioenfonds wilde alleen akkoord gaan met betalingsuitstel indien er door de Thieme-groep een bankgarantie zou worden gesteld. Tijdens besprekingen op 29 juli 2010 heeft Drieakker zich jegens het pensioenfonds verbonden om de bankgarantie te stellen. Daartegenover stond een contragarantie van de Thieme-groep en de bank heeft zich voor de nakoming van de contragarantie borg gesteld jegens Drieakker tot maximaal de overwaarde van de door Thieme-groep aan de bank verstrekte zekerheden. Met dien verstande dat de bank de regresvordering die door betaling door de bank onder borg op de Thieme-groep zou ontstaan, zou mogen verhalen op de overwaarde van de aan de bank verstrekte zekerheden. Dit overwaardearrangement is op 20 september 2010 tussen Drieakker, de bank en de Thieme-groep schriftelijk vastgelegd. Eind september 2010 heeft de bank geen nieuwe overstanden toegestaan, omdat de beoogde reorganisatie niet van de grond kwam en de schuld van de Belastingdienst aanzienlijk was opgelopen. Begin oktober 2010 heeft de Thieme-groep surseance aangevraagd en op 5 december 2010 is de Thieme-groep failliet verklaard. Na faillissement spreekt Drieakker de bank aan onder de borgtocht op grond van het overwaardearrangement en de bank heeft de daardoor ontstane regresvordering op de Thieme-groep verhaald op het surplus van de door haar uitgewonnen zekerheidsrechten. De curator heeft in 2013 het overwaardearrangement buitengerechtelijk vernietigd met een beroep op art. 42 Fw en daarnaast gesteld dat de

<sup>58</sup> HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635, JOR 2017/213, m.nt. G.J.L. Bergervoet; Ondernemingsrecht 2017/120, m.nt. M.H.E. Rongen (*Jongepier q.q./Drieakker*).

L.F.A. Welling-Steffens

bank met het aangaan van het overwaardearrangement een vordering op de Thieme-groep van Drieakker heeft ‘overgenomen’ op een moment dat de bank niet meer te goeder trouw was in de zin van art. 54 lid 1 Fw. De curator stelt met andere woorden dat de bank op 29 juli 2010 (mondelinge afspraken over het overwaardearrangement) of althans op 20 september 2010 (de datum van de schriftelijke vastlegging) niet meer te goeder trouw was en heeft van de bank afdracht gevorderd van het surplus.

Zowel de rechtbank als het hof stelt het omslagmoment op 29 juli 2010, de dag waarop de mondelinge afspraken zijn gemaakt met betrekking tot het overwaardearrangement. Voor een geslaagd beroep op zowel art. 42 Fw als art. 54 lid 1 Fw moet de curator derhalve aantonen dat de bank op 29 juli 2010 het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. De curator voert daartoe aan dat de Thieme-groep, na het verzoek om betalingsuitstel in mei 2010, in juni van datzelfde jaar al weer een melding van betalingsonmacht heeft moeten doen aan de Belastingdienst en waren de aan de Belastingdienst toegezegde zekerheden niet gesteld. Bovendien, zo stelt de curator, waren de eerdere prognoses steeds onhaalbaar gebleken en voorzagen nieuwe prognoses, noch het businessplan, noch een extern accountantsrapport in een oplossing voor het bestaande liquiditeitstekort en de steeds toenemende belastingschuld. Het hof stelt dat deze omstandigheden op zichzelf kunnen wijzen op een naderend faillissement, maar dat de bank<sup>59</sup> daaruit niet behoefde te begrijpen dat het faillissement onafwendbaar was. De Hoge Raad maakt korte metten met de maatstaf die het hof hier aanlegt, en herhaalt dat ook in situaties waarin er nog een poging wordt gedaan het faillissement af te wenden door een reorganisatie, geldt dat er van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw sprake is indien ten tijde van het aangaan van het overwaardearrangement het faillissement en het tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien.<sup>60</sup> Deze maatstaf geldt, aldus de Hoge Raad, eveneens voor art. 54 lid 1 Fw.<sup>61</sup> De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst naar het gerechtshof Den Haag.

Dit lijkt te betekenen dat het voor het vaststellen van het omslagmoment voor de toetsing aan de maatstaf van art. 54 lid 1 Fw niet relevant is of het overwaardearrangement of de andere vormen van ‘overneming’ van een vordering op schuld onderdeel uitmaken van een reorganisatie of herstructurering. Het zou dus goed kunnen dat ondanks het feit dat men met de herstructurering het faillissement van de schuldenaar wilde voorkomen, het omslagmoment voor het bestaan van de goede trouw in de zin van art. 54 lid 1 Fw al voor die pogingen tot herstructurering zou kunnen liggen. Of dat zo is, hangt wederom geheel van alle omstandigheden van het geval af; er is geen algemene regel of aanwijzing te vinden in dit arrest.

59 Zie r.o. 3.12 van het arrest van het hof (Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5433, JOR 2016/107, m.nt. G.J.L. Bergervoet), waarin het voor de aangelegde maatstaf verwijst naar r.o. 3.8 e.v.

60 Zie r.o. 3.3.2.

61 Zie r.o. 3.4.

Wordt er echter financiering verstrekt in het kader van een akkoordprocedure onder de WHOA, dan biedt het nieuwe derde lid van art. 54 Fw soelaas aan de financier, die in dat geval geacht wordt te goeder trouw te zijn. De bepaling is met name ingevoerd zodat de schuldenaar gedurende de totstandkoming van het akkoord kan blijven gebruik maken van een rekening-courantfaciliteit. Een roodstand kan immers in dat geval worden verrekend met binnenkomende betalingen en de financier hoeft bij het mislukken van de herstructurering via een WHOA-akkoord niet te vrezen voor een ongeldigheid van die verrekening. Daarbij moet worden gewezen op het feit dat de verrichte verrekening de financiering niet mag inperken, bijvoorbeeld wanneer het krediet bij een roodstand wordt opgezegd.<sup>62</sup>

### 5.5 HR 23 november 2018 (*Eurocommerce*)<sup>63</sup>

De Hoge Raad heeft in dit arrest geen oordeel gegeven over de vraag wanneer de Rabobank niet meer te goeder trouw was in de zin van art. 54 lid 1 Fw. Uit het feitenrelaas kunnen we wel opmaken dat de curator het omslagmoment zo vroeg mogelijk wenst vast te leggen, terwijl de bank er alles aan doet om dat omslagmoment zo laat mogelijk vast te leggen.

In dit arrest gaat het om Eurocommerce Holding B.V. en een vijftal dochtervennootschappen (hierna: Holding c.s.). Holding c.s. ontwikkelden en verhuurden grootschalige kantoorruimten. Op het moment dat de kantoorruimten grotendeels waren verhuurd, werd het vastgoed in de regel verkocht. De Rabobank trad op als huisbankier van Holding c.s. Het betalingsverkeer verliep voornamelijk via rekeningen die Holding c.s. aanhielden bij de Rabobank en de Rabobank verstrekte verschillende kredieten. Zoals bekend ging het financieel niet goed met Holding c.s. en op 21 mei 2012 is aan drie van de zes vennootschappen surseance verleend, die op 12 juli 2012 is omgezet in faillissement, waarbij tegelijkertijd nog twee vennootschappen failliet werden verklaard. In september 2011 hebben Rabobank en Holding c.s. met betrekking tot een bestaande faciliteit een wijzigingsovereenkomst gesloten omdat de Rabobank had aangegeven dat Holding c.s. niet meer voldeden aan de solvabiliteitseisen onder de faciliteit en het recht had om terstond het verstrekte krediet op te zeggen. Daarin is onder andere overeengekomen dat Holding c.s. jegens Rabobank hoofdelijk aansprakelijk werden voor alles wat Rabobank van Holding c.s. te vorderen had of zou hebben, uit welken hoofde dan ook. Bovendien verkreeg Rabobank de bevoegdheid om alles wat Holding c.s. van de Rabobank te vorderen zouden hebben, te verrekenen. Tot slot verkreeg Rabobank een pandrecht op alle vorderingen van Holding c.s. op Rabobank zelf, welk pandrecht met name zag op de tegoeden op de bankrekeningen die Holding c.s. aanhielden bij de Rabobank.

De curatoren hebben met een beroep op art. 54 lid 1 Fw afdracht gevorderd van alle door derden gedane betalingen op bankrekeningen van Holding c.s. bij Rabobank,

62 Zie ook Verstijlen, in: T&C Insolventierecht 2020, art. 54 lid 3 Fw.

63 HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, JOR 2019/27, m.nt. B.A. Schuijling; NJ 2019/343, m.nt. H.J. Snijders; Ondernemingsrecht 2019/31, m.nt. A. Steneker; TvI 2019/14, m.nt. N.E.D. Faber (*Eurocommerce*).

L.F.A. Welling-Steffens

voor zover deze betalingen geen betrekking hadden op aan Rabobank verpande vorderingen en deze betalingen zijn gedaan nadat Rabobank niet meer te goeder trouw was in de zin van art. 54 lid 1 Fw. De curatoren menen dat het omslagmoment – het moment waarop de Rabobank niet meer te goeder trouw was – op z'n laatst op 5 maart 2012 moet worden gesteld en vorderen op die basis afdracht van een bedrag van ruim € 5 miljoen.

Nu ook deze situatie onder het bereik van art. 54 lid 1 Fw valt, zal moeten worden onderzocht op welk moment de Rabobank niet meer te goeder trouw was.

### 5.6 *Tussenconclusie*

Gezien de laatste aanscherping van de 'verrekeningsregels' in het Eurocommerce-arrest is het, met name voor banken, van groot belang om te kunnen inschatten wat het effect daarvan is op hun zekerheidspositie. Daarbij moet voor ogen worden gehouden dat het blijkens de hiervoor weergegeven rechtspraak moeilijk is om te voorspellen wanneer het omslagmoment wordt gepasseerd. Dat kan dus al geruime tijd voor datum faillissement liggen van de schuldenaar van de bank. Het enige dat zeker is, is dat het omslagmoment wordt vastgesteld op het tijdstip dat de 'overnemer' op het moment van 'verkrijging' van de schuld of vordering wist dat de schuldenaar in een toestand verkeerde dat zijn faillissement of surséance was te verwachten. Daarbij is in een aantal uitspraken aangesloten bij de maatstaf van art. 42 Fw. Heel veel houvast geeft dit niet. De bank moet er derhalve rekening mee houden dat een rechter het omslagmoment achteraf (met het risico van *hindsight bias*) vaststelt op een tijdstip dat geruime tijd voor de faillietverklaring kan liggen.<sup>64</sup>

## 6 De mogelijke consequenties van het Eurocommerce-arrest voor de praktijk

### 6.1 *Inleiding*

De Rabobank had een aantal argumenten aangevoerd om de Hoge Raad ervan te overtuigen dat art. 54 lid 1 Fw niet van toepassing is op een pandrecht 'op een bankrekening' ten gunste van de bank waar die bankrekening wordt aangehouden, of er op zijn minst een uitzondering op te aanvaarden vergelijkbaar met de uitzondering die is aanvaard in Mulder q.q./CLBN. De Hoge Raad is niet gevoelig geweest voor de argumenten van de Rabobank. Een aantal komt in deze paragraaf terug.

### 6.2 *Lege boedels*

In veel gevallen zal de uitzondering van Mulder q.q./CLBN van toepassing zijn omdat kredietnemers nu eenmaal vaak verplicht zijn om alle huidige en toekomstige vorderingen op afnemers, klanten of groepsvennootschappen stil te verpanden aan de bank. Veel van de betalingen door derden op de bankrekening van de pandgever zullen in dat geval betalingen zijn van aan de bank verpande vorderingen. In dat geval is art. 54 Fw niet van toepassing en kan de bank ofwel verrekenen, ofwel

<sup>64</sup> Zie ook Tuil 2019, p. 391.

haar pandrecht uitwinnen. De bank zal hier ná het Eurocommerce-arrest nog strenger op zijn en er zorg voor willen dragen dat ze een stil pandrecht verkrijgt op werkelijk alle huidige en toekomstige vorderingen van de rekeninghouder. Dit leidt ertoe dat de bank nog meer vermogen naar zich toe kan trekken in een faillissement van de rekeninghouder dan nu al het geval is, waardoor er voor de concurrente schuldeisers steeds minder zal overblijven.<sup>65</sup>

### 6.3 *Financiering van de retailbranche*<sup>66</sup>

De Rabobank stelt in het Eurocommerce-arrest dat dezelfde vraag in tal van retail-faillissementen opkomt of zal opkomen. Immers, de uitzondering van Mulder q.q./CLBN biedt de bank hier geen soelaas omdat bij verkoop van retail vanuit de winkel er onmiddellijk (meestal via pinbetalingen) wordt afgerekend. Een eventueel stil pandrecht dat ten gunste van de bank is gevestigd, omvat deze kortstondig bestaande vorderingen niet, daar het geen vorderingen zijn die ten tijde van de vestiging van het stil pandrecht reeds bestaan dan wel voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding. Hoewel de pinbetalingen op de bankrekening van de retailer aangehouden bij de bank worden gestort, kan de bank zich dus sinds Loefven q.q./BMH I en Amro Bank/THB niet op verrekening beroepen indien op het moment dat de pinbetalingen worden gedaan de bank niet meer te goeder trouw is in de zin van art. 54 lid 1 Fw, welk moment dus ruim vóór het faillissement van de retailer kan liggen. Vóór Eurocommerce vertrouwden de banken op het openbaar pandrecht gevestigd op de bankrekening waarop die betalingen binnenkwamen, welk pandrecht in ieder geval geldig was gevestigd op alle vorderingen van de retailer op de bank uit hoofde van de pinbetalingen die voor faillissement binnenkwamen. Sinds Eurocommerce is er nog steeds een geldig pandrecht, maar mag de bank dat pandrecht niet uitwinnen voor zover de verpande vorderingen voortvloeien uit pinbetalingen gedaan ná het omslagmoment. De verhaalspositie van de bank kan hierdoor beduidend verslechteren en daar zal de bank rekening mee moeten houden bij het verstrekken van krediet, en dat kan, gezien de kapitaalregels uit de CRR-verordening,<sup>67</sup> invloed hebben op de prijs van het krediet.

In Feenstra q.q./ING is de Hoge Raad de pandhouder enigszins tegemoetgekomen door te oordelen dat een afspraak op grond van art. 3:251 lid 2 BW voor een onderhandse executie ook kan inhouden dat de pandgever de verpande zaken vanuit de winkel verkoopt en dat de bank zich kan verhalen op de executieopbrengst die via pinbetalingen op de bankrekening van de retailer terechtkomt. Wil een dergelijke afspraak tussen pandhouder en pandgever geldig zijn, dan moet deze zijn gemaakt nadat de schuldenaar/pandgever in verzuim is met de verzekerde verplichtingen. Dit zou ertoe kunnen leiden dat banken sneller het krediet opzeggen en de uit-

65 Het wetsvoorstel opheffing verpandingsverboden zal daar ook een steentje aan bijdragen. Terwijl bij de behandeling van de WHOA er twee moties zijn aangenomen die de wetgever de opdracht geven om verpanding aan banken te verminderen.

66 Zie over de hier besproken problematiek ook Tuil 2019, p. 391-392 en Heumakers 2019, p. 264-265.

67 Verordening (EU) 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) 648/2012.

staande bedragen onmiddellijk opeisbaar maken. Is de retailer in verzuim, dan kan de bank niet alleen de pandrechten op de roerende zaken uitwinnen, maar ook afspraken maken met de retailer over de onderhandse executieverkoop. Dat is wellicht fijn voor de bank, maar het redden van de retailer is daarna hoogstwaarschijnlijk niet meer mogelijk.

Het zou dus kunnen betekenen dat de bank niet meer tot het uiterste gaat om de retailer voor faillissement te behoeden, maar al (veel) eerder de stekker eruit trekt. Dat lijkt een ongewenst gevolg van de strenge ‘verrekeningsregels’. Het is afwachten of de Hoge Raad bij retailfaillissementen toch een uitzondering zal aanvaarden op de strenge ‘verrekeningsregels’.

#### 6.4 Gevolgen voor cash pooling<sup>68</sup>

Het arrest heeft ook gevolgen voor cash pool-arrangementen. *Cash pooling* vergemakkelijkt een goed beheer en efficiënt gebruik van liquide middelen die in een onderneming of concern aanwezig zijn. Met cash pooling kan ervoor worden gezorgd dat bij de aanwezigheid van meerdere bankrekeningen, verspreid onder de verschillende leden van de groep, de economische en organisatorische behandeling van de liquide middelen plaatsvindt op een centraal niveau. Cash pooling maakt het mogelijk dat één rechtspersoon (meestal de moedervenootschap) uit een groep van rechtspersonen de positieve saldi, die bij sommige leden van de groep aanwezig zijn, gebruikt om betalingen door andere leden van de groep mogelijk te maken. Bij een cash pool verstrekken alle deelnemende vennootschappen van de groep een pandrecht op hun bankrekening aan de bank tot zekerheid van alles wat de bank uit welken hoofde dan ook te vorderen heeft of zal hebben van de vennootschappen van de groep. Daarnaast komt het voor dat de vennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle schulden van de groep jegens de bank, of er wordt een meerpartijenverrekening overeengekomen.<sup>69</sup> Hoewel het voorkomt dat de kredietverlenende bank eveneens de cash pooling verzorgt, is dit zeker niet altijd het geval. Zijn het verschillende banken, dan zal de kredietverlenende bank over het algemeen een (stil) pandrecht hebben op alle handelsvorderingen. Dit betekent dat de cash pool-bank te maken kan krijgen met de strenge ‘verrekenings’-regels en na het onzekere omslagmoment niet meer kan verrekenen, maar evenmin haar pandrecht op vorderingen die na het omslagmoment zijn ontstaan, als gevolg van betalingen op de verschillende rekeningen in de cash pool, kan uitwinnen. Daardoor kan de bank een groot risico lopen indien het met de klant minder goed gaat en om die reden eerder stoppen met deze dienstverlening.

68 Zie voor een nadere uitleg van cash pooling in faillissement G.J.L. Bergervoet, Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie, in: Ph.W. Scheurs, E.L. Zetteler, E.J.R. Verwey & R.F. Feenstra (red.), De curator en het concern (Insolad Jaarboek 2017), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 245 e.v. Zie ook Tuil 2019, p. 393.

69 Waarvan we sinds HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, JOR 2020/22, m.nt. N.E.D. Faber weten dat een dergelijke afspraak standhoudt in faillissement.



### 6.5 *Gevolgen voor het betalingsverkeer*<sup>70</sup>

De strenge ‘verrekenings’-regels zullen ook gevolgen hebben voor het betalingsverkeer, in die zin dat een bank minder geneigd zal zijn om aan de rekeninghouder een rekening-courantkrediet te verlenen of de rekeninghouder betalingen te laten doen terwijl er een debetstand bestaat. De bank kan immers de debetstand na een onzeker omslagmoment niet meer dichten met op de rekening binnenkomende betalingen. Heeft de bank geen andere zekerheid, dan zal de bank het betalingsverkeer eerder aan banden leggen. Het is goed mogelijk dat de bank niet of nauwelijks andere zekerheden van de rekeninghouder kan verlangen indien de rekeninghouder, of de groep van de rekeninghouder, van andere banken een grote kredietfaciliteit heeft aangetrokken en alle vermogensbestanddelen van de groep zijn ondergezet voor die kredietfaciliteit.

Ingeval de schuldenaar een akkoordprocedure onder de WHOA is gestart, biedt het nieuwe art. 54 lid 3 Fw de financierer soelaas, mits de verrekening is verricht nadat de schuldenaar de procedure is gestart en in het kader van een financiering van de onderneming van de schuldenaar die financiering niet inperkt.

### 6.6 *Gevolgen voor schuldeisers (anders dan de bank) met een (tweederangs) pandrecht ‘op een bankrekening’*

De strenge regel geformuleerd in het Eurocommerce-arrest is niet van toepassing op de schuldeiser (niet zijnde de bank waar de rekening wordt aangehouden) met een pandrecht ‘op de bankrekening’ die zijn schuldenaar aanhoudt bij een bank.<sup>71</sup> De schuldeiser heeft in dat geval immers geen pandrecht op een vordering van zijn schuldenaar op hemzelf, maar op een derde, de bank. Bovendien kan er geen sprake zijn van ‘overneming’ van een schuld door betaling door een derde op de rekening omdat daar enkel een schuld voor de bank uit voortvloeit en niet voor de schuldeiser met het pandrecht. Heeft die schuldeiser derhalve een eersterangs pandrecht ‘op de bankrekening’, dan zal hij het pandrecht dat rust op de vorderingen op de bank die ontstaan door betalingen door derden op de rekening kunnen uitwinnen, ook indien die vorderingen zijn ontstaan op een moment dat de schuldeiser of bank niet meer te goeder trouw is.

In tegenstelling tot de opvatting van A-G Valk dat een pandrecht gevestigd ten gunste van een derde op een bankrekening ‘wereldvreemde theorie’ is,<sup>72</sup> komt het in de financieringspraktijk heel vaak voor. Weliswaar geeft de bank waar de rekening wordt aangehouden haar pandrecht doorgaans niet op en dient er toestemming van de bank verkregen te worden omdat er doorgaans een goederenrechtelijk verpandingsverbod van toepassing is op alle vorderingen die de rekeninghouder nu of in de toekomst op de bank zal verkrijgen, maar veelvuldig worden aan financiers en banksyndicaten tweederangs pandrechten verleend op een bankrekening aangehouden bij een Nederlandse bank. Bovendien komt het daarbij vaak voor dat de bank contractueel afsprekt dat zolang het tweederangs pandrecht bestaat, de

70 Zie uitgebreid Tuil 2019, p. 392-393.

71 Anders: Tuil 2019, p. 390.

72 Zie punt 2.30 van de conclusie van de A-G bij het Eurocommerce-arrest.

bank het eersterangs pandrecht alleen uitwint voor kosten die samenhangen met het beheren van de verpande rekening.

Stel nu dat de bank waar de rekening wordt aangehouden een eersterangs pandrecht heeft en een andere schuldeiser een tweederangs pandrecht op alle vorderingen van de rekeninghouder die deze op de bank uit hoofde van de rekening heeft of zal verkrijgen. Zoals in het vorenstaande uiteengezet, verkrijgt de bank een rechtsgeldig pandrecht ook op de vorderingen die als gevolg van betalingen van derden op de rekening na het omslagmoment ontstaan. De bank kan het pandrecht op die vorderingen echter door toepassing van art. 54 lid 1 Fw niet uitwinnen. De schuldeiser met het tweederangs pandrecht heeft geen last van art. 54 lid 1 Fw en heeft eveneens een rechtsgeldig (tweederangs) pandrecht op de betreffende vorderingen, welk pandrecht de schuldeiser wel kan uitwinnen. De vraag is nu of de tweederangs pandhouder nog last kan hebben van het feit dat er een eersterangs pandrecht van de bank rust op die vorderingen op de bank? Immers, uit art. 3:248 lid 3 BW volgt dat de tweederangs pandhouder het verpande goed (de vorderingen in dit geval) kan verkopen onder handhaving van het eersterangs pandrecht. Bij vorderingen vindt uitwinning echter vaker plaats door inning dan door verkoop van de vordering en verhaalt de pandhouder zich op de opbrengst van de inning. Onder normale omstandigheden zou dit betekenen dat de tweederangs pandhouder zich uitsluitend op het surplus mag verhalen na afdracht van het bedrag van de uitstaande vordering van de eersterangs pandhouder. Nu de eersterangs pandhouder op grond van art. 54 lid 1 Fw geen recht heeft op verhaal op die vorderingen zal de curator afdracht verlangen van de bank van het volledige bedrag van de betalingen die na het omslagmoment op de rekening zijn binnengekomen, maar vindt dan de tweede pandhouder op zijn pad. De tweede pandhouder heeft mijns inziens uitsluitend recht op het eventuele surplus dat na voldoening van de eerste pandhouder zou overblijven. Daarbij zou naar mijn mening wel moeten gelden dat voor de berekening van het surplus uitsluitend de restvordering van de bank, na uitwinning door de bank van haar andere zekerheidsrechten, wordt meegenomen.

Tot slot de vraag of de tweede pandhouder de contractuele afspraak dat de bank als eerste pandhouder haar pandrecht alleen zou uitwinnen voor met de rekening samenhangende kosten, aan de curator kan tegenwerpen ondanks het feit dat het bedrag van de verzekerde (rest)vordering van de bank vele malen hoger zal zijn. Ik zou menen van wel. De tweede pandhouder kan niet via de achterdeur last krijgen van art. 54 lid 1 Fw. De curator heeft in dat geval alleen recht op afdracht van het bedrag gelijk aan de uitstaande kosten voor het beheer van de rekening.

## 7 Conclusie

De Hoge Raad heeft in *Eurocommerce* zijn lijn doorgezet in de interpretatie van art. 54 lid 1 Fw. Dat verhaal op verpande vorderingen van de rekeninghouder op de bank door de bank niet kan worden genomen indien die vorderingen op de bank ontstaan na het omslagmoment, lijkt een logische voortzetting van eerdere uitspraken, met name in *Doyer & Kalff*, *Loeffen q.q./BMH I* en *Amro Bank/THB*. Bo-

vendien worden de nadelige gevolgen van de uitspraak voor de bank deels gemiti-geerd door de uitzondering op de toepassing van art. 54 Fw uit Mulder q.q./CLBN. Desondanks heeft de uitspraak van de Hoge Raad ongewenste consequenties voor de kredietverlening (met name aan de retailbranche), cash pooling en het betalingsverkeer. Daarbij speelt met name het feit dat de vaststelling van het omslagmoment onzeker is. Die vaststelling van het omslagmoment hangt immers af van alle omstandigheden van het geval en kan door een rechter, achteraf en met hindsight bias, worden vastgelegd op een moment dat geruime tijd voor de faillietverklaring kan liggen. De Hoge Raad zou meer richting moeten geven aan de vaststelling van het omslagmoment.

Tot slot is door de uitspraak van de Hoge Raad de positie van de tweede pandhouder onzeker, omdat het pandrecht van de bank blijft bestaan, maar alleen niet kan worden uitgewonnen. De tweede pandhouder moet er echter op kunnen vertrouwen dat zijn positie niet via de achterdeur wordt aangetast door art. 54 lid 1 Fw.