

Het rechtskarakter van automatische incasso en storting

Inleiding

Op 3 december 2004 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak Mendel q.q./ABN AMRO.¹ In dit arrest staat het rechtskarakter van het instituut van automatische incasso en storting centraal. De kwalificatie van storting is met name van praktisch belang indien de crediteur die door middel van automatische incasso gelden heeft geïnd, failliet wordt verklaard. De vraag is dan of de stortingen van de bedragen die via automatische incasso zijn geïnd, aan de boedel kunnen worden tegengeworpen, of dat het fixatiebeginsel en de artikelen 53 en 54 Faillissementswet (Fw) hieraan in de weg staan.

Feiten en procesverloop

Worldxchange B.V., handelend onder de naam Netnet (hierna: Netnet), verleende diensten op het gebied van telecommunicatie en hield bij ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) een rekening aan, bestemd voor het verrichten van betalingen en het ontvangen van aan de onderneming verschuldigde betalingen. Netnet incasseerde haar vorderingen op basis van het Incassocontract Doorlopende Machtiging Algemeen (hierna: het Incassocontract). Het Incassocontract was gesloten met BankGiroCentrale B.V., thans Interpay BankGiroCentrale B.V. (hierna: de BGC), en ABN AMRO.

Op 29 mei 2001 is Netnet in staat van faillissement verklaard. In de periode van 29 mei 2001 tot en met 26 juni 2001, derhalve na de aanvang van de dag der faillietverklaring, is de rekening van Netnet gedebiteerd voor in totaal f 103.796,45. Met de uitvoering van deze debiteringen werd door ABN AMRO gevolg gegeven aan stortingverzoeken van (banken van) debiteuren van Netnet.

ABN AMRO heeft zich in deze procedure op het standpunt gesteld dat de na de faillissementsdatum gestorneerde bedragen op het saldo per de faillissementsdatum in mindering gebracht mochten worden. De curator was van oordeel dat na de faillissementsdatum gestorneerde bedragen aan de boedel dienden te worden gerestitueerd. De curator vorderde daarom in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat ABN AMRO niet bevoegd was om het bedrag dat zij uit hoofde van de na de faillissementsdatum uitgevoerde stortingopdrachten aan derden heeft voldaan, te verrekenen met hetgeen zij op de faillissementsdatum aan Netnet verschuldigd was uit hoofde van de door

Netnet bij ABN AMRO aangehouden creditgelden, althans dat ABN AMRO het door haar verrekenende bedrag aan de boedel diende te restitueren.

Automatische incasso en storting

Op grond van het Incassocontract is de crediteur (incassant) bevoegd, indien hij beschikt over een daartoe strekkende volmacht van de debiteur, om hetgeen hij van particuliere rekeninghouders van bij de BGC aangesloten banken te vorderen heeft, van de bankrekeningen van deze rekeninghouders naar zijn eigen bankrekening te doen overboeken. Aan een dergelijke incasso komt, behoudens het verstreken van de volmacht, verder geen handeling van de debiteur zelf te pas. Anders dan bij een normale girale betaling wordt ook niet door de bank van de debiteur gecontroleerd of het beschikbare saldo c.q. de beschikbare kredietruimte de betaling toelaat.

In het Incassocontract wordt Netnet aangeduid als 'de incassant' en ABN AMRO als 'de bank van de incassant'. Artikel 8 van het Incassocontract luidt als volgt:

'8 Terugboeking

8.1 De BGC bedingt hierbij ten behoeve van de bank van de debiteur en de debiteur het recht om binnen 30 kalenderdagen na de datum waarop de BGC in opdracht van de incassant de incasso heeft verwerkt, de incasso terug te laten boeken.

8.2 De bank van de incassant zal ongeacht de reden van terugboeking iedere terugboeking accepteren die door de BGC wordt verwerkt binnen 35 kalenderdagen na de datum van verwerking van de incasso-opdracht.

8.3 De incassant verbindt zich jegens zijn bank de debitering van zijn rekening tengevolge van een terugboeking te accepteren mits de voorgeschreven termijn in acht is genomen.

8.4 De BGC bedingt hierbij ten behoeve van de bank van de debiteur dat de bank van de incassant, indien zij om enigerlei reden de terugboeking niet kan doorvoeren, niettemin het betreffende bedrag aan de bank van de debiteur zal vergoeden. Terzake van die vergoeding heeft zij alsdan een vordering op de incassant.

8.5 Elke creditering van de rekening van de incassant uit hoofde van deze overeenkomst geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de bank van de debiteur – al dan niet op verzoek van de debiteur – opdracht geeft tot terugboeking en deze opdracht door de BGC binnen de in artikel 8.2 genoemde termijn wordt uitgevoerd.'

In dit artikel zal ik het terugboekingsrecht van de bank van de debiteur en de debiteur, zoals vervat in artikel 8.5 Incas-

1. HR 3 december 2004, RvdW 2004, 141 (Mendel q.q./ABN AMRO). Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de schrijver betrokken is geweest bij de procedure die heeft geleid tot het besproken arrest.

sovoorwaarden, verder aanduiden als 'stornering'.² Het storneringsrecht van artikel 8 van het Incassocontract is in de thans door de banken gehanteerde Algemene Voorwaarden Incasso (AVI) op grotendeels dezelfde wijze vormgegeven.³ De belangrijkste afwijking is dat in de AVI is bepaald dat het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde terugwerkende kracht heeft. Het hierna te bespreken arrest heeft daarom ook betekenis voor (de uitleg van) de AVI.

De vraag is nu wat het rechtskarakter is van het storneringsrecht in het Incassocontract. De literatuur toont twee benaderingen.⁴ In de eerste benadering wordt een voor stornering vatbare girale betaling gezien als een betaling door de geïncasseerde aan de incassant onder de ontbindende voorwaarde van stornering.⁵ Met de vervulling van de ontbindende voorwaarde vervalt het recht van de incassant om over het na automatische incasso verhoogde saldo van zijn bankrekening te kunnen beschikken. Het met de automatische incasso verbonden bedrag behoort van rechtswege niet meer tot het saldo op zijn bankrekening. In de tweede benadering wordt ervan uitgegaan dat automatische incasso een onvoorwaardelijke betaling inhoudt, die in geval van stornering moet worden terugbetaald. In deze benadering wordt stornering dus gekwalificeerd als een girale terugbetaling door de incassant aan de geïncasseerde van hetgeen de incassant via automatische incasso heeft ontvangen.⁶ In de onderhavige zaak werd in eerste aanleg door de Rechtbank Amsterdam gekozen voor de eerste benadering en de vordering van de curator afgewezen.⁷ Vanwege het principiële karakter van de rechtsvraag die centraal stond in deze procedure hebben partijen sprongcassatie ingesteld en de zaak voorgelegd aan de Hoge Raad.

Overwegingen Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt omtrent een normale girale betaling allereerst dat in geval van voldoening van een schuld door de debiteur door middel van overboeking van het verschuldigde bedrag op een bankrekening van de crediteur, de betaling in het algemeen zal worden geëffectueerd door en op het tijdstip van creditering van die bankrekening (vergelijk art. 6:114 lid 2 BW). Op dat tijdstip verkrijgt de crediteur een vordering op de bank ter grootte van het overgeboekte bedrag, hetgeen leidt tot een verhoging van zijn

creditsaldo, respectievelijk een verlaging van zijn debetsaldo met eenzelfde bedrag. Vervolgens overweegt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.1:

'Het onderhavige geval wordt evenwel hierdoor gekenmerkt dat ingevolge het hiervoor in 3.1 onder (iii) weergegeven art. 8 van het incassocontract de creditering geschiedt onder een ontbindende voorwaarde, te weten dat de debiteur of diens bank binnen de gestelde termijn gebruik maakt van zijn bevoegdheid de incasso te laten terugboeken. Dit brengt mee dat de creditering binnen het systeem van de automatische incasso vooralsnog slechts de betekenis heeft van een betaling onder de opschortende voorwaarde dat de termijn is verlopen zonder dat van de bevoegdheid tot terugboeking gebruik is gemaakt.'

In de visie van de Hoge Raad is een voor stornering vatbare girale betaling dus een betaling door de debiteur/geïncasseerde aan de crediteur/incassant onder de opschortende voorwaarde dat niet tot stornering wordt overgegaan binnen de daarvoor gegeven termijn. Vervolgens overweegt de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.1 het volgende omtrent de vervulling van de voorwaarde:

'Vervulling van de voorwaarde doordat de debiteur of diens bank binnen de termijn zijn bevoegdheid uitoefent de incasso te laten terugboeken betekent dat definitief komt vast te staan dat geen betaling plaatsvindt, en leidt dan ook niet tot een verbintenis van de incasserende bank of de crediteur een betaling ongedaan te maken door een betaald bedrag terug te betalen. Voor zover in verband met de vervulling van de ontbindende voorwaarde sprake is van een verplichting tot ongedaanmaking, bestaat zij hierin dat de creditering van de rekening van de crediteur wordt ongedaan gemaakt door terugboeking, dat wil zeggen door boekhoudkundige debitering daarvan; deze debitering is vergelijkbaar met de stornering in geval van een onjuiste boeking en met de ongedaanmaking van een boeking in geval van een girale betaling zonder geldige opdracht (zie HR 26 januari 2001, nr. C99/065, NJ 2002, 118). Aantekening verdient dat ingevolge art. 8 lid 4 van het incassocontract slechts ingeval de terugboeking om enigerlei reden niet kan worden doorgevoerd, terugbetaling dient plaats te vinden.'

Daarbij doet het niet terzake of de incassant is gefailleerd, aldus de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3.2:

'Een en ander geldt evenzeer in geval van faillissement van de crediteur. Doordat gebruikmaking van de bevoegdheid de incasso te laten terugboeken betekent dat ondanks de creditering van de rekening de crediteur niet is betaald, is er geen vordering van de crediteur op de bank ter grootte van het gecrediteerde bedrag ontstaan, en doordat dientengevolge geen sprake is van

2. Zie voor het onderscheid met het storneringsrecht van art. 12 Algemene Bankvoorwaarden A-G Timmerman in zijn conclusie vóór het arrest onder 3.2-3.7.
3. De AVI zijn te downloaden vanaf de website van Interpay: www.interpay.nl/docs/AVIncasso.pdf.
4. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Stornering en faillissement*, TvI 1998, p. 50.
5. Zie voor deze benadering Kortmann & Faber 1998, p. 49-57, en N.E.D. Faber in zijn noten onder Rb. Arnhem 5 november 1998, JOR 1999, 2 en Rb. Amsterdam 26 november 2003, JOR 2004, 29.
6. Zie W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Serie recht en praktijk, deel 94, Deventer: Kluwer 1996, p. 240 en 291-293.
7. Rb. Amsterdam 26 november 2003, JOR 2004, 29 m.nt. N.E.D. Faber.

terugbetaling, ontstaat ook geen vordering van de bank op de crediteur ter grootte van het gedebiteerde bedrag. De in art. 53 F bedoelde situatie doet zich derhalve niet voor.'

Uit rechtsoverweging 3.3.3 blijkt dat de Hoge Raad het vorenstaande ook in overeenstemming acht met de strekking van het terugboekingsrecht van de bank van de debiteur en de debiteur:

'Hetgeen hiervoor is overwogen strookt ook met hetgeen als strekking van de bevoegdheid tot terugboeking van een automatisch geïncasseerd bedrag moet worden aangenomen. Om voor de hand liggende redenen moet immers zowel de debiteur als diens bank ervan kunnen uitgaan dat een binnen de termijn verlangde terugboeking zonder meer wordt uitgevoerd. Zou hiervan niet meer ten volle kunnen worden uitgegaan, dan is niet onaannemelijk dat aan het stelsel van automatische incasso, dat een belangrijke rol in het betalingsverkeer vervult, afbreuk wordt gedaan doordat zowel bij banken als bij debiteuren minder bereidheid zal bestaan aan dit stelsel deel te nemen.'

Het cassatiemiddel van de curator stuit af op de hiervoor weergegeven overwegingen en wordt derhalve verworpen.

Commentaar

Vanuit het oogpunt van een goed functionerend betalingsverkeer kan het arrest worden toegejuicht. Duidelijk is immers dat de bank van de geïncasseerde en de geïncasseerde ook ná het faillissement van de incassant gebruik kunnen maken van hun storeringsrecht, zonder dat de curator van de failliete incassant met succes daartegen kan opkomen. De curator zal in plaats van de bank van de incassant aan te spreken tot restitutie van de gestorneerde bedragen, verhaal moeten zoeken bij de debiteuren die hun betaling hebben gestorneerd en hen moeten sommeren aan hun betalingsverplichtingen te voldoen. Die uitkomst lijkt ook redelijk, omdat anders – zoals A-G Timmerman opmerkt in zijn conclusie vóór het arrest onder 3.8 – de bank van de incassant het risico van de insolventie van de incassant draagt. Zou dit zo zijn, dan valt inderdaad te verwachten dat het instituut van automatische incasso aan populariteit zal inboeten (vergelijk rechtsoverweging 3.3.3 van het arrest). De bank van de geïncasseerde, maar ook de geïncasseerde, laat incasso immers toe in de wetenschap dat zij op grond van het incassocontract tot storning kan overgaan. Op deze voorwaarde aanvaardt de bank van de geïncasseerde dat zij eerst achteraf ziet welke debiteringen hebben plaatsgevonden. De uitkomst van het arrest lijkt ook met name te zijn ingegeven vanwege deze meer rechtspolitieke argumenten.

De uitkomst van het arrest kan dus bevredigend worden genoemd. Met het arrest staat mijns inziens ook vast dat de incassant als gevolg van de creditering een voorwaardelijk

recht verkrijgt op zijn bank. De creditering geschiedt immers onder ontbindende voorwaarde (vergelijk rechtsoverweging 3.3.1 van het arrest). Men moet goed onderscheid maken tussen de verhouding incassant/bank van de incassant enerzijds en de verhouding geïncasseerde/incassant anderzijds. In de eerste verhouding vindt de voorwaardelijke creditering plaats, in de tweede verhouding de girale betaling. Het moment van creditering in het kader van automatische incasso is, zo lijkt te volgen uit de overwegingen van de Hoge Raad, niet het tijdstip waarop betaling geschiedt. In zoverre verschilt de girale betaling bij automatische incasso dus van een gewone girale betaling (vergelijk art. 6:114 lid 2 BW). Hoewel de Hoge Raad dit niet met zoveel woorden overweegt, lijkt hij een girale betaling in het kader van automatische incasso niet te beschouwen als een bevrijdende betaling, omdat deze is onderworpen aan een *opschortende* voorwaarde. De betaling onder opschortende voorwaarde heeft immers pas (bevrijdende) werking op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. Bij het voorgaande teken ik aan dat de kwalificatie van de girale betaling in het kader van automatische incasso voor de onderhavige zaak op zichzelf niet relevant was. Het ging immers niet om de rechtsverhouding geïncasseerde/incassant, maar om de rechtsverhouding incassant/bank van de incassant en de vraag wat het gevolg is van het in vervulling gaan van de voorwaarde die is verbonden aan de creditering van bedragen die via automatische incasso zijn geïnd.

Men kan zich afvragen of het juist is om een voor storning vatbare girale betaling aan te merken als een betaling onder de *opschortende* voorwaarde dat niet tot storning wordt overgegaan (vergelijk rechtsoverweging 3.3.1). De vraag hoe een girale betaling in het kader van automatische incasso moet worden aangemerkt, kan, in plaats van een vraag van uitleg van artikel 6:114 BW, ook worden beschouwd als een vraag van uitleg van het Incassocontract. Een aanknopingspunt daarvoor kan men vinden in rechtsoverweging 3.3.1, waarin de Hoge Raad overweegt '(...) dat de creditering *binnen het systeem van de automatische incasso* vooralsnog slechts de betekenis heeft van een betaling onder de opschortende voorwaarde (...)'

(curs. AJH). Het systeem van automatische incasso is een contractueel arrangement tussen de BGC, de bank van de incassant, de incassant, de bank van de geïncasseerde en de geïncasseerde. De uitleg van een contract is primair een feitelijke kwestie. In cassatie kan de uitleg die in feitelijke instantie is gegeven aan een contract, voorzover daarbij de juiste uitlegmaatstaf is gehanteerd, daarom alleen op zijn begrijpelijkheid worden getoetst. Aldus beschouwd is het enigszins opmerkelijk dat de Hoge Raad, zonder in te gaan op de klachten die zijn vervat in het cassatiemiddel, een beschouwing geeft over hoe een girale betaling binnen het kader van automatische incasso moet worden gekwalificeerd. De kwalificatie die door de Hoge Raad daarbij wordt gegeven aan een dergelijke girale betaling, is daarbij des te opmerkelijker, omdat door ABN AMRO niet is aangevoerd dat aan een girale betaling binnen het systeem van de automatische incasso een

betaling onder opschortende voorwaarde constitueert. ABN AMRO heeft primair een beroep gedaan op de hiervoor weergegeven eerste benadering. Ook de Rechtbank Amsterdam en de A-G hebben een andere uitleg gegeven aan het Incassocontract.

De kwalificatie van de Hoge Raad lijkt ook niet in overeenstemming met de bepalingen van het Incassocontract. In artikel 8.5 van het Incassocontract is bepaald dat elke creditering uit hoofde van het incassocontract geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de bank van de debiteur – al dan niet op verzoek van de debiteur – opdracht geeft tot terugboeking, en deze opdracht binnen de in artikel 8.2 genoemde termijn wordt uitgevoerd. Als men de creditering als voltooiing van de girale betaling beschouwt, zou men moeten aannemen dat de girale betaling aan dezelfde voorwaarde moet zijn onderworpen als het recht dat de incassant verkrijgt, en dus een girale betaling is onder de ontbindende voorwaarde dat de geïncasseerde tot storning overgaat.⁸ De creditering die onderdeel vormt van de girale betaling, kan in deze visie niet aan een andere voorwaarde onderworpen zijn dan de girale betaling.

Om de girale betaling van de debiteur aan de incassant de betekenis te geven van een betaling onder de opschortende voorwaarde dat niet tot storning wordt overgegaan, lijkt ook op gespannen voet te staan met het doel en de strekking van het incassoarrangement. Bij een betaling onder ontbindende voorwaarde heeft de debiteur bevrijdend betaald op het moment dat de bank van de crediteur de betaling crediteert. Bij een betaling onder opschortende voorwaarde heeft de debiteur eerst bevrijdend betaald op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat. De debiteur zal echter over het algemeen de bedoeling hebben bevrijdend te betalen. De (bank van de) debiteur zal slechts bij uitzondering tot storning overgaan, bijvoorbeeld indien de debiteur onvoldoende saldo heeft. Met deze gedachte valt een betaling onder opschortende voorwaarde moeilijk te rijmen, omdat men er dan (ten onrechte) van uit lijkt te gaan dat storning bij automatische incasso regel is en slechts bij uitzondering daarvan wordt afgeweken. Deze gedachte spreekt met name uit de overweging van de Hoge Raad dat 'vervulling van de voorwaarde doordat de debiteur of diens bank binnen de termijn zijn bevoegdheid uitoefent de incasso te laten terugboeken betekent dat definitief komt vast te staan dat geen betaling plaatsvindt'.

Het zal duidelijk zijn dat de voorwaardelijke creditering van het saldo van de incassant van een automatische incasso een zeker risico meebrengt voor zijn bank. Een voorbeeld moge dit verduidelijken. Stel, de incassant heeft een beginsaldo van 50. Vervolgens incasseert hij via automatische incasso een bedrag van 100 en doet hij een girale betaling van 150 aan een derde. Als vervolgens het bedrag van

100 wordt gestorneerd, zal de rekening een negatief saldo van -100 vertonen.

Mijns inziens kan de bank de desbetreffende vordering op de incassant secureren door een pandrecht te vestigen op de voorwaardelijke vordering van de crediteur/incassant op de debiteur/geïncasseerde. Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat de betaling door de debiteur/geïncasseerde geschiedt onder de opschortende voorwaarde dat niet binnen de daarvoor gestelde termijn van het storningrecht gebruik wordt gemaakt. De betaling heeft dus eerst haar werking na het verstrijken van de storningstermijn. Zolang de storningstermijn nog niet is verstreken, heeft de incassant derhalve een bestaande vordering op de geïncasseerde tot betaling van het verschuldigde bedrag. Deze vordering vloeit voort uit de onderliggende rechtsverhouding tussen de incassant en de geïncasseerde en wordt op het moment dat de vordering via automatische incasso wordt geïnd, afhankelijk van de ontbindende voorwaarde dat de storningstermijn onbenut verstrijkt. In het gegeven voorbeeld heeft de crediteur/incassant dus een vordering op de debiteur/geïncasseerde onder de ontbindende voorwaarde dat niet binnen de termijn tot storning wordt overgegaan. Deze vordering kan door de incassant aan zijn bank worden verpand ter securering van de vordering van de bank op de incassant/crediteur.⁹ Hiermee is het risico van de bank afgedekt, omdat beide vorderingen – de vordering van de bank op de incassant en de vordering van de incassant op de geïncasseerde – even groot zijn. Ik merk op dat als sprake is van reguliere verpanding (met pandlijsten of een zogenoemde generieke omschrijving), de vordering van de bank van de incassant op de incassant reeds onder dit pandrecht zal vallen. Bij een generieke omschrijving moet men denken aan omschrijvingen zoals 'alle ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande rechten of vorderingen jegens derden' en 'alle rechten of vorderingen jegens derden die worden verkregen uit de ten tijde van de ondertekening van de akte bestaande rechtsverhoudingen met die derden'.¹⁰ Daarbij zij aangetekend dat in de gevallen dat de vordering van de incassant op de geïncasseerde niet bestaat, omdat bijvoorbeeld ten onrechte een bepaald bedrag dat niet verschuldigd was, is geïnd, er natuurlijk ook geen pandrecht kan worden gevestigd.

*Mr. A.J. Haasjes
NautaDutilh*

8. Vgl. Kortmann & Faber 1998 en Faber (noot 5).

9. Zie HR 20 september 2002, NJ 2004, 182 m.nt. WMK (Mulder q.q./Rabobank).

10. Vgl. het arrest aangehaald in noot 9.