

Stil pandrecht op toekomstige creditsaldi

*Mr. N.A.M. Offergelt**

Inleiding

In de financieringspraktijk wordt regelmatig gebruik gemaakt van een stil pandrecht op alle bestaande en toekomstige vorderingen die de debiteur heeft of zal verkrijgen tot zekerheid van de verplichtingen van de debiteur onder een financieringsovereenkomst. Hierbij wordt mede beoogd om ook het rekening-courantsaldo van de debiteur, dat kwalificeert als een vordering op naam, onder het pandrecht te laten vallen, voor zover dit niet al wordt verpand door middel van een openbaar pandrecht. Uit een recent arrest van de Hoge Raad blijkt dat deze vorm van zekerheid niet altijd doel treft.¹

In deze bijdrage zal ik de mogelijkheid van het vestigen van een stil pandrecht op een toekomstig creditsaldo bespreken aan de hand van het arrest van de Hoge Raad. Hierbij zal ik eerst de feiten en het oordeel van deze uitspraak bespreken. Daarna zal ik ingaan op de motivering die aan het arrest ten grondslag ligt. Ik zal afsluiten met een bespreking van de praktische implicaties van dit arrest.

HR 17 februari 2012

Achtergrond

Rabobank was kredietverstrekker, bankier en aandeelhouder van Zon Garden B.V. In het kader van de kredietovereenkomst heeft Zon Garden B.V. een stil pandrecht gevestigd ten behoeve van Rabobank op al haar bestaande en toekomstige inventaris, voorraden en vorderingen. Gezien de penibele financiële situatie van Zon Garden B.V. heeft Rabobank, na een bespreking op 17 november 2003, op 18 november 2003 de kredietovereenkomst opgezegd en Zon Garden B.V. gesommeerd het totaal verschuldigde bedrag te betalen. Daarnaast heeft Rabobank de bestaande rekening die Zon Garden B.V. bij Rabobank aanhield, opgezegd. Bij brief heeft Rabobank tevens aanspraak gemaakt op de opbrengsten van de aan de bank verpande zaken en vorderingen, waaronder het creditsaldo van Zon Garden B.V. bij Dresdner Bank.

Op 17 november 2003 is de laatste pandlijst opgesteld, op basis waarvan alle bestaande rechten en vorderingen van de pandgever, alsmede alle rechten en vorderingen die worden verkregen uit ten tijde van de ondertekening van de pandlijst bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden,

daaronder begrepen vorderingen in rekening-courant, werden verpand.

Op 18 november 2003 is deze pandlijst geregistreerd. Op dat moment was het saldo van Zon Garden B.V. bij Dresdner Bank negatief. In de periode daarna hebben verscheidene debiteuren van Zon Garden B.V. betalingen gedaan op de rekening bij Dresdner Bank. Eind november heeft Zon Garden B.V. deze gelden van in totaal EUR 37.500 overgemaakt van haar rekening bij Dresdner Bank naar haar rekening bij de Rabobank, naar aanleiding van de opeising van deze gelden door Rabobank op 18 november 2003. Rabobank heeft het daardoor ontstane creditsaldo verrekend met de vordering die zij op Zon Garden B.V. had. Op 25 augustus 2004 is Zon Garden B.V. failliet verklaard.

In de onderhavige procedure vorderde de curator betaling van deze overboekingen op de grond dat Rabobank niet bevoegd was tot verrekening, aangezien zij niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Faillissementswet (Fw). Hieronder zal ik eerst kort het juridische kader uiteenzetten en het verband tussen de verrekening in faillissement en het stil pandrecht toelichten.

Juridisch kader

Op grond van artikel 53 Fw mag een schuldeiser van een gefailleerde zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen als beide zijn ontstaan voor faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Artikel 54 Fw maakt daar een uitzondering op: iemand die voor de faillietverklaring een schuld aan of een vordering op de gefailleerde van een derde heeft overgenomen, is niet bevoegd tot verrekening als hij niet te goeder trouw was ten tijde van deze overneming. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat deze goede trouw ontbreekt indien de bank wist dat een faillissement van haar cliënt te verwachten was.² Als een bank, zoals hier Rabobank, van een andere debiteur van haar cliënt, in dit geval Dresdner Bank, een schuld overneemt, terwijl zij weet dat het faillissement van haar cliënt te verwachten is, dan mag de bank deze schuld niet verrekenen met vorderingen die zij op haar cliënt heeft, aangezien zij dan niet te goeder trouw wordt geacht. Er is hier overi-

* Mr. N.A.M. Offergelt is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 17 februari 2012, RI 2012, 47 (Rabobank/Kézér q.q.).

2. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JMBV (Tilburgsche Hypotheekbank) en HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees & Hope I).

gens geen sprake van verbintenisrechtelijke schuldoverneming in de zin van artikel 6:155 Burgerlijk Wetboek (BW). Het begrip schuldoverneming van artikel 54 Fw is ruimer.

Op deze vrij strikte regel heeft de Hoge Raad in het arrest Mulder q.q./CLBN een uitzondering gemaakt.³ De regel is niet van toepassing op betalingen die zijn gedaan ter voldoening van aan een bank stil verpande vorderingen. Dit houdt in dat als een bank een vordering overneemt die onder het pandrecht van de bank viel, zij, ondanks het ontbreken van de goede trouw, toch bevoegd is tot verrekening. De reden daarvoor is dat de bank in dat geval al voorrang boven andere schuldeisers had. Daarbij is het zo dat onder het oude recht een bank zich door verrekening kon verhalen op dat wat zij ontving ter voldoening van een aan haar gecedeerde vordering. Aangezien het stil pandrecht in het leven is geroepen om de cessie tot zekerheid te vervangen, strookt het met de opzet daarvan dat een bank zich ook door verrekening kan verhalen op hetgeen zij ontvangt ter voldoening van een aan haar verpande vordering.

In dit geval heeft Rabobank een schuld overgenomen van Dresdner Bank, namelijk het creditsaldo dat Zon Garden B.V. aanhield bij Dresdner Bank. Als Rabobank niet te goeder trouw was geweest ten aanzien van deze schuldoverneming, omdat zij het faillissement van Zon Garden B.V. verwachtte, dan was Rabobank niet bevoegd tot verrekening op grond van artikel 54 Fw. Als de vordering van Zon Garden B.V. op Dresdner Bank echter onder het stil pandrecht van Rabobank viel, dan zou zij in de lijn van Mulder q.q./CLBN wel bevoegd zijn tot verrekening. In deze zaak stond daarom ter discussie of het positieve rekening-courantsaldo bij Dresdner Bank viel onder het stil pandrecht van Rabobank.

Op het moment van registreren van de laatste pandakte was het saldo op de rekening die Zon Garden B.V. aanhield bij Dresdner Bank negatief. Na registratie is pas een creditsaldo ontstaan. Het gaat hier daarom om een verpanding van een toekomstige vordering. Op grond van artikel 3:239 lid 1 BW is de mogelijkheid tot verpanding van toekomstige vorderingen beperkt tot verpanding van toekomstige vorderingen die rechtstreeks zullen worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding. Op basis hiervan kunnen slechts enkel toekomstige ofwel relatief toekomstige vorderingen worden verpand.

Standpunt Rabobank

Rabobank voert in cassatie aan dat vorderingen die de schuldenaar op zijn bank verkrijgt als gevolg van stortingen van gelden door derden op zijn bankrekening rechtstreeks voortvloeien uit de rekening-courantverhouding van de schuldenaar met zijn bank, en daardoor onder een voordien gevestigd pandrecht kunnen vallen.

3. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./CLBN).

Het oordeel

De Hoge Raad volgt de argumentatie van Rabobank niet. De Hoge Raad zoekt, in navolging van het hof, aansluiting bij de uitleg van de beperking die geldt bij executoriaal derdenbeslag op toekomstige vorderingen. Al in 1929 heeft de Hoge Raad bepaald dat onder een bankbeslag alleen het saldo valt dat op de rekening staat ten tijde van het beslag, omdat later binnekomende bedragen geen vorderingen opleveren die rechtstreeks worden verkregen uit de verhouding van de geëxecuteerde tot zijn giro-instelling of bank.⁴ De Hoge Raad stelt dat niet kan worden aanvaard dat toekomstige vorderingen waarop op basis van artikel 475 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) geen beslag kan worden gelegd, wel voorwerp zouden kunnen zijn van een stille verpanding. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar de wetsgeschiedenis, waarin wordt aangegeven dat voor de redactie van de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW is aangesloten bij artikel 475 Rv.

Ten slotte oordeelt de Hoge Raad dat Rabobank niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 Fw, aangezien de verrekeningen in het zicht van het naderende faillissement zijn verricht. Daar doet niet aan af dat Zon Garden B.V. uiteindelijk pas in augustus 2004 failliet is verklaard.

De Hoge Raad verwierpt op die gronden het beroep en oordeelt dat Rabobank de vorderingen niet had mogen verrekenen.

Stil pandrecht zelfde benadering als beslag

De Hoge Raad baseert zijn oordeel geheel op de gelijkschakeling met de beperking bij artikel 475 Rv. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar een passage uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 3:239 BW.⁵ Die passage beschrijft dat de redactie van de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW parallel loopt met deze van artikel 475 Rv. Elders in deze toelichting en in de toelichting bij artikel 475 Rv wordt echter een aantal overwegingen gemaakt waaruit blijkt dat de gelijkschakeling van het stil pandrecht met het beslag in het geheel niet zo vanzelfsprekend is.⁶

In de toelichting op artikel 475 Rv wordt overwogen dat er goede redenen zijn voor een uiteenlopende beantwoording van de vraag of beslag op toekomstige goederen en overdracht van toekomstige goederen mogelijk zijn, aangezien zij berusten op een afweging van belangen van sterk uiteenlopende aard. Een pandrecht op toekomstige goederen moet ruim worden toegelaten vanwege de behoefte om tegen zekerheid van die goederen over een langere periode krediet te kunnen verkrijgen zonder dat dit de bedrijfsvoering van de schuldenaar te veel aan banden legt. De schuldenaar blijft vrij om de vorderingen te innen, het verhaal kan immers worden gelegd op de inmiddels gevormde nieuwe vorderingen. De gevolgen van beslag zijn anders van aard. De door het beslag getroffen vor-

4. HR 7 juni 1929, NJ 1929, 1285.

5. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

6. Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 156-160.

deringen worden geblokkeerd voor rechtshandelingen van de schuldenaar. Beslag op toekomstige vorderingen is dan ook aanzienlijk ingrijpender dan verpanding daarvan, aangezien een beslag de schuldenaar gedurende onbepaalde tijd belet om de gelden uit nog te verkrijgen vorderingen te innen.

De Hoge Raad laat deze overwegingen buiten beschouwing. Het is mijns inziens te kort door de bocht om slechts op basis van het summere argument van een zinsnede in de parlementaire geschiedenis dat voor de redactie is aangesloten bij de beperking van artikel 475 Rv, te oordelen dat een stil pandrecht op toekomstig creditsaldo niet mogelijk is. Zeker aangezien deze zinsnede inherent tegenstrijdig is met overwegingen die elders in de parlementaire geschiedenis zijn opgenomen.

Verdaas en Damkot signaleerden deze inherente tegenstrijdigheid in de parlementaire geschiedenis al eerder.⁷ Zij leggen vooral de nadruk op de overweging in de parlementaire geschiedenis dat beoogd is de situatie onder het oude recht te handhaven.⁸ Onder het oude recht werd voor cessie tot zekerheid het criterium 'onmiddellijke grondslag hebben in een bestaande rechtsverhouding' gehanteerd. Hiervoor werd voldoende geacht dat partijen tot elkaar in een rechtsbetrekking stonden die mede een grondslag vormde voor de vordering.⁹ Dit is een ruimer criterium dan toen en nu bij artikel 475 Rv wordt toegepast. Als beoogd zou zijn om hetzelfde stelsel in stand te laten, dan zou hetzelfde ruime criterium, ontwikkeld onder het oude recht, van toepassing moeten zijn bij stil pandrecht.

Verdaas en Damkot wijzen daarnaast op het verschil in de ratio van stil pandrecht en beslag. Gezien de ingrijpende gevolgen van beslag op toekomstige goederen, het volledig blokkeren van de bedrijfsvoering van de debiteur, werd het wenselijk geacht dit slechts beperkt mogelijk te maken. Ruime mogelijkheden voor stil pandrecht op toekomstige goederen of vorderingen werden juist wenselijk geacht, gelet op de gerechtvaardigde behoefte van kredietnemers om over een langere periode krediet te kunnen verkrijgen, terwijl de kredietnemer zijn bedrijf onbelemmerd kan voeren. Ook Van Mierlo geeft aan dat de wetgever welbewust overdracht van toekomstige vorderingen anders heeft willen behandelen dan beslag op dergelijk vorderingen.¹⁰

Daarnaast wordt het verschil tussen executoriaal beslag en stil pandrecht duidelijk geïllustreerd door het feit dat stil pand-

recht op toekomstige roerende zaken wel mogelijk is en een beslag op toekomstige roerende zaken niet.

Bovenstaande geeft aan dat het oordeel van de Hoge Raad, dat het stil pandrecht nu eenmaal hetzelfde benaderd dient te worden als het executoriaal derdenbeslag, in het geheel niet zo evident is. Mogelijkerwijs heeft de Hoge Raad getracht met dit arrest een einde te maken aan de twijfel die bestond ten aanzien van de gelijkschakeling van het stil pandrecht met het executoriaal derdenbeslag.

Rekening-courantverhouding geen bestaande rechtsverhouding

De advocaat-generaal concludeerde in deze zaak ook tot verwerping van het beroep, maar baseerde dit oordeel vooral op de overweging dat crediteringen in rekening-courantverhoudingen na de vestiging van een pandrecht op een rekening-courantsaldo niet als vorderingen die rechtstreeks worden verkregen uit een bestaande rechtsverhouding kwalificeren.¹¹ Hierbij verwijst hij naar het Standaardfilms-arrest¹² en naar het arrest Otex/Steenbergen q.q.¹³ Deze beide arresten zagen echter op de uitleg van het criterium 'ontstaan uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht' van artikel 53 Fw. Hoewel dit een vergelijkbaar criterium is, is het niet hetzelfde criterium. Dit is volgens mij dan ook geen argument dat het oordeel van de Hoge Raad zou kunnen dragen. In deze arresten werd overwogen dat vorderingen uit hoofde van stortingen door derden niet worden verkregen uit de rekening-courantverhouding tussen de bank en de pandgever, maar uit de rechtsverhouding tussen de pandgever en die derden.

In onderhavige zaak zou dan gelden dat de vordering die Zon Garden B.V. had op Dresdner Bank niet ontstond uit hoofde van de rekening-courantverhouding, maar uit hoofde van de overeenkomsten met de debiteuren die daaropvolgend betalingen op de rekening van Zon Garden B.V. bij de bank stortten.

Er bestaan naar mijn mening goede argumenten waarom een vordering van een schuldenaar op de bank waar hij een rekening aanhoudt wel voortvloeit uit een bestaande rechtsverhouding. Zeker als van het criterium 'zijn grondslag hebbend in een bestaande rechtsverhouding' wordt uitgegaan. Hiervoor dient te worden nagegaan hoe een rekening-courantsaldo juridisch te duiden is. De basis voor een rekening-courantsaldo is een rekening-courantovereenkomst, waarbij de bank zich verbindt betalingsdiensten te verrichten ten behoeve van de rekeninghouder. Daarbij laat de bank de rekeninghouder door middel van debiteringen en crediteringen deelnemen aan het

7. H.J. Damkot & A.J. Verdaas, Verpanding van toekomstige vorderingen beperkt mogelijk; verruiming gewenst?, Tijdschrift voor Insolventierecht 2003, nr. 1. Zie ook A.J. Verdaas, De stille cessie is welkom, maar kent nog één gebrek, WPNR (2003) 6546, p. 669-670 en A.J. Verdaas, Stil pandrecht op vorderingen op naam, Deventer: Kluwer 2008, nr. 192-197.

8. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1337.

9. H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen: naar Boek 3 van het nieuwe BW (titel 1 t/m 5, titel 11), Deventer: Kluwer 1986.

10. A.I.M. van Mierlo, Burgerlijke rechtsoverdracht (Groene Serie) (losbl.), Deventer: Kluwer 2009, aant. 6 bij art. 475 Rv.

11. Conclusie A-G Timmerman bij HR 17 februari 2012, RI 2012, 47.

12. HR 10 januari 1975, NJ 1976, 249 m.nt. B. Wachter (Standaardfilms).

13. HR 27 januari 1989, NJ 1989, 422 m.nt. P. van Schilfgaarde (Otex/Steenbergen q.q.).

betalingsverkeer.¹⁴ Een creditsaldo is dus een vordering die door creditering op basis van de rekening-courantovereenkomst ontstaat. Hoewel deze vordering niet zou bestaan als de derde niet op de rekening had gestort, is het niet louter die rechtsverhouding waar de vordering door ontstaat. Het creditsaldo vindt zijn grondslag mede in de rekening-courantverhouding.

Enkele praktische overwegingen

Ondanks de vraagtekens die gesteld kunnen worden bij de motivering van het oordeel van de Hoge Raad, geldt na dit arrest dat er geen stil pandrecht gevestigd kan worden op een toekomstig creditsaldo. Dit maakt dat een veelgebruikt zekerheidsrecht minder zekerheid blijkt te geven dan wel werd aangenomen.

In de praktijk kan dit worden ondervangen. Ten eerste geldt bij een openbaar pandrecht deze beperking niet. Er kan dus wel een openbaar pandrecht worden gevestigd op een toekomstig creditsaldo. In de praktijk komt openbare verpanding van rekening-courantsaldi al veel vaker voor dan stille verpanding, en dit zal na dit arrest vermoedelijk alleen maar toenemen.

Hiermee samenhangend blijkt ook het nut van het opnemen van een bepaling in de kredietovereenkomst dat de geldnemer slechts een rekening mag openen bij de geldgevende bank. Hierdoor worden alle betalingen direct bij de pandhouder gedaan, die deze vorderingen op basis van Mulder q.q./CLBN mag verrekenen. Daarnaast geldt dat er dan automatisch een openbaar pandrecht is ontstaan ten opzichte van de vorderingen van de pandgever op de pandhoudende bank, waardoor er geen discussie hoeft te bestaan over de toekomstigheid van de vorderingen.

Een praktisch gegeven dat duidelijk naar voren komt in deze zaak is de implicatie van het opzeggen van de rekening tegelijkertijd met het krediet, zoals Rabobank in deze zaak heeft gedaan. Als Rabobank deze rekening niet had beëindigd, hadden de debiteuren van Zon Garden B.V. direct kunnen betalen op deze rekening. Rabobank was dan, wederom op basis van Mulder q.q./CLBN, wel bevoegd geweest tot verrekening.

Ten slotte had de bulkverpanding op basis van volmacht Rabobank kunnen baten. Recentelijk heeft de Hoge Raad de rechtsgeldigheid van deze bestendige praktijk bevestigd.¹⁵ Op deze manier kan de bank op basis van een volmacht elke dag een pandrecht vestigen ten gunste van zichzelf op alle vorderingen van kredietnemers, waarbij het niet is vereist om de naam van de pandgever in de akte op te nemen. Op deze wijze had Rabobank in december 2003, na stortingen door de debiteuren, opnieuw een pandrecht kunnen vestigen op de net

ontstane vordering van Zon Garden B.V. op Dresdner Bank, waardoor Rabobank gewoon had kunnen verrekenen.

Conclusie

Na het wijzen van het arrest van de Hoge Raad Rabobank/Kézér q.q. is duidelijk dat het vestigen van een stil pandrecht op een toekomstig creditsaldo niet mogelijk is. Op de motivering van de Hoge Raad valt, zoals ik heb aangegeven, het nodige af te dingen. In de praktijk zal het echter, door gebruik te maken van openbare verpanding van bankrekeningen en bulkverpandingen, mogelijk zijn om toch een zekerheidsrecht te vestigen op een toekomstig creditsaldo.

14. W.J.M. van Andel, R.M. Vermaire & E.L. Zetteler, Stille verpanding van saldi in rekening-courant, in: N.E.D. Faber (red.), *Bancaire zekerheid, liber amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8-9.

15. HR 3 februari 2012, RI 2012, 31 (Dix q.q./ING).