

Tvl 2014/23: Bevoegdheid pandhouder tot parate executie, art. 3:248 lid 1 BW. Onderhandse executieverkoop door pandgever, art. 3:251 lid 2 BW.

Instantie: Hoge Raad (Civiele kamer)
Datum: 2014-02-14
Zaaknr: 12/04132
Annotator: Mr. F.H. van der Beek en mr. K.A. Messelink

Essentie

Bevoegdheid pandhouder tot parate executie, [art. 3:248 lid 1 BW](#). Onderhandse executieverkoop door pandgever, [art. 3:251 lid 2 BW](#). Geen verrekening in de zin van [art. 54 Fw](#). Geen misbruik door bank van bijzondere positie in het girale betalingsverkeer.

Noot bij Hoge Raad 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319 (Feenstra q.q./ING).

Uitspraak

Inleiding

Deze zaak betreft de onderhandse uitverkoop van een aan de bank verpande winkelinventaris door de winkelier, gevolgd door betaling of storting van de daarmee gemoeide koopsommen op een rekening die de winkelier bij de bank aanhoudt.

In cassatie staan de voor de praktijk belangrijke vragen centraal of het hof op goede gronden heeft geoordeeld dat (i) sprake is van een executoriale verkoop in de zin van [art. 3:251 lid 2 BW](#) en dat (ii) de toepasselijkheid van [art. 54 Fw](#) is uitgesloten. De Hoge Raad beantwoordt deze vragen bevestigend.

Feiten

De heer Rietvelt ('Rietvelt') exploiteert sinds 1 mei 2005 onder de naam 't Schouwke Tafelcultuur een winkel in tafelzilver. Rietvelt sluit in juni 2005 een kredietovereenkomst met ING Bank N.V. ('ING') en verkrijgt uit dien hoofde een kredietfaciliteit van € 395.000,- van ING. Ter meerdere zekerheid van de nakoming van de verplichtingen van Rietvelt uit hoofde van de kredietovereenkomst, verpand Rietvelt zijn bedrijfsuitrusting, voorraden en vorderingen aan ING.

Als Rietvelt ING informeert dat hij heeft besloten zijn bedrijfsactiviteiten te beëindigen, zegt ING op 25 januari 2006 de kredietovereenkomst met onmiddellijke ingang op en deelt zij Rietvelt mee dat haar vordering opeisbaar is geworden. Voorts informeert ING Rietvelt dat zij – zolang Rietvelt jegens ING in verzuim is met terugbetaling van het krediet – bevoegd is afgifte te vorderen van de aan ING verpande bedrijfsuitrusting en voorraden en deze te gelde te maken. ING stelt Rietvelt in de gelegenheid door middel van een (opheffings)uitverkoop de op dat moment nog aanwezige voorraad te gelde te maken om zodoende een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren, onder afdracht van de opbrengst aan ING. Dit als variant op de gebruikelijke wijze van uitwinning, te weten openbare verkoop.

Tussen januari 2006 en begin juni 2006 verkoopt Rietvelt vanuit zijn winkel de bestaande voorraad. De verkoopopbrengsten worden telkens bijgeschreven op een ten name van Rietvelt gestelde bankrekening bij ING. Deze bankrekening is een andere bankrekening dan de bankrekening waarop het – inmiddels beëindigde en opgeëiste – krediet wordt geadmistreerd dat ING aan Rietvelt heeft verstrekt. De verkoopopbrengsten komen op de bankrekening bij ING terecht door middel van kasstortingen door Rietvelt bij ING of door pinbetalingen van klanten van Rietvelt.

Op 30 mei 2006 verrekent – zo omschrijft de Hoge Raad althans de feiten in rov. 3.4. onder (iv) – ING het debetsaldo van € 300.000 op de bankrekening waarop de vordering uit hoofde van het beëindigde krediet werd geadmistreerd met het creditsaldo van € 121.461,64 van de bankrekening waarop de opbrengsten die voortvloeien uit de (opheffings)uitverkoop van de verpande voorraad zijn ontvangen. Op 7 juni 2006 gaat Rietvelt failliet. Het faillissement wordt later omgezet in een schuldsanering.

Procedure bij rechtbank en hof

De curator van Rietvelt¹ vordert betaling van ING aan de boedel van de verkoopopbrengst van € 121.461,64. De curator baseert de vordering op de strijdigheid van de door ING uitgevoerde verrekening met [art. 54 Fw](#).

De Rechtbank Arnhem oordeelt dat sprake is van schuldovertrening door ING in de zin van art. 54 Fw voor zover in de relevante periode van 25 januari 2006 tot en met 30 mei 2006 (de datum van verrekening) debiteuren van Rietvelt hun (aankoop)schuld aan hem hebben voldaan door storting op diens rekening (rov. 4.11).²

ING komt van het tussenvonnissen in beroep. ING betoogt dat zij haar pandrecht op de winkelvoorraad op rechtsgeldige wijze heeft uitgewonnen, zodat aan het leerstuk van verrekening op de voet van art. 54 Fw niet wordt toegekomen.

Het Hof Arnhem vernietigt het tussenvonnissen en wijst de vorderingen van de (inmiddels) bewindvoerder af.³ Het hof redeneert als volgt: doordat Rietvelt in januari 2006 aan ING meedeelde dat hij de exploitatie van zijn winkel beëindigde, eindigde op grond van de toepasselijke kredietvoorwaarden het krediet, werd de vordering van ING op Rietvelt onmiddellijk opeisbaar en geraakte Rietvelt met betaling van de vordering in verzuim zonder dat ING hem daarvoor in gebreke behoefde te stellen (rov. 4.8-4.9). ING mocht – aldus het hof – derhalve de kredietrelatie met onmiddellijke ingang opzeggen. Omdat Rietvelt meteen in verzuim raakte, kon ING haar pandrecht uitwinnen. Dat brengt mee dat zij bevoegd was met Rietvelt een andere wijze van verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW overeen te komen, van welke mogelijkheid partijen gebruik hebben gemaakt. Een dergelijke afwijkende wijze van verkoop geldt als executoriale verkoop. Niet vereist is dat ING de voorraad eerst in vuistpand neemt of dat de kopers niet aan Rietvelt maar direct aan ING betalen. De opbrengst van die executoriale verkoop komt aan ING als pandhouder toe en daarom is geen sprake van verboden verrekening na schuldovertrening als bedoeld in art. 54 Fw (rov. 4.10).

Procedure in cassatie

De bewindvoerder komt van het arrest van het hof van 22 mei 2012 in cassatie.

Onderdeel 1 van het cassatiemiddel richt zich tegen het oordeel in rov. 4.10 van het hof, dat ING en Rietvelt een van art. 3:250 BW afwijkende wijze van executoriale verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW zijn overeengekomen. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat het antwoord op de vraag of een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW is overeengekomen, afhangt van de inhoud van die overeenkomst en in het bijzonder van het oogmerk van partijen een dergelijke overeenkomst te sluiten en heeft het hof zijn oordeel op dat punt in het licht van de stellingen van de bewindvoerder onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

De Hoge Raad stelt voorop (rov. 3.3.2) dat bij de beoordeling van het onderdeel van belang is dat de Hoge Raad in zijn arrest ING/Hielkema q.q.⁴ omtrent de bevoegdheid van de pandhouder tot executoriale verkoop als volgt heeft geoordeeld (rov. 3.4).

“Een pandhouder is uit hoofde van art. 3:248 lid 1 BW bevoegd het verpande goed te verkopen en op de opbrengst daarvan het hem verschuldigde te verhalen, als de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand tot zekerheid dient. Deze verkoop geschiedt ingevolge art. 3:250 BW in het openbaar, maar op grond van art. 3:251 BW is ook onderhandse verkoop mogelijk. In al deze gevallen oefent de pandhouder het recht van parate executie uit als bedoeld in art. 3:248 lid 1 BW. Daaronder valt mitsdien ook het geval dat de pandhouder en de pandgever op de voet van art. 3:251 lid 2 BW onderhandse verkoop zijn overeengekomen. Er is geen grond hierop een uitzondering aan te nemen als de pandhouder en de pandgever van deze hun in de wet verleende vrijheid gebruik hebben gemaakt door overeen te komen dat deze onderhandse verkoop door de pandgever zal geschieden. Ook in dat geval geschiedt de verkoop van het verpande immers ten behoeve van de pandhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan.”

De Hoge Raad overweegt vervolgens in rov. 3.3.3 dat het oordeel van het hof dat Rietvelt en ING een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW zijn overeengekomen mede in het licht van het vorenstaande, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel dat de opbrengst van de executoriale verkoop zonder meer aan de bank toekomt en dat daarom geen sprake is van verboden verrekening na schuldovertrening als bedoeld in art. 54 Fw. Volgens het onderdeel verzet art. 54 Fw zich ertegen dat een pandhouder (tevens bank) die met de pandgever een afwijkende wijze van verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW is overeengekomen, de op een bij haar aangehouden bankrekening ten name van de pandgever bijgeschreven executieopbrengst verrekenet met (een deel van) de schuld die de pandgever aan haar heeft, indien de pandhouder niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw. Daaraan doet niet af dat de bank gerechtigd was tot parate executie en dat de verkoop als executoriale verkoop moet worden aangemerkt.

De Hoge Raad verworpt ook onderdeel 2. Met opnieuw een verwijzing naar het arrest ING/Hielkema q.q. constateert de Hoge Raad dat een afwijkende wijze van verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW een executoriale verkoop is. Dat geldt volgens Hoge Raad in het onderhavige geval dus ook voor

de verkoop door Rietvelt van zijn verpande winkelvoorraad ten behoeve van ING als pandhouder. Door middel van deze (wijze van) executoriale verkoop oefent ING haar recht uit zich met voorrang op de executieopbrengst van de winkelvoorraad te verhalen. Bij deze executie mag ING volgens de Hoge Raad ingevolge art. 3:253 lid 1 BW, als pandhouder het door Rietvelt als pandgever verschuldigde bedrag waarvoor het pandrecht geldt, van de netto executieopbrengst afhouden; pas daarmee komt – in voorkomend geval na uitkering van een eventueel overschot aan de pandgever – de executie tot een einde (rov. 3.4.2).

De Hoge Raad overweegt verder dat ING in het onderhavige geval (een gedeelte van) de schuld van Rietvelt uit hoofde van de kredietovereenkomst, waarvoor het pandrecht was gevestigd, van de executieopbrengst heeft afgehouden door middel van ‘verrekening’ (de Hoge Raad gebruikt aanhalingstekens). Die handeling maakte volgens Hoge Raad nog onderdeel uit van de executoriale verkoop, en kan niet worden aangemerkt als een verrekening in de zin van art. 54 Fw. De Hoge Raad overweegt dat dit niet anders is doordat de opbrengst van de executoriale verkoop is gestort op een door Rietvelt bij de bank aangehouden bankrekening. Voor zover die opbrengst de vordering van ING op Rietvelt niet overtreft, hetgeen hier het geval is, is ING volgens de Hoge Raad immers niet tot schuldenaar van Rietvelt geworden, nu zij op grond van art. 3:253 lid 1 BW in zoverre zelf tot die executieopbrengst gerechtigd is. Een andere opvatting zou volgens de Hoge Raad een doelmatige uitoefening van het verhaalsrecht van ING als pandhouder belemmeren (rov. 3.4.2).

De Hoge Raad oordeelt tot slot dat het voorgaande niet in strijd is met de strekking van art. 54 Fw. ING heeft zich volgens de Hoge Raad immers niet ten nadele van de overige schuldeisers van Rietvelt in een betere positie gebracht, nu zij op grond van haar pandrecht bij voorrang gerechtigd is tot de opbrengst van de verpande winkelvoorraad. ING heeft evenmin misbruik gemaakt van haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer, zoals bedoeld in (onder meer) het arrest Loeffen q.q./Bank Mees en Hope, nu de storting van de verkoopopbrengst op de door Rietvelt bij de bank aangehouden bankrekening niet het gevolg is van ‘toevallige’ betalingen door derden op die bankrekening, maar plaatsvindt in het kader van de executie door de bank van haar pandrecht op de winkelvoorraad (rov. 3.4.2.).

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Noot van Mr. F.H. van der Beek en mr. K.A. Messelink

Noot

Plaatsbepaling en context

Sinds 1992 maakt de financieringspraktijk gebruik van het pandrecht als zekerheidsrecht. Tot die tijd werd gewerkt met de fiduciaire eigendomsoverdracht. Verstijlen heeft de wettelijke regeling van het pandrecht in dit tijdschrift terecht getypeerd als “een nogal lapidaire en onvoldragen regeling”.⁵ De vragen die de wet onbeantwoord laat, moeten door de rechter worden beantwoord.

De Hoge Raad kent hierbij veel gewicht toe aan het belang van de financieringspraktijk. Dit belang is gediend met het faciliteren van zowel de vestiging als de uitwinning van zekerheidsrechten. De redenering hierachter is dat de bank op haar zekerheidsrechten moeten kunnen vertrouwen, omdat anders de kredietverstrekking onder druk komt te staan.

Wat betreft de vestiging van zekerheidsrechten denken we uiteraard direct aan de bepaalbaarheidsarresten over verpanding van vorderingen. Met zijn arrest Mulder q.q./Rabobank⁶ maakte de Hoge Raad het gebruik van pandlijsten overbodig. De praktijk kon volstaan met generieke pandakten. In de arresten Dix q.q./ING⁷ en Van Leuveren q.q./ING⁸ zette de Hoge Raad de voorsnog laatste stap in de ‘vestigingsjurisprudentie’ door het gebruik van de verzamel pandakte te sanctioneren. Hiermee kunnen banken hun pandrechten op vorderingen goedkoop en eenvoudig op peil houden.

Bij de uitwinning van zekerheidsrechten vaart de Hoge Raad een striktere koers. Het begon voor banken hoopvol met het arrest Mulder q.q./CLBN.⁹ De Hoge Raad stond banken toe crediteringen als gevolg van betalingen op verpande vorderingen van een later gefailleerde kredietnemer zowel vóór als tijdens faillissement te verrekenen met een debetsaldo (doorgaans voortvloeiend uit een rekening-courant krediet). Deze verrekeningsbevoegdheid voorkomt dat pandhouders verhaal moeten nemen op verpande vorderingen door inning daarvan. Voor de pandhouder is dit gunstig, omdat de aan inning voorafgaande openbaarmaking een arbeidsintensieve en kostbare klus is die vaak resulteert in opbrengstverlies (debiteuren stellen betaling uit of betalen niet). Bovendien kan openbaarmaking het faillissement van de met problemen kampende kredietnemer/pandgever ook tot een self fulfilling prophecy maken.

Rabobank brandde echter haar vingers in een poging de Hoge Raad te verleiden ook de uitwinning van verpande goederen overbodig te maken. De Hoge Raad stond het de bank namelijk niet toe de creditering als gevolg van de betaling van de koopsom voor verpande goederen, die door de eigenaar/pandgever niet executoriaal waren verkocht, in het zicht van faillissement te verrekenen met haar vordering op de eigenaar/pandgever uit hoofde van kredietverlening.¹⁰ Het arrest ING/Gunning q.q.¹¹ leert dat de verkoopopbrengst van verhypothekerde of verpande goederen door de eigenaar/verstrekker van de zekerheden die de goederen niet als executant ten behoeve van de zekerheidsgerechtigde verkoopt, alleen 'verrekeningsproof' aan de bank toekomt indien (i) de koper de koopsom niet betaalt aan de verkoper maar rechtstreeks aan de bank; of (ii) de vordering tot betaling van de koopsom wordt verpand aan de bank, waarna de koper aan de bank betaalt op grond van haar inningsbevoegdheid (openbaar pandrecht) of betaalt aan de verkoper/eigenaar op diens rekening bij de bank waarna de bank altijd – ook in het zicht van of tijdens faillissement – in rekening-courant mag verrekenen (Mulder q.q./CLBN).

In veel gevallen kan de praktijk met de door de Hoge Raad geboden alternatieven voor executoriale verkoop uit de voeten. Bij verkoop van bijvoorbeeld een overbodig geworden machine of een bedrijfspand is verpanding van de koopsomvordering of rechtstreekse betaling aan de bank mogelijk en niet al te bewerkelijk.

De alternatieven voor executieverkoop bieden echter niet in alle gevallen uitkomst. De Rietvelt-casus is een voorbeeld van zo'n geval. Omdat de vordering direct na totstandkoming van de koopovereenkomst wordt voldaan, zou de verkoper na iedere verkoop eerst zijn vordering op de koper moeten verpanden, waarna de koper kan betalen. Een dergelijke verpanding van de vorderingen op de kopers is bewerkelijk, duur, foutgevoelig en leidt onvermijdelijk tot vragen van de kopers. De verzamelpandakte biedt in dit geval ook geen soelaas, omdat die slechts één keer per (werk)dag wordt opgemaakt en geregistreerd. Het alternatief van rechtstreekse betaling aan de bank is evenmin bruikbaar bij verkoop vanuit de winkel van de pandgever. Een verzoek om aan de bank te betalen leidt tot vragen van klanten, hetgeen de resultaten van de uitverkoop niet ten goede komt. Bovendien is het bewijs dat rechtstreeks aan de bank is betaald – voor het geval de curator art. 54 Fw in stelling brengt tegen de bank – moeilijk te leveren.

Uit het voorgaande volgt dat de bank en de kredietnemer zijn aangewezen op executoriale verkoop, indien zij de kredietnemer de verpande voorraden willen laten verkopen in het kader van een bedrijfsbeëindiging. De traditionele executieverkoop als bedoeld in art. 3:250 BW genereert doorgaans (substantieel) lagere opbrengsten dan een geleidelijke uitverkoop vanuit de winkel door de winkelier. Dat geldt ook indien de openbare executoriale verkoop geschiedt in de vorm van een internetveiling uitgevoerd door een veilinghuis. Een uitverkoop vanuit de winkel door de winkelier geniet daarom de voorkeur. Maar had het arrest Van Gorp q.q./Rabobank¹² ons niet geleerd dat een verkoop door de eigenaar betekent dat de bank in het zicht van faillissement ontvangen verkoopopbrengsten op grond van art. 54 Fw moet afstaan aan de curator? Niet als die verkoop een executoriale verkoop is, omdat dan verrekening niet aan de orde is (zie hierna). Dan resteert nog de vraag of bij een executoriale verkoop de pandhouder als verkoper moet optreden.

In het arrest ING/Hielkema q.q. uit 2011 beantwoordde de HR deze vraag ontkennend door te oordelen dat ook een verkoop door de eigenaar/pandgever een onderhandse executoriale verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW kan zijn. Omdat dit arrest werd gewezen in een procedure over de toepasselijkheid van de BTW-verleggingsregeling aarzelde de praktijk: was de verkoop waarover de procedure tussen ING en curator Hielkema ging alleen een executoriale verkoop voor toepassing voor de BTW-verleggingsregeling of ook voor toepassing van de verhaals- en verrekeningsregels bij (oneigenlijke) executie? Het arrest Feenstra q.q./ING maakt duidelijk dat de aarzeling van de praktijk ongegrond was: een verkoop door de eigenaar/pandgever kan een onderhandse executoriale verkoop als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW zijn voor toepassing van de verhaals- en verrekeningsregels.

Belang voor de praktijk

Met dit arrest heeft de Hoge Raad wederom een belangrijk stukje van de puzzel op het gebied van het uitwinnen van zekerheden gelegd, om de beeldspraak van Verstijlen te gebruiken. We weten nu dat een verkoop door de eigenaar/pandgever van verpande goederen ten behoeve van de pandhouder heeft te gelden als een executoriale verkoop. We weten verder dat art. 54 Fw toepassing mist indien de bank zich vervolgens verhaalt op de verkoopopbrengsten en dat de curator deze wijze van verhaal daarom niet kan terugdraaien.

Het arrest zal met name door de Nederlandse banken positief zijn ontvangen. Het biedt hen de mogelijkheid een eventueel pandrecht op verpande goederen¹³ op een relatief eenvoudige en

goedkope manier uit te winnen, zonder dat onnodig waardeverlies optreedt: kopers zullen immers vaak niet eens in de gaten hebben dat het om een executieverkoop gaat (hierover later meer). Het arrest komt voor de banken ook op een goed moment, gezien het aanhoudend grote aantal faillissementen in de detailhandel.¹⁴

Hoewel het arrest door curatoren mogelijk minder enthousiast (want 'bankvriendelijk') zal zijn ontvangen, is het oordeel van de Hoge Raad naar onze mening wel juist en ook wenselijk. Zou de Hoge Raad de banken genoodzaakt hebben tot veilingverkoop of een andere wijze van verkoop door de bank, dan had dit geleid tot lagere verkoopopbrengsten dan bij een (uit)verkoop door de pandgever. Een veilingverkoop of andere wijze van verkoop door de bank brengt bovendien hogere kosten met zich, hetgeen de uiteindelijke opbrengst verder drukt. Dit zou niet alleen nadelig zijn geweest voor de banken, maar ook voor andere schuldeisers van de pandgever.

Aandachtspunten bij executoriale verkoop door de pandgever ten behoeve van de pandhouder

De pandhouder verkrijgt het recht van parate executie van de verpande goederen¹⁵ pas op het moment dat de schuldenaar in verzuim raakt met betaling van de gezekerde vordering (art. 3:248 BW jo 6:81 BW e.v.). Gaat het om bancaire financiering gecureerd door een pandrecht, dan is de bank eerst bevoegd tot parate executie indien (i) het krediet – geheel of gedeeltelijk – is beëindigd/geëindigd; en (ii) de vordering tot (gedeeltelijke) terugbetaling van het krediet opeisbaar is, maar niet wordt voldaan. Is de kredietnemer/pandgever nog niet in verzuim, dan heeft de bank niet het recht de verpande voorraden te (doen) verkopen en kan een verkoop van de verpande voorraden door de kredietnemer geen executoriale verkoop zijn. Verkoopt de kredietnemer desondanks de voorraden, dan kan de curator verrekeningen in rekening-courant die het gevolg zijn van betaling van de koopsommen door de kopers terugdraaien indien deze plaatsvinden in het zicht van faillissement. Juist in het geval waarin de bank en de kredietnemer nog on speaking terms zijn over de (wijze van) bedrijfsbeëindiging door de kredietnemer ligt het gevaar op de loer dat over het hoofd wordt gezien dat de bank een opeisbare vordering moet hebben en de kredietnemer in verzuim moet zijn met zijn betalingsverplichting.

Van belang is verder dat de bank en de kredietnemer expliciet vastleggen dat de tussen hen gemaakte afspraak inzake de (uit)verkoop van de verpande voorraden een overeenkomst strekkende tot afwijkende wijze van (executoriale) verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW inhoudt. Wordt zulks niet vastgelegd, dan bestaat het risico dat de rechter niet bereid is een overeenkomst als bedoeld in art. 3:251 lid 2 BW te 'Haviltexen' en achteraf oordeelt dat de verkoop door de kredietnemer kwalificeert als een verkoop in diens (normale) bedrijfsuitoefening. Consequentie van die kwalificatie is dat men in het verrekeningsmes van art. 54 Fw kan lopen.

Verder dient men zich te realiseren dat de koper bij een verkoop door de kredietnemer/pandgever doorgaans niet op de hoogte is of kan zijn van het feit dat het gaat om een executieverkoop. Sterker nog: bank en kredietnemer beogen dat het karakter van de uitverkoop als executoriale verkoop niet bekend wordt bij de kopers. Art. 7:19 BW verbindt hieraan de consequentie dat de koper – anders dan in het geval het voor hem kenbaar is dat het om een executoriale verkoop gaat – een beroep op non-conformiteit van het verkochte toekomst.¹⁶

Ten slotte dienen contante opbrengsten frequent te worden afgestort bij de bank/pandhouder om een eventueel verlies als gevolg van oneigenlijke vermenging met contanten van de kredietnemer/pandgever te vermijden (zie de laatste alinea van deze bijdrage).

Verhaal versus verrekening

Vaak wordt het nemen van verhaal op de executieopbrengst van verpande of verhypothekerde goederen aangeduid als 'verrekening'. Zo ook in de Rietvelt-casus.

In zijn proefschrift licht Faber toe dat van verrekening geen sprake is indien de pand/hypothekhouder de verpande/verhypothekerde goederen executoriaal verkoopt en vervolgens verhaal neemt op de executieopbrengst. De executerende pand/hypothekhouder heeft namelijk geen schuld tot afdracht van de verhaalsopbrengst aan de pand/hypothekgever.¹⁷ De gezekerde vordering wordt niet voldaan door verrekening met deze niet bestaande afdrachtverplichting, maar doordat de zekerheidsgerechtigde op de executieopbrengst verhaal neemt waardoor de gezekerde vordering (gedeeltelijk) wordt voldaan. Die voldoening is in de Rietvelt-casus bewerkstelligd doordat ING het debetsaldo van de bankrekening van Rietvelt waarop het rekening-courant krediet van Rietvelt werd geadministreerd, kort voor faillissement van Rietvelt heeft gecrediteerd met de verkoopopbrengsten die op een andere bankrekening waren binnengekomen. De creditering is de administratieve verwerking van de voldoening uit de verhaalsopbrengst en heeft

met verrekening niets van doen. Dat de creditering wellicht als 'verrekening' is aangeduid maakt deze wijze van verhaal nog geen verrekening in de zin van de wet ([art. 6:127](#) e.v. BW en art. 53 e.v. BW). Door het gebruik van de aanhalingstekens waarmee in het arrest aan 'verrekening' wordt gerefereerd, maakt de HR dit duidelijk (zie r.o. 3.4.2.).

De Rietveld casus illustreert dat men evenmin toekomt aan verrekening indien niet de pandhouder, maar de pandgever de verpande goederen executoriaal verkoopt ten behoeve van de pandhouder. De Hoge Raad oordeelt dat een "andere opvatting zonder goede grond een doelmatige uitoefening van het verhaalsrecht van de bank als pandhouder zou belemmeren" (r.o. 3.4.2). Immers, als het creditsaldo op de bankrekening die werd gebruikt voor ontvangst van de opbrengsten van de uitverkoop wél als vordering van de pandgever op de bank als pandhouder zou zijn gekwalificeerd, welke vordering de bank vervolgens met haar vordering op de pandgever uit hoofde van rekening-courantkrediet had verrekend, dan zou [art. 54](#) Fw alsnog voor toepassing in aanmerking komen. Dit zou betekenen dat we weer terug bij af zijn (Rabobank/Van Gorp q.q.) en de uitverkoop door de eigenaar/pandgever niet bruikbaar zou zijn als alternatief voor executoriale verkoop door de pandhouder.

Het oordeel van de Hoge Raad is juist, maar roept wel lastige dogmatische vragen op. De meest voor de hand liggende vraag is hoe verklaard kan worden dat de koper weliswaar betaalt aan de eigenaar/pandgever, maar dat de bijschrijving van de koopsom op een ten name van de verkoper gestelde bankrekening niet een vordering van de verkoper op de bank doet ontstaan. De Hoge Raad omzeilt deze vraag met zijn oordeel dat de betaling door de koper plaatsvindt in het kader van pandexecutie en daarom verhaalsopbrengst oplevert waarop de pandhouder zich mag verhalen (r.o. 3.4.2).

Contante betalingen

Tot slot: hoe zit het met contante betalingen door kopers aan de uitverkopende pandgever? Doorgaans wordt contant geld als roerende zaak beschouwd.¹⁸ Naar onze mening is [art. 3:110](#) BW van toepassing op de ontvangsten van de contanten door de verkopende pandgever. Krachtens zijn rechtsverhouding met de pandhouder is de pandgever belast met de executie van de verpande goederen ten behoeve van de pandhouder en met ontvangst van de opbrengsten van de executoriale verkoop. De pandgever gaat de opbrengsten houden voor de pandhouder op grond van art. 3:110 BW. De contanten behoren direct tot het vermogen van de pandhouder en passeren niet het vermogen van de pandgever. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de pandhouder het risico loopt zijn eigendom te verliezen – preciezer geformuleerd: de pandhouder loopt het risico dat hij zijn eigendomsaanspraken niet kan bewijzen – indien zijn contanten (oneigenlijk) worden vermengd met contanten van de pandgever/winkelier.¹⁹ Partijen doen er daarom verstandig aan de contanten frequent te laten afstorten bij de bank om te voorkomen dat deze contanten in de latere boedel vallen als gevolg van oneigenlijke vermenging.

Mr. F.H. van der Beek en mr. K.A. Messelink

Voetnoten

- 1 En later diens bewindvoerder.
- 2 Rb. Arnhem 7 juli 2010, JOR 2011/235.
- 3 Hof Arnhem 22 mei 2012, JOR 2013/180, m.nt. A. ten Veen.
- 4 HR 25 februari 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO7109](#), [NJ 2012/74](#), m.nt. FV (ING/Hielkema q.q.).
- 5 F.M.J. Verstijlen, 'Een volgend stukje in de puzzel van het pandrecht', [Tvl 2007/32](#).
- 6 HR 20 september 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AE7842](#), [NJ 2004/182](#), m.nt. W.M. Kleijn (Mulder q.q./Rabobank).
- 7 HR 3 februari 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BT6947](#), [NJ 2012/261](#), m.nt. FV (mr. Dix q.q./ING).
- 8 HR 1 februari 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BY4134](#), [NJ 2013/156](#), m.nt. FV (Van Leuveren q.q./ING).
- 9 HR 17 februari 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1641](#), [NJ 1996/471](#), m.nt. W.M. Kleijn (Mulder q.q./CLBN).
- 10 HR 23 april 1999, [ECLI:NL:HR:1999:ZC2940](#), [NJ 2000/158](#), m.nt. W.M. Kleijn (Van Gorp q.q./Rabobank, of: Wollie). De weg van [art. 3:251 lid 2](#) Fw was in dit geval niet gevolgd.
- 11 HR 19 november 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AR3137](#), [NJ 2005/199](#), m.nt. P. van Schilfgaarde

(ING/Gunning q.q.). In casu had de hypotheekhouder afstand gedaan van het hypotheekrecht onder de opschortende voorwaarde van betaling van de verkoopopbrengst aan de bank.

12 HR 23 april 1999, [ECLI:NL:HR:1999:ZC2940](#), [NJ 2000/158](#), m.nt. W.M. Kleijn (Van Gorp q.q./Rabobank).

13 Doorgaans zal het om roerende zaken gaan.

In 2013 is volgens het CBS een recordaantal detailhandelaren failliet gegaan. Bekende voorbeelden zijn Siebel, Polare, Free Record Shop, Marlies Dekkers en de Schoenenreus.

14 Volgens het CBS zijn de verwachtingen van de detailhandelaren voor het eerste kwartaal van 2014 over het algemeen vergelijkbaar met dezelfde periode in 2013. Zie www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/handel-horeca/publicaties/monitor-handel-horeca/monitor-detailhandel/archief/2014/2013-k4-dh-beeld.htm.

15 We beperken ons hierna tot verpande voorraden.

Aan consumenten komt overigens in alle gevallen een beroep op non-conformiteit toe, derhalve

16 ook als zij wisten of hadden moeten weten dat de verkoop bij wijze van parate executie plaatsvond. Zie [art. 7:19 lid 2 BW](#), tweede zin.

17 N.E.D. Faber, Verrekening, Kluwer: Deventer 2005, p. 8.

18 Zie onder meer [Groene Serie Vermogensrecht](#), art. 3:2 BW, aant. 7.

Vgl. HR 12 januari 1968, [NJ 1968/274](#). Zie over de vermengingsproblematiek in relatie tot contant

19 geld ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV, Algemeen goederenrecht, nr. 124 en A. Steneker, Pandrecht (Mon. BW nr. B12a), Deventer: Kluwer 2012, nr. 60.