

update

BANKING & FINANCE

Januari 2012



Banking & Finance
nieuws en achtergronden



Voorwoord

Voor u ligt de derde editie van onze Banking & Finance Update. Hierin besteden we opnieuw aandacht aan recente ontwikkelingen binnen het financieel toezichts-, financierings-, insolventie- en zekerhedenrecht. CMS is actief in vrijwel alle Europese jurisdicties en het internationale karakter van ons kantoor en onze zaken wordt weerspiegeld in deze uitgave waarin de invloeden van Europese wet- en regelgeving duidelijk aanwezig zijn.

We bespreken in deze editie onder andere de vragen die de relatief nieuwe Nederlandse wetgeving in het kader van SEPA (Single Euro Payment Area) oproept (die gebaseerd is op de EU Richtlijn Betaaldiensten – Payment Services Directive). Daarnaast behandelen wij de belangrijke verbeteringen die beoogd worden met het voorstel voor een European Account Preservation Order (EAPO) dat ingediend is bij de Europese Commissie in juli 2011. Crediteuren zullen door het Europees bankbeslag beter beschermd worden.

Ook wordt besproken waar de grenzen zich door de jaren heen naar toe bewegen als het gaat om vaststellen van misbruik van storning van automatische incasso na faillissement. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van verschillende uitspraken van de Hoge Raad.

Stille verpanding van vorderingen op basis van volmacht wordt steeds vaker in combinatie met 'verzamel- of stampandakten' toegepast. Hoe over deze constructie wordt gedacht, kunt u ook in deze editie lezen. Een ander artikel besteedt aandacht aan diverse aspecten van het toekennen van stemrecht aan de pandhouder als het gaat om verpanding van aandelen.

Volgend op een artikel uit onze vorige Update zijn er verdere ontwikkelingen te melden over de bodemverhuurconstructie en of deze al dan niet als paulianus valt aan te merken. Tenslotte informeren wij u over de vraag welke eventuele risico's de UK Bribery Act met zich mee kan brengen voor Nederlandse ondernemingen.

Wij wensen u graag veel leesplezier en hopen dat deze uitgave aanzet tot verder nadenken over de diverse onderwerpen. Mocht u naar aanleiding van het lezen van deze Banking & Finance Update nog vragen hebben, dan beantwoorden de auteurs en ook de overige advocaten van onze praktijkgroep deze uiteraard graag.

Met vriendelijke groet,
Marcel Groenewegen



MARCEL GROENEWEGEN
Hoofd praktijkgroep Banking & Finance
T +31 20 3016 410
E marcel.groenewegen@cms-dsb.com



Inhoud

De hoofdactiviteit van betaaldienstverleners	6
Europees bankbeslag	8
Stornering van automatische incasso na faillissement: gebruik of misbruik van bevoegdheid?	12
In naam van de pandgever!	15
De bodemverhuurconstructie is niet paulianeus	18
Stemmen voor gevorderden	21
Risico's voor Nederlandse ondernemingen: de UK Bribery Act	24
Praktijkgroep Banking en Finance	27

De hoofdactiviteit van betaaldienstverleners

De Nederlandse wetgeving over betaaldiensten is gebaseerd op de EU Richtlijn Betaaldiensten, die in het Engels als Payment Services Directive door het leven gaat. In de praktijk wordt de richtlijn meestal als de PSD aangeduid.

De PSD is een aanvulling op het initiatief van de Europese bankensector voor de Single Euro Payment Area (SEPA). In het kader van SEPA hebben (een groot aantal) Europese banken standaarden opgesteld voor het grensoverschrijdende betalingsverkeer in de EU op het gebied van betalingen in Euro via overboekingen, automatische incasso, betaalpassen en credit cards. Het wettelijk kader voor SEPA wordt gevormd door de PSD.

PSD

De PSD bepaalt dat betaaldienstverleners een vergunning nodig hebben. Die vergunning kan alleen verleend worden in de EU lidstaat, waar de betaaldienstverlener statutair is gevestigd. Heeft een betaaldienstverlener eenmaal een vergunning in die EU lidstaat, dan kan de betaaldienstverlener zijn diensten ook in andere EU landen aanbieden (het zogenaamde Europees paspoort).

De vergunningplicht en de doorlopende verplichtingen voor betaaldienstverleners zijn voor Nederland opgenomen in de Wet op het Financieel Toezicht ("WFT"). In het Burgerlijk Wetboek ("BW") zijn de regels opgenomen die de privaatrechtelijke verhouding tussen de betaaldienstverlener en diens cliënten regelt.

Scope PSD

De PSD is alleen van toepassing op betaaldiensten die in de EU worden uitgevoerd. Het BW deel is echter alleen van toepassing op betalingen in Euro of in de valuta van een EU lidstaat die niet aan de Euro meedoet. Een betaling in dollars uitgevoerd binnen de EU valt dus niet onder het BW en een betaling in ponden wél. Een betaling in Euro uitgevoerd buiten de EU valt dus weer niet onder het BW.

Verder zijn de BW bepalingen alleen van toepassing als zowel de betaaldienstverlener van de betaler als die van de begunstigde binnen de EU is gevestigd.

Hoofdactiviteit

De PSD zelf stamt uit 2007 en de implementatie ervan in

de Nederlandse wetgeving heeft plaatsgevonden per 1 november 2009. Het gaat dus om relatief jonge wetgeving en bij jonge wetgeving leert de ervaring dat vaak niet alle teksten meteen ondubbelzinnig duidelijk zijn en dat het meestal geruime tijd duurt voordat er beleidslijnen door de toezichthouder zijn ontwikkeld en er voldoende richtinggevende rechtspraak is.

Het bovenstaande geldt ook voor de PSD. Zo is bijvoorbeeld de omschrijving van het begrip betaaldiensten niet erg scherp en bestaan in de praktijk nog veel vragen over de precieze reikwijdte daarvan. Uiteraard is het voor ondernemingen van groot belang om die precieze reikwijdte te kennen, omdat die reikwijdte bepalend is voor de vraag of de onderneming al dan niet een vergunning nodig heeft. Naar verwachting zal het echter nog wel enige tijd duren voordat hier duidelijkheid over is verkregen.

Een ander heet hangijzer in dit verband is het feit dat de PSD van toepassing is op ondernemingen, waarvan de "hoofdactiviteit" bestaat uit het aanbieden van betaaldiensten. De vraag is wat precies onder het begrip hoofdactiviteit moet worden verstaan.

Het is bijvoorbeeld de vraag welke maatstaf moet worden gebruikt bij het vaststellen van de hoofdactiviteit van een onderneming. Gaat het om de hoogte van de omzet of om het aantal werknemers dat zich met een bepaalde activiteit bezighoudt of zijn er nog andere criteria? Stel dat een onderneming zich niet met financiële diensten maar bijvoorbeeld met autoverkoop bezighoudt en daarnaast op beperkte schaal met betaaldiensten. Is dan nog wel sprake van één onderneming of is er sprake van een onderneming die zich bezighoudt met autoverkoop en een aparte



onderneming die zich met betaaldiensten bezighoudt, waarbij die laatste dus een PSD vergunning nodig heeft?

De PSD geeft op bovenstaande vragen geen antwoord.

Wel is in de PSD bepaald dat handelsagenten die – kort gezegd – namens hun principaal producten verkopen en vervolgens de koopprijs bij de klant innen en deze overboeken naar hun principaal op zodanige wijze dat sprake is van een betaaldienst, toch buiten de PSD vallen. De reden daarvan is dat de hoofdactiviteit van de handelsagent bestaat uit het afsluiten van orders en diens bemoeienis bij de betaaldienst daaraan ondergeschikt is.

Een andere in de PSD genoemde casus is die van – bijvoorbeeld – de aanbieder van mobiele telefonie die middelen ter beschikking stelt voor de aankoop van ringtones, muziek of digitale kranten. De inhoud van die goederen of diensten kan worden geproduceerd door een derde, waarbij de aanbieder van de mobiele telefonie daar intrinsieke waarde aan kan toevoegen in de vorm van toegang, distributie of zoekmogelijkheden. Aangezien de activiteiten van de aanbieder van de mobiele telefonie meer omvatten dan alleen een betalingstransactie valt deze buiten de PSD.

De PSD bevat geen andere categorieën van bedrijven die betaaldiensten verrichten en toch niet onder de PSD vallen, omdat die betaaldiensten niet hun hoofdactiviteit zijn. De vraag die daarbij rijst is of de PSD met de twee hiervoor genoemde uitzonderingen uitputtend heeft willen regelen wanneer de hoofdactiviteit van een onderneming niet bestaat uit betaaldiensten en dus de PSD niet van toepassing is of dat de twee bedoelde uitzonderingen slechts voorbeelden zijn en dat ook andere uitzonderingen mogelijk zijn.

Hoe zit het bijvoorbeeld met banken? Bij banken zal het zeker niet altijd zo zijn dat betaaldiensten de hoofdactiviteit vormen. Bij bijvoorbeeld spaarbanken zal de hoofdactiviteit veelal niet bestaan uit betaaldiensten, maar uit het aanbieden van spaarrekeningen. Vaak is het echter wel

mogelijk om van een tegenrekening bij de spaarbank girale betalingen te doen. Zou zo'n bank dan buiten de PSD vallen? Naar de letterlijke tekst van de PSD zou het antwoord bevestigend moeten luiden, maar de vraag is of dat niet wat te ver gaat.

Hoe zit het verder met bijvoorbeeld een leasemaatschappij, die auto's least aan bedrijven en bij wijze van nevendienst aan die bedrijven ook bepaalde betaaldiensten aanbiedt. Te denken valt aan het innen en overboeken van de (variabele) eigen bijdrage van de werknemers van die bedrijven of het verzorgen van het betalingsverkeer terzake van brandstof. Stel daarbij dat het leasen in termen van omzet, tijdsbeslag en winst vele malen belangrijker is dan het betalingsverkeer. Heeft de leasemaatschappij dan toch een PSD vergunning nodig?

Het toezicht onder de PSD berust primair bij De Nederlandsche Bank. Tot op heden heeft De Nederlandsche Bank echter nog geen specifiek beleid ter zake van deze kwestie ontwikkeld. Hopelijk gaat dit op korte termijn wel gebeuren en komt aan de hier geschetste onzekerheden een einde.



JELLE TIMMENGA

Advocaat

T +31 20 3016 422

E jelle.timmenga@cms-dsb.com

Europees bankbeslag

De Europese Commissie heeft op 25 juli 2011 een voorstel ingediend voor een European Account Preservation Order (hierna: "EAPO").¹ Op dit moment ondervinden crediteuren bij incasso van buitenlandse vorderingen nog belemmeringen en zijn zij hierdoor vaak niet in staat deze vorderingen te incasseren. Het voorstel introduceert een extra mogelijkheid, naast de geldende wetgeving voor nationale bankbeslagen, voor een Europees bankbeslag. De Europese commissie wenst hiermee de inning van grensoverschrijdende vorderingen te vereenvoudigen en de doeltreffendheid van de procedure voor grensoverschrijdende tenuitvoerlegging te vergroten. Een EPAO heeft directe werking in de gehele Europese Unie. Op basis van het EPAO heeft een crediteur de mogelijkheid in een andere lidstaat zonder verdere procedure beslag te leggen op een buitenlandse bankrekening door betekening van het EPAO aan de bank. Voorts kan een EPAO worden gebruikt om informatie te verkrijgen ter zake van bankrekeningen van de schuldenaar indien niet duidelijk is of de schuldenaar een of meer bankrekeningen aanhoudt in de betreffende lidstaat.

Het voorstel is thans ter beoordeling voorgelegd aan het Europees Parlement en de Raad van Ministers. De staatssecretaris van Buitenlandse Zaken heeft de Tweede Kamer laten weten dat het kabinet voorzichtig positief staat tegenover de voorgestelde regeling. Aangezien de regeling voorziet in een grote behoefte voor crediteuren, op sommige punten aanzienlijk afwijkt van de Nederlandse wetgeving en voor Nederlandse banken grote consequenties heeft, volgt hieronder een bespreking van de belangrijkste elementen van het voorstel. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de procedure ter verkrijging van het EPAO, de tenuitvoerlegging, de rekeninginformatie en de rechtsbescherming van de schuldenaar.

Procedure

De procedure kan alleen worden gevoerd indien een van de aanknopingspunten in het buitenland is gelegen. Dat kan zijn hetzij de bankrekening, hetzij één van de partijen. Een EPAO kan worden gevraagd voorafgaand of gedurende de bodemprocedure danwel indien de schuldeiser reeds een executoriale titel heeft verkregen die echter nog niet uitvoerbaar is in de betreffende lidstaat waar de bankrekening wordt aangehouden. Het is te verwachten dat de procedure het meest zal worden gebruikt in de conservatoire fase aangezien in de executoriale fase veelal executoriaal beslag ten aanzien van de bankrekening mogelijk zal zijn.

Een EPAO kan worden uitgevaardigd door het gerecht dat bevoegd is kennis te nemen van de op het beslag volgende hoofdzaak. Een EPAO kan ook verzocht worden bij de rechter van de lidstaat waar de bankrekening wordt aangehouden. In dat laatste geval heeft de EPAO echter slechts nationale werking en is deze niet uitvoerbaar in de andere lidstaten. Indien beslag gelegd moet worden op bankrekeningen in verschillende landen dient het verzoek dan ook gedaan te worden bij de rechter die uiteindelijk ook in de procedure zal moeten oordelen over de vordering waarvoor het beslag is gelegd.

Het verzoek wordt gedaan door middel van inzending van het als Bijlage I aan het voorstel gehechte standaardformulier. De crediteur kan dit formulier indienen zonder dat bijstand van een advocaat nodig is. In dit formulier vermeldt de crediteur gegevens van partijen, informatie over de bankrekeningen en het bedrag van de vordering (inclusief rente en kosten). Daarnaast geeft hij een beschrijving van alle relevante omstandigheden die aan de vordering ten grondslag liggen. Voorts geeft de crediteur een beschrijving van alle relevante omstandigheden die het uitvaardigen van het EPAO rechtvaardigen en de bevoegdheid van het aangezochte gerecht. Het formulier bevat een lijst van bewijsmateriaal dat de crediteur heeft overgelegd of waarvan hij heeft aangeboden het over te leggen. De crediteur dient tevens te verklaren of hij bij andere gerechten een verzoek om een EPAO of een gelijkwaardig verzoek heeft gedaan.

¹ COM (2011) 445 final, Brussel 25 juli 2011



De Europese commissie wenst door middel van het Europees Bankbeslag de inning van grensoverschrijdende vorderingen te vereenvoudigen en de doeltreffendheid van de procedure voor grensoverschrijdende tenuitvoerlegging te vergroten.

Per 1 juli 2011 geldt in Nederland een nieuwe versie van de door Nederlandse beslagrechters gehanteerde Beslagsyllabus. De Beslagsyllabus is aangepast in die zin dat een beslaglegger in zijn beslagverzoek de vordering nu beter dient te onderbouwen en tevens bekende verweren van de debiteur tegen de vordering dient te vermelden. De verzoeker van een EAPO dient slechts aan te tonen dat “een goed vooruitzicht” bestaat op het winnen van de procedure. Zijn vordering dient “op het eerste gezicht” goed gefundeerd te zijn. Ten slotte dient er een risico te bestaan dat de tenuitvoerlegging van een vonnis gefrustreerd zal worden indien het bevel niet wordt verleend. Het EAPO wordt gegeven in een procedure waarbij de beslagdebiteur niet wordt gehoord. Dit heeft te maken met het verrassingseffect dat het beslag dient te hebben. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal tot het horen van de verzoeker worden overgegaan.

Hoewel relevante bewijsstukken wel dienen te worden aangeleverd bij het verzoek, kan gesteld worden dat de Europese toets soepeler is dan de huidige Nederlandse toets. De door de beslagdebiteur tegen de vordering aangevoerde verweren hoeven, anders dan in Nederland, niet te worden vermeld. De beslagdebiteur wordt dan ook minder beschermd bij een Europees bankbeslag dan bij een Nederlands bankbeslag. Er zijn in het huidige voorstel nog te weinig waarborgen ingebouwd tegen misbruik van beslagrecht. De Europese wetgever zou er goed aan doen

de vereisten zoals vermeld in de nieuwe Beslagsyllabus over te nemen teneinde misbruik van beslagrecht te voorkomen.

Indien het gerecht het EAPO uitvaardigt (hetgeen binnen zeven dagen na indiening moet worden gedaan) en de crediteur nog niet beschikt over een executoriale titel, dient de crediteur de vordering, waarvoor het beslag wordt gelegd, binnen 30 dagen na de datum van het EAPO aanhangig te maken. Voldoet hij niet aan deze voorwaarde dat kan het EAPO op verzoek van de debiteur worden ingetrokken. Ook hier verschilt de Europese regeling van de Nederlandse. Een beslag vervalt naar Nederlands recht van rechtswege indien de eis in de hoofdzaak niet tijdig wordt ingesteld.

Tenuitvoerlegging

Indien het EAPO is uitgevaardigd is het direct uitvoerbaar in de lidstaat waar de bankrekening wordt aangehouden. Het gerecht dat het EAPO heeft afgegeven of de crediteur zelf zendt het EAPO rechtstreeks naar de bevoegde autoriteit in de lidstaat van tenuitvoerlegging. In Nederland zal dit de deurwaarder zijn. Ook dit verschilt van de Nederlandse regelgeving. Bij een beslag naar Nederlands recht kiest de crediteur het moment waarop hij, na verkregen beslagverlof, tot beslaglegging over gaat.

De bevoegde autoriteit dient het EAPO binnen 3 werkda-



gen na ontvangst te betekenen aan de bank. De bank is vervolgens dadelijk na ontvangst van het EAPO verplicht de in het EAPO genoemde bankrekeningen te blokkeren ter hoogte van het bedrag van het EAPO. Op basis van het EAPO wordt beslag gelegd op een specifieke bankrekening. Naar Nederlands recht is sprake van een beslag onder een bank en wordt de gehele rechtsverhouding tussen bank en debiteur door het beslag geraakt. Dat wil zeggen dat indien naar Nederlands recht beslag wordt gelegd onder een bank alle bankrekeningen worden geraakt en men dus kan afzien van het vermelden van de betreffende bankrekeningen in het beslagrekest. In Nederland wordt door een beslag onder een bank vervolgens het gehele saldo geraakt. Bij een Europees bankbeslag wordt een specifieke rekening slechts geblokkeerd tot het bedrag van het EAPO. Dat betekent dat de debiteur het boven dit bedrag uitstijgende deel van het saldo kan opnemen en kan overboeken naar een bankrekening buiten de Europese Unie teneinde verdere succesvolle (Europese) beslagmaatregelen te voorkomen.

De bank dient na 3 werkdagen aan de bevoegde autoriteit een verklaring af te leggen (volgens een standaardformulier dat aan het voorstel is gehecht) of, en in welke mate, de tegoeden door het beslag zijn getroffen. Dit is voor de Nederlandse bank een aanzienlijke verzwarende van de werklast. Volgens het Nederlandse systeem hoeft de bank deze verklaring namelijk pas na 30 dagen af te geven. Nadat de bank de verklaring heeft afgegeven, dient onverwijld betekening aan de debiteur plaats te vinden. De beslaglegging kan eindigen door het stellen van een bankgarantie door de debiteur ter hoogte van het in het EAPO gespecificeerde bedrag. Indien geen bankgarantie wordt gesteld blijft het beslag liggen tot de crediteur in het bodemgeschil een voor executie vatbare titel ontvangt en hij tot executie daarvan overgaat. Een ander verschil met de Nederlandse regeling is dat indien het EAPO betrekking heeft op meerdere bankrekeningen en het totaal van de saldi het in het EAPO gespecificeerde bedrag overstijgt de crediteur tot deblokering van het surplusbedrag dient over

te gaan. In Nederland dient de beslaglegger hiervoor (in kort geding) veroordeeld te worden.

Rekeninginformatie

Het grootste voordeel voor de crediteur (en nadeel voor de debiteur) is echter de mogelijkheid om, ook indien hij niet weet bij welke bankinstelling de debiteur bankiert, een EAPO te verzoeken. In zo'n geval kan de rechter een bevel tot openbaarmaking geven op grond waarvan banken moeten melden of de debiteur bij hen een bankrekening aanhoudt. Vervolgens kan op grond van het verleende bevel op die bankrekening beslag worden gelegd. In Nederland wordt door crediteuren al lang gewacht op deze regeling. Voor het verkrijgen van dergelijke informatie moet nu een beroep worden gedaan op onderzoeksbureaus. Soms wordt de informatie niet verkregen en ontspringt de schuldenaar de dans. Dat leidt tot veel onverhaalbare vorderingen. Gezien de huidige economische omstandigheden verdient het voorstel dan ook alle steun. De Nederlandse wetgever zou er goed aan doen de voorgestelde regeling van informatie over bankrekeningen ook voor Nederlandse bankbeslagen in te voeren. Nu leidt onbekendheid ten aanzien van de bank van de schuldenaar vaak tot het leggen van beslag onder de grote banken in de hoop dat doel wordt getroffen. De Europese regeling zal overigens wel tot een aanzienlijke verzwarende van de werklast bij de Nederlandse banken leiden, die vanaf de invoering van het Europees bankbeslag te maken zullen krijgen met vele verzoeken om rekeninginformatie voor vele schuldenaren die niet bankieren bij de bank.

Rechtsbescherming

De Nederlandse beslagdebiteur kan een kort geding tot opheffing van het beslag aanhangig maken indien hij meent dat het beslag ondeugdelijk dan wel onnodig is. In geval van een EAPO heeft de schuldenaar verschillende mogelijkheden tegen het EAPO op te komen. In de lidstaat die het EAPO heeft afgegeven kan het rechtsmiddel van

heroverweging worden ingesteld indien het EAPO ten onrechte is afgegeven. Dit zal het geval zijn indien het gerecht niet bevoegd was kennis te nemen van het verzoek. Ook zal dit mogelijk zijn indien de schuldenaar aantoont dat de vordering van de crediteur ondeugdelijk is of dat er geen risico op verduistering bestaat. Ten slotte staat dit rechtsmiddel open indien de crediteur nalaat binnen 30 dagen de eis in de hoofdzaak in te stellen. Een tweede rechtsmiddel betreft de mogelijkheid voor een partij het gerecht dat het EAPO heeft afgegeven te verzoeken dit in te trekken op grond van gewijzigde omstandigheden, bijvoorbeeld omdat de vordering inmiddels door de schuldenaar is voldaan. Een derde rechtsmiddel betreft een door de schuldenaar in de lidstaat van tenuitvoerlegging in te stellen rechtsmiddel. Het gaat dan om een verzoek de tenuitvoerlegging te beperken tot het bedrag dat volgens de wetgeving van de lidstaat van tenuitvoerlegging niet vatbaar is voor beslag. In Nederland betreft het de beslagvrije voet. Voorts kan dit rechtsmiddel leiden tot beëindiging van het EAPO bijvoorbeeld indien in de lidstaat van tenuitvoerlegging een beslissing is gewezen waarbij de vordering van de crediteur is afgewezen.

Conclusie

Nederlandse crediteuren kunnen regelmatig worden geconfronteerd met schuldenaren die (ook) bankrekeningen in een EU lidstaat aanhouden, danwel daar wellicht een bankrekening aanhouden. De Europese regeling zal dan ook in een grote behoefte kunnen voorzien. Met name indien niet precies bekend is bij welke bankinstelling in een betreffende EU lidstaat een rekening wordt aangehouden biedt de regeling een verbetering ten opzichte van de Nederlandse situatie. Voorts zorgt de regeling ervoor dat ook in EU lidstaten waarin op dit moment conservatoir bankbeslag niet of vrijwel niet mogelijk is in de toekomst wel conservatoir bankbeslag kan worden gelegd. De banken dienen, indien het voorstel wordt aangenomen door de Europese wetgever, voorbereid te zijn op een verzwaring van de werklust van de afdeling die de beslagen

afwikkelt. Er zullen meer verzoeken binnen komen. De na beslaglegging af te geven verklaringen dienen sneller te worden afgegeven. Echter het voorstel kan een bijdrage leveren aan het terugdringen van de wanbetaling in de EU. Hiermee kan het aantal faillissementen in verband met het niet kunnen incasseren van vorderingen worden vermindert. In de huidige economische situatie is dat een belangrijke verbetering.



MARC VAN ZANTEN

Advocaat

T +31 20 3016 414

E marc.vanzanten@cms-dsb.com

Stornering van automatische incasso na faillissement: gebruik of misbruik van bevoegdheid?

Op 16 september van dit jaar heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in een zaak waarin de vraag was opgeworpen of een bank, indien zij na het faillissement van haar rekeninghouder een automatische incasso ongedaan maakt ('storneert'), onrechtmatig handelt jegens de overige schuldeisers in het faillissement of dat zij slechts gebruik maakt van een aan haar toekomende bevoegdheid.¹ In dit artikel bespreek ik het systeem van de automatische incasso en het rechtskarakter van de stornering. Aan de hand van een eerder arrest van de Hoge Raad uit 2004 zal duidelijk worden dat de uitkomst in deze zaak eigenlijk geen verrassing is. De arresten maken duidelijk dat de juridische betekenis van de stornering afwijkt van hetgeen zich bij een automatische incasso op het eerste gezicht lijkt voor te doen. De recente uitspraak van de Hoge Raad benadrukt eveneens het belang van de automatische incasso voor het betalingsverkeer. Een systeem dat slechts goed functioneert indien er voldoende waarborgen bestaan: een algemeen geformuleerde bevoegdheid om de automatische incasso te storneren.

Het systeem van automatische incasso

In 2004 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de juridische duiding van het begrip storneren. Voor een beter begrip van deze uitspraak is het relevant om eerst het systeem van de automatische incasso te bespreken. Aan de automatische incasso ligt een incassocontract ten grondslag. Dit contract bevat een machtiging van de rekeninghouder op grond waarvan de crediteur van de rekeninghouder een betalingsopdracht kan geven. Deze betalingsopdracht wordt dan automatisch uitgevoerd. De machtiging heeft ook een keerzijde, zo kan de rekeninghouder alsmede zijn bank de betaling binnen een bepaalde termijn storneren. De bevoegdheid om betalingsopdrachten te storneren komt evenwel toe aan de bank van de rekeninghouder aangezien de machtiging tot automatische incasso anders mogelijkwerwijs zou leiden tot een (te hoge) debetstand of een overschrijding van de kredietruimte van de rekeninghouder. Om te beoordelen of een bank, die na faillissement gebruik maakt van de mogelijkheid om een betalingsopdracht te storneren, in overeenstemming handelt met de storneringsbevoegdheid, dient allereerst te worden vastgesteld hoe het rechtskarakter van de stornering zich laat duiden.

¹ HR 16 september 2011, LJN BQ8732

Mr. Mendel q.q./ABN AMRO²

In deze uitspraak heeft de Hoge Raad zich zeer duidelijk uitgesproken over de stornering van betalingsopdrachten en over de vraag hoe dit verschijnsel juridisch wordt geduid. De casus was als volgt. Op 29 mei 2001 is de vennootschap Worldexchange B.V. (hierna: 'Worldexchange') failliet verklaard. Worldexchange maakte in het betalingsverkeer met haar klanten gebruik van een incassocontract. Op grond van dit contract werden betalingen door middel van automatische incasso op initiatief van Worldexchange afgeboekt van de rekening van haar klanten. Ook dit incassocontract gaf de klant/rekeninghouder en zijn bank het recht om gedurende dertig dagen na de uitvoering van de betalingsopdracht deze te storneren. Op de datum faillissement had Worldexchange een creditsaldo van ruim fl. 1.000.000,-. Na het uitspreken van het faillissement heeft een aantal klanten van Worldexchange betalingsopdrachten, die reeds voor het faillissement waren uitgevoerd, gestorneerd. Het creditsaldo van Worldexchange werd hierdoor na datum faillissement met meer dan fl. 100.000,- gedebiteerd. De curator van Worldexchange vorderde dit bedrag terug met een beroep op onterechte verrekening door de bank ex art. 53 Faillissementswet (Fw). De bank had, aldus de curator, deze afschrijvingen onbevoegd verrekend met het creditsaldo van de bankrekening van Worldexchange. De

² HR 3 december 2004, JOR 2005, 51



Hoge Raad stelde de curator van Worldexchange in het ongelijk. In geval van een creditering als gevolg van een automatische incasso wordt de betaling namelijk slechts onder voorwaarden uitgevoerd. Het bedrag wordt weliswaar op de rekening bijgeschreven maar de rekeninghouder kan slechts voorwaardelijk over deze betaling beschikken. De bijschrijving wordt pas na het verloop van de termijn waarbinnen terugboeken mogelijk is onvoorwaardelijk. Eerder dan na het verstrijken van die termijn is er geen sprake van een onvoorwaardelijke betaling. De Hoge Raad voegt tenslotte toe dat dit niet anders is in geval van een faillissement. Het op faillissementsdatum bestaande vorderingsrecht van Worldexchange op de bank was, zo lang de termijn van terugboeken nog niet was verlopen, slechts een voorwaardelijk vorderingsrecht. Door de vervulling van de voorwaarde is het vorderingsrecht van (de boedel van) Worldexchange op de bank komen te vervallen. De fl. 100.000,- die van de rekening is gedebiteerd behoort niet tot het vermogen, althans tot de boedel, van Worldexchange.

In deze uitspraak maakt de Hoge Raad duidelijk dat een stornering van een automatische incasso slechts aangemerkt dient te worden als een boekhoudkundige verwerking van het intreden van een ontbindende voorwaarde waardoor het recht van de crediteur op creditering van het bedrag is komen te vervallen.

Gebruik of misbruik van bevoegdheid

Ondanks deze uitspraak heeft de Hoge Raad in september van dit jaar opnieuw een vergelijkbare rechtsvraag moeten beoordelen. Ditmaal was de casuspositie iets anders. Op 18 september 2002 is Vertrans B.V. (hierna: 'Vertrans') failliet verklaard. Vertrans heeft bij haar bank een rekening-courantkrediet van € 225.000,-. Enige dagen voor het faillissement is de rekening van Vertrans als gevolg van verschillende automatische incasso's gedebiteerd met in totaal € 108.400,-. Op datum van de faillietverklaring bedroeg het debetsaldo op de rekening van Vertrans € 214.184,-. Ondanks dat Vertrans haar kredietruimte niet heeft overschreden, besluit de bank alle automatisch geïncasseerde gelden te storneren waardoor het debetsaldo op de rekening van Vertrans nog slechts € 105.748,- bedroeg. De curator van Vertrans vordert deze gelden van de bank terug. De curator stelt zich op het standpunt dat de bank met het terugboeken van de betalingen, waardoor het debetsaldo op de rekening van Vertrans verminderde, haar storneringsbevoegdheid misbruikt en dat zij daardoor onrechtmatig handelt jegens de overige schuldeisers in het faillissement van Vertrans.

Volgens de Hoge Raad was hiervan geen sprake. Door de algemene formulering van de storneringsbevoegdheid is deze bevoegdheid niet beperkt tot de situatie waarin het rekeningssaldo of de kredietruimte van de rekeninghouder



Het enkele feit dat de bank de storeringsbevoegdheid gebruikt om haar eigen belangen te behartigen is in elk geval onvoldoende om van misbruik te spreken.

onvoldoende is om de automatische incasso uit te voeren. De rekeninghouder (in de hoedanigheid van incassant dan wel geïncasseerde) en zijn bank mogen bij de gebruikmaking van de storeringsbevoegdheid in beginsel ook hun eigen belang behartigen. Al is hiermee niet uitgesloten dat er, onder bijzondere omstandigheden, sprake kán zijn van misbruik van de storeringsbevoegdheid waardoor onrechtmatig wordt gehandeld jegens overige schuldeisers. Ten slotte benadrukt de Hoge Raad dat, mede gelet op de belangrijke rol die de automatische incasso inneemt in het betalingsverkeer, het van groot belang is dat zowel de bank, de incassant en de geïncasseerde erop kunnen vertrouwen dat een storning wordt uitgevoerd indien daarop een beroep wordt gedaan.

Conclusie

In zijn uitspraak van 16 september 2011 oordeelt de Hoge Raad dat de bevoegdheid om te storeren algemeen is geformuleerd. Juist deze algemene formulering maakt dat er voldoende tegenwicht kan worden gegeven aan de verstrekende bevoegdheid die de automatische incasso met zich meebrengt. Deze algemene formulering maakt eveneens dat er niet snel sprake zal zijn van misbruik van de storeringsbevoegdheid. Toch wordt dit ook niet geheel uitgesloten. Onder welke omstandigheden hiervan sprake is licht de Hoge Raad niet toe. Het enkele feit dat de bank de bevoegdheid gebruikt om haar eigen belangen te behartigen is in elk geval onvoldoende om van misbruik te spreken. Ook storning van een betaling, zonder dat door

de betaling de kredietruimte wordt overschreden, wordt hier niet onder begrepen. De concrete afspraken in het incassocontract vormen het uitgangspunt, al is het ook voorstelbaar dat de redelijkheid en billijkheid een rol spelen bij de beoordeling van de storning. Uit de jurisprudentie kan in elk geval worden afgeleid dat een beroep van de curator op grond van 53 Fw (verrekening) geen soelaas biedt. Daar misbruik niet snel wordt aangenomen lijkt het een goed advies om in geval van faillissement van de geïncasseerde de betalingsopdrachten te storeren indien hiertoe een mogelijkheid bestaat. Slechts door de grenzen op te zoeken zal in de toekomst wellicht duidelijk worden waar deze precies liggen.



WILMY WESTERHOF

Advocaat

T +31 20 3016 305

E wilmy.westerhof@cms-dsb.com

In naam van de pandgever!

De verpanding van vorderingen op basis van een volmacht

De stille verpanding van vorderingen is veelvuldig onderwerp van discussie. Over een aantal aspecten is inmiddels door de Hoge Raad geoordeeld. De laatste tijd staat met name de stille verpanding van vorderingen door een financier in naam van de pandgever ten gunste van zichzelf in de aandacht. Helemaal sinds financiers gebruik zijn gaan maken van een zogenaamd 'verzamel- of stampandakte', waarin financiers namens al hun leningnemers of zekerheidsgevers in één keer een stil pandrecht vestigen op aan hen toebehorende vorderingen. Vorig jaar en ook dit jaar hebben twee verschillende rechtbanken zich uitgelaten over de rechtsgeldigheid van deze constructie, zodat een begin is gemaakt op weg naar duidelijkheid over deze constructie.

Twee uitspraken

Het betreft een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 15 september 2010¹ en de Rechtbank Den Haag van 24 augustus 2011², waarin, kortgezegd, de verpanding van vorderingen door ING Bank N.V. ("ING") was gedaan op basis van een aan haar verstrekte volmacht en een stampandakte. Een dergelijke stampandakte bevat dan, voor wat betreft de verpanding, slechts de bepaling dat de bank 'namens de Pandgever een stil pandrecht vestigt op alle bestaande of rechtstreeks uit bestaande rechtsverhoudingen voortvloeiende vorderingen'. De Pandgever is dan (bijvoorbeeld) gedefinieerd als zijnde 'iedere (natuurlijke of rechts-)persoon die de bank een volmacht heeft gegeven tot verpanding van vorderingen'. In beide zaken wordt de rechtsgeldigheid van deze wijze van stille verpanding van vorderingen door de respectievelijke curatoren aangevochten.

In de zaak Van Leuven q.q./ING speelt voorts nog het volgende dat zeker ook de moeite van bespreken waard is. Geruime tijd nadat ING een krediet heeft verstrekt, gaat het financieel minder met de kredietnemers. Aangezien de kredietnemers bij het aangaan van het krediet geen volmacht tot verpanding van vorderingen hebben gegeven aan ING, verzoekt ING deze volmacht alsnog aan haar te verstrekken, hetgeen de kredietnemers ook doen.

Niet veel later, maar wel nadat ING op basis van die volmacht pandrechten ten gunste van zichzelf heeft gevestigd, gaan de kredietnemers failliet. De curator vernietigt op grond van de faillissementspauliana ex artikel 42 Fw het verstrekken van de volmacht aan ING (en daarmee indirect de vestiging van de pandrechten). In dit geval bestond inderdaad ook geen verplichting om een dergelijke volmacht aan ING te geven. Uiteraard waren de kredietnemers wel verplicht de pandrechten te vestigen.

In beide gevallen verzet ING zich met succes tegen de vorderingen van de curatoren.

Stille verpanding van vorderingen

Curatoren hebben een scala aan gronden op basis waarvan de stille verpanding van vorderingen op deze wijze niet rechtsgeldig zou zijn. In deze bijdrage beperk ik mij tot de bespreking van (i) artikel 3:68 BW ('Selbsteintritt'), (ii) het handelen in naam van de pandgever en (iii) het vereiste (ex artikel 3:84 lid 2 BW) dat de vorderingen met voldoende bepaaldheid moeten zijn omschreven.

Selbsteintritt

Artikel 3:68 BW stelt bepaalde grenzen aan het handelen in naam van een ander. Zo kan een gevolmachtigde niet namens zijn wederpartij optreden als de te verrichten rechtshandeling niet zo nauwkeurig is omschreven dat strijd tussen de belangen van beide partijen is uitgesloten. Artikel

¹ JOR 2011/161 m.nt. Faber (Dix q.q./ING).

² Rechtspraak Insolventie (RI) 2011/104 (Van Leuven q.q./ING).

3:68 BW zou in de praktijk nooit een probleem hoeven zijn, omdat de toepassing van dit artikel kan worden uitgesloten. Gebruikelijk lijkt dan ook de bepaling in een volmacht dat artikel 3:68 BW niet van toepassing is. In genoemde zaken was dit artikel echter niet uitgesloten en bood het om die reden de curatoren een grond om de verpanding te bestrijden. Geoordeeld wordt echter dat de te verrichten handelingen wel nauwkeurig genoeg zijn omschreven, zodat dit artikel niet in de weg kan staan aan het door ING handelen namens de pandgever. Deze overweging is naar mijn idee juist, omdat de te verrichten rechtshandeling zo is omschreven dat voor zowel de volmachtgever als de gevolmachtigde duidelijk is dat ING op basis daarvan pandrechten ten gunste van zichzelf gaat vestigen. Evenwel zou een discussie hieromtrent moeten worden voorkomen door de toepasselijkheid van artikel 3:68 BW gewoon uit te sluiten.

Ontbreken van de naam en voldoende bepaaldheid

In de stampandakte worden de namen van de pandgevers niet meer vermeld, omdat een generieke omschrijving van de pandgevers zoals hiervoor aangegeven, wordt gebruikt. Hieraan zouden twee bezwaren kleven. Ten eerste is onduidelijk in wiens naam ING heeft gehandeld en ten tweede zouden door de onduidelijkheid omtrent de identiteit van de pandgevers de vorderingen niet met voldoende bepaaldheid zijn omschreven. Ook aan deze bezwaren wordt, mijns inziens terecht, voorbijgegaan.

Hoewel een rechtshandeling slechts kan worden toegerekend aan een volmachtgever indien de gevolmachtigde in naam van die volmachtgever heeft gehandeld (artikel 3:67 lid 1 BW), verplicht dit niet tot het expliciet noemen van de naam van de volmachtgever. ING handelt in naam van de pandgevers, oftewel namens degenen die aan haar een volmacht hebben gegeven om pandrechten te vestigen. ING in haar hoedanigheid van wederpartij (dus als pandhouder) weet uiteraard ook om welke pandgevers het gaat (of zou dit in ieder geval kunnen afleiden uit de

stampandakte in combinatie met de volmacht en eventueel overige kredietdocumentatie). Slechts in die gevallen waarin dit voor de wederpartij niet duidelijk is of waarin wordt gehandeld in naam van een nader te noemen meester (artikel 3:67 BW) en deze meester niet binnen de daarvoor gestelde termijn bekend wordt gemaakt, geldt dat niet de volmachtgever maar de gevolmachtigde zelf is gebonden aan de rechtshandeling (in welk geval dus geen pandrecht tot stand kan komen op de vorderingen van de volmachtgevers). Daarvan is echter geen sprake, waardoor de pandrechten namens de pandgevers door ING ten gunste van zichzelf zijn gevestigd.

Ook de stelling van curatoren dat de vorderingen niet met voldoende bepaaldheid zijn omschreven, is wat mij betreft onjuist. Reeds in 1994 overwoog de Hoge Raad dat voor de bepaaldheid van het te verpanden goed voldoende is dat de pandakte zodanige gegevens bevat dat aan de hand daarvan, eventueel achteraf, kan worden vastgesteld om welke goederen het gaat. Om deze reden wordt in pandaktes ook veelal gebruikgemaakt van een algemene omschrijving van de te verpanden (in dit geval) vorderingen. De stampandakte bevat eveneens een generieke omschrijving van de vorderingen. Dit zijn immers alle vorderingen van de pandgevers. Op basis van de stampandakte eventueel in combinatie met de volmacht of andere kredietdocumentatie is (achteraf) vast te stellen om welke vorderingen het gaat. Daarmee is voldaan aan het vereiste van voldoende bepaaldheid.

Faillissementspauliana

Zoals gezegd, speelde in Van Leuveren q.q./ING voorts dat de volmacht tot verpanding van vorderingen slechts enkele weken voor het faillissement van de pandgevers was verleend aan ING. De curator stelt dat de volmachtverlening een onverplichte rechtshandeling is en vernietigt de verlening van de volmacht op grond van artikel 42 Fw. Vaststond dat voor de pandgevers geen verplichting bestond om een dergelijke volmacht aan ING te geven. De



De constructie waarbij vorderingen stil worden verpand op basis van een volmacht in combinatie met een stampandakte lijkt dan ook overeind te blijven.

volmachtverlening was daarom inderdaad onverplicht verricht om welke reden deze volmachtverlening in beginsel zou kunnen worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. De rechtbank overweegt echter dat de verlening van de volmacht slechts het op redelijke wijze uitvoering geven aan een verplichte rechtshandeling is, te weten de verpanding van vorderingen. Om die reden is ook, aldus de rechtbank, de volmachtverlening een verplichte rechtshandeling en kan deze dus niet op grond van artikel 42 Fw worden vernietigd. Nu de door ING verrichte verpandingen zelf verplichte rechtshandelingen zijn, lijkt de overweging van de rechtbank ook op dit punt terecht. De volmachtverlening zou wat mij betreft niet zelf moeten kwalificeren als een onverplichte rechtshandeling. Zou dit namelijk wel zo zijn dan zou de situatie ontstaan dat verplichte rechtshandelingen (in dit geval: de verpandingen) indirect kunnen worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Immers, nu vernietiging terugwerkende kracht heeft (artikel 3:53 BW) betekent dit dat, als de volmacht aan ING zou worden vernietigd, zij niet namens de pandgevers een pandrecht ten gunste van zichzelf had kunnen vestigen. De verpanding die zelf een verplichte rechtshandeling is, en om die reden vanwege de vereisten van artikel 47 Fw veel moeilijker te vernietigen is, zou op deze wijze toch (weliswaar indirect) op grond van artikel 42 Fw kunnen worden vernietigd. Dat laatste is onwenselijk en de overweging van de rechtbank is op dit punt dan ook juist.

Conclusie

Hoewel we hier te maken hebben met uitspraken van lagere rechters en over deze rechtsvraag nog niet is geoordeeld door de Hoge Raad, mag worden verwacht dat de Hoge Raad in lijn met zijn eerdere arresten zal oordelen. De rechtspraak in het kader van de verpanding van vorderingen is tot op heden zeker niet nadelig geweest voor pandhouders en niet valt in te zien waarom dat in dit geval anders zou zijn. De constructie waarbij vorderingen stil worden verpand op basis van een volmacht in combinatie met een stampandakte lijkt dan ook overeind te blijven.

Ik zie ook overigens niet in waarom dit nadelig zou zijn voor pandgevers. Immers, deze constructie neemt hen de administratieve last van dagelijks of wekelijks ondertekenen en insturen van pandlijsten uit handen.



MARC ORVAL

Advocaat

T +31 20 3016 433

E marc.orval@cms-dsb.com

De bodemverhuurconstructie is niet paulianeus

In de uitgave van de Update Banking & Finance van januari 2011 schreef ik over een aantal uitspraken van rechtbanken waaruit blijkt dat de bodemverhuurconstructie onder vuur was komen te liggen. Een aantal curatoren nam in procedures het standpunt in dat het verhuren van de bodem tot benadeling van schuldeisers leidt of dat het verrekenen van de in dit kader door de huurder verschuldigde huurpenningen tot benadeling leidt. De curatoren beroepen zich daarbij op de Actio Pauliana.

Het was wachten op een eerste uitspraak in hoger beroep om meer duidelijkheid te krijgen. Op 1 november jl. heeft het Gerechtshof Arnhem (LJN BU3293) een arrest gewezen waaruit volgt dat het toepassen van de bodemverhuurconstructie niet als paulianeus valt aan te merken. Het verrekenen door de bank van de in het kader van de bodemverhuurconstructie verschuldigde huurpenningen met haar tegenvordering op de failliet is niet toegestaan. Het risico van de bank beperkt zich derhalve tot deze huurpenningen.

Geen Pauliana

Het hof overwoog onder andere dat niet gezegd kan worden dat de keuze van de bank voor de verhuurconstructie als alternatief voor het wegvoeren en elders opslaan van de verpande zaken, tot nadeel voor de schuldeisers heeft geleid. De mogelijke verslechtering van de positie van de Belastingdienst en de boedel is louter het gevolg van het tijdig omzetten door de bank van het bezitloos pandrecht in een vuistpand. De bank is daartoe bevoegd en de keuze voor de verhuurconstructie om de kosten te beperken en een optimale verkoopopbrengst te realiseren is een gerechtvaardigde keuze.

Het Hof merkt overigens ten overvloede op dat de door de curator voorgestane vernietiging van de huurovereenkomst geen verandering kan brengen aan het gegeven dat de verpande zaken zich feitelijk in de macht van de bank bevinden. Met andere woorden, de verpande zaken zullen bij een goed uitgevoerde bodemverhuurconstructie nimmer meer als bodemzaken kwalificeren.

Verrekening niet toegestaan

Het hof oordeelt dat de bank de huurpenningen die verschuldigd zijn in het kader van de bodemverhuurconstructie aan de curator moet betalen. Door middel van de huurovereenkomst is een schuld ontstaan voor de bank die door de bank is verrekend met haar tegenvordering op haar kredietnemer. Deze schuld dient met een overgenomen schuld in de zin van artikel 54 Faillissementswet gelijk te worden gesteld. De bank had niet betwist dat zij bij het sluiten van de huurovereenkomst niet te goeder trouw was in de zin van dit artikel. Het stond dus vast dat de bank wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement dan wel surséance van betaling was te verwachten.

Dat de huurvordering ook nog aan de bank was verpand, maakte niet dat de bank toch mocht verrekenen. Het hof overwoog dat de door de Hoge Raad in het arrest Mulder q.q./CLBN aanvaarde regel (namelijk dat verrekening door de bank is toegestaan in geval van voldoening aan de bank van een stil verpande vordering) niet opgaat in het geval het een verpande vordering betreft die gelijk gesteld moet worden met een overgenomen schuld in de zin van artikel 54 Faillissementswet en waarbij de pandhouder bij het aangaan van de schuld (en het in pand nemen van de vordering) niet te goeder trouw was.

Voor de praktijk betekent dit dat een bank rekening moet houden met het daadwerkelijk betalen van de huurpenningen. Vaak zal na het toepassen van de bodemverhuurconstructie het faillissement van de kredietnemer immers te verwachten zijn.



De verpande zaken zullen bij een goed uitgevoerde bodemverhuurconstructie nimmer meer als bodemzaken kwalificeren.

Vervolg

Op basis van dit eerste arrest kan nog niet definitief worden gezegd dat het toepassen van een bodemverhuurconstructie nimmer als paulianeus aangemerkt kan worden. Het is nog niet bekend of cassatie wordt ingesteld tegen dit arrest. Gelet op het principiële karakter van de discussie over de bodemverhuurconstructie bestaat de verwachting dat deze of een vergelijkbare zaak binnen afzienbare tijd aan de Hoge Raad zal worden voorgelegd.

Tegen de achtergrond van de gevolgen van het bodemvoorschot van de fiscus is de vaststelling van het hof relevant dat de vernietiging van de huurovereenkomst geen verandering brengt aan het gegeven dat de verpande zaken zich feitelijk in de macht van de bank bevinden. Met andere woorden, ook indien sprake zou zijn van een vernietigbare rechtshandeling heeft dit niet tot gevolg dat de pandhouder zijn hogere rang ten opzichte van de fiscus verliest. Het toepassen van een bodemverhuurconstructie behoudt derhalve zijn waarde voor de pandhouder.



DAVID BOS

Advocaat

T +31 30 2121 590

E david.bos@cms-dsb.com



Stemmen voor gevorderden

Bij verpanding van aandelen kan het stemrecht worden toegekend aan de pandhouder. Onlangs is een uitspraak gepubliceerd waarin de bevoegdheid van de pandhouder om het stemrecht uit te oefenen aan banden lijkt te zijn gelegd. Op grond van art. 2:198 lid 1 BW kunnen de aandelen in een besloten vennootschap worden verpand, tenzij de statuten dit uitsluiten. Bij de verpanding kan worden bepaald dat het stemrecht aan de pandhouder wordt toegekend (art. 2:198 lid 3 BW). In de (financierings)praktijk is de pandhouder in de regel een persoon aan wie de aandelen niet vrijelijk kunnen worden overgedragen. De overgang van het stemrecht zal daarom moeten worden goedgekeurd door het daartoe bevoegde orgaan, meestal de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarnaast is het gebruikelijk om in de pandakte te bepalen dat het stemrecht overgaat op de pandhouder onder de opschortende voorwaarde van (i) niet nakoming van de verplichtingen onder de (lenings)overeenkomst en (ii) de mededeling van de pandhouder aan de pandgever dat het stemrecht overgaat. Aan deze voorwaardelijke constructie liggen onder andere fiscale motieven ten grondslag die hier verder onbesproken zullen blijven.

De aanleiding voor het schrijven van deze bijdrage vormt een in oktober 2011 gepubliceerde kort geding uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam waarin werd geoordeeld dat de pandhouder op onrechtmatige wijze gebruik had gemaakt van zijn stemrecht.¹ De feiten van de zaak waren als volgt. OAO Alfa-Bank ("Alfa-Bank") heeft een kredietovereenkomst gesloten met Berycan Limited ("Berycan"). Deze kredietovereenkomst werd gesloten in het kader van de financiering van de acquisitie van de Joint-Stock Company Donetsk Electrometallurgical Plant (de "Werkmaatschappij") door Milo Finance B.V. ("Milo Finance"). Berycan houdt samen met Nasmarin Limited ("Nasmarin") alle aandelen in Milo Finance. Ter securering van de verplichtingen van Berycan onder de kredietovereenkomst verpanden Nasmarin en Berycan hun aandelen in Milo Finance ten gunste van Alfa-Bank. Hierbij wordt het stemrecht op de aandelen onder opschortende voorwaarde overgedragen aan Alfa-Bank.

Op enig moment komt Berycan haar verplichtingen onder de kredietovereenkomst niet na. Alfa-Bank doet vervolgens mededeling aan Berycan, Nasmarin en Milo Finance dat zij het stemrecht op de aandelen in Milo Finance zal gaan uitoefenen. Alfa-Bank vervangt daarna door

gebruikmaking van haar stemrecht het bestuur van Milo Finance met het doel om de aandelen in de Werkmaatschappij te verkopen. De beoogde koper van de aandelen in de Werkmaatschappij was Homeet Investments Ltd. (de "Koper"). De aandelen in de Werkmaatschappij zouden voor USD 100.000 worden verkocht aan de Koper.

In kort geding vordert Berycan, kort gezegd, een verbod tot uitvoering van de besluiten die ten grondslag lagen aan de vervanging van het bestuur en de verkoop van de aandelen in de Werkmaatschappij. Daarnaast vordert Berycan dat Alfa-Bank een overzicht geeft van alle partijen die zijn benaderd in verband met de voorgenomen verkoop van de Werkmaatschappij, onder vermelding van hun eventuele verbondenheid aan Alfa-Bank.

De voorzieningenrechter oordeelt (voorlopig) dat de besluiten niet rechtsgeldig zijn genomen. Hoewel dit een belangrijk onderdeel vormt van de procedure, valt de behandeling van deze vennootschapsrechtelijke problematiek buiten het bestek van deze bijdrage. Voorts wordt door de voorzieningenrechter voorlopig bepaald dat Alfa-Bank in strijd handelt met de strekking van het toe-eigeningsverbod van art. 3:235 BW. Hiertoe overweegt de voorzieningenrechter:

¹ Rechtbank Amsterdam d.d. 3-12-2009, LJN: BT7177

“Het via de pandakte verkregen stemrecht in Milo Finance kan niet verder reiken dan ter bescherming van de belangen van Alfa-Bank waarvoor haar het pandrecht is verleend, namelijk ter bescherming van haar verhaalsrecht op Berycan. Het stemrecht op de aandelen in Milo Finance komt haar in die zin slechts toe om het vermogen in Milo Finance in stand te houden. Door echter zonder een bijzondere noodzaak daartoe een ander bestuur van Milo Finance aan te stellen en bovendien via dat bestuur tot verkoop van het enige vermogensbestanddeel van Milo Finance over te gaan, heeft Alfa-Bank naar voorlopig oordeel ten onrechte gehandeld als waren de aandelen in Milo Finance haar eigendom.”

Ook is nog van belang dat Berycan in de procedure twijfels heeft geuit in verband met de prijs van USD 100.000 die de Koper zou betalen voor de aandelen. De voorzieningenrechter heeft ten aanzien hiervan overwogen dat door Alfa-Bank niet aannemelijk is gemaakt dat de aandelen in de Werkmaatschappij in augustus 2009 verhoudingsgewijs bijna niets meer waard zouden zijn. Ten tijde van de financiering in april 2008 is immers USD 290.000.000 verstrekt ten behoeve van de acquisitie van de aandelen in de Werkmaatschappij, welk bedrag vrijwel geheel is besteed aan de aankoopprijs. Verder is van belang dat in de procedure niet aannemelijk is gemaakt dat de Koper de hoogstbiedende partij was.

Met oog op het bovenstaande wijst de voorzieningenrechter de vorderingen van Berycan toe.

In de uitspraak is niet met zoveel woorden overwogen dat er sprake was van een ‘opzetje’ van Alfa-Bank, maar dit kan wel uit de uitspraak en het gevorderde worden afgeleid. Het heeft er alles van weg dat de aandelen in de Werkmaatschappij voor een te laag bedrag werden verkocht aan de Koper. Alfa-Bank zou zodoende een hogere vordering op Berycan kunnen houden terwijl het voordeel van de verkoop van de aandelen in de Werkmaatschappij ook aan Alfa-Bank toe zou kunnen komen

indien de Koper bijvoorbeeld aan Alfa-Bank gelieerd was. Gelet op dit vermoedelijke opzetje en de onrechtmatigheid van de besluiten kan ik mij vinden in de toewijzing van de vordering door de voorzieningenrechter.

Ik kan mij echter niet vinden in het oordeel van de voorzieningenrechter dat de pandhouder zijn stemrecht slechts mag uitoefenen met oog op het in stand houden van het vermogen van Milo Finance. Dit lijkt een onjuist criterium. De overgang van het stemrecht heeft immers privatieve werking. Op het moment dat het stemrecht is overgegaan op de pandhouder mag de aandeelhouder het stemrecht niet langer uitoefenen. Hierdoor zal de pandhouder zijn stemrecht ook mogen gebruiken voor het nemen van besluiten waar niet van kan worden gezegd dat deze worden genomen ‘met oog op het in stand houden van het vermogen van de vennootschap’. Men denke aan het goedkeuren van bepaalde bestuursbesluiten, het wijzigen van de statuten of het besluit tot een juridische fusie.

De pandhouder moet wel zorgvuldig handelen bij het uitoefenen van zijn stemrecht. Waar nodig zal de pandhouder hiervoor in- of extern advies moeten inwinnen. Dit is mede van belang met het oog op mogelijke aansprakelijkheidsrisico’s ten gevolge van het uitoefenen van het stemrecht. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat dit risico niet overdreven moet worden. In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat een aandeelhouder niet snel schadelijkt wordt in verband met het uitoefenen van zijn stemrecht. Aandeelhouders mogen in beginsel hun eigen belang nastreven.

De plicht van de pandhouder om zorgvuldig te handelen wordt mijns inziens ingekleurd door het vennootschappelijk belang en de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW). Het vennootschappelijk belang vormt ook de grens van hetgeen toelaatbaar wordt geacht in het kader van de geschillenregeling (art. 2:342 BW). Op grond van deze regeling kan een aandeelhouder



Bij de uitoefening van stemrecht door een pandhouder zal deze rekening moeten houden met het vennootschappelijk belang en de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid.

vorderen dat het stemrecht van de pandhouder terug overgaat op de aandeelhouder. Een beroep op deze regeling zal in beginsel slechts slagen indien de pandhouder in strijd handelt met het vennootschappelijk belang.

Ik ben van mening dat de pandhouder met inachtneming van zijn zorgplicht (die wordt ingekleurd door het vennootschappelijk belang en de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid) een nieuw bestuur moet kunnen benoemen of bijvoorbeeld een extra bestuurder moet kunnen benoemen om het handelen van het bestuur te controleren. Bij de beantwoording van de vraag of de stemgerechtigde pandhouder vervolgens verantwoordelijk kan worden gehouden voor het handelen van het nieuwe bestuur moet naar mijn mening in beginsel onderscheid gemaakt worden tussen de handelingen van het nieuwe bestuur en die van de stemgerechtigde aandeelhouder. De omstandigheden van het geval bepalen wanneer door dit onderscheid heen gekeken dient te worden. Indien het nieuwe bestuur voldoende onafhankelijk van de stemgerechtigde aandeelhouder handelt, lijkt het handelen van het bestuur de pandhouder niet aangerekend te kunnen worden.

Resumerend: bij de uitoefening van stemrecht door een pandhouder zal deze rekening moeten houden met het vennootschappelijk belang en de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid. Het is niet juist om de bevoegdheid van de pandhouder om het stemrecht uit te oefenen, te beperken tot gevallen waarin hij het stemrecht uitoefent om het vermogen van de vennootschap in stand te houden. Wel zal de pandhouder zorgvuldig moeten handelen.



DUCO POSTMA

Advocaat

T +31 20 3016 404

E duco.postma@cms-dsb.com

Risico's voor Nederlandse ondernemingen: de UK Bribery Act

Al vele jaren wordt in internationaal verband gewerkt aan bestrijding van corruptie. Met name in opkomende landen belemmert grootschalige corruptie de economische ontwikkeling en bemoeilijkt het de juiste werking van het openbaar bestuur.

Om die redenen is corruptiebestrijding een belangrijk aandachtspunt van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO). Binnen de OESO bestaat een Anti-corruptie werkgroep die jaarlijks rapporteert over de resultaten van de anti-corruptie inspanningen van de staten die lid zijn van de OESO. Daarnaast hebben alle 34 lidstaten van de OESO een Verdrag ter bestrijding van corruptie ondertekend en geratificeerd. Daarmee hebben zij zich verplicht hun wetgeving op een voldoende niveau te brengen om effectief op te kunnen treden tegen met name internationale corruptie.

Het Verenigd Koninkrijk (VK) liep tot voor kort achter bij de implementatie van zijn verplichtingen uit hoofde van deze OESO conventie ter bestrijding van corruptie. Maar sinds 1 juli 2011 niet meer. Op die datum is namelijk de UK Bribery Act van kracht geworden. Deze wet bundelt oude, al lang bestaande strafbaarstellingen, en voegt een paar nieuwe strafbepalingen toe.

Veel bepalingen van deze Engelse wet zijn voor de Nederlandse situatie niet bijster interessant. De strafbaarstellingen uit de Bribery Act die zien op het geven of aannemen van steekpenningen aan ambtenaren of private personen zijn gebaseerd op internationale "modellen" die in OESO verband zijn ontwikkeld. Dat zelfde geldt voor de strafbepaling die ziet op het omkopen van buitenlandse ambtenaren. Inhoudelijk verschillen deze bepalingen niet veel van overeenkomstige Nederlandse strafbepalingen – die immers inmiddels ook allemaal zijn aangepast aan OESO modellen.

Wél interessant zijn de van de Nederlandse wet afwijkende bepalingen die rechtstreeks van toepassing kunnen zijn op Nederlandse ondernemingen en daarbij werkzame personen. De belangrijkste daarvan is Artikel 7 van de UK Bribery Act. Daarin is strafbaar gesteld de "Failure of commercial organisations to prevent bribery".

De bepaling richt zich tot rechtspersonen en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid (bijvoorbeeld een v.o.f.), ongeacht hun nationaliteit, "which carry on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom." De

voor de hand liggende vraag is dan: wanneer is dit het geval? Over de uitleg van deze en andere bepalingen van de Bribery Act is "Guidance" gepubliceerd door het Britse Ministerie van Justitie.¹ Volgens deze officiële uitleg van de Bribery Act zal uiteindelijk de (Britse) rechter van zaak tot zaak moeten bepalen of in een concreet geval sprake is van een (deels) in het VK gedreven onderneming. Daarbij verwacht de Britse overheid dat de rechter een "common sense approach" zal hanteren. Volgens de Guidance is het enkele feit dat een onderneming een "listing" heeft op de London Stock Exchange op zichzelf niet voldoende om aan te nemen dat de onderneming "carries on a business" in het VK. Ook het enkele feit dat een onderneming een in het VK gevestigde dochteronderneming heeft, is daarvoor niet voldoende, omdat een dochteronderneming onafhankelijk van de moeder kan opereren.

Als gezegd betreft het hier de uitgesproken verwachtingen van de Britse overheid over hoe de Britse rechter in een concreet geval zal oordelen. Dat biedt geen enkele garantie dat de rechter ook daadwerkelijk conform deze "guidance" zal oordelen. Daarbij zijn de voorbeelden uit de "guidance" niet bijzonder sterk. Zo heeft in vennootschapsrechtelijke moeder-dochter verhoudingen de moederonderneming in het algemeen ook de bevoegdheid om bestuurders van de dochter te benoemen en te ontslaan. Alleen al die mogelijkheid maakt dat er in een concreet geval nooit sprake zal zijn van het "enkele feit" dat een buitenlandse onderneming een Britse dochter heeft.

¹ www.justice.gov.uk/guidance/docs/bribery-act-2010-guidance.pdf Zie m.n. p. 15

Stelt u zich de volgende situatie voor: een klant van u – een Nederlandse B.V. – heeft een Nederlandse webwinkel die draait op een Nederlandse server. Hij besluit ook een Engelstalige webpagina te maken, met daarop de mededeling dat voortaan ook in het Verenigd Koninkrijk kan worden geleverd. Moet nu geoordeeld worden dat deze Nederlandse B.V. “carries on part of a business” in het VK? Wie het weet mag het zeggen. Maar tot het moment dat een rechter oordeelt dat hier geen sprake is van onderworpenheid aan de Bribery Act, kan het Britse opsporingsapparaat zich op het standpunt stellen dat daar wel sprake van is. En dat betekent dat de Nederlandse B.V. voorlopig vogelvrij is.

Terug naar Artikel 7 van de Bribery Act: Ondernemingen “which carry on (part of) a business” in het VK zijn strafbaar indien iemand een ander omkoopt met de bedoeling “to obtain or retain (an advantage in the conduct of) business” voor die onderneming. Wie de omkopingshandeling verricht is welbeschouwd niet van belang. Waar ter wereld die omkopingshandeling plaatsvindt evenmin. Een Nederlander die in Nederland ten behoeve van een Nederlandse onderneming een Nederlandse ambtenaar omkoopt, bewerkstelligt strafbaarheid in het Verenigd Koninkrijk voor de Nederlandse onderneming, indien die Nederlandse onderneming “carries on part of a business” in het VK. En voor elke keer dat in de vorige zin het woord “Nederlands” is gebruikt, kan telkens een willekeurige andere nationaliteit worden ingevuld.

Stelt u zich voor: een groot internationaal opererend aannemingsconcern. Ergens in een Afrikaans land wordt door een lokale leverancier een betaling gedaan aan een douaneambtenaar ten behoeve van de vlotte inklaring van goederen die bestemd zijn voor de lokaal opererende werkmaatschappij van het aannemingsconcern. Wordt deze omkopingshandeling mede verricht ten behoeve van de in Nederland gevestigde topholding? Als de topholding alleen indirect profiteert, bijvoorbeeld alleen door het ontvangen van dividend, dan niet, zo meldt de “guidance”. In dat geval is de topholding niet strafrechtelijk aansprakelijk. Maar als de omkopingshandeling mede strekt ten

voordele van andere (klein)dochters, dan wél, aldus de “guidance”.

Indien zo’n omkopingsincident zich voordoet, dan is de onderneming strafrechtelijk aansprakelijk, tenzij de onderneming kan bewijzen dat zij “adequate procedures” had om te voorkomen dat dergelijke omkopingshandelingen zouden worden verricht. Ook dit is een lastig punt, nu Britse rechtshandhavers zich op het standpunt zouden kunnen stellen dat het enkele feit dat een omkopingsincident tóch is voorgekomen, op zichzelf al bewijst dat de gebruikte procedures kennelijk niet “adequate” waren. Maar misschien zien we dit te somber.

In elk geval geeft de gepubliceerde “guidance” zes principes waaraan de interne procedures moeten worden getoetst, willen zij als adequate procedures kunnen worden aangemerkt. We zien in de praktijk dat met name Britse ondernemingen druk bezig zijn hun interne anti-corruptie procedures af te stoffen en te versterken, daarbij lettend op de zes gepubliceerde principes. Wij denken dat het hoog tijd is dat ook Nederlandse ondernemingen zich realiseren welke risico’s zij lopen als hun bedrijvigheid zich mede uitstrekt tot de Britse markt. Deze Nederlandse ondernemingen doen er dan ook goed aan hun anti-corruptieprocedures te herzien.



DIAN BROUWER

Advocaat

T +31 30 2121 740

E dian.brouwer@cms-dsb.com



Praktijkgroep Banking & Finance

De sector financiële dienstverlening is voortdurend in beweging. Financiële instellingen die succesvol willen blijven in deze uitdagende en concurrentiegevoelige branche, moeten flexibel zijn en zich kunnen aanpassen aan de nieuwste marktontwikkelingen.

Onze expertise

De praktijkgroep Banking & Finance van CMS Derks Star Busmann adviseert internationale en nationale ondernemingen, financieringsmaatschappijen, banken, pensioenfondsen, leasemaatschappijen, verzekeringsmaatschappijen en andere institutionele kapitaalverschaffers en beleggers die in binnen- en buitenland actief zijn. Wij verstrekken adviezen over alle aspecten van financieringstransacties, van de begin- en onderhandelingsfase, het opstellen van de documentatie en het geven van juridisch advies tot het vestigen en uitoefenen van zekerheidsrechten (inclusief openbare verkoop van goederen). Tevens verlenen wij bijstand op het gebied van (bancaire) toezichtwetgeving (bijvoorbeeld het aanvragen van vergunningen, het geven van advies over vergunningskwesties en het onderhouden van contacten met toezichthouders in geval van geschillen).

Wij hebben ruime ervaring in adviesverstrekking aan banken en andere financiële instellingen over de diverse financieringsstructuren die door hen worden aangeboden, inclusief de verstrekking van belastingadviezen in nauwe samenwerking met onze praktijkgroep Fiscaal Recht.

Wij geven advies over een breed scala van transacties, zoals:

- Overeenkomsten betreffende leningen met en zonder onderpand;
- Documentatie over zekerheidsrechten;
- (internationale) Syndicaatsfinancieringen;
- Project- en overnamefinancieringen;
- Structured finance transactions;
- Securitizaties;
- Lease- en factoringfinancieringen.

Tevens verstrekken wij adviezen over alle aspecten van de Nederlandse faillissementswetgeving, vertegenwoordigen wij crediteuren, debiteuren en andere partijen in debiteur-/crediteurgeschillen en faillissementen, reorganisaties en

liquidatieprocedures, treden wij op als door de rechtbank aangestelde bewindvoerder en curator in faillissementszaken, en adviseren en procederen wij over alle aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid, zowel binnen als buiten het kader van formele insolventie.

Internationale organisatie

CMS Derks Star Busmann is onderdeel van de CMS-organisatie. CMS is een van de grootste juridische dienstverleners in Europa, met tien kantoren, 750 partners, meer dan 2800 belasting- en juridisch adviseurs, en vestigingen in 49 steden in 36 rechtsgebieden. Als internationale organisatie is CMS marktleider in Midden- en Oost-Europa. De leden van de praktijkgroep Banking & Finance werken nauw samen met de specialisten van de andere kantoren van CMS om naadloos aansluitende grensoverschrijdende diensten te verlenen. Bovendien garandeert de samenwerking binnen de CMS-organisatie dat onze markt- en juridische kennis door alle CMS-kantoren kan worden gedeeld.

Via onze CMS International Banking & Finance Practice Area Group kunnen wij in zeer korte tijd teams met experts uit verschillende landen samenstellen om u bij te staan met grensoverschrijdende juridische diensten. Ondanks de harmonisaties in EU-verband wordt het rechtsgebied Banking & Finance in de verschillende Europese rechtsgebieden nog steeds gekenmerkt door grote verschillen in zowel wetgeving als praktijk. Daarom wordt onze praktijkgroep regelmatig ingeroepen voor het vinden van inventieve oplossingen voor uit deze verschillen voortvloeiende problemen.

Onze dienstverlening op het gebied van toezichtwetgeving spitst zich onder meer toe op het bijstaan van internationale bankconsortia, die zich voor de taak gesteld zien hun dochterondernemingen te laten voldoen aan uiteenlopende nationale, Europese en internationale reguleringsvereisten.

CMS Derks Star Busmann is a leading commercial law firm in the Netherlands with 200 attorneys at law, civil law notaries and tax advisers. It offers legal and tax services from offices in Amsterdam, Brussels and Utrecht to a wide range of companies, public sector bodies and organisations. Visit www.cms-dsb.com for more information.

CMS Derks Star Busmann is a member of CMS. CMS Legal Services EEIG is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent member firms. CMS Legal Services EEIG provides no client services. Such services are solely provided by the member firms in their respective jurisdictions. In certain circumstances, CMS is used as a brand or business name of some or all of the member firms. CMS Legal Services EEIG and its member firms are legally distinct and separate entities. They do not have, and nothing contained herein shall be construed to place these entities in, the relationship of parents, subsidiaries, agents, partners or joint ventures. No member firm has any authority (actual, apparent, implied or otherwise) to bind CMS Legal Services EEIG or any other member firm in any manner whatsoever.

CMS member firms are: CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italy); CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S.L.P. (Spain); CMS Bureau Francis Lefebvre (France); CMS Cameron McKenna LLP (UK); CMS DeBacker (Belgium); CMS Derks Star Busmann (The Netherlands); CMS von Erlach Henrici Ltd (Switzerland); CMS Hasche Sigle (Germany); CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria) and CMS Rui Pena & Arnaut (Portugal).

CMS offices and associated offices: Amsterdam, Berlin, Brussels, Lisbon, London, Madrid, Paris, Rome, Vienna, Zurich, Aberdeen, Algiers, Antwerp, Beijing, Belgrade, Bratislava, Bristol, Bucharest, Budapest, Buenos Aires, Casablanca, Cologne, Dresden, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Kyiv, Leipzig, Ljubljana, Luxembourg, Lyon, Marbella, Milan, Montevideo, Moscow, Munich, Prague, Rio de Janeiro, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warsaw and Zagreb.

www.cmslegal.com