



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de schuldenaar: de vordering van de curator opnieuw bezien

Kramer, B.

DOI

[10.5553/MvV/157457672022032005001](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672022032005001)

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Maandblad voor Vermogensrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Kramer, B. (2022). Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de schuldenaar: de vordering van de curator opnieuw bezien. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 32(5), 157-167. <https://doi.org/10.5553/MvV/157457672022032005001>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de schuldenaar: de vordering van de curator opnieuw bezien

*Mr. B. Kramer**

1 Inleiding

Recentelijk verscheen het arrest van de Hoge Raad in de zaak RFH/Wittekamp q.q.¹ In deze zaak ging het om een girale betaling ingevolge een automatische incasso die ná aanvang van de dag van de faillietverklaring van de schuldenaar werd voltooid en is verricht ten laste van een rekening met een debetstand. De vraag die voorlag was of de curator deze betaling op grond van art. 23 Fw van de schuldeiser kan terugvorderen. Op grond van art. 23 Fw verliest de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn tot het faillissement behorend vermogen. De rechtbank oordeelde dat de curator een dergelijke vordering tot terugbetaling niet toekomt, nu geen sprake is van een met art. 23 Fw strijdige beschikkingshandeling.² De betaling is volgens de rechtbank geen handeling die het onder het faillissement valende vermogen raakt, omdat de rekening van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring een debetstand vertoende. De bank had volgens de rechtbank geen 'geld' van de failliet onder zich, waardoor er met de door de bank verrichte betaling ook geen 'geld' van de failliet aan de boedel kan zijn onttrokken. Het hof heeft het vonnis in hoger beroep vernietigd en de vordering van de curator toegewezen.³ De conclusie van de A-G strekte tot vernietiging van het arrest van het hof en tot het alsnog bekrachtigen van het vonnis van de rechtbank.⁴ De Hoge Raad heeft de conclusie van de A-G gevolgd.

De uitspraak van de rechtbank en de arresten van het hof en de Hoge Raad, alsmede de conclusie van de A-G zijn aanleiding om de meer algemene vraag aan de orde te stellen op welke grond en onder welke voorwaarden de curator van de

schuldeiser terugbetaling kan vorderen van het bedrag waarmee ná aanvang van de dag van de faillietverklaring de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De vraag of de curator het betaalde kan terugvorderen van de bank van de schuldenaar die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, wordt hier buiten beschouwing gelaten.⁵ Om tot beantwoording van de hier gestelde vraag te komen, zal eerst worden stilgestaan bij de gevolgen van de faillietverklaring van de schuldenaar voor de girale betaling aan de schuldeiser (par. 2). Vervolgens zullen kort de rekening-courantverhouding en het rechtskarakter van de girale betaling worden besproken (par. 3). Paragraaf 4 en 5 vormen de kern van de bijdrage. Hier komen respectievelijk de grondslag van en voorwaarden voor de vordering van de curator aan bod. Het stuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 6. De hiervoor aangehaalde zaak RFH/Wittekamp q.q. zal een integraal onderdeel van de bespreking vormen.

2 De gevolgen van het faillissement van de schuldenaar voor de geldigheid van de girale betaling

Voor het antwoord op de vraag wat de gevolgen zijn van het faillissement van de schuldenaar voor de girale betaling aan de schuldeiser is in de eerste plaats de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel uit het arrest JPR/Gunning q.q.⁶ relevant. In dit arrest ging het om een vóór aanvang van de dag van de faillietverklaring door de schuldenaar gegeven en door de bank aanvaarde betalingsopdracht. De rekening van de schuldeiser werd echter pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring gecrediteerd. Anders dan het geval was in RFH/Wittekamp q.q. vertoende de rekening van de schuldenaar ten tijde van de betaling (en nadien) een creditstand. Ten aanzien van de vraag of het betaalde bedrag door de curator van de schuldeiser kon worden teruggevorderd, oordeelde de Hoge Raad:

* Mr. B. Kramer is docent en promovenda aan de Universiteit van Amsterdam.

1 HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.).

2 Rb. Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885, JOR 2018/163 m.nt. B.A. Schuijling.

3 Hof Den Haag 24 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:759, JOR 2020/240 m.nt. A.J. Tekstra.

4 Concl. A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.).

5 Zie hierover o.a. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, JOR 2006/223 (Huijzer q.q./Rabobank) en HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, NJ 2012/421 m.nt. P. van Schilfgaarde (ING/Manning q.q.).

6 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, NJ 2015/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen en A.I.M. van Mierlo (JPR/Gunning q.q.).

‘Het strookt meer met het beginsel van art. 23 Fw om aan te nemen dat de curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissements-toestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd.’⁷

Hiermee komt de Hoge Raad voor wat betreft het antwoord op de vraag wanneer de curator het betaalde van de schuldeiser kan terugvorderen terug van zijn oordeel uit het arrest *Vis q.q./NMB*,⁸ waar hij nog tot het volgende oordeel kwam:

‘Het beginsel van art. 23 Fw (...) brengt mee dat de curator het aldus betaalde terug kan vorderen, indien de giroinstelling aan welke de overschrijvingsopdracht werd gegeven, bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen had verricht, die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten.’⁹

Op grond van de rechtsregel uit *JPR/Gunning q.q.* mag de curator dus ‘steeds’ het betaalde van de schuldeiser terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de rekening van de schuldeiser werd gecrediteerd. Als grondslag voor deze vordering wordt gewezen op (het beginsel van) art. 23 Fw. Deze rechtsregel roept twee relevante vragen op, die de kern van deze bijdrage vormen:

1. Kan (het beginsel van) art. 23 Fw als grondslag dienen voor de vordering van de curator, en zo niet, hoe kan de vordering van de curator wel worden verklaard?
2. Welke betekenis moet worden toegeschreven aan het woord ‘steeds’? Moet de rechtsregel zo worden geïnterpreteerd dat de curator in alle gevallen waarin ná aanvang van de dag van de faillietverklaring de rekening van de schuldeiser werd gecrediteerd het betaalde van de schuldeiser kan terugvorderen, of heeft de Hoge Raad enkel bedoeld daarmee terug te komen van de rechtsregel uit het arrest *Vis q.q./NMB* en moet de rechtsregel uit *JPR/Gunning q.q.* met iets meer nuance worden gelezen?

3 De rekening-courantverhouding en het rechtskarakter van de girale betaling

Voordat tot de kern van deze bijdrage kan worden overgegaan, is het van belang om kort stil te staan bij de rekening-courantverhouding en het rechtskarakter van de girale betaling.

3.1 De rekening-courantverhouding

Het verrichten en ontvangen van girale betalingen veronderstelt dat de schuldenaar en schuldeiser een betaalrekening (rekening-courant) hebben ten laste waarvan en waarop dergelijke betalingen plaatsvinden. De betaalrekeningen worden door

de schuldenaar en de schuldeiser aangehouden bij een bank of andere betaaldienstverlener. Hierna zal steeds worden gesproken over een bank. Een betaalrekening heeft de strekking de afwikkeling van geldvorderingen en -schulden die over en weer tussen de rekeninghouder en de bank ontstaan te reguleren. Op de betaalrekening is art. 6:140 BW van toepassing.¹⁰ Vorderingen die de bank en de rekeninghouder uit hoofde van die betaalrekening over en weer op elkaar verkrijgen, worden diensgevolge doorlopend en van rechtswege met elkaar verrekenend. De verrekening vindt steeds plaats op het tijdstip waarop de in die rekening op te nemen vorderingen worden verkregen.¹¹ Een belangrijk gevolg van de toepasselijkheid van art. 6:140 BW is dat door verrekening de vorderingen tot hun gezamenlijke beloop tenietgaan, en dat steeds slechts het saldo op de betaalrekening door de een aan de ander is verschuldigd.¹² Een creditstand weerspiegelt één of meerdere vorderingen van de rekeninghouder op de bank, een debetstand één of meerdere vorderingen van de bank op de rekeninghouder.¹³ Een girale betaling door of aan de rekeninghouder heeft dus steeds een wijziging van het saldo tot gevolg.¹⁴

3.2 Het rechtskarakter van de girale betaling

Een girale betaling kan plaatsvinden op meerdere manieren. Ik bespreek hier de girale betaling ingevolge een door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht en de girale betaling via een automatische incasso.

De betalingsopdracht

Anders dan een girale betaling wellicht doet overkomen, wordt door de schuldenaar geen ‘geld’ aan de schuldeiser overgedragen in de zin van art. 3:84 BW.¹⁵ De betaling geschiedt doordat de schuldenaar (opdrachtgever) aan de bank een betalingsopdracht verstrekt die door de bank wordt aanvaard en welke aanvaarding voor de bank een verplichting doet ontstaan om de schuldeiser (begunstigde) een vordering op deze bank (of indien de schuldeiser bij een andere bank bankiert,

⁷ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, NJ 2015/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen en A.I.M. van Mierlo (*JPR/Gunning q.q.*), r.o. 3.10.3.

⁸ HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990/1 m.nt. J.B.M. Vranken (*Vis q.q./NMB*). Ook hier ging het om een ná aanvang van de faillietverklaring voltooide girale betaling ingevolge een reeds vóór aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht.

⁹ HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990/1 m.nt. J.B.M. Vranken (*Vis q.q./NMB*), r.o. 3.2.

¹⁰ B. Bierens, *Revincatoire aanspraken op giraal geld*. Enkele beschouwingen over geld, vermogensovergang en verhaalsregulering in de context van het girale betalingsverkeer (Recht en Praktijk, nr. FR3) (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2009, par. 5.2.2.

¹¹ F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding* (Mon. Privaatrecht nr. 15), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.3.

¹² Art. 6:127 lid 1 BW.

¹³ Een debetstand veronderstelt dat de rekeninghouder kredietruimte heeft waarover hij kan beschikken, of dat hij zijn tekort snel zal moeten aanzuiveren.

¹⁴ Er zijn verschillende theorieën ten aanzien van de vraag hoe deze wijziging kan worden verklaard, zoals cessie, subrogatie en schuldoverneming. Voor een overzicht verwijs ik naar R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (Recht en Praktijk nr. FR7), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 6.6.1.

¹⁵ Zie o.a. Van Esch 2019, W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, F.M.J. Mijnsen, *Geld in het vermogensrecht* (Mon. nieuw BW nr. A17), Deventer: Kluwer 1984 en R.J. Abendroth, annotatie bij HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, TvI 2015/39 (*JPR/Gunning q.q.*). Anders: Bierens 2009, par. 3.3.3, die een goederenrechtelijke benadering verdedigt door een girale betaling gelijk te stellen aan de levering van een goed.

op die andere bank¹⁶) te verschaffen.¹⁷ Tenzij anders aangegeven, wordt er voor de overzichtelijkheid in het vervolg steeds van uitgegaan dat de schuldenaar en schuldeiser bij dezelfde bank bankieren. De vordering die de schuldeiser heeft verkregen, wordt door de bank bij de schuldeiser in rekening-courant geboekt door de rekening van de schuldeiser ten laste van het vermogen van de bank te crediteren.¹⁸ Ter compensatie van het uitvoeren van de betalingsopdracht verkrijgt de bank een vordering op de schuldenaar ter hoogte van het betaalde bedrag.¹⁹ Deze vordering wordt door de bank bij de schuldenaar in rekening-courant geboekt door de rekening van de schuldenaar te debiteren. Ingevolge art. 6:114 lid 2 BW is de girale betaling voltooid op het moment dat de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd.

Vertoonde de rekening van de schuldenaar een creditstand, dan leidt de debitering op grond van art. 6:140 BW van rechtswege tot verrekening.²⁰ Door verrekening gaan beide vorderingen (de vordering van de schuldenaar op de bank uit hoofde van de creditstand op zijn rekening en de vordering van de bank op de schuldenaar ter compensatie van het uitvoeren van de betalingsopdracht) tot hun gezamenlijke beloop teniet. Daarom zal alleen in die gevallen waarin de girale betaling ten laste van een rekening met een creditstand wordt gebracht, de betaling tot een vermindering van het actief van de schuldenaar leiden. Vindt de betaling plaats ten laste van een rekening met een debetstand, dan heeft de betaling (enkel) tot gevolg dat een schuld aan de schuldeiser wordt vervangen door een (nieuwe) schuld aan de bank. In beide gevallen echter, voltrekt de girale betaling zich geheel langs verbintenisrechtelijke weg.²¹

Anders dan geldt ten aanzien van het tijdstip waarop een girale betaling wordt voltooid, scheidt de wet, en meer in het bijzonder

der titel 7.7b BW aangaande betalingstransacties,²² geen duidelijkheid omtrent het tijdstip waarop de vordering van de bank op de schuldenaar ontstaat. Het tijdstip waarop de vordering van de bank op de schuldenaar ontstaat, is echter uiterst relevant voor de vraag of de bank met haar vordering in een eventueel faillissement van de schuldenaar kan opkomen. Het antwoord hierop is, zoals in paragraaf 5 besproken zal worden, weer fundamenteel voor de vraag of aan de curator een vordering op de schuldeiser toekomt of niet. Naar het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Huijzer q.q./Rabobank²³ ontstaat de vordering van de bank steeds (en is opeisbaar) op het moment dat de bank de door de schuldenaar verstrekte betalingsopdracht heeft aanvaard.²⁴ Wanneer de betalingsopdracht door de bank geacht wordt te zijn aanvaard, heeft de Hoge Raad echter niet bepaald. Het meest voor de hand ligt om hiervoor aan te knopen bij het tijdstip van ontvangst van de betalingsopdracht als bedoeld in art. 7:532 BW.²⁵ Dat de bank al op dit moment een vordering op de schuldenaar verkrijgt, verklaart waarom de bank de rekening van de schuldenaar mag debiteren nog voordat de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd.²⁶ Daarmee wijkt het moment waarop de vordering van de bank op de schuldenaar ontstaat af van het moment waarop de girale betaling wordt voltooid.

De automatische incasso

Anders dan in de reeks arresten die de Hoge Raad ten aanzien van dit onderwerp heeft gewezen, ging het in de zaak RFH/Wittekamp q.q. niet om een betaling op grond van een door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht, maar om een betaling ingevolge een automatische incasso. De betaling kon bovendien niet (meer) worden gestorneerd.²⁷ Bij een automatische incasso in de zin van art. 7:514 sub b BW ('automatische afschrijving') wordt op initiatief van de schuldeiser de rekening van de schuldenaar gedebiteerd met het bedrag van de overschrijving. De schuldeiser die gebruik wil maken van een automatische incasso sluit met zijn bank een incassocontract af.²⁸ Voorafgaand aan de eerste incasso verstrekt de schuldenaar/geïncasseerde een incassomachtiging aan de schuldeiser/incassant.²⁹ Dit kan een eenmalige of doorlopende machtiging zijn. De schuldeiser registreert en archiveert de machtiging en kondigt betaling aan bij de schuldenaar. Vervolgens biedt de

16 Wordt de rekening waarop de betaling plaatsvindt bij een andere bank aangehouden, dan zal de bank van de schuldenaar eerst haar rekening bij De Nederlandsche Bank (DNB) ten laste van zichzelf debiteren en zal de rekening van de bank van de schuldeiser bij DNB voor eenzelfde bedrag worden gecrediteerd. Vervolgens zal de bank van de schuldeiser de rekening van de schuldeiser voor dit bedrag crediteren. Zie hierover uitgebreider Mijnsen & Van Mierlo 2019, par. 14.2 en Bierens 2009, par. 5.2.1.

17 Zie o.a. Van Esch 2019, par. 6.6.1 en Rank 1996, par. 12.5.

18 Dit betekent overigens niet dat de betaling dóór de bank wordt verricht. Van Esch 2019, par. 6.6.1 en Rank 1996, par. 12.5. Zie ook F.M.J. Verstijlen en A.I.M. van Mierlo, annotatie bij HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, NJ 2015/264 (JPR/Gunning q.q.).

19 Van Esch 2019, par. 9.9. Anders: N.E.D. Faber, Verrekening (Onderneming en Recht nr. 33) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005/466, die de betaling aan een derde kwalificeert als het voldoen van een schuld aan de schuldenaar/rekeninghouder in verband met een creditsaldo op zijn betaalrekening.

20 Anders: N.E.D. Faber, annotatie bij HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, JOR 2006/223 (Huijzer q.q./Rabobank), die spreekt van 'berekening'. Zie over de bevoegdheid tot verrekening rondom faillissement par. 5.2.

21 Zo ook HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0614, NJ 2007/76 m.nt. N.E.D. Faber (Ontvanger/Kerseboom), r.o. 3.3 en R.J. Abendroth & R.M. Wibier, Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de rekeninghouder, WPNR 2008, afl. 6752, p. 326.

22 Dit betreft een implementatie van Richtlijn (EU) 2015/2366, ook wel aangeduid als Revised Payment Services Directive (PSD2). Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813.

23 HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, JOR 2006/223 m.nt. N.E.D. Faber (Huijzer q.q./Rabobank).

24 Zie ook Rank 1996, par. 14.2.2 en J.W.H. Blomkwist, Het girale betalingsverkeer opnieuw bezien, WPNR 1991, afl. 6004, p. 299.

25 Zie art. 7:532 BW en Van Esch 2019, par. 9.6.

26 Rank 1996, par. 14.2.2. Door het interbancaire betalingsverkeer kan er wat tijd zitten tussen het moment waarop de rekening van de schuldenaar wordt gedebiteerd en het moment waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd.

27 Het storeringsrecht geeft de bank de bevoegdheid een girale betaling (boekhoudkundig) ongedaan te maken. Op het storeringsrecht en de mogelijke redenen waarom de betaling in dit geval niet (meer) kon worden gestorneerd, wordt hier niet verder ingegaan.

28 Van Esch 2019, par. 6.4.4.

29 Van Esch 2019, par. 6.4.4 en Mijnsen & Van Mierlo 2019, par. 14.7.

schuldeiser de opdracht uiterlijk op de uiterste vervaldatum aan bij zijn bank. Bij een zakelijke incasso is dat doorgaans één werkdag voordat de opdracht moet worden uitgevoerd, bij andere incasso's twee tot vijf werkdagen. De bank van de schuldeiser registreert en valideert deze opdracht en stuurt, indien de schuldeiser en schuldenaar bij verschillende banken bankieren, de ontvangen opdracht uiterlijk één werkdag voor aanvang van de gewenste uitvoeringsdatum door naar de bank van de schuldenaar.³⁰ Vanaf dit moment voltrekt de girale betaling zich op dezelfde wijze als ware de opdracht gegeven door de schuldenaar zelf. De bank van de schuldenaar debiteert de rekening van de schuldenaar en crediteert de rekening van de schuldeiser/doet de rekening van de schuldeiser crediteren met eenzelfde bedrag. Daarmee is een automatische incasso niets anders dan een combinatie van een door de schuldenaar aan de schuldeiser gegeven machtiging om namens de schuldenaar aan diens bank een betalingsopdracht te geven en de op basis daarvan gegeven opdracht.³¹ Hoewel de Hoge Raad zich hierover niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten, neem ik aan dat ook in gevallen waarin de girale betaling plaatsvindt langs de weg van een automatische incasso, de vordering van de bank op de schuldenaar steeds ontstaat (en opeisbaar wordt) op het tijdstip waarop de opdracht door de bank van de schuldenaar is aanvaard.

4 De grondslag van de vordering van de curator

Nu het rechtskarakter van de girale betaling is geduid, kan tot behandeling worden overgegaan van de in de inleiding gestelde vraag op welke grond (par. 4) en onder welke voorwaarden (par. 5) de curator van de schuldeiser terugbetaling kan vorderen van het bedrag waarmee ná aanvang van de dag van de faillietverklaring de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd.

4.1 Art. 23 Fw

Gaat het zoals in JPR/Gunning q.q. om een girale betaling waarbij de rekening van de schuldeiser eerst ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd gecrediteerd, dan is volgens de Hoge Raad de curator 'steeds' bevoegd het betaalde op grond van (het beginsel van) art. 23 Fw van de schuldeiser terug te vorderen. Ingevolge art. 23 Fw verliest de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn tot het faillissement behorend vermogen. Als gevolg hiervan is de schuldenaar vanaf dat moment niet langer bevoegd (beschikkings)handelingen ten laste van zijn vermogen te verrichten en daarmee om betalingsopdrachten aan de bank te verstrekken.³² De Hoge Raad acht voor de vordering van de curator echter niet zozeer relevant het moment waarop de betalingsopdracht door de schuldenaar werd verstrekt en door de bank werd aanvaard (en daarmee het mo-

ment waarop de vordering van de bank op de schuldenaar ontstaat, oftewel de schuldenaar voor de betaling wordt belast), maar het moment waarop de betaling werd voltooid.³³ Dit is opmerkelijk. Hij lijkt de girale betaling daarmee, in ieder geval voor wat betreft de vraag of aan de curator op grond van art. 23 Fw een vordering op de schuldeiser toekomt, niet als een samenstel van verbintenisrechtelijke rechtshandelingen, maar als een (goederenrechtelijke) beschikkingshandeling te beschouwen, oftewel als een levering en overdracht van een goed (een som geld).

Dat de Hoge Raad een dergelijke benadering voor ogen heeft, is overigens niet nieuw. Deze zienswijze kwam al in het eerder besproken arrest *Vis q.q./NMB* naar voren, waar de Hoge Raad het antwoord op de vraag of aan de curator een vordering op de schuldeiser toekwam nog liet hangen van het antwoord op de vraag of door (de opdrachtnemer van) de schuldenaar alle handelingen waren verricht die hij ter effectuering van de betaling gehouden was te verrichten. De Hoge Raad lijkt met deze formulering aansluiting te zoeken bij het bepaalde in art. 35 lid 1 Fw, op grond waarvan een levering niet meer geldig kan geschieden indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, hebben plaatsgevonden.³⁴ Hoewel de Hoge Raad de dogmatische benadering uit *Vis q.q./NMB* in JPR/Gunning q.q. heeft verlaten voor een meer pragmatische benadering, staat de grondslag van de in *Vis q.q./NMB* geformuleerde rechtsregel na JPR/Gunning q.q. nog steeds overeind.

Weliswaar leidt de door de Hoge Raad gekozen benadering in het geval waarin de betaling werd verricht ten laste van een rekening met een creditstand tot de gewenste³⁵ uitkomst (de curator kan het betaalde van de schuldeiser terugvorderen), een dergelijke voorstelling van zaken leidt (mogelijk) tot problemen als het feitencomplex net iets anders is. Een voorbeeld is het geval waarin de girale betaling niet ten laste van een rekening met een creditstand, maar ten laste van een rekening met een debetstand wordt gebracht. Ook dan leidt de girale betaling tot het tenietgaan van een schuld aan de schuldeiser en tot het ontstaan van een (nieuwe) schuld aan de bank. Weliswaar heeft de bank nu niet de mogelijkheid haar vordering op de schuldenaar met een schuld aan de schuldenaar te verrekenen, maar zij kan haar vordering in beginsel wel ter verificatie indienen of onder zekerheden verhalen, mochten die haar ter beschikking staan.³⁶ Dit (laatste) is voor de gezamenlijke schuldeisers (mogelijk) net zo benadelend als wanneer de betaling werd verricht ten laste van een rekening met een creditstand.³⁷

30 Zie omtrent een girale betaling ingevolge een automatische incasso ook het totaaloverzicht automatische incasso van de Betaalvereniging Nederland, www.betaalvereniging.nl.

31 Zie o.a. F.H.J. Mijnsen, *Verbintenissen tot betaling van een geldsom* (Mon. BW nr. B39), Deventer: Wolters Kluwer 2017/35 en concl. A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.), onderdeel 3.7.

32 Zie ook Abendorth & Wibier 2008, par. 3.2.

33 Zowel in *Vis q.q./NMB* als in JPR/Gunning q.q. werd de betalingsopdracht reeds vóór aanvang van de dag van de faillietverklaring door de schuldenaar gegeven en door de bank aanvaard. Desalniettemin kon de curator het betaalde bedrag van de schuldeiser terugvorderen.

34 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, TvI 2015/39 (JPR/Gunning q.q.), r.o. 3.5.2.

35 Zie omtrent de redenen waarom deze uitkomst gewenst is par. 5.3.

36 Zie hierover nader par. 5.2.

37 Zie hierover nader par. 5.2.

Zou aan de curator in gevallen als deze dan geen vordering op de schuldeiser toekomen tot terugbetaling van het betaalde bedrag?

Dit is waar het in RFH/Wittekamp q.q. om ging. Ook hier werd een girale betaling aan de schuldeiser pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring van de schuldenaar voltooid. Anders dan in Vis q.q./NMB en JPR/Gunning q.q. vond de betaling echter plaats ten laste van een rekening met een debetstand. De vraag die voorlag was of het feit dat de rekening van de schuldenaar een debetstand vertoonde, tot een andere uitkomst leidt. De curator meent van niet en is op grond van de rechtsregel uit JPR/Gunning q.q. van mening dat de curator steeds, dus ook nu, van de schuldeiser (terug)betaling kan vorderen van het bedrag waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De rechtbank komt tot een andere slotsom en oordeelt dat aan de curator deze vordering niet toekomt omdat geen sprake is van een met art. 23 Fw strijdige beschikkingshandeling:

‘De bankrekening van de failliete schuldenaar bevatte ten tijde van de faillietverklaring geen aan de failliet toekomend saldo waardoor ook geen “geld” van de failliet aan de boedel kan zijn onttrokken.’³⁸

In navolging van de rechtbank lijkt ook de A-G zich te hebben laten verleiden tot een dergelijke, naar mijn mening onjuiste, (goederenrechtelijke) benadering. Volgens de A-G komt aan de curator op grond van een vergelijkbare overweging evenmin een vordering op de schuldeiser toe:

‘De schuldenaar had immers geen tegoed bij de bank waaruit de betaling plaatsvond. Bovendien zijn de artikelen 20 en 23 Fw niet op de betaling van toepassing omdat deze bepalingen enkel zien op de activa die tot het faillissementsvermogen behoren, wat met betrekking tot de hier aan de orde zijnde girale betalingen niet kan worden gezegd.’³⁹

4.2 *Het fixatiebeginsel*

Dat (het beginsel van) art. 23 Fw niet als grondslag kan dienen voor de vordering van de curator op de schuldeiser, betekent niet dat de vordering van de curator niet op andere wijze kan worden verklaard. Zo ook het hof, dat van oordeel is dat de curator een dergelijke vordering wel degelijk heeft. Het hof baseert de vordering van de curator echter niet zozeer op (het be-

ginsel van) art. 23 Fw, maar op het aan dat artikel ten grondslag liggende fixatiebeginsel:⁴⁰

‘Een dergelijke beperking [van de rechtsregel uit JPR/Gunning q.q.; BK] zou in strijd zijn met het fixatiebeginsel, dat ertoe strekt dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet meer te zijnen gunste mag worden gewijzigd. Bij een overschrijving tijdens faillissement vanaf de betaalrekening van [de schuldenaar] onttrekt [de schuldeiser] zich door de ontvangst van de betaling aan de paritas creditorum. Dat de bankrekening van de schuldenaar een debetstand vertoonde, maakt dat niet anders.’⁴¹

Het fixatiebeginsel houdt in dat met het intreden van het faillissement de rechtsposities van de bij het faillissement betrokkenen onveranderlijk wordt.⁴² Het is echter de vraag of het fixatiebeginsel zich ertegen verzet dat een schuldeiser na het intreden van het faillissement van zijn schuldenaar door creditering van zijn rekening nog een betaling ontvangt. Zowel de idee dat het fixatiebeginsel zich verzet tegen de begunstiging van één schuldeiser, als de idee dat het fixatiebeginsel zich verzet tegen de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers wordt in de rechtspraak en literatuur verdedigd.⁴³ Mij zijn echter geen gevallen bekend waarin sprake was van een met het fixatiebeginsel strijdige (rechts)handeling, zonder dat die (rechts)handeling (ook) voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend was. In algemene zin zou ik daarom willen aannemen dat het fixatiebeginsel zich niet zozeer verzet tegen de begunstiging van één schuldeiser, maar tegen de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Of een girale betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is, zal steeds afhankelijk zijn van hetgeen het samenstel van verbintenisrechtelijke rechtshandelingen voor de rechtspositie van de gezamenlijke schuldeisers tot gevolg heeft gehad en wat hun rechtspositie zou zijn geweest als de betaling niet zou hebben plaatsgevon-

40 Er is een onderscheid tussen ‘het beginsel van’ art. 23 Fw en het ‘fixatiebeginsel’. Vgl. Mijnsen & Van Mierlo 2019, par. 12.2: ‘Naast het fixatiebeginsel geldt het beginsel van art. 23 Fw. Dit komt erop neer dat door de schuldenaar niet meer bevoegd (beschikkings)handelingen ten laste van diens vermogen kunnen worden verricht vanaf de aanvang van de dag van de faillietverklaring.’ Bovendien ligt het meer voor de hand dat als de Hoge Raad in de arresten Vis q.q./NMB en JPR/Gunning q.q. het fixatiebeginsel had bedoeld, hij die aanduiding ook had gebruikt, zoals in zoveel andere arresten is gebeurd.

41 Hof Den Haag 24 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:759, JOR 2020/240 m.nt. A.J. Tekstra, r.o. 10.

42 Zie o.a. HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106, NJ 1988/340 (OAR/ABN).

43 Zie ten aanzien van de eerste opvatting o.a. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Credit Suisse/Jongepier q.q.), r.o. 3.5.1 en 3.5.4. Zie ten aanzien van de tweede opvatting o.a. HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106, NJ 1988/340 (OAR/ABN), HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2690, NJ 1998/745 (Aerts e.a./ABN Amro) en concl. A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.). Zie ook N.W.M. van den Heuvel, Zekerheid en voorrang (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 51 en 184 en G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 13 en 27.

38 Rb. Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885, JOR 2018/163 m.nt. B.A. Schuijling, r.o. 15.

39 Concl. A-G G. Snijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.), onderdeel 3.10.

den.⁴⁴ De benadeling van schuldeisers kan daarbij gelegen zijn in een vermindering van het beschikbare actief, maar ook in een vermeerdering van het passief of in een wijziging van de rangorde van schuldeisers.⁴⁵

Overigens merk ik op dat het verschil tussen beide hiervoor genoemde ideeën over de reikwijdte van het fixatiebeginsel klein kan zijn. Ik wijs daarvoor op het arrest Roeffen q.q./Van Deursen⁴⁶ dat door het gerechtshof 's-Hertogenbosch is gewezen ten aanzien van de vraag of een girale betaling voor de toepassing van de faillissementspauliana benadelend was. Daar werd vlak vóór faillissement een concurrente schuldeiser betaald ten laste van een rekening met een debetstand. De vordering die de bank uit hoofde van het uitvoeren van die betaling op de schuldenaar verkreeg, was eveneens een concurrente vordering. Met betrekking tot de vraag of deze betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend was, oordeelde het hof:

‘Een dergelijke benadeling in de verhaalsmogelijkheden kan onder meer bestaan in een doorbreking van de paritas creditorum. Daarvan is in dit geval sprake. Immers, door de girale betalingen is [de betaalde schuldeiser] mogelijk boven andere concurrente schuldeisers begunstigd en dan zijn deze andere concurrente schuldeisers in vergelijking met [de betaalde schuldeiser] benadeeld.’⁴⁷

Volgens het gerechtshof 's-Hertogenbosch is van een benadeling van schuldeisers dus al sprake indien één schuldeiser (als gevolg van de girale betaling) bevoordeeld is en de resterende schuldeisers niet. Het hof vergelijkt daarmee niet zozeer hetgeen de resterende schuldeisers zonder de gewraakte betaling uit het faillissement van de schuldenaar zouden hebben ontvangen met hetgeen zij met de gewraakte betaling ontvangen. Hij vergelijkt hetgeen de resterende schuldeisers zonder de betaling *in verhouding tot de betaalde schuldeiser* uit het faillissement van de schuldenaar zouden hebben ontvangen met hetgeen zij met de betaling *in verhouding tot de betaalde schuldeiser* uit het faillissement van de schuldenaar ontvangen. Hiermee lijkt het hof een wat ruimere invulling aan het criterium van benadeling van schuldeisers te geven dan de Hoge Raad doet. Illustratief daarvoor is het arrest Van Dooren q.q./ABN Amro II.⁴⁸ Daar ging het om de vraag of het verhogen van het kredietplafond tegen aanvullende zekerheidstelling, waarbij de schuldenaar de vrijgekomen kredietruimte gebruikt voor de voldoening van een deel van zijn concurrente schuldeisers, in

het kader van de faillissementspauliana voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is. De Hoge Raad oordeelde:

‘De resterende schuldeisers krijgen door een en ander derhalve in plaats van met concurrente medeschuldeisers te maken met de bank als preferent medeschuldeiser. Een dergelijke verschuiving in verhaalspositie zal, behoudens het geval dat de bank de aanvullende zekerheid niet behoeft aan te spreken tot verhaal van haar vordering, nadeel voor de resterende schuldeisers meebrengen (...).’⁴⁹

Op basis van deze overweging lijkt het enkele feit dat één schuldeiser boven de resterende schuldeisers wordt bevoordeeld, onvoldoende te zijn om van een benadeling van schuldeisers te kunnen spreken. Van een benadeling van schuldeisers lijkt volgens de Hoge Raad pas sprake, indien de vordering van de bank hoger gerangschikt is dan de vordering(en) van de betaalde schuldeiser(s), waarvoor de vordering van de bank in de plaats is gekomen. Zoals ik later zal betogen, kan de juistheid van het oordeel van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in het midden blijven.

Van een benadeling van schuldeisers lijkt in ieder geval géén sprake indien het voordeel dat één schuldeiser verkrijgt, afkomstig is van een derde (niet-schuldeiser). Een voorbeeld is een uitspraak van de rechtbank Arnhem, waarin het ging om een schuldeiser die ná aanvang van de dag van de faillietverklaring van de schuldenaar een girale betaling ontving ingevolge een eveneens ná aanvang van die dag door de bank aanvaarde betalingsopdracht.⁵⁰ Ten aanzien van de vraag of de curator het betaalde bedrag (op grond van art. 23 Fw) van die schuldeiser kon terugvorderen, oordeelde de rechtbank dat nu de bank de betaling aan de boedel heeft vergoed, de curator geen vordering op de schuldeiser toekomt en dat daarbij irrelevant is dat als gevolg van die betaling een situatie was ontstaan waarin de schuldeiser een voordeel heeft verkregen en de bank een nadeel. In vergelijkbare zin oordeelde de rechtbank Middelburg dat het derden vrijstaat om tijdens het faillissement van de schuldenaar één of meerdere schuldeisers te betalen, en dat dit niet leidt tot een vordering van de curator op die schuldeisers.⁵¹

In een poging een beeld te schetsen van wanneer een girale betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is, is het van belang om nader in kaart te brengen waar dit nadeel in gelegen kan zijn. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.2 (onder het kopje ‘De betalingsopdracht’) leidt een girale betaling steeds

44 Vgl. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, NJ 2001/654 (Diepstraten/Gilhuis) ten aanzien van het benadelingscriterium bij de faillissementspauliana.

45 Concl. A-G G. Sniijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.).

46 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2009, JOR 2010/210 (Roeffen q.q./Van Deursen).

47 Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2009, JOR 2010/210 (Roeffen q.q./Van Deursen), r.o. 4.8.1.

48 HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1089, NJ 2005/457 m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren q.q./ABN Amro II).

49 HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT1089, NJ 2005/457 m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren q.q./ABN Amro II), r.o. 3.6.

50 Rb. Arnhem 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4908, JOR 2006/82 m.nt. R.J. Abendroth. Zie ook concl. A-G G. Sniijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.), onderdeel 3.21.

51 Rb. Middelburg 17 december 1997, JOR 1998/51. Zie ook HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:98, JOR 2014/214 (X/Unitco), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het derden vrijstaat om hangende een procedure tot faillietverklaring steunvorderingen te voldoen.

en uitsluitend tot het tenietgaan van een schuld aan de schuldeiser en tot het ontstaan van een (nieuwe) schuld aan de bank. Dat betekent dat voor het antwoord op de vraag of de gezamenlijke schuldeisers als gevolg van die betaling benadeeld zijn, ten eerste relevant is of de bank met de door haar verkregen vordering in het faillissement van de schuldenaar kan opkomen, en zo ja, welke rang zij met betrekking tot die vordering inneemt. Ten tweede is relevant of een en ander heeft geleid tot een wijziging van de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers.

Met betrekking tot het eerste geldt als uitgangspunt art. 24 Fw, waarin is opgenomen dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar na de faillietverklaring ontstaan, tenzij de boedel ten gevolge daarvan is gebaat. Nu de boedel door de betaling van een schuld aan de schuldeiser niet is gebaat,⁵² kan de bank haar vordering enkel ter verificatie indienen indien deze vordering vóór aanvang van het faillissement van de schuldenaar is ontstaan, of voortvloeit uit een reeds vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde.⁵³ Eenzelfde beperking is te vinden in art. 53 Fw aangaande de bevoegdheid tot verrekening en in het door de Hoge Raad in DLL/Van Logtestijn q.q.⁵⁴ geformuleerde criterium aangaande de bevoegdheid om een vordering onder zekerheden te verhalen.⁵⁵ Nu de vordering van de bank steeds pas ontstaat op het moment dat de betalingsopdracht door haar werd aanvaard, en deze vordering niet geacht wordt voort te vloeien uit een reeds vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde,⁵⁶ heeft een en ander tot gevolg dat de bank een vordering die zij verkreeg ingevolge een ná aanvang van de dag van de faillietverklaring aanvaarde betalingsopdracht, niet in het faillissement van de schuldenaar kan verhalen. Een schuld aan de schuldeiser wordt aldus voldaan, zonder dat daar een vordering van de bank voor in de plaats komt. Of de rekening van de schuldenaar een credit- of debetstand vertoonde, doet niet ter zake.

5 De voorwaarden voor de vordering van de curator

Om de voorwaarden te bepalen waaronder de curator een vordering op de schuldeiser toekomt tot terugbetaling van hetgeen ná aanvang van de dag van de faillietverklaring aan de

schuldeiser is betaald, is het van belang om twee gevallen te onderscheiden: het geval waarin de betalingsopdracht werd aanvaard ná aanvang van de dag van de faillietverklaring en het geval waarin die betalingsopdracht reeds vóór aanvang van die dag werd aanvaard.

5.1 *Betalingsopdracht aanvaard ná aanvang van de dag van de faillietverklaring*

De in de vorige paragraaf besproken beperkingen ten aanzien van de verhaalbaarheid van de vordering van de bank hebben tot gevolg dat girale betalingen die werden voltooid ná aanvang van de dag van de faillietverklaring ingevolge een eveneens ná aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht voor de gezamenlijke schuldeisers nooit benadelend kunnen zijn. Overigens betekent dit niet dat de bank per definitie met lege handen achterblijft. De schuldenaar was door de faillietverklaring ingevolge art. 23 Fw niet langer bevoegd tot het voeren van het beheer en de beschikking over zijn betaalrekening en daarmee tot het geven van de betalingsopdracht aan de bank. De bank was op haar beurt evenmin gehouden deze opdracht uit te voeren. Er valt daarom veel voor te zeggen dat de bank het betaalde op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking van de schuldeiser terug kan vorderen.⁵⁷ Mede gelet hierop zou het onbegrijpelijk zijn als de curator in dergelijke gevallen eveneens, of in plaats van de bank, een vordering op de schuldeiser zou verkrijgen.⁵⁸ Niet alleen zou de boedel daarmee een voordeel verkrijgen waarvoor geen rechtvaardiging bestaat, de bank zou daarmee ook de pas worden afgesneden om het bedrag dat zij ingevolge een door de schuldenaar onbevoegd gegeven opdracht uit haar eigen vermogen aan de schuldeiser heeft betaald, van die schuldeiser terug te vorderen. Dat lijkt mij onwenselijk.

5.2 *Betalingsopdracht aanvaard vóór aanvang van de dag van de faillietverklaring*

Gaat het om een girale betaling die ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd voltooid ingevolge een reeds vóór die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan is het antwoord op de vraag of de girale betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is minder eenduidig. In beginsel zal de vordering van de bank, nu deze is ontstaan vóór aanvang van de dag van de faillietverklaring, steeds verifieerbaar, verrekenbaar en on-

52 Het moet gaan om een vermeerdering van het actief. Een vermindering van het passief is onvoldoende. Zie M.J.M. Franken, *Het insolventiepassief* (Recht & Praktijk nr. InsR13), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 129.

53 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.).

54 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 m.nt. F.M.J. Verstijlen (DLL/Van Logtestijn q.q.).

55 Art. 53 Fw spreekt over 'voortvloeiend uit handelingen voor de faillietverklaring met de gefailleerde verricht'. Het volstaat dat de vordering of schuld voortvloeit uit een reeds vóór de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde, vgl. HR 26 maart 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD8095, NJ 1977/612 (Keulen en Oliemans q.q./Cebecco).

56 HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, JOR 2006/223 m.nt. N.E.D. Faber (Huijzer q.q./Rabobank), HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Sniijders (Van den Bergh/Van der Walle) en HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, JOR 2012/236 m.nt. N.E.D. Faber (ING/Manning q.q.).

57 Zie bijv. A. Voerman, annotatie bij HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, Ondernemingsrecht 2006/127 (Huijzer q.q./Rabobank) en E.L.A. van Emden, annotatie bij HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, TvI 2006/44 (Huijzer q.q./Rabobank), K.C. Mensink, De terugvorderingsactie op grond van art. 23 Faillissementswet, TvCu 2020, nr. 1/2 en concl. A-G G. Sniijders, ECLI:NL:PHR:2021:668, bij HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (RFH/Wittekamp q.q.), onderdeel 3.23. Twijfelachtig: R.J. Abendroth, annotatie bij Rb. Utrecht 21 september 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU3333, JOR 2005/287. Indien de betaalde schuldeiser het ontvangen bedrag aan de bank zou vergoeden, herleeft de (faillissements)vordering van de schuldeiser op de schuldenaar en kan de schuldeiser met die vordering in het faillissement van de schuldenaar opkomen.

58 Zie ook Rb. Arnhem 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4908, JOR 2006/82 m.nt. R.J. Abendroth. Anders: Faber 2005/295 en 465.

der zekerheden verhaalbaar zijn. De bevoegdheden tot verrekening en verhaal onder zekerheden zijn echter niet absoluut. De wet kent ten aanzien van deze bevoegdheden met art. 54 Fw namelijk een belangrijke beperking, die hier bespreking verdient.

Ingevolge art. 54 Fw is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld.⁵⁹ Deze bepaling wordt door de Hoge Raad ook van toepassing geacht op gevallen waarin voor de bank een schuld aan de (failliete) rekeninghouder is ontstaan ingevolge een door een derde gegeven en voor de rekeninghouder bestemde overschrijving op welke rekeninghouder de bank uit hoofde van een debetsaldo op die rekening al een vordering had.⁶⁰ Door het aanvaarden van de overschrijvingsopdracht maakt de bank zich tot schuldenaar van de rekeninghouder, welke schuld zij door creditering van diens rekening met de vordering op de rekeninghouder wenst te verrekenen. De Hoge Raad laat in het midden of van ‘schuldoverneming’ in de eigenlijke zin van het woord sprake is. Relevanter is de onderbouwing van de Hoge Raad inhoudende dat de girale betaling eerder regel dan uitzondering is, waardoor met het stelsel van de Fw niet te verenigen is dat het girale betalingsverkeer aan banken een uitzonderingspositie zou verschaffen doordat zij zich door middel van verrekening afzonderlijk zouden kunnen verhalen op hetgeen zij aan de rekeninghouder in het zicht van diens faillissement schuldig zijn geworden.⁶¹ Daarmee laat de Hoge Raad zijn oordeel in overwegende mate dragen door de gedachte dat banken aan hun toevallige positie in het betalingsverkeer geen voordeel behoren te ontnemen.

Het voorgaande roept de vraag op in hoeverre (de gedachte achter) deze bepaling ook in het spiegelbeeldige geval als hier besproken van toepassing is. Verzet art. 54 Fw zich eveneens tegen verrekening door de bank indien de bank uit hoofde van een door de schuldenaar (opdrachtgever) gegeven betalingsopdracht een vordering op die schuldenaar verkrijgt die zij met een schuld aan de schuldenaar wenst te verrekenen? Met Abendroth en Wibier ben ik van mening dat banken aan die toevallige positie in het betalingsverkeer ook geen nadeel behoren te ontnemen doordat hun de bevoegdheid zich op verrekening te beroepen wordt onthouden.⁶² Hetzelfde geldt mijns inziens ook voor de bank die haar vordering op de schuldenaar niet met een schuld aan de schuldenaar wil verrekenen, maar die haar vordering onder zekerheden zou willen verhalen. Hoewel de Hoge Raad het toepassingsbereik van art. 54 Fw in het arrest Doyer en Kalff⁶³ heeft uitgebreid tot gevallen als

deze, meen ik dat diezelfde toevallige positie van banken in het betalingsverkeer zich ook hier tegen toepassing van art. 54 Fw verzet.

Bovendien is het de vraag in hoeverre art. 54 Fw op het spiegelbeeldige geval überhaupt van toepassing zou zijn. Waar de vordering van de bank op de rekeninghouder (schuldenaar) in geval van een girale betaling aan deze rekeninghouder het gevolg is van een rechtshandeling van een derde, is het bij een girale betaling door de schuldenaar aan een derde de schuldenaar zelf (al dan niet via een door hem gemachtigde incassant) die de voor de gezamenlijke schuldeisers (mogelijk) benadelende rechtshandeling verricht. Nu art. 54 Fw in beginsel ziet op gevallen waarin niet de schuldenaar zelf, maar een derde een voor de gezamenlijke schuldeisers benadelende (rechts)handeling verricht, lijkt het artikel reeds om die reden toepassing te missen.

Hoewel de vordering van de bank op de schuldenaar in gevallen als deze in beginsel dus steeds verifieerbaar, verrekenbaar of onder zekerheden verhaalbaar zal zijn, is voor het antwoord op de vraag of de gezamenlijke schuldeisers als gevolg daarvan zijn benadeeld nog relevant of de girale betaling daarmee heeft geleid tot een wijziging van hun verhaalspositie. Dit is bijvoorbeeld niet het geval indien de schuldeiser die door de girale betaling is voldaan, en ter compensatie waarvan de bank een verrekenbare of onder zekerheden verhaalbare vordering op de schuldenaar heeft verkregen, deze vordering ook zonder de girale betaling volledig voldaan zou hebben gekregen.⁶⁴ Van een benadeling van schuldeisers is, zoals bleek uit het hiervoor aangehaalde arrest Van Dooren q.q./ABN Amro II, wel sprake indien de betaalde schuldeiser in het faillissement van de schuldenaar slechts een concurrente positie zou hebben ingenomen, terwijl de vordering van de bank verrekenbaar of onder zekerheden verhaalbaar is. Naar het oordeel van het gerechtshof ’s-Hertogenbosch is van benadeling van schuldeisers zelfs sprake indien de vordering van de bank slechts een concurrente (verifieerbare) vordering is.⁶⁵

5.3 Een gulden middenweg

Het voorgaande impliceert dat de in JPR/Gunning q.q. geformuleerde en gemakkelijk hanteerbare rechtsregel op grond waarvan de curator ‘steeds’ het bedrag van de schuldeiser zou kunnen terugvorderen waarmee ná aanvang van de dag van de faillietverklaring de rekening van de schuldeiser werd gecrediteerd, verlaten zou worden voor een rechtsregel op grond waarvan de curator eerst moet beoordelen of de betaling met het fixatiebeginsel strijdig is. Daarvoor zal door de curator in ieder geval moeten worden bewezen dat de girale betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is geweest. Dit is echter bezwaarlijk, omdat een onderzoek door de curator naar een

⁵⁹ Van dat laatste is volgens HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro/Curatoren THB) sprake indien de overnemende partij wist dat het faillissement of de surséance van betaling van de schuldenaar te verwachten was.

⁶⁰ HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro/Curatoren THB), r.o. 3.3.

⁶¹ Zie o.a. HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (Amro/Curatoren THB).

⁶² Zie ook Abendroth & Wibier 2008, p. 331.

⁶³ HR 30 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:121, NJ 1953/578 (Doyer en Kalff).

⁶⁴ Bijv. omdat de schuldeiser zelf over zekerheidsrechten kon beschikken of om andere reden een preferente positie in het faillissement van de schuldenaar zou hebben ingenomen.

⁶⁵ Hof ’s-Hertogenbosch 3 november 2009, JOR 2010/210 (Roeffen q.q./Van Deursen).

eventuele benadeling van schuldeisers extra kosten met zich meebrengt die, ongeacht of de betaling uiteindelijk benadelend blijkt te zijn, door de boedel moeten worden gedragen, terwijl de schuldeiser na het intreden van het faillissement voor de voldoening van zijn vordering in beginsel aangewezen behoort te zijn op de verificatieprocedure en geen betaling van de failliete schuldenaar meer zou mogen ontvangen.

Om aan deze bezwaren tegemoet te komen zou ik een ‘middenweg’ willen voorstellen tussen de pragmatische benadering van de Hoge Raad in JPR/Gunning q.q., op grond waarvan de curator ‘steeds’ het betaalde kan terugvorderen waarmee ná aanvang van de dag van de faillietverklaring de rekening van de schuldeiser werd gecrediteerd, en de hier uiteengezette benadering, op grond waarvan de curator deze vordering slechts toekomt indien vast is komen te staan dat de betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is geweest.

Gaat het om gevallen waarin de girale betaling werd voltooid ná aanvang van de dag van de faillietverklaring ingevolge een eveneens ná aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan is van benadeling van schuldeisers in ieder geval geen sprake en kan de curator het betaalde niet van de schuldeiser terugvorderen. Gaat het om gevallen waarin de girale betaling werd voltooid ná aanvang van de dag van de faillietverklaring ingevolge een reeds vóór die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan is van benadeling van schuldeisers mogelijk wel sprake en kan door de curator het betaalde steeds wel van de schuldeiser worden teruggevorderd.⁶⁶ Bijgevolg kan de juistheid van het oordeel van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in Roeffen q.q./Van Deursen hier in het midden blijven.

Overigens zal de situatie waarin de rekening van de schuldeiser werd gecrediteerd ná aanvang van de dag van de faillietverklaring ingevolge een reeds vóór aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht zich tegenwoordig minder vaak voordoen dan in de tijd waarin de arresten Vis q.q./NMB en JPR/Gunning q.q. door de Hoge Raad werden gewezen. De meeste banken maken tegenwoordig gebruik van zogeheten *instant payments*, die het mogelijk maken dat het te betalen bedrag binnen enkele seconden (in plaats van enkele dagen) op de rekening van de schuldeiser wordt bijgeschreven. De situatie waarin aan de curator nog wel een vordering op de schuldeiser zal kunnen toekomen, beperkt zich daarom grofweg tot het geval waarin de girale betaling plaatsvindt langs de weg van een automatische incasso,⁶⁷ en het geval waarin de door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht door de bank pas op een toekomstige datum moet worden uitgevoerd. Een en ander heeft tot gevolg dat de curator niet langer ‘steeds’, maar ‘steeds vaker niet’ het betaalde van de schuldeiser terug kan vorderen

waarmee zijn rekening na aanvang van de dag van de faillietverklaring werd gecrediteerd.

Tot slot merk ik nog op dat in gevallen waarin de betaling pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd voltooid, voor de faillissementspauliana geen rol is weggelegd. Met Faber ben ik van mening dat het gegeven dat de girale betaling pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd voltooid, met zich meebrengt dat de faillissementspauliana toepassing mist.⁶⁸ Bovendien zal de curator, zou men willen aannemen dat de faillissementspauliana hier wél van toepassing is, voor een vordering op de voet van art. 42 e.v. Fw zowel benadeling van de gezamenlijke schuldeisers alsook wetenschap van deze benadeling moeten bewijzen, terwijl mijn betoog er juist toe strekt dat de curator dit in dergelijke gevallen niet hoeft.

5.4 De Hoge Raad in RFH/Wittekamp q.q.

Hoe verhoudt het oordeel van de Hoge Raad in RFH/Wittekamp q.q., dat aan de curator geen vordering op de schuldeiser toekomt, zich tot het hier besprokene? In het voorgaande betoogde ik dat voor de vordering van de curator op de schuldeiser niet zozeer aansluiting gezocht moet worden bij (het beginsel van) art. 23 Fw, maar bij het fixatiebeginsel. Als gevolg hiervan is voor het antwoord op de vraag of aan de curator een vordering op de schuldeiser toekomt, in de eerste plaats en, indien men de door mij voorgestelde ‘middenweg’ zou willen aanvaarden, enkel relevant of de betalingsopdracht door de bank vóór of ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd aanvaard. Of de rekening van de schuldenaar ten laste waarvan de betaling werd gebracht een debet- of creditstand vertoonde, doet in ieder geval niet ter zake.

Met betrekking tot het door de Hoge Raad overwogene valt op dat hij de vordering van de curator niet meer uitsluitend baseert op art. 23 Fw, maar dat ook voor art. 20 en 24 Fw en het fixatiebeginsel een rol lijkt te zijn weggelegd. Ten aanzien van dat fixatiebeginsel valt bovendien op dat de betekenis die de Hoge Raad hieraan geeft niet geheel ondubbelzinnig is. Waar hij in r.o. 3.2.1 eerst van oordeel is dat het fixatiebeginsel zich verzet tegen een *begunstiging* van één schuldeiser, verzet even verderop in diezelfde rechtsoverweging het fixatiebeginsel zich volgens de Hoge Raad tegen een *benadeling* van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is een essentieel verschil. In het vervolg van zijn oordeel lijkt de Hoge Raad toch van die laatste opvatting uit te gaan:

‘Het strookt met de hiervoor in 3.2.1. bedoelde bescherming die het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers beogen te bieden, om aan te nemen dat de curator hetgeen na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser is betaald, op de voet van art. 23 Fw slechts kan terugvorderen voor zover die betaling resulteert in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering van het passief van de boedel.’

⁶⁶ Benadeling van schuldeisers wordt in gevallen als deze verondersteld aanwezig te zijn.

⁶⁷ In dat geval zal de opdracht immers uiterlijk één dag voor de gewenste uitvoeringsdatum aan de bank van de schuldenaar moeten zijn verstrekt. Zie par. 3.2 (onder het kopje ‘De automatische incasso’).

⁶⁸ Faber 2005/5.

De Hoge Raad komt hiermee terug van de rechtsregel uit JPR/Gunning q.q. en beperkt de terugvorderingsbevoegdheid van de curator tot die gevallen waarin de betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is geweest. De grondslag van de vordering (art. 23 Fw) is echter nog steeds dezelfde. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de vraag of er sprake is van een vermindering van het actief, dan wel een vermeerdering van het passief van de boedel:

‘In dit geval heeft de betaling aan [de schuldeiser] niet geresulteerd in een vermindering van het actief van de boedel, nu de [betaalrekening] bij het intreden van het faillissement reeds een debetstand vertoonde. Evenmin heeft die betaling geresulteerd in een vermeerdering van het passief van de boedel. Weliswaar is als gevolg van de betaling aan [de schuldeiser] de schuld van [de schuldenaar] jegens [de bank] toegenomen, maar ingevolge art. 24 Fw is de boedel daarvoor niet aansprakelijk, nu (...) de boedel door die betaling niet is gebaat.’

Ik merk op dat de door de Hoge Raad gebruikte terminologie opmerkelijk en onzuiver is. De Hoge Raad heeft het over het actief en het passief ‘van de boedel’, terwijl de boedel per definitie alleen het actief van de schuldenaar omvat.⁶⁹ Vervolgens lijkt de Hoge Raad, in navolging van de rechtbank en de A-G, te impliceren dat de girale betaling een (goederenrechtelijke) levering en overdracht van een goed (een som geld) betreft, welke overdracht in dit geval echter niet tot een vermindering van het actief (van de schuldenaar) heeft kunnen leiden, omdat er als gevolg van de debetstand geen actief was waarover kon worden beschikt. Hooguit bedoelt de Hoge Raad dat de betaling niet heeft geresulteerd in een vermindering van het actief, nu er voor de bank, als gevolg van de debetstand, geen mogelijkheid was tot verrekening. Dit lijkt door de verwijzing naar art. 23 Fw echter niet waarop de Hoge Raad hier doelt.

Vervolgens acht de Hoge Raad voor de vordering van de curator op de voet van art. 23 Fw niet alleen van belang de vraag of als gevolg van de betaling het actief (van de boedel) is afgenomen, maar ook de vraag of het passief (van de boedel) is toegenomen. Ten aanzien van dat laatste komt hij tot het oordeel dat door de girale betaling de schuld van de schuldenaar aan de bank weliswaar is toegenomen, maar dat de boedel daarvoor ingevolge art. 24 Fw niet aansprakelijk is. Los van het feit dat het opmerkelijk is dat de Hoge Raad art. 24 Fw gebruikt ter invulling van art. 23 Fw, is het mij onduidelijk waarop hij zijn oordeel überhaupt baseert.

De Hoge Raad gaat er kennelijk van uit dat de vordering van de bank op de schuldenaar is ontstaan ná aanvang van de dag van de faillietverklaring. Gelet op het feit dat de betaling plaatsvond langs de weg van een automatische incasso, is het niet onwaarschijnlijk dat de betalingsopdracht al vóór aanvang

van de dag van de faillietverklaring aan de bank van de schuldenaar is verstrekt en door deze is aanvaard. Alleen indien vast zou zijn komen te staan dat de opdracht pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring door de bank van de schuldenaar werd aanvaard, is het eindoordeel van de Hoge Raad, dat aan de curator geen vordering op de schuldeiser toekomt, mijns inziens juist. Nu de Hoge Raad aan de vraag wanneer de betalingsopdracht door de bank werd aanvaard echter volledig is voorbijgegaan, is zijn oordeel naar mijn mening te kort door de bocht.

6 Conclusie

In deze bijdrage werd de vraag aan de orde gesteld op welke grond en onder welke voorwaarden aan de curator een vordering op de schuldeiser toekomt tot terugbetaling van het bedrag waarmee de rekening van die laatste ná aanvang van de dag van de faillietverklaring is gecrediteerd. Daarbij is gebleken dat een girale betaling zich geheel langs verbintenisrechtelijke weg voltrekt en steeds uitsluitend leidt tot het tenietgaan van een schuld aan de schuldeiser en tot het ontstaan van een (nieuwe) schuld aan de bank. Van een overdracht van een goed (een som geld) in de zin van art. 3:84 BW is geen sprake. Girale betalingen die pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring zijn voltooid, kunnen, zo heb ik betoogd, niet door de curator op grond van (het beginsel van) art. 23 Fw van de schuldeiser worden teruggevorderd. Dergelijke betalingen zijn mogelijk wel in strijd met het fixatiebeginsel en om die reden onder omstandigheden door de curator terugvorderbaar.

Of een girale betaling in een concreet geval in strijd is met het fixatiebeginsel, is in beginsel steeds afhankelijk van het antwoord op de vraag of de girale betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is geweest. In dat kader kunnen twee gevallen worden onderscheiden: het geval waarin de betalingsopdracht werd aanvaard ná aanvang van de dag van de faillietverklaring en het geval waarin de betalingsopdracht reeds vóór aanvang van die dag werd aanvaard.

Betreft het een girale betaling die pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd voltooid ingevolge een eveneens ná aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan kan de girale betaling voor de gezamenlijke schuldeisers nooit benadelend zijn. De vordering die de bank op de schuldenaar verkrijgt ter compensatie van het uitvoeren van de betalingsopdracht ontstaat immers steeds pas op het moment dat de opdracht door de bank wordt aanvaard. Ingevolge art. 24 Fw is de boedel echter niet aansprakelijk voor verbintenissen van de schuldenaar na de faillietverklaring ontstaan. Evenmin kan de vordering door de bank met een schuld aan de schuldenaar worden verrekend of onder zekerheden worden verhaald. Een schuld aan de schuldeiser wordt aldus voldaan, zonder dat daar een verhaalbare vordering van de bank voor in de plaats komt.

Betreft het een girale betaling die pas ná aanvang van de dag van de faillietverklaring werd voltooid ingevolge een reeds vóór

⁶⁹ Zie ook Rb. Amsterdam 3 mei 1989, NJ 1990/621 (Jacob Cats/Van Vonderen q.q.).

aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan ontstaat de vordering van de bank op de schuldenaar ook reeds vóór aanvang van die dag. Deze vordering is in beginsel wel verifieerbaar, verrekenbaar of onder zekerheden verhaalbaar. Hoewel het discutabel is in hoeverre verificatie van deze vordering voor de gezamenlijke schuldeisers überhaupt benadelend kan zijn, is verrekening of verhaal onder zekerheden dat onder omstandigheden in ieder geval wel. De curator zal de benadeling van schuldeisers dan wel moeten bewijzen. Dit is bezwaarlijk, omdat een onderzoek door de curator naar een eventuele benadeling van schuldeisers extra kosten met zich meebrengt die, ongeacht of de betaling uiteindelijk benadelend blijkt te zijn, door de boedel moeten worden gedragen, terwijl de schuldeiser na het intreden van het faillissement voor de voldoening van zijn vordering uit het vermogen van de failliete schuldenaar in beginsel aangewezen behoort te zijn op de verificatieprocedure en geen betaling van de failliete schuldenaar meer zou mogen ontvangen.

Om aan deze bezwaren tegemoet te komen heb ik een ‘middenweg’ voorgesteld tussen de pragmatische benadering van de Hoge Raad in JPR/Gunning q.q., op grond waarvan de curator van de schuldeiser ‘steeds’ het betaalde kan terugvorderen waarmee ná aanvang van de dag van de faillietverklaring de rekening van deze schuldeiser werd gecrediteerd, en de in deze bijdrage uiteengezette benadering, op grond waarvan de curator deze vordering slechts toekomt indien de betaling voor de gezamenlijke schuldeisers benadelend is geweest. Gaat het om gevallen waarin de girale betaling werd voltooid ná aanvang van de dag van de faillietverklaring ingevolge een eveneens ná aanvang van die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan is van een benadeling van schuldeisers in ieder geval geen sprake en komt aan de curator een dergelijke vordering niet toe. Gaat het om gevallen waarin de girale betaling werd voltooid ná aanvang van de dag van de faillietverklaring ingevolge een reeds vóór die dag aanvaarde betalingsopdracht, dan is van een benadeling van schuldeisers mogelijk wel sprake en kan de curator het betaalde steeds wel van de schuldeiser terugvorderen. Of de rekening van de schuldenaar ten laste waarvan de betaling werd gebracht een debet- of creditstand vertoonde, doet in ieder geval niet ter zake.