

Huijzer q.q. vs Rabobank West-Kennemerland: de artikelen 23 en 52 Fw en girale betalingen rond faillissement

Inleiding

Recent heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak Huijzer q.q. tegen Rabobank West-Kennemerland.¹ Het arrest geeft antwoord op de vraag of een curator terugbetaling kan vorderen van de bank, indien deze uitvoering geeft aan op of ná datum faillissement door de gefailleerde gegeven betalingsopdrachten ten laste van een rekening-courantrekening, maar vóórdat de bank met het faillissement bekend was. Het antwoord daarop luidt, volgens de Hoge Raad, bevestigend. Mijns inziens komen de door de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag gelegde artikelen 23 en 52 Faillissementswet (Fw) echter niet voor toepassing in aanmerking.

De feiten

De aan de Hoge Raad voorgelegde feiten zijn – kort weergegeven – als volgt. Bij vonnis van de rechtbank te Rotterdam van 23 december 2003 is FAR Beheer B.V. (hierna: FAR) in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Huijzer tot curator. Het faillissement is op 30 december 2003 gepubliceerd in de Staatscourant. FAR hield bij Rabobank een rekening-courantrekening aan. Deze rekening vertoonde ten tijde van het faillissement een creditsaldo. Ten laste van die rekening zijn op en ná datum faillissement in opdracht van de bestuurder van FAR betalingen aan een derde gedaan. De curator vordert van Rabobank terugbetaling van het totaal aan de derde betaalde bedrag, nu de opdrachten tot betaling ná faillissement zijn gegeven en uitgevoerd en daarmee in strijd met artikel 23 Fw is gehandeld: de curator had voor de betalingen toestemming moeten geven. Rabobank verweert zich door te stellen dat de curator het betaalde niet van haar, maar van de begunstigde van de betaling dient terug te vorderen. Bovendien stelt zij niet van het faillissement op de hoogte te zijn geweest, niet door publicatie van het vonnis noch op andere wijze, en dat zij daarom niet zou hoeven terug te betalen op grond van het bepaalde in artikel 52 Fw.

De rechtbank

De curator wordt door de rechtbank in het ongelijk gesteld. De rechtbank is – verwijzend naar artikel 52 Fw – van oordeel, dat voor het antwoord op de vraag of de curator terugbetaling van de bank kan vorderen, bepalend is het moment waarop de bank wist of behoorde te weten dat sprake is van een (dreigend) faillissement. Nu de bank vóór de publicatie van het faillissement (30 december 2003) daarvan niet op

1. HR 28 april 2006, JOL 2006, 284.

de hoogte was, heeft de curator geen recht op terugbetaling.² Dat neemt volgens de rechtbank echter niet weg, dat – met een verwijzing naar het arrest *Vis q.q./NMB*³ – de curator het betaalde van de begunstigde zou kunnen terugvorderen.

De overwegingen van de Hoge Raad

Partijen stellen vervolgens sprongcassatie in. De Hoge Raad overweegt dat FAR op grond van het bepaalde in artikel 23 Fw niet bevoegd was de betalingsopdrachten te verstrekken. Aangezien de boedel door de uit de opdracht voortvloeiende betalingen niet is gebaat, kunnen deze niet aan de boedel worden tegengeworpen en kan de curator het betaalde van Rabobank terugvorderen. Dat de bank van het faillissement niet op de hoogte was, noch door publicatie van het vonnis tot faillietverklaring noch anderszins, doet daar volgens de Hoge Raad niet aan af. Artikel 52 Fw, waar de bank een beroep op doet, vormt slechts een uitzondering op het fixatiebeginsel van artikel 23 Fw en geldt slechts in gevallen dat sprake is van een betaling aan de gefailleerde vóór de publicatie van het faillissement door een derde die daarmee niet bekend was. Bovendien dient de betaling dan plaats te vinden ter nakoming van een vóór het faillissement ontstane verbintenis. Van het laatste is volgens de Hoge Raad geen sprake, nu de verbintenis pas is ontstaan op het moment dat FAR de betalingsopdrachten verstrekke, te weten op en na datum faillissement, zodat Rabobank toen pas verplicht werd de opdracht uit te voeren en gerechtigd werd het bestaande creditsaldo met het betaalde bedrag te verminderen. Artikel 52 Fw is volgens de Hoge Raad daarom niet rechtstreeks van toepassing en leent zich bovendien niet voor extensieve uitleg.⁴ De Hoge Raad vernietigt het vonnis van de rechtbank en veroordeelt Rabobank tot terugbetaling.

In de overwegingen van de Hoge Raad springt het volgende in het oog. In de eerste plaats is de Hoge Raad kennelijk van mening dat de grondslag waarop de curator van de bank terugbetaling kan vorderen, is gelegen in artikel 23 Fw. In de tweede plaats is de Hoge Raad kennelijk tevens de mening toegedaan dat de bank zich met een beroep op artikel 52 Fw tegen een dergelijke vordering van de curator zou kunnen verweren, indien aan de in dat artikel gestelde vereisten is voldaan. Daarmee geeft de Hoge Raad aan dat een door een bank uitgevoerde girale betaling moet worden gezien als een betaling aan de gefailleerde.

Naar mijn mening kunnen hier wel vraagtekens bij worden geplaatst. Alvorens ik uiteen zet waarom, zal ik kort beschrijven wat er in mijn visie juridisch gebeurt wan-

neer een bank ten laste van een creditsaldo op een rekening-courantrekening een girale betaling uitvoert.

Girale betaling

Het girale betalingsverkeer is van verbintenisrechtelijke aard: het wordt beheerst door de tussen de bank en haar rekeninghouder gesloten rekening-courantovereenkomst. Een rekening-courantrekening kan worden gezien als een instrument voor de bank en haar rekeninghouder om vorderingen en schulden die zij over en weer op elkaar hebben, met elkaar te verrekenen. Die verrekening vindt op grond van artikel 6:140 lid 1 BW dadelijk en van rechtswege plaats (het stelsel van doorlopende verrekening, in tegenstelling tot het stelsel van globale verrekening) en vormt daarmee een uitzondering op de hoofdregel dat verrekening plaatsvindt door middel van een daarop gerichte verklaring zoals bedoeld in artikel 6:127 lid 1 BW. Omdat de verrekening steeds onmiddellijk plaatsvindt, is op ieder moment slechts het dan aanwezige saldo verschuldigd.⁵

Goederenrechtelijk werkt het als volgt: indien de rekeninghouder een bedrag op zijn rekening stort, wordt de bank (goederenrechtelijk gezien) eigenaar van het geld, ook als de rekeninghouder niet de bedoeling heeft de bank eigenaar van dat geld te maken. De rekeninghouder heeft slechts nog een persoonlijke vordering op de bank ten belope van het door hem gestorte bedrag en het daardoor (in beginsel) ontstane creditsaldo. Bij een overboekingsopdracht geeft de rekeninghouder aan de bank opdracht een betaling aan een derde, de begunstigde, te doen, waarbij als uitgangspunt geldt dat indien er sprake is van een creditsaldo op de rekening, de bank gehouden is de betalingsopdracht uit te voeren.⁶

Met de uitvoering van een betalingsopdracht wordt een drietal prestaties verricht. In de tussen de bank en de rekeninghouder bestaande rechtsverhouding (de rekening-courantovereenkomst) presteert de bank in eigen naam aan de rekeninghouder ter voldoening van een tussen hen bestaande verbintenis (de aanvaarde overboekingsopdracht). In de tussen de bank en de begunstigde (indien de begunstigde bij dezelfde bank als de rekeninghouder bankiert) dan wel de bank van de begunstigde (indien de begunstigde bij een andere bank bankiert) bestaande rechtsverhouding presteert de bank in eigen naam aan de (bank van de) begunstigde ter voldoening aan een tussen hén beide bestaande verbintenis. In de verhouding tussen rekeninghouder en begunstigde presteert de rekeninghouder onmiddellijk aan de begunstigde ter voldoening van zijn

2. R.o. 4.6.

3. HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1 m.nt. JBMV (*Vis q.q./NMB*).

4. R.o. 3.3 en 3.4.

5. Asser/Hartkamp 4-I, Deventer: Kluwer 2004, nr. 557-561; F.H.J. Mijnsen, *De rekening-courantverhouding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 24; N.E.D. Faber, *Verrekening*, Serie Onderneming en Recht deel 33, Deventer: Kluwer 2005, p. 179 e.v.

6. Hof Amsterdam 11 september 2003, JOR 2004, 142 m.nt. Abendroth (*Verstijlen q.q./ABN Amro*).

schuld aan de laatste. De bank fungeert bij deze betaling als hulppersoon van de rekeninghouder: in opdracht en voor rekening van de rekeninghouder verschaft zij de (bank van de) begunstigde een vordering op zichzelf, die een betaling rechtstreeks door de rekeninghouder oplevert.⁷ Die betaling vindt plaats op het moment dat de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd (art. 6:114 lid 2 BW). Tegenover de schuld aan de (bank van de) begunstigde verkrijgt de bank een (tegen)vordering op de betalende rekeninghouder, die de bank vervolgens met het credit-saldo op de rekening verrekent.⁸

Toepasselijkheid van artikel 23 Fw?

Artikel 23 Fw behelst het in faillissement geldende 'fixatiebeginsel': de failliet verliest met terugwerkende kracht tot 0.00 uur van de dag van zijn faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen. Kort gezegd: de failliet is beschikkingsonbevoegd geworden en kan niet meer handelen zonder toestemming van de curator. Het artikel treft alle verbintenissen die door de gefailleerde zijn aangegaan op de dag van de faillietverklaring en daarna. Handelt de failliet tóch in strijd met artikel 23 Fw, dan is de boedel slechts gebonden indien hij daardoor is gebaat (art. 24 Fw). Ondanks het faillissement eventueel reeds door de failliet ten laste van de boedel voldane verbintenissen kunnen door de curator als onverschuldigd worden teruggevorderd.⁹

Bij een girale betaling die na de faillietverklaring plaatsvindt, spreekt de curator, zo leert de jurisprudentie, veelal óf de bank óf de begunstigde van de betaling aan tot terugbetaling; er zijn mij geen gevallen bekend waarbij de curator beide tegelijk in een procedure betreft. Indien de bank wordt aangesproken, zal de vordering slechts kunnen slagen indien de betalingsopdracht ná datum faillissement is gegeven en de bank met het faillissement bekend was of behoorde te zijn, of de opdracht vóór datum faillissement is gegeven, maar op datum faillissement nog door de rekeninghouder had kunnen worden herroepen, waarmee met herroepen in geval van faillissement kan worden gelijkgesteld een tijdige bekendmaking door de curator van de faillietverklaring aan de bank dan wel een verzoek van de curator de rekening voor alle uitgaande betalingen te blokkeren.¹⁰ Immers, de curator kan jegens de bank niet meer rechten geldend maken dan de rekeninghouder onder de rekening-courantovereenkomst had.

Spreekt de curator de begunstigde aan, dan kan de curator op grond van het bepaalde in artikel 23 Fw het aan de

begunstigde betaalde bedrag van deze terugvorderen, indien de rekening van de rekeninghouder op datum faillissement nog niet is gecrediteerd (indien rekeninghouder en begunstigde bij dezelfde bank bankieren) dan wel indien de bank bij aanvang van de dag van faillietverklaring nog niet alle handelingen heeft verricht die zij als opdrachtnemer van de rekeninghouder ter effectuering van de betaling aan de begunstigde gehouden is te verrichten (indien de begunstigde bij een andere bank bankiert).¹¹ Artikel 23 Fw kan echter niet tegen de bank in stelling worden gebracht: in het geval van het instellen van een vordering van de curator tegen de begunstigde gaat het om de vraag of sprake is van een betaling door een onbevoegde (de failliete rekeninghouder) in de zin van artikel 23 Fw en daarmee om de vraag of sprake is van beschikking of beheer. Als de curator tegen de bank een vordering instelt, staat de handelwijze van de bank ter discussie, niet die van de failliete rekeninghouder. Het is niet de bank die een daad van beheer of beschikking (het geven van de betalingsopdracht met de daaruit voortvloeiende betaling) heeft verricht, dat is de failliet.¹² Anders dan de Hoge Raad kennelijk vindt, ben ik dan ook van mening dat artikel 23 Fw niet aan de vordering van de curator jegens de bank ten grondslag kan worden gelegd. Eventuele vorderingen dient de curator te baseren op vorderingen die voortvloeien uit de tussen de bank en de rekeninghouder gesloten rekening-courantovereenkomst.¹³

Toepasselijkheid van artikel 52 Fw?

De Hoge Raad heeft overwogen dat artikel 52 Fw een uitzondering vormt op het fixatiebeginsel van artikel 23 Fw. Vervolgens heeft de Hoge Raad ter beantwoording van de vraag of de bank tegen de 23 Fw-vordering van de curator wordt beschermd, getoetst of aan de vereisten van artikel 52 Fw is voldaan. Volgens de Hoge Raad is aan die vereisten niet voldaan, zodat de bank door dat artikel niet wordt beschermd en de curator het betaalde bedrag van de bank kan terugvorderen. Daarmee geeft de Hoge Raad aan dat de positie van de bank moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 52 Fw en kennelijk van oordeel is dat in geval van girale betaling sprake is van een betaling door de bank aan de rekeninghouder.¹⁴ Ik denk daar echter anders over.

Artikel 52 Fw ziet op de voldoening door een derde van een verbintenis aan de gefailleerde. Het artikel heeft de strekking te voorkomen dat die derde (waarbij de wetgever toentertijd vooral zal hebben gedacht aan handelsdebiteuren van de failliet) als gevolg van de werking van artikel 23 Fw gedwongen zou zijn nogmaals aan de cura-

7. W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, Deventer: Kluwer 1996, p. 190.

8. Mijnsen 1995, p. 99; Rank 1996, p. 257-260.

9. C.R. Christiaans, *Tekst & Commentaar Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 47-48.

10. Rank 1996, p. 257.

11. HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1 m.nt. JBMV (Vis q.q. / NMB).

12. In gelijke zin J.J. van Hees, *Het fixatiebeginsel in faillissement*, in: A-T-D (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 141.

13. Rank 1996, p. 259-260.

14. Anders: A. Voerman, *Rechtspraak Faillissementsrecht, Ondernemingsrecht 2006*, p. 402.

Vennootschap & Onderneming

tor te betalen: de derde heeft dan bevrijdend betaald. Artikel 52 Fw ziet enkel op het voldoen van verbintenissen ontstaan vóór datum faillissement en vóórdat de derde met het faillissement bekend was of behoorde te zijn.

Met name Verdaas heeft zich bij herhaling duidelijk voorstander van toepassing van artikel 52 Fw op girale betalingen getoond.¹⁵ Hij is van mening dat wanneer een bank een betalingsopdracht uitvoert, zij daarmee haar verbintenis jegens de rekeninghouder nakomt, als gevolg waarvan de vordering van de rekeninghouder uit hoofde van het creditsaldo op de bank vermindert, zonder dat van verrekening sprake is. Zelfs indien de opdracht ná datum faillissement wordt gegeven, maar vóórdat de bank met het faillissement bekend is, zou artikel 52 Fw steeds toepassing moeten vinden.

Hoewel volgens de wetgeschiedenis het begrip 'voldoening' in artikel 52 Fw ruim moet worden opgevat en niet beperkt is tot betaling, zijn er in de rechtspraak aanwijzingen te vinden dat artikel 52 Fw niet ziet op de voldoening door de bank van haar verplichting tot uitvoering van (girale) betalingsopdrachten.¹⁶ Daarbij zou het geen verschil maken of het faillissement reeds zou zijn gepubliceerd of dat de bank van het faillissement op de hoogte was of behoorde te zijn. Ook zou het niet uitmaken of de betalingsopdracht vóór of ná datum faillissement aan de bank zou zijn verstrekt. Het artikel zou slechts zien op de situatie dat een derde daadwerkelijk *aan de gefailleerde* betaalt. Girale betaling valt daar niet onder, nu er géén sprake is van een betaling aan de gefailleerde, maar – zoals hiervoor aangegeven – van een betaling door de rekeninghouder *aan de begunstigde* van de betaling. Dit vindt bevestiging in het reeds genoemde arrest Vis q.q./NMB. De gedachte dat de bank aan de gefailleerde betaalt, is bovendien onjuist, nu daarmee het eigen karakter van girale betaling – waarbij vorderingen en schulden ontstaan die vervolgens met elkaar worden verrekend – wordt miskend. Anders dan bijvoorbeeld Faber¹⁷ ben ik van mening, dat de bank niet een bedrag aan de rekeninghouder betaalt, maar een vordering op hem verkrijgt die vervolgens door de bank met het creditsaldo wordt verrekend.¹⁸ Overigens vind ik het opmerkelijk dat de Hoge Raad kennelijk meent dat artikel 52 Fw een uitzondering op artikel 23 Fw zou vormen. Beide artikelen 'werken'

immers beide een andere kant op: biedt artikel 23 Fw de boedel bescherming tegen ongeoorloofd handelen van de gefailleerde *jegens derden*, artikel 52 Fw beschermt nu juist derden bij handelen *jegens de boedel*. Voor een dergelijk verband tussen de artikelen is in de wetgeschiedenis in ieder geval geen aanwijzing te vinden.

Hoewel het oordeel van de Hoge Raad naar de letter van artikel 52 Fw juist is, de betalingsopdrachten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen zijn immers ná datum faillissement gegeven respectievelijk ontstaan zodat aan de vereisten van het artikel niet is voldaan en het artikel daarom geen bescherming biedt, ben ik – gelet op het voorgaande – van mening dat van rechtstreekse toetsing van de positie van de bank aan artikel 52 Fw überhaupt geen sprake kan zijn, ongeacht wanneer de opdrachten zijn gegeven. De bank kan zich ter afwering van de vordering van de curator in geen geval op artikel 52 Fw beroepen.

Het voorgaande zou kunnen betekenen dat de bank, aangesproken door de curator, twee keer moet 'bloeden': de bank had al aan de begunstigde betaald en moet nu nogmaals aan de boedel voldoen. Bovendien, als de bank al gehouden is aan de boedel te voldoen en dat ook doet, dan zal zij het aan de begunstigde voldane bedrag in elk geval van deze willen terug ontvangen. Het is echter de vraag of, en zo ja, op welke rechtsgrond de bank kan terugvorderen. Op grond van onverschuldigde betaling? Jegens de begunstigde is de betaling (in de meeste gevallen) niet onverschuldigd. Ongerechtvaardigde verrijking? Wellicht, maar daarbij kan men zich afvragen of de begunstigde wel is verrijkt, en zo ja, of dat ongerechtvaardigd is. Verder kan men zich afvragen of met een dergelijke gang van zaken een goed functionerend betalingssysteem niet zou worden ondermijnd.¹⁹

De vraag is daarom of niet over de genoemde dogmatische hobbels zou moeten worden heen gestapt en artikel 52 Fw analoog zou moeten worden toegepast om zo de bank, in gevallen als hier besproken, bescherming te bieden. Er is in ieder geval geen reden waarom een bank in een positie als de onderhavige niet dezelfde bescherming geniet als een derde die wel strikt onder de toepassing van artikel 52 Fw valt. Het lijkt er eerder op dat de wetgever niet aan een situatie als deze heeft gedacht. Tel daarbij op dat de curator, anders dan bij een typische artikel 52 Fw-situatie, niet altijd met lege handen hoeft te staan nu de curator – zoals aangegeven – onder andere omstandigheden de begunstigde met succes zal kunnen aanspreken.²⁰ Er valt dan inderdaad wel iets te zeggen voor een wat meer ruimhartige toepassing van artikel 52 Fw.

19. Zie in dit kader A.J. van der Lely & R.M. Pasma, Een betalingsopdracht na datum faillissement en de bank te goeder trouw, Bb 2006, p. 142-146.

20. Anders: R.J. Abendroth in zijn noot onder Rb. Arnhem 31 augustus 2005, JOR 2006, 82.

15. A.J. Verdaas in zijn noten onder Rb. Utrecht 17 november 2004, JOR 2005, 18 (De Jong q.q./Rabobank Nederweert), Rb. Alkmaar 2 maart 2005, JOR 2005, 110 (Huijzer q.q./Rabobank West-Kennemerland) en Rb. Utrecht 13 april 2005, JOR 2005, 136 (Huijzer q.q./Rabobank Veenstroom).

16. Zie bijvoorbeeld (omstreden) Rb. Amsterdam 8 november 1995, JOR 1996, 9 (De Jong q.q./Postbank) en Rb. Den Haag 10 december 1997, JOR 1998, 48 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (Limetree).

17. Faber 2005, p. 563.

18. O.a. Rank 1996, p. 257; Hof Amsterdam 11 september 2003, JOR 2004, 142 m.nt. Abendroth (Verstijlen q.q./ABN Amro). Zo ook A-G Timmerman bij HR 10 oktober 2003, JOR 2003, 290.

Vennootschap & Onderneming

Tot besluit

Het voorgaande geeft maar weer eens aan hoe lastig de hiervoor besproken materie met betrekking tot girale betalingen rond faillissement is. In ieder geval zijn er voldoende juridische argumenten om in situaties als hier besproken de ‘pijn’ te leggen waar deze thuishoort, te weten bij de begunstigde van de betaling en niet bij de met het faillissement onbekend zijnde uitvoerende bank.

Mr. D. Winkel
Loyens & Loeff