

Girale betaling door de schuldenaar rondom de faillissementsdatum

TvI 2022/31

Kan een door de (latere) gefailleerde verrichte girale betaling worden tegengeworpen aan de failliete boedel? Welke betekenis komt in dit verband toe aan het moment (vóór of na de faillietverklaring) waarop de betalingsopdracht werd gegeven of waarop de girale betaling werd voltooid? Is het relevant of de bankrekening van de schuldenaar ten tijde van de betaling een creditstand of een debetstand vertoonde? Welke gevolgen heeft de betaling voor de failliete boedel, voor de schuldeiser die de betaling ontving, en/of voor de bank die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd?

1. Inleiding

De Hoge Raad heeft de afgelopen jaren een aantal arresten gewezen waarin de vraag centraal stond welke gevolgen zijn verbonden aan een door de schuldenaar rondom de faillissementsdatum verrichte girale betaling. Een girale betaling gaat (onder meer) gepaard met een door de schuldenaar gegeven (en – voor zover nodig² – door zijn bank aanvaarde) betalingsopdracht, de debitering van de bankrekening van de schuldenaar en de creditering van de bankrekening van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). Daarnaast zijn – wanneer de schuldenaar en de schuldeiser een rekening aanhouden bij verschillende banken – uitvoeringshandelingen nodig op het niveau van die banken, in het bijzonder in hun relatie tot De Nederlandsche Bank (DNB), bij wie zij op hun beurt een rekening aanhouden.

De uitvoering van de door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht leidt tot een *rechtstreekse* betaling door de schuldenaar aan zijn schuldeiser, waarmee de schuldenaar aan zijn verbintenis jegens de schuldeiser voldoet. Men hoede zich voor de (onjuiste) gedachte dat bij een girale betaling sprake zou zijn van een betaling door de bank van de schuldenaar aan de door hem aangewezen begunstigde

(dan wel aan de bank van de begunstigde).³ Een dergelijke – primitieve – benadering van het girale betalingsverkeer spoort niet met de bedoeling van partijen en geeft voeding aan de (eveneens onjuiste) gedachte dat de bank van de schuldenaar bij het uitvoeren van een betalingsopdracht steeds een tegenvordering op de schuldenaar zou verkrijgen (kennelijk tot vergoeding van het door de bank ten behoeve van de schuldenaar aan de (bank van de) schuldeiser betaalde bedrag), welke tegenvordering vervolgens in rekening-courant zou worden verrekend.⁴ Dat men hier aan verrekening niet toekomt, behoeft eigenlijk geen betoog. Voor verrekening is ten minste vereist dat tussen partijen twee tegengestelde posten bestaan: een *vordering* en een *schuld*.⁵ Daarvan is in de verhouding tussen de schuldenaar en diens bank geen sprake, noch bij een door de schuldenaar verrichte girale betaling ten laste van een bankrekening met een *creditstand*, noch bij een door de schuldenaar verrichte girale betaling ten laste van een bankrekening met een *debetstand*. In eerstgenoemd geval komt de bank bij het uitvoeren van de betalingsopdracht slechts (een deel van haar) verbintenis uit hoofde van het bestaande creditsaldo na en is van een vordering van de bank jegens de schuldenaar geen sprake. In laatstgenoemd geval verkrijgt de bank weliswaar een vordering op de schuldenaar – de uitvoering van de betalingsopdracht gaat immers gepaard met kredietverlening – maar met die vordering wordt het bestaande debetsaldo van de bankrekening van de schuldenaar slechts verhoogd; de boeking van de desbetreffende vordering in de tussen partijen bestaande rekening-courant leidt – bij

¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: N.E.D. Faber, 'Girale betaling door de schuldenaar rondom de faillissementsdatum', TvI 2022/31. N.E.D. Faber is hoogleraar burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht) en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof 's-Gravenhage.

² Zie ook hierna voetnoot 37.

³ Zie hierover N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 3, 4, 187 en 466, en *idem*, noot onder HR 28 april 2006, JOR 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*). Overigens maakt de Hoge Raad zich in dit verband wel eens schuldig aan minder zuiver taalgebruik. Zo spreekt de Hoge Raad in het arrest *Huijzer q.q./Rabobank* in r.o. 3.2 over "bedragen die de bank na de faillietverklaring aan een derde heeft voldaan" en spreekt hij in r.o. 3.3 over "hetgeen ingevolge de betalingsopdracht door de bank is betaald" respectievelijk over een op de bank rustende "verbintenis tot het doen van een betaling". Vgl. ook de Conclusie van A-G Huydecoper vóór het arrest *Huijzer q.q./Rabobank*, onder 17, waarin wordt gesproken over "de partij die de betaling van de bank ontving". Zie voor een – eveneens onjuiste – *goederenrechtelijke* benadering van het girale betalingsverkeer Hof Amsterdam 11 september 2003, JOR 2004/142, m.nt. RJA; Rb. Haarlem 23 maart 2005, JOR 2005/261, m.nt. SRD; Rb. Utrecht 21 september 2005, JOR 2005/287, m.nt. RJA; en Rb. Amsterdam 19 januari 2006, JOR 2006/111. Zie ook (in dezelfde onjuiste zin) Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005 (arrest *a quo*), te kennen uit HR 26 januari 2007, JOR 2007/79, m.nt. NEDF (*Ontvanger/Kerseboom*). In laatstgenoemd arrest maakt de Hoge Raad met de "goederenrechtelijke" benadering van het girale betalingsverkeer (terecht) korte metten.

⁴ Mij zijn overigens geen arresten van de Hoge Raad bekend waarin ter zake van de debitering van een bankrekening (met een creditstand dan wel een debetstand) van een dergelijke "verrekeningsbenadering" wordt uitgegaan. Anders ligt dit (logischerwijs) met betrekking tot de creditering van een bankrekening met een debetstand, wanneer de rekeninghouder een girale betaling ontvangt van een debiteur. Zie hierover meer uitvoerig N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 4 en 187, alsmede hoofdstukken 7 en 8, *passim*, en *idem*, noot onder HR 28 april 2006, JOR 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*).

⁵ Zie art. 6:127 lid 2 BW.

gebreke van een schuld van de bank aan de schuldenaar – niet tot verrekening.⁶

Wat betreft een girale betaling door de schuldenaar rondom de datum van zijn faillietverklaring, moeten diverse gevallen worden onderscheiden. In deze bijdrage bespreek ik achtereenvolgens:

- (i) een door de schuldenaar verrichte girale betaling die reeds vóór datum faillissement is voltooid;
- (ii) een door de schuldenaar verrichte girale betaling waartoe reeds vóór datum faillissement opdracht is gegeven maar die eerst na datum faillissement is voltooid; en
- (iii) een door de schuldenaar verrichte girale betaling waartoe eerst na datum faillissement opdracht is gegeven en die eerst na datum faillissement is voltooid.

In het onder (i) genoemde geval kan de curator in het nadien uitgesproken faillissement van de schuldenaar trachten het aan de schuldeiser betaalde bedrag met een beroep op de actio Pauliana terug te vorderen. In dat verband zijn de art. 42 e.v. Fw van belang. Het maakt voor de beoordeling van de vraag of de curator het door de schuldenaar betaalde bedrag van de schuldeiser kan terugvorderen, geen verschil of de betaling heeft plaatsgevonden ten laste van een bankrekening met een *credit*stand dan wel ten laste van een bankrekening met een *debet*stand.⁷ In beide gevallen zal (in beginsel) van de vereiste benadeling van schuldeisers sprake zijn. De actio Pauliana speelt geen rol in de onder (ii) en (iii) genoemde gevallen. Voor de toepassing van de actio Pauliana is immers vereist dat de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling vóór datum faillissement heeft plaatsgevonden, c.q. vóór datum faillissement is voltooid,⁸ hetgeen met betrekking tot de onder (ii) en (iii) genoemde girale betalingen niet het geval is. Een girale betaling vindt – gelet op art. 6:114 lid 2 BW – immers eerst plaats op het tijdstip waarop de bankrekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd.⁹

Voor het onder (ii) genoemde geval is met name het arrest *JPR/Gunning q.q.*¹⁰ van belang. Voorts kan worden gewezen op het arrest *Vis q.q./NMB*,¹¹ dat dezelfde problematiek betreft. Geeft de schuldenaar vóór zijn faillietverklaring een betalingsopdracht aan de bank en wordt de betaling eerst na (de aanvang van de dag van) de faillietverklaring (met de creditering van de bankrekening van de schuldeiser) voltooid, dan kan de curator in het nadien uitgesproken faillissement het betaalde zonder meer op de voet van art. 23 Fw, c.q. het aan dit artikel ten grondslag liggende beginsel, van

de schuldeiser terugvorderen. Dit laatste geldt – voor faillissementen uitgesproken na 20 maart 2015 – ongeacht of de betaling via één bank of via meerdere banken heeft plaatsgevonden, c.q. ongeacht of de schuldenaar en de schuldeiser een rekening aanhielden bij dezelfde bank dan wel bij verschillende banken.¹² Beslissend is ingevolge art. 6:114 lid 2 BW steeds het moment (vóór of na de faillissementsdatum) waarop de bankrekening van de schuldeiser werd gecrediteerd.¹³ Voor de vraag of aan de curator in het faillissement van de schuldenaar in een geval zoals hier bedoeld, op de voet van art. 23 Fw een vordering jegens de schuldeiser toekomt, maakt het geen verschil of de bankrekening van de schuldenaar ten laste waarvan de betalingsopdracht is uitgevoerd, een *credit*stand of een *debet*stand vertoonde.¹⁴ De terugvordering van het betaalde op de voet van art. 23 Fw kan plaatsvinden zowel wanneer door de girale betaling het actief van de schuldenaar is verminderd, als wanneer diens passief is vermeerderd.¹⁵ In beide gevallen is het voldoende dat de curator stelt – en zo nodig bewijst – dat de betalingsopdracht door de schuldenaar vóór datum faillissement is gegeven en dat de creditering van de bankrekening van de schuldeiser eerst na datum faillissement is geschied. De curator behoeft niet aan te tonen dat de schuldeiser enigerlei vorm van wetenschap had, waaronder wetenschap van benadeling of wetenschap dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd, was te verwachten of reeds was uitgesproken.

Het onder (iii) genoemde geval dient te worden beoordeeld tegen de achtergrond van de arresten *Huijzer q.q./Rabobank*,¹⁶ *ING/Manning q.q.*¹⁷ en *RFH/Wittekamp q.q.*¹⁸ Uit deze arresten volgt dat een door de schuldenaar eerst na de aanvang van de dag van diens faillietverklaring gegeven betalingsopdracht en de daaruit resulterende debitering van zijn bankrekening *niet* aan de failliete boedel kunnen worden tegengeworpen. Het gevolg daarvan is dat rehtens (en voor zover het de afwikkeling van de failliete boedel betreft) geen wijziging is gebracht in het per faillissementsdatum bestaande credit- of debetsaldo van de bankrekening van de schuldenaar. De curator kan in geval van een

6 Zie art. 6:140 jo. art. 6:127 lid 2 BW.

7 Voor de beoordeling van de voorliggende kwestie maakt het evenmin verschil of de betalingsopdracht door de schuldenaar *zelf* is gegeven of dat de girale betaling het gevolg is van het gebruik door de schuldeiser van een door de schuldenaar aan hem gegeven machtiging tot automatische incasso. Dit laatste staat aan de toepassing van de actio Pauliana niet in de weg.

8 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 295. Zie ook hierna § 2.

9 Zie in dit verband ook HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*). Vgl. voorts HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1, m.nt. JBMV (*Vis q.q./NMB*).

10 HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*).

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

12 Zie HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*).

13 Voor faillissementen uitgesproken vóór of op 20 maart 2015 (de datum waarop het arrest *JPR/Gunning q.q.* is gewezen) is een ander moment beslissend. Zie hierna § 3.

14 Voor de beoordeling van de voorliggende kwestie maakt het evenmin verschil of de betalingsopdracht door de schuldenaar *zelf* is gegeven of dat de girale betaling het gevolg is van het gebruik door de schuldeiser van een door de schuldenaar aan hem gegeven machtiging tot automatische incasso. Dit laatste staat aan de toepassing van art. 23 Fw niet in de weg.

15 Dit wordt bevestigd in HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*).

16 HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223, m.nt. NEDF (*Huijzer q.q./Rabobank*).

17 HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236, m.nt. NEDF (*ING/Manning q.q.*).

18 HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*). Hoewel de Hoge Raad in de weergave van de feiten niet met zoveel woorden aangeeft dat de betalingsopdracht ook in dit geval eerst na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de schuldenaar is gegeven, kan dit wel worden afgeleid uit het feit dat de betaling (krachtens een machtiging tot automatische incasso) eerst op 3 oktober 2012 (een dag na de faillissementsdatum) heeft plaatsgevonden, alsmede uit de relevante rechtsoverwegingen van de Hoge Raad. Het lijdt mijns inziens dan ook geen twijfel dat het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* – evenals de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* – betrekking heeft op het door mij onder (iii) genoemde geval.

creditsaldo dan ook betaling van de bank verlangen van het saldo zoals dit per faillissementsdatum bestond. Hij kan de latere debitering van de bankrekening van de schuldenaar negeren. In geval van een *debetsaldo* kan de curator de verdere debitering van de bankrekening van de schuldenaar negeren. Hij kan zich op het standpunt stellen dat de bank in het faillissement van de schuldenaar (afgezien van andere mutaties) slechts een vordering kan doen gelden ten belope van het debetsaldo zoals dit per faillissementsdatum bestond. Bij het voorafgaande maakt het volgens de Hoge Raad geen verschil of de bank die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, bij die uitvoering al dan niet te goeder trouw was, c.q. of de betalingsopdracht heeft plaatsgevonden vóór dan wel na het moment van de bekendmaking van de faillietverklaring, c.q. het moment waarop de bank met de faillietverklaring van de schuldenaar bekend was of behoorde te zijn. Een en ander houdt verband met de juridische duiding door de Hoge Raad van een betalingsopdracht en de daaruit resulterende gevolgen, alsmede met de uitleg die de Hoge Raad geeft aan art. 52 Fw.¹⁹ In de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* ging het om een geval waarin de curator de bank van de schuldenaar (met succes) aansprak tot afdracht van (het gedeelte van) het positieve saldo waarmee de bankrekening van de schuldenaar na datum faillissement (zonder werking jegens de failliete boedel) was gedebiteerd. Het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* betreft een geval waarin de curator (zonder succes) niet de bank van de schuldenaar maar de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) aansprak tot afdracht van het door hem ontvangene. Uit laatstgenoemd arrest volgt met zoveel woorden dat de curator hetgeen door de schuldenaar na het intreden van diens faillissement aan de schuldeiser is betaald, op de voet van art. 23 Fw slechts van die schuldeiser kan terugvorderen, indien en voor zover de betaling heeft geresulteerd in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering van het passief.²⁰ In een geval zoals onder (iii) bedoeld, waarin de betalingsopdracht eerst na (de aanvang van de dag van) de faillietverklaring is gegeven, is daarvan geen sprake, nu de betalingsopdracht en de debitering van de bankrekening van de schuldenaar ter uitvoering daarvan niet aan de failliete boedel kunnen worden toegeworpen.²¹ Zulks brengt met zich dat hier evenmin kan

worden gesproken van een ontoelaatbare doorbreking van de *paritas creditorum*. De *paritas creditorum* ziet immers slechts op de gelijke behandeling waarop schuldeisers aanspraak hebben bij de voldoening van hun vorderingen uit de opbrengst van de goederen van de schuldenaar (art. 3:277 BW).²² In een geval zoals onder (iii) bedoeld, komt de betaling nu juist niet ten laste van diens goederen, nu door de debitering van de bankrekening van de schuldenaar rechtegens geen wijziging is gebracht in het (werkelijke) credit- of debetsaldo van die rekening. De betaling heeft niet plaatsgevonden uit een actief van de failliete boedel en door de betaling is geen aanspraak op de failliete boedel ontstaan, c.q. een aanspraak die in het faillissement van de schuldenaar geldend kan worden gemaakt. Hierin – en niet in de vraag of de bankrekening ten laste waarvan de girale betaling heeft plaatsgevonden, een creditstand dan wel een debetstand vertoonde – is het wezenlijke verschil gelegen tussen de onder (ii) en (iii) genoemde gevallen. Uit het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* wordt door sommigen wel anders afgeleid,²³ maar dat is – zoals ik hierna nog nader zal toelichten – niet juist. Het berust op een verkeerde lezing van het arrest en getuigt van onvoldoende begrip van de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad op dit terrein en de betekenis van het fixatiebeginsel voor de voorliggende problematiek. Met het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* bouwt de Hoge Raad slechts op een logische wijze voort op de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* Uitgaande van de juistheid van die beide arresten, is het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* eveneens juist.

In § 3 en § 4 bespreek ik de hiervóór onder (ii) en (iii) genoemde gevallen meer uitvoerig. Voor de volledigheid wijd ik in § 2 echter eerst nog enkele opmerkingen aan de door de schuldenaar verrichte girale betaling die reeds vóór datum faillissement is voltooid (het hiervóór onder (i) genoemde geval). Ik sluit in § 5 af met enkele slotopmerkingen.

2. Een door de schuldenaar verrichte girale betaling die vóór datum faillissement is voltooid

Heeft de schuldenaar reeds vóór datum faillissement een girale betaling verricht, dan kan de curator in het nadien uitgesproken faillissement trachten die betaling met een beroep op de *actio Pauliana* te vernietigen.²⁴ Voor de vraag of een rechtshandeling (waaronder een girale betaling) vóór of na de faillietverklaring heeft plaatsgevonden, is beslissend of de rechtshandeling vóór of na de aanvang van de dag

19 In mijn JOR-annotaties van de genoemde arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* heb ik de analyse van de Hoge Raad op dit punt bekritiseerd. Zie ook hierna § 4.

20 Zie HR 28 januari 2022, JOR 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.3.3. De Hoge Raad spreekt in r.o. 3.2.1, 3.2.2 en 3.3.1 niet geheel zuiver over "het passief van de boedel". Daarmee doelt de Hoge Raad op het passief van de schuldenaar dat wordt gevormd door de vorderingen waarvoor schuldeisers in diens faillissement kunnen opkomen of die zij anderszins tijdens het faillissement geldend kunnen maken. In r.o. 3.3.3 spreekt de Hoge Raad over een betaling waardoor "geen aanspraak op de boedel" is ontstaan. Ook dit is niet geheel zuiver. De Hoge Raad doelt hiermee niet op (het ontbreken van) een boedelvordering.

21 Van een vermindering van het actief van de schuldenaar zou sprake zijn geweest, indien de debitering van de bankrekening van de schuldenaar met een creditstand aan de failliete boedel had kunnen worden toegeworpen. Van een vermeerdering van het passief van de schuldenaar zou sprake zijn geweest, indien de debitering van de bankrekening van de schuldenaar met een debetstand aan de failliete boedel had kunnen worden toegeworpen. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat hij aan beide mogelijkheden heeft gedacht. Zie ook hierna § 4.

22 De Hoge Raad verwijst in het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* in dit verband naar HR 17 januari 2014, JOR 2014/214, m.nt. IS (*X/Unitco*), r.o. 3.3.2.

23 Zie (met aarzelingen) B.F.M. Vulto, 'Uitgaande girale betalingen tijdens faillissement', *Tvl* 2022/18. Zie ook E.A.H. ten Berge, noot onder Rb. Rotterdam 23 februari 2022, JOR 2022/162. Vgl. voorts de Conclusie van A-G Snijders vóór HR 28 januari 2022, JOR 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), in het bijzonder nrs. 3.5-3.7 en 3.22.

24 Als alternatief kan de curator ten behoeve van de benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad instellen jegens de begunstigde van de betaling. Een dergelijke *Peeters q.q./Gatzen*-vordering (vernoemd naar HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, m.nt. BW) laat de door de schuldenaar aan de schuldeiser verrichte girale betaling echter onverlet. Ik laat haar in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

van de faillietverklaring is voltooid.²⁵ In dat verband is met betrekking tot een girale betaling – gelet op art. 6:114 lid 2 BW – beslissend of de bankrekening van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de schuldenaar reeds was gecrediteerd. Eerst met de creditering van de bankrekening van de schuldeiser heeft de schuldenaar aan zijn verbintenis tot betaling van de door hem verschuldigde geldsom voldaan.

Voor rechtshandelingen die de schuldenaar eerst na de aanvang van de dag van diens faillietverklaring heeft verricht, heeft de actio Pauliana geen betekenis. Deze rechtshandelingen kunnen reeds op grond van de art. 23 en/of 24 Fw niet aan de failliete boedel worden tegengeworpen; zij zijn relatief nietig.²⁶ Voor een girale betaling betekent een en ander dat deze niet aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen, indien de bankrekening van de schuldeiser eerst na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de schuldenaar is gecrediteerd, ongeacht of de betalingsopdracht reeds vóór of eerst na de aanvang van die dag is gegeven, en ongeacht op welk moment de debitering van de bankrekening van de schuldenaar heeft plaatsgevonden. Is de betalingsopdracht na datum faillissement gegeven, dan kan (volgens de Hoge Raad) ook die betalingsopdracht zelf (en hetgeen ter uitvoering daarvan is geschied) niet aan de failliete boedel worden tegengeworpen.²⁷

Betrof de door de schuldenaar vóór zijn faillietverklaring verrichte (en voltooide) girale betaling een opeisbare schuld, dan is sprake van een verplicht verrichte rechtshandeling. De betaling is aan te merken als de “voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld” in de zin van art. 47 Fw. Had daarentegen de girale betaling door de schuldenaar betrekking op een niet-opeisbare schuld, dan is zij als een onverplicht verrichte rechtshandeling te kwalificeren en valt zij binnen de reikwijdte van art. 42 Fw.²⁸ Een girale betaling – of zij nu onverplicht of verplicht is verricht – zal in veel gevallen zijn gebaseerd op een aan die betaling ten

grondslag liggende overeenkomst (of andersoortige rechtshandeling). Het aangaan van die overeenkomst zelf zal in de regel een onverplicht verrichte rechtshandeling zijn. Een girale betaling kan aldus ook indirect worden bestreden door het beroep op de actio Pauliana te richten tegen de overeenkomst waarop die betaling is gebaseerd, c.q. waaruit de verplichting voortvloeit om te zijner tijd tot betaling over te gaan.²⁹

In deze bijdrage laat ik een meer uitvoerige bespreking van de vereisten voor een geslaagd beroep op de actio Pauliana achterwege. Ik neem tot uitgangspunt dat de girale betaling door de schuldenaar tot benadeling van schuldeisers heeft geleid, waarbij verder in het midden kan blijven of de betaling heeft plaatsgevonden ten laste van een bankrekening met een creditstand dan wel ten laste van een bankrekening met een debetstand. Zoals bekend, kan de benadeling van schuldeisers zijn gelegen in een vermindering van het actief van de schuldenaar, of in een toename van diens passief, alsmede in een verstoring van de *paritas creditorum*, c.q. in het teweegbrengen van een wijziging in de tussen de schuldeisers bestaande rangorde.³⁰ Ik neem eveneens tot uitgangspunt dat wat betreft het toepasselijke wetenschapsvereiste (aangaande de relevante partijen die bij de girale betaling zijn betrokken) aan het bepaalde in art. 42 Fw respectievelijk art. 47 Fw is voldaan.

De rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op de actio Pauliana zijn in beginsel voor onverplicht verrichte girale betalingen en verplicht verrichte girale betalingen gelijk. De schuldeiser die de betaling heeft ontvangen, moet ingevolge art. 51 lid 1 Fw het door hem ontvangene aan de curator (c.q. aan de failliete boedel) teruggeven, en wel met inachtneming van het bepaalde in afdeling 6.4.2 BW (onverschuldigde betaling). Uit het arrest *Kuijsters/Gaalman q.q.*³¹ volgt dat het doel en de strekking van de actio Pauliana zich ertegen verzetten dat de schuldeiser zijn schuld aan de failliete boedel (de teruggaveverplichting) verrekent met een tegenvordering op de schuldenaar.³² Hetgeen door een paulianeuze rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen, moet daarin daadwerkelijk (derhalve zonder verrekening of opschorting) weer worden teruggebracht. Alleen dan wordt de benadeling van schuldeisers (de ontstane ongelijkheid van schuldeisers) opgeheven.³³

25 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 295. De faillietverklaring werkt op grond van art. 23 Fw in beginsel terug tot de aanvang van de dag waarop zij werd uitgesproken. Aan de in de wet neergelegde uitzonderingen op deze regel ga ik hier voorbij.

26 Zie *Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)*, p. 339-340 en 360-362, alsmede Kortmann/Faber, *Wetswijzigingen*, Deventer 1995, p. 466. Vgl. ook HR 31 mei 1963, *NJ* 1966/340 (*Tripels q.q./Van Rooijen*); HR 11 januari 1980, *NJ* 1980/563, m.nt. BW (*Aalburgse bandencentrale*); HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223, m.nt. NEDF (*Huijzer q.q./Rabobank*) en HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*). Is de boedel als gevolg van een door de schuldenaar na datum faillissement verrichte rechtshandeling gebaat, dan bindt die rechtshandeling de boedel wel, maar ook in dat geval komt de actio Pauliana niet voor toepassing in aanmerking. De rechtshandeling is immers eerst na de faillietverklaring verricht en zij leidt – nu de failliete boedel erdoor wordt gebaat – niet tot benadeling van schuldeisers.

27 Zie HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223, m.nt. NEDF (*Huijzer q.q./Rabobank*) en HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236, m.nt. NEDF (*ING/Manning q.q.*). Een vóór datum faillissement gegeven betalingsopdracht en de daaruit resulterende debitering van de bankrekening van de schuldenaar kunnen wel aan de failliete boedel worden tegengeworpen. Of de actio Pauliana kan worden gericht tegen een dergelijke door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht, laat ik hier rusten. Hetzelfde geldt voor de vraag of de curator onder omstandigheden op andere gronden kan trachten met een actie jegens de bank van de schuldenaar aan de gevolgen van de gegeven betalingsopdracht te ontkomen of die gevolgen voor de boedel te mitigeren.

28 Vgl. ook de art. 42a, 43 en 45 Fw. Zie omtrent het onverplichte of verplichte karakter van een rechtshandeling meer uitvoerig N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 299, 301, 314 en 315.

29 Zie *Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I)*, p. 435. Zie ook N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 299 en 315.

30 Zie omtrent het vereiste van benadeling van schuldeisers meer uitvoerig N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 303-305.

31 HR 30 november 1994, *NJ* 1995/626, m.nt. Pvs (*Kuijsters/Gaalman q.q.*).

32 Overigens zou ik menen dat art. 53 lid 1 Fw zelf reeds aan een beroep op verrekening in de weg staat. Zie hierover N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 461. Zie in dezelfde zin S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *AA* 1995, p. 130-133 en 572-577, en *idem*, *WPNR* 6249 (1996), p. 903.

33 Zie in verband met de reikwijdte van de door de Hoge Raad in het arrest *Kuijsters/Gaalman q.q.* geformuleerde regel N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 329-331 en 461; *idem*, ‘Actio Pauliana en verrekening’, in: *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen 2008, p. 187-188 en 192; *idem*, noot onder Rb. Amsterdam 28 oktober 2009, *JOR* 2010/30; en *idem*, noot onder Hof ’s-Hertogenbosch 1 september 2009, *JOR* 2010/27. Zie ook S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *AA* 1995, p. 133, 574-575 en 774; en *idem*, *WPNR* 6249 (1996), p. 903. Zie voor een voorbeeld van de toepassing van de regel van het arrest *Kuijsters/Gaalman q.q.* ter zake van een beroep op een opschortingsrecht Hof ’s-Gravenhage 9 november 2004, *JOR* 2005/283, en Rb. Rotterdam 12 september 2012, *LJN* BX8521.

De oorspronkelijke vordering van de schuldeiser, die als gevolg van de vernietiging van de girale betaling (achteraf bezien) niet is voldaan, ondergaat door het geslaagde beroep op de actio Pauliana geen wijziging. Die vordering kan op de voet van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement worden ingediend en een eventuele voorrang die aan de vordering was verbonden (voortvloeiend uit pand, hypotheek, voorrecht of een andere in de wet aangegeven grond), is blijven bestaan.³⁴ Die voorrang kan dan ook onverkort geldend worden gemaakt. Ook kan de schuldeiser zijn oorspronkelijke vordering op de voet van art. 53 Fw verrekenen met een daarvoor in aanmerking komende schuld.³⁵ Zoals gezegd, kan die schuld echter niet zijn de teruggaveverplichting aan de failliete boedel die het gevolg is van het geslaagde beroep op de actio Pauliana.

3. Een door de schuldenaar verrichte girale betaling waartoe reeds vóór datum faillissement opdracht is gegeven maar die eerst na datum faillissement is voltooid

Heeft de schuldenaar reeds vóór de aanvang van de dag van diens faillietverklaring opdracht gegeven tot een girale betaling, die eerst na de aanvang van die dag tot creditering van de bankrekening van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) heeft geleid, dan komt men – zoals hier vóór besproken – aan de toepassing van de actio Pauliana niet toe. De girale betaling heeft in dit geval eerst na datum faillissement plaatsgevonden, c.q. is eerst na datum faillissement met de creditering van de bankrekening van de schuldeiser voltooid.³⁶ In het navolgende ga ik ervan uit dat de betalingsopdracht door de schuldenaar vóór datum faillissement is gegeven en (voor zover nodig) door de bank van de schuldenaar is aanvaard, dat ook de debitering van de bankrekening van de schuldenaar vóór datum faillissement heeft plaatsgevonden, maar dat de creditering van de

bankrekening van de schuldeiser eerst na datum faillissement is geschied.³⁷

Volgens het arrest *Vis q.q./NMB*³⁸ brengt het beginsel van art. 23 Fw in een geval zoals hier bedoeld, met zich dat de curator in het faillissement van de schuldenaar het aldus betaalde van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) kan terugvorderen, indien de bank aan wie de betalingsopdracht 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.” Het ging in dit arrest om een girale betaling tussen een schuldenaar (De Groot) en een schuldeiser (NMB) die een rekening aanhielden bij dezelfde bank (de Postgiro). De Hoge Raad oordeelde dat in dat geval ook de creditering van de bankrekening van de schuldeiser (NMB) vóór de aanvang van de dag van de faillietverklaring moest zijn geschied, wil de terugvordering van het overgemaakte bedrag door de curator (op de in het arrest aangegeven grond) uitgesloten zijn. Ook de creditering van de bankrekening van de schuldeiser (NMB) geschiedt in een geval zoals hier bedoeld, volgens de Hoge Raad door de bank (de Postgiro) als opdrachtnemer van de schuldenaar (De Groot), zij het dat zij daarmee tevens voldoet aan de verplichtingen die uit haar rechtsverhouding tot de schuldeiser (NMB) als rekeninghouder voortvloeien. De Hoge Raad gaf in het arrest *Vis q.q./NMB* niet (duidelijk) aan welk moment beslissend is indien de girale betaling via meerdere banken verloopt, c.q. indien de schuldenaar en de schuldeiser een rekening aanhouden bij verschillende banken. Die vraag stond centraal in het later gewezen arrest *JPR/Gunning q.q.*³⁹ In dat arrest stelt de Hoge Raad voorop dat bij een girale overboeking de betaling geschiedt op het tijdstip waarop de bankrekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd. Eerst dan heeft de schuldenaar aan zijn verbintenis tot betaling van de door hem verschuldigde geldsom voldaan, hetgeen – zoals hiervóór reeds meermalen vermeld – volgt uit art. 6:114 lid 2 BW. De Hoge Raad laat daarop volgen:

37 Is de betalingsopdracht reeds vóór datum faillissement gegeven en aanvaard, maar heeft de debitering van de bankrekening van de schuldenaar eerst na datum faillissement plaatsgevonden, dan behoeft dat voor de analyse geen verschil te maken. Gaat het om de debitering van een bankrekening met een creditstand, en was de bank daarbij te goeder trouw, dan kan kan zij zich ter zake van de nakoming van haar verbintenis jegens de schuldenaar op de bescherming van art. 52 Fw beroepen. Vgl. N.E.D. Faber, noot onder HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*). Gaat het om de debitering van een bankrekening met een debetstand, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde en kan de bank haar daaruit resulterende vordering op de rekeninghouder op de voet van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement indienen (of anderszins ten laste van de failliete boedel geldend maken). Ik zou overigens menen dat een door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht alleen dan door diens bank behoeft te worden aanvaard, indien de bank bij de uitvoering van die opdracht – in afwijking van of in aanvulling op hetgeen partijen reeds waren overeengekomen – krediet aan de rekeninghouder verstrekt. De nakoming door de bank van een op haar rustende verbintenis jegens de rekeninghouder uit hoofde van diens bestaande creditsaldo of een toegestane trekking door de rekeninghouder onder een bestaand kredietarrangement behoeft geen (hernieuwde) instemming van de zijde van de bank. Zie in dit verband ook N.E.D. Faber, noot onder HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*) en *idem*, noot onder HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236 (*ING/Manning q.q.*).

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

39 HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*).

34 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 329. Zie voor de vraag welke vorderingen naar geldend recht voor verificatie in een faillissement in aanmerking komen, in het bijzonder HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. GAJB (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) en HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, m.nt. NEDF en NSGJV (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

35 Bij de beoordeling van de vraag of in een concreet geval sprake is van benadeling van schuldeisers, moet uiteraard rekening worden gehouden met een eventuele voorrangsaanspraak van de schuldeiser of met diens eventuele bevoegdheid tot verrekening. Een en ander kan met zich brengen dat van benadeling van schuldeisers in het concrete geval geen sprake is, zodat er geen grond bestaat voor een beroep op de actio Pauliana. De vernietiging van de girale betaling blijft dan achterwege.

36 Zie art. 6:114 lid 2 BW. Zie ook HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*). Vgl. voorts HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1, m.nt. JBMV (*Vis q.q./NMB*).

- (a) dat alle banken en intermediairs die bij de uitvoering van de opdracht zijn betrokken, waaronder ook de bank van de schuldeiser – die ervoor moet zorgdragen dat de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd –, zijn aan te merken als instanties van wier diensten de schuldenaar direct of indirect gebruik maakt bij de betaling;
- (b) dat het meer strookt 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 faillissementstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd;⁴⁰ en
- (c) dat dit bovendien als belangrijke voordelen heeft ten opzichte van de regel van het arrest *Vis q.q./NMB* (i) dat niet meer behoeft te worden nagegaan wanneer de bank van de schuldenaar alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling – hetgeen praktisch moeilijk kan zijn en bovendien kan leiden tot uitkomsten die naar gelang de (soms toeval- lige) omstandigheden kunnen verschillen – en (ii) dat het in dit verband geen verschil meer maakt of het gaat om een rekening van de schuldeiser bij dezelfde of bij een andere bank.

Dat de bankrekening van de schuldenaar vóór de datum van diens faillietverklaring reeds was gedebiteerd of dat de betalingsopdracht toen niet meer kon worden ingetrokken of de uitvoering van die opdracht niet meer kon worden voorkomen, is voor de vraag of de curator het betaalde op de voet van art. 23 Fw van de schuldeiser kan terugvorderen, niet van belang. Beslissend is steeds of de girale betaling per datum faillissement reeds was voltooid. Het arrest *JPR/Gunning q.q.* sluit op dit punt aan bij hetgeen in de literatuur reeds werd betoogd.⁴¹

Mijns inziens had de Hoge Raad zonder problemen met het voorafgaande kunnen volstaan.⁴² Hij had zonder veel omhaal kunnen overwegen dat het arrest *Vis q.q./NMB* (waarin overigens reeds wordt verwezen naar de regel die thans in art. 6:114 lid 2 BW is neergelegd) in deze zin moest worden begrepen, of hij had het arrest *JPR/Gunning q.q.* kunnen inrichten als een verfijning of verbetering van de centrale overweging (r.o. 3.2) uit het arrest *Vis q.q./NMB*. De Hoge Raad beperkt de werking van de regel uit het arrest *JPR/Gunning q.q.* echter tot nieuwe faillissementen, dat wil zeggen faillissementen uitgesproken na de datum waarop het arrest is gewezen (20 maart 2015). Hij komt tot dit oordeel “nu valt aan te nemen dat de faillissementspraktijk is ingesteld op de regel van het arrest *Vis q.q./NMB* en het onwenselijk is

dat kan worden teruggekomen van hetgeen in dit verband is afgedaan of als afgedaan mag worden beschouwd.” Dat de faillissementspraktijk zich had ingesteld op de regel van het arrest *Vis q.q./NMB*, heb ik niet kunnen constateren en komt mij ook niet erg aannemelijk voor. In het arrest *Vis q.q./NMB* ontbreekt – zoals gezegd – een (duidelijk) oordeel over een geval zoals hier aan de orde, waarbij de girale betaling via meerdere banken verloopt. Het ligt meer voor de hand dat de faillissementspraktijk – evenals de rest van de civiele rechtspraktijk – zich (in ieder geval) na 1 januari 1992 had ingesteld op de regel van art. 6:114 lid 2 BW en juist om de redenen die de Hoge Raad in het arrest *JPR/Gunning q.q.* formuleert, erop vertrouwd dat daaraan in de rechtspraak de logische en juiste conclusies zouden worden verbonden. Dat het onwenselijk is dat kan worden teruggekomen van hetgeen is afgedaan of als afgedaan mag worden beschouwd, moge zo zijn, maar dat geldt bij iedere uitspraak waarin de Hoge Raad afwijkt van eerdere jurisprudentie of waarin de Hoge Raad daarop een nuancering aanbrengt. In de regel verbindt de Hoge Raad daaraan niet de consequentie dat zijn uitspraak slechts voor de toekomst werking heeft. In het geval van *JPR/Gunning q.q.* heeft de afwijking waartoe de Hoge Raad komt, ook nog eens bijzonder weinig om het lijf, met name nu er steeds minder tijd is gelegen tussen de diverse handelingen waarmee de uitvoering van een girale betaling gepaard gaat. Waarom grijpt de Hoge Raad juist dit geval aan voor het geven van een regel van rechterlijk overgangsrecht? Hoe uitzonderlijk dit laatste is, wordt duidelijk wanneer men bedenkt dat de Hoge Raad dat doorgaans zelfs niet nodig vindt wanneer hij “omgaat”. Bij wijze van voorbeeld noem ik het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*,⁴³ waarin de Hoge Raad zowel ter zake van de vraag welke schulden als boedelschulden kunnen of moeten worden aangemerkt, als ter zake van de vraag welke vorderingen voor verificatie in het faillissement van de schuldenaar in aanmerking komen, fundamenteel van zijn eerdere jurisprudentie afwijkt. Verder moet worden bedacht dat het voor de uitkomst van het aan de Hoge Raad in de zaak *JPR/Gunning q.q.* voorgelegde geschil niet uitmaakte of de regel van het arrest *Vis q.q./NMB* (zoals door de Hoge Raad uitgelegd) zou worden gevolgd dan wel de regel zoals die door de Hoge Raad in het arrest *JPR/Gunning q.q.* voor de toekomst is geformuleerd. De curator zou in beide gevallen het betaalde van de schuldeiser hebben kunnen terugvorderen.

Wat hiervan verder ook zij, uit het arrest *JPR/Gunning q.q.* volgt voor faillissementen uitgesproken vóór of op 20 maart 2015, dat de curator het door de schuldenaar betaalde bedrag op de voet van art. 23 Fw slechts van de schuldeiser kan terugvorderen, indien de bank van de schuldenaar “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.” Geschiedde de betaling via één en dezelfde bank, dan is – zoals gezegd – beslissend of de bankrekening van de schuldeiser bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de

40 Behalve op (het beginsel van) art. 23 Fw kan in dit verband worden gewezen op het bepaalde in art. 35 lid 1 Fw en art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW. Zie HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDE (*JPR/Gunning q.q.*), r.o. 3.5.2. Vgl. ook HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1, m.nt. JBMV (*Vis q.q./NMB*), r.o. 3.2.

41 Zie in het bijzonder S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, noot onder Rb. 's-Gravenhage 10 december 1997, *JOR* 1998/48 en 49; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Tvl* 1998, p. 55-56; en N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nrs. 295 en 465.

42 Zie N.E.D. Faber, noot onder HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251 (*JPR/Gunning q.q.*).

43 HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. GAJB (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

schuldenaar reeds was gecrediteerd. Vond de betaling plaats via verschillende banken (in het geval van *JPR/Gunning q.q.* was Rabobank de bank van de schuldenaar en ING de bank van de schuldeiser), dan is volgens de Hoge Raad beslissend of de rekening die de bank van de schuldenaar bij De Nederlandsche Bank (DNB) aanhoudt, bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring reeds ten gunste van DNB was gecrediteerd.

Bij de beoordeling van het arrest *JPR/Gunning q.q.* en voor een goed begrip van het in § 4 nog te bespreken arrest *RFH/Wittekamp q.q.*⁴⁴ is het van belang dat men in gedachten houdt dat het arrest *JPR/Gunning q.q.* betrekking heeft op een betalingsopdracht van de schuldenaar die reeds vóór de aanvang van de dag van diens faillietverklaring is gegeven, terwijl het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* ziet op een betalingsopdracht van de schuldenaar die dateert van na de aanvang van de dag van diens faillietverklaring. Het moment waarop de betalingsopdracht is gegeven (en – voor zover nodig – door de bank van de schuldenaar is aanvaard),⁴⁵ bepaalt of die opdracht al dan niet aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen, en bepaalt in beginsel⁴⁶ ook of de debitering van de bankrekening van de schuldenaar die ter uitvoering van de betalingsopdracht heeft plaatsgevonden, (in de woorden van de Hoge Raad) tot een vermindering van het actief van de schuldenaar of tot een vermeerdering van diens passief heeft geleid.⁴⁷ In het geval van *RFH/Wittekamp q.q.*, waarin de betalingsopdracht eerst na de aanvang van de dag van de faillietverklaring is gegeven (en om die reden niet aan de failliete boedel kon worden tegengeworpen), is van een vermindering van het actief of een vermeerdering van het passief van de schuldenaar geen sprake. Door de debitering van de bankrekening van de schuldenaar is rechtens immers geen wijziging gebracht in het (werkelijke) saldo van die bankrekening. Voor een vordering op grond van art. 23 Fw jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) is om die reden dan ook geen plaats.⁴⁸ In het geval van *JPR/Gunning q.q.* was de betalingsopdracht door de schuldenaar reeds vóór de aanvang van de dag van diens faillietverklaring gegeven, zodat zij wel aan de failliete boedel kon worden tegengeworpen. Het betrof hier – evenals in het geval van *Vis q.q./NMB* – een betaling door de schuldenaar ten laste van een bankrekening met een *credit*stand. De betaling heeft dan ook geresulteerd in een vermindering van het *actief* van de schuldenaar. Had de betaling door de schuldenaar plaatsgevonden ten laste van een bankrekening met een *debet*stand, dan zou die betaling hebben geresulteerd in een vermeerdering van het *passief* van de schuldenaar. In beide gevallen komt aan de curator jegens de schuldeiser een vordering toe op de voet

van art. 23 Fw.⁴⁹ Het is in dat verband voldoende dat de curator stelt – en zo nodig bewijst – dat de betalingsopdracht door de schuldenaar vóór datum faillissement is gegeven en dat de creditering van de bankrekening van de schuldeiser eerst na datum faillissement is geschied. De curator behoeft niet aan te tonen dat de schuldeiser enigerlei vorm van wetenschap had, waaronder wetenschap van benadeling of wetenschap dat het faillissement van de schuldenaar was te verwachten, was aangevraagd of reeds was uitgesproken. Het voorafgaande laat zien dat het er bij de beoordeling van de voorliggende problematiek *niet* om gaat of de debitering van de bankrekening van de schuldenaar (zoals in het geval van *JPR/Gunning q.q.* en dat van *Vis q.q./NMB*) heeft plaatsgevonden ten laste van een rekening met een *credit*stand, dan wel (zoals in het geval van *RFH/Wittekamp q.q.*) ten laste van een rekening met een *debet*stand, maar dat (kort gezegd) beslissend is of de debitering van de bankrekening van de schuldenaar al dan niet aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen. Dit wordt (in beginsel) bepaald door het moment – vóór of na de aanvang van de dag van de faillietverklaring – waarop de betalingsopdracht door de schuldenaar is gegeven (welke betalingsopdracht eerst na de aanvang van de dag van de faillietverklaring tot creditering van de bankrekening van de schuldeiser heeft geleid).

De vordering op de voet van art. 23 Fw betreft een vordering van de curator jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). Aan de curator komt (in beginsel) géén vordering toe jegens de bank van de schuldenaar, die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, nu de debitering van de bankrekening van de schuldenaar in een geval zoals hier bedoeld, waarin de betalingsopdracht reeds vóór datum faillissement is gegeven, aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen. De bank kan zich tegenover de failliete boedel dan ook beroepen op de vermindering van het creditsaldo van de schuldenaar respectievelijk de vermeerdering van diens debetsaldo. Wordt de schuldeiser op de voet van art. 23 Fw door de curator tot terugbetaling van het door hem ontvangene aangesproken, dan is hij niet bevoegd zijn schuld aan de failliete boedel te verrekenen met een tegenvordering op de schuldenaar. Men kan in dit verband een beroep doen op het doel en de strekking van art. 23 Fw dan wel op een analoge toepassing van het in § 2 genoemde arrest *Kuijsters/Gaalman q.q.*,⁵⁰ welk arrest een “verrekeningsverbod” bevat ter zake van de schuld uit hoofde van art. 51 lid 1 Fw. Eenzelfde benadering moet hier worden gevolgd.⁵¹ De girale betaling en de gevolgen ervan moeten worden teruggedraaid, en daarmee verdraagt zich niet dat de schuldeiser zijn schuld uit hoofde van art. 23 Fw zou kunnen

44 HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*).

45 Zie in dit verband ook voetnoot 37.

46 Zie ook mijn opmerking aan het begin van deze paragraaf en de daarbij behorende voetnoot 37.

47 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*).

48 De betaling had in dit geval plaatsgevonden ten laste van een bankrekening met een debetstand, maar uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat hij mede heeft gedacht aan een betaling ten laste van een bankrekening met een creditstand. De analyse is in beide gevallen gelijk. Zie ook hierna § 4.

49 Dit wordt bevestigd door de overwegingen van de Hoge Raad in HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*). Overigens is de vordering van de curator op de voet van art. 23 Fw er niet één uit onverschuldigde betaling, zoals nog wel eens wordt gedacht. Zie bijvoorbeeld de stellingen van de curator in de procedure die heeft geleid tot HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*). Zie ook Hof Den Haag 24 maart 2020, *JOR* 2020/240, m.nt. AJT (het arrest *a quo*). In het arrest *RFH/Wittekamp q.q.*, r.o. 2.2, 2.4 en 3.1, refereert de Hoge Raad hieraan.

50 HR 30 november 1994, *NJ* 1995/626, m.nt. PvS (*Kuijsters/Gaalman q.q.*).

51 Vgl. A-G Snijders in zijn Conclusie vóór HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), nr. 3.32, alsmede Hof Den Haag 24 maart 2020, *JOR* 2020/240, m.nt. AJT (het arrest *a quo*).

verrekenen met een tegenvordering op de schuldenaar. Overigens zou ik menen dat de schuld aan de failliete boedel uit hoofde van art. 23 Fw niet aan het bepaalde in art. 53 lid 1 Fw voldoet, zodat zij reeds om die reden niet voor verrekening in aanmerking komt.⁵² Hetgeen voor een beroep op verrekening geldt, geldt *mutatis mutandis* voor een beroep op een opschortingsrecht. De schuldeiser kan de nakoming van zijn schuld uit hoofde van art. 23 Fw niet opschorten totdat hij (gehele of gedeeltelijke) voldoening verkrijgt van een vordering op de schuldenaar.

De oorspronkelijke vordering van de schuldeiser, die door de terugvordering op de voet van art. 23 Fw van het aan hem betaalde bedrag niet is voldaan, ondergaat door de terugvordering geen wijziging. Die vordering kan op de voet van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement worden ingediend⁵³ en een eventuele voorrang die aan de vordering is verbonden (voortvloeiend uit pand, hypotheek, voorrecht of een andere in de wet aangegeven grond), is blijven bestaan.⁵⁴ Die voorrang kan dan ook onverkort geldend worden gemaakt. Ook kan de schuldeiser zijn oorspronkelijke vordering op de voet van art. 53 Fw verrekenen met een daarvoor in aanmerking komende schuld. Die schuld kan echter – zoals gezegd – niet zijn de teruggaveverplichting aan de failliete boedel uit hoofde van art. 23 Fw.

4. Een door de schuldenaar verrichte girale betaling waartoe eerst na datum faillissement opdracht is gegeven en die eerst na datum faillissement is voltooid

Heeft de schuldenaar – anders dan in het in de vorige paragraaf besproken geval – eerst *na* de aanvang van de dag van diens faillietverklaring opdracht gegeven tot een girale betaling, welke betaling in dat geval logischerwijs ook eerst na de aanvang van die dag is voltooid, dan komt men niet alleen aan de toepassing van de actio Pauliana niet toe, maar verkrijgt de curator evenmin een vordering jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) op de voet van art. 23 Fw. Ik licht dit toe aan de hand van enerzijds de arresten *Huijzer q.q./Rabobank*⁵⁵ en *ING/Manning q.q.*⁵⁶ en anderzijds het arrest *RFH/Wittekamp q.q.*⁵⁷

In de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* heeft de Hoge Raad – kort gezegd – aangegeven dat een door de schuldenaar na de aanvang van de dag van diens faillietverklaring aan zijn bank gegeven betalingsopdracht en de daaruit resulterende debitering van zijn bankrekening niet aan de failliete boedel kunnen worden tegengeworpen. Het gevolg daarvan is dat rechtens, voor zover het de afwikkeling van de failliete boedel betreft, geen wijziging is gebracht in het per datum faillissement bestaande credit- of

debetsaldo van de bankrekening van de schuldenaar. De curator kan in geval van een *creditsaldo* betaling van de bank verlangen van het saldo zoals dit per faillissementsdatum bestond. Hij kan de latere debitering als gevolg van de uitvoering van de gegeven betalingsopdracht negeren.⁵⁸ In geval van een *debetsaldo* kan de curator de verdere debitering van de bankrekening van de schuldenaar negeren. Hij kan zich op het standpunt stellen dat de bank in het faillissement van de schuldenaar slechts een vordering kan doen gelden ten belope van het debetsaldo zoals dit per faillissementsdatum bestond, een en ander afgezien van eventuele andere mutaties in de rekening.

Bij het voorafgaande maakt het volgens de Hoge Raad geen verschil of de bank die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, al dan niet te goeder trouw was, c.q. of de betalingsopdracht heeft plaatsgevonden vóór dan wel na het moment van de bekendmaking van de faillietverklaring, c.q. het moment waarop de bank met de faillietverklaring van de schuldenaar bekend was of behoorde te zijn. Een en ander houdt verband met de juridische duiding door de Hoge Raad van een betalingsopdracht en de daaruit resulterende gevolgen, en met de uitleg die hij geeft aan art. 52 Fw.⁵⁹ In mijn annotaties van de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* heb ik de analyse van de Hoge Raad bekritiseerd.⁶⁰ Zij is onjuist en leidt tot voor de rechtspraak ongewenste resultaten. De door de Hoge Raad gevolgde benadering leidt ertoe dat de bank – zelfs wanneer zij volstrekt te goeder trouw is – de debitering van de bankrekening van de schuldenaar ook dan niet aan de failliete boedel kan tegenwerpen, wanneer de schuldenaar de betalingsopdracht op de dag van de faillietverklaring maar vóór de uitspraak van het faillissement heeft gegeven, dan wel na de uitspraak van het faillissement maar vóór de bekendmaking ervan. De Hoge Raad onthoudt de bank van de schuldenaar mijns inziens in deze gevallen ten onrechte een beroep op art. 52 Fw,⁶¹ het artikel dat hier nu juist bij uitstek bescherming beoogt te bieden. Daarmee zadelt de Hoge Raad de bank op met een risico waartegen zij zich niet kan indekken. Neemt men – met mij – aan dat de bank in de hier genoemde gevallen waarin

52 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 465.

53 Zie voor de vraag welke vorderingen voor verificatie in een faillissement in aanmerking komen, in het bijzonder HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. GAJB (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) en HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, m.nt. NEDF en NSGJV (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

54 Zie N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 329.

55 HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223, m.nt. NEDF (*Huijzer q.q./Rabobank*).

56 HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236, m.nt. NEDF (*ING/Manning q.q.*).

57 HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*).

58 Dit brengt met zich dat van het "terugvorderen" door de curator van een bedrag van de bank van de schuldenaar geen sprake is. Er is immers niets uit de failliete boedel verdwenen. De Hoge Raad lijkt in het arrest *Huijzer q.q./Rabobank* (HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223, m.nt. NEDF) in r.o. 3.3 anders te suggereren, maar dit is niet meer dan minder zuiver taalgebruik.

59 Voorts moet in dit verband worden bedacht dat de faillietverklaring van de schuldenaar – behoudens de in de wet genoemde uitzonderingen – terugwerkt tot 0.00 uur van de dag waarop zij wordt uitgesproken. Zie art. 23 Fw.

60 Zie N.E.D. Faber, noot onder HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*), en *idem*, noot onder HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236 (*ING/Manning q.q.*). Vgl. ook N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer 2005, nr. 466.

61 Zie N.E.D. Faber, noot onder HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*), en *idem*, noot onder HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236 (*ING/Manning q.q.*). Vindt de desbetreffende betalingsopdracht plaats ten laste van gelden die de gefailleerde eerst na de aanvang van de dag van zijn faillietverklaring heeft ontvangen, dan biedt art. 52 Fw – ook in de door mij voorgestane benadering – geen bescherming. De verbintenis die de bank in dit geval nakomt, is immers eerst na datum faillissement ontstaan en valt om die reden buiten de reikwijdte van art. 52 Fw. Voorbeelden van dit laatste zijn te vinden in HR 24 april 1959, *NJ* 1959/580, m.nt. LEHR (*NHM/Versteeg q.q.*) en Rb. Rotterdam 23 februari 2022, *JOR* 2022/162, m.nt. EAHtB.

zij te goeder trouw is, de debitering van de bankrekening van de schuldenaar wel aan de failliete boedel kan tegenwerpen, dan zijn de gevolgen voor het overige gelijk aan die van het in de vorige paragraaf besproken arrest *JPR/Gunning q.q.*⁶² In het bijzonder geldt dan dat de curator het betaalde op de voet van art. 23 Fw kan terugvorderen van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). De girale betaling heeft dan immers wel geleid tot een vermindering van het actief van de schuldenaar dan wel tot een vermeerdering van diens passief. In het navolgende laat ik mijn kritiek op de benadering van de Hoge Raad buiten beschouwing en ga ik uit van de juistheid van de door de Hoge Raad in de genoemde arresten geformuleerde regel. Met het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* bouwt de Hoge Raad op een logische wijze voort op de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.* Uitgaande van de juistheid van die beide arresten, is het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* eveneens juist.

Neemt men – zoals de Hoge Raad doet – aan dat een door de schuldenaar na de aanvang van de dag van diens faillietverklaring gegeven betalingsopdracht niet (en nimmer) aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen, dan kan de conclusie geen andere zijn dan dat de uitvoering van die betalingsopdracht de failliete boedel niet raakt. Dit geldt niet alleen in de relatie tussen de schuldenaar en diens bank, maar ook in de relatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). Het maakt hierbij geen verschil of de bankrekening van de schuldenaar bij de aanvang van de dag van diens faillietverklaring een *credit*-stand vertoonde, zoals in het geval van *Huijzer q.q./Rabobank* en dat van *ING/Manning q.q.*, dan wel een *debet*-stand, zoals in het geval van *RFH/Wittekamp q.q.*⁶³ Nu de na datum faillissement gegeven betalingsopdracht en de uitvoering ervan (in het bijzonder de debitering van de bankrekening van de schuldenaar) niet aan de failliete boedel kunnen worden tegengeworpen, komt aan de curator op de voet van art. 23 Fw geen vordering toe jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) tot afdracht of terugbetaling van het door hem ontvangene. De betaling heeft nu eenmaal niet ten laste van de failliete boedel plaatsgevonden, c.q. ten laste van het voor verhaal vatbare vermogen van de schuldenaar.⁶⁴ De failliete boedel wordt door de (uitvoering van de) girale betaling niet geraakt. Ik merk in dit verband op dat een eventueel faillissement van de bank van de schuldenaar de analyse niet anders maakt, ongeacht of de bankrekening ten laste waarvan de betaling heeft plaatsgevonden, een creditstand of een debetstand vertoonde. Dat de schuldenaar (in geval van een bankrekening met een creditstand)

de vordering op de (failliete) bank uit hoofde van zijn creditsaldo niet of niet geheel voldaan krijgt, brengt niet met zich dat de curator in het faillissement van de schuldenaar alsnog de schuldeiser zou kunnen aanspreken tot afdracht van het door hem ontvangene. De schuldenaar, c.q. de failliete boedel, zou – zonder de uitgevoerde betalingsopdracht – immers dezelfde gevolgen van het faillissement van de bank van de schuldenaar hebben ondervonden.

In het licht van het voorafgaande kan het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* geen verwondering wekken. De Hoge Raad stelt in dit arrest voorop dat het intreden van het faillissement tot gevolg heeft dat de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt en dat de rechtspositie van een schuldeiser na dat tijdstip niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd.⁶⁵ Het betreft hier het fixatiebeginsel, dat onder meer in de art. 20, 23 en 24 Fw uitdrukking heeft gevonden. In casu zijn met name de art. 23 en 24 Fw relevant. Art. 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen. Daaruit volgt – zo overweegt de Hoge Raad – dat door of vanwege de schuldenaar niet meer bevoegd (beschikkings-) handelingen ten laste van zijn vermogen kunnen worden verricht vanaf de aanvang van de dag van de faillietverklaring, hetgeen ook geldt voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank in het geval van een door de schuldenaar (of door de schuldeiser via een machtiging tot automatische incasso) gegeven betalingsopdracht.⁶⁶ Art. 24 Fw bepaalt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, behalve voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.⁶⁷ De Hoge Raad overweegt dat het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers bescherming beogen te bieden zowel tegen een vermindering van het actief van de boedel dat in het faillissement voor verdeling onder de schuldeisers beschikbaar is, als tegen een vermeerdering van het passief van de boedel (c.q. van de schuldenaar) waardoor de uitkering in het faillissement voor de schuldeisers lager wordt. Het strookt daarmee – aldus nog steeds de Hoge Raad – 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 van hem kan terugvorderen voor zover die betaling heeft geresulteerd in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering

62 HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*).

63 In de Conclusie van A-G Snijders vóór het arrest *RFH/Wittekamp q.q.*, in het bijzonder nrs. 3.5-3.7 en 3.22, wordt dit laatste uit het oog verloren. Dat maakt een deel van de daar gegeven analyse verwarrend en onjuist. Zie hierover N.E.D. Faber, noot onder HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136 (*RFH/Wittekamp q.q.*). Het arrest van de Hoge Raad laat mijns inziens geen ruimte voor twijfel. Voor de aarzelingen, zoals verwoord door B.F.M. Vulto, *Tvl* 2022/18, bestaat geen grond.

64 Om dezelfde reden mist art. 23 Fw toepassing, indien de betaling heeft plaatsgevonden met gelden van derden. Vgl. Rb. Middelburg 17 december 1997, *JOR* 1998/51, m.nt. EL.

65 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.2.1. De Hoge Raad verwijst hiervoor naar *Van der Feltz-II* (O&R nr. 2-II), p. 126, en naar HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, m.nt. NEDF en NSGJV (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.1 en 3.5.4.

66 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.2.1. Vgl. in deze zin ook reeds HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1, m.nt. JBMV (*Vis q.q./NMB*) en HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*).

67 In het geval van *RFH/Wittekamp q.q.* (HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF) was van dit laatste geen sprake.

van het passief.⁶⁸ In het geval van *RFH/Wittekamp q.q.* is daarvan geen sprake.⁶⁹ Wordt de *paritas creditorum* dan niet op ontoelaatbare wijze doorbroken? Het antwoord luidt ontkennend.⁷⁰ De *paritas creditorum* ziet – zoals de Hoge Raad terecht aangeeft – slechts op de gelijke behandeling waarop schuldeisers aanspraak hebben bij de voldoening van hun vorderingen uit (de opbrengst van) de goederen van de schuldenaar (art. 3:277 BW).⁷¹ In het geval van *RFH/Wittekamp q.q.* heeft de betaling aan de schuldeiser – zoals gezegd – niet plaatsgevonden uit een actief van de boedel en door die betaling is geen aanspraak op de boedel (c.q. op de schuldenaar) ontstaan.⁷² De conclusie kan dan ook geen andere zijn dan dat aan de curator op de voet van art. 23 Fw geen vordering jegens de schuldeiser toekomt tot terugbetaling of afdracht van het door hem ontvangene.

Nu de betalingsopdracht door de schuldenaar in het geval van *RFH/Wittekamp q.q.* eerst na de aanvang van de dag van diens faillietverklaring was gegeven, konden die opdracht en de uitvoering ervan (in het bijzonder de debitering van de bankrekening van de schuldenaar) – zoals gezegd – niet aan de failliete boedel worden tegengeworpen. Heeft de schuldenaar de betalingsopdracht gegeven ten laste van een bankrekening met een creditstand, dan is diens (werkelijke) creditsaldo als gevolg van de debitering niet verminderd. Is de betalingsopdracht – zoals in het door de Hoge Raad berechte geval – gegeven ten laste van een bankrekening met een debetstand, dan is daardoor geen wijziging gebracht in diens (werkelijke) debetsaldo; de bank heeft bij de uitvoering van de opdracht geen vordering op de schuldenaar verkregen die voor verificatie in het faillissement

in aanmerking komt.⁷³ Een door de bank bedongen voorraanspraak (in het bijzonder een recht van pand of hypotheek), kan zij voor de desbetreffende na de faillietverklaring ontstane vordering ook niet in het faillissement van de schuldenaar doen gelden. Ik verwijs in dit verband naar het bepaalde in art. 132 lid 2 Fw jo. art. 483e Rv, waarin het eerdergenoemde fixatiebeginsel mede uitdrukking heeft gevonden. Evenmin kan de bank de genoemde vordering op de voet van art. 53 Fw verrekenen met een daarvoor in aanmerking komende schuld. Wel komt aan de bank die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, een vordering toe jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). Deze vordering zal op de tussen partijen bestaande overeenkomst(en) dan wel – bij gebreke daarvan – op ongerechtvaardigde verrijking kunnen worden gebaseerd.⁷⁴ Het moge duidelijk zijn dat de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) het door hem ontvangene in ieder geval niet dient of behoort te kunnen behouden.⁷⁵ Voor de curator in het faillissement van de schuldenaar is hier echter geen taak weggelegd. De vordering van de bank jegens de schuldeiser staat geheel los van de afwikkeling van de failliete boedel. Het voorafgaande laat zien dat het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* niet het spiegelbeeld vormt van het eerdergenoemde arrest *JPR/Gunning q.q.* Het arrest *JPR/Gunning q.q.* heeft betrekking op een door de schuldenaar reeds vóór de faillissementsdatum gegeven betalingsopdracht, die daarom aan de failliete boedel kon worden tegengeworpen, zodat de debitering van de bankrekening van de schuldenaar (ten laste van het vermogen van de schuldenaar) grond opleverde voor een vordering jegens de schuldeiser op de voet van art. 23 Fw. Dat die opdracht was gegeven ten laste van een bankrekening met een creditstand, terwijl in het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* sprake was van een opdracht die is gegeven ten laste van een bankrekening met een debetstand, moge zo zijn, maar dat vormt geen zuiver onderscheid en maakt het ene arrest nog niet tot het spiegelbeeld van het andere. Het arrest *RFH/Wittekamp q.q.* ligt in het verlengde van de eerdergenoemde arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.*, waarin eveneens sprake was van een betalingsopdracht die door de schuldenaar eerst na de

68 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.2.2. De debitering van een bankrekening met een creditstand respectievelijk een debetstand leidt niet tot een vermindering van het actief respectievelijk het passief van de schuldenaar, indien die debitering (gelet op het moment (na datum faillissement) waarop de betalingsopdracht is gegeven) niet aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen.

69 Van een vermindering van het actief van de schuldenaar zou sprake zijn geweest, indien de debitering van de bankrekening van de schuldenaar met een creditstand aan de failliete boedel had kunnen worden tegengeworpen. Van een vermeerdering van het passief van de schuldenaar zou sprake zijn geweest, indien de debitering van de bankrekening van de schuldenaar met een debetstand aan de failliete boedel had kunnen worden tegengeworpen. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt dat hij aan beide mogelijkheden heeft gedacht.

70 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.3.3.

71 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.3.3, met verwijzing naar HR 17 januari 2014, *JOR* 2014/214, m.nt. Spinath (*X/Unitco*), r.o. 3.3.2.

72 Zie HR 28 januari 2022, *JOR* 2022/136, m.nt. NEDF (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.3.3. De Hoge Raad spreekt in r.o. 3.2.1, 3.2.2 en 3.3.1 niet geheel zuiver over “het passief van de boedel”. Daarmee doelt de Hoge Raad op het passief van de schuldenaar dat wordt gevormd door de vorderingen waarvoor schuldeisers in het faillissement kunnen opkomen of die zij anderszins tijdens het faillissement geldend kunnen maken. In r.o. 3.3.3 spreekt de Hoge Raad over een betaling waardoor “geen aanspraak op de boedel” is ontstaan. Ook dit is niet geheel zuiver. De Hoge Raad doelt hiermee niet op (het ontbreken van) een boedelvordering.

73 De bank verkrijgt wel een (niet-verifieerbare) vordering op de schuldenaar, maar dat helpt haar in de regel niet (tenzij de bank voor die vordering verhaal zou kunnen nemen op activa van de schuldenaar die buiten de failliete boedel zijn gebleven). Verder kan aan de bank ter zake van de gegeven betalingsopdracht een vordering toekomen jegens een derde, waaronder de bestuurder van de schuldenaar-vennootschap. Vgl. in dit verband HR 27 februari 2015, *JOR* 2015/248, m.nt. RjvdW (*ING/Deuzeman*).

74 Zie voor een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking art. 6:212 BW. Zie ook – in verband met een betalingsopdracht ter uitvoering van een machtiging tot automatische incasso (met het daaraan verbonden recht om de verrichte betaling binnen een bepaalde termijn te storneren) – HR 3 december 2004, *JOR* 2005/51, m.nt. NEDF (*Mendel q.q./ABN Amro*) en HR 16 september 2011, *JOR* 2012/228 (*SNS/Pasman q.q.*). Vgl. voorts art. 19 lid 3 Algemene Bankvoorwaarden 2009. Dit artikel is in de Algemene Bankvoorwaarden 2017 weliswaar niet overgenomen, maar dit neemt niet weg dat de tussen partijen gesloten overeenkomst en de van toepassing verklaarde Algemene Bankvoorwaarden anderszins grond kunnen opleveren voor een contractuele bevoegdheid tot het (doen) ongedaan maken van de creditering van de bankrekening van de schuldeiser.

75 Zie ook N.E.D. Faber, noot onder HR 28 april 2006, *JOR* 2006/223 (*Huijzer q.q./Rabobank*), onder 5.6, en *idem*, noot onder HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/236 (*ING/Manning q.q.*), onder 5.

aanvang van de dag van de faillietverklaring was gegeven en om die reden niet aan de failliete boedel kon worden tegengeworpen, met dien verstande dat de curator zich in de beide laatstgenoemde gevallen (terecht) heeft beperkt tot de (eventuele) aanspraak van de failliete boedel jegens de bank van de schuldenaar en (terecht) geen vordering heeft ingesteld jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). In het geval van *RFH/Wittekamp q.q.* had de curator hetzelfde moeten doen. Hij had aan de girale betaling en de debitering van de bankrekening van de schuldenaar voorbij kunnen gaan en had de vordering van de bank van de schuldenaar slechts in aanmerking behoeven te nemen ten belope van het bedrag van het debetsaldo zoals dit per faillissementsdatum bestond. Aan de curator komt geen vordering toe jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). Evenmin komt hem een keuzebevoegdheid toe.

5. Tot slot

In deze bijdrage ben ik tegen de achtergrond van de jurisprudentie van de Hoge Raad uitvoerig ingegaan op de girale betaling door de schuldenaar rondom de datum van diens faillietverklaring. Daarbij heb ik aangegeven dat de diverse gevallen die zich in dit verband kunnen voordoen, goed van elkaar moeten worden onderscheiden. In het bijzonder is van belang of de schuldenaar diens betalingsopdracht reeds vóór de faillissementsdatum heeft gegeven of eerst daarna (zodat de debitering van de bankrekening van de schuldenaar die daaruit resulteert, wel of juist niet aan de failliete boedel kan worden tegengeworpen), alsmede of een vóór de faillissementsdatum gegeven betalingsopdracht reeds vóór of eerst na die datum tot de creditering van de bankrekening van de schuldeiser heeft geleid.⁷⁶ Niet van belang is of de betalingsopdracht is gegeven ten laste van een bankrekening met een creditstand dan wel ten laste van een bankrekening met een debetstand.

Overigens moet worden bedacht dat de voorliggende problematiek niet beperkt blijft tot de girale betaling van een geldsom, maar zich mede uitstrekt tot de girale verhandeling van effecten. Aan de bijzonderheden die daarmee samenhangen, ben ik in deze bijdrage voorbijgegaan. De voorliggende problematiek blijft evenmin beperkt tot een girale betaling die plaatsvindt rondom de faillissementsdatum. Wordt de schuldenaar niet failliet verklaard, maar wordt aan hem surseance van betaling verleend, of wordt ten aanzien van hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing verklaard, dan rijzen grotendeels dezelfde vragen. Ik signaleer hier dat vanwege de bijzondere kenmerken van de surseance van betaling respectievelijk de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen de nuances op onderdelen net iets anders (kunnen) liggen.

⁷⁶ Zie voor enkele bijzonderheden in verband met het moment waarop de bank van de schuldenaar (voor zover nodig) de betalingsopdracht heeft aanvaard, en het moment waarop de debitering van de bankrekening van de schuldenaar heeft plaatsgevonden, voetnoot 37.