

heeft de kantonrechter het over “het salaris”) tot de dag waarop de arbeidsovereenkomst rechts-geldig is geëindigd. Op grond van art. 40 Fw kan de curator de arbeidsovereenkomst opzeggen als voortzetting daarvan niet in het belang van de boedel is. Zie: HR 12 januari 1990, «JOR» 2021/309, m.nt. Schaink (*Van Gelder Papier*). De opzegging van de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw is een regelmatige opzegging, die niet tot schadevergoeding verplicht. Vgl: HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/101, m.nt. Van Hees (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

mr. E. Loesberg
senior rechter in de Rechtbank Oost-Brabant,
werkzaam als voorzieningenrechter

136

Curator kan automatische afschrijving van bankrekening failliet dag na faillietverklaring niet terugvorderen

Hoge Raad
28 januari 2022, nr. 20/01888,
ECLI:NL:HR:2022:80
(mr. Polak, mr. Tanja-van den Broek,
mr. Sieburgh, mr. Lock, mr. Ter Heide)
(Concl. A-G Snijders)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Girale betaling (door automatische incasso) aan schuldeiser ten laste van bankrekening van failliet daags na uitspreken faillissement. Bankrekening vertoonde een negatief saldo ten tijde van faillietverklaring. Strekking fixatiebeginsel en art. 20, 23 en 24 Fw. Curator kan betaald bedrag niet als onverschuldigd terugvorderen van begunstigde. Geen ontoelaatbare doorbreking paritas creditorum. Verwijzing naar HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. Faber (Huijzer q.q./Rabobank); HR 17 januari 2014, «JOR» 2014/214, m.nt. Spinath (X/Unitco); HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. Faber (JPR/Gunning q.q.) en HR 23 maart 2018, «JOR» 2018/254, m.nt. Faber en Vermunt (Credit Suisse/Jongepier q.q.). Vervolg op Rb. Den Haag 19 februari 2018, «JOR» 2018/163, m.nt. Schuijling en Hof Den Haag 24 maart 2020, «JOR» 2020/240, m.nt. Tekstra.

[Fw art. 20, 23, 24; BW art. 3:277]

Het intreden van het faillissement heeft tot gevolg 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 (HR 23 maart 2018, «JOR» 2018/254, m.nt. Faber en Vermunt (Credit Suisse/Jongepier q.q.)). Dit fixatiebeginsel vindt zijn uitdrukking onder meer in de art. 20, 23 en 24 Fw. Het fixatiebeginsel en art. 20, 23 en 24 Fw beogen aan de schuldeisers bescherming 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 waardoor de uitkering in het faillissement voor de schuldeisers lager wordt. Het strookt met de hiervoor bedoelde bescherming die het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers beogen te bieden, om aan te nemen dat de curator hetgeen na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser is betaald, op de voet van art. 23 Fw slechts kan terugvorderen voor zover die betaling resulteert in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering van het passief van de boedel (HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. Faber (Huijzer q.q./Rabobank) en HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. Faber (JPR/Gunning q.q.)). In dit geval heeft de betaling aan eiseres niet geresulteerd in een vermindering van het actief van de boedel, nu de bankrekening bij het intreden van het faillissement reeds een debetsaldo vertoonde. Evenmin heeft die betaling geresulteerd in een vermeerdering van het passief van de boedel. Weliswaar is als gevolg van de betaling aan eiseres de schuld van failliet jegens de bank toegenomen, maar ingevolge art. 24 Fw is de boedel daarvoor niet aansprakelijk, nu de boedel door die betaling niet is gebaat. Het vorenstaande betekent dat het fixatiebeginsel en art. 23 Fw geen grondslag bieden voor toewijzing van de vordering van de curator. Toewijzing van de vordering van de curator kan evenmin steunen op een ontoelaatbare doorbreking van de paritas creditorum. De paritas creditorum ziet 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) (HR 17 januari 2014, «JOR» 2014/214, m.nt. Spinath (X/Unitco)). De betaling aan eiseres heeft niet plaatsgevonden uit een actief van de boedel en daardoor is geen aanspraak op de boedel ontstaan. Van een ontoelaatbare doorbreking van de paritas creditorum is in dit geval dan ook geen sprake.

Coöperatie Royal FloraHolland UA te Aalsmeer, eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. D.Th.J. van der Klei,
tegen
mr. J.J. Wittekamp te Naaldwijk, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Bleiswijk Boeketservice BV,
verweerder in cassatie,

advocaten: mr. B.I. Kraaiapoel, mr. M.R. Schreurs en mr. E.A.H. ten Berge.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Snijders)

1. Inleiding

Inzet van deze zaak is of de faillissementscurator een girale betaling die na datum faillissement door een automatische incasso is gedaan vanaf een op naam van de failliet staande bankrekening die een debetsaldo vertoonde, van de ontvanger van de betaling kan terugvorderen op grond van art. 23 Fw. De zaak vormt daarmee in zekere zin een vervolg op het arrest JPR/Gunning q.q. uit 2015,¹ waarin deze vraag aan de orde was met betrekking tot een girale betaling vanaf een op naam van de failliet staande bankrekening met een creditsaldo. Die vraag werd in dat arrest bevestigend beantwoord. De vraag is of het feit dat de rekening een negatief saldo vertoonde, tot een andere uitkomst leidt.

2. Feiten en procesverloop

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.²

(i) Bleiswijk Boeketservice B.V. (hierna: BB) exploiteerde een groothandel in boeketten en decoratiematerialen.

(ii) RFH is een coöperatieve organisatie van en voor telers van sierteeltproducten, gericht op het veilen van sierteeltproducten, het verlenen van bemiddeling bij de verkoop van sierteeltproducten en de verhuur van bedrijfsruimtes aan sierteeltproducthandelaars.

(iii) BB was lid van RFH en zette een deel van haar productie af via deze coöperatie. Daarnaast huurde BB van RFH een bedrijfsruimte op het veilingterrein aan de Klappolder in Bleiswijk.

(iv) Bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 2 oktober 2012 is BB in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator als zodanig.

(v) Op 3 oktober 2012 is vanaf de door BB bij ABN Amro Bank N.V. (hierna: de Bank) aangehouden bankrekening (hierna: de ABN-rekening) een bedrag van € 4.518,09 overgeboekt naar de

1 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, NJ 2015/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

2 Vgl. rov. 2.1-2.6 van het in cassatie bestreden arrest.

bankrekening van RFH. De ABN-rekening vertoonde ten tijde van de faillietverklaring reeds een negatief saldo.³ Deze betaling is geschied op basis van een automatische incasso. Storning was volgens de Bank niet meer mogelijk.

(vi) De tussen BB en RFH gesloten huurovereenkomst is na datum faillissement beëindigd. De huurvorderingen die na datum faillissement zijn ontstaan overstijgen het bedrag ad € 4.518,09.

2.2. De curator heeft bij de deze procedure inleidende dagvaarding van 21 juli 2017 RFH gedagvaard voor de kantonrechter in de rechtbank Den Haag en veroordeling van RFH gevorderd tot betaling van het hiervoor onder 2.1 onder (v) vermelde bedrag van € 4.518,09, en buitengerechtigde incassokosten ad € 576,81, beide vermeerderd met de wettelijke rente. Aan de vordering heeft de curator ten grondslag gelegd dat BB ingevolge art. 23 Fw per datum faillissement onbevoegd was om te beschikken over haar vermogen. BB kon daarom sinds 2 oktober 2012 om 0:00 uur geen rechtshandelingen meer verrichten die haar vermogen raken. Als gevolg van het faillissement heeft de op 3 oktober 2012 gedane betaling van € 4.518,09 aan RFH dan ook onverschuldigd plaatsgevonden. Dat bedrag dient volgens de curator daarom terugbetaald te worden door RFH aan de boedel van BB.⁴

2.3. RFH heeft als verweer gevoerd (i) dat het op 3 oktober 2012 aan haar betaalde bedrag niet tot de boedel van BB behoorde, omdat de ABN-rekening van BB op het moment van die betaling een roodstand vertoonde. Het is dus niet de boedel van BB, maar de Bank die bedoeld bedrag aan RFH heeft betaald. Daarom kan de curator het bedrag niet van RFH terugvorderen, aldus RFH. Daarnaast heeft RFH aangevoerd (ii) dat zij erop mocht vertrouwen dat de curator de opdracht tot betaling van het bedrag van € 4.518,09 had gegeven. RFH heeft voorts erop gewezen (iii) dat zij uit hoofde van de tussen partijen bestaande huurovereenkomst een vordering op BB heeft met de

status van boedelschuld (art. 39 Fw). Zij stelt het op 3 oktober 2012 betaalde bedrag te hebben toegedeeld aan die boedelschuld, althans dat bedrag met de boedelschuld te hebben verrekend, althans de terugbetaling van het op 3 oktober 2012 betaalde bedrag te hebben opgeschort totdat de boedelschuld aan haar is voldaan.⁵

2.4. De kantonrechter heeft bij vonnis van 19 februari 2018⁶ de vordering van de curator afgewezen. Hij heeft daartoe als volgt overwogen:

“12. De kantonrechter is (...) van oordeel dat in dit geval geen sprake is van een in strijd met artikel 23 Fw verrichte beschikkingshandeling. De op 3 oktober 2012 aan RFH gedane betaling betreft immers geen handeling die het onder het faillissement vallende vermogen raakt. Anders gezegd: de boedel van BB is door de betaling van 3 oktober 2012 niet gewijzigd. De kantonrechter licht dat als volgt toe.

13. Op grond van artikel 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. Ten tijde van de faillietverklaring bevatte de op naam van BB staande ABN-rekening een negatief saldo. De ABN-rekening bevatte ten tijde van de faillietverklaring dus geen tot [het] onder het faillissement vallend vermogen.

14. Op 3 oktober 2012, de dag na de uitspraak van het faillissement van BB, heeft De Bank het negatieve saldo van de op naam van BB staande ABN-rekening verder omlaag gebracht door ten laste van die rekening een bedrag van € 4.518,09 over te schrijven naar de bankrekening van RFH. Met die overschrijving is aldus géén wijziging gebracht in de omvang van de boedel. Zowel voor als na die overschrijving omvatte de ABN-rekening immers geen onder het faillissement vallend vermogen.

15. De curator heeft gewezen op rechtsoverweging 3.10.3 van het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015, NJ 2015/264 (JPR/Gunning q.q.), waarin de Hoge Raad overweegt dat de curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de

3 Zie voor het woord “reeds” de niet in hoger beroep bestreden vaststelling van de kantonrechter in rov. 6 van het vonnis in eerste aanleg. Zie ook de hierna in 2.4 aan te halen vaststellingen op dit punt in rov. 14 van het vonnis van de kantonrechter, op dat punt eveneens in hoger beroep niet bestreden.

4 Zie de vaststelling van de vordering en de grondslag daarvan in rov. 7 en 8 van het vonnis van de kantonrechter en rov. 3 en 4 van het bestreden arrest.

5 Zie de vaststelling van het verweer van RFH in rov. 10 van het vonnis van de kantonrechter.

6 Kantonrechter Rechtbank Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885, JOR 2018/163 m.nt. B.A. Schuijling, RI 2018/49.

rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. Dat arrest ziet evenwel op de situatie dat een betaling heeft plaatsgevonden ten laste van een aan de boedel van de failliet toekomend creditsaldo op de bankrekening van de failliet. Die situatie verschilt wezenlijk van de onderhavige situatie. In de onderhavige situatie bevatte de ABN-rekening ten tijde van de faillietverklaring immers geen aan de failliet toekomend saldo. De Bank had in het onderhavige geval dan ook geen 'geld' van de failliet onder zich en kan met de door haar gedane betaling daarom ook geen 'geld' van de failliet aan de boedel hebben onttrokken.

16. Gelet op het voorgaande wordt de vordering van de curator afgewezen. (...)”

2.5. De curator is van het vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Den Haag. Bij arrest van 24 maart 2020⁷ heeft dat hof het vonnis van de kantonrechter vernietigd en, opnieuw rechtdoende, RFH alsnog veroordeeld tot betaling aan de curator van het bedrag van € 4.518,09, onder afwijzing van het meer of anders gevorderde. Het hof heeft alle drie de hiervoor in 2.3 genoemde verweren van RFH ongegrond geoordeeld (rov. 8-12).

2.6. RFH heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof.⁸ De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna RFH nog heeft gerepliceerd.⁹

3. Bespreking van de cassatiemiddelen

3.1. RFH voert twee middelen aan tegen het arrest van het hof. Middel 1 is in de eerste plaats – dat wil zeggen in de onderdelen 1-3 daarvan – gericht

tegen rov. 8 tot en met 10, waarin het hof als volgt heeft overwogen:

“8. Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of de curator een girale betaling die na datum faillissement is voldaan vanaf een op naam van de failliet staande bankrekening die een debetsaldo vertoonde, als onverschuldigd kan terugvorderen.

9. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Aan dit oordeel ligt het volgende ten grondslag. Artikel 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest vanaf de dag (te rekenen vanaf 00.00 uur) waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken. Deze bepaling is een uitwerking van het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende fixatiebeginsel, dat inhoudt dat de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen door het intreden van het faillissement onveranderlijk wordt. Het fixatiebeginsel heeft aldus een bredere strekking dan alleen het verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Het strekt ertoe dat zowel de goederen van de schuldenaar waarop verhaald kan worden – de activa van de schuldenaar – als de hoogte en voorrang van de vorderingen – de passiva van de schuldenaar – worden gefixeerd c.q. bepaald naar de dag van de faillietverklaring (te 00.00 uur).

10. Niet in geschil is dat de girale betaling aan RFH heeft plaatsgevonden vanaf de bankrekening van BB nadat BB failliet was verklaard. Op grond van artikel 23 Fw was BB op dat moment niet meer bevoegd (beschikkings)handelingen te verrichten ten aanzien van haar onder het faillissement vallende vermogen. Dat geldt ook voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank in het geval van een betalingsopdracht (al dan niet via een automatische incasso). Een dergelijke handeling bindt de boedel c.q. de curator niet. De curator kan dan ook steeds het betaalde waarmee na de aanvang van het faillissement de bankrekening van de begunstigde is gecrediteerd als onverschuldigd betaald terugvorderen, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 (JPR/Gunning q.q.). De Hoge Raad refereert daarbij (in rechtsoverweging 3.5.2) aan de met artikel 23 Fw verband houdende bepaling van artikel 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW, op grond waarvan de lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever. Deze bepaling geldt evenzeer voor een betalingsopdracht aan de

7 Gerechtshof Den Haag 24 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:759, JOR 2020/240 m.nt. A.J. Tekstra, JIN 2020/98 m.nt. N.G. Cornelissen, RI 2020/57, NJF 2020/140. Het arrest is ook besproken door K.C. Mensink in *De terugvorderingsactie op grond van art. 23 Faillissementswet*, Tijdschrift voor Curatoren 2020, nr. 1/2, p. 13-18.

8 De procesinleiding in cassatie is op 23 juni 2020 ingediend in het portaal van de Hoge Raad.

9 De procesdossiers in deze zaak stemmen niet geheel overeen. In het B-dossier ontbreken ten opzichte van het A-dossier: de dagvaarding van de curator (processtuknummer 1 in het A-dossier) en de pleitaanteekeningen voor de zitting van 14 november 2017 van de curator (processtuknummer 3 in het A-dossier).

bank bij wie de schuldenaar een bankrekening met een negatief saldo aanhoudt. Door het faillissement van de schuldenaar eindigt de (al dan niet via een automatische incasso gegeven) betalingsopdracht aan de bank. De begunstigde van een als gevolg van die betalingsopdracht ontvangen betaling kan deze aldus evenmin aan de boedel tegenwerpen. Het voornoemde arrest van de Hoge Raad bevat ook geen aanwijzing dat de reikwijdte van de daaruit voortvloeiende rechtsregel beperkt is tot girale betalingen ten laste van een creditsaldo. Een dergelijke beperking zou bovendien in strijd zijn met het fixatiebeginsel, dat ertoe strekt dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet meer te zijnen gunste (wat betreft hoogte en voorrang van de vordering) mag worden gewijzigd. Bij een overschrijving tijdens faillissement vanaf de betaalrekening van BB onttrekt RFH zich door de ontvangst van de betaling aan de paritas creditorum. Dat de bankrekening van BB reeds een debetstand vertoonde, maakt dat niet anders. Het standpunt van de curator dat ook de girale betaling die tijdens het faillissement is verricht ten laste van een bankrekening met een debetsaldo door hem kan worden teruggevorderd, is dan ook juist.”

3.2. *Onderdeel 1* klaagt, voor zover hier van belang, dat het oordeel van het hof in rov. 10 dat de curator ook een vordering toekomt in de situatie waarin de girale betaling voldaan is van een rekening die een debetstand vertoonde, onjuist is. *Onderdeel 2 en 3* voeren aan dat het oordeel van het hof in rov. 10 onjuist is dat het fixatiebeginsel ertoe strekt dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet meer te zijnen gunste (wat betreft hoogte en voorrang van de vordering van de crediteur) mag worden gewijzigd. In elk geval is de uitspraak van het hof volgens de drie onderdelen¹⁰ onbegrijpelijk in het licht van onder meer de essentiële stellingen van RFH dat bij die vordering geen sprake is van geld “terug” in de boedel, omdat de betaling aan de begunstigde RFH niet ten laste van de boedel was, maar ten laste van een derde (de bank), dat schul-

den (een debetstand bij de bank) niet zijn te executeren, dat art. 23 Fw, het fixatiebeginsel, niet van toepassing is op schulden, dat geen sprake is van nadeel voor de boedel en dat geen belang van de boedel is getroffen, maar hoogstens van de derde (de bank).

3.3. De onderdelen stellen met een en ander aan de orde de hiervoor aan het slot van 1 genoemde vraag en de gronden waarop het hof die vraag ontkennend heeft beantwoord in rov. 9 en 10. Alvorens op deze vraag, en dat antwoord en die gronden, in te gaan, wordt hierna eerst stilgestaan bij hetgeen geldt met betrekking tot de girale betaling en automatische incasso voor en tijdens faillissement in het algemeen.

Girale betaling voor en tijdens faillissement

3.4. Een girale betaling vindt plaats op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd (art. 6:114 lid 2 BW). Door het faillissement verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, vanaf de aanvang van de dag dat het faillissement is uitgesproken (art. 23 Fw). Daardoor is de schuldenaar vanaf dat tijdstip (00.00 uur van de dag dat het faillissement wordt uitgesproken) niet meer bevoegd een opdracht tot een girale betaling te geven. De bank is daarom eveneens vanaf dat tijdstip niet meer bevoegd een opdracht tot een girale betaling van de schuldenaar uit te voeren, ook al dateert die opdracht van vóór het faillissement. In deze zin is al beslist in het arrest Vis q.q./NMB.¹¹ In dat arrest werd deze regel nog alléén gegeven voor de uitvoering van de opdracht door de bank van de schuldenaar. In het arrest JPR/Gunning q.q.¹² is die regel uitgebreid tot ook de uitvoering van de opdracht door de bank van de schuldeiser en door de intermediairs tussen de banken van schuldenaar en schuldeiser. Uit laatstgenoemd arrest haal ik over een en ander het volgende aan (met weglating van hetgeen in de onderhavige zaak niet van belang is):

10 De drie onderdelen bevatten veel herhaling en richten zich ten dele inhoudelijk ook tegen het oordeel van het hof in rov. 11, dat over een ander verweer van RFH gaat. Ik geef hier enkel de voornaamste klachten van de onderdelen tegen rov. 10 weer.

11 HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990/1 (Vis q.q./NMB).

12 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 (JPR/Gunning q.q.), NJ 2015/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen, A.I.M. van Mierlo, TvI 2015/39 m.nt. R. Abendroth, AA20150392 m.nt. R.M. Wibier, JOR 2015/251, m.nt. Faber, RI 2015/44 en Tijdschrift voor financieel recht 2015, p. 343 e.v. m.nt. R.E. van Esch.

“3.5.1. De onderdelen stellen de vraag aan de orde wat de gevolgen zijn (...) voor de beslissing die is gegeven in het arrest *Vis q.q./NMB*. In dat arrest is overwogen:

‘Blijkens de in 3.1 samengevatte feiten gaat het hier om een girale betaling door de schuldenaar, die pas na de aanvang van de dag van de faillietverklaring is voltooid. Het beginsel van art. 23 Fw, zoals dit mede in art. 1850, aanhef en onder derde, BW tot uiting komt, brengt mee dat de curator het aldus betaalde terug kan vorderen, indien de giroinstelling aan welke de overschrijvingsopdracht werd gegeven, bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen had verricht, die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten. Dit geval doet zich hier voor nu de afschrijving pas op 18 nov. 1981 heeft plaatsgevonden.’

3.5.2. De uit het beginsel van art. 23 Fw voortvloeiende regel die in deze overweging is weergegeven, stemt overeen met de regel van art. 35 lid 1 Fw, die inhoudt dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen hebben plaatsgevonden die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, de levering niet geldig meer kan geschieden. Het aldus in onder meer deze regels uitgewerkte beginsel van art. 23 Fw komt erop neer dat door of vanwege de schuldenaar niet meer bevoegd (beschikkings)handelingen ten laste van diens vermogen kunnen worden verricht vanaf het tijdstip van de aanvang van de dag van de faillietverklaring. Dat geldt ook voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank in het geval van een betalingsopdracht. De met art. 23 Fw verband houdende bepaling van art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW (destijds art. 1850, aanhef en onder derde, BW) – op grond waarvan de lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever –, vormt hiervan een uitwerking.

3.5.3. Uit het hiervoor in 3.5.2 overwogene volgt dat het bij de regel van het arrest *Vis q.q./NMB* uitsluitend erom gaat of de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring alle handelingen heeft verricht die nodig zijn ter effectuering van de betaling. (...)

3.10.1. De Hoge Raad ziet (...) aanleiding om op een andere wijze dan door het middel bepleit, terug te komen van de regel van het arrest *Vis q.q./NMB*.

3.10.2. Bij een girale overmaking geschiedt de betaling op het tijdstip dat de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd (art. 6:114 lid 2 BW). Dat betekent dat eerst op dat tijdstip aan de verbintenis tot betaling van een geldsom is voldaan. In verband hiermee zijn 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 –, aan te merken als instanties van wier diensten de schuldenaar direct of indirect gebruik maakt bij de betaling.

3.10.3. Gelet op het in 3.10.2 overwogene strookt het meer met het hiervoor in 3.5.2 genoemde beginsel van art. 23 Fw om aan te nemen dat de curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementsstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. Dit heeft bovendien als belangrijke voordelen 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 toevallige) 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.”

3.5. Beide arresten verwijzen naar art. 23 Fw en naar het daarin niet nader gespecificeerde “beginsel” van die bepaling. In beide arresten had echter mede kunnen worden verwezen naar art. 24 Fw, dat bepaalt dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, dan voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat, en naar art. 20 Fw, waarin de wetgever het karakter van het faillissement als gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de schuldeisers heeft vastgelegd.¹³ Deze bepalingen komen erop neer dat de schuldenaar de boedel (dat wil zeggen het in art. 20 en 23 Fw bedoelde vermogen) vanaf het intreden van het faillissement

13 Zie de toelichting op art. 20 Fw, G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (Onderneming en Recht nr. 2-I)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 339-340.

ment niet meer kan binden. Deze bepalingen leiden tot een relatieve nietigheid van die handelingen van de schuldenaar: zij kunnen niet aan boedel worden tegengeworpen.¹⁴

3.6. Vorenstaande regels van de art. 20, 23 en 24 Fw hebben niet alleen tot gevolg dat de curator de begunstigde van de girale betaling kan aanspreken tot terugbetaling van het in weerwil van art. 23 Fw ontvangene, zoals aan de orde was in de arresten *Vis q.q./NMB* en *JPR/Gunning q.q.*, maar ook dat de curator de bank van de schuldenaar die vanaf genoemd tijdstip uitvoering heeft gegeven aan de opdracht tot een girale betaling, tot ongedaanmaking van die uitvoering kan aanspreken. Aldus is dan ook beslist in de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.*¹⁵ In eerstgenoemd arrest is (in rov. 3.3) overwogen:

“Het gaat in gevallen als het onderhavige om de aanvaarding en uitvoering door de bank van een na de faillietverklaring door de gefailleerde gegeven betalingsopdracht, tot het geven waarvan de gefailleerde ingevolge art. 23 Fw niet bevoegd was. Nu de boedel door de uit die opdracht voortvloeiende betaling niet is gebaat, kan in beginsel deze betaling, ongeacht of de bank door publicatie van het faillissementsvonnis of op andere wijze bekend was of kon zijn met de faillietverklaring, niet aan de boedel worden tegengeworpen, en kan de curator hetgeen ingevolge de betalingsopdracht door de bank is betaald terugvorderen (vgl. HR 11 januari 1980, nr. 11512, *NJ* 1980, 563).”

In deze overweging wordt de grens getrokken bij “een na de faillietverklaring door de gefailleerde gegeven betalingsopdracht”, in afwijking van de arresten *Vis q.q./NMB* en *JPR/Gunning q.q.*, waarin, zoals hiervoor weergegeven, de grens wordt getrokken bij een na de faillietverklaring door de bank uitgevoerde betalingsopdracht, welke opdracht eventueel ook van vóór het faillissement kan dateren. Gelet op het gegeven dat beide arresten berusten op art. 23 Fw, en gelet op de motivering van de arresten *Vis q.q./NMB* en *JPR/Gunning q.q.*, waarin voor de daarin geformuleerde grens mede wordt verwezen naar art. 35

Fw, art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW en art. 1850, aanhef en onder derde, oud BW, ligt het voor de hand om aan te nemen dat ook voor de vordering tot terugboeking van het overgemaakte bedrag van de curator op de bank van de schuldenaar als grens heeft te gelden of de opdracht na de faillietverklaring door de bank is *uitgevoerd*.¹⁶

3.7. Het voorgaande geldt ook bij een automatisch incasso. Een dergelijk incasso is immers niets anders dan een combinatie van een machtiging om namens de rekeninghouder aan de bank een opdracht te geven en de op basis daarvan gegeven opdracht.¹⁷ Daarvoor geldt dus hetzelfde als voor andere opdrachten.¹⁸ Na het intreden van het faillissement kan de bank daaraan dus geen uitvoering meer geven ten laste van de boedel. Partijen, kantonrechter en hof zijn hier dan ook alle van uitgegaan (het hof met zoveel woorden in rov. 10: “Door het faillissement van de schuldenaar eindigt de (al dan niet via een automatische incasso gegeven) betalingsopdracht aan de bank.”) en in de diverse commentaren op de uitspraken van kantonrechter en hof wordt ook niet een andere zienswijze naar voren gebracht.

Is de uitkomst anders bij een negatief saldo van de rekening?

3.8. Daarmee kom ik toe aan de vraag waar het in deze zaak om gaat: is de uitkomst anders als het saldo van de rekening van de schuldenaar negatief is?

14 Zie Van der Feltz t.a.p.

15 HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Huijzer q.q./Rabobank*) en HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *NJ* 2012/421 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING Bank/Manning q.q.*).

16 Zie in dezelfde zin Van Esch onder 5 van zijn noot onder *JPR/Gunning q.q.*, hiervoor in voetnoot 12 aangehaald, en F.H.J. Mijnsen en A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding* (Monografieën Privaatrecht nr. 15), Deventer: Kluwer 2019/12.2.

17 Zie bijvoorbeeld F.H.J. Mijnsen, *Verbintenissen tot betaling van een geldsom* (Monografieën BW nr. B39), Deventer: Wolters Kluwer 2017/35, en B. Bieren, *Geld in het vermogensrecht* (Monografieën BW nr. A17), Deventer: Wolters Kluwer 2020/21.2. De automatisch incasso is nu wettelijk omschreven in art. 7:514 onder b BW. Titel 7B Boek 7 BW bevat daarover enkele bepalingen, die voor dit geding echter niet van belang zijn.

18 Op grond van art. 3:72, aanhef en onder a, BW eindigt een volmacht door het faillissement van de volmachtgever, net als lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever op grond van het hiervoor genoemde art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW.

3.9. Ik stel voorop dat uit de gedingstukken van deze zaak valt af te leiden dat het saldo van de rekening van BB reeds vóór het faillissement negatief was en dat daarin geen verandering is gekomen na het intreden van het faillissement. Dat brengt mee dat de betaling vanaf de rekening de schuld van BB jegens de bank heeft vergroot. Die verhoging van haar vordering kan de bank echter, gelet op de art. 20, 23 en 24 Fw, niet aan de boedel tegenwerpen (tenzij die daardoor zou zijn gebaat, maar dat is in dit geding niet (aan de orde) gesteld). De bank heeft dus geen vordering terzake in het faillissement.¹⁹ Wel kan zij op grond van de rechtsverhouding met de begunstigde en de schuldenaar het recht hebben om de betaling terug te draaien. Met name het binnen een bepaalde termijn uit te oefenen storneringsrecht dat bestaat bij een automatische incasso kan haar daartoe het recht geven. In de onderlinge verhouding van schuldenaar en schuldeiser heeft de betaling door middel van een automatische incasso te gelden als een betaling onder de ontbindende voorwaarde van stornering en heeft zowel de schuldenaar als de bank de bevoegdheid om binnen de daarvoor staande termijn over te gaan tot storneren (dat is het administratief ongedaan van de boeking), om welke reden ook.²⁰ In het onderhavige geval heeft de bank blijkens de vaststaande feiten niet gestor-

neerd, kennelijk omdat zij daarmee te laat was (zie hiervoor in 2.1 onder (v)).²¹ Kennelijk had de bank niet anderszins jegens BB en RFH het recht om de betaling terug te draaien.²²

3.10. Het voorgaande betekent dat de girale betaling aan RFH ten koste is gegaan van de bank en niet ten koste van de boedel van het faillissement van BB. BB had immers geen tegoed bij de bank waaruit de betaling plaatsvond. De betaling heeft ook niet geleid tot een toename van de vorderingen in het faillissement, want als gezegd kan de bank terzake van de girale betaling geen vordering indienen in het faillissement.²³

ning-courantverhouding (Monografieën Privaatrecht nr. 15), Deventer: Kluwer 2019/14.8-14.9.

- 19 Hetzelfde zou op grond van de hiervoor in 3.4-3.7 vermelde regels hebben gegolden als na de afschrijving van de onderhavige girale betaling nog wel betalingen aan BB zouden zijn ontvangen op de rekening. Die regels houden immers in dat de bank door de afschrijving geen vordering heeft verkregen die zij tegen de boedel kan uitoefenen. Zij kan die vordering dus evenmin in verrekening brengen in de rekening-courantverhouding met de schuldenaar, zoals in het genoemde arrest Huijzer q.q./Rabobank mede is beslist. Dat geldt ongeacht het saldo van de rekening, dus ook als dat positief is of alsnog wordt.
- 20 Zie daarover HR 3 december 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR1943, NJ 2005/200 m.nt. P. van Schilfgaarde (Mendel/ABN Amro) en HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, NJ 2012/89 m.nt. P. van Schilfgaarde (SNS Bank/Pasman q.q.). Naar ik begriip hebben die arresten hun betekenis behouden na de invoering in 2009 van titel 7B Boek 7 BW over de betalingstransactie, waarbij de Richtlijn betaaldiensten is geïmplementeerd. Zie aldus ook W.A.K. Rank, T&C BW, aantek. 2 op art. 7:530 BW, en F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, De reke-

21 De curator heeft in de inleidende dagvaarding onder 5 gesteld dat daarbij sprake was van een abuis van de bank.

22 In de periode 2009-2017 bepaalde art. 19 lid 3 van de Algemene bankvoorwaarden 2009 dat de bank bevoegd is om een creditering van een rekening door een beschikkingsonbevoegde ongedaan te maken. Aangenomen werd dat deze bepaling ook kon worden ingeroepen ten aanzien van betalingen in strijd met de in 3.4-3.7 vermelde regels. Zie KIFID 24 november 2015, RI 2016/53. In de Algemene bankvoorwaarden 2017 is deze mogelijkheid vervallen, naar ik begriip op advies van de Betaalvereniging Nederland en omwille van de betrouwbaarheid van het girale betalingsverkeer. Zie daarover F.E.J. Beekhoven van de Boezem, 'Gewijzigde Algemene bankvoorwaarden (ABV 2017)', Tvl 2017/8, par. 3.

23 Om dezelfde redenen had zij voor die vordering ook geen zekerheden kunnen uitwinnen. Zie HR 30 januari 1953, ECLI:NL:HR:1953:121, NJ 1953/578 m.nt. Ph.A.N. Houwing (Doyer & Kalf), HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1517, NJ 1995/627 m.nt. P. van Schilfgaarde (NCM/Knottenbelt q.q.) en HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, NJ 2019/343 m.nt. H.J. Snijders (Scheepel q.q./Rabobank). Ik denk dan ook niet dat voor de bank de mogelijkheid kan bestaan om voor een vordering zoals hier zekerheidsrechten uit te winnen, zoals Mensink en Tekstra in hun hiervoor in voetnoot 7 genoemde commentaren wel als een eventueel denkbare mogelijkheid veronderstellen, in het voetspoor van Abendroth onder 6.2 van zijn in voetnoot 12 genoemde noot onder JPR/Gunning q.q. Abendroth ziet daar die mogelijkheid aanwezig met betrekking tot een vóór het faillissement gegeven betalingsopdracht. Dat miskent echter dat de grens in Vis q.q./NMB en JPR/Gunning q.q. is gelegd bij de uitvoering van de opdracht na het faillissement

3.11. De curator heeft betoogd dat wel sprake zou zijn van een betaling ten laste van de boedel, omdat ook de kredietruimte waarover de schuldenaar beschikt, tot de activa van de boedel is te rekenen.²⁴ Gesteld noch gebleken is echter dat de girale betaling in dit geval heeft plaatsgevonden ten laste van met de bank overeengekomen kredietruimte. Bovendien zal de mogelijkheid om van kredietruimte gebruik te maken, normaal gesproken op grond van de voorwaarden van het krediet vervallen als de schuldenaar in staat van faillissement komt te verkeren. Dat dit in dit geval anders zou zijn geweest, is evenmin gesteld of gebleken. Uit het kredietruimte-arrest²⁵ volgt bovendien ook duidelijk dat als kredietruimte met de bank is overeengekomen, die ruimte als zodanig geen vermogensrecht oplevert. Volgens dat arrest brengt het enkele bestaan van een kredietrelatie tussen bank en cliënt immers niet mee dat de cliënt reeds op die grond een – vooralsnog voorwaardelijke – vordering heeft op de bank. Het wilsrecht van de cliënt dat ligt besloten in de bevoegdheid tot afroep van het krediet, is volgens het arrest naar zijn aard niet vatbaar voor beslag en executie, overdracht en uitoefening door een beslaglegger. Ik zou menen dat dit ook geldt in faillissement en voor uitoefening van dat recht door de curator. Voor een en ander wordt in het arrest immers uitdrukkelijk mede verwezen naar het systeem van het faillissementsrecht.²⁶

3.12. Uitgangspunt moet dan ook zijn dat een girale betaling in een geval zoals hier de boedel op geen enkele wijze raakt, noch door een verminde-

ring van het actief (de bezittingen), noch door een vermeerdering van het passief (de schulden) daarvan. Dat zo zijnde, valt niet goed in te zien dat de curator een vordering jegens RFH als begunstigde van de girale betaling zou toekomen. Daarmee zou de boedel immers zonder enige grond een voordeel verkrijgen dat afkomstig is van de bank. Daar komt dan bovendien nog bij dat de boedel door de betaling, opnieuw zonder enige grond, een voordeel heeft gekregen, doordat zij een schuldeiser kwijt is, omdat RFH is voldaan en dus niet zal meedelen in het actief in het faillissement (althans niet wat betreft de voldane vordering), waardoor er – mits er voldoende actief is – meer ter verdeling overblijft voor de andere schuldeisers.²⁷ Veeleer zou men hier dan ook denken aan een vordering van de bank – die als gezegd de enige is die nadeel van de betaling heeft ondervonden – op de begunstigde, met name op grond van ongerechtvaardigde verrijking.²⁸

3.13. Uit het voorgaande volgt dat het antwoord op de hiervoor genoemde vraag bevestigend moet luiden.²⁹ Er is immers geen grond aan te wijzen waarop de curator een vordering heeft in het geval de girale betaling ten koste is gegaan van een debetsaldo en daarmee uitsluitend van de bank. De art. 20 en 23 Fw zijn niet op de betaling van toepassing omdat deze bepalingen enkel zien op de activa die tot het faillissementsvermogen behoren, wat met betrekking tot de hier aan de orde zijnde girale betaling niet kan worden gezegd.³⁰

en niet bij de na het intreden van het faillissement gegeven opdracht, zoals het arrest Huijzer q.q./Rabobank (nog) zegt; zie hiervoor in 3.6. Overigens is in deze zaak gesteld noch gebleken dat de bank zekerheden had en speelt deze kwestie daarin dus niet.

24 Memorie van grieven onder 49 en schriftelijke toelichting onder 4.12.

25 HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Snijders (Kredietruimte).

26 Zie rov. 3.4-3.6 en 3.8 van het arrest. Zie in dezelfde zin onder meer B. Wessels, Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II), Deventer: Wolters Kluwer 2019/2047, B.A. Schuiling onder 3 van zijn noot onder het vonnis van de kantonrechter, hiervoor aangehaald in voetnoot 6, en K.C. Mensink, in zijn hiervoor in voetnoot 7 aangehaalde commentaar op het arrest van het hof, op p. 15, rechterkolom, halverwege.

27 Zie in dezelfde zin ook al Abendroth in zijn in voetnoot 12 genoemde noot en Mensink in zijn hiervoor in voetnoot 7 aangehaalde commentaar.

28 Zie aldus ook Mensink t.a.p., vanaf p. 15 rechterkolom, onderaan, die betoogt dat als de beslissing van het hof in deze zaak juist zou zijn, de bank jegens de boedel een vordering zou moeten hebben op grond van het bekende Ontvanger/Hamm q.q.-arrest (HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437 m.nt. P. van Schilfgaarde).

29 Zie in deze zin ook Abendroth en Mensink, hiervoor aangehaald, en Verstijlen, T&C Insolventierecht, aantek. 5 op art. 23 Fw, die het vonnis van de kantonrechter in deze zaak weergeeft als geldend recht.

30 Zie voor het feit dat de art. 20 en 23 Fw enkele zien op activa, en dus niet op passiva, uitdrukkelijk Van der Feltz, toelichting op art. 20 Fw, Van der Feltz-I (O&R nr. 2-I) 2016/340 en 346 (“Goederen” wordt hier, evenals in art. 22 [23], gebezigd in den zin van ‘bona, van ‘al wat deel uitmaakt van het vermogen’ of ‘vermo-

Art. 24 Fw is niet van toepassing omdat geen vordering is ontstaan die jegens de boedel kan worden uitgeoefend, met andere woorden: er evenmin sprake is van een vermeerdering van het passief in het faillissement. Het oordeel van de kantonrechter, hiervoor in 2.4 aangehaald, is om deze redenen zonder meer juist te achten.

Kritiek Schuijling op vonnis kantonrechter

3.14. Het oordeel van de kantonrechter is evenwel bekritiseerd door Schuijling in zijn hiervoor in voetnoot 6 aangehaalde noot onder het vonnis van de kantonrechter.³¹ Volgens hem vormt het feit dat de rekening van BB al een debetstand vertoonde en de betaling daardoor het faillissementsvermogen niet heeft geraakt, “nog geen rechtvaardiging om dit geval buiten het bereik van art. 23 Fw te brengen. Ook bij een overschrijving vanaf een betaalrekening met een debetstand onttrekt de begunstigde zich door de ontvangst van de betaling aan de *paritas creditorum*.” Volgens hem bevat het arrest JPR/Gunning q.q. geen aanwijzing dat de reikwijdte van de rechtsregel daarvan is beperkt tot girale betalingen die ten laste komen van een creditsaldo. “Sterker nog”, aldus Schuijling:

“de Hoge Raad overweegt dat de curator stéeds kan terugvorderen hetgeen tijdens het faillissement giraal wordt betaald. Met ‘het beginsel van art. 23 Fw’, waaraan de Hoge Raad refereert, wordt

gedoeld op het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende fixatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt. De rechtspositie van een schuldeiser mag na het intreden van het faillissement niet meer te zijn gunste worden gewijzigd. (...) Het strookt met het fixatiebeginsel dat ook de girale betaling die tijdens het faillissement is verricht ten laste van een debetsaldo, kan worden teruggevorderd door de curator.”³²

3.15. Deze argumenten heeft het hof in rov. 10 onderschreven en overgenomen voor zijn oordeel. Ik bespreek deze argumenten hierna puntsgewijs.

*Strijd met *paritas*- of fixatiebeginsel?*

3.16. Dat sprake zou zijn van strijd met de gelijkheid van schuldeisers (in het Latijn de “*paritas creditorum*”) die tegenwoordig in art. 3:277 BW is vastgelegd en die een belangrijk beginsel vormt van het faillissementsrecht, valt naar mijn mening niet in te zien. Bij de hiervoor in 3.12 genoemde feiten lopen de schuldeisers in het faillissement immers niets mis. Dat één van hen, RFH, wél betaling ontvangt, betekent niet dat zij zich aan de *paritas* onttrekt. De betaling aan haar heeft immers niet door of ten laste van de boedel plaatsgevonden, maar (per saldo) door en voor rekening van een derde, de bank, die daarvoor geen (regres)vordering heeft op de boedel. De boedel en dus de andere schuldeisers worden daardoor op geen enkel wijze geraakt. Het onderhavige geval verschilt niet wezenlijk van een andere betaling van een openstaande vordering op een gefailleerde door en voor rekening van een derde, zoals bijvoorbeeld die door een verzekeraar op grond van een kredietverzekering, die door een subsidiegever of waarborginstituut of door een bevriende relatie van de gefailleerde die deze laatste van zijn schulden wil afhelpen. Dergelijke betalingen staan geheel buiten het faillissement. De *paritas* heeft immers slechts betrekking op de gelijke behandeling van schuldeisers in het faillissement, dus bij de verdeling van de opbrengst van de boedel. Vergelijk het arrest H.H./Unitco uit 2014:

“Het staat derden in beginsel vrij hangende een procedure tot faillietverklaring steunvorderingen te voldoen. Dat levert geen doorbreking op van de

gensbestanddelen”). Dit is dan ook “vaste leer”. Zie bijvoorbeeld: Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019/2013, F.M.J. Verstijlen, T&C Insolventierecht, art. 20 Fw, aant. 1, N.J. Polak & M. Pannevis, Insolventierecht, Deventer: Wolters Kluwer 2017/4.2.1 (“Het gehele vermogen in de zin van art. 20 omvat alle zaken en alle vermogensrechten van de gefailleerde die te gelde kunnen worden gemaakt. Anders gezegd: alle activa van de gefailleerde. (...) Het vermogen omvat dus niet, zoals bijv. in de bedrijfseconomie of bij de vermogensbelasting, ook de verplichtingen (de passiva).”), C. den Besten, Sdu Commentaar Insolventierecht, art. 20 Fw, aant. 1 en W.H. van Boom, Verhaal, uitwinning en rangorde: hoofdlijnen materieel beslag- en faillissementsrecht, Den Haag: Boom Juridisch 2020/5.4.

31 Schuijling is bijgevalen door Tekstra en Cornelissen in hun hiervoor in voetnoot 7 genoemde noten. Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019/2248b haalt de mening van Schuijling zonder verder commentaar aan.

32 Zie voor een en ander de noot van Schuijling onder 3.

paritas creditorum, ook niet indien de vordering van de aanvrager van het faillissement onbetaald blijft of daarvoor geen zekerheid wordt gesteld. 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).³³

3.17. Om dezelfde redenen kan ik evenmin strijd zien met het fixatiebeginsel. Net als het paritasbeginsel is het fixatiebeginsel een beginsel dat niet in de Faillissementswet staat, maar wel onmiskenbaar ten grondslag ligt aan de bepalingen daarvan. De belangrijkste daarvan zijn de al genoemde art. 20, 23 en 24 Fw. Enerzijds is het faillissement als gezegd een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar (met het oog op, primair, de vereffening en verdeling daarvan), en is dat vermogen dus in die zin gefixeerd, anderzijds worden de rechten van de schuldeisers gefixeerd met het oog op de verdeling van dat (te vereffenen) vermogen over de schuldeisers. Het fixatiebeginsel beschermt dus de aanspraak van de schuldeisers op de opbrengst van de activa van de boedel en op de onderlinge gelijkheid bij de verdeling daarvan.³⁴ In de memorie van toelichting op art. 128-131 Fw, waarnaar de Hoge Raad voor het fixatiebeginsel verwijst in de prejudiciële beslissing *Credit Suisse/Jongepier* q.q. (in rov. 3.5.1), staat:

“De schuldeisers concurreren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het oogenblik der faillietverklaring te vorderen hebben; de dag der faillietverklaring fixeert hunne rechten; dit is het eenvoudige beginsel, ten grondslag liggende aan de regelen ten aanzien der verificatie in de artikelen 128-131 gesteld.”³⁵

3.18. In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt het fixatiebeginsel onder meer omschreven als dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.³⁶ Wessels schrijft in het kader van de bepalingen die zijn opgenomen in de Tweede Afdeling van Titel I van de Faillissementswet (met het opschrift: “Van de gevolgen der faillietverklaring”) onder meer:³⁷

“De (...) geregelde rechtsgevolgen [van het faillissement] treden in ‘ten tijde van de faillietverklaring’ (art. 20, art. 37 lid 1), ‘door de faillietverklaring’ (art. 23), of als gevolg van het ‘vonnis van faillietverklaring’ (art. 33 lid 1) dan wel voorzover rechtsverhoudingen lopen ‘tijdens de faillietverklaring’ (art. 27 lid 1, art. 28 lid 1, art. 29), hetgeen in enkele gevallen is verondersteld (vergelijk art. 38a en art. 39). Sommige consequenties moeten worden beschouwd ‘van de dag’ van de faillietverklaring (art. 35, art. 35a, art. 35b, art. 39 lid 1, slot, en art. 40 lid 2) of met inachtneming van wat ‘vóór’ faillietverklaring (art. 30 lid 1, art. 33 lid 1, art. 34, en art. 36a) geschiedt. De bewoordingen in deze wetsartikelen geven daarmee uitdrukking aan het ‘...hoofdbeginsel van alle faillissementsrecht, dat door intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij den boedel betrokkenen onveranderlijk wordt’, zie HR 31 december 1909, *W* 8957. Deze onveranderlijkheid komt dan ook tot uitdrukking in de bepaling van de positie van een schuldeiser die in beginsel alleen in het faillissement kan opkomen voor de vordering die hij ten tijde van de faillietverklaring op de schuldenaar heeft, vergelijk Van der Feltz II (1897), p. 126, en *Parl. Gesch.* Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 201.

De Hoge Raad rept meer algemeen over het ‘...systeem van fixatie van de rechten van crediteuren op het oogenblik van het faillissement ... en

33 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:98, NJ 2014/61 (H.H./Unitco), rov. 3.3.2. Zie hierover ook Mensink, hiervoor aangehaald, p. 17.

34 De paritas dus. Uiteraard wordt de gelijkheid “doorbroken” als de wet voorrang geeft aan vorderingen (zoals bij zekerheidsrechten en voorrechten). Het gaat dus eigenlijk niet alleen om de paritas, maar om de wettelijke geregelde rangorde als geheel, die wordt beschermd door de genoemde bepalingen van de Faillissementswet die neerkomen op een uitwerking van het fixatiebeginsel.

35 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, II/126.

36 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Credit Suisse/Jongepier* q.q.), rov. 3.5.1. Zie voor een nadere omschrijving van dat beginsel rov. 3.5.4 van dat arrest, waar verduidelijkt wordt dat het niet de rechten zijn, maar de rechtsposities die niet ten nadele van de boedel kunnen worden gewijzigd na het intreden van het faillissement. Vandaar dat de bank bijvoorbeeld de hiervoor in 3.9 genoemde bevoegdheden kan uitoefenen tijdens faillissement.

37 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (I) (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019/2003.

onder meer neergelegd in de artikelen 23, 24, 33, 38, 39, 129-131 dier wet, zie HR 5 januari 1923, *NJ* 1923, p. 359, of van het beginsel dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt, het zogenoemde 'fixatiebeginsel', zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, zulks beslissend ten aanzien van art. 23 en daarbij tevens aangevend dat op de dag van faillietverklaring de beschikking en het beheer bij de curator komt te berusten, zie art. 68 lid 1.³⁸

3.19. Zoals uit het voorgaande volgt, ziet het fixatiebeginsel – evenals het paritasbeginsel, dat als gezegd door het fixatiebeginsel mede wordt beschermd – en alle hiervoor aangehaalde bepalingen van de Faillissementswet waarin het fixatiebeginsel tot uitdrukking komt, op de onderlinge verhoudingen in het faillissement tussen de schuldenaar en zijn schuldeisers en de schuldeisers onderling met betrekking tot de boedel. Ook dit beginsel heeft dus, kort gezegd, geen betrekking op het geval dat een vordering van een schuldeiser wordt voldaan door een derde, zoals hier aan de orde is, waarbij geen actief aan de boedel wordt onttrokken en ook geen passief daaraan wordt toegevoegd (maar integendeel het passief zelfs juist wordt verminderd) en dat dus aan die onderlinge verhoudingen in het geheel niet raakt. Het is ook niet voor niets, denk ik, dat in dit geval uit de relevante bepalingen waarin het fixatiebeginsel tot uitdrukking komt (de art. 20, 23 en 24 Fw), geen vordering voor de curator volgt. Naar ik zou menen, komt de onderhavige betaling dan ook evenmin in strijd met het fixatiebeginsel.³⁹ Overigens vraag ik mij af of in de arresten *Vis q.q./NMB* en *JPR/Gunning q.q.* met het beginsel van art. 23 Fw inderdaad het fixatiebeginsel is bedoeld, zoals onder meer het hof meent. Mij lijkt dat bij het "beginsel" waarover in die arresten wordt gesproken, veeleer is gedacht aan de regel zoals die mede in art. 35 Fw, art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW en art. 1850, aanhef en onder

derde, oud BW staat en in rov. 3.5.2 van het arrest *JPR/Gunning q.q.* wordt aangehaald.⁴⁰ Als de Hoge Raad het fixatiebeginsel in de arresten op het oog had gehad, dan zou het immers voor de hand hebben gelegen dat hij die aanduiding ook had gebruikt, zoals in zoveel andere arresten is gebeurd.

3.20. RFH heeft al in de eerste aanleg van deze procedure een parallel getrokken met de beslissing in het arrest *Loeffen/Bank Mees en Hope II*.⁴¹ Die parallel lijkt me gegrond. In de zaak van dat arrest had de bank een negatief saldo van de kort nadien gefailleerde vennootschap *Meerhuys* vrijwel geheel aangezuiverd door een zustervenootschap (APO) een krediet te geven en het bedrag daarvan door APO naar de rekening te laten overmaken van *Meerhuys*, ter voldoening van de openstaande schuld van APO aan *Meerhuys*. Vaststond dat APO, dat enige tijd later zelf ook failliede, zelf geen middelen meer had om de vordering aan *Meerhuys* te voldoen. Desalniettemin meende de curator in het faillissement van *Meerhuys* dat de verrekening door de bank van de betaling door APO van haar schuld aan *Meerhuys* op de rekening van *Meerhuys*, met het debetsaldo van die rekening, paulianeus was en vorderde hij het bedrag van de betaling door APO van de bank op grond van art. 47 Fw. De Hoge Raad oordeelde die vordering in strijd met de strekking van art. 47 Fw. Hij overwoog:

"Die strekking laat zich aldus samenvatten dat – in overeenstemming met wat ook geldt voor andere bepalingen die uitwerking geven aan de figuur van de *Pauliana* als grond van vernietiging van rechtshandelingen – de schuldeisers worden beschermd tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden, zoals deze in geval van faillissement door de curator worden uitgeoefend. Daaraan is niet voldaan in een geval als het onderhavige waarin aan de schuldeisers, zonder dat hun enig

38 Er zijn ook vele andere arresten waarin de Hoge Raad over het fixatiebeginsel spreekt. Zie onder meer het hiervoor genoemde arrest *Huizer q.q./Rabobank*. Zie voorts bijvoorbeeld *Wessels*, *Gevolgen van faillietverklaring (I)* (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019/2009 en 2019, met vindplaatsen.

39 Zie aldus opnieuw ook *Mensink*, 'De terugvorderingsactie op grond van art. 23 Faillissementswet', *Tijdschrift voor Curatoren* 2020/1-2, p. 17, rechterkolom.

40 Vgl. F.H.J. Mijnsen en A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding* (Monografieën Privaatrecht nr. 15) 2019/12.2: "Naast het fixatiebeginsel geldt het beginsel van art. 23 Fw. Dit komt erop neer dat door of vanwege de schuldenaar niet meer bevoegd (beschikings)handelingen ten laste van diens vermogen kunnen worden verricht vanaf de aanvang van de dag van de faillietverklaring."

41 HR 22 maart 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0182, *NJ* 1992/214 (*Loeffen/Bank Mees en Hope II*), rov. 3.6.

nadeel wordt toegebracht, alleen een voordeel ontgaat.

Zou immers de curator op grond van art. 47 de nietigheid kunnen inroepen van de vermindering van het debetsaldo van de rekening van Meerhuys bij de Bank (...) en daardoor de Bank kunnen nopen [het] bedrag 'terug te geven', dan zou hij dusdoende in het de schuldeisers tot verhaal diende vermogen van de failliet niet een bate terugbrengen die daaruit in het zicht van het naderend faillissement onoirbaar is verdwenen, maar aan dat vermogen een bate toevoegen die daarin niet thuis hoort. Die bate is immers enkel in dat vermogen geraakt doordat de Bank heeft bewerkstelligd dat door storting van het (...) bedrag (...) in het vermogen van Meerhuys een onverhaalbare en dus waardeloze vordering op APO werd vervangen door een aanspraak ten belope van dat bedrag op de Bank."

3.21. De bescherming tegen de benadeling in hun verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers door de pauliana en de bescherming die de art. 20, 23 en 24 Fw en het fixatiebeginsel de schuldeisers bieden, komen overeen: beide beschermen tegen het verminderen van het actief dat door de schuldeisers in het faillissement verdeeld zou moeten worden en tegen een vermeerdering van het passief, waardoor de uitkering per vordering van hen in het faillissement lager wordt. Ik zou dan ook menen dat waar in een geval als dat van het arrest Loeffen/Bank Mees en Hope II geen grond bestaat voor een vordering van de curator, omdat het gaat om een voordeel dat afkomstig is van de bank en niet van de boedel, hetzelfde heeft te gelden voor het onderhavige geval.

Vraag al beslist in het arrest JPR/Gunning q.q.?

3.22. In het arrest JPR/Gunning q.q. valt mijns ziens niet te lezen dat de hiervoor in 1 genoemde vraag al is beantwoord door de Hoge Raad en wel in ontkennende zin, zoals het hof, in navolging van Schuijling, heeft gemeend. Het woord "steeds" waarnaar Schuijling verwijst, staat in rov. 3.10.3 eerste zin van het arrest (hiervoor in 3.4 aangehaald), waarvan de inhoud is dat wordt teruggekomen van de regel van het arrest Vis q.q./NMB. Volgens die regel kon de curator *niet* "steeds" het betaalde terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd, namelijk niet in het geval dat de overschrijvingsopdracht al geheel was uitgevoerd door de bank *van de schuldenaar*

(zie het arrest). Kennelijk ziet het woord "steeds" in rov. 3.10.3 van JPR/Gunning q.q. dus daarop.

Uitgangspunt in de zaak van het arrest was bovendien juist dat het banksaldo van de schuldenaar positief was (zie in 3.1 onder (iii) van het arrest, bij de vaststaande feiten). Er is daarom weinig reden om, zonder enige nadere tekstuele aanwijzing, het woord "steeds" in rov. 3.10.3 eerste zin van het arrest op het geval van een negatief saldo te betrekken. Hierdoor blijkt immers uit niets dat (mogelijk mede) aan dat geval is gedacht. Partijen zullen, in verband met dat uitgangspunt, in de zaak van het arrest ook niet over dat geval hebben gedebatteerd. In die situatie ligt het voor de hand dat ook de Hoge Raad zich daarover niet uitlaat en dat, als hij dat wel doet, hij duidelijk expliciteert dat zijn beslissing ook van belang is voor het buiten de aan de orde zijnde context vallende geval van een negatief saldo.⁴²

Mensink wijst denk ik ook nog terecht erop dat in genoemde zin van het arrest wordt gesproken van "terugvorderen".⁴³ Als er sprake is van een negatief saldo, dan valt er niets terug te vorderen, omdat de boedel dan niet eerst een tegoed op de rekening had, maar een tekort. Ook dat wijst erop dat niet aan het geval van een negatief saldo is gedacht en niet over dat geval is beslist.

"Last but not least" zijn er de hiervoor genoemde argumenten voor een bevestigende beantwoording van genoemde vraag, die het mijns inziens ook nog onaannemelijk maken dat de Hoge Raad in het JPR-/Gunning q.q. die vraag heeft beantwoord in ontkennende zin, zeker op de impliciete wijze waarop dit dan zou moeten zijn gebeurd.

Slotsom

3.23. Naar ik meen kan in de door het hof genoemde argumenten dus geen grond worden gevonden om tot een andere slotsom te komen dan hiervoor in 3.13 genoemd. De eerste drie onderdelen van het middel zijn mijns inziens dus gegrond. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen, door alsnog het vonnis van de kantonrechter te

42 Ik wijs in dit verband ook op de uiteenzettingen van Bakels in *Ars Aequi* over hoe arresten van de Hoge Raad zijn te lezen, F.B. Bakels, *Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad*, *Ars Aequi* 2015 (november), p. 927 e.v.

43 Mensink hiervoor aangehaald, p. 16 linkerkolom.

bekrachten. Gelet op het voorgaande is immers geen andere conclusie mogelijk dan dat de vordering van de curator moet worden afgewezen: de curator kan geen aanspraak maken op het door RFH met de girale betaling ontvangen bedrag (alleen de bank kan dat eventueel, als enige die door de betaling is benadeeld).

3.24. Het voorgaande betekent dat middel 2 en de onderdelen 4 en 5 van middel 1, die betrekking hebben op de andere door RFH gevoerde verweeren, geen behandeling behoeven. Volledigheidshalve worden de klachten hiervan hierna echter nog kort besproken, waarbij veronderstellenderwijs tot uitgangspunt wordt genomen dat de curator wel een vordering op grond van art. 23 Fw toekomt wegens de girale betaling.⁴⁴

Onderdelen 4 en 5 van middel 1; mocht RFH erop vertrouwen dat de betaling afkomstig was van de curator?

3.25. De onderdelen 4 en 5 van middel 1 keren zich tegen de verwerping door het hof in rov. 11 van het hiervoor als tweede in 2.3 genoemde verweer van RFH, dat zij erop mocht vertrouwen dat de girale betaling afkomstig was van de curator. Het hof heeft hierover in rov. 11 overwogen:

“11. RFH heeft daarnaast nog aangevoerd dat er ook daarom geen restitutieverplichting kan bestaan omdat zij erop mocht vertrouwen dat de curator de betalingsopdracht had gegeven en de betaling dus bevoegd was verricht. Zij wijst er daarbij op dat de bijschrijving op haar bankrekening tijdens faillissement plaatsvond en zij op dat moment een vordering op BB had met de status van boedelschuld ter zake huur voor de periode na datum faillissement.

Dit verweer gaat evenmin op.

Ongeacht of RFH onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat de betaling door de curator was verricht, kan haar een beroep hierop niet baten. Er is geen algemeen beginsel van derdenbescherming dat aan de Faillissementswet ten grondslag ligt, zodat een wettelijke basis nodig is om een uitzondering te kunnen maken op het in artikel 23 Fw neergelegde fixatiebeginsel (vergelijk artikel 24 Fw). Een dergelijke wettelijke basis ontbreekt voor een geval als hier aan de orde, waarin de begunstigde van een betaling na datum faillissement zich erop beroept dat hij op redelijke gronden heeft vertrouwd dat deze betaling met toestemming van de curator werd verricht, bijvoorbeeld ter voldoening van een boedelvordering. Het hof merkt hier volledigheidshalve nog bij op dat het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen overigens ook inhoudelijk geen hout snijdt. Het gaat hier immers om een betaling op basis van een automatische incasso die daags na het uitspreken van het faillissement is ontvangen. Dit is onvoldoende om te mogen aannemen dat deze betaling met uitdrukkelijke instemming van de curator is doorgelaten, ook als daarbij wordt betrokken dat de huur van de door BB gehuurde ruimte aan het begin van iedere maand verschuldigd was en geïncasseerd werd via een automatische overschrijving. Anders kan dit liggen indien er voor of na de ontvangst van de betaling contacten met de curator zijn geweest waaruit RFH die instemming redelijkerwijze heeft kunnen en mogen afleiden. Dat dergelijke contacten hebben plaatsgevonden, is echter gesteld noch gebleken.”

3.26. *Onderdeel 4* klaagt dat het hof heeft miskend dat tegen RFH – die eens anders verklaring of gedraging (een betaling door of voor BB op 3 oktober 2012), overeenkomstig de zin die zij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander, de curator van BB, tot haar gerichte verklaring van een bepaalde strekking, zijnde het voldoen van schulden van BB, vooral terzake de huurovereenkomst, een boedelschuld – geen beroep kan worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil. Daarbij wordt gewezen op volgens het onderdeel essentiële stellingen van RFH, te weten dat RFH vorderingen had op BB, waaronder een boedelvordering ex art. 39 Fw, dat de bijschrijving tijdens faillissement door RFH is opgevat en mocht worden opgevat als zijnde een betaling terzake

44 Mensink, hiervoor aangehaald, wijst terecht erop (p. 15 linkerkolom) dat, anders dan het hof overweegt, de curator terzake geen vordering toekomt uit onverschuldigde betaling. Zoals volgt uit de arresten Vis q.q./NMB en JPR/Gunning q.q., gaat het namelijk bij de onderhavige vordering om een “terugvordering op grond van art. 23 Fw”, wat een dus andere vordering betreft (de betaling was ook niet onverschuldigd). De middelen bevatten op dit punt geen klacht, maar hadden ze die klacht wel bevat dan zou deze niet tot cassatie hebben kunnen leiden, nu met een en ander tevens is gezegd dat er een andere, wel deugdelijke rechtsgrond voor de beslissing van het hof is en daarmee, op dit punt, geen grond bestaat voor cassatie.

(boedel)vorderingen van RFH op BB en dat gedurende een half jaar niet een correctie van de Bank of de curator is gevolgd na de bijschrijving op 3 oktober 2012.

Onderdeel 5 keert zich tegen het oordeel van het hof dat nu het ging om een automatische incasso er onvoldoende grond was om te mogen aannemen dat deze betaling met uitdrukkelijke instemming van de curator was doorgelaten en dat het door RFH gestelde vertrouwen dus niet gerechtvaardigd was. Blijkens de verwijzing naar de daarna volgende toelichting op het middel onder D heeft de klacht onder meer betrekking op de stelling van RFH dat zij uit de bijschrijving tijdens het faillissement mocht afleiden dat de betaling terecht was.⁴⁵

3.27. Het hof heeft genoemd verweer in rov. 11 op de twee gronden verworpen: (i) er ontbreekt een wettelijke basis om het door de curator opgewekte vertrouwen te honoreren en (ii) RFH kon er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de bijschrijving op haar rekening de instemming had van de curator, nu de bijschrijving een automatische incasso betrof en er buiten de bijschrijving geen omstandigheden zijn gesteld die tot dat vertrouwen hebben kunnen leiden.

3.28. De eerste door het hof genoemde grond is onjuist. Het vertrouwensbeginsel en in het bijzonder art. 3:35 BW geldt ook in de onderlinge verhouding tussen de curator en schuldeisers of andere derden. Voor zover in onderdeel 4 op dit punt een klacht te lezen valt, is die dus gegrond.⁴⁶ De tweede grond geeft evenwel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is geenszins onbegrijpelijk. Uit het enkele feit dat kort na de faillissementsdatum een betaling wordt ontvangen door

middel van een automatische incasso, kan immers niet worden afgeleid dat die betaling de instemming heeft van de curator. Kennelijk is het hof ervan uitgegaan dat voor RFH kenbaar was dat het een automatische incasso betrof. Ook dat is niet onbegrijpelijk. De betaalwijze pleegt immers normaal gesproken op het dagafschrift te worden vermeld. Dat dit in het geval van RFH anders was, heeft zij niet gesteld, laat staan aannemelijk gemaakt door overlegging van het dagafschrift waarop de bijschrijving staat vermeld. Overigens is het door RFH gestelde vertrouwen niet gebaseerd op contacten met de curator, zoals het hof vaststelt. Het enige andere feit waarop zij zich in dit verband heeft beroepen, is dat de curator pas na een half jaar op de betaling is teruggekomen. Dat feit dwingt evenwel niet zonder meer tot een ander oordeel. De onderdelen 4 en 5 kunnen dus niet tot cassatie leiden.

Middel 2; verrekening mogelijk?

3.29. Middel 2 richt zich tegen de verwerping door het hof in rov. 12 van het hiervoor als derde in 2.3 genoemde verweer van RFH, dat dat zij uit hoofde van de tussen partijen bestaande huurovereenkomst een vordering op BB heeft met de status van boedelschuld (art. 39 Fw) en dat zij die vordering in verrekening brengt met de vordering van de curator op haar. Het hof heeft hierover in rov. 12 overwogen:

“12. Voor het geval zij wel tot restitutie gehouden mocht zijn, heeft RFH meer subsidiair als verweer aangevoerd dat zij deze verplichting aan de boedel kan verrekenen met haar boedelvordering tot betaling van de huur vanaf de dag van faillietverklaring (artikel 39 Fw), althans dat zij de nakoming van deze verplichting kan opschorten zolang deze boedelvordering niet is voldaan. Dit verweer wordt verworpen.

Het zou in strijd zijn met doel en strekking van artikel 23 Fw indien RFH zich aan haar uit die bepaling voortvloeiende verplichting om het ontvangen bedrag aan de boedel terug te betalen en aldus de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken, zou kunnen onttrekken door zich te beroepen op verrekening met een vordering op de failliet (BB), ook niet als dat een boedelvordering is. Hetzelfde geldt voor opschorting. Daar komt bij dat vast staat dat er sprake is van een negatieve boedel en het gerealiseerde boedelactief onvoldoende is om alle boedelschuldeisers,

45 Memorie van antwoord onder 16, waarnaar de toelichting op het middel onder D.4 verwijst.

46 Iets anders is dat met betrekking tot de ongeldigheid van handelingen op grond van art. 23 Fw geen beroep kan worden gedaan op vertrouwensbescherming, dus ook niet in het geval dat de betrokken wederpartij niet van het faillissement op de hoogte was en ook niet op de hoogte behoefde te zijn (zie het hiervoor in het citaat in 3.6 aangehaalde HR 11 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC1780, NJ 1980/563 m.nt. B. Wachter (Aalburgse Bandencentrale/Emmerig), alsmede het daar genoemde arrest Huijzer q.q./Rabobank). RFH heeft echter in dit geval specifiek een beroep gedaan op door de curator jegens haar opgewekt vertrouwen met betrekking tot de betaling.

waaronder de boedelvordering van RFH, te vol-
doen.

Verrekening zou er dan toe leiden dat RFH een bevoorrechte positie zou verkrijgen ten opzichte van de andere boedelschuldeisers als gevolg van een betaling die ten opzichte van de boedel niet geldig is. Verrekening (dan wel opschorting) is dan ook niet mogelijk.”

3.30. Middel 2 klaagt, kort gezegd, dat het oordeel van het hof onjuist is omdat RFH, nu zij op grond van art. 39 Fw een boedelvordering heeft en het die vordering is die zij in verrekening wil brengen, wel een beroep op verrekening toekomt.

3.31. Het oordeel van het hof dat de ingeroepen verrekening in strijd is met doel en strekking van artikel 23 Fw, is kennelijk gebaseerd op de beslissing in het arrest Kuijsters/Gaalman q.q.,⁴⁷ waarop de curator in dit verband een beroep heeft gedaan. In dat arrest ging het om verrekening met een op de art. 42 en 51 Fw gegronde pauliana-vordering van de curator. De Hoge Raad oordeelde die verrekening niet mogelijk met de volgende overweging:

“(…) [het Hof heeft] geoordeeld dat de door Kuijsters ingeroepen verrekening ‘in strijd zou komen met doel en strekking van art. 42 Fw, dat immers beoogt de paritas creditorum te herstellen’. Ten overvloede heeft het Hof hieraan nog toegevoegd dat verrekening ook in strijd zou komen met het in art. 54 F. tot uitdrukking komende beginsel van goede trouw.

Eerstvermeld oordeel van het Hof is juist. Het Hof heeft, in cassatie tevergeefs bestreden, aangenomen dat de door de BV aan Kuijsters gedane betaling onverplicht was, dat deze betaling heeft geleid tot benadeling van de schuldeisers van de BV, en dat Kuijsters wist, althans behoorde te weten, dat die benadeling het gevolg van de betaling zou zijn. Het zou in strijd zijn met doel en strekking van art. 42 F., in verbinding met art. 51 F., indien Kuijsters zich aan haar uit die bepaling voortvloeiende verplichting om het ontvangen bedrag in de boedel terug te brengen en aldus de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken, zou kunnen onttrekken door dat bedrag aan een andere schuldeiser (de bank) te verpanden en zich vervolgens, na uitwinning, te beroepen op

verrekening met de door subrogatie verkregen vordering van die schuldeiser op de boedel.”

3.32. Zoals hiervoor in 3.21 aan de orde kwam, komt de bescherming die de faillissementspauliana en die de regeling van de art. 20, 23 en 24 Fw geeft, overeen. Beide beogen de schuldeisers te beschermen in hun verhaalsmogelijkheden en de aanspraak die zij aan de paritas kunnen ontleen. De pauliana biedt die bescherming met betrekking tot handelingen vóór het faillissement verricht die die verhaalsmogelijkheden en aanspraak (ongeoorloofd) aantasten, de regeling van de art. 20, 23 en 24 Fw met betrekking tot de handelingen die dat daarna doen. Naar ik meen, heeft genoemde regel van het arrest Kuijsters/Gaalman q.q. dan ook inderdaad mede te gelden voor een op art. 23 Fw gegronde vordering, zoals het hof oordeelt. Dat wordt niet anders door het door het middel ingeroepen feit dat RFH op grond van art. 39 Fw een boedelvordering heeft met betrekking tot de tijdens het faillissement verschuldigde huur, welke vordering een hoger bedrag belooft dan de ontvangen betaling. Door de verrekening zouden immers de andere boedelschuldeisers worden benadeeld in genoemde verhaalsmogelijkheden en aanspraak, wat art. 23 Fw nu juist beoogt te voorkomen, evenals de art. 42 en 51 Fw beogen in het geval dat het gaat om handelingen verricht vóór het faillissement. Mijns inziens beschermen de faillissementspauliana en art. 23 Fw evenzeer de boedelschuldeisers.⁴⁸ Middel 2 is mijns inziens dus ongegrond.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het arrest van het hof en tot het alsnog bekrachtigen van het in eerste aanleg gewezen vonnis van de kantonrechter van 19 februari 2018.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bleiswijk Boeketservice B.V. (hierna: BB) exploiteerde een groothandel in boeketten

47 HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465, NJ 1995/626, m. nt. P. van Schilfgaarde (Kuijsters/Gaalman q.q.), rov. 3.4.

48 Zie in dezelfde zin Schuijling onder 5 van zijn in voetnoot 6 genoemde noot.

en decoratiematerialen.

(ii) RFH is een coöperatieve organisatie van en voor telers van sierteeltproducten, en is gericht op het veilen van sierteeltproducten, het verlenen van bemiddeling bij de verkoop van sierteeltproducten en de verhuur van bedrijfsruimtes aan handelaren in sierteeltproducten.

(iii) BB was lid van RFH en zette een deel van haar productie af via RFH. Daarnaast huurde BB bedrijfsruimte van RFH.

(iv) Bij vonnis van 2 oktober 2012 is BB in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de curator als zodanig.

(v) Op 3 oktober 2012 is vanaf de door BB bij ABN Amro Bank N.V. (hierna: ABN Amro) aangehouden bankrekening (hierna: de ABN-rekening) € 4.518,09 overgeboekt naar de bankrekening van RFH. De ABN-rekening vertoonde ten tijde van de faillietverklaring een negatief saldo. Deze overboeking is geschied op basis van een automatische incasso. Storning was volgens ABN Amro niet meer mogelijk.

(vi) De tussen BB en RFH gesloten huurovereenkomst is na het intreden van het faillissement beëindigd. Het bedrag van de huurvorderingen die na de datum van het faillissement zijn ontstaan, overstijgt het hiervoor onder (v) genoemde bedrag van € 4.518,09.

2.2. De curator vordert in deze procedure – voor zover in cassatie van belang – veroordeling van RFH tot betaling van € 4.518,09. De curator baseert zijn vordering op art. 23 Fw, waaruit voortvloeit dat BB vanaf 2 oktober 2012 om 00.00 uur niet langer rechtshandelingen kon verrichten die haar vermogen raken. De betaling van € 4.518,09 aan RFH op 3 oktober 2012 is dan ook onverschuldigd verricht, aldus de curator.

2.3. De kantonrechter¹ heeft de vordering van de curator afgewezen.

2.4. Het hof² heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd en RFH veroordeeld tot betaling aan de curator van € 4.518,09.

Volgens het hof kan de curator de girale betaling van € 4.518,09 als onverschuldigd betaald van

RFH terugvorderen (rov. 13). Het hof heeft daartoe – voor zover in cassatie van belang – het volgende overwogen:

“8. Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of de curator een girale betaling die na datum faillissement is voldaan vanaf een op naam van de failliet staande bankrekening die een debetsaldo vertoonde, als onverschuldigd kan terugvorderen. 9. Het hof beantwoordt deze vraag bevestigend. Aan dit oordeel ligt het volgende ten grondslag. Artikel 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verliest vanaf de dag (te rekenen vanaf 00.00 uur) waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken. Deze bepaling is een uitwerking van het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende fixatiebeginsel, dat inhoudt dat de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen door het intreden van het faillissement onveranderlijk wordt.

Het fixatiebeginsel heeft aldus een bredere strekking dan alleen het verlies van beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Het strekt ertoe dat zowel de goederen van de schuldenaar waarop verhaald kan worden – de activa van de schuldenaar – als de hoogte en voorrang van de vorderingen – de passiva van de schuldenaar – worden gefixeerd c.q. bepaald naar de dag van de faillietverklaring (te 00.00 uur).

10. Niet in geschil is dat de girale betaling aan RFH heeft plaatsgevonden vanaf de bankrekening van BB nadat BB failliet was verklaard. Op grond van artikel 23 Fw was BB op dat moment niet meer bevoegd (beschikkings)handelingen te verrichten ten aanzien van haar onder het faillissement vallende vermogen. Dat geldt ook voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank in het geval van een betalingsopdracht (al dan niet via een automatische incasso). Een dergelijke handeling bindt de boedel c.q. de curator niet. De curator kan dan ook steeds het betaalde waarmee na de aanvang van het faillissement de bankrekening van de begunstigde is gecrediteerd als onverschuldigd betaald terugvorderen, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 («JOR» 2015/251, m.nt. Faber; *red.*) (JPR/Gunning q.q.). De Hoge Raad refereert daarbij (in rechtsoverweging 3.5.2) aan de met artikel 23 Fw verband houdende bepaling van artikel 7:422 lid 1, aanhef en onder a, BW, op

1 Rechtbank Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885 («JOR» 2018/163, m.nt. Schuijling; *red.*).

2 Gerechtshof Den Haag 24 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:759 («JOR» 2020/240, m.nt. Tekstra; *red.*).

grond waarvan de lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever. Deze bepaling geldt evenzeer voor een betalingsopdracht aan de bank bij wie de schuldenaar een bankrekening met een negatief saldo aanhoudt. Door het faillissement van de schuldenaar eindigt de (al dan niet via een automatische incasso gegeven) betalingsopdracht aan de bank. De begunstigde van een als gevolg van die betalingsopdracht ontvangen betaling kan deze aldus evenmin aan de boedel tegenwerpen. Het voornoemde arrest van de Hoge Raad bevat ook geen aanwijzing dat de reikwijdte van de daaruit voortvloeiende rechtsregel beperkt is tot girale betalingen ten laste van een creditsaldo. Een dergelijke beperking zou bovendien in strijd zijn met het fixatiebeginsel, dat ertoe strekt dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet meer te zijnen gunste (wat betreft hoogte en voorrang van de vordering) mag worden gewijzigd. Bij een overschrijving tijdens faillissement vanaf de betaalrekening van BB onttrekt RFH zich door de ontvangst van de betaling aan de paritas creditorum. Dat de bankrekening van BB reeds een debetstand vertoonde, maakt dat niet anders. Het standpunt van de curator dat ook de girale betaling die tijdens het faillissement is verricht ten laste van een bankrekening met een debetsaldo door hem kan worden teruggevorderd, is dan ook juist.”

3. Beoordeling van de middelen

3.1. Middel 1 klaagt onder meer dat onjuist is het oordeel van het hof (in rov. 10) dat de curator een girale betaling die na datum faillissement is voldaan vanaf een op naam van de failliet staande bankrekening, als onverschuldigd kan terugvorderen, ook als die bankrekening een debetsaldo vertoonde. Voorts klaagt het middel onder meer dat de rechtsopvatting van het hof (in rov. 9 en 10) over de strekking en de reikwijdte van het fixatiebeginsel en de paritas creditorum onjuist is.

3.2.1. Het intreden van het faillissement heeft tot gevolg 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.³ Dit

fixatiebeginsel vindt zijn uitdrukking onder meer in de art. 20, 23 en 24 Fw.

Ingevolge art. 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft.

Art. 23 Fw bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen verliest, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen. Dit betekent 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. Dat geldt ook voor handelingen verricht door een opdrachtnemer van de schuldenaar, zoals de bank in het geval van een betalingsopdracht.⁴ Die betalingsopdracht kan zijn gegeven via een automatische incasso.

Op grond van art. 24 Fw is de boedel niet aansprakelijk voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, behalve voor zover de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.

Aldus beogen het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers bescherming 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 waardoor de uitkering in het faillissement voor de schuldeisers lager wordt.

3.2.2. Het strookt met de hiervoor in 3.2.1 bedoelde bescherming die het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers beogen te bieden, om aan te nemen dat de curator hetgeen na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser is betaald, op de voet van art. 23 Fw slechts kan terugvorderen voor zover die betaling resulteert in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering van het passief van de boedel.⁵

3 Van der Feltz II, p. 126, en HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 («JOR» 2018/254, m.nt. Faber en Vermunt; *red.*) (Credit Suisse/Jongepier q.q.), rov. 3.5.1 en 3.5.4.

4 Vgl. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 («JOR» 2015/251, m.nt. Faber; *red.*) (JPR/Gunning q.q.), rov. 3.5.2.

5 Vgl. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 («JOR» 2015/251, m.nt. Faber; *red.*) (JPR/Gunning q.q.), rov. 3.10.3 en HR 28 april 2006,

3.3.1. In dit geval heeft de betaling aan RFH niet geresulteerd in een vermindering van het actief van de boedel, nu de ABN-rekening bij het intreden van het faillissement reeds een debetsaldo vertoonde. Evenmin heeft die betaling geresulteerd in een vermeerdering van het passief van de boedel. Weliswaar is als gevolg van de betaling aan RFH de schuld van BB jegens ABN Amro toegenomen, maar ingevolge art. 24 Fw is de boedel daarvoor niet aansprakelijk, nu de stukken van het geding geen andere conclusie toelaten dan dat de boedel door die betaling niet is gebaat.

3.3.2. Het vorenstaande betekent – anders dan het hof heeft geoordeeld – dat het fixatiebeginsel en art. 23 Fw geen grondslag bieden voor toewijzing van de vordering van de curator.

3.3.3. Toewijzing van de vordering van de curator kan evenmin steunen op een ontoelaatbare doorbreking van de *paritas creditorum*. De *paritas creditorum* ziet 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).⁶ Zoals hiervoor in 3.3.1 is overwogen, heeft de betaling aan RFH niet plaatsgevonden uit een actief van de boedel en is daardoor geen aanspraak op de boedel ontstaan. Van een ontoelaatbare doorbreking van de *paritas creditorum* is in dit geval dan ook geen sprake.

3.4. Het vorenstaande betekent dat de hiervoor in 3.1 weergegeven klachten slagen. De overige klachten behoeven geen behandeling.

3.5. De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen door het bestreden arrest te vernietigen en het vonnis van de kantonrechter te bekrachtigen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 24 maart 2020;
- bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter te Den Haag van 19 februari 2018;
- veroordeelt de curator in de kosten van de procedure (...; *red.*).

ECLI:NL:HR:2006:AV0653 («JOR» 2006/223, m.nt. Faber; *red.*) (Huijzer q.q./Rabobank), rov. 3.3.

6 HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:98 («JOR» 2014/214, m.nt. Spinath; *red.*) (X/Unitco), rov. 3.3.2.

NOOT

1. Dit arrest van de Hoge Raad heeft betrekking op de gevolgen van de uitvoering van een door de schuldenaar na (de aanvang van de dag van) diens faillietverklaring gegeven opdracht tot girale betaling ten laste van een bankrekening die per datum faillissement een debetstand vertoonde. De bank van de schuldenaar heeft de betalingsopdracht, die via een machtiging tot automatische incasso is gegeven, aanvaard en uitgevoerd, in welk verband de bankrekening van de schuldenaar (verder) is gedebiteerd en de bankrekening van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) is gecrediteerd. In het midden kan blijven of de schuldeiser een bankrekening aanhield bij dezelfde bank dan wel bij een andere bank dan die van de schuldenaar. Het arrest van de Hoge Raad houdt verband met enerzijds HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. Faber (*Huijzer q.q./Rabobank*) en HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/236, m.nt. Faber (*ING/Manning q.q.*) en anderzijds HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. Faber (*JPR/Gunning q.q.*). De vraag die in het arrest centraal staat, is of de curator in het faillissement van de schuldenaar het betaalde bedrag op de voet van (het beginsel van) art. 23 Fw van de schuldeiser kan terugvorderen. Deze vraag wordt door de Hoge Raad (terecht) ontkennend beantwoord. Ik merk in dit verband ter vermijding van misverstanden op dat een vordering op de voet van art. 23 Fw – anders dan de curator in het voorliggende geval heeft gesteld en het hof in zijn arrest *a quo* heeft aangenomen – niet een vordering is uit onverschuldigde betaling. Ik ga in het navolgende ervan uit dat de failliete boedel door de uitgevoerde betaling niet is gebaat.

2. Voor een goed begrip van de materie is het van belang de door de Hoge Raad in de onder 1 genoemde arresten Huijzer q.q./Rabobank en ING/Manning q.q. geformuleerde regel voorop te stellen en als uitgangspunt te nemen bij de verdere beoordeling van de voorliggende kwestie. In de bedoelde arresten heeft de Hoge Raad – kort gezegd – aangegeven dat een door de schuldenaar na (de aanvang van de dag van) diens faillietverklaring aan de bank gegeven betalingsopdracht en de daaruit resulterende debitering van diens 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 die rekening. 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. 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. 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. In mijn «JOR»-annotaties van de arresten Huijzer q.q./Rabobank en ING/Manning q.q. heb ik de analyse van de Hoge Raad bekritiseerd. Zij is onjuist en leidt tot voor de rechtspraak ongewenste resultaten. In het navolgende laat ik die kritiek buiten beschouwing en ga ik uit van de juistheid van de door de Hoge Raad in de genoemde arresten geformuleerde regel.

3. Neemt men – zoals de Hoge Raad doet – aan dat een door de schuldenaar na (de aanvang van de dag van) diens faillietverklaring gegeven (en door de bank aanvaarde) betalingsopdracht niet 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. Het is belangrijk te constateren dat het in dit verband geen verschil maakt of de bankrekening van de schuldenaar bij de aanvang van de dag van diens faillietverklaring een *creditstand* vertoonde dan wel (zoals in het voorliggende geval) een *debetstand*. Nu de betalingsopdracht en de uitvoering ervan (in het bijzonder de debitering van de bankrekening van de schuldenaar) niet aan de failliete boedel kun-

nen worden tegengeworpen, komt aan de curator op de voet van art. 23 Fw geen vordering jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) toe 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. Aan de bank van de schuldenaar, die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, komt wél een vordering jegens de schuldeiser toe. Die vordering staat naast de vordering van de bank op de schuldenaar tot het verstrekken van de dekking voor de door haar uitgevoerde betalingsopdracht. Laatstgenoemde vordering kan echter niet in het faillissement van de schuldenaar geldend worden gemaakt. Zulks betekent dat die vordering niet voor verificatie in het faillissement in aanmerking komt, dat zij door de bank niet met een daarvoor in aanmerking komende schuld aan de schuldenaar kan worden verrekend en dat eventuele zekerheidsrechten die de bank heeft verkregen, niet mede voor die vordering kunnen worden uitgewonnen. Naast de hiervoor genoemde vorderingen kan aan de bank nog een vordering toekomen jegens de bestuurder van de schuldenaar-vennootschap. Vgl. HR 27 februari 2015, «JOR» 2015/248, m.nt. Van der Weijden (*ING/Deuzeman*).

4. In het licht van het voorafgaande wekt het geen verwondering dat de Hoge Raad het voorliggende geval eenvoudig afdoet. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.2.1 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. De Hoge Raad verwijst hiervoor naar Van der Feltz II, p. 126, en naar r.o. 3.5.1 en 3.5.4 van HR 23 maart 2018, «JOR» 2018/254, m.nt. Faber en Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). 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 behorend 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 gegeven betalingsopdracht. Een dergelijke betalingsopdracht kan ook (zoals hier het geval is) zijn gegeven via een machtiging tot automatische incasso. 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. Aldus – zo stelt de Hoge Raad terecht – beogen het fixatiebeginsel en de art. 20, 23 en 24 Fw aan de schuldeisers bescherming 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 om aan te nemen dat de curator hetgeen na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser is betaald, op de voet van art. 23 Fw slechts kan terugvorderen voor zover die betaling resulteert in een vermindering van het actief van de boedel, dan wel in een vermeerdering van het passief van de boedel (c.q. van de schuldenaar) (zie r.o. 3.2.2). In het voorliggende geval is van geen van beide sprake (zie r.o. 3.3.1). Wordt de *paritas creditorum* dan niet op ontoelaatbare wijze doorbroken? Het antwoord luidt ontkennend (zie r.o. 3.3.3). De *paritas creditorum* ziet – zoals de Hoge Raad onder verwijzing naar r.o. 3.3.2 van zijn arrest van 17 januari 2014, «JOR» 2014/214, m.nt. Spinath (*X/Unitco*) 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). In casu heeft de betaling aan de schuldeiser echter niet plaatsgevonden uit een actief van de boedel en door die betaling is geen aanspraak op de boedel (c.q. de schuldenaar) ontstaan. De betaling raakt de boedel niet. 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 ontgene.

5. Hoe verhoudt de uitspraak van de Hoge Raad zich tot de regel die hij heeft geformuleerd in HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. Faber (*JPR/Gunning q.q.*)? Laatstgenoemd arrest heeft betrekking op een door de schuldenaar reeds vóór (de aanvang van de dag van) diens faillietverklaring gegeven (en door de bank aanvaarde) betalingsopdracht die eerst na datum faillissement tot betaling heeft geleid. Ingevolge art. 6:114 lid 2 BW vindt de betaling plaats met de creditering van de bankrekening van de schuldeiser. Eerst op dat moment wordt door de schuldenaar aan zijn verbintenis tot betaling van een geldsom voldaan. In een dergelijk geval strookt het volgens de Hoge Raad met het beginsel van art. 23 Fw om (in faillissementen uitgesproken na 20 maart 2015) 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” (zie r.o. 3.10.3 van het arrest *JPR/Gunning q.q.*). Wat de relevante rechtsgevolgen betreft, bestaat er geen grond om een onderscheid te maken tussen een betalingsopdracht die (zoals in het geval van *JPR/Gunning q.q.*) ten laste van een rekening met een creditstand heeft plaatsgevonden, en een betalingsopdracht die ten laste van een rekening met een debetstand is geschied. Is de betalingsopdracht door de schuldenaar reeds vóór (de aanvang van de dag van) diens faillietverklaring gegeven (en door de bank aanvaard), dan kan zij aan de failliete boedel worden tegengeworpen. De bank kan zich tegenover de failliete boedel beroepen op de vermindering van het creditsaldo respectievelijk de vermeerdering van het debetsaldo, waarmee de betaling gepaard gaat. Nu sprake is van een vermindering van het actief van de schuldenaar respectievelijk een vermeerdering van diens passief, kan de curator het door de schuldenaar aan de schuldeiser betaalde op de voet van art. 23 Fw van de schuldeiser (de begunstigde van de betaling) terugvorderen. De betaling raakt de failliete boedel en een andere uitkomst zou in dit geval een ontoelaatbare doorbreking van de *paritas creditorum* opleveren. 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. Vgl. HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. Faber (*JPR/Gunning q.q.*), r.o. 3.5.2. In het thans voorliggende geval is de betalingsopdracht door de schuldenaar echter eerst

na datum faillissement gegeven. De opdracht en de debitering van de bankrekening van de schuldenaar kunnen diens gevolge niet aan de failliete boedel worden tegengeworpen, ongeacht of de bankrekening van de schuldenaar een creditstand vertoonde dan wel een debetstand. De betaling vindt niet plaats ten laste van de failliete boedel en van een doorbreking van de *paritas creditorum* is geen sprake, zodat er voor de curator op de voet van art. 23 Fw geen vordering jegens de schuldeiser ontstaat tot terugbetaling of afdracht van het door hem ontvangene. In de Conclusie van de A-G, in het bijzonder nrs. 3.5 t/m 3.7 en 3.22, wordt het principiële verschil met het arrest JPR/Gunning q.q. uit het oog verloren. Dat maakt een deel van de daar gegeven analyse verwarrend en onjuist. Het voorliggende geval vormt niet het spiegelbeeld van het arrest JPR/Gunning q.q. en ligt ook niet in het verlengde van dat arrest. Het arrest JPR/Gunning q.q. heeft betrekking op een reeds vóór de faillissementsdatum gegeven betalingsopdracht, die derhalve aan de failliete boedel kon worden tegengeworpen, zodat de debitering van de bankrekening van de schuldenaar wél grond opleverde voor een vordering op de voet van art. 23 Fw. Dat die opdracht was gegeven ten laste van een bankrekening met een creditstand, terwijl in het voorliggende sprake is van een opdracht die is gegeven ten laste van een bankrekening met een debetstand, moge zo zijn, maar dat vormt niet het relevante verschil en maakt het ene arrest nog niet tot het spiegelbeeld van het andere. Het voorliggende geval moet veeleer op één lijn worden gesteld met de feiten zoals die ten grondslag lagen aan de onder 1 genoemde arresten Huijzer q.q./Rabobank en ING/Manning q.q., met dien verstande dat de curator zich in die beide gevallen (terecht) heeft beperkt tot de (eventuele) aanspraken van de failliete boedel jegens de bank van de schuldenaar en niet (zoals in het voorliggende geval) een vordering heeft ingesteld jegens de schuldeiser (de begunstigde van de betaling). Is de betalingsopdracht door de schuldenaar eerst na (de aanvang van de dag van) diens faillietverklaring gegeven, dan bestaat er nu eenmaal geen grond voor een vordering van de curator jegens de schuldeiser. Beslissend is steeds het moment waarop de betalingsopdracht is gegeven, niet of de bankrekening ten laste waarvan de betaling heeft plaatsgevonden, een creditstand of een debetstand vertoonde.

6. Aan het slot van deze noot wijs ik nog op enkele terminologische kwesties. De Hoge Raad spreekt in r.o. 3.2.1, 3.2.2 en 3.3.1 van het voorliggende arrest 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 van de schuldenaar geldend kunnen maken. De Hoge Raad heeft niet het oog op boedelschulden. In r.o. 3.3.3 spreekt de Hoge Raad over een betaling waardoor "geen aanspraak op de boedel" is ontstaan. Ook dat is niet geheel zuiver. De Hoge Raad doelt hiermee niet op (het ontbreken van) een vordering op de failliete boedel (een boedelvordering), maar doelt op een vordering, zoals hiervóór bedoeld, waarvoor een schuldeiser in het faillissement kan opkomen of die hij anderszins tijdens het faillissement van de schuldenaar geldend kan maken. Nu de bank die de betalingsopdracht heeft uitgevoerd, niet een dergelijke vordering op de schuldenaar heeft verkregen, wordt de boedel door de betalingsopdracht en de uitvoering ervan niet geraakt en is de *paritas creditorum* niet in het geding. De uitkomst van het arrest is daarmee gegeven.

prof. mr. N.E.D. Faber

137

Verzoek curator om toestemming voor overeengekomen boedelbijdrage geen reden tot ontslag curator

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
10 februari 2022, zaaknr. C/16/21/212 F
(mr. Penders)

Noot mr. J.B.A. Jansen

Afwijzing verzoek tot ontslag curator.
Verzoek van curator aan rechter-commissaris voor schikking met failliet (een boedelbijdrage om te voorkomen dat curator pro se verzet instelt) is geen reden voor ontslag curator. Geen onbehoorlijk, maar wel onwenselijk handelen door curator.
Verwijzing naar HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (Hoeksma q.q./Trade).

[Fw art. 68, 73, 104]

In het algemeen dient terughoudendheid betracht te worden bij het ontslag van een curator: er moet sprake zijn van zwaarwegende omstandigheden. Er kan sprake zijn van een zwaarwegende omstandigheid bij ernstige fouten bij het beheer van de boedel, misdragingen jegens de persoon van de gefailleerde en/of bestuurder of frauduleuze handelingen.

De curator heeft op 23 september met de middellijk bestuurder HR 18 december 2015, «JOR» 2016/145, m.nt. Jansen (Hoeksma q.q./RM Trade) besproken, hem dit arrest meegegeven ter lezing en hem enige dagen tijd geboden om te reageren. De middellijk bestuurder heeft een en ander onder andere met zijn raadsman besproken en heeft na vier dagen gereageerd. Uit niets blijkt dat de curator de middellijk bestuurder heeft misleid. Daarbij wordt nog opgemerkt dat de curator het verzet, zo blijkt uit voornoemd arrest, uit eigen hoofde doet ("pro se") en dat hij daarvoor geen machtiging van de rechter-commissaris behoeft. Dat roept de vraag op of hij dan wel toestemming nodig zou hebben om dienaangaande een schikking te bereiken. Daar waar de curator het bedrag van de schikking in de boedel wilde doen vloeien,

lijkt het vragen van toestemming wel aangewezen. De curator heeft niet onbehoorlijk gehandeld; hij heeft voldoende informatie verstrekt, weliswaar (nog) geen grondig onderzoek gedaan, maar wel de middellijk bestuurder de gelegenheid gegeven tot overleg en toestemming aan de rechter-commissaris gevraagd. Gelet op het feit dat de Rechtbank Gelderland in een vergelijkbaar geval zonder aanvullende vragen direct toestemming heeft gegeven voor een dergelijke schikking, was er voor de curator geen aanleiding om te veronderstellen dat de Rechtbank Midden-Nederland zo principieel zou zijn in haar opvattingen dat de voorgestelde regeling absoluut niet kan.

Als een curator verzet instelt, doet hij dat pro se. De vraag is of een curator pro se kan onderhandelen met de bestuurder van een failliete vennootschap. Het antwoord op deze vraag moet negatief zijn; een curator kan in een faillissement alleen onderhandelen in zijn hoedanigheid als curator. Het vragen van een boedelbijdrage (door de curator als zodanig) om te voorkomen dat de curator pro se verzet instelt, is een vermenging van hoedanigheden die in ieder geval onwenselijk is. Dit is echter niet een zodanig evidente conclusie dat de curator, door hierover wel te onderhandelen, apert onbehoorlijk heeft gehandeld. De slotsom is dat er geen zwaarwegende gronden zijn voor ontslag van de curator.

In het faillissement van Sophiq International BV.

(...; red.)

2. Het verzoek en het verweer

2.1. In zijn voordracht aan de rechtbank van 5 oktober 2021 verzoekt de rechter-commissaris de curator te ontslaan en te vervangen door een andere curator.

2.2. De aanleiding voor het ontslag is een toestemmingsverzoek van de curator ten aanzien van een overeengekomen boedelbijdrage van 27 september 2021. In dat verzoek is toestemming verzocht voor een overeengekomen boedelbijdrage van € 3.000,- afkomstig van de bestuurder van failliet. De curator heeft de bestuurder voorgedragen dat hij de route van turboliquidatie had moeten volgen. Om die reden heeft de curator onderhandelingen gevoerd over het betalen van een bijdrage in de algemene faillissementskosten in ruil waarvoor door de curator geen verzet tegen het faillissementsvonnis zal worden ingesteld.