

## **JOR 2005/110**

### **Rechtbank Alkmaar**

2 maart 2005, HA ZA 04-829.

( Mr. Blokland )

Mr. M.W. Huijzer te Barendrecht,  
in zijn hoedanigheid van curator in het  
faillissement van FAR Beheer  
BV, mede h.o.d.n. Beter Slapen –  
Polyfoam en Euro Slaap Discount,  
eiser,  
advocaat: mr. J.P.M. Borsboom,  
tegen  
Coöperatieve Rabobank West-  
Kennemerland UA te  
Castricum,  
gedaagde,  
advocaat: mr. S. Brenninkmeijer.

Vordering curator op bank terzake  
betalingsopdrachten uitgevoerd ten laste  
van creditsaldo failliete vennootschap na de  
uitspraak van het faillissement maar vóór  
publicatie daarvan, Bepalend is moment  
waarop de bank wist of behoorde te weten  
dat er sprake is van een (dreigend)  
faillissement

[Fw - 23; 52]

## **» Samenvatting**

Aan de orde is de vraag of de curator de  
betalingsopdrachten ten laste van het  
creditsaldo van de – thans failliete –  
vennootschap, uitgevoerd door de bank na  
de uitspraak van het faillissement maar  
vóór de publicatie daarvan, thans met  
succes van de bank, als neutrale  
hulpersoon, kan terugvorderen.

Door de bank is de stelling van de curator  
dat hij de gestelde debiteringen van de  
uitvoerende bank kan terugvorderen  
gemotiveerd betwist. Hierbij heeft zij een  
vonnis van de rechtbank Amsterdam van 6  
juni 2001 («JOR» 2001/218) in het geding  
gebracht. Verder heeft de bank nog een niet

gepubliceerde uitspraak van de  
voorzieningenrechter van de rechtbank  
Roermond van 31 december 2003 in het  
geding gebracht, in welk vonnis in  
aansluiting op het eerdergenoemde vonnis  
van de rechtbank Amsterdam wordt  
overwogen dat, voor de vraag of er  
aanspraak bestaat op terugbetaling, het  
moment bepalend is waarop de bank wist  
of redelijkerwijs kon weten dat er sprake  
was van een (dreigend) faillissement, in het  
geding gebracht.

Aangenomen moet worden dat de bank in  
de periode tussen faillietverklaring en  
publicatie daarvan niet van het  
faillissement van de vennootschap op de  
hoogte is geweest.

Gelet op voormelde (recente) uitspraken  
van de rechtbanken Amsterdam en  
Roermond, waarin de in de onderhavige  
zaak aan orde zijnde kwestie nagenoeg  
identiek is aan de situaties die zich  
voordeden in bedoelde uitspraken, is er  
geen aanleiding om van de in die  
uitspraken gevolgde redeneringen af te  
wijken. Gelijk de (voorzieningenrechter  
van de) rechtbank te Roermond acht de  
rechtbank bepalend voor de vraag of er  
aanspraak bestaat op terugbetaling aan de  
curator, het moment waarop de bank wist  
of behoorde te weten dat er sprake is van  
een (dreigend) faillissement. (Vergelijk art.  
52 Fw). Nu vast staat dat de bank vóór  
publicatie daarvan niet op de hoogte was  
van het faillissement kan de curator  
derhalve geen terugbetaling van de bank  
vorderen.

Dit laat overigens onverlet dat de curator,  
met een beroep op het arrest Vis q.q./NMB  
(HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1) het  
vorenbedoelde bedrag kan terugvorderen  
van de ontvanger ervan.

[beslissing/besluit](#)

## **» Uitspraak**

(...; *red.*)

## 2. De feiten

Tussen partijen staat het volgende vast:

**a** FAR Beheer BV is bij vonnis van 23 december 2003 door de rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard, met benoeming van eiser tot curator.

**b** Het faillissement is op 30 december 2003 gepubliceerd in de Staatscourant.

**c** FAR Beheer BV had een rekening-courantverhouding met de Rabobank onder nummer 1197.28.478.

**d** In de periode van 23 december 2003 t/m 30 december 2003 zijn in opdracht van de bestuurder van FAR Beheer BV, de heer Reiber, door de Rabobank (tele)betalingsoverdrachten uitgevoerd. In voormelde periode is in totaal een bedrag van € 9.044,80 overgeboekt naar het rekeningnummer 1943.15.517 ten name van Beter Slapen.

## 3. Het geschil

3.1. De curator heeft gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de Rabobank zal veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te voldoen een bedrag van € 19.618,91 te vermeerderen met de wettelijke rente over een bedrag van € 18.305,50 vanaf 13 augustus 2004 tot aan de dag der algehele voldoening en met veroordeling van de Rabobank in de kosten van het geding.

3.2. Bij gelegenheid van de comparitie van partijen heeft de curator zijn eis verminderd in dier voege dat hij thans betaling vordert van een bedrag groot € 9.049,37 en voor het overige zijn vordering handhaaft.

3.3. De curator heeft aan zijn vordering – verkort en zakelijk weergegeven – ten grondslag gelegd, dat de Rabobank na de faillissementsdatum, in de periode van 23 december 2003 t/m 30 december 2003, nog betalingsopdrachten heeft uitgevoerd in opdracht van de voormalig bestuurder van FAR Beheer BV, de heer Reiber, terwijl gelet op het bepaalde in artikel 23 van de Faillissementswet betalingen na de faillissementsdatum slechts rechtsgeldig konden worden gedaan na goedkeuring van de curator.

3.4. De Rabobank heeft de vordering en de gronden daarvan gemotiveerd weersproken. Zij heeft daartoe onder meer aangevoerd dat zij weliswaar in de genoemde periode betalingsopdrachten heeft verwerkt voor FAR Beheer BV, maar dat de curator deze betalingen niet van haar kan terugvorderen, maar deze bij de begunstigde van die betalingen moet terugvorderen. De Rabobank wijst er daarbij op dat zij ten tijde van de debiteringen niet van het faillissement op de hoogte was, aangezien het faillissement nog niet gepubliceerd was en de Rabobank ook niet op enige andere wijze bedacht hoefde te zijn op een faillissement van FAR Beheer BV, zodat zij de betalingsopdrachten rechtmatig heeft verwerkt.

## 4. De beoordeling van het geschil

4.1. De vraag die partijen in deze procedure verdeeld houdt, is de vraag of de curator de betalingsopdrachten ten laste van het creditsaldo van FAR Beheer BV, uitgevoerd door de Rabobank na de uitspraak van het faillissement maar vóór de publicatie daarvan, thans met succes van de Rabobank, als neutrale hulppersoon, kan terugvorderen.

4.2. De curator heeft het standpunt ingenomen dat dit mogelijk is en verwijst ter onderbouwing van zijn stellingen naar een arrest van de Hoge Raad, HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1, Vis q.q./ NMB, stellende

dat in dat arrest door de Hoge Raad is bepaald, dat indien de bank vóór de datum van het faillissement nog niet alle handelingen heeft verricht om de betalingen te effectueren, terugvordering van die betalingen door de curator mogelijk is, omdat die betalingen in strijd met het bepaalde in artikel 23 van de Faillissementswet zijn verricht. De rechtbank kan de curator hierin niet volgen. In voormelde uitspraak doet zich een andere situatie voor: de curator vorderde daar de betaling van de bank terug van een bedrag dat ten gunste van de bank (de crediteur) was afgeschreven en niet, zoals in deze zaak, van de bank aan wie als neutrale hulppersoon een betalingsopdracht was gegeven.

4.3. Verder heeft de curator nog verwezen naar een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 8 november 1995 (JOR 1996/9) waarin is overwogen dat terugvordering van na de datum van het faillissement maar vóór de publicatie daarvan verrichte betalingen niet alleen mogelijk is van de begunstigde, maar gelet op artikel 23 van de Faillissementswet en het stelsel van die wet ook van de uitvoerende bank. De curator wijst erop dat in dat vonnis verder nog is overwogen dat het daarbij geen rol speelt of de uitvoerende bank wel of niet op de hoogte was van het faillissement en dat het naar vrije keuze van de curator is of hij van de begunstigde dan wel van de bank deze betalingen gaat terugvorderen, zodat hij op grond van dat vonnis de betalingen van de Rabobank kan terugvorderen.

4.4. De rechtbank overweegt hieromtrent als volgt. Door de Rabobank is de stelling van de curator dat hij de gestelde debiteringen van de uitvoerende bank kan terugvorderen gemotiveerd betwist. Hierbij heeft zij een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 6 juni 2001 (JOR 2001/218) in het geding gebracht, waarin de volgende situatie zich voordeed. Een bank heeft een betaling in opdracht van de

failliet verricht, welke opdracht vóór het faillissement is verricht en welke betaling is voltooid na de uitspraak van het faillissement maar vóór de publicatie ervan. De vraag was of de bank in deze situatie genoodzaakt kan worden opnieuw aan de curator te betalen. De rechtbank overwoog toen dat de verbintenis om slechts te handelen overeenkomstig de wens van de curator niet reeds ontstond op het moment van de faillietverklaring. Wat dat betreft moet immers een onderscheid gemaakt worden tussen de (zakenrechtelijke) consequentie van een faillissement in de verhouding tussen de failliet en degene aan wie betaald wordt en de (verbintenisrechtelijke) consequentie ervan in de verhouding tussen de failliet c.q. curator en de bank. De rechtbank overwoog voorts dat het strijdig is met het stelsel van de wet en de daarin wel geregelde gevallen dat een verbintenisrechtelijk gevolg is verbonden aan een faillissement, waarvan degene op wie de verbintenis rust nog geen kennis heeft kunnen nemen. Noch op grond van artikel 23 Faillissementswet noch op grond van enige andere bepaling is aan te nemen dat op de bank de verbintenis rust om, indien een betaling in opdracht van de failliet is verricht en pas is voltooid na de faillietverklaring, doch voordat de bank van de faillietverklaring kennis kon nemen, nogmaals het aan de derde betaalde bedrag aan de boedel te betalen, aldus nog steeds de rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 6 juni 2001.

4.5. Verder heeft de Rabobank nog een niet gepubliceerde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Roermond van 31 december 2003 in het geding gebracht, in welk vonnis in aansluiting op het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 6 juni 2001 wordt overwogen dat, voor de vraag of er aanspraak bestaat op terugbetaling, het moment bepalend is waarop de bank wist of redelijkerwijs kon weten dat er sprake was van een (dreigend) faillissement, in het geding gebracht. In deze Roermondse zaak

deed de situatie zich voor dat de betalingsopdracht gelijk in de onderhavige zaak *na* de uitspraak van het faillissement was gedaan.

Daarnaast is door de Rabobank gemotiveerd aangevoerd dat zij niet op de hoogte was van het faillissement vóór de publicatie op 30 december 2003 en dat zij ook geen aanleiding had om op een dreigend faillissement bedacht te zijn. Hiertoe heeft de Rabobank bij gelegenheid van de comparitie van partijen op 6 januari 2005 bij monde van de heer Verhage onder meer verklaard, dat de verhouding tussen de Rabobank en FAR Beheer BV een rekening-courantverhouding betrof, waarbij het gebruikelijk was dat inkomsten op die rekening altijd nagenoeg dezelfde dag via telefonische overboeking in opdracht van FAR Beheer werden doorgeboekt, zodat het saldo telkens werd afgeroomd en dat dit in de periode tussen 23 december 2003 en 30 december 2003 niet anders was. Nu deze verklaring door de curator niet is betwist, kan naar het oordeel van de rechtbank als vaststaand aangenomen worden dat de Rabobank in de periode tussen 23 december 2003 en 30 december 2003 niet van het faillissement van FAR Beheer op de hoogte is geweest.

4.6. Gelet op voormelde (recente) uitspraken van de rechtbanken Amsterdam en Roermond, waarin de in de onderhavige zaak aan orde zijnde kwestie nagenoeg identiek is aan de situaties die zich voordeden in bedoelde uitspraken, ziet de rechtbank geen aanleiding om van de in die uitspraken gevolgde redeneringen af te wijken. Gelijk de (voorzieningenrechter van de) rechtbank te Roermond acht de rechtbank bepalend voor de vraag of er aanspraak bestaat op terugbetaling aan de curator, het moment waarop de bank wist of behoorde te weten dat er sprake is van een (dreigend) faillissement. (vgl. art. 52 Fw). Nu vast staat dat de bank vóór 30 december 2003 niet op de hoogte was van het faillissement van FAR Beheer BV, kan

de curator derhalve geen terugbetaling van de Rabobank vorderen van het bedrag van € 9.044,40, vermeerderd met kosten door partijen gesteld op € 9.049,37.

4.7. De stelling van de curator dat de wetenschap van de Rabobank van het faillissement, gelet op het vonnis van 8 november 1995 van de rechtbank Amsterdam ook helemaal niet van belang is, verwerpt de rechtbank dan ook. Het voorgaande laat overigens onverlet dat de curator, met een beroep op het arrest Vis q.q. / NMB (HR 31 maart 1989, NJ 1990/1) het vorenbedoelde bedrag kan terugvorderen van de ontvanger (Beter Slapen) ervan.

4.8. De curator zal als in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten.

## 5. De beslissing

De rechtbank:

Wijst het gevorderde af.

Verwijst de curator in de kosten van het geding (...; *red.*).

## » Noot

1. Na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van FAR Beheer BV zijn, voordat haar faillissement is gepubliceerd in de Staatscourant, in haar opdracht nog enkele betalingsopdrachten uitgevoerd ten laste van een door haar bij de Rabobank aangehouden creditsaldo. De curator van FAR Beheer vordert van de Rabobank betaling van het bedrag dat met de uitvoering van deze opdrachten gemoeid was. De rechtbank wijst de vordering van de curator af. De norm waaraan de rechtbank de vordering van de curator toetst is niet geheel duidelijk. Omdat de rechtbank verwijst naar art. 52 Fw houd ik het erop dat de rechtbank bedoeld heeft dat de curator het bedrag waarvoor de

betalingsoverdrachten zijn uitgevoerd niet kan vorderen van de Rabobank nu de bank ten tijde van de uitvoering van de betalingsoverdrachten niet bekend was met het faillissement en dat ook niet door publicatie had kunnen zijn.

2. Casus als de onderhavige doen zich in de praktijk veelvuldig voor. Dat is niet verbazingwekkend. Met veel faillissementen van haar cliënten raakt een bank eerst bekend door publicatie daarvan en niet op een andere wijze, zoals een mededeling van de cliënt of diens curator. Tussen de aanvang van de dag der faillietverklaring en de publicatie van een faillissement verstrijken veelal meerdere dagen. Er zijn curatoren die meteen na hun benoeming de grootste banken per telefax van het faillissement van hun curanda op de hoogte brengen. Ook de bekendheid die een bank op die wijze met het faillissement verkrijgt, verkrijgt zij eerst na de aanvang van de dag waarop het faillissement is uitgesproken. Bij ieder faillissement van een cliënt die een creditsaldo aanhoudt, bestaat bijgevolg de kans dat een bank door de cliënt gegeven betalingsoverdrachten uitvoert nadat deze zijn beschikkingsbevoegdheid heeft verloren.

3. Het komt met enige regelmaat voor dat een curator van een bank in zo een geval betaling vordert van het bedrag waarvoor de bank door de failliet gegeven betalingsoverdrachten heeft uitgevoerd. In de lagere rechtspraak wordt over dergelijke vorderingen verschillend geoordeeld. Zie voor een recent voorbeeld van toewijzing van een dergelijke vordering Rechtbank Utrecht 17 november 2004, «JOR» 2005/18 (De Jong q.q./Rabo) met mijn noot. Overige rechtspraak en literatuur kan worden gevonden via de in die noot genoemde bronnen. Een arrest van de Hoge Raad over een dergelijke vordering is er bij mijn weten niet.

4. Bij de beantwoording van de vraag wat in een dergelijk geval de juridische posities

van de betrokkenen zijn, moet de verhouding tussen de curator en de ontvanger van het betaalde bedrag worden onderscheiden van de verhouding tussen de curator en de bank.

5. De curator kan hetgeen in opdracht van zijn failliet giraal is betaald van de ontvanger van die betaling terugvorderen indien de betaling eerst na aanvang van de dag van de faillietverklaring is voltooid; vergelijk HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1, m.nt. JBMV (Vis q.q./NMB). Ook als door de betaling een vordering van de ontvanger daarvan is voldaan dient hij het betaalde aan de curator terug te betalen. Ware dit anders dan zou de ontvanger, in strijd met de paritas creditorum, ten opzichte van de overige schuldeisers onevenredig worden bevoordeeld.

6. Hoe te oordelen over de verhouding tussen de curator en de bank? Op het eerste gezicht lijkt de norm die de verhouding tussen de curator en de bank bepaalt niet in de Faillissementswet te zijn opgenomen. Dat is een mogelijke verklaring voor de tegenstrijdige lagere rechtspraak. Terecht overweegt de rechtbank dat het arrest Vis q.q./NMB niet ziet op deze situatie. Er is in de verhouding tussen de curator en de bank zoals deze in het onderhavige vonnis aan de orde is, immers geen sprake van een betaling door de failliet aan de bank. In het arrest Vis q.q./NMB oordeelde de Hoge Raad over de eerste door mij onderscheiden verhouding: die tussen een curator en de ontvanger van de betaling, de NMB Bank. De verhouding tussen de curator en de bank die de betalingsoverdracht uitvoerde (eigenlijk geen bank maar de toenmalige postgiro) bleef in dat arrest buiten beeld.

7. De rechtbank zoekt aansluiting bij art. 52 Fw: wie een schuld aan de failliet betaalt aan de failliet in plaats van aan de boedel wordt door die betaling tegenover de boedel bevrijd indien hij ten tijde van de betaling met het faillissement niet bekend was en dat ook niet door publicatie van het

faillissement kon zijn. Dat de rechtbank deze norm toepast is in overeenstemming met het aan art. 52 Fw door de wetgever ten grondslag gelegde beginsel dat een faillissement niet kan worden tegengeworpen aan een derde die met dat faillissement niet bekend is en dat door publicatie ook niet kon zijn. Vergelijk de Memorie van Toelichting bij art. 52 Fw, Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz, I, p. 459.

8. Mijns inziens had de rechtbank geen aansluiting bij art. 52 Fw hoeven zoeken, maar had zij dit artikel direct kunnen toepassen. Een rekeninghouder wiens rekening een creditsaldo vertoont heeft een vordering ter grootte van dat saldo op de bank waar hij die rekening aanhoudt. Voert de bank een betalingsopdracht van de rekeninghouder uit ten laste van dat creditsaldo dan voldoet de bank de vordering van de rekeninghouder op de bank tot het met de uitvoering van de opdracht gemoeide bedrag, ongeacht of sprake is van een opdracht tot betaling aan de rekeninghouder of aan een derde. Voert de bank zo een opdracht uit na de faillietverklaring van de rekeninghouder doch voordat zij met het faillissement bekend was of door publicatie had kunnen zijn, dan bevrijdt die betaling de bank tegenover de boedel. Of de opdracht gegeven is vóór of na de faillietverklaring acht ik daarbij irrelevant. Vergelijk mijn voornoemde noot onder «JOR» 2005/18.

9. De tijd zal leren of de praktijk en/of de lagere rechtspraak algemeen de regel zullen gaan aanvaarden dat een curator het bedrag waarvoor na een faillissement door de failliet gegeven betalingsopdrachten ten laste van diens creditsaldo zijn uitgevoerd niet kan vorderen van een bank als die bank ten tijde van de uitvoering van de betalingsopdrachten niet bekend was met het faillissement en dat ook niet door publicatie had kunnen zijn. Aanvaarden de praktijk en/of de lagere rechtspraak die

regel niet, dan krijgt de Hoge Raad ongetwijfeld over een dergelijke kwestie te oordelen.

A.J. Verdaas, specialist Financiering & Zekerheden, Juridische Zaken SNS REAAL Groep en als onderzoeker verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht