



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Girale betaling en faillissement: wie betaalt de rekening?

Rank, W.A.K.

Citation

Rank, W. A. K. (2023). Girale betaling en faillissement: wie betaalt de rekening? *Tijdschrift Voor Financieel Recht*, 2023(1/2), 36-47. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3563008>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3563008>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Girale betaling en faillissement: wie betaalt de rekening?

Prof. dr. W.A.K. Rank¹

Dit artikel behelst een overzicht van de consequenties voor de debiteur, de crediteur en de giro-instelling van faillietverklaring van de crediteur respectievelijk de debiteur voor in het zicht van of juist na de faillietverklaring voltooide girale betalingen. De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake girale betaling en verrekening staat daarbij centraal.

1. Inleiding

Een gefailleerde is vanaf de datum van faillietverklaring niet meer bevoegd om betalingen in ontvangst te nemen. Evenzeer is een gefailleerde vanaf de datum van faillietverklaring niet meer bevoegd betalingen te doen. Dit kan bij girale betaling tot interessante casusposities aanleiding geven. Bij een na de faillietverklaring van de crediteur voltooide girale betaling rijst de vraag of de debiteur de door hem gedane betaling aan de crediteur kan tegenwerpen aan de curator – door zich op een bevrijdende betaling aan de crediteur te beroepen – of dat hij gehouden is nogmaals te betalen aan de curator. Bij een na de faillietverklaring van de debiteur voltooide girale betaling rijst de vraag of de crediteur de door hem ontvangen betaling aan de curator kan tegenwerpen of dat de curator het betaalde van de crediteur kan terugvorderen. De curator kan er ook voor kiezen om zijn pijlen te richten op de giro-instelling. Alsdan rijst de vraag of de giro-instelling van de debiteur ter zake van de uitvoering van de betaalopdracht – de betaling voor de debiteur – een verrekenbare of verifieerbare vordering op de boedel heeft verkregen respectievelijk of de giro-instelling van de crediteur ter zake van de uitvoering van de betaalopdracht – de ontvangst voor de crediteur – een verrekenbare schuld jegens de boedel heeft verkregen.

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste casusposities die zich in dit verband kunnen voordoen. De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake girale betaling en verrekening bij faillissement zal in dit verband centraal staan. Achtereenvolgens komen aan de orde de positie van de debiteur bij faillissement van de crediteur (par.3), de positie van de crediteur bij faillissement van de debiteur (par.4), de positie van de giro-instelling bij faillissement van de crediteur (par.5) en de positie

van de giro-instelling bij faillissement van de debiteur (par.6). Daaraan vooraf gaat een uiteenzetting over de werking van een betaalrekening en verrekening in rekening-courant (par.2). In verband met de omvang beperk ik mij in dit artikel in beginsel tot een loutere beschrijving van de door de Hoge Raad in de relevante arresten geformuleerde rechtsregels en onthoud ik mij van commentaar daarop.² Ik ga evenmin in op de standpunten van andere auteurs.³ Alleen waar het betreft de positie van de crediteur bij faillissement van de debiteur veroorloof ik mij wat kritische kanttekeningen, dit omdat de Hoge Raad zich in een recentelijk gewezen arrest over deze positie heeft uitgelaten en het debat over dit arrest nog niet is uitgekristalliseerd.⁴ Het artikel wordt afgesloten met een conclusie (par.7).

2. Werking betaalrekening en verrekening in rekening-courant

2.1. Algemeen

Een bank- of girorekening – een betaalrekening in de terminologie van art. 7:514 onder i BW – onder-

1. Prof. mr. W.A.K. Rank is hoogleraar financieel recht aan de Universiteit Leiden en Of Counsel bij NautaDutilh te Amsterdam.

2. Deze beschrijving is mede gebaseerd op een uitgebreider overzicht van mijn hand in T&C BW 2021, art. 6:114 BW, aant. 6 (p. 3424-3428) en T&C Vermogensrecht 2021, art. 6:114 BW, aant. 6 (p. 874-878).

3. Zie over de civiel- en faillissementsrechtelijke aspecten van de girale betalingstransactie onder meer: R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (R&P nr. FR7) 2019, p. 191-212 en p. 347-384, W.A.K. Rank, 'Betalingstransactie', in: H.N. Schelhaas e.a. (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 6, vijfde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 361-428, F.H.J. Mijnsen, *Verbintenissen tot betaling van een geldsom* (Mon. BW nr. B39) Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 53-71, B. Bierens, *Geld in het vermogensrecht* (Mon. BW nr. A17), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 58-67, W.H. van Boom, *Verhaal, uitwinning en rangorde*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 89-96. F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding* (Mon.Pr.nr.15), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59-71 en p. 83-100.

4. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (*Royal Flora Holland/Wittekamp q.q.*).

scheidt zich van andere rekeningen-courant doordat zij niet slechts dient als een instrument voor de afwikkeling van transacties die de giro-instelling en de rekeninghouder met elkaar verrichten, maar doordat daarnaast ten gunste en ten laste van een dergelijke rekening overboekingen kunnen worden verricht ten laste en ten gunste van andere rekeningen. Een girorekening vervult drie onderscheiden functies. In de eerste plaats is de rekening een boekhoudkundig instrument. Zij voorziet in een chronologische weergave van de vorderingen en schulden die de giro-instelling als gevolg van haar functioneren als betalingsintermediair of uit hoofde van door haar zelf met de rekeninghouder verrichte transacties of andere rechtshandelingen jegens de rekeninghouder verkrijgt. In de tweede plaats is de rekening een middel om betalingen te verrichten respectievelijk te ontvangen. Door het debiteren van een rekening (van de debiteur) en het crediteren van een andere rekening (van de crediteur) wordt ten belope van het betreffende bedrag tussen de debiteur en de crediteur een vermogensverschuiving gerealiseerd, zodanig dat de debiteur ten opzichte van de crediteur van zijn verbintenis is gekweten. Tenslotte vormt de rekening een informele zekerheid voor de giro-instelling. Deze zekerheid bestaat hierin dat debet- en creditposten die in de rekening worden geboekt ingevolge art. 6:140 lid 1 BW dadelijk en van rechtswege worden verrekend, zodat op ieder tijdstip alleen het saldo is verschuldigd.

Art. 6:140 BW geeft geen algemene regeling van de rekening-courantverhouding. Het artikel bepaalt slechts wat er gebeurt als geldvorderingen en -schulden, gegeven een daartoe strekkende wet, gewoonte of rechtshandeling, tussen twee partijen in één rekening (moeten) worden opgenomen. De bepalingen van het artikel zijn bovendien van regeland recht (art. 6:140 lid 5 BW): uit de contractuele of wettelijke verhouding tussen partijen kan anders voortvloeien. Partijen kunnen bijvoorbeeld posten buiten verrekening houden tot zij voldoen aan bepaalde criteria van liquiditeit.⁵ Anderzijds kunnen zij vereisen als bijvoorbeeld opeisbaarheid laten vallen.

2.2. Boeking in rekening-courant

Art. 6:140 lid 1 BW stelt buiten twijfel dat boeking in rekening-courant verrekening tot gevolg heeft en dat daarvoor voldoende is dat vordering en schuld in de rekening thuishoren en dat één van de partijen ingevolge art. 6:127 e.v. BW of de tussen hem en zijn wederpartij bestaande rechtsverhouding tot

verrekening bevoegd is.⁶ De eis dat één van de partijen verrekeningsbevoegd moet zijn impliceert dat vordering en schuld niet over en weer opeisbaar behoeven te zijn. Noodzakelijk en tevens voldoende is dat één van beide partijen zowel tot betaling van zijn schuld als tot het afdwingen van betaling van zijn vordering is gerechtigd. De verwijzing naar de rechtsverhouding van partijen voorziet in het geval dat partijen zijn overeengekomen dat posten die ingevolge een aanvullende wetsbepaling niet voor verrekening vatbaar zijn toch in de rekening-courant mogen worden opgenomen en kunnen worden verrekend. Aan partijen wordt aldus de ruimte gelaten om, eventueel stilzwijgend, door opname van de vorderingen in de rekening-courant, te bepalen dat ook een niet-opeisbare vordering in verrekening kan worden gebracht.⁷

Dit laatste is geldend recht sinds het arrest van de Hoge Raad van 21 september 1988, NJ 1989, 11; BNB 1989, 71. De Hoge Raad spreekt in dit arrest uitdrukkelijk uit dat een in een rekening-courant geboekte post wordt toegerekend op de oudste en nog niet verrekende boeking. Het college sluit zich daarmee aan bij de in literatuur en rechtspraak voordien reeds als heersend geldende opvatting dat verrekening in rekening-courant naar anciënniteit dient te geschieden. Daarnaast - en daar gaat het in dit verband om - kan uit de overwegingen worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat uit het karakter van de rekening-courantverhouding voortvloeit dat, behoudens andersluidende afspraak van partijen, een niet opeisbare vordering, die in rekening-courant wordt geboekt, voor verrekening vatbaar is.

2.3. Te boeken posten

De rechtsverhouding tussen partijen is in beginsel beslissend voor het antwoord op de vraag welke vorderingen en schulden in de rekening-courant kunnen worden opgenomen. In de verhouding zoals die tussen een bank of giro-instelling en haar cliënt bestaat, zullen alle vorderingen en schulden die uit het normale bankverkeer voortvloeien in de rekening-courant - een betaalrekening in de zin van art. 7:514 onder i BW - thuishoren. Dat geldt echter niet voor vorderingen en schulden uit geheel anderen hoofde. Boeking in rekening-courant van vorderingen ten aanzien waarvan een dwingende wetsbepaling verrekening uitsluit, is niet mogelijk.

5. Niet liquide is een vordering waarvan de inhoud nog niet zodanig is bepaald dat zij zonder meer vast staat. Voorbeelden zijn een vordering tot schadevergoeding ex art. 6:106 of 6:108 BW waarvan de hoegrootheid in onderling overleg of door de rechter moet worden vastgesteld of een vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat.

6. Zie: MvT Inv. bij art. 6:140 BW, Parl. Gesch. NBW, Inv.wet Boek 6, p. 1332.

7. Zie: MvT Inv. bij art. 6:140 BW, Parl. Gesch. NBW, Inv.wet Boek 6, p. 1332. Anders dan een niet-opeisbare vordering leent een vordering onder opschortende voorwaarde zich niet voor boeking en verrekening in rekening-courant. Ofschoon een dergelijke vordering al wel op geld waardeerbaar is voordat de opschortende voorwaarde is vervuld, komt haar precieze omvang eerst vast te staan bij vervulling van de voorwaarde en valt er eerst dan iets te verrekenen. Vergelijk: Mijnsen & Van Mierlo, De rekening-courantverhouding (Mon.Pr.nr.15), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 24.

Boeking van vorderingen ten aanzien waarvan een aanvullende wetsbepaling verrekening uitsluit, behoort wel tot de mogelijkheden.

Het BW kent in art. 6:135 sub a een algemeen verbod tot verrekening. Volgens deze bepaling is een schuldenaar niet bevoegd tot verrekening, voor zover op de vordering van zijn wederpartij geen beslag is toegelaten. Ofschoon dit niet uit haar letterlijke tekst blijkt, lijkt een redelijke uitleg van deze bepaling mee te brengen dat een schuldenaar alleen dan niet tot verrekening bevoegd is als hij zelf geen beslag mag leggen op de vordering van zijn wederpartij en niet reeds als alleen een derde geen beslag op die vordering zou mogen leggen. Een schuldenaar mag zijn schuld aan de wederpartij derhalve in verrekening brengen met een vordering die hij op de wederpartij heeft als hij voor het incasseren van zijn vordering ook beslag zou mogen leggen op de schuld die hij aan de wederpartij heeft of, anders gezegd, als eigenbeslag zou zijn toegestaan. Verrekening door de schuldenaar behoort echter niet tot de mogelijkheden voor zover eigenbeslag niet zou zijn toegestaan.⁸

Art. 475a lid 5 Rv bepaalt dat een beslag op geldmiddelen die een natuurlijke persoon aanhoudt bij een bank slechts geldig is voor zover het de beslagvrije bedragen genoemd in art. 475da lid 1 Rv gedurende een kalendermaand overtreft. De hoogte van deze beslagvrije bedragen verschilt al naar gelang de levenssituatie van de rekeninghouder.⁹ Niettegenstaande het bepaalde in art. 475a lid 5 Rv zullen geldmiddelen die een natuurlijke persoon aanhoudt bij een bank steeds voor het volle bedrag in de rekening mogen worden geboekt en niet slechts voor zover zij het beslagvrije bedrag van art. 475da lid 1 Rv overtreffen. Als dit anders was dan zou de bankrekening haar functie niet kunnen vervullen en ook niet als beslagobject voor bedragen boven het beslagvrije bedrag kunnen dienen. Bovendien heeft de regeling betreffende het beslagvrije bedrag op dit moment alleen betrekking op de situatie dat een derde beslag zou willen leggen op het banksaldo en niet op de situatie van eigenbeslag door de bank. Dit blijkt uit het feit dat art. 475a lid 5 Rv niet van overeenkomstige toepassing is verklaard in art. 479i Rv en art. 724 Rv. Daardoor is de regeling nu niet van toepassing op executoriaal en conservatoir eigenbeslag. Dit impliceert dat als een rekeninghouder verzuimt een schuld aan de bank tijdig te voldoen, de bank beslag kan leggen op de bankrekening die de rekeninghouder bij haar aanhoudt. Omdat een dergelijk eigenbeslag mogelijk is, heeft de regeling van het beslagvrije

bedrag geen gevolgen voor de verrekeningsmogelijkheden van de bank en mogen de geldmiddelen van de cliënt voor het volle bedrag in de rekening worden geboekt.¹⁰

2.4. Volgorde van de verrekening

Art. 6:140 lid 1 BW geeft uitdrukkelijk aan dat verrekening in rekening-courant naar anciënniteit geschiedt, en niet volgens de gewone imputatieregels van art. 6:43 en 6:44 BW.¹¹ Hieruit volgt dat een schuld van een partij bij een rekening-courantverhouding door verrekening is tenietgegaan, indien na de boeking van de schuld in het debet van de rekening een vordering in het credit van de rekening is geboekt die tenminste een bedrag belooft gelijk aan dat van de schuld. In het systeem van de wet zijn de imputatieregels van art. 6:43 en 6:44 BW in feite vervangen door een imputatieregeling waarbij het ontstaan van verrekeningsbevoegdheid van een van de partijen beslissend is voor het tenietgaan van een schuld. Schulden gaan door verrekening teniet indien en voor zover het saldo lager is dan hetgeen uit de verschillende transacties verschuldigd is.

2.5. Identiteitsbehoud geboekte posten

Boeking in rekening-courant heeft geen schuldvernieuwing tot gevolg. De in het saldo begrepen posten blijven in het algemeen als zodanig voortbestaan met alle daaraan verbonden nevenrechten en verweermiddelen totdat zij door verrekening teniet zijn gegaan. Geboekte vorderingen blijven aan hun eigen verval- en verjaringstermijnen onderworpen en de rechter die absoluut bevoegd is om van de vordering in kwestie kennis te nemen, behoudt zijn bevoegdheid.¹² Dit volgt allereerst

8. Zie Rank, T&C BW 2021, art. 6:135 BW, aant. 2 (p. 3478-3480) en T&C Vermogensrecht 2021, art. 6:135 BW, aant. 2 (p. 928-930).

9. De regeling inzake een beslagvrij bedrag op bankrekeningen van natuurlijke personen is ingevoerd als onderdeel van de Wet tot herziening van het beslag- en executierecht van 3 juni 2020, Stb. 2020, 177, en is op 1 januari 2021 in werking getreden (Besluit van 15 juli 2020, Stb. 2020, 277).

10. Als eigenbeslag door de bank niet mogelijk zou zijn, kan dit consequenties hebben voor de voor de bank bestaande mogelijkheid om op eigen initiatief aan haar toekomstige bedragen van de rekening af te schrijven als daardoor het beslagvrije bedrag zou worden aangetast. Er zou dan immers sprake zijn van een door art. 6:135 sub a BW verboden verrekening. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35 225, nr. 3, p. 47. Een oplossing voor de bank zou kunnen zijn dat de cliënt een volmacht aan de bank verstrekt, eventueel in het kader van een SEPA-incasso, om de verschuldigde bedragen van de rekening van de cliënt af te schrijven of dat de bank gebruik maakt van het haar op grond van art. 24 ABV toekomstige pandrecht op de rekening van de cliënt.

11. Zie TM bij art. 6:140 BW, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, p. 518; MvA bij art. 6:140, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, p. 520; MvT Inv.wet bij art. 6:140, Parl. Gesch. NBW, Inv.wet Boek 6, p. 1332. Zie uit de rechtspraak: HR 21 september 1988, NJ 1989, 11; BNB 1989, 71; HR 3 mei 1989, NJ 1990, 711; BNB 1989, 218.

12. Zo zal de kantonrechter op grond van art. 93 sub c Rv bevoegd blijven om kennis te nemen van een dispuut betreffende een in de rekening-courant geboekte en in het saldo daarvan voortlevende vordering uit effectenlease (ervan uitgaande dat een dergelijke overeenkomst kwalificeert als huurkoop en daarmee als een overeenkomst van goederenkrediet in de zin van art. 7:84 BW).

uit art. 6:140 lid 1 BW, dat de gevolgen van een boeking in rekening-courant uitsluitend tot verrekening beperkt, en voorts, *a contrario*, uit art. 6:140 lid 4.¹³ Deze laatste bepaling kent wat betreft de aan de afzonderlijke posten verbonden verval- en verjaringstermijnen aan de saldovaststelling een zekere noverende werking toe, en wel in die zin dat na de saldovaststelling op deze termijnen geen beroep meer kan worden gedaan. Een en ander moet voorkomen dat zich door het verstrijken van de desbetreffende termijnen later alsnog een verandering in het saldo zou kunnen voordoen.¹⁴

2.6. Vordering giro-instelling jegens betaler

Wegens het uitvoeren van een betaalopdracht krijgt de giro-instelling van de betaler een vordering op de betaler. Deze vordering ontstaat met en door het aanvaarden van de betaalopdracht.¹⁵ Het moment van aanvaarding zal over het algemeen het in art. 7:532 BW bedoelde tijdstip van ontvangst van de betaalopdracht zijn. Deze vordering wordt door de giro-instelling geboekt in de tussen haar en de betaler bestaande betaalrekening-courant. Door de boeking vindt van rechtswege verrekening plaats met de eventuele vordering van de betaler op de giro-instelling wegens een creditsaldo op zijn rekening.¹⁶ Door de boeking kan ook een debetsaldo ontstaan of sprake zijn van toename van een bestaand debetsaldo. Een dergelijk debetsaldo kan in beginsel – behoudens andersluidende afspraken¹⁷ – door de giro-instelling te allen tijde worden opgeëist.

De rechtspraak laat zich niet duidelijk uit over de vraag of de vordering die de giro-instelling van de betaler op de betaler verkrijgt wegens het aanvaarden

van de opdracht tot uitvoeren van de betaalopdracht meteen opeisbaar is bij die aanvaarding of dat deze vordering pas opeisbaar wordt op het moment dat de giro-instelling van de betaler de begunstigde of de giro-instelling van de begunstigde heeft gecrediteerd of deze laatste voor betaling heeft geadviseerd, i.e. de betaling heeft toegezegd of bevestigd door middel van een daarvoor bestemd (elektronisch) bericht. Uit de omstandigheid dat deze vordering bij haar ontstaan – door aanvaarding van de betaalopdracht door de giro-instelling van de betaler – in de rekening-courant wordt opgenomen, kan mijns inziens worden afgeleid dat zij krachtens de onderlinge rechtsverhouding van partijen moet worden beschouwd als een vordering die vanaf het moment van haar ontstaan opeisbaar is of dat zij moet worden gezien als een niet-opeisbare vordering die partijen krachtens een stilzwijgende afspraak aan het gebruikelijke voor vorderingen in rekening-courant geldende regime van automatische verrekening willen onderwerpen. Deze benaderingswijzen verklaren ook waarom de giro-instelling mag overgaan tot debitering van de rekening van de debiteur voordat zij de rekening van de crediteur of diens giro-instelling heeft gecrediteerd of zich ertegen kan verzetten dat de debiteur na het verstrekken van betaalopdracht zijn gehele saldo zou kunnen opnemen.¹⁸ Een benadering waarbij de vordering als een vordering onder opschortende voorwaarde zou moeten worden beschouwd lijkt minder passend omdat een dergelijke vordering zich wegens haar onbepaalde karakter niet goed leent voor opname en verrekening in rekening-courant.

In de meeste gevallen zal de giro-instelling van de debiteur al een vordering op de debiteur hebben verkregen, terwijl de vordering van de crediteur op de debiteur nog niet is voldaan, doordat de crediteur nog geen betaling op zijn rekening heeft ontvangen. Uiteraard kan het niet de bedoeling zijn dat de giro-instelling van de debiteur met en door het aanvaarden van de betaalopdracht een opeisbare en in rekening-courant verrekenbare vordering op de debiteur verkrijgt als zij de betaalopdracht niet of niet juist uitvoert, doordat zij de crediteur of, in het geval van een interbancaire betaling, de giro-instelling van de crediteur, niet of voor een verkeerd bedrag crediteert. Met het oog daarop ligt het in de rede om aan te nemen dat de vordering van de giro-instelling van de debiteur op de debiteur een vordering is onder de ontbindende voorwaarde dat de giro-instelling van de debiteur de betaalopdracht niet of niet juist uitvoert binnen de daarvoor geldende wettelijke of overeengekomen uitvoeringstermijn.¹⁹ In die con-

13. Zie: TM bij art. 6:140 BW, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, p. 518. Zie ook: HR 23 maart 1990, NJ 1990, 416. Vergelijk: HR 3 mei 1989, NJ 1990, 711, BNB 1989, 218.

14. Zie MvT Inv.wet bij art. 6:140 BW, Parl. Gesch. NBW, Inv.wet Boek 6, p. 1332.

15. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (Huijzer q.q./Rabobank); HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012, BV0614, NJ 2012/421 (ING Bank/Manning q.q.).

16. Betoogd wordt ook wel dat uitvoering van een betaalopdracht ertoe leidt dat de giro-instelling tot het beloop van het overgemaakte bedrag haar schuld uit hoofde van het creditsaldo voldoet. Zie bijvoorbeeld W.H. van Boom, Verhaal, uitwinning en rangorde, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 91. Mij spreekt deze benadering minder aan, omdat zij niet goed past bij een betaling ten laste van een debetsaldo en, anders dan de verrekeningsconstructie, ook niet toepasbaar is op het crediteringstraject. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (Huijzer q.q./Rabobank) en HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012, BV0614, NJ 2012/421 (ING Bank/Manning q.q.) laten zich in beide sleutels lezen.

17. Men denke aan het geval dat aan de rekeninghouder een kredietfaciliteit is verleend. Voor zover geen sprake is van overschrijding van de kredietlimiet kan een debetsaldo alsdan eerst worden opgevorderd nadat de giro-instelling het krediet heeft opgezegd.

18. Zie W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, diss. 1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 250-251.

19. Op grond van art. 7:537 lid 1 BW draagt de betaaldienstverlener van de betaler er zorg voor dat met betrekking tot de in art. 7:536 lid 1 BW omschreven betalingstransacties de betaalrekening van de begunstigde uiterlijk aan het eind van de eerstvolgende werkdag na ontvangst van de betaalopdracht wordt gecrediteerd. Met betrekking tot andere betalingstransacties kunnen de rekeninghouder en de betaaldienstverlener een andere uitvoeringstermijn overeenkomen (art. 7:536 lid 2 BW).

structie heeft de giro-instelling bij het in vervulling gaan van de ontbindende voorwaarde voor het bedrag van de betalingstransactie geen verrekenbare vordering op de debiteur verkregen en is de betaalrekening ten onrechte voor dat bedrag gedebiteerd. De consequentie is dat de debitering zal moeten worden ongedaan gemaakt. Boeking en verrekening in rekening-courant van een vordering onder ontbindende voorwaarde zijn mogelijk. Anders dan bij een vordering onder opschortende voorwaarde bestaat een vordering onder ontbindende voorwaarde al voor haar volle waarde voordat de voorwaarde is vervuld en valt er dan ook iets te verrekenen.²⁰

Los van alle dogmatiek wordt in dit probleem voorzien door art. 7:543 lid 2 BW. Volgens deze bepaling is de giro-instelling van de betaler in het geval van een aan haar toerekenbare niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie verplicht om de betaler onverwijld het bedrag van de niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie terug te betalen en, in voorkomend geval, de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd onverwijld te herstellen in de toestand zoals die geweest zou zijn, indien de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden. De valutadatum van de creditering van de betaler is uiterlijk de datum waarop het bedrag was gedebiteerd.

2.7. Vordering begunstigde jegens giro-instelling

De begunstigde verkrijgt een opeisbare vordering jegens zijn giro-instelling op het moment dat deze op grond van de tussen hen beide bestaande rechtsverhouding verplicht is de begunstigde voor een voor hem bestemd bedrag te crediteren.²¹ Op grond van art. 7:537 lid 2 BW is daarvan sprake zodra het bedrag op de rekening van de giro-instelling van de begunstigde is bijgeschreven of de giro-instelling van de begunstigde voor betaling is geadviseerd. De vordering die de begunstigde met de creditering op zijn giro-instelling verkrijgt, wordt door de giro-instelling geboekt in de tussen haar en de begunstigde bestaande rekening-courant. Door de boeking vindt van rechtswege verrekening plaats met de eventuele vordering van de giro-instelling op de begunstigde wegens een debetstand op zijn rekening. Door de

boeking kan een creditsaldo ontstaan of sprake zijn van een vermindering van een bestaand debetsaldo. Een dergelijk creditsaldo kan in beginsel door de begunstigde te allen tijde worden opgeëist.

2.8. Gevolgen faillietverklaring voor rekening-courant

De faillietverklaring van een partij bij een rekening-courant leidt er niet toe dat de rekening haar functie verliest en stilzwijgend eindigt. De rekening blijft doorlopen als instrument voor het doen en ontvangen van betalingen totdat zij overeenkomstig de voor de beëindiging van wederkerige overeenkomsten geldende regels wordt beëindigd.²² Verrekening van in de rekening geboekte vorderingen en schulden kan echter nog slechts geschieden als aan de voorwaarden van art. 53 Fw is voldaan en art. 47 Fw en/of art. 54 Fw zich niet tegen een dergelijke verrekening verzetten.²³

3. Betaling aan gefailleerde; positie debiteur

De gefailleerde is vanaf de datum van faillietverklaring niet meer bevoegd om betalingen in ontvangst te nemen. Hij heeft het beheer en de beschikking over zijn vermogen verloren en de curator is in zijn plaats bevoegd tot het ontvangen van betalingen (art. 23 jo. art. 68 Fw). De curator zal deze betalingen q.q. kunnen ontvangen op een daarvoor in zijn kwaliteit van curator nieuw geopende aparte faillissementsrekening. Niet alle banken zijn echter bereid tot het openen van een dergelijke rekening.²⁴ Los daarvan kan de curator ook zelf voor een andere oplossing kiezen. Hij kan na de faillietverklaring van de schuldeiser binnenkomende betalingen ook q.q. of in naam van de failliete schuldeiser – als dwangvertegenwoordiger van deze laatste – ontvangen op een bestaande rekening ten name van de failliet die bij de debiteuren bekend was. De curator zal dan wel afspraken moeten maken met de giro-instelling waar de rekening wordt aangehouden om te voorkomen dat betalingen op prefaillissementsvorderingen die na de faillietverklaring op de rekening binnenkomen worden verrekend met een eventueel debetsaldo.

Problemen kunnen zich voordoen in de korte spanne tijds dat de faillietverklaring nog niet bekend is gemaakt of de debiteur daarvan nog niet op

20. Bij automatische incasso bepalen de door de meeste banken gehanteerde incassovooraarden dat de creditering van de rekening van de incassant geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de geïncasseerde of diens bank binnen de gestelde termijn gebruik maakt van zijn bevoegdheid de incasso te laten terugboeken. Volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1943, NJ 2005/200 (*Mendel q.q./ABN AMRO*) is er in een dergelijk geval nooit een vordering van de incassant op de giro-instelling ontstaan en kwalificeert de debitering dan ook niet als een terugbetaling maar als een boekhoudkundige handeling.
21. Dit kan worden afgeleid uit HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (*AMRO/THB*). Zie W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, diss. 1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 262-263.

22. Zie HR 23 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1065, NJ 1990/416 (*Hazewijer-Oldenburg/NMB*).
23. Zie voor een volledig beeld van verrekening in rekening-courant in de recente literatuur: F.H.J. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding* (Mon.Pr.nr.15), Deventer: Wolters Kluwer 2019.
24. Zie voor de voorwaarden waaronder ING, Rabo en ABN AMRO bereid zijn tot het openen van een faillissementsrekening het op 1 juli 2022 in werking getreden Convenant Boedelrekeningen.

de hoogte is en er nog geen afspraken zijn gemaakt tussen de curator en de giro-instelling. Denkbaar is dat de schuldeiser failliet wordt verklaard nádat de schuldenaar een betaalopdracht ten gunste van de schuldeiser heeft doen uitgaan, maar vóórdat de rekening van de schuldeiser ingevolge die opdracht is gecrediteerd. Denkbaar is ook dat de schuldenaar een betaalopdracht ten gunste van de schuldeiser heeft doen uitgaan nadat de schuldeiser failliet is verklaard. In beide gevallen zal de creditering van de rekening van de schuldeiser plaatsvinden na diens faillietverklaring.

In deze situatie voorziet art. 52 Fw. Zonder deze bepaling zou de debiteur door de curator van de crediteur kunnen worden gedwongen om nogmaals te betalen, hetzij op de faillissementsrekening hetzij op de door de curator q.q. of door de curator als dwangvertegenwoordiger van de failliet gehouden rekening ten name van de failliet. Volgens het eerste lid van dit artikel is een betaling aan de gefailleerde die na de faillietverklaring maar voor de bekendmaking van de faillietverklaring plaatsvindt, bevrijdend jegens de boedel, zolang de curator niet bewijst dat de schuldenaar van de faillietverklaring op de hoogte was. Wordt na de bekendmaking betaald, zo bepaalt art. 52 lid 2 Fw, dan is de betaling bevrijdend als de debiteur bewijst dat hij met de faillietverklaring nog niet bekend kon zijn, zulks behoudens het recht van de curator om het tegendeel aan te tonen. Ingevolge art. 52 lid 3 Fw tenslotte heeft de betaling eveneens bevrijdende werking, voor zover het betaalde aan de boedel ten goede is gekomen.

Of het betaalde aan de boedel ten goede is gekomen als het bedrag in kwestie is verrekend met een debetsaldo op de rekening van de schuldeiser, is onzeker. Het bedrag is dan immers slechts ten goede gekomen aan één crediteur van de schuldeiser – de giro-instelling –, terwijl het ten goede behoort te komen aan de gezamenlijke crediteuren van de crediteur. De crediteuren kunnen daardoor benadeeld zijn in hun verhaalsmogelijkheden. Hieraan doet niet af dat het bedrag in mindering is gekomen op de schuld van de crediteur aan de giro-instelling, zodat het vermogen van de crediteur per saldo niet is verminderd. Waar het om gaat, is dat het betreffende bedrag, ware het niet verrekend met een debetsaldo, beschikbaar zou zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers.²⁵

Overigens is de curator niet gehouden om zijn pijlen te richten op de debiteur. In plaats van deze aan te spreken om nog een keer te betalen, kan hij ervoor kiezen om tegen de giro-instelling in het geweer te komen en de door deze toegepaste verrekening aanvechten op voet van art. 47 en/of art. 54 Fw. In dat geval zal de giro-instelling verplicht zijn het bedrag aan de boedel te betalen. Dat kan van belang zijn als de debiteur geen verhaal biedt.

4. Betaling door gefailleerde; positie crediteur

4.1. Algemeen

De gefailleerde is vanaf de datum van faillietverklaring niet meer bevoegd om betaalopdrachten te geven. 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. Het beginsel van art. 23 Fw brengt mee dat na de aanvang van de dag van de faillietverklaring door of vanwege de gefailleerde geen beschikkingshandelingen meer ten laste van zijn vermogen kunnen worden verricht. 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.

Deze beperkingen gelden ook voor handelingen verricht door een hulppersoon van de gefailleerde, zoals een giro-instelling in het geval van een betaalopdracht. Steun daarvoor biedt ook de bepaling van art. 7:422 lid 1, aanhef en onder a BW, op grond waarvan lastgeving eindigt door het faillissement van de lastgever. Weliswaar constitueert de tussen de rekeninghouder en de giro-instelling bestaande rechtsverhouding geen overeenkomst van opdracht of, meer specifiek, lastgeving, maar een daaraan verwante doch daarvan te onderscheiden overeenkomst van betalingstransactie, maar dat neemt niet weg dat de bepalingen van opdracht en lastgeving bij wijze van analogie op de betalingstransactie kunnen worden toegepast.²⁶

Denkbaar is dat de schuldenaar failliet wordt verklaard nádat hij een betaalopdracht ten laste van zijn rekening heeft doen uitgaan, maar vóórdat de rekening van de crediteur ingevolge die opdracht is gecrediteerd. De vraag rijst dan of de curator in het faillissement van de debiteur op grond van art. 23 Fw van de crediteur terugbetaling van het ná de faillietverklaring van de debiteur op de rekening van de crediteur bijgeschreven bedrag kan vorderen. De Hoge Raad heeft deze vraag de afgelopen drieëndertig jaar op drie verschillende manieren beantwoord.

4.2. Feitelijk handelen giro-instelling bepalend

In HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, *NJ* 1990,1 (*Vis q.q./NMB*) oordeelde de Hoge Raad dat

25. Vergelijk HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615, *NJ* 1992/526 (*Bosselaar q.q./Interniber*).

26. Zie MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 892, nr. 3, p. 29. Zie voor de voordien heersende leer op dit punt W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, diss. 1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 212 e.v.; R.E. van Esch, Concept-voorstel Wet betaaldiensten: civielrechtelijke aspecten, FR 2008/12, p. 439.

de curator op grond van art. 23 Fw van de crediteur terugbetaling kan verlangen van het overgeschreven bedrag, als de giro-instelling waaraan de betaalopdracht is gegeven bij de aanvang van de dag der faillietverklaring nog niet alle handelingen heeft verricht, die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten. Voor het geval dat debiteur en crediteur dezelfde giro-instelling hebben, betekent dit volgens het arrest dat terugvordering door de curator is uitgesloten als de rekening van de schuldeiser vóór de aanvang van de dag van de faillietverklaring is gecrediteerd. Volgens de Hoge Raad geschiedt een zodanige bijschrijving door de giro-instelling als opdrachtnemer van de schuldenaar, zij het dat de giro-instelling daarmee tevens voldoet aan de verplichtingen die uit haar rechtsverhouding tot de schuldeiser als rekeninghouder voortvloeien.

Met dit arrest zadelde de Hoge Raad de praktijk op met een uiterst bewerkelijke regel. Ingevolge deze regel moet de curator (kunnen) bewijzen dat de giro-instelling waaraan de opdracht is gegeven bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring alle voor de effectuering van de betaling benodigde handelingen heeft verricht. Voor dit bewijs zal de curator veelal input van de giro-instelling nodig hebben. In de tweede plaats kan de uitkomst verschillen al naar gelang het al dan niet interbancaire karakter van de betaling.

Zijn er twee giro-instellingen in het spel, dan ligt de caesuur noodzakelijkerwijs bij een eerder moment dan het tijdstip van creditering van de rekening van de schuldeiser. Welk tijdstip dat is, blijkt niet uit het arrest. Dit tijdstip zal afhangen van de wijze van verwerking van de betaalopdracht en de duiding die men daaraan geeft. Is er een afwikkelonderneming betrokken, dan zou betoogd kunnen worden dat de giro-instelling van de schuldenaar het nodige heeft gedaan op het moment waarop zij de door haar op elektronisch niveau gebrachte betalingsgegevens bij de afwikkelonderneming aanlevert. Ziet men de afwikkelonderneming echter als een hulppersoon van de giro-instelling van de debiteur, dan ligt de opvatting in de rede dat de voor effectuering van de betaling benodigde handelingen eerst zijn verricht op het tijdstip waarop de afwikkelonderneming de voor de creditering van de begunstigde noodzakelijke gegevens aan de giro-instelling van de begunstigde doet toekomen.

Het betreft hier een feitelijke benadering waarin veel betekenis wordt toegekend aan het concrete handelen van de debiteur c.q. diens opdrachtnemer en nauwelijks aan het uiteindelijke gevolg daarvan en daarmee een benadering die moeilijk te rijmen is met het fixatiebeginsel.²⁷

4.3. Moment van creditering bepalend

In zijn arrest van 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, NJ 2015/264 (*JPR Advocaten/Gunning q.q.*) heeft de Hoge Raad dan ook een pragmatischer koers ingezet. Op grond van door de Hoge Raad in dit arrest geformuleerd rechterlijk overgangsrecht moet worden onderscheiden tussen faillissementen die zijn uitgesproken vóór en faillissementen die zijn uitgesproken ná het wijzen van dit arrest. Voor faillissementen die vóór het arrest van 20 maart 2015 zijn uitgesproken blijft het regime van HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990,1 (*Vis q.q./NMB*) van toepassing. Voor faillissementen die ná HR 20 maart 2015 zijn uitgesproken geldt het regime van HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, NJ 2015/264 (*JPR Advocaten/Gunning q.q.*).

Dit regime houdt in dat de curator van de debiteur op grond van art. 23 Fw 'steeds' alle bedragen kan terugvorderen waarmee de rekening van de crediteur na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de debiteur is gecrediteerd. Voor de Hoge Raad is doorslaggevend dat de schuldenaar vanaf de aanvang van de dag van de faillietverklaring niet meer bevoegd is om over zijn vermogen te beschikken en dat hij in zijn relatie tot de giro-instelling ook niet meer bevoegd is om betaalopdrachten te geven.

Deze benadering houdt geen rekening met het concrete handelen van de debiteur en kijkt uitsluitend naar het uiteindelijk gevolg. Zij sluit op het eerste gezicht daardoor beter aan bij het fixatiebeginsel en doet op het eerste gezicht ook meer recht aan de *paritas creditorum*. Bij nader inzien echter rijst de vraag of de door de Hoge Raad gekozen benadering niet te mechanisch is en of zij werkelijk goed te rijmen is met het fixatiebeginsel en de paritasgedachte. Daarbij gaat het er uiteindelijk toch om dat er geen prefaillissementscrediteuren worden benadeeld. In de door de Hoge Raad gevolgde benadering wordt daaraan volledig voorbijgegaan. Consequentie is dat de crediteur in alle gevallen het door hem ontvangen bedrag zal moeten afgeven aan de curator en zijn vordering alsnog ter verificatie zal moeten indienen. Nu het hier een vordering op grond van art. 23 Fw betreft en niet een vordering gebaseerd op art. 47 Fw, is het ook niet relevant of de schuldeiser te goeder trouw was bij het ontvangen van de betaling.

Het arrest van 20 maart 2015 betrof een situatie waarin de rekening van de schuldenaar op de dag van de faillietverklaring een creditsaldo vertoonde. Dit gegeven speelde echter geen rol in de procedure. Uit het arrest blijkt dan ook niet of de reikwijdte van de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel zich beperkte tot girale betalingen ten laste van een creditsaldo of dat de curator van de schuldenaar ook terugbetaling van de schuldeiser zou kunnen vorderen wanneer de rekening van de schuldenaar op de dag van de faillietverklaring een debetsaldo vertoonde. Juist omdat zakelijke partijen meestal op debetbasis bankieren — wat betekent dat aan deze partijen een kredietfaciliteit in rekening-courant is verleend op grond waarvan zij tot een bepaalde limiet

27. Zie in deze zin ook: W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, diss. 1996, Deventer: Kluwer 1996, p. 208.

debet zullen mogen staan in de rekening-courant —, is het antwoord op die vraag voor de praktijk van groot belang.

4.4. Benadeling crediteuren bepalend

In HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, NJ 2022/50 (*Royal Flora Holland/Wittekamp q.q.*) heeft de Hoge Raad zijn standpunt ten aanzien van terugvordering op grond van art. 23 Fw genuanceerd en bovendien verduidelijkt hoe het zit met betalingen ten laste van een debetsaldo. In deze zaak ging het om de terugvordering door de curator van de schuldenaar van een na de faillietverklaring van de schuldenaar voltooide girale betaling waarbij de rekening van de schuldenaar bij de faillietverklaring een negatief saldo vertoonde.

De Hoge Raad oordeelt dat het fixatiebeginsel meebrengt dat de curator een na het intreden van het faillissement aan een schuldeiser betaald bedrag op de voet van art. 23 Fw slechts van deze kan terugvorderen, voor zover de betaling heeft geresulteerd in vermindering van het actief van de boedel dan wel in een vermeerdering van het passief. In het geval van het arrest was volgens de Hoge Raad geen sprake van een vermindering van het actief omdat de rekening bij het intreden van het faillissement reeds een debetstand vertoonde en ook niet van een vermeerdering van het passief omdat de boedel op grond van art. 24 Fw niet aansprakelijk was voor de toename van de debetstand omdat deze zich eerst na de faillietverklaring heeft voorgedaan en de boedel niet door de betaling is gebaat. Toewijzing van de vordering van de curator kan volgens de Hoge Raad evenmin steunen op de grond dat sprake zou zijn van een ontoelaatbare doorbreking van de *paritas creditorum* omdat de betaling niet heeft plaatsgevonden uit een actief van de boedel en er daardoor geen aanspraak op de boedel is ontstaan.²⁸

De Hoge Raad komt hiermee opnieuw met een voor de praktijk uiterst bewerkelijke regel: terugvordering behoort slechts tot de mogelijkheden als de betaling voor de boedel benadelend is geweest. Dat betekent dat dit telkens door de curator zal moeten worden aangetoond, met alle kosten en bewijsproblemen van dien.

Daarbij is het niet zo dat bij een betaling vanaf een rekening met een debetstand die na de faillietverklaring wordt voltooid, vermeerdering van het passief

nooit aan de orde is, omdat de boedel niet aansprakelijk zou zijn voor de toegenomen schuld aan de giro-instelling. Of van een vermeerdering van het passief sprake is, zal allereerst afhangen van het antwoord op de vraag wanneer de giro-instelling de betaalopdracht heeft aanvaard en wanneer haar vordering uit dien hoofde is ontstaan en opeisbaar is geworden. Art. 24 Fw bepaalt immers dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan. Is de verbintenis vóór de faillietverklaring ontstaan – omdat betaalopdracht toen door de giro-instelling is aanvaard –, dan zal de boedel voor de toename van de debetstand wel degelijk aansprakelijk zijn.²⁹ Daarmee is echter nog niet automatisch sprake van een vermeerdering van het passief: weliswaar heeft de giro-instelling dan een in het faillissement verifieerbare vordering verkregen, maar daar staat tegenover dat de vordering van de schuldeiser is tenietgegaan. Het passief is derhalve gelijk gebleven. Van een vermeerdering van het passief zal echter sprake kunnen zijn als de vordering van de giro-instelling door zekerheden is gedekt of anderszins een hogere rang heeft dan de vorderingen van de gezamenlijke (andere) schuldeisers.³⁰

Voor de goede orde zij erop gewezen dat de geldigheid van betalingen als hier bedoeld ook langs de weg van art. 47 Fw kan worden aangetast. De curator moet dan wel bewijzen dat de begunstigde ten tijde van de betaling wist dat het faillissement al was aangevraagd, of dat de betaling het gevolg is van samentopping tussen begunstigde en betaler, met het oogmerk de eerste te bevoordelen boven de andere crediteuren van de betaler. Na het arrest van 20 maart 2015 was het voor de curator het eenvoudigst om een terugvorderingsactie te baseren op art. 23 Fw. Anders dan bij een actie op grond van art. 47 Fw doet het bij een terugvorderingsactie op grond van art. 23 Fw niet ter zake of de crediteur te goeder trouw was bij het ontvangen van de betaling van de gefailleerde. Na het arrest van 28 januari 2022 is een beroep op art. 23 Fw in zoverre minder eenvoudig geworden dat de Hoge Raad de terugvorderingsbevoegdheid van de curator op grond van dit artikel heeft beperkt tot gevallen waarin de betaling voor de boedel benadelend is geweest. Dat betekent dat niet

28. Dit arrest is inmiddels besproken door B. Kramer, Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de schuldenaar: de vordering van de curator opnieuw bezien, MvV 2022/5, p. 157-167, K.W.G. Heesterbeek, Betalingen vanaf een betaalrekening met een negatief saldo tijdens faillissement: kan de curator terugbetaling vorderen?, Bb 2022/11, p. 191-194, en W.A.K. Rank, Girale betaling door gefailleerde; positie crediteur bij betaling ten laste van een debetsaldo, in: P.C. van Es e.a. (red.), Hulde aan Huijgen (Huijgenbundel), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 205-215.

29. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat deze vordering ontstaat met en door het aanvaarden van de betaalopdracht door de giro-instelling. Zie: HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (*Huijzer q.q./Rabobank*); HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012, BV0614, NJ 2012/421 (*ING Bank/Manning q.q.*).

30. Zie B. Kramer, Giraal betalingsverkeer en het faillissement van de schuldenaar: de vordering van de curator opnieuw bezien, MvV 2022/5, p. 162-165, die voorstelt dat de curator het aan de schuldeiser betaalde altijd van de schuldeiser moet terugvorderen als de betaalopdracht voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring door de giro-instelling is aanvaard, ongeacht of de rekening van de schuldenaar een debet- of een creditstand vertoonde.

elke betaling zonder meer door de curator kan worden teruggedraaid, maar dat ook hier bewijsoverlevering noodzakelijk is.

Overigens is de curator niet gehouden zich met een terugvorderingsactie te richten tot de begunstigde van de betaling. Hij kan ook besluiten de giro-instelling aan te spreken. Dat kan van belang zijn als de begunstigde geen verhaal biedt. Mogelijk heeft de giro-instelling dan een vordering op de schuldeiser uit hoofde van onverschuldigde betaling of ongeachtvaardigde verrijking.

5. Betaling aan gefailleerde; positie giro-instelling

5.1. Opdracht en creditering na faillietverklaring

Een ná de faillietverklaring van de rekeninghouder verrichte creditering van diens rekening uit hoofde van een eveneens ná de faillietverklaring door een derde verstrekte opdracht tot bijschrijving valt in de failliete boedel. Verrekening door de giro-instelling met een eventueel debetsaldo behoort niet tot de mogelijkheden, omdat de schuld van de giro-instelling haar rechtstreekse oorzaak niet heeft in de voor het faillissement met haar cliënt gesloten rekeningovereenkomst, maar in de na de faillietverklaring verstrekte betaalopdracht. In dat geval is niet voldaan aan het door art. 53 Fw gestelde vereiste dat vordering en schuld hetzij voor de faillietverklaring zijn ontstaan, hetzij voortvloeien uit een voor het faillissement met de gefailleerde verrichte rechtshandeling.³¹ Voor de Hoge Raad is in dit verband leidend dat een giro-instelling geen voordeel mag hebben van de bijzondere positie die zij als intermediair in het betalingsverkeer inneemt.³²

5.2. Creditering voor faillietverklaring

Verrekening is in beginsel wel mogelijk als de creditering vóór de faillietverklaring plaatsvindt. Verrekening is dan echter uitgesloten als de giro-instelling op het moment van de verrekening op de hoogte is van het feit dat het faillissement van de rekeninghouder reeds is aangevraagd: de vermindering van het debetsaldo is dan een paulianeuze voldoening in de zin van art. 47 Fw.³³ Verrekening is in dit geval eveneens uitgesloten als de giro-instelling, op het

moment dat zij zich door creditering van de rekening tot debiteur van de rekeninghouder maakt, niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw.³⁴

5.3. Opdracht vóór, creditering ná faillietverklaring

Vindt de creditering plaats ná de faillietverklaring, doch ter uitvoering van een reeds vóór die faillietverklaring verstrekte opdracht, dan is verrekening door de giro-instelling op grond van art. 53 Fw mogelijk, als er voor de giro-instelling vóór de faillietverklaring met en door het aanvaarden van de opdracht en het geven van een begin van uitvoering daaraan, een voor verrekening vatbare verplichting tot creditering van de rekeninghouder is ontstaan. Verrekening is echter weer niet geoorloofd als de giro-instelling op het moment van het ontstaan van die verplichting niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw.³⁵ Verrekening op grond van art. 53 Fw is ook niet mogelijk als het faillissement van de rekeninghouder werd voorafgegaan door een te zijnen laste onder de giro-instelling gelegd derdenbeslag. Dan geldt de verrekeningsbevoegdheid van art. 6:130 BW en niet de ruimere verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw.³⁶

5.4. Verpande vorderingen

Verrekening door de giro-instelling is wel toegestaan als het gaat om crediteringen ter zake van aan de giro-instelling verpande vorderingen, ook wanneer de betreffende betalingen na de faillietverklaring worden ontvangen of op een moment dat de giro-instelling weet of moet weten dat het faillissement te verwachten is. Dat geldt ook als het pandrecht is gevestigd als een stil pandrecht en nog geen mededeling aan de debiteur van de vordering heeft plaatsgevonden.³⁷ Deze uitzondering voor betalingen op stil verpande vorderingen geldt ook bij ontvangst van voor een ander ontvangen gelden ingevolge een rechtsverhouding van factoring. Daarvoor is dan wel vereist dat de factormaatschappij een rekening aanhoudt bij de giro-instelling en een stil pandrecht heeft op de door de debiteuren van de failliete cliënt van de factormaatschappij op de rekening van de factormaatschappij bij de giro-instelling betaalde vorderingen.³⁸

31. HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, NJ 1976/249 (*Standaardfilms*), HR 27 januari 1989, NJ 1989/422 (*Otex/Steinbergen q.q.*), HR 15 april 1994, NJ 1994/607 (*Verhagen q.q./INB*) en HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, NJ 2013/421 (*ABN AMRO Commercial Finance/Schreurs en Brouns q.q.*).

32. Zie W.A.K. Rank, Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid, NIBE-Bankjuridische Reeks deel 6, Amsterdam: NIBE 1990, p. 5-17.

33. HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*); HR 22 maart 1991, NJ 1992/214 (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

34. HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*); HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (*AMRO/THB*) en HR 22 maart 1991, NJ 1992/214 (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

35. HR 7 oktober 1988, NJ 1989/449 (*AMRO/THB*).

36. HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2688, NJ 2006/56 (*Reuser q.q./Postbank*).

37. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*).

38. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, NJ 2013/421 (*ABN AMRO Commercial Finance/Schreurs en Brouns q.q.*).

Niet voldoende is dat de betalingen betrekking hebben op verpande vorderingen. De verpande vorderingen moeten ook de te verrekenen vordering secureren.³⁹ De door het pandrecht gesecureerde vordering mag in dit verband ook de regresvordering zijn die de giro-instelling op de debiteur heeft, doordat zij zich met instemming van de debiteur jegens andere kredietverschaffers van de debiteur heeft verbonden om een eventueel na de uitoefening van het pandrecht voor de eigen vordering resterend overschot aan te wenden ter voldoening van eventuele na de verhaalsuitoefening voor deze andere kredietverschaffers resterende tekorten. Art. 53 en 54 Fw verzetten zich in dit geval niet tegen verhaal door de giro-instelling; niet rechtstreeks omdat — volgens de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575 (*Bannenberg q.q./NMB-Heller*) — dit verhaal niet plaatsvindt door middel van verrekening, maar door inning van de vordering, en evenmin bij wijze van analogie, omdat de regresvordering, zo zij al na de faillietverklaring is ontstaan, haar rechtstreekse oorzaak vindt in het voor de faillietverklaring tussen de kredietverschaffers en de gefailleerde gesloten overwaardearrangement.⁴⁰

5.5. Uitzonderingen

Voor het aanvaarden van een uitzondering op de verrekeningsregels van art. 53 en 54 Fw is onvoldoende grond in de situatie dat de opbrengst van voor de faillietverklaring met toestemming van de giro-instelling vrij van pandrecht of hypotheekrecht verkochte zaken na de faillietverklaring op de rekening wordt bijgeschreven.⁴¹

Dit is anders als de verkoop plaatsvindt op een op de voet van art. 3:253 lid 2 BW overeengekomen wijze en deze verkoop als een executieverkoop kan worden aangemerkt. Alsdan mag de bank als pandhouder het door de pandgever verschuldigde bedrag waarvoor het pandrecht geldt van de executieopbrengst afhouden door het negatieve saldo van de rekening waarop het krediet werd geadministreerd te 'verrekenen' met het (positieve) saldo van de bankrekening waarop de opbrengsten door de pandgever

zijn ontvangen. Die handeling maakt dan onderdeel uit van de executoriale verkoop en kan niet worden aangemerkt als verrekening in technisch-juridische zin. Van strijd met de strekking van art. 54 Fw is geen sprake omdat de bank zich niet ten nadele van overige schuldeisers van de pandgever in een betere positie heeft gebracht nu zij op grond van haar pandrecht bij voorrang tot de verkoopopbrengst gerechtigd is. De bank maakt evenmin misbruik van haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer, omdat de storting van de verkoopopbrengst op de door de pandgever bij de bank aangehouden bankrekening niet het gevolg is van toevallige betalingen door derden, maar plaatsvindt in het kader van de executie door de bank van haar pandrecht.⁴²

De regel dat de giro-instelling mag verrekenen als het gaat om crediteringen ter zake van aan haar stil verpande vorderingen is beperkt tot faillissement. Buiten faillissement kan het bijgeschreven bedrag — bij gebreke van een daad van verhaal van de giro-instelling — niet worden aangemerkt als een gerealiseerde executie-opbrengst.⁴³ Vorderingen die een schuldenaar zal verkrijgen op zijn giro-instelling ten gevolge van creditering van zijn girorekening met geldbedragen die derden naar die rekening zullen overmaken, kunnen geen voorwerp zijn van een dergelijke verpanding, omdat dergelijke vorderingen niet rechtstreeks worden verkregen uit een ten tijde van de verpanding reeds bestaande rechtsverhouding met de giro-instelling.⁴⁴ Een bank is ook niet gerechtigd om zich krachtens een door haar bedongen openbaar pandrecht te verhalen op vorderingen van een cliënt op de bank die het gevolg zijn van betalingen door derden van niet aan de bank verpande vorderingen die door de bank ten gunste van de cliënt in ontvangst zijn genomen en vervolgens in de rekening-courant met deze cliënt worden geboekt, indien de bank op het moment van ontvangst van de betaalde bedragen niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw. Volgens de Hoge Raad in zijn prejudiciële beslissing van 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Schepel en Miedema q.q./Rabobank*) is er geen aanleiding om voor deze situatie een uitzondering op de bestaande jurisprudentie inzake verrekening te aanvaarden vergelijkbaar met die welke is aanvaard in HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*), omdat de positie van de bank als zekerheidsgerechtigde onmiddellijk en uitsluitend samenhangt met haar bijzondere positie in het girale betalingsverkeer, nu het pandrecht van de bank is gevestigd op de vordering van de schuldenaar op de bank die voortvloeit uit de rekening-courantverhouding.⁴⁵

39. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5663, NJ 2013/421 (*ABN AMRO Commercial Finance/Schreurs en Brouns q.q.*). Voor stille cessie geldt hetzelfde: HR 29 januari 1993, NJ 1994/171 (*Van Schaik q.q./ABN AMRO*).

40. HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, NJ 2004/618 (*Bannenberg q.q./NMB-Heller*). Steun voor deze opvatting bieden HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, NJ 2016/48 (*De Lage Landen/Van Logtestijn q.q.*) en HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, NJ 2016/49 (*Ingwersen q.q./ING Commercial Finance*), waarin een contractuele regresvordering uit een borgtocht of overwaardearrangement wordt aangemerkt als een toekomstige vordering die uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeit en waarvoor een pandhouder staande faillissement verhaal kan nemen.

41. HR 23 april 1999, NJ 2000/158 (*Van Gorp q.q./Rabobank*), HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005/199 (*ING/Gunning q.q.*).

42. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, NJ 2014/264 (*Feenstra q.q./ING Bank*).

43. HR 12 juli 2002, NJ 2003/194 (*Rabo/Knol q.q.*).

44. HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6552, NJ 2012/605 (*Rabobank/Kézér q.q.*).

45. HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189 (*Schepel en Miedema q.q./Rabobank*), waarover M.L. Tuil, Eurocommerce - aanscherping van de strenge verrekeningsregels voor banken, MvV 2019/11, p. 384-396.

6. Betaling door gefailleerde; positie giro-instelling.

De giro-instelling kan een na de faillietverklaring door haar voltooide betaling, welke haar grond vindt in een ná de faillietverklaring door de gefailleerde gegeven betaalopdracht — tot het geven waarvan de gefailleerde ingevolge art. 23 Fw niet (meer) bevoegd is —, niet aan de curator tegenwerpen en de vordering die zij uit dien hoofde verkrijgt niet op de boedel kunnen verhalen. Dat geldt zowel wanneer de rekening van de debiteur bij het intreden van het faillissement een debetsaldo vertoont als wanneer er bij het intreden van het faillissement sprake is van een creditsaldo.

Als de rekening van de debiteur bij het intreden van het faillissement een debetsaldo vertoont en er derhalve niets te verrekenen valt, zal de giro-instelling de vordering die zij ter zake van het uitvoeren van de betaalopdracht op de debiteur verkrijgt ter verificatie willen indienen. Dit zal echter niet mogelijk zijn op grond van art. 24 Fw. Dit artikel bepaalt immers dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan. Is de vordering van de giro-instelling na de faillietverklaring ontstaan — omdat de betaalopdracht eerst toen door de giro-instelling is aanvaard —, dan zal de boedel op grond van art. 24 Fw niet voor de vordering van de giro-instelling aansprakelijk zijn.⁴⁶

De giro-instelling zal de vordering die zij ter zake van het uitvoeren van de betaalopdracht op de debiteur verkrijgt ook niet in verrekening kunnen brengen met haar schuld uit een eventueel creditsaldo. Er is in dat geval immers niet voldaan aan de door art. 53 Fw gestelde vereisten. De vordering van de giro-instelling is niet voor de faillietverklaring ontstaan en vloeit ook niet voort uit een voor de faillietverklaring met de gefailleerde verrichte handeling. Dit geldt ongeacht of de giro-instelling door publicatie van het faillissementsvonnis of op andere wijze bekend was of kon zijn met de faillietverklaring. Art. 52 Fw — dat door de Hoge Raad van toepassing wordt geacht omdat de giro-instelling door het uitvoeren van een betaalopdracht van de gefailleerde ten laste van een creditsaldo ook een betaling *aan* de gefailleerde zou doen — vormt hierop geen uitzondering nu de opdracht niet voor de faillietverklaring is verstrekt en aanvaard.⁴⁷ Mogelijk heeft de giro-instelling in dit geval nog wel een vordering op de schuld-eiser uit hoofde van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking.

De giro-instelling zal een na het faillissementstijdstip voltooide betaling wel aan de curator kunnen tegenwerpen als de opdracht vóór de faillietverklaring is verstrekt en door de giro-instelling is aanvaard. De giro-instelling krijgt dan ter zake van het aanvaarden van de opdracht tot het uitvoeren van de betaalopdracht een verifieerbare vordering jegens de boedel. Op grond van art. 53 Fw kan de giro-instelling de vordering die zij ter zake van de opdracht op de debiteur verkrijgt in verrekening brengen met haar schuld uit een eventueel creditsaldo. Ook art. 52 Fw biedt daarvoor ruimte zolang de giro-instelling niet bekend was of kon zijn met de faillietverklaring. Is de giro-instelling bij de aanvaarding van de opdracht bekend met het ophanden zijn van het faillissement, dan zal echter art. 54 lid 1 Fw zich tegen verrekening verzetten.

7. Conclusie

Girale betalingen die in het zicht van of juist na de faillietverklaring van de debiteur respectievelijk de crediteur worden voltooid, leveren ingewikkelde casusposities op. Dat geldt zowel voor betalingen aan de gefailleerde als voor betalingen door de gefailleerde. De consequenties van dergelijke faillietverklaringen doen zich niet alleen gevoelen voor de wederpartij van de gefailleerde maar ook voor de giro-instelling. Er gelden in dit verband verschillende wettelijke regels die de relatie tussen de betrokken partijen normeren. De Hoge Raad heeft zich in een reeks van arresten over een aantal van deze regels uitgelaten. Tezamen vormen wet en jurisprudentie inzake girale betaling en faillissement een ingewikkeld leerstuk. Hieronder zet ik de hoofdlijnen van dit leerstuk nog eens op een rijtje.

In de situatie dat sprake is van een betaling *aan* de gefailleerde geldt het volgende. Een gefailleerde is vanaf de datum van faillietverklaring niet meer bevoegd om betalingen in ontvangst te nemen. De debiteur wiens betaling na de faillietverklaring van de crediteur op de rekening van de crediteur is bijgeschreven loopt dan ook het risico dat hij door de curator gedwongen wordt om nogmaals te betalen. Art. 52 Fw biedt de debiteur in deze situatie de nodige bescherming. Een debiteur wiens betaling na de faillietverklaring van de crediteur op de rekening van de crediteur is bijgeschreven, heeft op grond van art. 52 Fw bevrijdend betaald als hij niet door publicatie van het faillissementsvonnis of op andere wijze bekend was of kon zijn met de faillietverklaring of als het betaalde toch aan de boedel ten goede is gekomen.

De giro-instelling van de gefailleerde zal het bedrag van een na de faillietverklaring verrichte creditering uit hoofde van een eveneens na de faillietverklaring door een derde verstrekte betaalopdracht op grond van art. 20 Fw aan de curator moeten afdragen. Verrekening door de giro-instelling van de schuld uit de creditering met een vordering uit een eventueel debetsaldo is niet mogelijk omdat niet is voldaan aan de eisen van art. 53 Fw. Verrekening door de giro-

46. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden opgemaakt dat deze vordering ontstaat met en door het aanvaarden van de betaalopdracht door de giro-instelling. Zie: HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (*Huijzer q.q./Rabobank*); HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012, BV0614, NJ 2012/421 (*ING Bank/Manning q.q.*).

47. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (*Huijzer q.q./Rabobank*).

instelling op grond van art. 53 Fw is in beginsel wel mogelijk als de creditering vóór de faillietverklaring plaatsvindt of als er voor de giro-instelling vóór de faillietverklaring een voor verrekening vatbare verplichting tot creditering van de rekeninghouder is ontstaan. Verrekening is echter uitgesloten als de giro-instelling op het moment van de verrekening op de hoogte is van het feit dat het faillissement van de rekeninghouder reeds is aangevraagd (art. 47 Fw) of niet te goeder trouw omdat zij weet dat het faillissement te verwachten is (art. 54 Fw). Verrekening is wel toegestaan als het gaat om crediteringen ter zake van aan de giro-instelling verpande vorderingen.

In de situatie dat sprake is van een betaling *door* de gefailleerde geldt het volgende. Een gefailleerde is vanaf de datum van faillietverklaring niet meer bevoegd betalingen te doen. De curator kan een na het intreden van het faillissement van de debiteur aan een crediteur betaald bedrag op de voet van art. 23 Fw slechts van deze terugvorderen, voor zover de betaling heeft geresulteerd in vermindering van het actief van de boedel dan wel in een vermeerdering van het passief. Het is aan de curator om dit aan te tonen. Verrekening door de giro-instelling van de vordering die zij ter zake van het uitvoeren van de betaalopdracht op de debiteur verkrijgt met haar schuld uit een eventueel creditsaldo is niet mogelijk als de betaalopdracht na de faillietverklaring is gegeven, omdat dan niet is voldaan aan de door art. 53 Fw gestelde eisen. Verrekening door de giro-instelling behoort echter wel tot de mogelijkheden als de betaalopdracht vóór de faillietverklaring is gegeven.