

voor een uitkering aan concurrente schuldeisers. Voor de verhaalsmogelijkheid van de retentor verschilt het overigens niet of het faillissement wordt opgeheven bij gebrek aan baten of vereenvoudigd afgewikkeld wordt. In deze beide gevallen wordt er immers geen verificatievergadering gehouden, hetgeen zoals gezegd het verkrijgen van de benodigde executoriala titel belet. En in beide gevallen eindigt het faillissement. De vordering van Jager blijft echter bestaan. Dan zal dus door Jager desgewenst weer op de wijze zoals voorgeschreven buiten faillissement verhaal moeten worden genomen op de teruggehouden zaken, namelijk door het leggen van beslag (Parl. Gesch. Boek 3, p. 889 en HR 12 juni 2009, «JOR» 2009/273, m.nt. Loesberg (*Heembouw/Fortis*)).

7. Op één punt kan ABN AMRO Lease wel worden gevolgd. Het is denkbaar dat de uitoefening van het retentierecht in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid, als vast komt te staan dat de retentor de vordering bewust laat oplopen en niet incasseert bij haar schuldenaar (zie r.o. 2.6). De aldus opgelopen vordering kan immers worden verhaald op de zaken van ABN AMRO Lease. Door ABN AMRO Lease wordt deze handelwijze "het verstrekken van leverancierskrediet door de retentor" genoemd. Dat is pejoratief bedoeld, want het gaat ten koste van ABN AMRO Lease. In deze procedure is echter niet komen vast te staan dat Jager aldus heeft gehandeld.

8. Het hof heeft in deze procedure terecht aangenomen dat het retentierecht van Jager blijft voortbestaan, ook al is niet te verwachten dat zij haar vordering zal kunnen verhalen op haar schuldenaar Duotrans. Daarmee komt de "pijn" van het retentierecht te liggen bij ABN AMRO Lease als derde-eigenaar van de geleasede zaken. Dat kan onbillijk voorkomen, nu ABN AMRO Lease niet de schuldenaar is van de vordering van Jager, maar het is wel in lijn met het wettelijk systeem van art. 3:290 en 3:291 lid 2 BW.

M.A. Heilbron

junior-docente bij de Radboud Universiteit Nijmegen en promovenda bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht

310

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp
Middelburg

9 juli 2014, rolnr. HA ZA 13-706,
ECLI:NL:RBZWB:2014:4632
(mr. Van der Lende-Mulder Smit)
Noot mr. R.J. van der Weijden

Girale betaling. Door failliete vennootschap aan zustervennootschap gedane betaling op dag van faillietverklaring is onbevoegd verricht. Curator kan betaalde bedrag terugvorderen van zustervennootschap.

[Fw art. 23]

Niet relevant is wanneer failliet de opdracht tot betaling heeft gegeven. Aangezien failliet en gedaagde dezelfde giro-instelling hebben, kan gedaagde alleen aan de verplichting tot terugbetaling ontkomen als de bijschrijving op haar rekening is voltooid op de dag vóór faillietverklaring, dus vóór 29 mei 2012. Op het bankafschrift van de girorekening van failliet staat dat op 29 mei 2012 € 28.000 is betaald aan gedaagde. Op het bankafschrift van de girorekening van gedaagde staat dat op 29 mei 2012 € 28.000 van failliet is ontvangen. Dit is dus niet vóór, maar op de dag van faillietverklaring. De betaling is onbevoegd door failliet verricht en moet door gedaagde worden terugbetaald. Of en in hoeverre met het overgemaakte bedrag door gedaagde energieleveranties zijn voldaan, doet voor de vraag of onbevoegd door failliet is betaald, niet ter zake.

Mr. S.M.W.L. van Boven te Middelburg, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Snowbase Personeel BV,
eiser,
advocaat: mr. J.B. de Meester,
tegen
Snowbase Faciliteitenbeheer BV te Terneuzen,
gedaagde,
advocaat: mr. J.M. de Jonge.

(...; red.)

2. De feiten

Snowbase Personeel B.V., zustervennootschap van Snowbase Faciliteiten, is op 29 mei 2012 failliet verklaard met benoeming van eiser tot curator.

3. *Het geschil*

3.1. De curator vordert dat de rechtbank bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, Snowbase Faciliteiten veroordeelt tot betaling van € 30.327,73, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 12 september 2013 en de proceskosten. Hij stelt daartoe als volgt.

3.2. Op de dag van uitspreken van het faillissement, 29 mei 2012, is € 28.000,- betaald van de ING-girorekening van Snowbase Personeel en bijgeschreven op de ING-girorekening van Snowbase Faciliteiten. Vanwege het faillissement heeft Snowbase Personeel per die datum de beschikking en het beheer over haar vermogen verloren. De curator is daarmee belast. De verrichte betaling is onbevoegd gedaan en de boedel is daardoor niet gebonden. Snowbase Faciliteiten handelt onrechtmatig door ondanks verzoeken en sommatie in gebreke te blijven met terugbetaling van het bedrag.

De curator betwist in reactie op het verweer van Snowbase Faciliteiten dat een overboeking om 00.00 uur plaatsvindt. Dat is geen regel. Hij betwist ook dat de opdracht tot betaling vóór 29 mei 2012 is gegeven. Verder stelt hij dat zelfs als de opdracht tot betaling is gegeven vóór 29 mei 2012, geldt dat de creditering heeft plaatsgevonden op de dag van uitspraak van het faillissement.

Voor zover nodig vernietigt hij de rechtshandeling tot betaling van € 28.000,- ex art. 47 Fw.

De wettelijke rente, verschuldigd vanaf 29 mei 2012, bedraagt tot en met 12 september 2013 € 1.117,73. De buitengerechtigde incassokosten bedragen conform de staffel die vanaf 1 juli 2012 geldt, € 1.210,00 incl. BTW.

3.3. Snowbase Faciliteiten concludeert tot afwijzing van de vordering. Zij stelt dat naast Snowbase Personeel B.V. en Snowbase Faciliteiten er sprake is van nog twee zustervenootschappen: Snowbase Horeca B.V. en Snowbase Holding B.V. Deze vier vennootschappen exploiteerden gezamenlijk de skihal te Terneuzen, waarbij Snowbase Faciliteiten was belast met het beheer van de gebouwen, inventaris en energievoorziening, Snowbase Horeca B.V. met de horeca en Snowbase Personeel B.V. met de exploitatie van de skipiste. De inkomsten werden gegenereerd door Snowbase Horeca B.V. en Snowbase Personeel B.V., de kosten – net name de leveranties van energie – werden voldaan uit Snowbase Faciliteiten. Snowbase Horeca B.V. en Snowbase Personeel B.V. betaalden maandelijks

(afgeronde) bedragen op de rekening van Snowbase Faciliteiten, zoals is te zien op de dagafschriften.

De betaling van € 28.000,- is daarmee in lijn. Van dit bedrag is geleverde energie betaald. De opdracht daartoe is gegeven vóór 29 mei 2012 en door de bank uitgevoerd op 29 mei 2012 om 00.00 uur. Ook de creditering bij Snowbase Faciliteiten heeft plaatsgevonden op 29 mei 2012 om 00.00 uur, zodat de betaling op dat moment is voltooid. Snowbase Personeel B.V. heeft vóór 29 mei 2012 over haar bankrekening beschikt. De betaling is bevoegd gedaan. Er is ook geen sprake van een onverplicht verrichte rechtshandeling.

4. *De beoordeling*

4.1. Niet relevant is wanneer Snowbase Personeel B.V. de opdracht tot betaling heeft gegeven. Aangezien Snowbase Personeel B.V. en Snowbase Faciliteiten dezelfde giro-instelling, namelijk ING, hebben, kan Snowbase Faciliteiten alleen aan de verplichting tot terugbetaling ontkomen als de bijschrijving op haar rekening is voltooid op de dag vóór faillietverklaring, dus vóór 29 mei 2012. Op het als prod. 1 bij dagvaarding overgelegde bankafschrift van de girorekening van Snowbase Personeel B.V. staat dat op 29 mei 2012 € 28.000,00 is betaald aan Snowbase Faciliteiten. Op het als prod. 2 bij dagvaarding overgelegde bankafschrift van de girorekening van Snowbase Faciliteiten staat dat op 29 mei 2012 € 28.000,00 van Snowbase Personeel B.V. is ontvangen. Dit is dus niet vóór, maar op de dag van faillietverklaring. De betaling is onbevoegd door Snowbase Personeel B.V. verricht en moet door Snowbase Faciliteiten worden terugbetaald. Of en in hoeverre met het overgemaakte bedrag door Snowbase Faciliteiten energieleveranties zijn voldaan doet voor de vraag of onbevoegd door Snowbase Personeel is betaald, niet ter zake.

4.2. De vordering van de curator zal worden toegewezen. Dit geldt ook voor de onweersproken gebleven wettelijke rente en de vordering tot vergoeding van de buitengerechtigde incassokosten. Snowbase Faciliteiten zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*)

5. *De beslissing*

De rechtbank

veroordeelt Snowbase Faciliteitenbeheer B.V. tot betaling aan de curator van € 30.327,73, vermeerderd met de wettelijke rente ex art. 6:119 BW met ingang van 13 september 2013 tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt Snowbase Faciliteitenbeheer B.V. tot betaling aan de curator van de proceskosten (...; red.);

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Op 29 mei 2012, de dag waarop het faillissement van Snowbase Personeel BV (hierna: "Snowbase Personeel") is uitgesproken, is ten laste van haar ING-rekening € 28.000 betaald op de ING-rekening van Snowbase Faciliteitenbeheer BV (hierna: "Snowbase Faciliteiten"). Zowel debitering als creditering van de desbetreffende rekeningen heeft plaatsgevonden op 29 mei 2012. De curator spreekt Snowbase Faciliteiten aan tot teruggave van het ontvangen bedrag aan de boedel, vermeerderd met rente en kosten. Omdat Snowbase Personeel vanaf de aanvang van de dag waarop haar faillissement is uitgesproken de beschikking en het beheer over haar vermogen is verloren, is de betaling volgens de curator onbevoegd verricht en is de boedel daardoor niet gebonden. In haar verweer tegen de vordering van de curator stelt Snowbase Faciliteiten dat de betalingsopdracht door Snowbase Personeel reeds vóór 29 mei 2012 (datum faillissement) is gegeven en op 29 mei 2012 om 00.00 uur precies door ING is uitgevoerd. Ook de creditering van haar rekening heeft volgens Snowbase Faciliteiten op 29 mei om 00.00 uur precies plaatsgevonden, zodat de betaling volgens haar reeds op dat moment is voltooid.

2. Dit betoog baat Snowbase Faciliteiten niet. De rechtbank wijst de vordering van de curator toe en overweegt daartoe als volgt:

"Niet relevant is wanneer Snowbase Personeel B.V. de opdracht tot betaling heeft gegeven. Aangezien Snowbase Personeel B.V. en Snowbase Faciliteiten dezelfde giro-instelling, namelijk ING, hebben, kan Snowbase Faciliteiten alleen aan de verplichting tot terugbetaling ontkomen als de bijschrijving op haar rekening is voltooid op de dag vóór faillietverklaring, dus vóór 29 mei 2012. (...) Op het als prod. 2 bij dagvaarding

overgelegde bankafschrift van de girorekening van Snowbase Faciliteiten staat dat op 29 mei 2012 € 28.000,00 van Snowbase Personeel B.V. is ontvangen. Dit is dus niet vóór, maar op de dag van faillietverklaring. De betaling is onbevoegd door Snowbase Personeel B.V. verricht en moet door Snowbase Faciliteiten worden terugbetaald."

3. De uitkomst van de onderhavige procedure lijkt mij juist. Een schuldeiser die betaling ontvangt van zijn schuldenaar na aanvang van de dag waarop het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken, moet het ontvangene aan de boedel terugbetalen. Wat opvalt in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging is dat de rechtbank vaststelt dat beide Snowbase-entiteiten een rekening aanhouden bij *dezelfde bank* en dat dit volgens haar meebrengt dat het *moment van creditering van de rekening van de schuldeiser* doorslaggevend is voor de vraag of de curator het betaalde kan terugvorderen. Zie ik het goed, dan past de rechtbank hier de rechtsregel toe uit het arrest HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1, m.nt. Vranken (*Vis q.q./NMB*). Deze komt er kort gezegd op neer dat een girale betaling op grond van art. 23 Fw kan worden teruggevorderd door de curator, indien de bank van de schuldenaar bij de aanvang van de dag waarop het faillissement is uitgesproken, nog niet alle handelingen heeft verricht die noodzakelijk waren voor het effectueren van de betaling; houden de schuldenaar en de schuldeiser echter een rekening aan bij *dezelfde bank*, dan moet ook de bijschrijving vóór het faillissement hebben plaatsgevonden, omdat dit een handeling is die door de desbetreffende bank als opdrachtnemer van de schuldenaar wordt verricht. Het antwoord op de vraag of de schuldeiser een tijdens faillissement ontvangen betaling aan de curator moet restitueren, wordt door de Hoge Raad in dit arrest uit 1989 dus gezocht in de verhouding tussen de schuldenaar en zijn bank. Doorslaggevend is of de schuldenaar *in die verhouding* al dan niet tijdig over zijn creditsaldo heeft beschikt. Let wel, het gaat hier niet om de vraag of de curator de bank van de schuldenaar kan aanspreken. Op die vraag is de rechtsregel uit het arrest *Vis q.q./NMB* niet van toepassing (zie over de mogelijkheid voor de curator om de bank van de schuldenaar aan te spreken hierna onder 5).

4. De rechtsregel uit het arrest *Vis q.q./NMB* is in de literatuur op de nodige kritiek gestuit, zie bijvoorbeeld J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer, p. 201-202; W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, p. 207-208; N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 295 en 465 en recent nog R.M. Wibier, 'Het *Vis q.q./NMB*-criterium is niet juist en dringend aan vervanging toe', *WPNR* 2014 (7019)/ p. 443-445. Deze zou teveel nadruk leggen op het handelen van de schuldenaar en te weinig op de gevolgen daarvan; bovendien zou het niet juist zijn om het antwoord op de vraag of de curator de schuldeiser kan aanspreken tot terugbetaling te laten afhangen van wat zich in de verhouding tussen de schuldenaar en diens bank heeft afgespeeld. Volgens de meerderheid van de auteurs zou daarom steeds, dus ook in het geval dat de schuldeiser een rekening heeft bij een andere bank dan de schuldenaar, doorslaggevend moeten zijn of de rekening van de schuldeiser vóór aanvang van de dag waarop het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken, is gecrediteerd. Een girale betaling is immers een rechtstreekse betaling door de schuldenaar aan zijn schuldeiser en deze betaling vindt volgens art. 6:114 lid 2 BW plaats op het moment van creditering van de rekening van de schuldeiser. Wat van deze kritiek ook zij, in de lagere rechtspraak wordt het criterium uit het arrest *Vis q.q./NMB* nog toegepast, zie bijvoorbeeld recentelijk nog Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, «JOR» 2014/54, m.nt. Atema. Gelet op de hiervoor besproken kritiek en de ontwikkeling die het denken over giraal betalingsverkeer sinds het arrest *Vis q.q./NMB* heeft doorgemaakt, zou het mij overigens verbazen als de Hoge Raad het criterium uit dit arrest vandaag de dag zou handhaven.

5. In het onderhavige geval had de curator er ook voor kunnen kiezen ING – als bank van de schuldenaar – aan te spreken, in plaats van Snowbase Faciliteiten. Indien zijn stelling dat Snowbase Personeel de betalingsopdracht pas op 29 mei 2012 heeft gegeven juist is, zou een eventuele vordering van de curator jegens ING zeer waarschijnlijk zijn geslaagd. De debitering van het creditsaldo van Snowbase Personeel, en daarmee de voldoening door ING van haar schuld uit hoofde van het creditsaldo aan Snowbase Personeel, heeft immers plaatsgevon-

den toen Snowbase Personeel inningsonbevoegd was (zie art. 23 Fw) en een beroep op derdenbescherming (art. 52 Fw) lijkt uitgesloten. ING zou zich er op de eerste plaats niet op hebben kunnen beroepen dat zij ten tijde van de debitering onbekend was met het faillissement van Snowbase Personeel; een beroep op art. 52 lid 2 Fw is slechts mogelijk indien de betalingsopdracht vóór het faillissement is gegeven (zie HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF (*Huijzer q.q./Rabobank*) en HR 23 maart 2012, «JOR» 2012/236, m.nt. NEDF (*ING/Manning q.q.*)). Daarnaast ligt het niet voor de hand dat de boedel van Snowbase Personeel is gebaat in de zin van art. 52 lid 3 Fw, waardoor ING ook aan die bepaling geen bescherming zou hebben kunnen ontnemen. Dit zou overigens niet hebben betekend dat ING met de gebakken peren was blijven zitten. Indien ING met succes door de curator zou zijn aangesproken, had zij zich tot Snowbase Faciliteiten kunnen wenden en de creditering van haar rekening eenzijdig kunnen terugdraaien. Een dergelijke bevoegdheid ontleent ING aan art. 19 lid 3 Algemene Bankvoorwaarden 2009, dat bepaalt dat de bank bevoegd is de creditering van een rekening van de cliënt ingevolge een door een beschikkingsonbevoegde persoon gegeven opdracht ongedaan te maken.

R.J. van der Weijden
advocaat bij Stibbe te Amsterdam