

Girale betaling en het faillissement van de rekeninghouder

MR. B.A. SCHUIJLING EN MR. R.J. VAN DER WEJDEN

Na een uiteenzetting van de stand van zaken met betrekking tot rondom de faillissementsdatum door de schuldenaar verstrekte en door diens bank uitgevoerde betalingsopdrachten worden in deze bijdrage twee recente ontwikkelingen besproken, te weten de vraag of een gefailleerde schuldenaar die een betalingsopdracht aan zijn bank verstrekt, verplicht kan zijn de schade die de bank hierdoor lijdt te vergoeden en zo ja, of de bank de mogelijkheid heeft om – ondanks het faillissement – deze vordering voldaan te krijgen, alsmede het per 1 november 2009 geldende art. 19 lid 3 van de Algemene Bankvoorwaarden waarin aan de bank onder andere de bevoegdheid wordt toegekend om de creditering van een rekening van een cliënt als gevolg van een door een gefailleerde gegeven betalingsopdracht ongedaan te maken.

1 Inleiding

In deze bijdrage bespreken wij twee recente ontwikkelingen met betrekking tot rondom de faillissementsdatum door de schuldenaar gegeven en vervolgens door de bank uitgevoerde betalingsopdrachten. Op de eerste plaats zullen wij ingaan op de naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage gerezen vraag, of een gefailleerde schuldenaar die overgaat tot het verstrekken van een betalingsopdracht aan diens bank, op de voet van art. 6:74 en/of 6:162 BW verplicht kan zijn de schade die de bank hierdoor lijdt te vergoeden. Indien deze vraag positief wordt beantwoord, dringt zich vervolgens de vraag op of de bank de mogelijkheid heeft om – ondanks het faillissement van de schuldenaar – de in dit verband bestaande vordering op de schuldenaar voldaan te krijgen. Beide vragen worden besproken in § 3. Vervolgens zullen wij in § 4 aandacht besteden aan het per 1 november 2009 geldende art. 19 lid 3 van de Algemene Bankvoorwaarden, waarin aan de bank onder andere de bevoegdheid wordt toegekend om de creditering van een rekening van een cliënt als gevolg van een door een gefailleerde gegeven betalingsopdracht ongedaan te maken. Naar aanleiding van het arrest Huijzer q.q./Rabobank¹ is door verschillende auteurs gepleit voor een dergelijke aanpassing van de destijds geldende versie van de Algemene Bankvoorwaarden. Alvorens bovengenoemde ontwikkelingen te bespreken, ge-

ven wij in § 2 de algemene stand van zaken weer met betrekking tot rondom de faillissementsdatum door de schuldenaar verstrekte en door diens bank uitgevoerde betalingsopdrachten. Hierbij zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en diens schuldeiser, de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en diens bank en de positie van de bank van de schuldenaar ten opzichte van de begunstigde van de betaling.

2 Rondom de faillissementsdatum door de schuldenaar gegeven betalingsopdrachten: de stand van zaken

2.1 Gevolgen in de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en diens schuldeiser

Heeft de schuldenaar voorafgaand aan of tijdens zijn faillissement aan zijn bank een opdracht verstrekt, om ten laste van zijn creditsaldo de rekening van één van zijn schuldeisers (uiteindelijk) te crediteren,² dan kan de curator – indien de bank deze opdracht ook heeft uitgevoerd – onder omstandigheden afdracht van deze betaling bij de betreffende schuldeiser vorderen. Voor het antwoord op

1 HR 28 april 2006, NJ 2006, 503, m.nt. PvS; «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF.

2 Indien de schuldenaar en de begunstigde niet bij dezelfde bank een rekening aanhouden, dan zal het niet de bank van de schuldenaar, maar de bank van de begunstigde zijn die de rekening van de begunstigde crediteert. Deze bank zal echter pas tot creditering overgaan, nadat de rekening die zij bij de centrale bank aanhoudt, is gecrediteerd. De centrale bank zal deze creditering ten laste brengen van de bank van de opdrachtgever, door de rekening die deze bij haar aanhoudt te debiteren.

de vraag onder welke omstandigheden een dergelijke afdracht mogelijk is, is doorslaggevend het moment waarop de betaling aan de schuldeiser heeft plaatsgevonden. Heeft de betaling reeds vóór het faillissement van de schuldenaar plaatsgevonden, dan kan de curator slechts onder de voorwaarden van art. 42 e.v. Fw (de faillissementspauliana) overgaan tot terugvordering van het betaalde bedrag. Heeft de betaling daarentegen pas na aanvang van de dag waarop het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken plaatsgevonden, dan zal de curator in beginsel *steeds* op grond van het bepaalde in art. 23 Fw tot terugvordering kunnen overgaan.³ Om vast te stellen op welk moment de schuldeiser de betreffende betaling van de schuldenaar heeft ontvangen - vóór dan wel na datum faillissement - is (in beginsel) bepalend het moment waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd, zo volgt uit art. 6:114 lid 2 BW.⁴ Het arrest van de Hoge Raad van 31 maart 1989, NJ 1990, 1, m.nt. JBMV (Vis q.q./NMB) - waarin niet het moment van creditering van de rekening van de schuldeiser, maar het moment waarop de bank van de schuldenaar 'alle handelingen had verricht die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten' doorslaggevend werd geacht - lijkt op dit punt niet meer als geldend recht te worden aanvaard.⁵

2.2 Gevolgen in de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en diens bank

De uitvoering door de bank van een door de schuldenaar in het zicht van of tijdens zijn faillissement gegeven betalingsopdracht, kan onder omstandigheden niet aan de boedel worden tegengeworpen. De bank is in een dergelijk geval, ondanks het uitvoeren van de betreffende betalingsopdracht - welke (uiteindelijk) tot het crediteren van de rekening van de begunstigde (c.q. de schuldeiser van de schul-

denaar) zal leiden - niettemin jegens de boedel gehouden het creditsaldo zoals dat bestond vóór debitering van de rekening van de schuldenaar in verband met de betreffende betalingsopdracht, aan de curator af te staan. De *administratieve* aanpassing van het saldo door de bank heeft met andere woorden geen consequenties gehad voor de *juridische* omvang van de vordering van de schuldenaar op de bank uit hoofde van het creditsaldo.

Heeft de schuldenaar reeds vóór zijn faillissement een betalingsopdracht aan de bank gegeven en wordt deze opdracht ook nog vóór het faillissement van de schuldenaar

Geeft een failliete rekeninghouder desalniettemin een betalingsopdracht aan zijn bank, die deze opdracht uitvoert omdat zij onwetend is van het faillissement, dan kan het verstrekken van de opdracht kwalificeren als een toerekenbare tekortkoming van de rekeninghouder.

door de bank uitgevoerd, dan zal een dergelijke situatie zich echter niet voordoen. De door de schuldenaar gegeven opdracht is dan immers geldig en aan de uitvoering hiervan door de bank kleven evenmin gebreken. De vordering van de schuldenaar uit hoofde van het creditsaldo kan vóór diens faillissement namelijk nog bevrijdend door de bank aan hem worden voldaan.⁶ Dit geldt niet indien de betalingsopdracht pas na aanvang van de dag waarop het faillissement van de schuldenaar is uitgesproken door de bank wordt uitgevoerd. Op dat moment is de schuldenaar immers niet meer bevoegd om vorderingen die hij op zijn debiteuren heeft, te innen.⁷ Een voldoening aan de gefailleerde op of na de dag van zijn faillietverklaring is derhalve in beginsel niet bevrijdend jegens de boedel. Mogelijk kan de bank in een dergelijk geval bescherming ontlenen aan art. 52 lid 1 Fw. Op grond van deze bepaling kan een voldoening aan de gefailleerde, gedaan op of na de dag van diens faillietverklaring, onder omstandigheden toch als bevrijdend jegens de boedel worden aangemerkt. Dit is echter slechts mogelijk, indien (i) de bank aan de gefailleerde heeft voldaan tot nakoming van een verbintenis die vóór datum faillissement is ontstaan en (ii) niet door de curator bewezen wordt dat de bank bekend was (of kon zijn) met de faillietverklaring. Ten aanzien van dit laatste vereiste zal de curator in beginsel steeds in de op hem rustende bewijslast slagen, indien ten tijde van de voldoening ofwel een uittreksel uit het vonnis tot faillietverklaring overeenkomstig art. 14 lid 3 Fw in de *Staatscourant* was geplaatst, dan wel de bank van het faillissement op de hoogte had kunnen zijn

3 Vgl. HR 31 maart 1989, NJ 1990, 1, m.nt. JBMV (Vis q.q./NMB). Terugvordering is bijvoorbeeld niet mogelijk indien de curator reeds met succes de bank van de schuldenaar heeft kunnen aanspreken, welke na datum faillissement tot uitvoering van de betalingsopdracht is overgegaan, vgl. hierover § 2.2. De curator heeft bij een vordering jegens de begunstigde van de betaling dan immers geen belang meer, vgl. art. 3:303 BW. Vgl. R.J. van der Weijden, 'De bewindvoerder en het girale betalingsverkeer', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008 (hierna: Van der Weijden 2008), p. 206. Vgl. ook Rb. Arnhem 31 augustus 2005, «JOR» 2006/82, m.nt. Abendroth.

4 Zie voor mogelijke uitzonderingen op deze hoofdregel Parl. Gesch. Boek 6, p. 463.

5 Zie J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 201-202; W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, p. 208; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Storneering en faillissement', *TvI* 1998/3, p. 55-56; Kortmann en Faber, noot onder Rb. 's-Gravenhage 10 december 1997, «JOR» 1998/48; Abendroth, noot onder Hof Amsterdam 11 september 2003, «JOR» 2004/142 en N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Faber 2005), nr. 295. Anders R.E. van Esch, 'Artikel 23 Faillissementswet en de chartale en girale betaling', *NJB* 1990/11, p. 416-422; F.H.J. Mijnsen, *De rekening-courantverhouding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 102-103 en D. Winkel, 'Huijzer q.q. vs. Rabobank West-Kennemerland: de artikelen 23 en 52 Fw en girale betalingen rond faillissement', *V&O* 2006/9 (hierna: Winkel 2006), p. 173.

6 Zolang de rekening van de cliënt een creditsaldo vertoont en er geen beslag op de vordering(en) uit hoofde van dit creditsaldo is gelegd, is de bank - ongeacht eventuele wetenschap van het aanstaande faillissement - bovendien op grond van haar rechtsverhouding met de schuldenaar in beginsel verplicht om tot uitvoering van deze overboeking over te gaan.

7 Vgl. J.J. van Hees, 'Het fixatiebeginsel in faillissement', in: J.B. Huizink e.a. (red.), *A-T-D: opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 131.

door raadpleging van het Centraal Insolventieregister (vgl. art. 19a Fw).⁸ Voor het antwoord op de vraag of ook aan het – eerstgenoemde – vereiste is voldaan dat de verbintenis die jegens de schuldenaar wordt nagekomen reeds vóór datum faillissement moet zijn ontstaan, is doorslaggevend het moment waarop de *betalingsopdracht* door de schuldenaar aan de bank is gegeven, zo volgt uit het arrest Huijzer q.q./Rabobank.⁹ Slechts indien deze opdracht vóór de dag

Een dergelijke uitkomst is echter slecht verenigbaar met het resultaat dat de Hoge Raad in het arrest Huijzer q.q./Rabobank (kennelijk) voor ogen heeft gehad.

waarop de schuldenaar failliet is verklaard aan de bank is verstrekt, komt de bank in de redenering van de Hoge Raad een verbintenis na die valt onder het bereik van art. 52 lid 1 Fw.¹⁰ Dit arrest heeft derhalve tot gevolg dat de bank een debitering van het creditsaldo van de gefailleerde die het gevolg is van een na datum faillissement gegeven betalingsopdracht in de regel niet aan de boedel kan tegenwerpen, ook al wist de bank op het moment dat zij de betalingsopdracht uitvoerde niet dat het faillissement van de schuldenaar reeds was uitgesproken en behoefde zij dit ook niet te weten.¹¹ Vanwege deze onbillijke gevolgen is dit arrest op de nodige kritiek gestuit in de literatuur.¹²

2.3 De positie van de bank van de schuldenaar ten opzichte van de begunstigde van de betaling

Indien de bank de debitering van het creditsaldo van de schuldenaar niet aan de boedel kan tegenwerpen, rijst de vraag of de bank de negatieve consequenties die dit voor haar heeft, kan wegnemen door zich tot de begunstigde van de betaling te wenden. In de literatuur wordt wel verdedigd dat de bank in een dergelijk geval een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) op de begunstigde heeft.¹³ Van een verrijking van de begunstigde is echter slechts sprake voor zover de vordering van de begunstigde in het faillissement van de schuldenaar niet batig zou zijn gerangschikt. Heeft dit tot gevolg dat de verrijkingsvordering van de bank jegens de begunstigde kleiner is dan het bedrag waarmee de rekening van de begunstigde is gecrediteerd, dan is dat voor de bank geen probleem daar zij de uitvoering van de betalingsopdracht voor het meerdere steeds ingevolge art. 52 lid 3 Fw aan de boedel kan tegenwerpen.¹⁴ Deze mogelijkheid voor de bank om schade, die het gevolg is van het niet aan de boedel kunnen tegenwerpen van de uitvoering van een betalingsopdracht na faillissement van de schuldenaar, met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking te verhalen op de begunstigde van de betaling, laat onverlet dat de bank wel een *insolventierisico* heeft op deze begunstigde. Om de bank tegen dit insolventierisico bescherming te bieden is in de literatuur gesuggereerd om in de Algemene Bankvoorwaarden op te nemen dat de bank bevoegd is om de creditering van de rekening van de begunstigde, die het gevolg is van het uitvoeren van een door een gefailleerde verstrekte betalingsopdracht, éenzijdig ongedaan te maken.¹⁵

3 Aansprakelijkheid rekeninghouder jegens bank voor tijdens faillissement verstrekte betalingsopdrachten

3.1 Inleiding

Zoals uit het voorgaande blijkt, komt de bank in een ongelukkige positie te verkeren indien zij een tijdens faillissement uitgevoerde betalingsopdracht niet aan de boedel kan tegenwerpen. Omdat de uitvoering van deze opdracht niet ten laste van het creditsaldo van de schuldenaar mag worden gebracht, komt deze in beginsel voor rekening van de bank.¹⁶ De vraag rijst of de rekeninghouder aansprakelijk

8 Vgl. A.J. Verdaas 2007, *Sdu Commentaar Insolventierecht*, 66. Fw art. 52, C.2.2. en Van der Weijden 2008, p. 204.

9 HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 503, m.nt. PvS; «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF, r.o. 3.3.

10 Dit betekent overigens niet dat het moment waarop de vordering uit hoofde van het creditsaldo ten laste waarvan de girale betaling wordt verricht is ontstaan, voor toepassing van art. 52 lid 1 Fw niet relevant is. Het gegeven dat – in de visie van de Hoge Raad – als gevolg van de betalingsopdracht een verbintenis ontstaat, welke door het uitvoeren van de betalingsopdracht wordt nagekomen, doet er niet aan af dat door het nakomen van deze verbintenis tevens de verbintenis die de bank aan de schuldenaar heeft uit hoofde van het creditsaldo, wordt nagekomen. Ook op de nakoming van deze laatstgenoemde verbintenis is art. 52 lid 1 Fw van toepassing, zie Van der Weijden 2008, p. 203. Dit is bijvoorbeeld van belang in de situatie waarin de betalingsopdracht reeds vóór de dag waarop de schuldenaar failliet is verklaard, door hem aan diens bank is verstrekt, doch het creditsaldo ten laste waarvan de betaling moet plaatsvinden pas na dit moment is ontstaan.

11 De enig resterende mogelijkheid voor de bank zou dan een beroep op art. 52 lid 3 Fw zijn, op grond waarvan de voldoening in elk geval tegenover de boedel bevrijdt voor zover hetgeen is voldaan ten bate van de boedel is gekomen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake voor zover als gevolg van het uitvoeren van de betalingsopdracht door de bank, betaling heeft plaatsgevonden van een schuld welke zonder twijfel uit het beschikbare of nog te realiseren actief zou hebben plaatsgevonden, vgl. Abendroth in zijn noot onder Rb. Utrecht 21 september 2005, «JOR» 2005/287.

12 Vgl. Faber, noot onder HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223; A.J. van der Lely en R.M. Pasma, 'Een betalingsopdracht na faillissement en de bank te goeder trouw', *Bb* 2006 (hierna: Van der Lely en Pasma 2006), p. 144; Van der Weijden 2008, p. 200 e.v. en Abendroth, noot onder Rb. 's-Gravenhage 19 augustus 2009, «JOR» 2009/274.

13 Vgl. Van der Lely en Pasma 2006, p. 144 en Faber, noot onder HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223 (Huijzer q.q./Rabobank). Met enige twijfel Abendroth, noot onder Rb. Utrecht 21 september 2005, «JOR» 2005/287 en Winkel 2006, p. 174.

14 Vgl. ook noot 11.

15 Vgl. Faber, noot onder HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223 (Huijzer q.q./Rabobank) en Van der Weijden 2008, p. 207-208. Zie hierover hierna § 4.

16 Hoewel de curator zich ook tot de begunstigde van de betaling kan wenden (vgl. § 2.1), zal hij er in de regel immers de voorkeur aan geven (eerst) de bank van de schuldenaar aan te spreken. In de literatuur is de vraag opgeworpen of het de curator wel vrij staat om deze volgorde te hanteren. Zie W.H. van Boom, 'Mr. Huijzer q.q./Rabobank West-Kennemerland (Far Beheer BV)', *AA* 56 (2007), p. 57 en Abendroth, noot onder Rb. 's-Gravenhage 19 augustus 2009, «JOR» 2009/274. Een verhaalsvolgorde volgt in ieder geval niet rechtstreeks uit HR 28 april 2006, *NJ* 2006, 503,

is voor de schade die de bank hierdoor lijdt en, indien deze vraag positief wordt beantwoord, of de bank de mogelijkheid heeft om – ondanks het faillissement van de schuldenaar – voldoening van haar in dit verband bestaande schadevergoedingsvordering te verkrijgen.

3.2 Schadevergoedingsvordering op de rekeninghouder

De vraag of de rekeninghouder aansprakelijk is jegens de bank, is aan de orde gekomen in een recente uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage.¹⁷ In de casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, heeft Ten Hoorn (de rekeninghouder) op de dag waarop hij reeds failliet was verklaard nog betalingsopdrachten verstrekt aan zijn bank. De curator stelde zich op het standpunt dat de uitvoering van deze opdrachten door de bank niet aan de boedel kon worden tegengeworpen. De bank heeft zich hiertegen niet verweerd. Wel vorderde de bank veroordeling van de gefailleerde rekeninghouder tot betaling van het met de betalingsopdracht gemoeide bedrag, vermeerderd met rente en proceskosten. De rechtbank wijst de schadevergoeding toe op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De rekeninghouder had ten gevolge van de faillietverklaring de beschikking en het beheer over zijn vermogen verloren en was derhalve niet langer bevoegd om betalingsopdrachten te verstrekken. Het desondanks verstrekken van betalingsopdrachten is onrechtmatig jegens de bank die de betalingsopdracht dient uit te voeren en die op dat moment onkundig is van het faillissement van de rekeninghouder, aldus de rechtbank.

Opmerkelijk is dat de rechtbank de vordering van de bank toewijst op grond van onrechtmatige daad. Nu tussen de bank en de rekeninghouder een overeenkomst bestaat, ligt het immers voor de hand om de schadevergoedingsvordering van de bank te baseren op een toerekenbare tekortkoming van de rekeninghouder in de nakoming van een uit die overeenkomst voortvloeiende verbintenis (art. 6:74 e.v. BW).¹⁸ De rekeninghouder mag immers slechts binnen de contractuele grenzen over zijn creditsaldo op de betaalrekening beschikken. Vaak bevatten de algemene voorwaarden bij betaalrekeningovereenkomsten een beding op grond waarvan de rekeninghouder in geval van zijn faillissement niet langer mag beschikken over zijn creditsaldo.¹⁹ Geeft

een failliete rekeninghouder desalniettemin een betalingsopdracht aan zijn bank, die deze opdracht uitvoert omdat zij onwetend is van het faillissement, dan kan het verstreken van de opdracht kwalificeren als een toerekenbare tekortkoming van de rekeninghouder.²⁰ Onder de nieuwe Algemene Bankvoorwaarden die per 1 november 2009 in werking zijn getreden, zou de toerekenbare tekortkoming van de rekeninghouder bovendien gelegen kunnen zijn in het niet naleven van de hierin voor hem opgenomen zorgplicht jegens de bank.²¹

3.3 (Gedeeltelijke) voldoening van de schadevergoedingsvordering tijdens faillissement?

Met het toekennen van een schadevergoedingsvordering aan de bank is nog niet gezegd dat de bank deze vordering ook (gedeeltelijk) voldaan zal krijgen. De rekeninghouder verkeert per slot van rekening in staat van faillissement. Een eerste vraag in dit verband is dan ook of de bank voor de vordering kan opkomen in het faillissement van de rekeninghouder. In beginsel kunnen immers slechts vorderingen

De Algemene Bankvoorwaarden van 2009 stellen de mogelijkheid voor de banken tot ongedaanmaking van de creditering van de rekening van de begunstigde in een dergelijk geval buiten elke twijfel.

die zijn ontstaan vóór datum faillissement ter verificatie worden aangemeld.²² Vorderingen die op of na datum faillissement zijn ontstaan zijn in de regel niet-verifieerbaar.²³ De schuldeiser van een dergelijke vordering is daarmee uitgesloten van de verdeling in faillissement. Op het eerste gezicht lijkt de bank dit lot beschoren, aangezien de schadevergoedingsvordering van de bank op de rekeninghouder pas tijdens diens faillissement ontstaat.²⁴ Zowel de schadeveroorzakende handeling als het intreden van de schade vindt tijdens het faillissement van de rekeninghou-

pdf en http://www.rabobank.nl/images/02_av_voor_rekening-courant_en_krediet_van_de_rabobank_2009_29172489.pdf. Bovendien zal het faillissement van de rekeninghouder een weigeringsgrond voor de bank opleveren om een betalingsopdracht uit te voeren. Zie bijvoorbeeld art. 14 onder b Algemene voorwaarden voor rekening-courant en krediet van de Rabobank 2009.

m.nt. PvS; «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF (Huijzer q.q./Rabobank).

17 Rb. 's-Gravenhage 19 augustus 2009, «JOR» 2009/274, m.nt. R.J. Aben-droth.

18 De bank had deze grondslag echter niet aangevoerd. Overigens is samenloop tussen toerekenbare tekortkoming en onrechtmatige daad niet uitgesloten. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan echter bij de schending van een contractuele norm slechts een onrechtmatige daad worden aangenomen indien de gedraging onafhankelijk van de toerekenbare tekortkoming onrechtmatig is. Zie Asser-Hartkamp 4-III (2006), nr. 9, met verdere verwijzingen. Zie recentelijk nog HR 2 maart 2007, *NJ* 2007/240, m.nt. J.M.M. Maeijer (Holding Nutsbedrijf Westland/S.).

19 Zie bijvoorbeeld art. 8 lid 1 Voorwaarden Zakelijke Rekening van de ING Bank van november 2009 of art. 10 onder a Algemene voorwaarden voor rekening-courant en krediet van de Rabobank 2009. Deze voorwaarden zijn te raadplegen op respectievelijk http://www.ing.nl/Images/225346_0909_Vwd_en_overige_regelingen_Zakelijk_tcm7-25456.

20 Dit ligt mogelijk anders indien de betalingsopdracht is verstrekt op de dag waarop het faillissement is uitgesproken, doch vóór de *eigenlijke* faillietverklaring. De omstandigheid dat de schuldenaar als gevolg van de terugwerkende kracht van de faillietverklaring (achteraf gezien) moet worden geacht reeds op dat moment in staat van faillissement te hebben verkeerd, brengt niet vanzelfsprekend met zich dat hetzelfde moet worden geoordeeld over de aansprakelijkheid voor het geven van een dergelijke opdracht als voor het geven van een opdracht na de eigenlijke faillietverklaring.

21 Art. 2 lid 2 Algemene Bankvoorwaarden.

22 Dit volgt uit het systeem van de Faillissementswet, zie de art. 23, 24 en 26 j° 108-131 Fw. Voor een recent overzicht van deze materie zie C. Rijckenberg, 'Fixatie en schuldeisers', in: I. Spinath e.a. (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-151.

23 Voor uitzonderingen zie o.a. art. 37a Fw.

24 Vgl. ook HR 24 april 1959, *NJ* 1959, 580, m.nt. LEHR (NHM/Versteeg).

der plaats. Het zou anders liggen indien de vordering van de bank mag worden aangemerkt als een vordering strekkende tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering. Voor een dergelijke vordering zou de bank als concurrent schuldeiser mogen opkomen (art. 37a Fw). Het is echter onduidelijk of de vordering van de bank uit toerekenbare tekortkoming onder het bereik van art. 37a Fw valt.²⁵

Een tweede vraag is of de bank de schadevergoedingsvordering ondanks het faillissement van de rekeninghouder kan verrekenen met een mogelijk bestaande schuld aan de rekeninghouder of zich voor deze vordering kan verhalen krachtens een haar toekomend pand- of hypotheekrecht dat strekt tot zekerheid van (onder andere) deze vordering. Verrekening van, of verhaal voor vorderingen die eerst tijdens het faillissement van de schuldenaar ontstaan, is immers niet geheel uitgesloten. Vereist is in dit verband wel dat de schadevergoedingsvordering van de bank in voldoende mate voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de rekeninghouder.^{26 27} Op het eerste gezicht lijkt aan dit vereiste te zijn voldaan. De schadevergoedingsvordering van de bank vloeit tenslotte rechtstreeks voort uit de reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding tussen de bank en de rekeninghouder. Een dergelijke uitkomst is echter slecht verenigbaar met het resultaat dat de Hoge Raad in het arrest Huijzer q.q./Rabobank (kennelijk) voor ogen heeft gehad. Het zou immers betekenen dat de bank de uitvoering van een door een failliete rekeninghouder gegeven betalingsopdracht weliswaar niet aan de boedel kan tegenwerpen, maar de schade die zij hierdoor lijdt door verrekening of verhaal krachtens een zekerheidsrecht alsnog ten laste daarvan kan brengen.

Leiden bovenstaande mogelijkheden niet tot integrale voltooiing van de schadevergoedingsvordering, dan resteert voor de bank de mogelijkheid om zich te verhalen op goederen die buiten het faillissement blijven, mits er dergelijke voor verhaal vatbare goederen zijn.²⁸ Ingeval de bank de schadevergoedingsvordering op een natuurlijk persoon heeft, kan zij eerst na afloop van het faillissement nakoming van de schuldenaar vorderen van de schadevergoedingsvordering of zich voor deze vordering gaan verhalen

op diens goederen.²⁹ Indien de bank een schadevergoedingsvordering op een rechtspersoon heeft, kan de bank trachten de bestuurder van de rechtspersoon aan te spreken tot vergoeding van de geleden schade uit hoofde van een onrechtmatige daad.³⁰

4 Ongedaanmaking van (de gevolgen van) de creditering

4.1 Inleiding

Naast de in § 3 besproken mogelijkheid van verhaal op de failliete rekeninghouder, bestaat voor de bank die een door de gefailleerde gegeven betalingsopdracht niet aan de boedel kan tegenwerpen de mogelijkheid om zich te wenden tot de begunstigde van die betaling. Hierbij kan op de eerste plaats worden gedacht aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Voorts is in dit verband van belang de per 1 november 2009 geldende wijziging van de Algemene Bankvoorwaarden, waardoor de ongedaanmaking van een creditering die het gevolg is van de uitvoering van een door een failliete rekeninghouder gegeven betalingsopdracht is vergemakkelijkt.

4.2 Vordering uit ongerechtvaardigde verrijking

Zoals in § 2.3 reeds aan de orde kwam, is in de literatuur verdedigd dat de bank een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) heeft op de begunstigde van de betaling. Los van de vraag of in een concreet geval de vereisten voor het ontstaan van deze vordering zijn vervuld, zijn aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking voor de bank enkele risico's verbonden. Een ongerechtvaardigde verrijking leidt immers tot een schadevergoedingsvordering van de bank op de begunstigde.³¹ De hoogte van deze schadevergoeding hoeft niet gelijk te zijn aan de hoogte van het door de bank aan de begunstigde overgeboekte bedrag. De schadevergoedingsvordering is namelijk onderworpen aan de algemene regels van Afdeling 6.1.10 BW. Dit opent de weg voor vermindering van de vergoedingsplicht op grond van bijvoorbeeld 'eigen schuld' (art. 6:101 BW) of 'matiging' (art. 6:109 BW). Tevens is de schadevergoeding ingevolge art. 6:212 BW in hoogte begrensd door het bedrag van de verrijking en door de billijkheid.³² Bovendien loopt de bank, zoals gezegd, een insolventierisico op de begunstigde. In een eventueel faillissement van de begunstigde is het nog maar de vraag wat de bank op haar vordering krijgt uitgekeerd.

4.3 Ongedaanmaking van de creditering door de bank

Aan de bezwaren verbonden aan het aanspreken van de begunstigde op grond van ongerechtvaardigde verrijking

25 De parlementaire geschiedenis van art. 37a Fw biedt op dit punt geen uitsluitend of aanknopingspunten. Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet. III Wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 99-100.

26 Voor verrekening: art. 53 lid 1 Fw en HR 10 januari 1975, *NJ* 1976, 249, m.nt. BW (Giro/Standaraardfilms). Zie ook Faber 2005, nr. 449 e.v. Een contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid (vgl. art. 25 ABV 2009) kan aan deze ondergrens niet afdoen, aldus Faber 2005, nr. 479.

27 Voor verhaal krachtens pand of hypotheek: art. 57 Fw j° 483e Rv. Zie ook S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Pand, hypotheek en fixatiebeginsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid*, Insolad Jaarboek, Deventer: Kluwer 2001, p. 139-153; Faber 2005, nrs. 429-430 en 453. Vgl. HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578, m.nt. PhANH (Doyer & Kalff), HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 627, m.nt. PvS (NCM/Knottenbelt q.q.) en HR 9 juli 2004, «JOR» 2004/222, m.nt. JJvH (Bannenberq q.q./NMB-Heller).

28 Zie art. 21 Fw.

29 Vgl. art. 195 Fw.

30 Vgl. W.H. van Boom, 'Mr. Huijzer q.q./Rabobank West-Kennemerland (Far Beheer BV)', *AA* (2007), p. 57. Volgens Van Boom is het enkele feit dat de bestuurder beschikkingshandelingen verricht in de wetenschap dat er een faillissement is uitgesproken voldoende grond om aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aan te nemen.

31 Art. 6:212 lid 1 BW.

32 Zie hierover Asser-Hartkamp 4-III (2006), nr. 363.

zou worden tegemoetgekomen indien de bank de creditering van de rekening van de begunstigde eenzijdig ongedaan kan maken. De Algemene Bankvoorwaarden uit 1995 leken reeds de mogelijkheid te bieden voor de bank om een creditering van de rekening van de begunstigde ongedaan te maken. In het bijzonder kan daarbij gewezen worden op de voorwaarde dat iedere creditering geschiedt onder voorbehoud van daadwerkelijke, definitieve en onvoorwaardelijke ontvangst van het bijgeboekte bedrag. Blijft dergelijke dekking uit, dan is de bank bevoegd de creditering ongedaan te maken door de rekening met terugwerkende kracht voor een gelijk bedrag te debiteren.³³ Desondanks bestond twijfel omtrent mogelijkheden voor banken om op grond van deze voorwaarden de creditering van de begunstigde ter zake van een door een failliete rekeninghouder gegeven betalingsopdracht ongedaan te maken, indien de bank van de rekeninghouder geconfronteerd werd met een vordering tot afdracht van datzelfde bedrag door de curator van de rekeninghouder.³⁴

De Algemene Bankvoorwaarden van 2009 stellen de mogelijkheid voor de banken tot ongedaanmaking van de creditering van de rekening van de begunstigde in een dergelijk geval buiten elke twijfel. Art. 19 lid 3 van de Algemene Bankvoorwaarden bepaalt nu uitdrukkelijk dat de bank bevoegd is om de creditering van een rekening van de cliënt ingevolge een door een beschikkingsonbevoegde of handelingsonbekwame persoon gegeven opdracht ongedaan te maken. Hiermee is gehoor gegeven aan de oproep in de literatuur om de bankvoorwaarden in deze zin aan te passen.³⁵ Worden de betaalrekeningen die in het kader van een girale betaling zijn gedebiteerd en gecrediteerd bij dezelfde bank gehouden, dan is deze bank geheel zelfstandig bevoegd om de creditering ongedaan te maken.³⁶ Echter, heeft de girale betaling geleid tot een creditering van een rekening bij een andere bank, dan heeft de bank van de rekeninghouder nog altijd medewerking van de bank van de begunstigde nodig om de creditering terug te draaien. De bankvoorwaarden scheppen immers geen bevoegdheid voor een bank tot rechtstreeks ingrijpen in de betaalrekening tussen een *andere* bank en diens cliënt.

5 Conclusie

Naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage is de vraag behandeld of een gefailleerde schuldenaar die overgaat tot het verstrekken een betalingsopdracht aan diens bank verplicht kan zijn de schade die

de bank hierdoor lijdt te vergoeden. Indien de betalingsopdracht eerst tijdens het faillissement van de rekeninghouder is gegeven, kan de bank de debitering van de betaalrekening ter uitvoering van deze opdracht niet tegenwerpen aan de boedel. Dit sluit een eventuele aansprakelijkheid van de rekeninghouder jegens de bank op grond van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad echter niet uit. De rekeninghouder kan aansprakelijk zijn voor de schade van de bank die is ontstaan door het na faillietverklaring geven van een betalingsopdracht. Op de vraag of deze schadevergoedingsvordering van de bank voor verificatie in aanmerking komt, kan geen eenduidig antwoord worden gegeven. Verrekening van of verhaal voor deze vordering krachtens een zekerheidsrecht tijdens het faillissement van de rekeninghouder, lijkt daarentegen strikt bezien wel mogelijk. Wel is deze uitkomst slecht verenigbaar met hetgeen de Hoge Raad in het arrest Huijzer q.q./Rabobank (kenmerk) voor ogen heeft gehad.

Indien de bank de uitvoering van een door de schuldenaar gegeven betalingsopdracht ingevolge art. 52 Fw niet aan de boedel kan tegenwerpen, kan zij zich tevens tot de begunstigde van de betaling wenden. Een vordering uit een ongerechtvaardigde verrijking biedt voor de bank echter onvoldoende zekerheid dat de nadelige gevolgen van de uitvoering van de betalingsopdracht volledig worden opgeheven. Daarnaast was onzeker of de bank op grond van de oude Algemene Bankvoorwaarden wel bevoegd was de creditering ongedaan te maken. Dit laatstgenoemde probleem lijkt thans te zijn verdwenen. In het per 1 november 2009 geldende art. 19 lid 3 van de Algemene Bankvoorwaarden wordt immers aan de bank onder andere de uitdrukkelijke bevoegdheid toegekend om de creditering van een rekening van een cliënt als gevolg van een door een gefailleerde gegeven betalingsopdracht ongedaan te maken. De creditering van de rekening van de begunstigde in het kader van de uitvoering door de bank van een door een failliete rekeninghouder gegeven betalingsopdracht, kan door de bank van de begunstigde op grond van dit beding zelfstandig ongedaan worden gemaakt. Houdt de begunstigde zijn rekening bij een andere bank, dan heeft de bank van de rekeninghouder echter medewerking nodig van de bank van de begunstigde om de creditering ongedaan te maken.

Over de auteurs

Mr. B.A. Schuijling is onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen en wetenschappelijk medewerker bij Clifford Chance LLP te Amsterdam. Mr. R.J. van der Weijden is onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

33 Art. 23 ABV 2009. Zie ook art. 17 ABV 1995.

34 Met enige twijfel: Van der Lely en Pasma 2006, p. 144.

35 Zie Faber, noot onder HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223 (Huijzer q.q./Rabobank), onder 5.6 en Van der Weijden 2008, p. 207-208.

36 De juridische kwalificatie van de ongedaanmaking op grond van art. 19 ABV 2009 blijft daarbij in het midden. Men zou haar kunnen zien als een enkel boekhoudkundige debitering (vgl. HR 3 december 2004, *NJ* 2005, 200, m.nt. PvS (Mendel q.q./ABN AMRO)) of als een bevoegdheid om eenzijdig de vordering van de rekeninghouder op de bank teniet te doen gaan (spiegelbeeldig aan de schuldigverklaring van de bank door creditering van de rekening).