

**ANNOTATIES**

Onder de zorg van prof.mr. W.H. van Boom, prof.mr. M.J. Borgers, prof.mr. L.J.A. Damen, prof.mr. Ch. Gielen, prof.mr. T. Hartlief, prof.mr. G.J.J. Heerma van Voss, prof.dr. E.M.H. Hirsch Ballin, prof.mr. P.B. Hugenholtz, prof.mr. J.H. Jans, prof.mr. G.G.J. Knoops, prof.mr. C.A.J.M. Kortmann, prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, prof.mr.dr. H.B. Krans, prof.mr. M.J. Kroeze, prof.mr.dr. S.D. Lindenbergh, prof.mr. A.I.M. van Mierlo, prof.mr. A.J.M. Nuytinck, prof.mr. M.V. Polak, prof.mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof.mr. J. Riphagen, prof.mr. Th.A. de Roos, prof.dr.mr. L.A.J. Senden, prof.mr. R. Uylenburg, prof.mr. R.D. Vriesendorp

**Mr. Huijzer q.q./Rabobank West-Kennemerland (Far Beheer BV)***Prof.mr. W.H. van Boom*

AA2007-01

**HR 28 april 2006, LJN: AV0653, NJ 2006, 503 m.nt. PvS (mrs. D.H. Beukenhorst, R. Herrmann, A.M.J. van Buchem-Spapens, W.A.M. van Schendel en W.D.H. Asser; advocaat-generaal J.L.R.A. Huydecoper)**

Betaling van bankrekening gedaan door gefailleerde na faillietverklaring maar voor publicatie in Staatscourant. Fixatiebeginsel versus goede trouw van de bank: moet de bank het overgemaakte bedrag teruggeven aan de curator of wordt goede trouw van bank vóór publicatie van faillietverklaring beschermd?

*Feiten en procesverloop*

Op dinsdag 23 december 2003 spreekt de rechtbank Rotterdam het faillissement uit van de besloten vennootschap Far Beheer BV, een in Rotterdam gevestigd en te Dordrecht kantoorhoudend bedrijf dat kennelijk een onderneming in slaapkamertoebehoren drijft.<sup>1</sup> Mr. Huijzer wordt door de rechtbank tot curator benoemd. De faillietverklaring wordt precies een week later, op 30 december 2003 gepubliceerd in de Staatscourant.

Als mr. Huijzer de boeken van de onderneming bestudeert, komt hij er achter dat in de dagen na faillietverklaring in totaal € 9.044,80 van de bankrekening van Far Beheer bij de Rabobank West-Kennemerland is overgeboekt naar een derde. De overboekingen zijn in opdracht van een zekere Reiber, bestuurder van de BV, uitgevoerd.

Dat dit heeft kunnen gebeuren is overigens niet verwonderlijk. Curatoren worden weliswaar per faillissementsdatum benoemd, maar voordat zij daadwerkelijk het beheer van de boedel hebben verkregen, een beeld hebben van welke bankrekeningen bij welke banken aangehouden worden

door de gefailleerde, en de betreffende banken op de hoogte hebben gesteld van de faillietverklaring, zijn vaak al een paar dagen verstreken. In de tussentijd kan er nog van alles afgeschreven zijn van de betreffende bankrekening.

De curator vordert van de Rabobank terugbetaling van de bedragen die in rekening-courant zijn afgeboekt. De Rabobank weigert, nu zij ten tijde van de uitvoering van de betalingsopdrachten niet wist van de faillietverklaring en deze opdrachten dus te goeder trouw heeft uitgevoerd. De curator gaat in augustus 2004 over tot dagvaarding voor de rechtbank te Alkmaar, waar hij terugbetaling vordert van de bedragen die na faillietverklaring van de bankrekening zijn afgeschreven. De rechtbank wijst in maart 2005 de vordering af,<sup>2</sup> waarna partijen overeenkomen het hoger beroep over te slaan om – bij wijze van proefprocedure – direct de rechtsvraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Het is voor banken en curatoren uiteraard van belang om duidelijkheid over deze rechtsvraag te verkrijgen, omdat de casus niet uniek is en vaker in faillissementen speelt. Partijen hebben de Hoge Raad dus om duidelijkheid gevraagd, en die hebben zij verkregen met het onderhavige arrest van 28 april 2006.<sup>3</sup> De Hoge Raad oordeelt als volgt:

3.2 Het gaat in dit geding om de vraag of de curator betaling (creditering in rekening-courant) van de bank kan vorderen van bedragen die de bank na de faillietverklaring aan een derde heeft voldaan ingevolge door de gefailleerde rekeninghouder na de faillietverklaring gegeven

1 Dit maak ik op uit [www.archiefinsolventies.rechtspraak.nl](http://www.archiefinsolventies.rechtspraak.nl), zoeken onder 'far beheer'.

2 Rb. Alkmaar 2 maart 2005, *JOR* 2005, 110 m.nt. A.J. Verdaas. Zie ook voor eenzelfde vordering van curator Huijzer tegen een andere Rabobank Rb. Utrecht 13 april 2005, *JOR* 2005, 136

m.nt. A.J. Verdaas.

3 Ik merk op dat het overslaan van het civiel appel hier heeft geleid tot een rechtsgang tot aan cassatie van minder dan twee jaar, en dat mag bijzonder snel worden genoemd.

opdrachten tot betaling ten laste van diens creditsaldo in rekening-courant, terwijl de bank noch door publicatie van het faillissement noch op andere wijze op de hoogte was van moest zijn van het faillissement. Deze vraag is door de rechtbank in haar in cassatie bestreden vonnis ontkennend beantwoord. De rechtbank oordeelde met verwijzing naar enkele in het vonnis vermelde uitspraken dat voor het antwoord op de vraag of aanspraak bestaat op betaling aan de curator bepalend is het moment waarop de bank wist of behoorde te weten dat sprake was van een (dreigend) faillissement (vgl. art. 52 F) en dat, nu vaststaat dat de Rabobank niet voor 30 december 2003 op de hoogte was van het faillissement van Far Beheer B.V., de curator van de Rabobank geen terugbetaling van het overgeboekte bedrag kan vorderen.

3.3 Voorzover de rechtbank ervan is uitgegaan dat art. 52 F. rechtstreeks toepasselijk is, geldt het volgende. Het gaat in gevallen als het onderhavige om de aanvaarding en uitvoering door de bank van een na de faillietverklaring door de gefailleerde gegeven betalingsopdracht, tot het geven waarvan de gefailleerde ingevolge art. 23 F. niet bevoegd was. Nu de boedel door de uit die opdracht voortvloeiende betaling niet is gebaat, kan in beginsel deze betaling, ongeacht of de bank door publicatie van het faillissementsvonnis of op andere wijze bekend was of kon zijn met de faillietverklaring, niet aan de boedel worden tegengeworpen, en kan de curator hetgeen ingevolge de betalingsopdracht door de bank is betaald terugvorderen (vgl. HR 11 januari 1980, nr. 11512, NJ 1980, 563). Op het beginsel dat de rechtstoestand bij aanvang van de dag van de faillietverklaring ook ten opzichte van onwetende derden wordt gefixeerd, vormt het bepaalde in art. 52 F. een uitzondering voorzover het gaat om een betaling aan de gefailleerde vóór de publicatie van het faillissement door een derde die met het inmiddels uitgesproken faillissement niet bekend was. Vereist is dat de betaling geschiedt ter nakoming van een verbintenis die vóór het faillissement is ontstaan. Van dit laatste is hier evenwel geen sprake. Weliswaar bestond tussen de gefailleerde en de bank een rekening-courantverhouding, en was de bank in de tussen haar en de rekeninghouder bestaande rechtsverhouding klaarblijkelijk verplicht tot het aanwenden van het door de rekeninghouder aangehouden creditsaldo overeenkomstig diens instructies, bijvoorbeeld door het uitvoeren van door de rekeninghouder gegeven betalingsopdrachten. De verbintenis tot het doen van een betaling ontstond echter telkens eerst op het moment dat de rekeninghouder een door de bank aanvaarde concrete betalingsopdracht verstrekte, en eerst vanaf dat moment was de bank verplicht overeenkomstig de instructie van de rekeninghouder ten laste van het saldo van de rekening-courant een betalingsopdracht uit te voeren en gerechtigd het bestaande creditsaldo met een corresponderend bedrag te verminderen. Nu de betalingsopdrachten, naar in de aan dit geding ten grondslag gelegde feiten besloten ligt, telkens werden gegeven op of na de dag van de faillietverklaring, is art. 52 F. hier niet rechtstreeks van toepassing.

3.4 Voorzover de rechtbank op grond van een extensieve uitleg van art. 52 F. heeft geoordeeld dat bepalend is het moment waarop de bank wist of behoorde te weten dat sprake was van een (dreigend) faillissement, geldt het volgende. De omstandigheid dat het bepaalde in art. 52 F. is opgenomen ter bescherming van derden te goeder trouw brengt, zoals nader is uiteengezet in de conclusie van de advocaat-generaal onder 8 tot en met 12, niet mee dat in het faillissementsrecht de bescherming van derden te goeder trouw als een algemeen uitgangspunt is gekozen, dat aanleiding zou kunnen geven tot een extensieve uitleg van art. 52 F. in afwijking van het hiervoor bedoelde fixatiebeginsel, waarmee nu juist niet is gekozen voor een stelsel van bescherming van derden tegen onbekendheid met het uitgesproken maar nog niet gepubliceerde faillissement.

De Hoge Raad vernietigt vervolgens het vonnis van de rechtbank Alkmaar en doet de zaak verder zelf af door de curator het gevorderde bedrag toe te kennen.

## NOOT<sup>4</sup>

### *Bescherming van goede trouw in faillissement*

Sinds de invoering van de Faillissementswet in 1896 is er lange tijd weinig veranderd aan de faillietverklaring en haar bekendmaking. Het faillissement wordt op een bepaalde dag uitgesproken (hier: een dinsdag) en door die uitspraak verliest de gefailleerde 'van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen', aldus artikel 23 Fw. De uitspraak, die dus per definitie terugwerkende kracht heeft, *fixeert* het vermogen door het verlies van beschikking en beheer; daarom wordt wel van het fixatiebeginsel gesproken.<sup>5</sup>

Vervolgens wordt het vonnis van de rechtbank in 'het' faillissementsregister ingeschreven. In werkelijkheid was dit tot voor kort geen algemeen landelijk register, maar betrof het in het beste geval een kaartenbak op de griffie van de betreffende rechtbank en waren er dus evenveel registers als rechtbanken (zie art. 19 Fw). Raadpleging daarvan was uiteraard weinig praktisch.<sup>6</sup> Sinds kort echter worden deze decentraal en digitaal bijgehouden gegevens naar de Raad voor de Rechtspraak geüpload en ingevoerd in het centraal insolventieregister ([www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl)).<sup>7</sup> Het kennismaken van faillietverklaringen is daarmee eenvoudiger en dus is ook de kenbaarheid voor

4 Dank aan mijn studenten Capita Burgerlijk Recht najaar 2006 voor het meedenken.

5 Vgl. ook art. 35 lid 1 Fw: onvoltooid leveringen kunnen niet worden voltooid en eerdere leveringen van toekomstige goederen kunnen niet tot overdracht uit de boedel leiden.

6 Daarover bijv. V.A.E.M. Meyers, *WPNR* 6331 (1998), p. 660 e.v.

7 Zie art. 19a Fw en KB van 24 november 2005, *Stb.* 2005, 599, in werking per 1-12-2005.

derden vergroot. Ten tijde van de faillietverklaring van Far Beheer BV bestond dit centrale openbare register nog niet.

Belangrijker dan het online-register is dat de curator in een faillissement nog steeds verplicht is om het vonnis 'onverwijld' in de Staatscourant te plaatsen (art. 14 lid 3 Fw).<sup>8</sup> Dat is dus met de invoering van het centrale insolventieregister niet veranderd!<sup>9</sup> In de praktijk gaat er al snel een week voorbij voordat die papieren publicatie plaatsvindt. Ook in het faillissement van Far Beheer BV was dit het geval. Toch is de plaatsing in de Staatscourant van grote juridische betekenis, omdat vanaf dat moment derden geacht worden bekend te zijn met het faillissement. Hun onwetendheid van de faillietverklaring, goede trouw dus, is vanaf dat moment niet langer relevant. Dat is bijvoorbeeld van belang voor de werking van artikel 3:86 BW. Die bepaling biedt zoals bekend bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid en is dus relevant aangezien faillissement beschikkingsonbevoegdheid teweegbrengt (art. 23 Fw). In artikel 35 lid 3 Fw bepaalde de wetgever het volgende:

Voor de toepassing van de artikelen 86 en 238 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt degene die van de schuldenaar heeft verkregen, geacht na de bekendmaking van de faillietverklaring, bedoeld in artikel 14, derde lid, diens onbevoegdheid te hebben gekend.

Het artikel ziet op de levering door de beschikkingsonbevoegde gefailleerde. De gefailleerde kan namelijk proberen een roerende zaak of een toonder- dan wel orderstuk uit zijn vermogen te doen overgaan op een derde. Als deze derde te goeder trouw is, zou binnen de grenzen van artikel 3:86 BW – of die van artikel 3:238 BW waar het openbare verpanding van een dergelijk goed betreft – tóch overdracht kunnen plaatsvinden.<sup>10</sup> Als de wetgever daar geen stokje voor zou hebben gestoken, dan zou dat uiteraard een 'lek' in de exclusieve beheersbevoegdheid van de curator kunnen opleveren, vandaar dat artikel 35 lid 3 Fw bepaalt dat derden na plaatsing van het vonnis in de Staatscourant *geacht* worden met de faillietverklaring bekend te zijn. Dit is een onweerlegbaar vermoeden, zodat vanaf dat moment elke levering krachteloos

is en de curator de zaak van de derde kan terugvorderen.<sup>11</sup>

*Bescherming tegen onwetendheid in artikel 52 Fw*  
Waar het om roerende zaken gaat is het moment van publicatie in de Staatscourant dus een belangrijk omslagpunt voor de bescherming van goede trouw van een verkrijger: daarvoor wél, erna geen bescherming. Dat patroon zien we ook terug in artikel 52 Fw. Daar is bepaald dat nakoming van verbintenissen door een debiteur aan de gefailleerde crediteur in die periode bevrijdt 'tegenover den boedel, zoolang zijne bekendheid met de faillietverklaring niet bewezen wordt.' Hoewel de gefailleerde crediteur vanaf de datum van faillietverklaring niet bevoegd is tot het in ontvangst nemen van de betaling – het begrip 'betaling' kan geld betreffen maar natuurlijk ook andere prestaties – komt artikel 52 de onwetende debiteur tegemoet totdat het vonnis de Staatscourant bereikt: vanaf dat moment wordt ook de onwetende debiteur niet langer beschermd. Een onwetende debiteur die na publicatie in de Staatscourant te goeder trouw aan de gefailleerde betaalt kan door de curator gedwongen worden nogmaals te betalen, maar nu aan hém. Mocht de betaling ten goede gekomen zijn aan de boedel – bijvoorbeeld bij betaling van een geldsom aan een bankrekening van de gefailleerde die in de macht is gekomen van de curator – dan kan de curator uiteraard niet nogmaals betaling vorderen.<sup>12</sup>

De Rabobank had hier verdedigd dat de uitvoering van de betalingsopdrachten een 'betaling' in de zin van artikel 52 Fw door haar aan de gefailleerde oplevert. Die redenering behoeft enige toelichting. Bij betaling aan de gefailleerde denken we natuurlijk in de eerste plaats aan het geval dat de gefailleerde een betaling ontvangt, maar ook het uitvoeren van een betalingsopdracht gegeven door de gefailleerde aan de bank kan betaling *aan* de gefailleerde zijn. Immers, door het debiteren van de bankrekening van de cliënt voldoet de bank aan een verplichting die zij jegens de cliënt heeft op grond van de rekening-courant overeenkomst. Zo beschouwd is girale betaling door een rekeninghouder niet alleen nakoming van zijn verbintenis tegenover de ontvanger van de betaling, maar ook

8 In de praktijk verzorgt de plaatselijke griffie de publicatie; zie N.J. Polak en M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 40. Vgl. ook art. 27 lid 2 Handelsregisterbesluit 1996, *Stb.* 1997, 417, dat bepaalt dat de griffie ook de inschrijving in het handelsregister verzorgt.

9 Zie ook uitdrukkelijk in die zin *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 9.

10 Vgl. A.M.J. van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surséance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2004, p. 33 (deze auteurs gaan er overigens vanuit dat de verkrijger zijn goede trouw moet bewijzen, hetgeen mij gezien art. 3:118 lid 3 BW te stellig lijkt).

11 Helemaal gedicht is het gat overigens niet: als de derde op zijn beurt anders dan om niet overdraagt aan een vierde te goeder trouw, kan de beschikkingsonbevoegdheid van de derde weer wél worden geheeld op grond van art. 3:86 BW.

12 Vgl. art. 6:32 BW. Een vergelijkbare gedachte zien we bij de regeling van de betaling aan handelingsonbekwame creditoren. Art. 6:31 BW bepaalt dat deze betaling de debiteur bevrijdt voor zover het betaalde de onbekwame tor werkelijk voordeel heeft gestrekt of in de macht is gekomen van de wettelijk vertegenwoordiger; art. 6:209 BW bepaalt hetzelfde voor onverschuldigde betalingen gedaan aan de onbekwame.

nakoming door de bank van diens verbintenis aan de rekeninghouder.

Cruciaal in de redenering dat artikel 52 Fw hier bescherming zou kunnen bieden aan de bank was natuurlijk dat de ‘betaling’ het nakomen betrof van een schuld van de bank aan de rekeninghouder die al was ontstaan vóór faillietverklaring (pre-faillissementsverbintenis). Artikel 52 Fw is namelijk – dat blijkt zowel uit de bewoordingen van het artikel als uit eerdere rechtspraak<sup>13</sup> – niet van toepassing op verbintenissen ontstaan ná faillietverklaring (post-faillissementsverbintenissen). De Hoge Raad wijst de bescherming van de hand en oordeelt kort gezegd dat het uitvoeren van de betalingsopdracht gegeven na faillietverklaring niet het nakomen van een pre-faillissementverbintenis is. Weliswaar was de bank uit de rekening-courantovereenkomst verplicht om de overschrijvingsinstructie na te leven (uiteraard voor zover er voldoende saldo of kredietruimte is, wat hier kennelijk het geval was), maar – zo begrijp ik het arrest – de verbintenis van de bank om die instructie uit te voeren ontstaat pas met het geven van de instructie.<sup>14</sup> Anders dan in de literatuur wel werd verdedigd wijst de Hoge Raad de redenering dat met het aangaan van de rekening-courantverhouding al een *voorwaardelijke* verbintenis van de bank tot het uitvoeren van de betalingsinstructie zou zijn ontstaan, af.<sup>15</sup>

De betalingsopdracht aan een bank moet dus, zo lijkt mij, naar geldend recht worden gekwalificeerd als eenzijdige gerichte rechtshandeling die de bank eenzijdig tot uitvoering verplichten kan, mits aan de andere voorwaarden – zoals voldoende saldo – is voldaan.

#### *Geen algemeen beginsel van bescherming van goede trouw*

Een analoge of extensieve toepassing van artikel 52 Fw op de post-faillissementschuld van de bank wordt door de Hoge Raad verworpen. De redenering van de Hoge Raad komt er kort gezegd op neer dat uit het bestaan van de uitzonderlijke bescherming die artikel 52 Fw biedt, moet worden afgeleid dat de wetgever juist niet heeft gekozen voor een algemeen stelsel van bescherming van derden tegen onbekendheid met het uitgesproken

maar nog niet gepubliceerde faillissement. Het uitgangspunt in faillissement is dus dat onwetendheid helemaal niet beschermd wordt.

Dat is in zoverre juist dat er geen algemene bepaling in de Faillissementswet is te vinden die in de periode tot publicatie onwetenden in bescherming neemt, maar een zekere nuancering lijkt wel op haar plaats. Zoals we eerder zagen geeft artikel 35 lid 3 Fw aan verkrijgers van roerende zaken en order- en toonderstukken die bescherming namelijk wel. Maar ik moet toegeven dat daar tegenover staat dat bijvoorbeeld verkrijgers van registergoederen geen bescherming wordt geboden nu zij op grond van artikel 3:24 Fw geacht worden bekend te zijn met de inhoud van ‘het’ faillissementsregister en dus niet te goeder trouw kunnen zijn.<sup>16</sup> Praktisch gesproken is de behoefte aan bescherming tegen onwetendheid bij de levering van registergoederen intussen ook minder groot, omdat er ten kantore van de bedienende notaris online-recherche plaatsvindt met gebruikmaking van de kadastrale databank, het handelsregister en het centraal insolventieregister.

Voor registergoederen bestaat dus een redelijk functionerend systeem dat gebrekkige overdrachten in dit opzicht goeddeels voorkomen kan. Voor roerende zaken bestaat dat niet, evenmin als voor girale overschrijvingen. Het is dus wel juist dat er naar geldend recht geen algemeen beginsel van bescherming van goede trouw bestaat, maar daar staat tegenover dat de behoefte aan bescherming bij sommige goederen onmiskenbaar groter is dan bij andere. Bovendien was de ratio van artikel 52 destijds het beschermen van de goede trouw bij normale handelingen, getuige de volgende overweging van de wetgever:

Voor de handelingen van art. 52, die in den gewonen loop van zaken dagelijks voorkomen, namelijk het voldoen aan een opeisbare vordering, is, op gronden van billijkheid, eene uitzondering op het strenge recht toegelaten.<sup>17</sup>

Verdergaande bescherming werd evenwel niet wenselijk geacht gelet op de belangen van de gezamenlijkheid van faillissementscrediteuren.<sup>18</sup> Daar is natuurlijk, bezien vanuit de positie van de gezamenlijkheid van crediteuren, het nodige voor te

13 HR 11 januari 1980, *NJ* 1980, 563 (ABC/Emmerig q.q.).

14 Hieruit volgt ook dat de bank geen verrekeningsbevoegdheid op grond van art. 53 Fw toekomt. Vgl. W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, p. 257-258.

15 Zie voor verwijzingen en de argumenten voor dit standpunt de annotatie van N.E.D. Faber bij het onderhavige arrest in *JOR* 2006, 223. Ik denk dat dit in de ogen van de Hoge Raad niet anders zou zijn als men de algemene bankvoorwaarden in dit verband als de bron van een voorwaardelijke verbintenis zou willen zien.

16 N.J. Polak en M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Klu-

wer 2005, p. 66. Vgl. J.J. van Hees, in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 129 e.v. Ik merk op dat tussen het uitspreken van het faillissement en de publicatie in het centraal insolventieregister in de praktijk tenminste één werkdag gelegen is.

17 G.W. van der Feltz Jr, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, Haarlem: Bohn 1896, deel I, p. 464-465, aangehaald door G.T. de Jong, *Registers, risico en goede trouw* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint BV 1988, p. 72-73.

18 Vgl. De Jong, a.w., p. 75.

zeggen; het doet wel de vraag rijzen welke rechtvaardiging er bestaat voor de uitzonderingen neergelegd in artikel 35 lid 3 en artikel 52 Fw.

#### *De praktische gevolgen voor banken*

In veel gevallen zal een bank op de hoogte zijn van het faillissement of het dreigen daarvan. Als de bank namelijk niet alleen een rekening-courantverhouding heeft met de latere gefailleerde, maar ook diens huisbankier is en uit dien hoofde de financiële teloorgang van dichtbij meeleeft, kan van onwetendheid niet snel sprake zijn. Anders is dat wanneer de rekening waarvan rondom faillietverklaring betalingen worden gedaan, gehouden wordt bij een andere bank dan de huisbank. Die andere, onwetende bank verkeert in een weinig benijdenswaardige positie. Als de latere gefailleerde bijvoorbeeld het krediet van de huisbank daags voor faillietverklaring ten volle aanwendt voor overboekingen naar de rekening bij de onwetende bank, om vanaf die rekening na faillietverklaring naar derden over te boeken, dan kan de schade voor de onwetende bank (dat wil zeggen de plicht om het rekening-courantsaldo volledig aan de curator af te staan) flink in de papieren lopen. Dat geldt zeker nu sinds een jaar of tien het elektronisch overboeken het verplaatsen van geld van de ene naar de andere bankrekening sterk vereenvoudigd en versneld heeft en het realtime overboeken sinds enige tijd het direct finaliseren van de opdracht mogelijk maakt.<sup>19</sup>

In het gegeven (toegegeven: niet vaak voorkomende) voorbeeld is de onwetende bank wat dit betreft een gemakkelijke prooi. Zijn onwetendheid van de faillietverklaring is volgens de Hoge Raad niet relevant. De vraag is dan ook of onder omstandigheden van de curator niet kan worden geëist dat hij eerst anderen tot terugbetaling aanspreekt. De onwetende bank was immers onschuldig tussenpersoon, terwijl er ook anderen zijn die minder onschuldig zijn. Gedacht kan allereerst worden aan de gefailleerde zelf, of zoals hier de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon. Het verrichten van beschikkingshandelingen na faillietverklaring door de gefailleerde of haar bestuurders is strafbaar gesteld (art. 341/343 Sr; bedrieglijke bankbreuk).<sup>20</sup> Bovendien zal niet zelden sprake zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad van de bestuurder tegenover de gezamenlijkheid van de crediteuren, zeker wanneer er selectieve beta-

lingen hebben plaatsgevonden.<sup>21</sup> Overigens is het enkele feit dat de bestuurder beschikkingshandelingen verricht in de wetenschap dat er een faillissement is uitgesproken, mijns inziens voldoende grond om van een dergelijke aansprakelijkheid uit te gaan. In de tweede plaats is er de ontvanger (of ontvangers) van de betalingen, voor wie mogelijk dezelfde terugbetalingsplicht geldt als voor de onwetende bank. Ook de onwetende ontvanger moet in beginsel namelijk terugbetalen.<sup>22</sup> Bovendien kan er sprake van zijn dat de ontvanger juist niet te goeder trouw was zijn ten aanzien van het faillissement, bijvoorbeeld omdat hij wist van het faillissement of de aanvraag daarvan.<sup>23</sup>

De curator kan de betaling dus van tenminste twee personen terugvorderen. De vrijheid van de curator om elk van de twee debiteuren voor het geheel aan te spreken is uiteraard in overeenstemming met de beginselen die aan hoofdelijkheid ten grondslag liggen (zie art. 6:6 e.v. BW), maar de rechter kan onder omstandigheden bepalen dat uit de verhouding van de debiteuren ten opzichte van de curator een zekere verhaalsvolgorde voortvloeit.<sup>24</sup> Of de Hoge Raad die volgorde inderdaad aangewezen acht in gevallen als deze, is niet bekend. De vraag werd in het cassatiemiddel niet voorgelegd aan de Hoge Raad.

Technisch gesproken kan onwetendheid van banken in gevallen als deze ondervangen worden als er een automatische koppeling zou zijn tussen het moment van invoeren van het rechtbankvonnis in het decentrale register en het centrale insolventieregister enerzijds en de computernetwerken van banken anderzijds. Ongetwijfeld zijn er juridische bezwaren tegen een dergelijke doorkoppeling te formuleren, maar het is de enige manier waarop de bank zich tegen onwetendheid zou kunnen indekken bij dergelijke volledig geautomatiseerde processen als het bancaire betalingsverkeer. Zolang die koppeling er niet is, zullen de kosten van onwetendheid gewoon over de belanghebbenden bij de bank – zoals aandeelhouders, maar ik denk toch vooral de rekeninghouders – worden omgeslagen. In theorie zal de onwetende bank waarschijnlijk wel op een of andere manier een regresrecht toekomen op ofwel de betalende bestuurder ofwel de ontvanger van de betaling, maar of de kosten van het vervolgen van dit recht altijd opwegen tegen de te verwachten baten is twijfelachtig.✶

19 Vgl. daarover R.E. van Esch, *Juridische aspecten van elektronische handel*, Deventer: Kluwer 2006, p. 174-177.

20 Zie het overzicht bij M.H.G. Scharenborg, *Fraude en faillissement*, Den Haag: BJu 2005, p. 88 e.v.

21 Vgl. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt).

22 Dit kan anders zijn als de betaling reeds voor faillietverklaring geëffectueerd is en niet paulianeus is in de zin van art. 47 Fw.

23 In geval van betaling op een moment waarop de crediteur we-

tenschap had van de aanvraag van faillissement kan de curator van betreffende crediteur de betaling op de pre-faillissementsverbinde-ten terugvorderen; zie art. 47 Fw.

24 Het uitkiezen van de niet-draagplichtige debiteur zou onder omstandigheden misbruik van recht kunnen opleveren of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.