

JOR 2017/142 Kantonrechter Rechtbank Limburg zp Roermond, 15-02-2017, 5090560/CV 16-5344, ECLI:NL:RBLIM:2017:1517 Girale betaling, Creditering rekening begunstigde op dag van verlening surseance aan opdrachtgever van betaling, Toepassing van HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. NEDF (JPR Advocaten/Gunning q.q.) op surseance van betaling, Bewindvoerder kan bedrag terugvorderen van begunstigde, Verwijzing naar HR 31 maart 1989, NJ 1990/1 (Vis q.q./NMB) en Rb. 's-Gravenhage 10 december 1997, «JOR» 1998/48 en 49, m.nt. SCJJK en NEDF

Wetsbepaling(en):

FW artikel 23, FW artikel 228, BW BOEK 6 artikel 114

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:RBLIM:2017:1517, JIN 2017/52, INS-Updates.nl 2017-0078 , NJF 2017/144, RI 2017/53

JOR 2017/142, Rechtbank Limburg, 15-02-2017, 04 5090560/CV 16-5344, (annotatie)

Inhoudsindicatie

Girale betaling, Creditering rekening begunstigde op dag van verlening surseance aan opdrachtgever van betaling, Toepassing van HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. NEDF (JPR Advocaten/Gunning q.q.) op surseance van betaling, Bewindvoerder kan bedrag terugvorderen van begunstigde, Verwijzing naar HR 31 maart 1989, NJ 1990/1 (Vis q.q./NMB) en Rb. 's-Gravenhage 10 december 1997, «JOR» 1998/48 en 49, m.nt. SCJJK en NEDF

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Kantonrechter Rechtbank Limburg zp Roermond
Datum uitspraak	15-02-2017
Publicatie	JOR 2017/142 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2017
Annotator	• mr. G.G. Boeve
ECLI	ECLI:NL:RBLIM:2017:1517
Zaaknummer	04 5090560/CV 16-5344
Overige publicaties	• ECLI:NL:RBLIM:2017:1517 • JIN 2017/52 met annotatie van E.S. Ebels • INS-Updates.nl 2017-0078

- NJF 2017/144
- RI 2017/53
- NTHR 2017, afl. 4, p. 215

Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechtters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Krens
Partijen	<p>Mr. J.H. van Seters te Roermond, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van en (voormalig) bewindvoerder in de surseance van betaling van He-Ja BV, eisende partij,</p> <p>gemachtigde: mr. L.G.H. Willems, tegen</p> <p>X Advocaten BV, gedaagde partij,</p> <p>gemachtigde: mr. M.A. Vles.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • Fw - 23 • Fw - 228 lid 1 • BW Boek 6 - 114 lid 2

Samenvatting

Voorop wordt gesteld dat in faillissementen die na HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. NEDF (JPR Advocaten/Gunning q.q.) worden uitgesproken, de curator 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. In dit arrest komt de Hoge Raad uitdrukkelijk terug op eerdere jurisprudentie zoals HR 31 maart 1989, NJ 1990/1 (Vis q.q./NMB) met betrekking tot de uitvoering van betaalopdrachten op of na de datum van faillietverklaring van de rekeninghouder. Sinds het arrest Vis q.q./NMB gold de regel dat de curator van de rekeninghouder het overgemaakte bedrag kon terugvorderen van de ontvanger, indien de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring niet alle handelingen had verricht die nodig waren ter effectuering van de betaling. In JPR Advocaten/Gunning q.q. kiest de Hoge Raad een andere koers. De Hoge Raad vindt het – bij nader inzien – beter stroken met de in art. 23 Fw neergelegde regel dat de schuldenaar met ingang van de dag van de faillietverklaring het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest om aan te nemen dat de curator steeds het bedrag kan terugvorderen waarmee na dit moment de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De Hoge Raad verwijst hier ook naar art. 6:114 lid 2 BW, dat het moment van creditering aanwijst als het moment van betaling door een schuldenaar.

De vraag dient beantwoord te worden of de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. ook van toepassing is op de surseance van betaling. Anders dan de onderhavige zaak ziet de zaak JPR Advocaten/Gunning q.q. immers op de situatie van faillissement. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Daartoe wordt overwogen – onder verwijzing naar Rb. 's-Gravenhage 10 december 1997, «JOR» 1998/48 en 49, m.nt. SCJJK en NEDF – dat het beginsel van art. 23 Fw voor wat betreft surseances is neergelegd in art. 228 lid 1 Fw. Zonder toestemming van de bewindvoerder kan de sursiet immers niet over diens vermogen beschikken en kunnen geen (beschikkings)handelingen ten aanzien van het vermogen worden verricht. In dit geval is niet gebleken dat de voormalig bewindvoerder (thans zijnde de curator) deze toestemming heeft gegeven. Het in dit kader gevoerde verweer van gedaagde dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd (gelet op de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de omstandigheid dat de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt), kan gedaagde niet baten. Dat de bewindvoerder toentertijd geen bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling wil niet zonder meer zeggen dat er sprake is van instemming. Dit geldt eveneens voor de aard van de door gedaagde uitgevoerde werkzaamheden die betrekking hadden op het indienen van een verzoekschrift tot surseance. Ook het verweer, dat curanda geen instemming behoefde op het moment dat curanda opdracht gaf aan de bank,

kan gedaagde niet baten. Immers gelet op het bepaalde in voormeld art. 6:114 lid 2 BW geldt het moment van creditering als het moment van betaling door een schuldenaar. Op het moment van creditering was de surseance van betaling reeds verleend.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. Bij beschikking van 1 april 2015 van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid He-ja BV (hierna: curanda) in staat van faillissement verklaard. Eiser is bij voormeld vonnis aangesteld als curator. Voorafgaand aan de faillietverklaring is bij beschikking van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, van 27 maart 2015 aan curanda surseance van betaling verleend.

2.2. Curanda is voorafgaand aan de surseance en de faillietverklaring bijgestaan door [X] Advocaten en meer in het bijzonder door mr. M.A. Vles.

2.3. De rekening van curanda is op 26 maart 2015 (vóór surseance) gedebiteerd voor een betaling aan [X] Advocaten van € 2783,=. Op 27 maart 2015 (na surseance en vóór de faillietverklaring) is de rekening van [X] Advocaten gecrediteerd voor voormeld bedrag.

2.4. De curator heeft bij e-mail van 18 maart 2016 [X] Advocaten verzocht en aangemaand voormeld bedrag terug te betalen. [X] Advocaten heeft dit geweigerd.

De curator heeft [X] Advocaten daarom in rechte betrokken.

3. Het geschil

3.1. De curator vordert (na eisvermeerdering) – samengevat – veroordeling van [X] Advocaten tot betaling van € 2783,=, vermeerderd met rente, buitengerechtelijke incassokosten van € 960,= dan wel € 403,30 en proceskosten.

3.2. [X] Advocaten voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De kantonrechter stelt voorop dat in faillissementen die na de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015 ECLI:NL:HR:2015:689 («JOR» 2015/251, m.nt. NEDF; *red.*) (hierna verder te noemen: JPR Advocaten/Gunning q.q.) worden uitgesproken de curator 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. In dit arrest komt de Hoge Raad uitdrukkelijk terug op eerdere jurisprudentie zoals Vis q.q./NMB (HR 31 maart 1989, NJ 1990/1) met betrekking tot de uitvoering van betaalopdrachten op of na de datum van faillietverklaring van de rekeninghouder. Sinds het arrest Vis q.q./NMB gold de regel dat de curator van de rekeninghouder het overgemaakte bedrag kon terugvorderen van de ontvanger indien de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring niet alle handelingen had verricht die nodig waren ter effectuering van de betaling. In JPR Advocaten/Gunning q.q. kiest de Hoge Raad een andere koers. De Hoge Raad vindt het – bij nader inzien – beter stroken met de in artikel 23 Fw neergelegde regel dat de schuldenaar met ingang van de dag van de faillietverklaring het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest om aan te nemen dat de curator steeds het bedrag kan terugvorderen waarmee na dit moment de rekening van de

schuldeiser is gecrediteerd. De Hoge Raad verwijst hier ook naar artikel 6:114 lid 2 BW, dat het moment van creditering aanwijst als het moment van betaling door een schuldenaar.

4.2. Het verweer van [X] Advocaten dat de Hoge Raad met de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. de spreekwoordelijke plank mislaat, zal de kantonrechter passeren. Deze uitspraak zoals hiervoor weergegeven is immers nog steeds leidend met betrekking tot de problematiek rondom betaalopdrachten op of na datum faillietverklaring. Dat [X] Advocaten daar anders over denkt en een eigen theorie daarover heeft, moge zo zijn, maar kan niet leiden tot een ander oordeel. Dit verweer dient dan ook verworpen te worden.

4.3. [X] Advocaten heeft daarnaast als verweer aangevoerd dat binnen INSOLAD de ongeschreven regel bestond/bestaat dat het ongepast is om als curator de betaling voor werkzaamheden leidende tot faillissement dan wel surseance van zijn failliet bij de advocaat van de gefailleerde terug te vorderen. De curator heeft dit verweer gemotiveerd bestreden. In het licht daarvan ligt het op de weg van [X] Advocaten om haar verweer te (nader) onderbouwen, hetgeen zij heeft nagelaten. [X] Advocaten heeft bij dupliek niet meer gereageerd op het standpunt van de curator daarover. Dit verweer dient dan ook als niet, althans onvoldoende, onderbouwd afgewezen te worden.

4.4. Ten slotte dient de vraag beantwoord te worden of de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. ook van toepassing is op de surseance van betaling.

Anders dan de onderhavige zaak ziet de zaak JPR Advocaten/Gunning q.q. immers op de situatie van faillissement.

4.5. De curator beantwoordt deze vraag bevestigend en verwijst naar een tweetal uitspraken van de rechtbank Den Haag van 10 december 1997, «JOR» 1998, 48 en 49 met noot van Kortmann, die betoogt dat de regel uit Vis q.q./NMB (met een latere uitwerking en nadere nuancering in JPR Advocaten/Gunning q.q.) mutatis mutandis geldt voor surseance van betaling.

4.6. [X] Advocaten beantwoordt deze vraag ontkennend. Zij voert daartoe aan dat in tegenstelling tot faillissement bij surseance in principe wel betalingen worden verricht mits met instemming van de bewindvoerder. In dit geval had curanda geen instemming nodig, omdat op het moment dat curanda opdracht gaf aan de bank tot betaling nog geen surseance was uitgesproken. Daarnaast voert [X] Advocaten aan dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd, omdat enerzijds de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling en anderzijds de werkzaamheden zagen op het verzoekschrift strekkende tot surseance (en bijbehorende griffierecht).

4.7. De kantonrechter beantwoordt deze vraag met de curator bevestigend. Zij overweegt daartoe – onder verwijzing naar voormelde uitspraken en noot van Kortmann; zoals opgenomen in rechtsoverweging 4.5 – dat het beginsel van artikel 23 Fw voor wat betreft surseances is neergelegd in artikel 228 lid 1 Fw. Zonder toestemming van de bewindvoerder kan de sursiet immers niet over diens vermogen beschikken en kunnen geen (beschikkings)handelingen ten aanzien van het vermogen worden verricht. In dit geval is niet gebleken dat de voormalig bewindvoerder (thans zijnde de curator) deze toestemming heeft gegeven. Het in dit kader gevoerde verweer van [X] Advocaten dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd (gelet op de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de omstandigheid dat de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt), kan [X] Advocaten niet baten. Dat de bewindvoerder toentertijd geen bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling wil niet zondermeer zeggen dat er sprake is van instemming. Dit geldt eveneens voor de aard van de door [X] Advocaten uitgevoerde werkzaamheden die betrekking hadden op het indienen van een verzoekschrift tot surseance.

4.8. Ook het verweer, dat curanda geen instemming behoefde op het moment dat curanda opdracht gaf aan de bank, kan [X] Advocaten niet baten. Immers gelet op het bepaalde in voormeld artikel 6:114 lid 2 BW geldt het moment van creditering als het moment van betaling door een schuldenaar. Op het moment van creditering was de surseance van betaling reeds verleend.

4.9. De conclusie van al het voorgaande is dan ook dat de curator gerechtigd is het bedrag van € 2783,= terug te vorderen. Dit bedrag zal aan de curator worden toegewezen. Dit geldt eveneens voor de gevorderde onweersproken wettelijke handelsrente.

4.10. De curator maakt daarnaast aanspraak op buitengerechtelijke incassokosten. De curator heeft niet gesteld en evenmin onderbouwd welke buitengerechtelijk werkzaamheden verricht zijn. Daarnaast kan de stelling van de curator dat deze kosten voor het eerst bij repliek worden gevorderd vanwege de proceshouding van [X] Advocaten niet als grondslag dienen voor deze vordering. Er dient dan ook een afwijzing te volgen van deze gevorderde kosten.

4.11. [X] Advocaten zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van deze procedure. (...; *red.*)

5. De beslissing

De kantonrechter

5.1. veroordeelt [X] Advocaten om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te betalen een bedrag van € 2783,= vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 27 maart 2015 tot aan de voldoening,

5.2. veroordeelt [X] Advocaten in de proceskosten (...; *red.*),

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. Geldt de regel van JPR/Gunning (HR 20 maart 2015, «JOR» 2015/251, m.nt. NEDF) ook voor (een voorlopige) surseance van betaling? Deze regel houdt in dat een curator steeds het betaalde kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementstoestand de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De Rechtbank Limburg beantwoordt deze vraag in ieder geval bevestigend.

2. De aan de Rechtbank Limburg voorgelegde zaak ziet op een betaling aan een advocaat die de schuldenaar bijstond voorafgaande aan de (voorlopige) surseance van betaling. Op de dag vóór de verlening van de surseance wordt de bankrekening van de (latere) saniet gedebiteerd met een bedrag van € 2.783. Dit bedrag ziet op werkzaamheden die betrekking hadden op het indienen van het verzoekschrift tot surseance. De creditering van de bankrekening van de advocaat vindt plaats op de dag van de (voorlopige) verlening van de surseance. Enkele dagen daarna wordt de surseance omgezet in een faillissement.

3. De curator vordert terugbetaling van voormeld bedrag. De bankrekening van de schuldeiser is gecrediteerd op de dag van verlening van de (voorlopige) surseance van betaling en de bewindvoerder heeft niet ingestemd met de betaling. Zie voor de 0.00 uur-regel in surseances art. 217 Fw en voor het vereiste van medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder art. 228 Fw. De rechtbank volgt de curator en wijst de vordering van de curator toe onder toepassing van JPR/Gunning. De rechtbank verwijst ter motivering van haar beslissing naar een noot van Kortmann en Faber bij een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 10 december 1997, «JOR» 1998/48 en 49. In die noot wordt opgemerkt dat de regel uit Vis q.q./NMB (HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1) (met een latere uitwerking en nadere nuancering in JPR/Gunning) *mutatis mutandis* geldt voor surseance van betaling.

4. Op het eerste gezicht lijkt toepassing van JPR/Gunning voor surseances niet vanzelfsprekend. De argumenten hiervoor zijn onder meer de navolgende. Het verschil in doel en strekking van een faillissement enerzijds en surseance anderzijds kan een andere uitkomst rechtvaardigen. Een

faillissement is primair gericht op liquidatie, terwijl een surseance van betaling gericht is op het voorkomen van liquidatie door faillissement, waarbij een adempauze wordt ingelast voor de schuldenaar ten aanzien van de betalingsverplichtingen aan concurrente schuldeisers (art. 230 en 232 Fw). Het lijkt ook niet redelijk dat de betaling aan de advocaat, waarvan in ieder geval de schuldenaar vond dat daarvoor de adempauze van de surseance niet nodig was, gelet op de door de schuldenaar zelf verstrekte betalingsopdracht, wordt teruggevorderd.

5. Er zijn echter betere argumenten om aan te nemen dat de regel uit JPR/Gunning *mutatis mutandis* wél geldt voor (een voorlopige) surseance van betaling. Het principe waarop de beslissing in het voor faillissementssituaties geldende JPR/Gunning is gegrond, is namelijk overeenkomstig van toepassing voor (een voorlopige) surseance van betaling. Dit beginsel betreft het fixatiebeginsel van art. 23 Fw en zoals dat nader wordt uitgewerkt in art. 35 lid 1 Fw, dat houdt in dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen hebben plaatsgevonden die voor een levering door de schuldenaar nodig zijn, de levering niet geldig meer kan geschieden (r.o. 3.5.2. van het arrest JPR/Gunning). Voor (een voorlopige) surseance van betaling geldt hetzelfde principe. Zie voor het fixatiebeginsel van art. 23 Fw voor surseances art. 228 Fw, welk laatstgenoemde artikel blijkens de wetgeschiedenis “analoog is aan de regeling van art. 23 Fw” (MvT (424); *Kortmann/Faber 2-III* 1995, p. 466). Zie voor de toepasselijkheid van de regel van art. 35 lid 2 Fw, en daarmee zou ik aannemen ook het overige bepaalde in art. 35 Fw, voor surseances het arrest van de Hoge Raad inzake Veenendaal/Hogeslag (HR 15 maart 1991, *NJ* 1992/605). Daarin overweegt de Hoge Raad onder verwijzing naar de wetgeschiedenis (MvA I, Bijl. Hand. I 1984-1985, 16 593, nr. 141a, p. 30) dat het principe van art. 35 lid 2 Fw, ondanks een gelijkkluidende wettelijke bepaling voor surseances, ook geldt voor surseances. Ook op andere plekken komt het fixatiebeginsel bij surseance van betaling terug. Zie bijvoorbeeld nog art. 230 Fw, dat bepaalt dat executies worden geschorst en beslagen vervallen voor schulden waarvoor de surseance werkt. Art. 33 Fw bevat een vergelijkbare, op het fixatiebeginsel gebaseerde regeling voor faillissementssituaties. Ik zou dan ook willen aannemen dat het fixatiebeginsel voor surseances ook een aan JPR/Gunning overeenkomstige regel inhoudt.

6. Toepassing van deze regel pakt onfortuinlijk uit voor deze advocaat die zijn werkzaamheden ten behoeve van de aanvraag van de (voorlopige) surseance niet vergoed ziet. Hij heeft extra pech nu de regel uit JPR/Gunning volgens de Hoge Raad geldt voor faillissementen (lees hier dus ook: surseances) vanaf zijn uitspraak op 20 maart 2015, terwijl de betaling één week nadien werd verricht (de rekening van de advocaat werd gecrediteerd op 27 maart 2015). Onder de daarvoor geldende regel van Vis q.q./NMB zou de betaling niet kunnen worden teruggevorderd, nu de advocaat bankierde bij een andere bank dan de saniet (zo begreep ik van de advocaat).

mr. G.G. Boeve, VMBS Advocaten