

Is het beschikken over creditsaldi op de bankrekening van de failliet door de curator onrechtmatig?

Hof 's-Hertogenbosch 26-11-2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:4340

Instantie

Hof 's-Hertogenbosch

Datum

26 november 2019

Magistraten

Mrs. J.C.J. van Craaikamp, P.W.A. van Geloven, G.J.S. Bouwens

Zaaknummer

200.235.894_01

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS189035:1

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Brondocumenten

ECLI:NL:GHSHE:2019:4340, Uitspraak, Hof 's-Hertogenbosch, 26-11-2019

Wetgeving

Art. 6:162 BW; art. 53, 68 Fw

Essentie

Onrechtmatige daad. Verrekening. Creditsaldi.

Is het beschikken over creditsaldi op de bankrekening van de failliet door de curator onrechtmatig?

Samenvatting

Gefailleerden exploiteerden modewinkels en hielden rekeningen-courant aan bij Rabobank (zonder financiering). Rabobank heeft huurgaranties gesteld, waartegenover gefailleerden zich hoofdelijk als contragaranten hebben verbonden. Daags na faillissement heeft de curator via internetbankieren de creditsaldi van gefailleerden overgeschreven naar zijn derdengeldenrekening en vervolgens naar de faillissementsrekeningen. Een van de verhuurders heeft eveneens na datum faillissement een huurgarantie getrokken. Rabobank heeft het verschuldigde aan de verhuurder voldaan en pretendeert een vordering op de gefailleerden uit hoofde van de contragarantie.

Rabobank stelt dat de curator onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door direct de creditsaldi over te boeken: daardoor is Rabobank van haar verrekeningsmogelijkheid (met de vordering uit hoofde van de contragarantie) beroofd. De kantonrechter heeft het standpunt van Rabobank afgewezen.

Hof: Het hof verwerpt het betoog van Rabobank dat van een redelijk en zorgvuldig handelend curator mag worden verwacht dat hij niet zelf de creditsaldi overboekt en de bank in de gelegenheid stelt om haar eventuele vorderingen op de gefailleerde te verrekenen met haar schuld aan de gefailleerde. De curator verricht zijn taak primair ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Er is geen rechtsregel die de curator verbiedt over tegoeden van gefailleerde bij een bank te beschikken. Integendeel, art. 68 Fw maakt de curator exclusief bevoegd tot het innen van vorderingen. Dat is anders in gevallen waarin sprake is van zekerheidsrechten die kunnen worden uitgeoefend alsof er geen faillissement was. Daarvan is in dit geval geen sprake. De ondernemingen waren niet door Rabobank gefinancierd. De gestelde bankgaranties waren nog niet geclaimd en bij de contragarantie waren bovendien aan Rabobank in privé borgstellingen afgegeven. Het enkele feit dat Rabobank, indien zij van het faillissement had geweten, zich (ook) had willen beroepen op verrekening ex art. 53 Fw voor het geval een van de bankgaranties geclaimd zou worden, rechtvaardigt niet de conclusie dat de curator jegens de Bank onrechtmatig heeft gehandeld door in het belang van de boedel zelf met behulp van internetbankieren over de bedoelde saldi te beschikken.

Verwant oordeel

Zie ook:

- Rb. Zeeland-West-Brabant (ktr.) 5 juli 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:4102: deze zaak.

Zie anders:

- HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *RI* 2016/2: contractuele regresvordering als bestaande, voorwaardelijke vordering (*De Lage Landen/van Logtenstijn q.q.*);
- HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, *RI* 2014/42: bijzondere positie bank in het betalingsverkeer (*Feenstra q.q./ING Bank*);
- HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, *NJ* 2004/618: contractuele regresvordering als bestaande, voorwaardelijke vordering (*Bannenberg q.q./NMB-Heller*);
- HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989/449: strekking van verrekening in faillissement (*AMRO/curatoren THB*);
- HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, *NJ* 1988/104: bijzondere positie bank in het (girale) betalingsverkeer (*Loeffen q.q./Bank Mees en Hope I*).

Wenk

Inleiding

De vraag is of een curator onrechtmatig jegens de bank handelt, indien hij creditsaldi van de failliet overboekt en daardoor de bank de mogelijkheid van verrekening ontnemt. Voor de beantwoording van die vraag lijkt de bijzondere positie van zowel de bank als de andere deelnemers aan het girale betalingsverkeer (in het bijzonder de rekeninghouder) van belang. Enerzijds leidt die uitzonderingspositie van de bank niet tot een uitbreiding van haar verhaalspositie (vgl. HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104). Anderzijds zou haar bijzondere positie ook niet tot een nadelige verhaalspositie in faillissement ten gunste van een of meer andere deelnemers moeten leiden. Dat lijkt in deze zaak aan de orde.

Vooraf

Een aantal onderwerpen lijkt, wellicht mede door de gekozen processtrategie, de uitkomst van deze zaak te kleuren. Kennelijk had Rabobank geen 'harde' zekerheid voor de contragarantie bedongen, zoals een reeds geblokkeerd saldo voor het bedrag van de bankgarantie. De beweerdelijke bevoegdheid van de curator tot gebruik van internetbankieren na datum faillissement kon het hof tamelijk kort afdoen (ten nadele van de bank). De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator speelt geen rol.

Verschillende benaderingen

Rechtbank en hof oordelen beide dat geen sprake is van een onrechtmatige daad van de curator. Zij hanteren verschillende benaderingswijzen. De rechtbank beoordeelt eerst of Rabobank een verrekeningsbevoegdheid heeft. Bij een bevestigend antwoord moet zij beoordelen of de curator onrechtmatig heeft gehandeld. Aan die laatste beoordeling komt de rechtbank niet toe: de vordering van de bank ontstond pas door het invoeren van de huurgarantie, zodat zij op datum faillissement nog niet bestond en Rabobank geen beroep op verrekening ex art. 53 Fw toekomt. Het hof beoordeelt meteen het onrechtmatig karakter van het handelen van de curator. Het overweegt dat een verrekeningsmogelijkheid voor Rabobank in beginsel niet de conclusie zou rechtvaardigen dat de curator jegens de bank onrechtmatig heeft gehandeld. Het hof hoeft daarom geen uitspraak over het verrekeningsberoep van Rabobank te doen.

Contragarantie: verrekenbare vordering?

Voor Rabobank als schuldeiser van gefailleerden bestaat een verrekeningsbevoegdheid indien schuld (uit rekeningcourant) en vordering (uit contragarantie) zijn ontstaan voor faillietverklaring of voortvloeiën uit handelingen, voor de faillietverklaring met de gefailleerden verricht (art. 53 Fw). De huurgarantie en contragarantie zijn beide voor datum faillissement tot stand gekomen. De contragarantie betreft een contractuele regresverhouding. De daaruit voortvloeiende vordering is ten tijde van de faillietverklaring, anders dan de rechtbank overwoog, geen *toekomstige* vordering. Zij is een reeds *bestaande* vordering, zij het onder (opschortende) voorwaarde van betaling door de bank onder de (huur)garantie (vgl. HR 16 oktober 2015, *RI* 2016/2, r.o. 3.3.2).

Verrekening

Het verrekeningsrecht in faillissement is ruimer dan daarbuiten en ziet uitdrukkelijk mede op voorwaardelijke vorderingen: '*De uitbreiding aldus aan het compensatierecht gegeven, steunt op de overweging, dat de billijkheid medebrengt, dat iedere schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking in het middel dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen.*' (MvT art. 53 Fw (Van der Feltz, I, p. 462). Rabobank is zowel schuldenaar als schuldeiser van gefailleerden. Omdat zowel de schuld als de (voorwaardelijke) vordering zijn ontstaan voor de faillietverklaring, is de bank bevoegd haar schuld met de vordering te verrekenen.

Onrechtmatige daad?

Door het overboeken van de creditgelden *voordat* de bank haar positie in het faillissement redelijkerwijs had kunnen

beoordelen en mogelijk zelfs voordat de bank redelijkerwijs van het faillissement op de hoogte had kunnen zijn, heeft de curator het verrekeningsrecht van de bank gefrustreerd. Onder die omstandigheden lijkt de curator inbreuk te hebben gemaakt op het verrekeningsrecht van de bank ex art. 53 Fw, althans gehandeld te hebben met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en daardoor onrechtmatig (art. 6:162 BW). Dat lijkt anders zodra de bank van het faillissement kennis had (of had behoren te hebben). Vanaf dat moment zou zij zelf initiatief tot blokkering van de rekening moeten nemen. Het hof geeft nu opvallend genoeg voorrang aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voor wie de curator exclusief bevoegd is en belast is met het beheer en de vereffening van het vermogen (art. 68 Fw), waaronder het innen van vorderingen. Alleen wanneer de bank separatist zou zijn, zou de bank een bijzondere positie hebben, aldus het hof. Het hof lijkt er echter aan voorbij te zien dat de bank (net als alle andere schuldeisers) ook een bijzondere positie heeft wanneer zij schuldenaar en schuldeiser is en over een (voorwaardelijke) vordering op de boedel als onderpand beschikt.

Bijzondere posities in het girale betalingsverkeer

Het huidige girale betalingsverkeer leidt tot bijzondere posities van de deelnemers. De bank mag van haar bijzondere positie geen misbruik maken door inbreuk op de onderlinge gelijkheid van crediteuren. Dat is vaste rechtspraak sinds HR 8 juli 1987, *NJ* 1988/104. Ook de (curator van de) rekeninghouder heeft door de mogelijkheid van internetbankieren een bijzondere positie. Incasso van vorderingen op de bank wordt door gebruikmaking van internetbankieren door de curator eenvoudiger dan incasso van vorderingen op andere debiteuren. Dat enkele gegeven mag uiteraard geen rechtvaardiging zijn voor een inbreuk op een (wettelijk) recht van de bank als schuldeiser (in het bijzonder haar onderpand bestaande uit creditgelden). De bank mag niet profiteren van haar bijzondere positie, maar de bijzondere positie van een andere deelnemer mag ook niet tegen haar gebruikt worden.

J.A. Stal

Partij(en)

Arrest in de zaak van

Coöperatieve Rabobank U.A., appellante, hierna aan te duiden als de bank, advocaat: mr. P.W. van Kooij te Leiden, tegen

Mr. J.A. Platteeuw q.q., in hoedanigheid van curator in de faillissementen van MBCPZ B.V. en MBCPB B.V., geïntimeerde, hierna aan te duiden als de curator, advocaat: mr. J.A. Platteeuw te Middelburg,

op het bij exploit van dagvaarding van 29 september 2017 ingeleide hoger beroep van het vonnis van 5 juli 2017, door de kantonrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, gewezen tussen de bank als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie en de curator als eiser in conventie, verweerder in reconventie.

Uitspraak

Hof:

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnummer 5612038/16-7337)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- het arrest van het gerechtshof Den Haag van 20 februari 2018, waarbij het hof zich ambtshalve relatief onbevoegd heeft verklaard en de zaak is verwezen naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- de exploit houdende oproeping na verwijzing van 26 februari en 16 maart 2018;
- de memorie van grieven;
- de memorie van antwoord;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de bij brief van 7 oktober 2019 door de bank toegezonden productie, tegen inbreng waarvan de curator desgevraagd geen bezwaar heeft gemaakt.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De beoordeling

3.1.

De in hoger beroep niet ter discussie gestelde in eerste aanleg vastgestelde feiten, de processtukken en het ter zitting in hoger beroep besprokene in acht nemend, gaat het hof uit van de volgende vaststaande feiten:

- a) Bij vonnis van 17 mei 2016 zijn de besloten vennootschappen MBCPZ B.V. (voorheen [de vennootschap 1]), MBCPB B.V. (voorheen [de vennootschap 2]) en MBCPH Beheer B.V. (voorheen [beheer]), hierna ieder afzonderlijk aan te duiden als MBCPZ, MBCPB en MBCPH en gezamenlijk als gefailleerden, in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de curator in hoedanigheid.
- b) Gefailleerden exploiteerden modewinkels in [vestigingsplaats], [vestigingsplaats] en [vestigingsplaats]. Zij hielden drie Rekening-Courant rekeningen aan bij de bank. Op de rekeningen zijn van toepassing verklaard de Algemene Voorwaarden voor rekening-courant en krediet van de Rabobank 2007. Artikel 10a van genoemde Algemene Voorwaarden luidt, voor zover relevant:
- “Gedurende faillissement, (...) mag/mogen alleen door de curator van de rekeninghouder, (...) beheers- en beschikkingshandelingen met betrekking tot (het tegoed op) de rekening worden verricht. (...)”
- Verder zijn op de relatie met de bank van toepassing de Algemene voorwaarden elektronische diensten 2002. Artikel 14.1 van die voorwaarden luidt, voor zover relevant:
- “De klant is bevoegd om een door de bank aan hem versterkt hulpmiddel en/of beveiligingscode in het kader van zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening onder zijn verantwoordelijkheid in gebruik te geven aan één of meer andere personen (...)”
- c) Genoemde bankrekeningen vertoonden per faillissementsdatum creditsaldi tot een bedrag van in het totaal € 17.562,19.
- d) Op 18 mei 2016, daags na faillissement, heeft de curator via internetbankieren gebruikmakend van de ingenomen bankpassen, de creditsaldi overgeschreven naar zijn derdengeldrekening en vervolgens naar de (door hem geopende) faillissementsrekeningen van gefailleerden.
- e) De curator heeft in overleg met de rechter-commissaris besloten de winkels in [vestigingsplaats] en [vestigingsplaats] na datum faillissement open te houden om de aanwezige voorraden uit te verkopen.
- f) Eveneens op 18 mei 2016 heeft de curator telefonisch contact opgenomen met de bank. Een e-mail van gelijke datum aan de bank luidt onder meer:
- “Geachte heer [medewerker van de bank],
In aansluiting op het telefonisch onderhoud van zojuist het volgende.
(...)
Gaarne moge ik u verzoeken alle ten name van curanda staande bankrekeningen voor uitgaande betalingen te blokkeren. Ingaande betalingen mogen wel gewoon plaatsvinden. De boedel wenst de rekeningen namelijk verder te gebruiken in verband met een evt. winkeluitverkoop. De saldi op de rekeningen zijn vanochtend overgeboekt naar onze stichting beheer derdengelden (...) en worden overgeboekt naar de te openen faillissementsrekeningen. (...)
U vertelde zojuist dat een bankgarantie is afgegeven. Dienaangaande beschik ik nog niet over de stukken. Ik verzoek u deze mij te doen toekomen. Tenslotte begreep ik uit hetgeen u mij vertelde dat geen sprake is van een pandrecht op debiteuren, voorraden e.d. Mocht dat wel het geval zijn, dan verneem ik dat graag per ommegaande van u. (...)”
- g) In een e-mail van 19 mei 2016 heeft de curator de bank gevraagd hem nog even te bevestigen dat er geen sprake is van een pandrecht of ander zekerheidsrecht, dat de bank kan instemmen met het voortgezet gebruik van de bankrekeningen voor de opbrengsten en dat de bank die opbrengsten op eerste verzoek zal doorboeken naar de faillissementsrekeningen.
- h) Bij brief van 20 mei 2016 heeft de bank de curator onder meer bericht:
- “(...) Onze bank heeft van uw faillieten het navolgende te vorderen uit hoofde van:
1.
een d.d. 06-08-2009 afgegeven bankgarantiefaciliteit van € 70.000 voor welk bedrag een contragarantie is afgegeven: per heden zijn door onze bank 2 bankgaranties gesteld uit hoofde van en tot bedragen van: (...)
€ 41.501,50
(...)
Voor de hiervoor onder (...) 1 vermelde verplichting (...) zijn de volgende zekerheden door derden verstrekt:
- een borgtocht ten bedrage van 35.000 (...) door [borg 1]
-
een borgtocht ten bedrage van 35.000 (...) door [borg 2]
Onze bank zal zelf contact opnemen met borggen om nadere afspraken te maken.
(...)
Uw failliet houdt bij onze bank de volgende rekeningen aan:

(...)

Onze bank behoudt zich m.b.t. de hierboven genoemde creditsaldi haar recht van verrekening voor m.b.t. de vorderingen die kunnen ontstaan zodra de gestelde bankgaranties worden geclaimd.

Aan uw failliet is een wereldpas (...) verstrekt. Deze mag alleen nog gebruikt worden voor internetbankieren.

Graag ontvangen wij per omgaande uw bevestiging van de indiening van deze vordering.

De hierboven vermelde rekening zijn momenteel geblokkeerd voor uitgaande betalingen. Ingaande betalingen zijn wel mogelijk. Tevens zullen wij op uw eerste verzoek de opbrengsten doorboeken naar de nog te openen faillissementsrekeningen.

(...)"

i) De door de faillieten afgegeven contragarantie luidt voor zover hier van belang:

"(...) verklaren:

A.

zich – hoofdelijk – tegenover de bank te verbinden:

a.

op eerste verzoek van de bank terstond aan de bank te betalen, zonder dat verzuim noodzakelijk is, al hetgeen de bank en/of de door de bank aangewezen derde uit hoofde van vorenbedoelde afgegeven bankgarantie heeft betaald" (...) Deze verplichting tot betaling ontstaat door het enkele feit van betaling door de bank en/of de door de bank aangewezen derde aan de (...) crediteur(en). (...)"

j) Op 31 mei 2016 heeft een van de verhuurders een bankgarantie getrokken voor uit hoofde van de huurovereenkomst openstaande betalingsverplichtingen. Rabobank heeft het op grond van de bankgarantie verschuldigde bedrag van € 24.395,25 aan de verhuurder voldaan.

k) De opbrengsten uit de verkoop na faillissement van aanwezige voorraden in de modewinkels in [vestigingsplaats] (MBCPZ) en [vestigingsplaats] (MBCPB) zijn geboekt op de bankrekeningen van MBCPZ respectievelijk MBCPB bij de bank. De bank heeft de opbrengsten op verzoek van de curator op de desbetreffende faillissementsrekeningen gestort, met uitzondering van een bedrag van € 13.014,17 aan de boedel van MBCPZ en een bedrag van € 4.988,86 aan de boedel van MBCPB. De bank claimt een vordering van € 17.562,19 voortvloeiend uit de contragarantie, naast op de bankrekeningen in rekening gebrachte kosten na datum faillissement ten bedrage van € 440,84.

3.2.

De curator heeft de bank in rechte betrokken en gevorderd dat de bank, ter nakoming van de met de curator gemaakte afspraken, wordt veroordeeld tot betaling aan de curator van

- (i) € 14.044,08, vermeerderd met de wettelijke rente over € 13.137,71 vanaf 14 december 2016 tot de dag van algehele voldoening in het faillissement van MBCPZ en
- (ii) van € 5.612,74 vermeerderd met de wettelijke rente over € 4.988,86 vanaf 14 december 2016 tot de dag van algehele voldoening in het faillissement van MBCPB en
- (iii) de proceskosten.

De bank heeft verweer gevoerd en een beroep op verrekening ex art. 53 Fw gedaan. In voorwaardelijke reconventie heeft de bank gevorderd om de curator uit hoofde van onrechtmatig handelen te veroordelen om aan de bank te betalen een bedrag ter grootte van al hetgeen de bank op grond van een in conventie te wijzen vonnis aan de curator mocht dienen te betalen, vermeerderd met de proceskosten.

3.3.

Nadat een comparitie heeft plaatsgevonden, heeft de kantonrechter vonnis gewezen. In conventie is het beroep op verrekening van de bank afgewezen. Daarbij heeft de kantonrechter onder meer overwogen dat de bank geen verrekeningsbevoegdheid ex art. 53 Fw heeft, nu het om een vordering/schuld gaat die na datum faillissement is ontstaan. Ook heeft de kantonrechter overwogen dat het de curator vrij stond de creditsaldi die hij aantrof op de bankrekeningen over te boeken naar zijn derdenrekening en dat de curator bevoegd was om gebruik te maken van de bankpassen van gefailleerden. De vorderingen van de curator zijn toegewezen en de (voorwaardelijke) vorderingen van de bank zijn afgewezen.

3.4.

De bank heeft in hoger beroep zes grieven aangevoerd en - kort gezegd - geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis, tot het alsnog afwijzen van de vorderingen van de curator en tot het toewijzen van haar (voorwaardelijke) vorderingen.

3.5.

Het hof constateert dat de bank niet bestrijdt dat zij met de curator de afspraak heeft gemaakt om de na faillissement op de

aangehouden bankrekeningen ontvangen betalingen uit hoofde van verkopen in de winkels, op eerste verzoek aan de curator door te betalen. Ook bestrijdt de bank niet dat zij die afspraak niet is nagekomen, noch dat de vordering van de curator tot nakoming van die afspraak daarom in beginsel toewijsbaar is (zoals de kantonrechter in r.o. 3.6 van het bestreden vonnis oordeelde). Het hof constateert verder dat de bank noch in eerste aanleg noch in dit hoger beroep heeft bestreden dat zij ten onrechte een bedrag van € 440,84 aan kosten heeft verrekend met wat zij uit hoofde van voornoemde afspraak aan de curator diende door te betalen.

Ten slotte stelt het hof vast dat de bank ter gelegenheid van het pleidooi desgevraagd afstand heeft gedaan van haar beroep op het in de Algemene Bankvoorwaarden opgenomen pandrecht (MvG, toelichting onder grief II randnummers 4.2 tot en met 4.6).

3.6.

Als gevolg van het voorgaande beperkt dit hoger beroep zich tot de vraag of de curator onrechtmatig heeft gehandeld door de positieve saldi van de bankrekeningen (tot een bedrag van in het totaal € 17.562,19) over te boeken naar zijn derdengeldrekening/de faillissementsrekeningen nog voordat hij de bank had ingelicht over het faillissement en zonder de bank in de gelegenheid te stellen haar op gefailleerden gepretendeerde vordering uit hoofde van de contragarantie te verrekenen met die positieve saldi.

3.7.

De bank onderbouwt haar verwijt aan de curator als volgt.

De bank is een crediteur met een bijzondere positie. Op datum faillissement had de bank een vordering op de gefailleerden uit hoofde van de door gefailleerden gestelde contragarantie. Dat was een toekomstige vordering onder de opschortende voorwaarde dat de door de bank ten behoeve van de gefailleerden uitgegeven bankgarantie zou worden getrokken. Op grond van het bepaalde in artikel 19 van de Algemene Bankvoorwaarden 1995 is de bank op elk moment bevoegd om wat zij al dan niet opeisbaar of onder voorwaarde van haar cliënt te vorderen heeft, te verrekenen met al dan niet opeisbare vorderingen van de cliënt op de bank. Had de bank geweten van het faillissement, dan had zij haar nog niet opeisbare vordering uit hoofde van de contragarantie mogen en kunnen verrekenen met de positieve saldi. Dat de bankgarantie, die zij had afgegeven in het kader van de huur van winkelruimte, zou worden getrokken nu er sprake was van faillissement was immers aannemelijk, temeer nu de curator winkels open hield. Een zorgvuldig handelend curator stuurt de bank een bericht van het faillissement en vraagt om eventuele positieve saldi over te boeken.

De bankpassen waren persoonlijk en mochten op grond van contractuele afspraken niet door de curator gebruikt worden. Door de creditsaldi daags na het faillissement met gebruikmaking van die passen via internetbankieren over te boeken zonder de bank op voorhand van het faillissement op de hoogte te stellen, heeft de curator de bank de mogelijkheid van verrekening ontnomen en daarmee onrechtmatig jegens de bank gehandeld. De bank heeft als gevolg daarvan schade geleden ten belope van het totaal van de creditsaldi. De daaruit voortvloeiende vordering op de boedel heeft de bank terecht verrekend met de vordering van de curator, aldus nog steeds de bank.

3.8.

Het hof verwerpt dit betoog van de bank op grond van het volgende.

Als onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond).

3.9.

De stelling van de bank dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld omdat hij op grond van contractuele afspraken niet bevoegd was de bankpassen te gebruiken voor internetbankieren, is door de curator gemotiveerd weersproken. De curator heeft daarbij gewezen op de hiervoor onder 3.1.b geciteerde bepalingen uit de van toepassing zijnde algemene voorwaarden, waaruit volgt dat hij bevoegd is. Verder heeft de curator er op gewezen dat uit die zelfde bepalingen volgt dat hij als curator bevoegd is om over de tegoeden op de rekeningen te beschikken en dat hij op basis van artikel 68 Faillissementswet zelfs de opdracht heeft dat te doen in het belang van de boedel. Dat alles is door de bank niet (meer) weersproken, naar het oordeel van het hof terecht.

3.10.

Desgevraagd naar welke onrechtmatigheid de curator (verder) wordt verweten, heeft de bank ter gelegenheid van het pleidooi toegelicht dat van een redelijk en zorgvuldig handelend curator mag worden verwacht dat hij niet zelf de creditsaldi overboekt, maar de bank een bericht stuurt met de vraag naar haar positie en het verzoek om de saldi over te boeken naar de faillissementsrekeningen. De bank zal dan voor die overboeking zorg dragen en wordt aldus in de gelegenheid gesteld om haar eventuele vorderingen op de gefailleerden te verrekenen met haar schuld aan hen.

3.11.

Het hof verwerpt dit betoog. De curator verricht zijn taak primair ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en behartigt als zodanig primair het boedelbelang. Dat impliceert niet dat hij de belangen van individuele schuldeisers mag negeren, hij behoort zich die tot op zekere hoogte aan te trekken, maar hij handelt primair in het belang van de boedel. Er is geen rechtsregel die de curator verbiedt over tegoeden van gefailleerden bij een bank te beschikken en/of zelf beheers- en beschikkingshandelingen met betrekking tot de tegoeden op bankrekeningen te verrichten.

Integendeel, op grond van de wet (art. 68 Fw) is de curator in het faillissement exclusief bevoegd en belast met het beheer en de vereffening van het vermogen van de gefailleerden, waaronder het innen van vorderingen.

Dat is anders in de gevallen waarin sprake is van zekerheidsrechten die kunnen worden uitgeoefend alsof er geen faillissement was (als onder meer opgenomen in de artikelen 57 en 58 Fw), waarin van de curator onder omstandigheden desgevraagd ook hulp aan de zekerheidsgerechtigden bij het uitoefenen van het zekerheidsrecht kan worden verlangd. Op die gevallen ziet de jurisprudentie waarop de bank zich beroept. Alleen in die situatie is de bank, in afwijking van de hoofdregel dat alle schuldeisers een gelijke positie hebben, een schuldeiser met een bijzondere positie.

Van een dergelijke situatie was hier echter geen sprake, zo blijkt onder meer uit de hiervoor onder 3.1.h) geciteerde brief van de bank aan de curator d.d. 20 mei 2016. De ondernemingen waren niet door de bank gefinancierd. De vorderingen van gefailleerden op de (positieve saldi bij de) bank waren geen vorderingen waarvan de gefailleerden niet meer de rechthebbenden waren, of waarop de bank een verhaalsrecht met voorrang kon doen gelden. De gestelde bankgaranties waren nog niet geclaimd en bij de contragarantie waren bovendien aan de bank in privé borgstellingen tot een bedrag van € 70.000 afgegeven.

Het enkele feit dat de bank, indien zij van het faillissement had geweten, zich (ook) had willen beroepen op verrekening ex art. 53 Fw voor het geval een van de bankgaranties geclaimd zou worden (daargelaten of haar dit beroep zou zijn toegekomen, wat de curator betwist en naar het oordeel van de kantonrechter niet het geval was), rechtvaardigt niet de conclusie dat de curator jegens de bank onrechtmatig heeft gehandeld door in het belang van de boedel zelf met behulp van internetbankieren over de bedoelde saldi te beschikken.

3.12.

De conclusie is dat van onrechtmatig handelen door de curator niet is gebleken. De grieven falen, ook grief IV die ziet op het toewijzen van de incassokosten en de rente, nu die gegrond is op het alsnog slagen van de vorderingen van de bank. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. De bank zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van dit hoger beroep, als gevorderd te vermeerderen met de wettelijke rente. Op verzoek van de curator zal dit arrest uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

4. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het bestreden vonnis voor zover dit aan het oordeel van het hof is onderworpen;

veroordeelt de bank in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van de curator op € 716 aan griffierecht en op € 3.222 aan salaris advocaat;

en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart dit arrest in zoverre uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.C.J. van Craaikamp, P.W.A. van Geloven en G.J.S. Bouwens en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 26 november 2019.