

een brug te ver, want het misbruik van identiteitsverschil heeft betrekking op B en de door *hem* beheerste rechtspersonen. Het is B die de constructie heeft opgezet. Welke rechtsplicht hebben de formele bestuurders geschonden? Welk verwijt valt hun te maken? Als zij al niet eens betrokken werden bij het feitelijk beheer dat over de woning werd gevoerd, wat wisten zij dan – of behoorden zij dan te weten²³ – van het omleidingsmotief? Stel dat de formele bestuurders wisten van het omleidingsmotief, wat hadden zij met die kennis moeten doen zolang het faillissement van B nog niet een feit was? Rust ook op hen de verplichting om ervoor te zorgen dat de norm van art. 3:276 BW wordt toegepast? Ik leid uit de hierboven weergegeven, gecursiveerde overweging van de Hoge Raad af dat de toerekening van kennis en gedragingen van B beperkt blijft tot toerekening aan Stichting Waaldijk en dat van de formele bestuurders niet mag worden verwacht dat zij de norm van art. 3:276 BW in acht nemen, nu het gaat om andermans schulden. Er ontbreekt een rechtsplicht tot handelen van deze formele bestuurders, evenals een causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. De formele bestuurders hebben de schuldeisers van B niet in een nadeliger positie gebracht.

5. **Hoe de executie van het pand te bewerkstelligen? Eind goed, al goed?**

De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat het schadebedrag bestaat uit het bedrag dat ten onrechte buiten de privéboedel van B is gehouden (de overwaarde van het pand) respectievelijk is gebracht (de waarde van de economische eigendom is echter nihil). Aangezien de overwaarde van het pand ten tijde van de beslissing groter was dan het destijds beraamde bedrag van het tekort in het faillissement van B, wijzen rechtbank en hof het bedrag van het tekort toe als maximaal te vergoeden deel van de overwaarde. Met de door de rechtbank toegewezen onrechtmatige daad vordering tegen de stichting – en niet te vergeten tegen de formele bestuurders – in de hand heeft de curator druk kunnen uitoefenen op de bestuurders. Het bestuur heeft ermee ingestemd dat Stichting Waaldijk een hypotheekrecht vestigt ten behoeve van de curator q.q. De curator heeft vervolgens in zijn hoedanigheid van hypotheekhouder het pand onderhands verkocht. B en zijn levenspartner hebben het woonhuis verlaten, maar niet zonder tegenstribbelen. Uiteindelijk zijn als gevolg van de 'procedeerdang' van B de boedelschulden zodanig opgelopen dat de over-

waarde van het pand niet langer toereikend is om alle schuldeisers in het faillissement van B te voldoen.²⁴

Mr. M.Y. Nethe

17

HR 22 december 2009, LJN B18493¹

Van Dooren q.q./ABN AMRO III

art. 3.6 rov; art. 42, 43 Fw

De Hoge Raad heeft op 22 december 2009 voor de derde (en laatste) keer arrest gewezen in het slepende dispuut tussen de curator van Hendriks Beheer en ABN AMRO Bank N.V. De kwestie waarover door partijen bijna vijftien jaar werd geprocedeerd betrof de (naar nu blijkt: succesvolle) poging van de curator om met een beroep op de faillissementspauliana de boedel van Hendriks Beheer te verlossen van een drietal vlak voor faillissement verstrekte hypotheekrechten. Deze hypotheekrechten waren door Hendriks Beheer aan de bank verstrekt in het kader van een – eveneens vlak vóór faillissement overeengekomen – verhoging van een rekening courant krediet van f 8 miljoen tot f 9 miljoen.

Waar de Hoge Raad in zijn eerdere arresten de zaak (terug)verwees voor verdere behandeling en beslissing, doet hij de zaak nu zelf af. De Hoge Raad wijdt onder meer belangrijke overwegingen aan de vraag wanneer bij een contractspartij van een later gefailleerde sprake is van wetenschap van benadeling. Deze overwegingen zijn van belang nu in de rechtsliteratuur en praktijk al lange tijd behoefte bestaat aan duidelijke(re) richtlijnen voor partijen die rechtshandelingen aangaan met in financieel slecht weer verkerende ondernemingen. Pregnant is met name het antwoord op de vraag onder welke omstandigheden er sprake zou kunnen zijn van wetenschap van benadeling bij een kredietverstrekker die in ruil voor (additionele) financiering nieuwe zekerheidsrechten verkrijgt.

Inleiding: de achtergrond en werking van art. 42 Fw

In het arrest staat de faillissementspauliana centraal. De pauliana-regeling heeft een normatief karakter en beoogt de curator in faillissement gereedschap te geven om onbetamelijk gedrag vóór faillissement ongedaan te maken.

De vereisten voor de pauliana blijken uit art. 42 lid 1 en 2 Fw. Voor een geslaagd beroep op de pauliana moet sprake zijn van: (i) een rechtshandeling anders dan om

23. Een andere kamer van het Hof Arnhem heeft in een ander geschil tussen B c.s. en de curator geoordeeld dat naar haar voorlopig oordeel de levenspartner van B, als voorzitter van de stichting, 'nauw betrokken moet zijn geweest bij de onrechtmatige 'eigenomsconstructie' en zij in elk geval van het bestaan daarvan had moeten weten'. Hof Arnhem 10 november 2009, nr. 183078/KG ZA 09-209 (slot van r.o. 4.9).

24. De curator heeft in het kader van het faillissement van B circa negentwintig procedures gewonnen en op een na alle procedures gewonnen.
1. Gelieve dit artikel aan te halen als: H. De Coninck – Smolders en C.J. Jager, 'HR 22 december 2009, LJN B18493 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III)'. *Tvl* 2010, 17, p. 111. Mr. H. De Coninck-Smolders en mr. C.J. Jager zijn advocaten/partners bij BLIX Advocaten te Amsterdam.

niet vóór de faillietverklaring; (ii) onverplicht verricht door de schuldenaar; (iii) benadeling van de schuldeisers (in hun verhaalsmogelijkheden); en (iv) wetenschap van benadeling zowel aan de zijde van de schuldenaar als aan de zijde van degene met of jegens wie de rechtshandeling is verricht.

Reeds ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet realiseerde de wetgever zich dat de pauliana-regeling complex is:

De regeling van de zoogenaamde actio Pauliana en hetgeen daarmee samenhangt, van het recht der schuldeisers handelingen huns schuldenaars van hunne rechtskracht te berooven, is van alle vraagstukken, waartoe het materieel faillietenrecht aanleiding geeft, het moeilijkste.²

Ook uit empirisch onderzoek van Van Dijk³ blijkt dat de faillissementspauliana één van de meest gecompliceerde leerstukken in het faillissementsrecht vormt. Vooral de vereisten van 'benadeling' en 'wetenschap van benadeling' leveren veel hoofdbrekers op. Het zijn juist die vereisten, door Van Hees wel aangeduid als een Siamese tweeling⁴, die in de Van Dooren q.q./ABN AMRO saga centraal (hebben)gestaan.

Het arrest

De feiten

In 1991 heeft ABN AMRO Bank N.V. aan Hendriks Beheer en gelieerde vennootschappen een krediet in rekening-courant van f 8 miljoen verstrekt in ruil waarvoor de bank een aantal zekerheden verkreeg.

Na verloop van tijd kreeg de Hendriks-groep te kampen met financiële problemen. In augustus 1993 raakte de bank bekend met de liquiditeitsproblemen van de groep. Na intensief overleg verhoogde de bank op 5 november 1993 het krediet met f 1 miljoen van f 8 tot f 9 miljoen. Als zekerheid voor deze verhoging van het kredietplafond zegde Hendriks Beheer de bank aanvullende zekerheden toe, waaronder hypotheek op drie onroerende zaken. De hypotheekakte werd verleden op 3 december 1993. Op 6 december 1993 werd de akte ingeschreven in de openbare registers. Bij deze nieuwe hypotheekakte werd zekerheid gesteld voor het totaal van het krediet van f 9 miljoen. Op 8 december 1993 is aan Hendriks Beheer surseance van betaling verleend. Vijf dagen later werd op verzoek van de bewindvoerder het faillissement van de vennootschap uitgesproken. In de periode voorafgaand aan de surseance en het faillissement – november en

begin december 1993 – heeft veelvuldig overleg plaatsgevonden tussen de bank en Hendriks Beheer over het (financiële) zware weer waarin laatstgenoemde verkeerde. De curator heeft voor Rechtbank 's-Hertogenbosch tegen de bank vorderingen ingesteld die onder meer strekten tot nietigverklaring dan wel anderszins ongedaanmaking van de hypotheek. Zijn vorderingen heeft de curator gestoeld op verschillende grondslagen (art. 42 en 47 Fw en art. 6:162 BW). De grondslag die de meeste stof heeft doen opwaaien en ook in het laatste arrest van de Hoge Raad centraal staat, is de faillissementspauliana (art. 42 Fw) in combinatie met het (weerlegbare) vermoeden van wetenschap van benadeling bij zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld (art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw).

Procesverloop

De zaak kent een grillig procesverloop. De Hoge Raad heeft reeds twee keer eerder arrest gewezen en maar liefst een drietal gerechtshoven heeft zich over de kwestie mogen uitlaten. Een overzicht:

Van Dooren q.q./ABN AMRO I en II

Zoals gezegd startte de procedure met de vorderingen die de curator instelde bij Rechtbank 's-Hertogenbosch. Rechtbank 's-Hertogenbosch stelde de curator in het gelijk waarop de bank hoger beroep instelde. Hof 's-Hertogenbosch vernietigde vervolgens het voor de curator positieve vonnis van de rechtbank en wees de vorderingen van de curator af.⁵ Volgens het hof was de hypotheekverlening op 3 december 1993 niet een onverplichte rechtshandeling, omdat de overeenkomst van 5 november 1993 Hendriks Beheer daartoe verplichtte. Het hof oordeelde dat de curator niet de vernietiging had ingeroepen van de rechtshandeling van Hendriks Beheer tot het aanvaarden van de verplichting tot zekerheidstelling.

De curator liet het er niet bij zitten en stelde cassatieberoep in. Met succes. Bij arrest van 16 juni 2000⁶ vernietigde de Hoge Raad het arrest van Hof 's-Hertogenbosch. De Hoge Raad overwoog dat de goede trouw – zoals bijvoorbeeld neergelegd in art. 54 Fw – geen rol speelt bij een vernietiging ex art. 47 Fw zolang niet aan een van de twee wettelijke vereisten ('wetenschap aanvraag faillissement' en 'overleg') van art. 47 Fw is voldaan. Voorts besliste de Hoge Raad dat slechts onder bijzondere omstandigheden jegens een schuldeiser van een failliet een vordering op grond van onrechtmatige daad kan worden ingesteld indien ter zake tevergeefs een beroep is gedaan op de pauliana ex art. 42 of 47 Fw. Relevant voor het verdere verloop is dat de Hoge Raad ook oordeelde dat als gevolg van het ontbreken van een motivering niet duidelijk was waarom het beroep van de curator op het onverplichte karakter van de overeenkomst van 5 november 1993 – de toezegging om extra zekerheid te

2. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet* (Serie onderneming en recht; dl. 2-1), heruitgave Van der Feltz, I, p. 432.

3. G. Van Dijk, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana', *Tvl* 2006, 26, p. 112.

4. J.J. van Hees, 'De wetenschap van de pauliana', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar JOR alsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 142 e.v.

5. Hof 's-Hertogenbosch 16 juni 1998, *JOR* 1998/171.

6. HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*; *JOR* 2000/201).

verstrekken – niet is aan te merken als een beroep in rechte op art. 42 Fw ten aanzien van die overeenkomst. De Hoge Raad verwees de zaak door naar Hof Arnhem. Hoewel Hof Arnhem⁷ oordeelde dat het aangaan van de verplichting tot het verschaffen van aanvullende zekerheden een onverplichte rechtshandeling betrof, besliste het hof eveneens dat deze onverplichte rechtshandeling niet heeft geleid tot benadeling van de andere faillissements-schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. Volgens het hof was er geen sprake van benadeling nu in ruil voor de zekerheid extra krediet was verstrekt waarmee andere schuldeisers waren voldaan. Wederom liet de curator het er niet bij zitten en stelde cassatie in.

De Hoge Raad oordeelde vervolgens op 8 juli 2005⁸ dat er wel degelijk sprake van benadeling zou kunnen zijn. Indien een schuldenaar met extra verkregen krediet andere schuldeisers voldoet, brengt dat geen wijziging in diens totale schuldenlast. Echter, de bank heeft op de opbrengst van de in aanvullende zekerheid verbonden zaken voorrang verkregen boven de resterende schuldeisers, terwijl de voldane schuldeisers slechts concurrent waren. De resterende schuldeisers krijgen derhalve in plaats van met concurrente medeschuldeisers te maken met de bank als preferent medeschuldeiser. Een dergelijke verschuiving in verhaalspositie zal, behoudens het geval dat de bank de aanvullende zekerheid niet behoeft aan te spreken tot verhaal van haar vordering, nadeel voor de resterende schuldeisers meebrengen, ongeacht voor welk bedrag er schuldeisers dankzij de verhoging van het kredietplafond zijn voldaan, aldus de Hoge Raad. Die verwijst de zaak naar Hof Leeuwarden.

Van Dooren q.q./ABN AMRO III

Hof Leeuwarden oordeelde in een tussenarrest dat er aan het benadelingvereiste was voldaan. Vervolgens oordeelde het hof dat de zekerheidstelling voor het aanvullend krediet is aan te merken als een zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld in de zin van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw op grond waarvan, behoudens tegenbewijs, de wetenschap van benadeling bij de bank en Hendriks Beheer vermoed wordt te bestaan.

Bij eindarrest van 20 februari 2008 overwoog het hof vervolgens:

4. In het onderhavige geval is tussen partijen niet in debat noch is zulks overigens aan twijfel onderhevig, de invulling van het tweeledige criterium met betrekking tot – het door de bank te ontzenuwen wettelijk vermoeden van – de wetenschap van benadeling zoals bedoeld in art. 42 jo 43 Fw, te weten (a) dat niet alleen partijen bij de vóór het faillisse-

ment verrichte rechtshandeling – i.c. Hendriks Beheer en de bank – wisten/behoorden te weten dat door die rechtshandeling het ten behoeve van de andere (niet preferente) crediteuren dan de bank voor verhaal beschikbare vermogen zou verminderen, doch ook (b) dat deze partijen wisten/behoorden te weten dat een faillissement dreigde en dat er alsdan een tekort zou blijken te bestaan.

Voorts oordeelde het hof dat de bank onvoldoende feiten of omstandigheden heeft gesteld om haar toe te laten tot het leveren van tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden van art. 42 lid 1 jo. art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw, zodat de overeenkomst van 5 november 1993 als paulianeus in de zin van art. 42 Fw dient te worden aangemerkt.⁹

Dit keer was het de bank die zich tot de Hoge Raad wendde. In cassatie bracht de bank een aantal klachten naar voren. Ten eerst stelde de bank zich op het standpunt dat het hof een te ruime uitleg had gegeven aan het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 2005 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*) door ervan uit te gaan dat uit het door de bank verstrekte aanvullend krediet (ook) aan concurrente schuldeisers betalingen waren gedaan. Volgens de bank stond dit feit nog niet vast. De Hoge Raad oordeelt dat om processuele redenen deze klacht niet tot cassatie kan leiden, maar wijdt vervolgens de volgende overweging aan het benadelingvereiste:

Overigens zal in een situatie als door de Hoge Raad in rov. 3.6 van zijn hiervoor bedoelde arrest beschreven, nog steeds van benadeling van schuldeisers in de zin van art. 42 F. sprake zijn indien de schuldenaar de extra kredietruimte alleen maar gebruikt om preferente schuldeisers te voldoen, reeds omdat een dergelijke gang van zaken onverlet laat dat andere preferente schuldeisers, van hogere of gelijke rang, die onbetaald zijn gebleven, nadeel ondervinden door het verlies van hun, door de curator uit te oefenen, verhaalsrecht op de in aanvullende zekerheid verbonden zaken.

De tweede klacht van de bank zag op het oordeel van het hof dat Hendriks Beheer zich op 5 november 1993 verplichtte tot het stellen van nieuwe zekerheden voor zowel bestaande als toekomstige schulden. De bank verweet het hof met dit oordeel terug te komen van een door Hof 's-Hertogenbosch gegeven andersluidende eindbeslissing. Ook deze klacht kan volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden, omdat het oordeel van Hof Leeuwarden strookt met het (eerdere) oordeel van Hof Arnhem dat de in de conditiebrief opgenomen verplichting van Hendriks Beheer strekte tot het vestigen van hypotheekrechten tot zekerheid van het gehele krediet in rekening-courant van f 9 miljoen, derhalve met inbegrip van het oude krediet

7. Hof Arnhem 23 juli 2002, 4 maart 2003 en 16 december 2003. Het eindarrest is gepubliceerd in *JOR* 2004/85 m.nt. R.J. Abendroth. Zie voor een bespreking van de arresten J.W. Frieling in *Tvl* 2004, 43, p. 175.

8. HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*; m.nt. PvS, *JOR* 2005/230 m.nt. J.J. van Hees, *Tvl* 2004, 43 p. 195, m.nt. F.P. van Koppen)

9. Hof Leeuwarden 28 februari 2007 en 20 februari 2008, *JOR* 2008/141 (m.nt. N.E.D. Faber).

van f 8 miljoen. Dit oordeel van het hof is door de bank niet (in de eerdere cassatieprocedure) bestreden.

Het derde punt van kritiek van de bank betrof de reikwijdte van het vereiste van wetenschap van benadeling. Volgens de bank is van wetenschap van benadeling sprake indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. De bank is van mening dat het hof een met deze maatstaf onverenigbare invulling aan het begrip wetenschap van benadeling heeft gegeven. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht van de bank feitelijke grondslag mist en derhalve niet tot cassatie kan leiden. Belangrijker is echter dat de Hoge Raad de door de bank (en het hof) gebezigde uitleg van het begrip wetenschap van benadeling onderschrijft (vergelijk de woorden 'en terecht' in de tweede zin van rechtsoverweging 3.7). Deze uitleg (door de Hoge Raad aangeduid als 'uitgangspunt') brengt mee dat de curator die een rechtshandeling vernietigt met een beroep op de pauliana in beginsel de bewijslast draagt van feiten en omstandigheden die meebrengen dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de schuldenaar en degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte, aldus de Hoge Raad (vergelijk rechtsoverweging 3.8). Indien sprake is van voldoening van of zekerheidsstelling voor een niet opeisbare schuld (art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw), brengt het uitgangspunt mee dat, behoudens tegenbewijs, wordt vermoed dat de schuldenaar en degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het faillissement en een tekort daarin hebben kunnen voorzien. Nu in het onderhavige geval sprake was van zekerheidsstelling voor een niet opeisbare schuld, oordeelt de Hoge Raad dat het op de weg van de bank lag om tegenbewijs te leveren.

De bank heeft voorts betoogd dat bij een (onverplichte) toezegging tot zekerheidsstelling als dekking voor aanvullende bancaire kredietverlening aan een in problemen verkerende onderneming, de vereiste redelijke mate van waarschijnlijkheid slechts valt aan te nemen indien en voor zover de bank ten tijde van de aanvullende kredietverlening beschikt over (voldoende) dwingende aanwijzingen dat de onderneming desondanks zal failleren, althans dat zij redelijkerwijs niet meer mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn. De Hoge Raad volgt de bank hierin niet en overweegt:

3.9 (...) Dit betoog is echter onjuist omdat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de hiervoor (...) vermelde (...) maatstaf voor wetenschap van benadeling, welke maatstaf evenzeer geldt bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan noodlijdende ondernemingen.

De bank heeft vervolgens nog aangevoerd dat het hof te zware eisen heeft gesteld aan de in dit verband op de

bank rustende onderzoeksplicht, en ten onrechte heeft geoordeeld dat, als in de gegeven omstandigheden een onderzoek niet mogelijk is, de maatstaf voor wetenschap van benadeling inhoudt dat de financierende bank en de schuldenaar er niet aan behoeven te twijfelen dat een faillissement zou uitblijven. Wederom wijst de Hoge Raad de klacht van de bank af en oordeelt:

3.10 Het hof heeft (...) overwogen dat banken voorafgaande aan aanvullende kredietverlening aan noodlijdende bedrijven tegen het stellen van nieuwe zekerheden, een naar gelang van de omstandigheden toereikend onderzoek moeten doen teneinde vast te stellen of die kredietverlening verantwoord is. Dit uitgangspunt getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof hiermee slechts tot uitdrukking heeft gebracht dat een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, de beschikbare financiële gegevens dient te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van de schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien.

Voor zover de klacht betrekking heeft op de overwegingen van het hof ten aanzien van de situatie waarin een onderzoek niet mogelijk is en om die reden achterwege is gebleven, wordt de klacht wegens gebrek aan belang van de hand gewezen. Een dergelijk geval heeft zich naar het oordeel van het hof klaarblijkelijk niet voorgedaan: het hof bespreekt immers in rechtsoverweging 13 van het eindarrest de door de bank overgelegde 'interne rapportage' van 4 november 1993, die kennelijk als neerslag van een onderzoek als hier bedoeld heeft te gelden, aldus de Hoge Raad.

De bank heeft voorts nog aangevoerd dat wetenschap van benadeling als bedoeld in art. 42 Fw in het onderhavige geval slechts zou kunnen worden aangenomen indien komt vast te staan dat de bank wist of behoorde te weten dat Hendriks Beheer ten laste van het krediet betalingen zou doen die zouden leiden tot een verstoring van de paritas creditorum, dat wil zeggen dat die betalingen niet uitsluitend aan preferente schuldeisers en/of niet pro rata aan de concurrente schuldeisers van Hendriks Beheer zouden worden gedaan. De Hoge Raad oordeelt dat dit betoog faalt omdat het eraan voorbij ziet dat een schuldeiser door middel van een zekerheidsrecht in het algemeen nu juist beoogt voor zichzelf verhaalsvoorrang tot stand te brengen, met als onvermijdelijk gevolg dat andere schuldeisers hun kans op verhaal zien slinken. Tot slot klaagde de bank er nog over dat het hof haar niet heeft toegelaten tot het leveren van getuigenbewijs tegen het vermoeden van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw. Ook deze klacht helpt de bank niet. De Hoge Raad komt tot het oordeel dat het hof het aanbod van de bank om door middel van getuigen tegenbewijs te leveren niet

verworpen heeft omdat het dat aanbod onvoldoende gespecificeerd achtte, maar omdat de bank de vooralsnog aan te nemen wetenschap van benadeling onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, zodat bewijslevering van de door de bank in het kader van die betwisting aangevoerde feiten en omstandigheden niet in aanmerking kwam.

De Hoge Raad verwerpt het beroep van de bank. Daarmee staat thans in rechte vast dat de hypotheekverlening door Hendriks Beheer aan de bank in ruil voor uitbreiding van het aan haar verstrekte rekening-courant krediet paulianus was.

Commentaar

Met het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2009 is een einde gekomen aan een zaak die de juridische gemoederen geruime tijd heeft beziggehouden. De Hoge Raad besteedt in het arrest met name aandacht aan (de beantwoording van) de vragen: i) wanneer sprake is van benadeling van schuldeisers; en ii) wanneer sprake is van wetenschap van benadeling, beide als bedoeld in art. 42 Fw. Het lijkt er op dat de overwegingen van de Hoge Raad meer vragen oproepen dan zij beogen te beantwoorden.

Benadeling

Voor het slagen van een beroep op de faillissementspauliana moet vastgesteld worden dat één of meer faillissementsschuldeisers als gevolg van de gewraakte rechtshandeling(en) zijn benadeeld. Dit dient – volgens de Hoge Raad¹⁰ – te gebeuren door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling(en) te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft. Noodzakelijk is dat faillissementsschuldeisers daadwerkelijk benadeeld zijn. Om met de woorden van A-G Huydecoper te spreken: *'alle met de onverplichte rechtshandeling samenhangende voor- en nadelen dienen uiteindelijk tot daadwerkelijke benadeling van (sommige) crediteuren te hebben geleid of leiden.'*¹¹ Of, zoals A-G Timmerman in zijn conclusie vóór HR 31 oktober 2003 schrijft: *'Benadeling in de hiervoor bedoelde zin dient daadwerkelijk aanwezig te zijn, zodat het enkele feit dat een rechtshandeling tot benadeling kan strekken, niet voldoende is.'*¹²

Van daadwerkelijke benadeling is sprake als faillissementsschuldeisers als gevolg van de gewraakte rechtshandeling geen uitkering uit het faillissement ontvangen, terwijl zij zonder die rechtshandeling wel een uitkering zouden ontvangen of wanneer de uitkering die de zij ontvangen als gevolg van de rechtshandeling lager is.

Een van de kerngesilpunten in de onderhavige zaak betrof het feit dat Hendriks Beheer met het door de bank aan haar ter beschikking gestelde extra rekening-courantkrediet (een deel van) haar schuldeisers had voldaan. De vraag die vervolgens rees was of wel sprake was van

benadeling van schuldeisers nu de schuldenpositie van Hendriks Beheer niet was toegenomen, maar de ene (groep) schuldeiser(s) werd ingewisseld voor een andere schuldeiser. Hof Arnhem was van oordeel dat geen sprake was van benadeling. In het arrest *Van Dooren q.q./ABN AMRO II* oordeelde de Hoge Raad dat er wel degelijk sprake van benadeling is indien de bank de aanvullende zekerheid moet aanspreken, omdat resterende schuldeisers in plaats van met concurrente medeschuldeisers te maken krijgen met de bank als preferent medeschuldeiser. In het derde geding in cassatie ging de Hoge Raad in op de vraag of (ook) sprake is van benadeling indien met de extra kredietruimte alleen preferente schuldeisers zouden zijn voldaan. Volgens de Hoge Raad is dit het geval indien andere preferente schuldeisers, van hogere of gelijke rang, onbetaald blijven. Deze (preferente) schuldeisers ondervinden dan immers nadeel door het verlies van hun, door de curator uit te oefenen, verhaalsrecht op de in aanvullende zekerheid verbonden zaken. Om processuele redenen komt de Hoge Raad niet toe aan de (inhoudelijke) beantwoording van de vraag of in het concrete geval sprake is van benadeling.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de wijze waarop een (nood)krediet besteed wordt, van belang is voor de vaststelling of voldaan is aan het benadelingsvereiste. Wil een bank voorkomen dat in het kader van een (naar later blijkt mislukte) reddingsoperatie aan haar wordt verweten dat één of meer schuldeisers zijn benadeeld dan zal zij in ieder geval ervoor moeten zorgen dat bij de aanwending van het additioneel verstrekte krediet schuldeisers worden betaald met inachtneming van de *paritas creditorum*. Allereerst dienen voor zover mogelijk de preferente schuldeisers te worden voldaan (zo nodig naar rato). Resteren er dan nog liquide middelen dan pas is (gedeeltelijke) betaling van de concurrente schuldeisers geoorloofd. Ook dient – zoals Van Hees terecht in zijn noot onder *Van Dooren q.q./ABN AMRO II*¹³ opmerkt – rekening gehouden te worden met schuldeisers met een (bijzonder) voorrecht op de zaken die in zekerheid worden gegeven aan de bank. Bij dit alles dient bedacht te worden dat de benadelingstoets plaatsvindt op het tijdstip waarop de curator zijn rechten doet gelden.¹⁴ Dat brengt het risico met zich mee dat ten tijde van de aanwending van het additionele krediet weliswaar geen sprake lijkt te zijn van benadeling, maar dat benadeling als gevolg van het nadien ontstaan van nieuwe (preferente) schulden alsnog een feit is. Wij zouden menen dat het gebrek aan wetenschap van benadeling in dat geval de redding van de bank zou moeten zijn, maar die gedachte zou kunnen worden gekruist door rechtsoverweging 3.11 van het arrest waarover hieronder méér.

10. HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654.

11. A-G Huydecoper, conclusie voor HR 2 februari 2007, LJN AZ1611.

12. A-G Timmerman, conclusie voor HR 31 oktober 2003, LJN AK4806.

13. JOR 2005/230.

14. Vgl. HR 22 september 1995, NJ 1996, 706.

Wetenschap van benadeling

Indien eenmaal is vastgesteld dat een gewraakte rechtshandeling heeft geleid tot benadeling van schuldeisers, komt de vraag aan de orde of sprake is geweest van wetenschap van benadeling.

Vaststaat dat wetenschap van de kans op benadeling niet voldoende is. Er moet sprake zijn van wetenschap van daadwerkelijke benadeling.¹⁵

In de literatuur is uitgebreid gedebatteerd over de vraag wanneer er sprake is van wetenschap van benadeling. Het merendeel van de schrijvers zocht aansluiting bij de wetenschap van een op handen zijnde insolventie.¹⁶

Enkel een van hen hebben bepleit dat sprake is van wetenschap indien de benadeling en/of insolventie 'met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien'.¹⁷ Een aantal schrijvers achtte het daarnaast noodzakelijk dat er wetenschap bestond van een boedeltekort.¹⁸

De Hoge Raad heeft thans geoordeeld dat sprake is van wetenschap van benadeling als bedoeld in art. 42 Fw indien ten tijde van de gewraakte rechtshandeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.¹⁹

De Hoge Raad bevestigt daarmee de door de bank gebezigde maatstaf, die overigens afwijkt van de maatstaf gegeven door het hof (zie hierboven). Van belang is

allereerst dat de Hoge Raad de door het hof gehanteerde maatstaf niet aan een kritische inhoudelijke toets heeft kunnen onderwerpen als gevolg van het feit dat de bank tegen de maatstaf *an sich* geen klacht heeft gericht. De bank heeft slechts geklaagd dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting voor zover het met het geformuleerde criterium iets anders heeft bedoeld dan dat het faillissement en een tekort daarin minst genomen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. De A-G en de Hoge Raad oordelen dat deze situatie zich niet voordoet en dat de klacht derhalve feitelijke grondslag mist.

Het is onzes inziens opvallend dat de bank niet in het geweer is gekomen tegen de maatstaf die het hof heeft aangelegd. Het is – zoals ook Faber in zijn noot onder het arrest van het hof uiteen heeft gezet²⁰ – immers maar de vraag of het door het hof gebezigde criterium juist is. Ten tijde van het cassatieberoep stond dit wat ons betreft in ieder geval (nog) niet vast.

Hoe het ook zij, de Hoge Raad heeft er in zijn arrest blijk van gegeven zich met de door de bank in navolging van het arrest van het hof geformuleerde maatstaf te kunnen verenigen.²¹ Daarbij heeft hij expliciet opgemerkt dat de maatstaf evenzeer geldt bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan noodlijdende ondernemingen. Wij achten deze uitkomst ongelukkig.

Met Faber zijn wij van mening dat de maatstaf voor een paulianeuze handeling door de wetgever in art. 42 Fw is gegeven: wisten partijen, of behoorden zij te weten dat van de bestreden rechtshandeling benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn? De Hoge Raad creëert thans in navolging van het hof 'een maatstaf voor een maatstaf'. De praktijk is hiermee echter ons inziens niet geholpen. Integendeel. Nieuwe uitleggeschillen liggen op de loer. Immers, wanneer zijn een faillissement en een tekort daarin 'met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien'?

Het was wat ons betreft bovendien niet nodig dat de Hoge Raad het wetenschapscriterium verder invulde zoals hij thans heeft gedaan door te verwijzen naar de waarschijnlijkheid van een faillissement en een tekort daarin. De beantwoording van de vraag of er in een concreet geval sprake is van wetenschap van benadeling betreft namelijk een feitelijke kwestie. Bij de beantwoording dienen alle omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Zoals Faber in zijn proefschrift schrijft is wetenschap van een naderend faillissement en tekort weliswaar relevant, maar niet vereist noch voldoende om wetenschap van benadeling aan te nemen.²²

Ook het normatieve karakter van de pauliana vraagt om een feitelijke benadering van het wetenschapscriterium. Het feit dat de schuldenaar en zijn wederpartij wisten of behoorden te weten dat benadeling van schuldeisers het

15. Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 310 met verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis en relevante jurisprudentie.
16. Vgl. P. van Schilfhaarde, 'Annotatie onder HR 17 november 2000', *NJ* 2001, 272; R.M. Wibier, 'De centrale wetenschap van de wetenschap in de pauliana', *WPNR* 2004/6548, p. 729 e.v.; R.J. Abendroth, 'Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen', in: Van Solinge e.a., *De financiering van de onderneming*, Deventer: Kluwer; K.M.W.A. Nijburg, 'Faillissementspauliana', HR 2 februari 2007, *JOL* 2007, 74 (Van Emden q.q./Rabobank), *MvV* maart 2007, p. 58; Van Nielen/Bartels, *NTBR* 2006, 26, p. 182; R.J. de Weijts, 'Overwaardearrangementen, de actio Pauliana en de verdeling van zure vruchten', *WPNR* 2006, 6652, p. 82 e.v. alsmede, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangens?', *WPNR* 2006/6686, p. 761 e.v.; F.M.J. Verstijfen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 141.
17. Vgl. B. Wessels, 'Benadeling van schuldeisers: een overzicht', *MvV* april 2007, nr. 4 en 'Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering', *VrA* 2007/2, p. 55 e.v.; L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 141; Van Koppen 2007, *Sdu Commentaar Insolventierecht*, 58. Fw art. 42, C.3.
18. Vgl. Van Nielen/Bartels, *NTBR* 2006, 26, p. 182; L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 141; J.J. van Hees, 'De wetenschap van de pauliana', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar 'JOR' olsnog geannoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 60.
19. De maatstaf komt nagenoeg overeen met de maatstaf gehanteerd door de Hoge Raad in het UPC-arrest (HR 26 augustus 2003, *NJ* 2004, 549) waar het ging om de vraag of er sprake was van onrechtmatig handelen. De Hoge Raad overweegt in het UPC-arrest (r.o. 3.5.2): 'Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat het bij benadeling in de zin van art. 3:45 BW gaat om werkelijke benadeling. Van onrechtmatig handelen kan te dezen zake slechts sprake zijn indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden.'

20. *JOR* 2008/141.

21. Vgl. de woorden '(en terecht -' in r.o. 3.7 van het arrest.

22. Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 307.

gevolg van hun handeling zou zijn, maakt deze immers ongeoorloofd. Het is niet onoorbaar om een rechtshandeling te verrichten in de wetenschap dat, als de schuldeisers tot verhaalsuitoefening overgaan, deze minder zullen ontvangen. Dan zouden immers alle zekerheidsstellingen onoorbaar zijn indien de zekerheidsgever nadien zou failleren. Het is pas onoorbaar indien partijen weten of behoren te weten dat verhaalsuitoefening met het beschreven gevolg zal gaan plaatsvinden.²³ Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Strikwerda voor het arrest onder 30 waar de A-G opmerkt dat zowel bij de algemene pauliana als de faillissementspauliana het vereiste van wetenschap van benadeling fungeert als maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen: hun handelwijze wordt als onbetamelijk (paulianeus) aangemerkt wanneer in de omstandigheden van het concrete geval met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers daardoor benadeeld zouden worden en betrokkenen zich dus van hun handelwijze hadden behoren te onthouden. Een feitelijke benadering van het wetenschaps criterium biedt de ruimte om van geval tot geval te beoordelen of aantasting van de rechtshandeling gerechtvaardigd is, omdat partijen over de betamelijkheidsgrens zijn gegaan. Aldus wordt voorkomen dat (zo goed als) iedere zekerheidsstelling die gevolgd wordt door een faillissement het predicaat 'paulianeus' krijgt.

Ten aanzien van het wetenschapsvereiste wijzen wij tot slot nog op rechtsoverweging 3.11 van het arrest. Uit deze overweging zou kunnen worden afgeleid dat in geval van het vestigen van zekerheden wetenschap van benadeling gegeven is, omdat *'een schuldeiser zich door middel van een zekerheidsrecht in het algemeen nu juist beoogt voor zichzelf verhaalsvoorrang tot stand te brengen, met als onvermijdelijke gevolg dat andere schuldeisers hun kans op verhaal zien slinken'*, aldus de Hoge Raad. Mogelijk heeft de Hoge Raad bij deze overweging voor ogen gehad dat voor het aannemen van wetenschap van benadeling nog steeds (ook in het geval van vestigen van zekerheden) geldt dat een faillissement met een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien, maar duidelijk is dit ons inziens niet. Wij menen dat door deze overweging in combinatie met de door de Hoge Raad aangelegde maatstaven de financiering van noodlijdende ondernemingen onnodig wordt bemoeilijkt: niet alleen moeten banken zich afvragen of ze zich in bepaalde gevallen met de besteding van de verstrekte financiering moeten bemoeien om er op toe te zien dat het (extra) krediet conform de paritas creditorum wordt aangewend, ook moeten zij er rekening mee houden dat indien er toch

een faillissement volgt, ten aanzien van de vestiging van zekerheden wetenschap van benadeling mogelijk eerder aanwezig wordt geacht dan voorheen. Het spreekt voor zich dat in gevallen waarin een bank met kennis van een mogelijke deconfiture vlak vóór faillissement in verband met een geringe en weinig relevante verhoging van een krediet een substantieel betere zekerheidspositie krijgt met betrekking tot (ook) oude vorderingen, de actio pauliana voor een curator uitkomst behoort te bieden. Met de ruime criteria van de Hoge Raad moeten nu echter ook de banken die risico's nemen door wankelende ondernemingen te financieren – en daar 'nieuwe' zekerheid voor verlangen – vrezen voor een niet te onderschatten paulianarisico, hetgeen volgens ons met name in deze economische crisis ongewenst is.

Onderzoeksplicht

Uit het arrest kan worden afgeleid dat op banken die een transactie aangaan met een onderneming die in zwaar weer verkeert een onderzoeksplicht rust. Deze onderzoeksplicht wordt met name relevant indien de bank in een situatie terecht komt waarin zij moet bewijzen dat zij geen wetenschap van benadeling had, bijvoorbeeld wanneer één van de bewijsvermoedens van art. 43 Fw van toepassing is.

Het hof heeft in zijn tussenarrest overwogen dat banken voorafgaand aan aanvullende kredietverlening aan noodlijdende bedrijven tegen het stellen van nieuwe zekerheden, al naar gelang van de omstandigheden toereikend onderzoek moeten doen teneinde vast te stellen of die kredietverlening verantwoord is. De Hoge Raad is van oordeel dat dit uitgangspunt niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof hiermee slechts tot uitdrukking heeft gebracht dat een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, de beschikbare financiële gegevens dient te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien.

De rechtvaardiging voor deze onderzoeksplicht wordt gezocht (en gevonden) in de maatschappelijke zorgplicht die banken hebben ook ten aanzien van anderen dan hun cliënten, met wier belangen zij rekening behoren te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.²⁴

Het voert in het kader van deze bijdrage te ver om uitgebreid in te gaan op de zorgplicht van banken. Op het eerste gezicht zien wij echter niet in waarom ook in het kader van de pauliana op een bank een (extra of bijzondere) zorgplicht zou rusten. De overweging van de Hoge Raad dat de bank 'de beschikbare financiële gegevens dient te analyseren', roept wat ons betreft bovendien

23. Vgl. J.J. van Hees, 'De wetenschap van de pauliana', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar 'JOR' alsnog geamoteerd*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 60 en J.H. Nieuwenhuis, 'De actio pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad', p. 51-64, in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana*, Insolad jaarboek 1998, waarnaar Van Hees verwijst.

24. Vgl. r.o. 17 van het tussenarrest waarin wordt verwezen naar r.o. 3.6.2 van HR 9 januari 1998, *NJ* 99, 285 en HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289.

vragen op. In het algemeen plegen banken immers onderzoek te doen alvorens zij een krediet verstrekken. Hoe verhoudt de thans door de Hoge Raad aangenomen onderzoeksplicht zich tot dit 'standaardonderzoek'? Wat wordt er bedoeld met 'de beschikbare financiële gegevens'? Zijn dat de gegevens waarover de bank in het algemeen beschikt? Of dient de bank actief additionele financiële gegevens te verzamelen? En zo ja, welke gegevens? Mogen in de analyse van de (bestaande) beschikbare financiële gegevens de mogelijke positieve effecten van het extra krediet worden meegenomen?

Ook wordt niet geheel duidelijk waartoe de vereiste analyse moet leiden. De Hoge Raad overweegt slechts dat de analyse moet plaatsvinden 'met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien'.

Wat er ook van zij, de Hoge Raad heeft een onderzoeksplicht van de bank in het kader van de pauliana aangenomen. Dat zo zijnde is meer duidelijkheid over de reikwijdte daarvan gewenst. Wij menen dat in dat kader aansluiting gezocht zou kunnen worden bij de jurisprudentie op het gebied van tegenstrijdig belang waarin is bepaald dat hoe het onderzoek dient plaats te vinden en hoever het moet strekken, afhangt van de omstandigheden van het concrete geval. Waar in geval van tegenstrijdig belang het onderzoek in ieder geval erop gericht dient te zijn dat redelijke twijfel ten aanzien van het bestaan van een tegenstrijdig belang, alsmede ten aanzien van de vraag of de voor dat geval eventueel aangewezen voorzieningen zijn getroffen, wordt weggenomen²⁵, zouden wij ervoor willen pleiten dat de onderzoeksplicht bij pauliana minder ver gaat. Het onderzoek zou er wat ons betreft niet zozeer gericht op moeten zijn om redelijke twijfel ten aanzien van het slagen van de reddingsoperatie weg

te nemen. Voldoende zou moeten zijn dat het onderzoek uitwijst dat de reddingsoperatie een redelijke kans van slagen heeft.

Of en zo ja in hoeverre een onderzoeksplicht ook rust op andere partijen die zaken doen met bedrijven in moeilijkheden, zoals leveranciers die bereid zijn leveranties voort te zetten tegen zekerheidstelling of de Ontvanger die afziet van invorderingsmaatregelen in ruil voor zekerheden, is in de procedure niet aan de orde gekomen en zal de toekomst moeten uitwijzen.

Conclusie

De Hoge Raad heeft in het *Van Dooren/ABN AMRO III*-arrest enkele belangrijke overwegingen gewijd aan de twee belangrijkste vereisten voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana: benadeling van schuldeisers en wetenschap daarvan.

Naar ons oordeel wordt de financiering van bedrijven in moeilijkheden in ruil voor (additionele) zekerheden door de overwegingen van de Hoge Raad risicovoller. Banken zien zich bovendien geconfronteerd met een onderzoeksplicht waarvan de reikwijdte onduidelijk is. Dit alles valt, zeker in tijden van economische crisis, te betreuren.

Een meer feitelijke toets van de paulianacriteria zou wat ons betreft meer recht doen aan de belangen van alle bij bedrijven in moeilijkheden betrokken partijen. Een dergelijke toets voorkomt enerzijds dat partijen die bereid zijn hun nek uit te steken in een poging een noodlijdende onderneming te redden achteraf worden afgestraft. Anderzijds biedt deze voldoende ruimte om onbetamelijk gedrag voorafgaand aan een faillissement aan te pakken. En dat laatste – niet meer en niet minder – is nu juist het doel van de faillissementspauliana.

Mr. H. De Coninck – Smolders

Mr. C.J. Jager

25. HR 14 juli 2006, JOR 2006/179 (m.nt. Leijten).