

geling van een verzekeraar. Het ging hier om de noodregeling ten aanzien van ENNIA Caribe volgens de Curaçaose Landsverordening Toezicht Verzekeringsbedrijf (gebaseerd op een van de voorgangers van art. 3:159ak e.v. Wft (oud)). Deze noodregeling werd erkend als een *foreign main proceeding* (N.Y. Bankruptcy Court 20 december 2018, «JOR» 2019/113, m.nt. Veder). Met de invoering van de Wet homologatie onderhands akkoord ("WHOA") in het vooruitzicht is een interessante vraag of een dergelijke akkoordprocedure voor erkenning onder *Chapter 15* in aanmerking komt. Een uitvoerige bespreking daarvan is op deze plek niet mogelijk, maar mijns inziens zijn er voldoende aanknopingspunten in de Amerikaanse rechtspraak om ook (zowel openbare als besloten) WHOA-akkoordprocedures te erkennen onder *Chapter 15*.

mr. dr. O. Salah
advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek NV

212

Kredietverlener had toch wetenschap van benadeling

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
18 februari 2020, zaaknr. 200.162.550,
ECLI:NL:GHARL:2020:1368
(mr. Van Rossum, mr. Van Harinxma thoe
Slooten, mr. Boorsma)
Noot mr. F. Ortiz Aldana

Faillissementspauliana. Kredietverlening in combinatie met zekerheidsverschaffing. Wetenschap van benadeling bij kredietverlener. Beslissing na heropening. Vervolg op Rb. Utrecht 26 mei 2010, «JOR» 2010/254 en HR 29 november 2013, «JOR» 2014/213, m.nt. Van der Weijden.

[Fw art. 42; Rv art. 387]

Aanvankelijk waren er onvoldoende aanwijzingen om te concluderen dat geïntimeerde ten tijde van de kredietovereenkomst met zekerheidstelling redelijkerwijs kon voorzien dat een faillissement van failliet en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen. Thans bestaat wél

*de overtuiging dat geïntimeerde (via failliet) op de hoogte was van de aanwezigheid van de forse (fiscale) schuldenlast van failliet als beoogde kredietnemer alsmede dat zij aldus ook het faillissement(stekort) redelijkerwijs had kunnen voorzien. Daartoe is het volgende redengevend. Waar geïntimeerde in de persoon van haar bestuurder en grootaandeelhouder (B) zich aanvankelijk had gepresenteerd als een naïef persoon die bij hoog en laag ontkende dat hij wist dat failliet een belastingschuld had, is gebleken dat B een zakenman was die ruime ervaring had met geldverstrekking (al dan niet via een van zijn vennootschappen) aan (rechts)personen die in financiële problemen verkeerden. Gelet op de grote gelijkenissen van onderhavig feitencomplex met de feitencomplexen die aan de orde waren in de strafzaak bij het Hof Amsterdam – het verstrekken van direct opeisbare leningen met een korte looptijd en zeer korte aflossingstermijn aan noodlijdende ondernemingen die afstevenden op een faillissement tegen verstrekking van zekerheden waardoor geïntimeerde pandrechten verkreeg op alle debiteuren, vorderingen en voorraden en andere crediteuren benadeeld werden – moet het ervoor worden gehouden dat geïntimeerde wist (dan wel had moeten weten) van de problematische schuldpositie (inclusief de forse fiscale schulden) van failliet. Uit voormeld arrest van het Hof Amsterdam blijkt dat B zich vóór het afsluiten van de geldleningsovereenkomst met failliet al bezighield met het opzetten van constructies die benadelend waren voor schuldeisers en dat hij daarbij te werk ging volgens een door hem bedacht gedetailleerd plan, waarvan het faillissement een onderdeel was. Daaruit valt af te leiden dat B als bedenker en uitvoerder van de benadelende financieringsconstructies berekenend te werk ging en daarbij vooral acht sloeg op zijn eigen bevoordeling. Bij die *modus operandi* past niet dat – zoals B het hof heeft willen laten geloven – B de belazerde persoon zou zijn en niet zou weten in welke liquiditeits- en solvabiliteitspositie failliet, de potentiële nieuwe schuldenaar van geïntimeerde, zou verkeren. Bovendien wist geïntimeerde dat failliet een growshop exploiteerde zodat zij zich bewust had moeten zijn van de aanmerkelijke kans dat uit deze activiteiten van failliet belastingschulden voortvloeiden. Failliet had verder in één van de drie gesprekken aan B verteld dat hij moeilijk elders kredietfinanciering kon krijgen. Gelet op de ervaring die B, blijkens het arrest*

van de strafkamer van het Hof Amsterdam, had met het verstrekken van kredieten aan (rechts) personen met een omvangrijke schuldenlast, had bij geïntimeerde een belletje moeten gaan rinkelen en had zij moeten onderzoeken wat hiervan de reden was. Dat heeft zij ten onrechte nagelaten. Tekenend is verder dat geïntimeerde haar pandrecht op de verzekeringspenningen al op 13 en 28 augustus 2008 aan ASR openbaar heeft gemaakt, terwijl failliet de tot dan toe verschuldigde rente aan geïntimeerde had betaald, geïntimeerde de overeenkomst nog niet had opgezegd en de vordering op failliet toen dus nog niet opeisbaar was. Deze openbaarmaking dateert weliswaar van na het sluiten van de overeenkomst, maar kleurt wel wat er voordien heeft plaatsgevonden. Daarmee komt de stellige uitspraak van B dat hij geen onderzoek heeft ingesteld naar mogelijke fiscale schulden van failliet in een ander daglicht te staan. Nu de belastingaanslagen aan failliet reeds waren opgelegd ten tijde van de kredietverstrekking, moet geïntimeerde daarvan dan ook op dat moment hebben geweten (dan wel behoorde zij dit te weten) en moet zij tevens redelijkerwijs hebben kunnen voorzien dat het faillissement van failliet en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen. Nu als vaststaand feit kan worden betrokken dat B – die als bestuurder van geïntimeerde de overeenkomst van geldlening heeft opgesteld – zich eerder aan vergrijpen als in de onderhavige procedure aan de orde zijn, had schuldig gemaakt en dat de *modus operandi* van B in de zaken waarvoor hij strafrechtelijk is veroordeeld, steevast dezelfde was als in de onderhavige zaak (het financieren door B via één van zijn vennootschappen van ondernemingen die forse schulden hadden en afstevenden op een faillissement met als doel er zelf beter van te worden en ten koste van andere schuldeisers die daardoor fors benadeeld werden), komt het hof thans tot een andere beslissing dan destijds. Daarbij neemt het hof in aanmerking het nadelige karakter van de kredietverlening voor de overige schuldeisers van failliet, de wetenschap van benadeling bij failliet, de omvang van de geldlening (€ 525.000) en de opmerkelijke kenmerken die aan de lening waren verbonden zoals de korte looptijd en de zeer korte tijd binnen welke failliet diende af te lossen.

Mr. R.G. Roeffen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van X, appellant,
advocaat: mr. M.A.C. Geurts,
tegen
Jaya BV te Rotterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.A.J. Kemps.

(...; red.)

2. De beoordeling

2.1. De onderhavige procedure betreft de heropening van een eerder gevoerde procedure, die gelast is in het arrest van dit hof van 19 januari 2016. In dit arrest heeft het hof geoordeeld dat zich de in artikel 382 onder c Rv genoemde grond voor herroeping van het arrest van 15 november 2011 heeft voorgedaan, omdat Jaya had verzwegen dat haar bestuurder en grootaandeelhouder, [B], zich in de periode 2004-2005 (inzake Amsterdam Ship Repair B.V.) en 2005-2007 (inzake Le Riche International B.V.) schuldig had gemaakt aan de bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers van voornoemde in staat van faillissement verklaarde vennootschappen, zoals door het gerechtshof Amsterdam in zijn arrest van 17 december 2014 bewezen is verklaard.

2.2. In dit geding na heropening dient, met inachtneming van de uitspraak van dit hof van 19 januari 2016 over de gegrondheid van het door de curator tegen het arrest van dit hof van 15 november 2011 aangevoerde rechtsmiddel van herroeping, opnieuw te worden beoordeeld of de curator terecht een beroep op vernietiging van de overeenkomst van geldlening van 4 augustus 2008 tussen Jaya en de gefailleerde, [appellant] (hierna: [appellant]), heeft gedaan op grond van artikel 42 Fw (de faillissementspauliana). Daarbij is van belang dat de onderhavige procedure niet een nieuw geding is, maar een voortzetting van het oorspronkelijke, heropende geding.

2.3. In zijn memorie na heropening van het geding heeft de curator zijn eis aldus gewijzigd dat hij naast artikel 42 Fw nu ook een beroep doet op nietigheid van de geldleningsovereenkomst op grond van artikel 3:40 BW. Jaya heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Volgens Jaya heeft de curator al in eerste aanleg betoogd dat de overeenkomst en de daarmee samenhangende vestiging van zekerheden als een schijnconstructie (en dus nietig) moet worden gekwalificeerd en heeft de recht-

bank daarover reeds een oordeel gegeven. Jaya wijst er daarbij op dat de curator geen reconventionele vordering had ingesteld en daarom ook geen eis kan wijzigen.

Jaya heeft in haar memorie van antwoord na heropening eveneens haar eis gewijzigd. Zij heeft haar eis verminderd door niet langer een verklaring voor recht te vorderen dat ASR de door haar aan [appellant] verschuldigde schade-uitkering louter bevrijdend aan Jaya kan betalen, omdat ASR al heeft betaald door storting van die uitkering in depot bij een door de curator aangewezen notaris.

Jaya heeft tevens een nieuwe grief opgeworpen (grief V), inhoudende dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat sprake is van benadeling als bedoeld in artikel 42 Fw, althans dat de rechtbank er bij de beantwoording van die vraag, ten onrechte geen rekening mee heeft gehouden dat de door Jaya verstrekte gelden niet consumptief zijn besteed en nog steeds tot het vermogen van [appellant] behoren. Op grond hiervan heeft Jaya haar eis vermeerderd door thans subsidiair te vorderen:

- een verklaring voor recht dat de schuldeisers van [appellant] niet zijn benadeeld indien Jaya haar vordering op [appellant] beperkt tot een bedrag van € 525.000,-, althans tot een door het hof te bepalen bedrag;
- een verklaring voor recht dat Jaya een rechtstreekse aanspraak heeft op het saldo dat door [appellant] bij ING Luxembourg S.A. wordt aangehouden, met dien verstande dat deze aanspraak maximaal € 525.000,- bedraagt.

De curator heeft zich verzet tegen het opwerpen van deze nieuwe grief. Volgens de curator kan in deze fase van het geding geen hernieuwd debat over het benadelingsvereiste van artikel 42 Fw worden gevoerd. Het hof komt hierop terug in rov. 2.13.

Feiten

2.4. Het hof gaat uit van de feiten zoals die zijn vastgesteld in het arrest van 15 november 2011, en voor zover relevant voor de huidige herbeoordeling. Daarnaast vult het hof deze aan met de feiten die in het kader van de onderhavige herroepingsprocedure zijn komen vast te staan, als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende bestreden.

Het gaat dan om de volgende feiten.

2.5. De bestuurder en grootaandeelhouder van Jaya, [B], heeft zich in de periode 22 december 2004 tot en met 28 juni 2005 (inzake Amsterdam Ship Repair B.V.) en 1 oktober 2005 tot en met 1 januari 2007 (inzake Le Riche International B.V.) schuldig gemaakt aan de bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers van voornoemde in staat van faillissement verklaarde vennootschappen, zoals door het gerechtshof Amsterdam in zijn arrest van 17 december 2014 bewezen is verklaard, met oplegging van 15 maanden gevangenisstraf waarvan 5 maanden voorwaardelijk. Het tegen dat arrest door [B] ingestelde cassatieberoep is door de Hoge Raad bij arrest van 31 mei 2016 met toepassing van artikel 81, eerste lid, RO verworpen.

2.6. Bij brief van 22 november 2010 deelt Jaya het volgende aan ING Luxemburg mee:

“As an additional security, [appellant] has given a right of pledge in favour of Jaya B.V. on all claims, which [appellant] has on third parties. This right of pledge includes also all funds kept with you by [appellant] (...). It is known to us that mister [appellant] has deposited these funds with you at a bank in Luxemburg in August 2008”.

2.7. Hierop reageert ING Luxemburg bij e-mailbericht van 25 mei 2011 als volgt:

“Our decision is that we want to avoid any risk in this file and therefore we need to obtain the confirmation from the receiver of the bankruptcy of mr [appellant] that he will not contest your request of enforcement of the pledge before transferring you the funds.”

Herbeoordeling

2.8. Bij arrest van 15 november 2011 heeft het hof op vordering van Jaya jegens de curator voor recht verklaard dat bovengenoemde geldleningovereenkomst van 4 augustus 2008 rechtsgeldig is en door de curator niet kan worden vernietigd met een beroep op artikel 42 en/of 47 Faillissementswet (Fw). Daartoe heeft het hof in rov. 3.8 onder meer overwogen dat – hoewel de curator heeft aangetoond dat is voldaan aan het door artikel 42 Fw gestelde vereiste dat sprake is van een onverplichte rechtshandeling waardoor een of meer schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden en [appellant] van die benadeling wist of behoorde te weten – er ook met inachtneming van de op Jaya als professionele kredietverstrekker rustende onderzoeksplicht onvoldoende aanknopingspunten voorhanden zijn om te conclu-

deren dat ook bij Jaya de vereiste wetenschap van benadeling aanwezig was, in die zin dat Jaya ten tijde van de kredietverstrekking met zekerheidstelling redelijkerwijs kon voorzien dat een faillissement van [appellant] met een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen.

Het hof heeft het vonnis van 26 mei 2010 («JOR» 2010/254; *red.*) van de rechtbank Utrecht vernietigd en de curator in de proceskosten aan de zijde van Jaya veroordeeld.

2.9. Op basis van het feitencomplex zoals dat na heropening van de procedure naar voren is gekomen en hiervoor is uiteengezet, zal het hof thans nagaan of tot een andere beoordeling moet worden gekomen.

Wetenschap van benadeling bij Jaya

2.10. Het hof had aanvankelijk onvoldoende aanwijzingen om te concluderen dat Jaya ten tijde van de kredietovereenkomst met zekerheidstelling redelijkerwijs kon voorzien dat een faillissement van [appellant] en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen. Na hetgeen door de curator in de herroepingsprocedure is aangevoerd en onvoldoende gemotiveerd door Jaya is weerlegd, heeft het hof thans wél de overtuiging gekregen dat Jaya (via [appellant]) op de hoogte was van de aanwezigheid van de forse (fiscale) schuldenlast van [appellant] als beoogde kredietnemer alsmede dat zij aldus ook het faillissement (stekort) redelijkerwijs had kunnen voorzien. Daartoe is het volgende redengevend. Waar Jaya in de persoon van haar bestuurder en groot-aandeelhouder [B] zich aanvankelijk in de schriftelijke stukken en ook tijdens de zitting bij dit hof op 29 augustus 2011 had gepresenteerd als een naïef persoon die zich “door [appellant] belazerd en erin geluisd voelde”, die vertelde “dat hij er zelf geen verstand van had” en bij hoog en laag ontkende dat hij wist dat [appellant] een belastingsschuld had, is uit het arrest van het hof Amsterdam van 17 december 2014 gebleken dat [B] een zakenman was die ruime ervaring had met geldverstrekking (al dan niet via een van zijn vennootschappen) aan (rechts)personen die in financiële problemen verkeerden. Gelet op de grote gelijknissen van onderhavig feitencomplex met de feitencomplexen die aan de orde waren in de strafzaak bij het hof Amsterdam – het verstrekken van direct opeisbare leningen met een korte looptijd en zeer korte aflossingstermijn aan noodlijdende ondernemingen die afstevenden op een

faillissement tegen verstrekking van zekerheden waardoor Jaya pandrechten verkreeg op alle debiteuren, vorderingen en voorraden en andere crediteuren benadeeld werden – moet het er voor worden gehouden dat Jaya wist (dan wel had moeten weten) van de problematische schuldpositie (inclusief de forse fiscale schulden) van [appellant]. Uit voormeld arrest van het hof Amsterdam blijkt dat [B] zich vóór het afsluiten van de geldleningsovereenkomst met [appellant] al bezighield met het opzetten van constructies die benadelend waren voor schuldeisers en dat hij daarbij te werk ging volgens een door hem bedacht gedetailleerd plan, waarvan het faillissement een onderdeel was. Daaruit valt af te leiden dat [B] als bedenker en uitvoerder van de benadelende financieringsconstructies berekenend te werk ging en daarbij vooral acht sloeg op zijn eigen bevoordeling. Bij die *modus operandi* past niet dat – zoals [B] het hof heeft willen laten geloven tijdens de zitting van 29 augustus 2011 – [B] de belazerde persoon zou zijn en niet zou weten in welke liquiditeits- en solvabiliteitspositie [appellant], de potentiële nieuwe schuldenaar van Jaya, zou verkeren. Bovendien wist Jaya dat [appellant] een growshop exploiteerde zodat zij zich bewust had moeten zijn van de aanmerkelijke kans dat uit deze activiteiten van [appellant] belastingsschulden voortvloeiden. had verder in één van de drie gesprekken aan [B] verteld dat hij moeilijk elders kredietfinanciering kon krijgen. Gelet op de ervaring die [B], blijkens het arrest van de strafkamer van het hof Amsterdam, had met het verstrekken van kredieten aan (rechts) personen met een omvangrijke schuldenlast, had bij Jaya een belletje moeten gaan rinkelen en had zij moeten onderzoeken wat hiervan de reden was. Dat heeft Jaya ten onrechte nagelaten.

Tekenend is verder dat Jaya haar pandrecht op de verzekeringspenningen al op 13 en 28 augustus 2008 aan ASR openbaar heeft gemaakt, terwijl [appellant] de tot dan toe verschuldigde rente (augustus en september 2008) aan Jaya had betaald, Jaya de overeenkomst nog niet had opgezegd (dat gebeurde pas op 10 september 2008) en de vordering op [appellant] toen dus nog niet opeisbaar was. Deze openbaarmaking dateert weliswaar van na het sluiten van de overeenkomst maar kleurt wel wat er voordien heeft plaatsgevonden. Daarmee komt de stellige uitspraak van [B] dat hij geen onderzoek heeft ingesteld naar mogelijke fiscale schulden van [appellant] in een

ander daglicht te staan. Hetzelfde geldt voor de kwestie van de rekening van [appellant] bij ING Luxemburg. Op het moment waarop Jaya ter gelegenheid van het pleidooi op 29 augustus 2011 de curator had uitgenodigd om te verklaren of hij had vastgesteld dat [appellant] het door hem van Jaya geleende geld met cheques bij de ING Bank had opgenomen en of hij had vastgesteld wat [appellant] vervolgens met dat geld had gedaan, wist Jaya (zoals in de onderhavige herroepingsprocedure is komen vast te staan, zie rov. 2.6 en 2.7) dat [appellant] een nummerrekening aanhield bij ING Luxemburg, terwijl zij zelf bezig was deze bank met een beroep op haar pandrechten te bewegen de tegoeden van [appellant] aan haar uit te betalen. Ook hier heeft [B] nagelaten de gevergde openheid van zaken te geven en zich daarmee onschuldiger voorgedaan dan hij was. Nu de belastingaanslagen aan [appellant] reeds waren opgelegd ten tijde van de kredietverstrekking, moet Jaya daarvan dan ook op dat moment hebben geweten (dan wel behoorde zij dit te weten) en moet zij tevens redelijkerwijs hebben kunnen voorzien dat het faillissement van [appellant] en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen.

In het licht van de gemotiveerde stellingname door de curator heeft Jaya nagelaten haar standpunten van een afdoende en toereikende onderbouwing te voorzien, en bevat haar verweer te veel hiaten, zodat het hof aan het bewijsaanbod van Jaya (zoals gedaan in hoofdstuk 7 van haar memorie van antwoord na heropening) voorbij gaat.

2.11. Nu als vaststaand feit kan worden betrokken dat [B] – die als bestuurder van Jaya de overeenkomst van geldlening heeft opgesteld – zich eerder aan vergrijpen als in de onderhavige procedure aan de orde zijn had schuldig gemaakt en dat de modus operandi van [B] in de zaken waarvoor hij strafrechtelijk is veroordeeld stevast dezelfde was als in de onderhavige zaak (het financieren door [B] via één van zijn vennootschappen van ondernemingen die forse schulden hadden en afstevenden op een faillissement met als doel er zelf beter van te worden en ten koste van andere schuldeisers die daardoor fors benadeeld werden), komt het hof thans tot een andere beslissing dan destijds. Daarbij neemt het hof in aanmerking (zie ook de rov. 3.4, 3.5 en 3.7 van het arrest van 15 november 2011) het nadelige karakter van de kredietverlening voor de overige schuldeisers van

[appellant], de wetenschap van benadeling bij [appellant], de omvang van de geldlening (€ 525.000) en de opmerkelijke kenmerken die aan de lening waren verbonden zoals de korte looptijd en de zeer korte tijd binnen welke [appellant] diende af te lossen.

2.12. Wanneer al het voorgaande in onderlinge samenhang wordt beschouwd, moet worden geconcludeerd dat als het hof van de eerdere vergrijpen van de bestuurder/groootaandeelhouder van Jaya, [B], op de hoogte was geweest, het hof toen al (in samenhang met alle andere genoemde omstandigheden) had aangenomen dat Jaya in de persoon van [B] (via [appellant]) op de hoogte was dan wel behoorde te zijn van de aanwezigheid van de forse (fiscale) schuldenlast van [appellant] alsmede dat zij aldus ook het faillissement (stekort) redelijkerwijs had kunnen voorzien, zodat het hof een andere beslissing dan die van 15 november 2011 had genomen.

Benadeling van schuldeisers

2.13. Jaya heeft in haar memorie na heropening een nieuwe grief (grief V) opgeworpen, hierop neerkomend dat van benadeling van schuldeisers geen sprake is, omdat volgens Jaya het door haar aan [appellant] uitgeleende bedrag van € 525.000,- zich nog steeds in het vermogen van [appellant] bevindt. Het feit dat [appellant] dit bedrag op een buitenlandse rekening heeft “geparkeerd” laat dat onverlet. Mocht desondanks sprake zijn van benadeling, dan zal Jaya haar vordering op [appellant] beperken tot het uitgeleende bedrag van € 525.000,-.

2.14. Uitgangspunt is weliswaar dat, nu het geding is heropend, partijen op grond van artikel 387 Rv na heropening het recht hebben hun stellingen en verweren aan te passen en te wijzigen en dat moet worden aangenomen dat het een partij na heropening ook vrij staat haar eis te wijzigen/aanvullende grieven op te werpen. Het hof is echter van oordeel dat de goede procesorde met zich brengt dat Jaya dit niet meer in dit stadium van de procedure kan doen. Vaststaat immers dat Jaya op 22 november 2010 (zie rov. 2.6 en 2.7), althans in ieder geval vóór het pleidooi van 29 augustus 2011 ervan op de hoogte was dat [appellant] het geld had gestort op een bankrekening bij ING Luxemburg. Jaya heeft betoogd dat zij daarvan pas op de hoogte is geraakt nádat zij van grieven had gediend, maar dat betoog is in het licht van de gemotiveerde stellingname van de curator over

het tijdstip waarop Jaya aan ING Luxemburg heeft bericht dat zij een pandrecht heeft dat zij te gelde wil maken, onvoldoende toegelicht. De woorden “the(se) funds” zoals geciteerd in rov. 2.6 slaan, gelet op de genoemde datum van “August 2008”, bezwaarlijk anders dan op het door Jaya aan [appellant] uitgeleende bedrag van € 525.000,-. Dát gegeven had Jaya als nieuw feit (een op grond van de twee-conclusie regel toegestaan “novum”) bij het pleidooi in 2011 kunnen en moeten aanvoeren ter onderbouwing dan wel ter aanvulling van haar ingestelde grief IV, waar zij in haar toelichting in de randnummers 33-39 het vereiste van “benadeling” bespreekt. Jaya heeft dit nieuwe feit te laat in de procedure naar voren gebracht, zodat het hof hierop geen acht zal slaan.

Afgezien hiervan volgt het hof het betoog van Jaya niet omdat Jaya – veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat in het bedrag dat [appellant] op 29 augustus 2008 op een door hem op 28 augustus 2008 geopende bankrekening bij ING Luxemburg heeft gestort het van Jaya geleende geld zit – zich door het bedingen van zekerheden voorrang heeft verschaft boven de overige schuldeisers, waardoor sprake is van een verstoring van de onderlinge rangorde tussen de crediteuren en dus van benadeling. De overige schuldeisers krijgen immers hierdoor in plaats van met concurrente of preferente medeschuldeisers te maken met Jaya als separatist. Jaya vordert in dit verband een verklaring voor recht dat de schuldeisers van [appellant] niet zijn benadeeld als Jaya haar vordering op [appellant] beperkt tot een bedrag van € 525.000,-, maar Jaya neemt hierin géén afscheid van haar positie als separatist, zodat zij nog steeds een voorrangspitatie bekleedt en de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers hiermee blijft verstoord.

2.15. Het voorgaande leidt ertoe dat, anders dan het hof bij arrest van 15 november 2011 heeft overwogen, grief IV faalt.

2.16. Bij de behandeling van grief I heeft Jaya geen belang omdat het hof niet als vaststaand feit heeft overgenomen dat [appellant] het door Jaya geleende geld, dat door Jaya op een Belgische bankrekening van [appellant] is overgemaakt, vrijwel onmiddellijk na bijschrijving *contant* heeft opgenomen (zie rov. 2.14 van het bestreden vonnis).

Grief II faalt. Ook het hof neemt als vaststaand aan dat [appellant], zoals hij zelf verklaart, een growshop heeft gedreven. Het hof heeft niet als vaststaand feit betrokken dat [appellant] een crimineel is. Grief III behoeft geen bespreking, nu

Jaya haar oorspronkelijke eis over de kwestie van ASR, de brandverzekeraar van [appellant], heeft vermindert omdat ASR inmiddels de schade-uitkering heeft betaald.

Grief IV faalt eveneens, zoals hiervoor besproken. Zoals hiervoor overwogen, komt het hof niet toe aan de beoordeling van grief V, terwijl ten overvloede is overwogen dat deze grief inhoudelijk zou falen.

Het hof zal zijn arrest van 15 november 2011 herroepen en het vonnis van de rechtbank Utrecht van 26 mei 2010 bekrachtigen.

Bij deze stand van zaken behoeft het door de curator gedane beroep op nietigheid van de geldleningsovereenkomst op grond van artikel 3:40 BW en het daartegen door Jaya gevoerde verweer, geen bespreking meer.

Slotsom

2.17. De slotsom luidt dat het hoger beroep van Jaya faalt, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. De curator heeft gevorderd Jaya in de daadwerkelijk door hem gemaakte proceskosten te veroordelen. Daartoe heeft de curator aangevoerd dat sprake is van misbruik van procesrecht/onrechtmatig procederen, handelen in strijd met artikel 21 Rv en van nodeloze kosten in de zin van artikel 237 lid 1 Rv. Jaya heeft hiertegen verweer gevoerd.

Het hof stelt bij de beoordeling van de vordering voorop dat uit art. 241 Rv en de toelichting op het daarmee corresponderende art. 57 lid 6 (oud) Rv (Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 36) volgt dat de art. 237-240 Rv, behoudens bijzondere omstandigheden, een zowel limitatieve als exclusieve regeling bevatten van de kosten waarin de partij die bij een gerechtelijke uitspraak in het ongelijk wordt gesteld, kan worden veroordeeld. Deze regeling derogeeert ingevolge art. 6:96 lid 3 BW in verbinding met art. 241 Rv aan art. 6:96 lid 2 BW. Zij derogeeert eveneens aan het uitgangspunt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt die hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, volledig te vergoeden. Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat, zoals in voormelde toelichting wordt opgemerkt, een volledige vergoedingsplicht (ter zake van proceskosten) denkbaar is, maar alleen in “buitengewone omstandigheden”, waarbij dient te worden gedacht aan misbruik van procesrecht en onrechtmatige daad. Van misbruik van procesrecht of

onrechtmatig handelen (als grond voor een vergoedingsplicht ter zake van alle in verband met een procedure gemaakte kosten), is pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM (HR 15 september 2017; ECLI:NL:HR:2017:2366).

Het hof ziet aanleiding om Jaya in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten te veroordelen vanaf de uitgebrachte dagvaarding in de procedure tot herroeping. Gebleken is immers dat Jaya belangrijke feiten heeft achtergehouden en daarmee een oneerlijke proceshouding heeft aangenomen, waardoor de curator geconfronteerd is met extra kosten in de herroepingsprocedure. Waren deze feiten eerder bekend geweest, dan zou de beslissing van dit hof van 15 november 2011 een andere zijn geweest. Anders dan Jaya naar voren heeft gebracht, zijn de door de curator gemaakte proceskosten gepaard gegaan met urenspecificaties, zoals neergelegd in de producties 8 bij memorie na heropening van het geding tevens houdende wijziging van eis en productie 19 ten behoeve van het pleidooi van 17 april 2019. De omvang van deze kosten komt het hof niet onredelijk voor. De kosten van de wrakingsprocedure komen eveneens voor vergoeding in aanmerking evenals de kosten van de procedure die heeft geleid tot het arrest in het incident van 17 maart 2015. Deze procedures dateren van na de dagvaarding tot herroeping en zijn ook het gevolg van het oneerlijke procesgedrag van Jaya. De kosten voor het pleidooi (dat zou worden gehouden op 17 april 2019 en na het afgewezen wrakingsverzoek is hervat op 15 november 2019) bedragen volgens de curator (door Jaya onvoldoende betwist) € 21.215,83 (zie randnummer 55 bij de pleitnota van de curator ten behoeve van het pleidooi van 15 november 2019). De kosten van de procedures die hebben geleid tot het vonnis van de rechtbank Utrecht van 26 mei 2008 en het arrest van dit hof

van 15 november 2011 zullen overeenkomstig het liquidatietarief worden vastgesteld. Jaya zal derhalve vanaf de dagvaarding in de procedure tot herroeping in de daadwerkelijk gemaakte proceskosten van de curator worden veroordeeld, evenals in de kosten van het incident van 17 maart 2015, de kosten van het wrakingsverzoek en de kosten van het pleidooi van 17 april 2019/15 november 2019. De kosten gepaard gaande met het wrakingsverzoek bedragen volgens de kostenspecificatie van de curator (en door Jaya onvoldoende betwist) € 16.013,28 (zie randnummer 56 bij de pleitnota van de curator ten behoeve van het pleidooi van 15 november 2019). De kosten van het incident van 17 maart 2015 zijn, zo begrijpt het hof de kostenspecificatie van de curator (productie 19 ten behoeve van het pleidooi van 17 april 2019), meegenomen in de kosten van de gehele herroepingsprocedure.

Als gevorderd en onvoldoende weersproken bedragen voornoemde kosten in totaal (...; *red.*).

2.18. Het voorgaande betekent dat Jaya als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep zal worden veroordeeld (...; *red.*).

2.19. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het incident leidend tot het arrest van dit hof van 22 februari 2011 aan de zijde van Jaya vastgesteld op (...; *red.*).

3. De beslissing

Het hof, recht doende:

3.1. herroept het arrest van dit hof van 15 november 2011;

3.2. bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Utrecht van 26 mei 2010;

3.3. veroordeelt Jaya in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

3.4. veroordeelt Jaya in de daadwerkelijke kosten vanaf de procedure tot herroeping aan de zijde van de curator tot een bedrag van (...; *red.*);

3.5. veroordeelt de curator in de kosten van het incident (...; *red.*);

3.6. verklaart dit arrest wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Ruim zes jaar nadat de Hoge Raad in de zaak tussen mr. Roeffen q.q. (hierna: "de curator") en Jaya BV (hierna: "Jaya") arrest wees (zie HR 29 november 2013, «JOR» 2014/213, m.nt. Van

der Weijden (*Roeffen q.q./Jaya*)), wordt de oorspronkelijke procedure in feitelijke instantie nog eens dunnetjes over gedaan. Daarmee is dit geding een voortzetting van het oorspronkelijke, dat resulteerde in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 november 2011 (niet gepubliceerd), waar de curator aan het kortste eind trok, nadat hij in eerste aanleg bij vonnis van de Rechtbank Utrecht van 26 mei 2010 («JOR» 2010/254) nog het gelijk aan zijn zijde vond.

2. De feiten liggen als volgt. Op 4 augustus 2008 heeft de schuldenaar en latere failliet met Jaya een kredietovereenkomst gesloten, waarin hij zich heeft verplicht tot het vestigen van pandrecht op vorderingen en roerende zaken en tot het vestigen van een hypotheekrecht derde in rang op een aan hem toebehorend registergoed. Die zekerheden zijn kort nadien gevestigd. Ongeveer een halfjaar later, op 10 maart 2009, gaat de schuldenaar failliet. De curator heeft de kredietovereenkomst met de daarin opgenomen verplichting tot zekerheidstelling vernietigd op grond van de faillissementspauliana, art. 42 Fw.

3. Reden voor deze "retrial" is dat het Hof Arnhem-Leeuwarden op vordering van de curator in een herroepingsprocedure op 19 januari 2016 (niet gepubliceerd) oordeelde dat zich de in art. 382 sub c Rv genoemde grond voor herroeping voordeed, omdat Jaya had verzwegen dat haar bestuurder en grootaandeelhouder zich in het verleden schuldig had gemaakt aan bedrieglijke verkorting van rechten van schuldeisers in de faillissementen van Amsterdam Ship Repair BV en Le Riche International BV. Zulks is bij arrest van het Hof Amsterdam op 17 december 2014 (niet gepubliceerd) bewezen verklaard, met oplegging van vijftien maanden gevangenisstraf waarvan vijf maanden voorwaardelijk, en in casusatie in stand gebleven (r.o. 2.5).

4. Waar in het eerdere arrest van de Hoge Raad nog het wetenschapsvermoeden van art. 43 lid 1 onder 2 Fw centraal stond, staat in deze uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden het wetenschapsvereiste van art. 42 lid 2 Fw centraal. Na wat procesrechtelijke strubbelingen komt het hof toe aan de feiten, en die werpen deze keer een heel ander licht op de vraag wat Jaya ten tijde van de gewraakte rechtshandeling behoorde te weten. Presenteerde de bestuurder van Jaya zich eerst nog als een naïef persoon die zich door de gefailleerde belazerd en erin geluisd voelde en vertelde dat hij zelf weinig verstand had van fi-

nancieringsconstructies en bij hoog en laag ontkende dat hij wist dat de gefailleerde een belastingsschuld had, nu blijkt het tegenovergestelde. Uit de strafprocedure blijkt dat de bestuurder van Jaya een recidivist is als het gaat om het bedenken en uitvoeren van schuldeisers benadelende financieringsconstructies.

5. Die nieuwe feiten hebben gevolgen voor de vraag of destijds ook al sprake was van wetenschap van benadeling bij Jaya, zoals bedoeld in art. 42 lid 2 Fw, en of de curator terecht een beroep op vernietiging van de overeenkomst van geldlening van 4 augustus 2008 tussen Jaya en gefailleerde heeft gedaan. In de eerdere procedure strandde die vordering van de curator nog omdat het wetenschapsvermoeden van art. 43 lid 1 onder 2° Fw niet van toepassing was bij zekerheidsverstrekking voor nieuw krediet. Zie HR 29 november 2013, «JOR» 2014/213, m.nt. Van der Weijden. Dit nadat in feitelijke instantie al was geoordeeld dat er voor het overige uit de toen bekende feiten en omstandigheden ook niet kon worden afgeleid dat sprake was van wetenschap van benadeling bij Jaya.

6. Op basis van de thans bekende feiten en omstandigheden komt het hof tot een ander oordeel (r.o. 2.12). Het hof betreft daarbij verschillende feiten en omstandigheden in samenhang, die enerzijds zien op wat Jaya wist en behoorde te weten omtrent de financiële problemen bij de schuldenaar, en anderzijds zien op de aard van de transactie, het achterliggende doel daarvan en de betamelijkheid van het gedrag van (de bestuurder van) Jaya daarbij.

7. In dat kader stelt het hof aan de ene kant vast dat de bestuurder van Jaya een zakenman was met ruime ervaring als het gaat om geldverstrekking aan (rechts)personen in financiële problemen en dat er in die hoedanigheid, gelet op wat hij wist, een onderzoeksplicht op Jaya rustte. Jaya had moeten weten van de problematische schulddispositie, in het bijzonder de fiscale schulden, van de latere gefailleerde. De schuldenaar had immers aangegeven dat zij nergens meer financiering kon krijgen, wat bij Jaya – gelet op haar ervaring – een belletje had moeten doen rinkelen. Verder wist Jaya dat gefailleerde een growshop exploiteerde zodat zij zich bewust had moeten zijn van de aanmerkelijke kans dat uit die activiteiten aanzienlijke belastingsschulden voortvloeiden, welke belastingsschulden ten tijde van

de geldleningsovereenkomst ook daadwerkelijk waren opgelegd.

8. Aan de andere kant weegt het hof mee dat de gewraakte geldlening sterke gelijkenissen vertoont met de schuldeisers benadelende financieringsconstructies in de hiervoor genoemde strafzaken die tot veroordeling van de bestuurder van Jaya wegens bedrieglijke verkorting van rechten van schuldeisers in andere faillissementen hebben geleid (korte looptijd en zeer korte tijd binnenvallen welke er diende te worden afgelost). Daarbij ging de bestuurder van Jaya als bedenker en uitvoerder telkens volgens hetzelfde gedetailleerde plan en zeer berekenend te werk met als doel zichzelf te bevoordelen. Het gedrag van Jaya na het afsluiten van de geldlening bevestigt het on-eigenlijke doel daarvan, omdat zij kort na het afsluiten van de geldlening en het vestigen van de zekerheden al tot openbaarmaking van pandrechten overging, terwijl gefailleerde bij was met de renteverplichtingen, de geldlening nog niet opeisbaar was en de overeenkomst nog niet was opgezegd.

9. De wijze waarop het hof invulling geeft aan het wetenschapsvereiste, lijkt mij juist. Van wetenschap van benadeling is sprake, "indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien" (HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (*ABN Amro/Van Dooren q.q. III*)). Daarvan kan al sprake zijn wanneer partijen ten tijde van de bestreden rechtshandeling behoorden te voorzien dat niet meer alle schuldeisers uit het vermogen van de schuldenaar konden worden voldaan. Vgl. Hof Den Haag 29 november 2016, «JOR» 2017/54, m.nt. Ortiz Aldana (*Spaa q.q./Paro Transport*). Het wetenschapsvereiste ziet op de benadeling van schuldeisers, een formele faillietverklaring is voor het intreden daarvan niet nodig. Evenmin is vereist dat het faillissement van de schuldenaar onafwendbaar is. Zie HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (*Jongepier q.q./De Lage Landen c.s.*). Zie over de toepassing van het wetenschaps criterium nog uitgebreider R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10. Uit de hiervoor bij punt 7 genoemde feiten en omstandigheden leidt het hof af dat Jaya behoorde te weten dat gefailleerde niet meer al zijn schuldeisers kon voldoen (en een faillisse-

ment voor haar dus redelijkerwijs voorzienbaar was) en dat zijn vermogen ontoereikend was voor verhaal door alle schuldeisers (en dus een tekort in dat faillissement ook redelijkerwijs voorzienbaar was).

10. Bij toetsing aan het wetenschapsvereiste moet voorts niet uit het oog worden verloren dat het fungeert als "maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen". Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*), onder 30. Vgl. ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 2 februari 2007, «JOR» 2007/102 (*Van Emden q.q./Rabobank*), onder 19. Het wetenschapsvereiste legt een verplichting op de wederpartij die handelt met een schuldenaar waarvan hij weet of behoort te weten dat hij onvoldoende liquide middelen heeft om zijn schuldeisers te voldoen en wiens vermogen ontoereikend is voor verhaal door alle schuldeisers, om niet meer uitsluitend zijn eigen belang na te streven door zichzelf een zo groot mogelijk stuk van de (al te kleine) taart toe te bedelen, maar ook rekening te houden met de (verhaals)belangen van de overige schuldeisers. De hiervoor bij punt 8 genoemde feiten en omstandigheden maken duidelijk dat het hof in deze zaak ook de betamelijkheid van het gedrag van Jaya, gelet op wat zij wist en behoorde te weten, heeft meegewogen in haar oordeel. De afweging van al die feiten en omstandigheden valt uiteindelijk in het nadeel van Jaya uit.

11. Aan de overige vereisten voor de faillissementspauliana is volgens het hof voldaan, nu de geldlening onverplicht is aangegaan (r.o. 2.8), gefailleerde zelf ook wetenschap van benadeling had (r.o. 2.8) en de geldlening leidde tot een versterking van de onderlinge rangorde tussen schuldeisers en dus benadeling van die schuldeisers (r.o. 2.14). Vgl. met betrekking tot deze vorm van benadeling HR 22 mei 1992, *NJ* 1992/526 (*Montana I*).

mr. F. Ortiz Aldana
advocaat bij Recoup Advocaten te Utrecht en als
buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

213

Benadeling schuldeisers in faillissement door saldocompensatie bij groepsfinanciering

Rechtbank Rotterdam
4 maart 2020, rolnr.HA ZA 19-883,
ECLI:NL:RBROT:2020:2393
(mr. drs. Stevens)
Noot mr. S.H. Wiggers

Faillissementspauliana. Pandrecht en verkoop debiteurenportefeuille. Volmacht tot uitwinnen debiteurenportefeuille. Samenstel van rechtshandelingen. Benadeling schuldeisers. Verwijzing naar onder andere HR 9 juni 2006, ECLI:NL:2006:AU9234 (Smit/Van Hees q.q.) en HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (Air Holland). Tussenvonnissen.

[Fw art. 42, 47; BW art. 2:9, 2:10, 2:248, 6:162]

De stelling van gedaagde (in conventie) dat failliet op het moment dat de betalingen werden verricht geen andere schuldeisers had dan een zustersvennootschap, is, voor zover juist, onvoldoende om te oordelen dat van benadeling van schuldeisers geen sprake kan zijn. Gedaagde (in conventie) miskent hiermee dat benadeling van de schuldeisers aanwezig moet zijn op het moment dat omtrent het beroep van de curator op vernietiging wordt beslist.

Voor de toepassing van de actio pauliana in de zin van art. 42 en/of 47 Fw zijn in voorkomende gevallen verschillende rechtshandelingen als één samenstel te beschouwen. Een samenstel van rechtshandelingen wordt gevormd door rechtshandelingen waartussen een sterke samenhang bestaat. Enkel een feitelijke samenhang maakt niet dat een betaling in het kader van de vraag naar de benadeling van de schuldeisers van de failliet niet los kan worden gezien van de verkoop van de debiteurenportefeuille. Op gedaagde (in conventie) rust de stelplicht en bewijslast ter zake van haar stelling dat het pandrecht, de verkoop van de debiteurenportefeuille en de doorbetaling van de koopprijs een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen vormt, dat de (nadelige) gevolgen daarvan in onderling verband

moeten worden beoordeeld, zodat de curator niet gerechtigd is tot afzonderlijke vernietiging van de op 5 januari 2017 verrichte betaling van de failliet aan gedaagde (in conventie).

Voor zover de bedoelde vorderingen voorafgaand aan het faillissement van de failliet rechtsgeldig aan eiseres (in reconventie) zijn overgedragen, hebben de betreffende debiteuren niet bevrijdend c.q. onverschuldigd betaald aan de boedel. Eiseres (in reconventie) kan zich in dat geval voor betaling tot deze debiteuren wenden. Voor zover van een onmiskenbare vergissing sprake is, is het aan de betreffende debiteuren om zich jegens de curator daarop te beroepen. Eiseres (in reconventie) heeft geen aanspraak op rechtstreekse betaling door de curator.

Mr. H. Schuurbijs te Gorinchem, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Omega Textielverdeling BV, eiser in conventie, verweerder in conventie, advocaat: mr. M.J. Biesheuvel, tegen Alpha Beheer BV te Oud-Beijerland, gedaagde in conventie, eiseres in reconventie, advocaat mr. L.P.J. Krijgsman.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Alpha Beheer is enig aandeelhouder en bestuurder van Omega Textielverdeling B.V. (hierna: Omega). Alpha Beheer en Omega maken deel uit van een groep van vennootschappen (hierna: de Alpha-groep) die zich bezighoudt met het winkelgereed maken van kleding voor doorgaans grotere kledingmerken. Aan het hoofd van de Alpha-groep staat [naam bedrijf 1] (hierna: [naam bedrijf 1]), die indirect alle aandelen in Alpha Beheer en Omega houdt. Bestuurder van [naam bedrijf 1] is de heer [naam].

2.2. Tussen [naam bedrijf 1] en Alpha Beheer bestaat een rekening-courant verhouding. Tot zekerheid van hetgeen Alpha Beheer aan [naam bedrijf 1] verschuldigd is, heeft onder andere Omega bij notariële akte van 24 juli 2015 (hierna: de pandakte) een stil pandrecht verleend op al haar bestaande en toekomstige vorderingen.