

**JOR 2017/54, Gerechtshof Den Haag, 29-11-2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3475,  
200.183.959/01 (annotatie)**

|  |
|--|
| <b>Instantie:</b> Gerechtshof Den Haag   |
| <b>Datum uitspraak:</b> 29-11-2016   |
| <b>Publicatie:</b> JOR 2017/54 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 2, 2017  |
| <b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. F. Ortiz Aldana</li> </ul>  |
| <b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHDHA:2016:3475</a>   |
| <b>Zaaknummer:</b> 200.183.959/01  |
| <b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:GHDHA:2016:3475</a></li> <li>• AR 2016/3569</li> <li>• INS-Updates.nl 2017-0021</li> </ul>  |
| <b>Rechtsgebied:</b> Insolventierecht  |
| <b>Rubriek:</b> Financiering, zekerheden en insolventie  |
| <b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Van Dijk</li> <li>• mr. Damsteegt-Molier</li> <li>• mr. Reurich</li> </ul>   |
| <b>Partijen:</b> Mr. M. Spaa te Voorburg, gemeente Leidschendam-Voorburg, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Van Lier-Van der Lans BV, appelland, advocaat: mr. W.B. van Rookhuijzen, tegen PARO Transport BV te Arnhem, geïntimeerde, advocaat: mr. P.J. Winkel. |
| <b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">Fw - 42</a></li> </ul>  |

### Inhoudsindicatie

Faillissementspauliana, Samenstel van koopovereenkomst activa (vrachtauto's en containerbakken) en verrekening van koopprijs met vordering op failliet, Wetenschap van benadeling van schuldeisers, Verwijzing naar HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF (ABN/Van Dooren q.q. III), Samenhang met Hof Amsterdam (OK) 27 december 2012, «JOR» 2013/42, m.nt. Josephus Jitta, Hoger beroep van Rb. Den Haag 7 oktober 2015, «JOR» 22016/243, m.nt. Warringa

### Ga direct naar

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

### Samenvatting

Voor wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw is niet bepalend of het faillissement van de schuldenaar

onafwendbaar of zeker was ten tijde van de handeling, of geïntimeerde wist dat bestuurder X de intentie had het faillissement van failliet aan te vragen of dat geïntimeerde wist dat failliet niet meer te redden was. Evenmin is nodig dat degene met wie de schuldenaar de handeling verrichtte, inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar. Waar het om gaat is of gelet op alle omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat 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 hij de rechtshandeling verrichtte (HR 22 december 2009, «**JOR**» 2011/19, m.nt. NEDF (ABN/Van Dooren q.q. III)). De stelplicht en de bewijslast ter zake rusten bij de curator. In dit geval dateert de koopovereenkomst van rond 18 januari 2013. Relevant voor de beoordeling van de vraag of sprake was van wetenschap van benadeling is wat partijen op die datum wisten dan wel wat zij zich behoorden te realiseren. Uit de stukken komt naar voren dat failliet op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst feitelijk materieel insolvent was. Dat failliet van deze omstandigheden op de hoogte was, is evident. Ook geïntimeerde wist of behoorde te weten van de ernstige financiële problemen van failliet. Zij had immers diverse pogingen gedaan (in en buiten rechte) om tot voldoening van haar vordering te komen, zij was ervan op de hoogte dat ook andere crediteuren onbetaald bleven en in haar concept-dagvaarding in kort geding merkt zij reeds op dat het faillissement van failliet niet valt uit te sluiten. Feit is dus dat failliet er in januari 2013 zeer slecht voor stond en dat zowel failliet als geïntimeerde dat wisten, althans in ieder geval behoorden te weten. Feit is ook dat op dat moment niet kon worden uitgesloten dat de onderneming weer op het goede spoor zou komen, met name als de bestuurders hun onderlinge geschil zouden beslechten. De situatie was in januari 2013 in zoverre beter dan in december 2012, dat er een vooruitzicht was dat deze bestuurders onderling tot een oplossing zouden komen. Dat brengt evenwel niet mee dat de keuze van geïntimeerde en failliet op dat moment om de vordering van geïntimeerde te (laten) voldoen door verkoop van vrachtwagens en containers, waarbij (een deel van) de koopprijs is verrekend met de openstaande schuld, geoorloofd was, in de zin dat deze niet zou kunnen worden aangetast door de pauliana. De verkoop van vrachtwagens en containers maakte geen deel uit van de normale bedrijfsvoering van failliet. Geïntimeerde had de vrachtwagens niet nodig voor haar bedrijfsvoering; uit de e-mail van bestuurder X van 28 januari 2013 blijkt duidelijk dat geïntimeerde de vrachtauto's niet kocht om in haar normale bedrijfsvoering te gebruiken, maar om deze – met medeweten van failliet – door te verkopen aan een derde. Het ging partijen derhalve niet (in de eerste plaats) om de verkrijging van de vrachtauto's en de containers, maar zij hadden met de koopovereenkomst feitelijk slechts de bedoeling de vordering van geïntimeerde te voldoen. Daarbij wisten zowel failliet als geïntimeerde, althans behoorden zij te weten dat, voor zover failliet niet weer op het goede spoor zou komen, er voor de andere crediteuren minder actief over zou blijven waarop deze hun vorderingen zouden kunnen verhalen. Hieruit volgt dat zowel geïntimeerde als failliet met de koopovereenkomst en de daarop gevolgde verrekening hebben beoogd verhaalsvoorrang voor geïntimeerde tot stand te brengen, met als onvermijdelijk en voor hen ook kenbaar gevolg dat er voor de andere crediteuren van failliet minder verhaalsmogelijkheden overbleven. Aangenomen moet dan ook worden dat geïntimeerde en failliet wetenschap van benadeling hadden in de zin van artikel 42 Fw.

## **Uitspraak**

(...; red.)

### **Beoordeling van het hoger beroep**

2.1. De door de rechtbank in het vonnis van 7 oktober 2015 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan.

2.2. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. Bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 9 april 2013 is Van Lier-Van der Lans B.V. (hierna: VL) in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator tot curator.

b. VL is in 2007 opgericht en hield zich bezig met de inzameling van afval. Eén van haar werkzaamheden was het verhuren van containers aan particulieren en bedrijven. (Een deel van) deze containers huurde VL op haar beurt van Paro.

c. Tussen de beide (middellijke) bestuurders/aandeelhouders van VL bestond een conflict dat er toe had geleid dat zij beiden door de Ondernemingskamer als bestuurder zijn geschorst op 22 november 2012, met benoeming van ir. A.

van der Walle (hierna: Van der Walle) tot bestuurder en mr. A.E. Driessen (hierna: Driessen) als beheerder van de aandelen van VL.

d. Op 7 december 2012 had Paro een vordering van € 212.026,77 op VL uit hoofde van door haar geleverde diensten. Ter verzekering van haar vordering heeft zij derdenbeslagen gelegd alsmede beslag op de hierna te noemen vrachtwagens.

e. Op of rond 18 januari 2013 heeft VL twee Ginaf vrachtwagens (hierna: de vrachtwagens) en zes containerbakken (hierna: de containerbakken) verkocht aan Paro. R.S.U. van Lier – bestuurder van Van Lier Holding B.V., op haar beurt een van de (geschorste) bestuurders van VL – (hierna: Van Lier) heeft bij die verkoop opgetreden voor VL. Voor de vrachtwagens heeft VL een factuur gestuurd van € 175.450,- (inclusief omzetbelasting). Voor de containerbakken heeft VL een factuur gestuurd van € 24.200,- (inclusief omzetbelasting). Van dit laatste bedrag heeft Paro € 12.100,- voldaan door betaling aan VL. Het restant van de facturen is voldaan door verrekening met de vordering van Paro op VL. Voorts heeft Paro voor het bedrag van € 55.481,51 de leaseverplichting voor de vrachtwagens afgekocht bij De Lage Landen (hierna: DLL).

f. De vrachtwagens en containerbakken zijn geleverd aan Paro, die de vrachtwagens heeft doorverkocht aan een derde.

g. Van Lier heeft met een steunvordering van zijn broer het faillissement van VL aangevraagd op 18 maart 2013.

h. Begin mei 2013 is een doorstart gemaakt.

i. Bij brief van 13 maart 2013 heeft de curator Paro onder meer bericht dat de verkoop/overdracht van de vrachtwagens en de containerbakken heeft te gelden als een onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw en dat hij deze vernietigt. De curator heeft Paro gesommeerd tot betaling van € 187.550,-. Ter verzekering van zijn vordering heeft de curator ten laste van Paro conservatoire derdenbeslagen gelegd.

2.3. In dit geding heeft de curator in eerste aanleg in conventie gevorderd – samengevat –:

primair: veroordeling van Paro tot betaling van € 175.450,- en € 12.100,-;

subsidiair: een verklaring voor recht dat het samenstel van koopovereenkomst en verrekening paulianeus is ex artikel 42 Fw, met veroordeling van Paro tot betaling van de waarde van hetgeen uit het vermogen van VL is gegaan op grond van artikel 51 Fw, te stellen op voornoemde bedragen, alles met rente en kosten.

In reconventie heeft Paro opheffing van de door de curator gelegde beslagen gevorderd.

2.4. De rechtbank heeft de vordering in conventie af- en die in reconventie toegewezen, met veroordeling van de curator in de kosten van het geding. De rechtbank heeft aan haar oordeel ten grondslag gelegd – samengevat – dat de curator onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat Paro wetenschap had van benadeling van de schuldeisers en dat zij het faillissement van VL en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid had kunnen voorzien.

2.5. In hoger beroep heeft de curator zijn vorderingen gewijzigd. Thans vordert hij – samengevat –:

A. een verklaring voor recht dat het samenstel van de (koop)overeenkomst en het beroep op verrekening paulianeus is, met veroordeling van Paro tot betaling van de waarde van hetgeen uit het vermogen van VL is gegaan, waarbij de waarde als schadevergoeding is gesteld op de hoogte van de verrekende koopsommen, met rente (B) en kosten, waaronder de kosten van de gelegde beslagen en de nakosten (C, E en F) en terugbetaling van hetgeen de curator uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg voldaan heeft (D). Hiertegen heeft Paro geen bezwaar gemaakt en ook het hof is van oordeel dat deze eiswijziging niet in strijd is met de regels van een goede procesorde. Het hof zal daarom uit gaan van de gewijzigde eis.

2.6. Op grond van artikel 42 Fw kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar

vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij het verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. Een meerzijdige rechtshandeling anders dan om niet kan wegens benadeling slechts worden vernietigd indien ook de wederpartij wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

2.7. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep spitst het geschil zich toe op de vraag of is voldaan aan het vereiste van wetenschap van benadeling; zoals de rechtbank heeft vastgesteld is tussen partijen niet in geschil dat de koopovereenkomst van de vrachtwagens en de containerbakken een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet betreft, die heeft geleid tot benadeling van de (overige) crediteuren van VL. De grieven van de curator bestrijden het oordeel van de rechtbank dat geen sprake is geweest van wetenschap van benadeling bij VL en bij Paro. Het hof begrijpt de grieven zo, dat de curator hiermee een nieuwe beoordeling wil van hetgeen hij in eerste aanleg heeft voorgelegd. De grieven lenen zich daarmee voor gezamenlijke bespreking.

2.8. Voor wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw is, anders dan Paro kennelijk veronderstelt, niet bepalend of het faillissement van de schuldenaar onafwendbaar of zeker was ten tijde van de handeling, of Paro wist dat Van Lier de intentie had het faillissement van VL aan te vragen of dat Paro wist dat VL niet meer te redden was. Evenmin is nodig dat degene met wie de schuldenaar de handeling verrichtte inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar. Waar het om gaat is of gelet op alle omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat 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 hij de rechtshandeling verrichtte (HR 22 december 2009, **ECLI:NL:HR:2009:BI8493**, NJ 2010/273, ABN/Van Dooren q.q. III («**JOR**» **2011/19**, m.nt. NEDF; *red.*)). De stelplicht en de bewijslast terzake rusten bij de curator.

2.9. In dit geval dateert de koopovereenkomst van rond 18 januari 2013. Relevant voor de beoordeling van de vraag of sprake was van wetenschap van benadeling is wat partijen op die datum wisten dan wel wat zij zich behoorden te realiseren.

2.10. Uit de stukken komt naar voren dat VL op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst feitelijk materieel insolvent was. Immers:

– volgens Van der Walle en Driessen (kenbaar uit de beschikking van de Ondernemingskamer van 27 december 2012 («**JOR**» **2013/42**, m.nt. Josephus Jitta; *red.*)) was (in december 2012) de financiële situatie bij VL “kritiek, het eigen vermogen is negatief, er wordt verlies gemaakt en het saldo van crediteuren/debiteuren is ‘zwaar negatief’ (...) er is onvoldoende liquiditeit alle openstaande en nieuwe facturen te betalen (...) en op basis van de huidige cijfers [moet] er vanuit worden gegaan dat de wekelijkse kosten van Van der Walle en Driessen tezamen meer bedragen dan de wekelijkse resultaten van VL”;

– vanaf najaar 2012 liepen de betalingsachterstanden aan Paro op tot ruim € 2 ton in december 2012;

– op die vordering heeft VL (op 5 december 2012) een kleine deelbetaling van € 4.000 kunnen doen en in overleg tussen partijen heeft ook een derde (op 19 december 2012) een deelbetaling aan Paro gedaan (ruim € 31.000);

– Van der Walle en Driessen hebben de Ondernemingskamer verzocht hen te ontheffen uit hun functie, omdat zij niet werden betaald.

Niet voor niets ook overweegt de Ondernemingskamer in haar beschikking van 27 december 2012 dat “bepaald niet is uitgesloten dat [VL] binnen afzienbare tijd in staat van faillissement wordt verklaard”.

2.11. Dat VL van deze omstandigheden op de hoogte was is evident. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat ook Paro wist of behoorde te weten van de ernstige financiële problemen van VL. Zij had immers diverse pogingen gedaan (in en buiten rechte) om tot voldoening van haar vordering te komen, zij was ervan op de hoogte dat ook andere crediteuren onbetaald bleven en in haar concept dagvaarding in kort geding merkt zij reeds op dat het faillissement van VL niet valt uit te sluiten.

2.12. Feit is dus dat VL er in januari 2013 zeer slecht voor stond en dat zowel VL als Paro dat wisten althans in ieder geval behoorden te weten. Feit is ook dat, zoals de rechtbank tot uitgangspunt heeft genomen, op dat moment niet kon worden uitgesloten dat de onderneming weer op het goede spoor zou komen, met name als de bestuurders hun onderlinge geschil zouden beslechten. Ook de Ondernemingskamer benoemt dat in de beschikking van 27 december 2012 («**JOR**» 2013/42, m.nt. Josephus Jitta; *red.*). De rechtbank overweegt daarbij terecht dat de situatie in januari 2013 in zoverre beter was dan in december 2012, dat er een vooruitzicht was dat deze bestuurders onderling tot een oplossing zouden komen. Dat brengt naar het oordeel van het hof evenwel niet mee dat de keuze van Paro en VL op dat moment om de vordering van Paro te (laten) voldoen door verkoop van vrachtwagens en containers, waarbij (een deel van) de koopprijs is verrekend met de openstaande schuld, geoorloofd was, in de zin dat deze niet zou kunnen worden aangetast door de pauliana.

2.13. De verkoop van vrachtwagens en containers maakte geen deel uit van de normale bedrijfsvoering van VL. Paro had de vrachtwagens niet nodig voor haar bedrijfsvoering; uit de e-mail van Van Lier van 28 januari 2013 om 21.04 uur, geciteerd door de rechtbank onder 2.11., blijkt duidelijk dat Paro de vrachtauto's niet kocht om in haar normale bedrijfsvoering te gebruiken, maar om deze – met medeweten van VL – door te verkopen aan een derde. Het ging partijen derhalve niet (in de eerste plaats) om de verkrijging van de vrachtauto's en de containers, maar zij hadden met de koopovereenkomst feitelijk slechts de bedoeling de vordering van Paro te voldoen; Weliswaar is deze e-mail van 28 januari (en derhalve gestuurd nadat de koopovereenkomst tot stand is gekomen), maar gesteld noch gebleken is dat partijen voor die datum een andere bedoeling hadden met de koop en verkoop van de vrachtauto's. Daarbij wisten zowel VL als Paro althans behoorden zij te weten dat, voor zover VL niet weer op het goede spoor zou komen, er voor de andere crediteuren minder actief over zou blijven waarop deze hun vorderingen zouden kunnen verhalen. Niet is weersproken dat Paro door de koopovereenkomst de twee activa met de hoogste waarde naar zich toe heeft gehaald, waardoor deze zijn onttrokken aan het verhaal door de gezamenlijke crediteuren. Niet voor niets ook vraagt Van Lier aan Paro op 28 januari 2013 “of het beslag er af is” met de opmerking: “dan kan ik ook een deal maken (...) met een andere crediteur dan gaat alles een beetje eerlijk en gelijk verdeeld naar iedereen anders krijgen we straks weer voor ons voeten gegooid dat alleen Paro inloopt en de rest niveau de crediteuren niet.”

2.14. Hieruit volgt dat zowel Paro als VL met de koopovereenkomst en de daarop gevolgde verrekening hebben beoogd verhaalsvoorrang voor Paro tot stand te brengen, met als onvermijdelijk en voor hen ook kenbaar gevolg dat er voor de andere crediteuren van VL minder verhaalsmogelijkheden overbleven. Aangenomen moet dan ook worden dat Paro en VL wetenschap van benadeling hadden in de zin van artikel 42 Fw.

2.15. Hieraan doet niet af dat Van Lier en mede-bestuurder en -aandeelhouder Van der Lans na de zitting bij de Ondernemingskamer weer “on speaking terms” zijn gekomen en dat Van Lier heeft verklaard dat wat hem betreft het faillissement op 18 januari 2013 niet aan de orde was, dat hij bezig was te kijken de aandelen over te nemen en zodoende de onderneming door te zetten.

Evenmin doet hieraan af de omstandigheid dat Van der Walle er naar eigen zeggen op 18 januari 2013 nog absoluut vertrouwen in had dat het de goede kant op zou gaan.

Waar het om gaat is dat VL en Paro met de onderhavige rechtshandeling juist niet hebben willen afwachten of VL er weer “bovenop zou komen”.

2.16. Voor zover Paro met de stelling dat de overeenkomst de liquiditeit van VL ten goede kwam er op doelt dat zij zonder deze overeenkomst haar dienstverlening aan VL zou hebben stopgezet, en dat daarom van benadeling althans wetenschap daarvan geen sprake is, faalt dit betoog. Deze stelling verklaart wel waarom VL heeft ingestemd met de koopovereenkomst en de daarop volgende verrekening, maar hieruit volgt nog niet dat de koopovereenkomst als zodanig in het voordeel was van VL en haar crediteuren, althans dat VL en Paro daarvan mochten uitgaan. Als zodanig voegde de transactie (anders dan bijvoorbeeld een verruiming van financiële middelen door het beschikbaar stellen van (extra) kredietruimte) immers niets toe aan een reëel perspectief voor VL. Een positieve bijkomstigheid voor Van Lier was voorts dat door de aflossing van de schuld van VL aan DLL door Paro VL was bevrijd van haar maandelijkse betalingsverplichting aan DLL en de persoonlijke holdingmaatschappij van Van Lier, Van Lier Holding B.V. is bevrijd uit de hoofdelijke verbondenheid voor die schuld.

2.17. De conclusie is dat het beroep op de pauliana slaagt en de curator de koopovereenkomst terecht heeft vernietigd. Als gevolg van de terugwerkende kracht van de vernietiging is ook het beroep op verrekening door Paro ongedaan gemaakt. De in de verrekening betrokken schuld uit hoofde van de koopovereenkomst moet immers geacht worden nooit te hebben bestaan, zodat ook geen sprake kan zijn geweest van verrekening van die schuld.

2.18. Een geslaagd beroep op art. 42 Fw leidt ertoe dat op grond van art. 51 Fw hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, door degene jegens wie de vernietiging werkt aan de curator moet worden teruggegeven. In dit geval is teruggave niet mogelijk, de vrachtwagens zijn immers aan een derde geleverd. Partijen zijn het er kennelijk over eens dat ook teruggave van de containers niet mogelijk is. Dat betekent dat de vordering van de curator zich oplost in schadevergoeding; Paro schiet immers tekort in haar teruggave-verbintenis en is op die grond gehouden tot schadevergoeding. De curator vordert deze schadevergoeding ook. De schade moet worden vastgesteld op de waarde van de vrachtauto's en containers. De curator heeft in dat verband aangeknoopt bij de koopprijs, hetgeen het hof niet onjuist voorkomt. Een ander aanknopingspunt voor de schade is door Paro overigens niet gesteld.

Dit betekent dat in beginsel de gevorderde € 175.450,-- en € 12.100,-- toewijsbaar zijn.

2.19. Paro wil verrekening met de termijnen die zij aan DLL heeft betaald ten bedrage van € 55.481,51. Dit beroep op verrekening wordt verworpen.

Met betrekking tot de koopprijs heeft de curator gemotiveerd gesteld – onder verwijzing naar conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie productie 9 – dat die betaling onderdeel is geweest van de koopprijs, zodat Paro voor de auto's in totaal € 230,931,51 heeft betaald. Dit zou de waarde van de vrachtwagens en daarmee de door de boedel geleden schade zijn. De curator vordert echter niet dit bedrag, maar het bedrag van € 175.450,--. In dit bedrag is al rekening gehouden met het aan DLL betaalde bedrag. Voor een (tweede) verrekening bestaat geen grondslag.

2.20. De conclusie is dat de grieven slagen. Het vonnis van de rechtbank moet worden vernietigd. De vordering in reconventie is ten onrechte toegewezen.

Nu de curator in hoger beroep volledig in het gelijk wordt gesteld bestaat aanleiding Paro te veroordelen in de kosten van het geding, zowel in eerste aanleg in conventie en in reconventie als in hoger beroep. De gevorderde beslagkosten zullen als onvoldoende onderbouwd worden afgewezen, nu de curator ook in hoger beroep heeft verzuimd de beslagstukken in het geding te brengen. Het bewijsaanbod van Paro wordt als te vaag – nu het onvoldoende duidelijk is betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen – dan wel niet ter zake dienende – nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding kunnen geven – gepasseerd.

### **Beslissing**

Het hof:

– vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag van 7 oktober 2015,

en opnieuw rechtdoende:

– verklaart voor recht dat het samenstel van de (koop)overeenkomsten en het beroep op verrekening door Paro paulianeus is ex art. 42 Fw;

– veroordeelt Paro tot betaling van een schadevergoeding van € 175.450,-- plus € 12.100,-- te vermeerderen met de wettelijke rente over € 187.550,-- vanaf 18 januari 2013

– veroordeelt Paro tot terugbetaling aan de curator van al hetgeen hij uit hoofde van het vonnis in eerste aanleg heeft voldaan;

– veroordeelt Paro in de kosten van het geding in eerste aanleg (...; *red.*);

- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

## Noot

1. Deze zaak is een klassiek voorbeeld van een paulianeuze inbetalinggeving zoals die in het zicht van faillissement vaker voorkomt. Het arrest werpt een verhelderend licht op omstandigheden die een rol spelen bij het vereiste van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw.
2. De feiten zoals door het hof vastgesteld, blijken uit r.o. 2.2. Kort samengevat, kan de door de curator bestreden transactie als volgt worden weergegeven. Van Lier-Van der Lans BV ("VLVDL") was een afvalinzamelingsbedrijf en had een schuld van € 212.026,77 aan afvaltransportbedrijf PARO Transport BV ("PARO"). Op 18 januari 2013 verkocht en leverde VLVDL aan PARO twee vrachtwagens tegen een koopsom van € 175.450 en zes containerbakken tegen een koopsom van € 24.200. De koopsom voor de vrachtwagens is deels voldaan door overname van een leaseverplichting van € 55.481,51. De koopsom voor de containers is deels voldaan door betaling van € 12.100. Het restant van € 132.068,49 is voldaan door verrekening van de koopsom met de hiervoor genoemde schuld van VLVDL aan PARO. Op 18 maart 2013 is het faillissement van VLVDL aangevraagd en op 9 april 2013 is VLVDL gefailleerd. De curator heeft de transactie met een beroep op art. 42 Fw vernietigd en vordert thans betaling van het verrekenende deel van de koopsommen en de overgenomen leaseverplichting, € 187.550.
3. Tussen partijen is niet in geschil dat het hier gaat om een meerzijdige onverplichte rechtshandeling anders dan om niet, die tot benadeling van de schuldeisers van VLVDL heeft geleid (r.o. 2.7). Een inbetalinggeving is onverplicht omdat een schuldenaar in beginsel niet verplicht is een schuld anders dan in geld te betalen (HR 18 december 1992, *NJ* 1993/169 (*Kin/Emmerig q.q.*)). De benadeling blijkt uit het feit dat in het hypothetische geval dat de transactie niet was verricht, de waarde van de vrachtwagens en containers beschikbaar zou zijn voor alle schuldeisers. Vgl. HR 29 november 2001, «**JOR**» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*). In geschil is slechts nog of beide partijen wisten althans behoorden te weten dat de transactie benadeling van de schuldeisers van VLVDL tot gevolg zou hebben (art. 42 lid 2 Fw). Die wetenschap is voor de curator vaak moeilijk aan te tonen en daarom staan in art. 43 Fw een groot aantal bewijsvermoedens waarmee de wetgever de curator tegemoet komt. In deze zaak speelden deze bewijsvermoedens geen rol.
4. In HR 22 december 2009, «**JOR**» 2011/19, m.nt. NEDF (*ABN Amro/Van Dooren q.q. III*) heeft de Hoge Raad een maatstaf geformuleerd voor de beoordeling van het vereiste van wetenschap van benadeling. 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, aldus de Hoge Raad. Stelplicht en bewijslast rusten op de curator. Hierop is sindsdien de nodige kritiek geleverd. Zie bijvoorbeeld de «**JOR**»-noot van Faber onder het arrest en ook De Coninck-Smolters & Jager in *Tvl* 2010/17. Kort gezegd, komt deze kritiek erop neer dat bewijs van wetenschap ook op andere manieren kan worden geleverd dan slechts door aan te tonen dat een faillissement en een tekort daarin redelijkerwijs voorzienbaar waren. Verder luidt de kritiek dat voor wetenschap van benadeling niet doorslaggevend is of er een faillissement wordt uitgesproken, maar slechts of partijen ten tijde van de bestreden rechtshandeling behoorden te voorzien dat niet meer alle schuldeisers konden worden voldaan en dus de staat van materiële insolventie zou intreden (of reeds bestond). Zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, par. 5.3.2). Ook De Weijs lijkt van deze gedachte uit te gaan (R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung en Transaction Avoidance* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2010, par. 4.2.1.3.2). Volgens Wibier heeft de Hoge Raad in *ABN Amro/Van Dooren q.q. III* ook niets anders dan dat bedoeld (Wibier, 'Bespreking proefschrift van mr. R.J. van der Weijden', *MvV* 2015/1). Dit kan mijns inziens ook worden afgeleid uit HR 10 juni 2011, «**JOR**» 2011/278 (*Aardenburg q.q./Artocarpus*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof geen onjuiste invulling had gegeven aan de *ABN Amro/Van Dooren q.q. III*-maatstaf door te oordelen: "dat partijen wisten of hadden moeten begrijpen dat ten tijde van de bestreden rechtshandeling een reëel gevaar voor insolventie bestond of zou ontstaan."
5. Gelet op het voorgaande lijkt me het standpunt van Bergervoet in zijn noot bij Hof Amsterdam 22 december 2015,

«**JOR**» **2016/107** (*Jongepier q.q./Rabo c.s.*), inhoudende dat wetenschap alleen aanwezig zou zijn wanneer het faillissement “onafwendbaar” is, omdat anders slechts sprake zou zijn van een kans op benadeling zoals bedoeld in HR 17 november 2000, «**JOR**» **2001/17** (*Bakker q.q./Katko*), onjuist. Van benadeling is reeds sprake wanneer één schuldeiser wordt bevoordeeld, terwijl de schuldenaar ten tijde van of kort na de bestreden rechtshandeling onvoldoende actief heeft voor zijn verhaal zoekende schuldeisers. Een formele faillietverklaring is daarvoor niet nodig (vgl. Van der Weijden), zodat wetenschap daaromtrent niet meer dan een interessant gegeven is (anders: B. Vermue, ‘Wetenschap en de pauliana na HR ABN Amro/Van Dooren q.q. III’, *Tvl* 2011/9, par. 3.2.2). De faillietverklaring kan soms vele jaren later volgen (in Aardenburg q.q./Artocarpus volgde de faillietverklaring pas 2,5 jaar na de paulianeuze cessie) en hangt af van de toevallige omstandigheid dat een verhaal zoekende schuldeiser (die dan reeds is benadeeld) het faillissement van de schuldenaar aanvraagt (of dat de schuldenaar zijn eigen faillietverklaring verzoekt). De faillietverklaring zorgt er slechts voor dat de bevoegdheid om de pauliana in te roepen (art. 3:45 BW) verschuift naar de curator (art. 42 jo. 49 Fw). De wetgever heeft voor de curator geen ander wetenschapsvereiste voor ogen gehad dan voor de individuele schuldeiser (*Van de Feltz-I, Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 124 en 440). Voorts mag niet uit het oog worden verloren dat het wetenschapsvereiste fungeert als maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van partijen. Vgl. Conclusie A-G Strikwerda, onder 30, voor ABN Amro/Van Dooren q.q. III en Conclusie A-G Huydecoper, onder 19, voor HR 2 februari 2007, «**JOR**» **2007/102** (*Van Emden q.q./Rabobank*). Bij wetenschap zijn daarom alle omstandigheden die ervoor hebben gezorgd dat de transactie tot benadeling heeft geleid, relevant. Denk aan een voor partijen kenbaar groot waardeverschil tussen de te leveren prestaties, de onderlinge relatie van partijen, de aanleiding voor de transactie, de ongebruikelijkheid ervan, de wijze waarop deze is vormgegeven en haar achterliggende doel. Hieruit kan immers ook worden afgeleid (zonder de “brilliance of hindsight”) dat partijen behoorden te weten dat de rechtshandeling tot benadeling zou leiden en dat zij zich dus van het verrichten daarvan hadden behoren te onthouden.

6. In het onderhavige arrest maakt het hof in r.o. 2.8 duidelijk dat bij toepassing van de ABN Amro/Van Dooren q.q. III-maatstaf alle omstandigheden moeten worden meegewogen en niet bepalend is of partijen ten tijde van de bestreden transacties wisten dat de onderneming van de schuldenaar niet meer te redden was, dat een faillissement zou worden aangevraagd, onafwendbaar was of zelfs zeker was. Ook is volgens het hof niet vereist dat de wederpartij inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar. Gelet op de hiervoor weergegeven kritiek kan ik het hof hierin volgen. Uit de omstandigheden blijkt dat VLVDL ten tijde van de transactie materieel insolvent was (r.o. 2.10). Achterstanden (waaronder aan PARO) liepen al maanden op en meerdere schuldeisers zochten verhaal. PARO was hiervan op de hoogte. PARO had zelf ook pogingen gedaan om haar vordering voldaan te krijgen. In december 2012 legde PARO conservatoire derdenbeslagen en in een door haar opgestelde concept-dagvaarding in kort geding had zij opgemerkt dat: “*het faillissement van VLVDL niet valt uit te sluiten.*” (r.o. 2.11). De rechtbank oordeelde (Rb. Den Haag, 7 oktober 2015, «**JOR**» **2016/243**, m.nt. Warringa) dat hiermee nog niet is gezegd dat een faillissement “onafwendbaar” was, omdat een slepende ruzie tussen de bestuurders van VLVDL (die tot een OK-procedure heeft geleid, zie Hof Amsterdam 27 december 2012, «**JOR**» **2013/42**, m.nt. Josephus Jitta) mogelijk snel over zou zijn. Daarom kon volgens de rechtbank niet worden uitgesloten dat de financiële situatie van VLVDL nog zou verbeteren. Gelet op de overige omstandigheden brengt die mogelijkheid volgens het hof echter niet mee dat de transactie niet met de faillissementspauliana zou kunnen worden aangetast (r.o. 2.12). Waar het volgens het hof om gaat, is dat PARO niet heeft willen afwachten of de financiële situatie van VLVDL nog zou verbeteren. De vrachtwagens en containers waren het voornaamste actief van VLVDL en het ging PARO niet daadwerkelijk om de verkrijging daarvan (r.o. 2.13). Zij kocht deze niet in het kader van haar normale bedrijfsuitoefening, maar om deze direct door te verkopen en zo haar vordering op VLVDL voldaan te krijgen. Deze door het hof meegewogen omstandigheden zeggen iets over de onbetamelijkheid van het gedrag van partijen. Het hof concludeert dat uit alle omstandigheden van het geval blijkt dat partijen hebben beoogd verhaalsvoorrang voor PARO te creëren en dat zij wetenschap van benadeling hadden (r.o. 2.14).

7. Deze uitkomst lijkt me juist. Omdat bij wetenschap van benadeling alle voor partijen kenbare omstandigheden relevant zijn, zou daarbij niet bepalend c.q. doorslaggevend moeten zijn of partijen de formele faillietverklaring van de schuldenaar konden voorzien. Een dergelijk vereiste werkt misbruik in de hand, want hoe langer de insolvente schuldenaar zijn faillietverklaring weet uit te stellen, hoe kleiner de kans dat de curator de voorzienbaarheid van die faillietverklaring weet aan te tonen.



