

Waarom toepassing van het ‘tweeledige wetenschaps criterium’ bij art. 42 Fw. als maatstaf onjuist is

Mr. P.R. Dekker en mr. F. Ortiz Aldana, datum 14-08-2014

Veel vakbroeders menen dat de curator de voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana vereiste wetenschap van benadeling, uitsluitend kan bewijzen als ook het faillissement én het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de bij de benadelingshandeling betrokken partijen. Zij zullen daarbij wijzen op Van Dooren q.q./ABN III^[1] en Roeffen q.q./Jaya^[2]. Wij menen dat “wetenschap” ook op andere wijze kan worden bewezen; in voornoemde arresten mag niet het tegendeel worden gelezen.

1. De casus Roeffen q.q./Jaya

De failliet (Damen) had binnen een jaar voor zijn faillissement een nieuwe financiering bij Jaya afgesloten en zijn activa tot zekerheid ondergezet. De met de financiering vrijgekomen gelden zijn onttrokken aan de faillissementsboedel en op geen enkele wijze aan de schuldeisers van Damen ten goede gekomen.^[4] Het Hof Amsterdam oordeelde in rechtsoverweging 3.4 dat er sprake was van verhaalsbenadeling van schuldeisers. Toch slaagde de pauliana-actie van curator mr. Roeffen uiteindelijk niet. In appel struikelde mr. Roeffen over de wetenschap van benadeling, omdat hij volgens het hof niet heeft bewezen dat voor Jaya, ten tijde van de gewraakte rechtshandeling, het faillissement van Damen en het tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid waren te voorzien. In cassatie bleef het oordeel van het hof in stand, met dien verstande dat de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.6 oordeelde dat het criterium “een redelijke mate van *waarschijnlijkheid*” is, en niet “een redelijke mate van *zekerheid*”.

Om vast te stellen óf er sprake was van wetenschap van benadeling, mag in onze optiek echter niet als aanvullende eis worden gesteld dat de curator dient te bewijzen dat de dreiging van het faillissement en het tekort daarin^[5] (hierna: “het faillissementsrisico”^[6]) voorzienbaar behoorde te zijn. Als, naast de voorzienbare benadeling, tevens het faillissementsrisico voorzienbaar was, dan is zulks evident voldoende om de ‘wetenschap’ aan te tonen. Het is echter onjuist om de mogelijkheid van bewijs van ‘wetenschap’ te beperken tot uitsluitend die gevallen, waarin de curator naast de voorzienbaarheid van de benadeling tevens de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico dient aan te tonen. Zulks strookt niet met de bedoeling van de wetgever en past niet in het systeem van de Faillissementswet. Uit Van Dooren q.q./ABN III en Roeffen q.q./Jaya mag volgens ons niet worden afgeleid dat de Hoge Raad het bestaan van een voorzienbaar faillissementsrisico als aanvullende eis hanteert voor de beantwoording van de vraag of de ‘wetenschap’ aanwezig is.

2. Het tweeledige wetenschaps criterium

In Bakker q.q./Katko heeft de Hoge Raad bepaald dat het voorzien van een *kans* op benadeling niet voldoende is. Vereist is dat met een redelijke mate van waarschijnlijkheid, ten gevolge van de te verrichten rechtshandeling, *daadwerkelijke* benadeling van de gezamenlijke schuldeisers was te voorzien. In zijn noot onder dit arrest concludeerde Van Schilfgaarde^[7]:

“Schuldenaar en schuldeiser moesten ook weten of behoren te weten dat een faillissement dreigde en dat er dan een tekort zou blijken te zijn.”

Het enkele feit dat partijen bij een vóór het faillissement verrichte rechtshandeling wisten dat door die rechtshandeling het voor verhaal vatbare vermogen zou verminderen, is volgens Van Schilfgaarde niet voldoende om aan te nemen dat partijen toen wisten of behoorden te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn, zoals art. 42 Fw eist. Wibier^[8] volgt dezelfde gedachtenlijn. Volgens deze redenering is er alleen sprake van wetenschap van benadeling als partijen het faillissementsrisico behoorden te voorzien (Faber^[9] duidde dit aan als het “tweeledige wetenschaps criterium”). De bewijslast ter zake rust op de curator die de bestreden rechtshandeling met een beroep op art. 42 Fw vernietigt. In onze visie beperkt het aanvaarden van deze tweede eis (een voorzienbaar faillissementsrisico) de bruikbaarheid van de actio pauliana in de praktijk feitelijk tot de gevallen waarin de bewijsvermoedens van art. 43 of 45 Fw van toepassing zijn.

Het Hof Leeuwarden noemde in zijn arrest van 20 februari 2008^[10] expliciet het tweeledige wetenschaps criterium en paste dat als zodanig ook toe. Velen hebben het daaropvolgende arrest Van Dooren q.q./ABN III zo gelezen dat ook de Hoge Raad voor het aannemen van wetenschap van benadeling het tweeledige wetenschaps criterium als maatstaf neemt. Zij lezen in het arrest dat er alléén wetenschap van benadeling aanwezig is, als partijen ten tijde van de bestreden rechtshandeling naast de benadeling ook het faillissementsrisico behoorden te voorzien.^[11] De Hoge Raad heeft de

expliciete verwijzing van het Hof Leeuwarden naar het tweeledige wetenschaps criterium echter niet overgenomen, maar slechts geoordeeld dat in dát specifieke geval sprake was van wetenschap van benadeling. Daarvan was sprake omdat was aangetoond dat ten tijde van de gewraakte rechtshandeling het faillissementsrisico voorzienbaar was. In zo'n situatie staat de wetenschap van benadeling vast. Dit is echter slechts een *voorbeeld* van een situatie waarin wetenschap van benadeling bestaat. Men mag het niet omdraaien door te stellen dat áls het faillissementsrisico niet voorzienbaar was, er daarom geen wetenschap van benadeling kán zijn. In zijn arrest van 15 februari 2011^[12] noemde het Hof Leeuwarden het tweeledige wetenschaps criterium niet meer als zodanig, maar paste met verwijzing naar Van Dooren q.q./ABN III het tweeledige wetenschaps criterium wel toe door de aanvullende eis te stellen dat het faillissementsrisico voorzienbaar behoorde te zijn.

3. Kritiek in de literatuur

Faber^[13] heeft consequent kritiek geuit op het tweeledige wetenschaps criterium. Hij betoogt ons inziens terecht, dat wetenschap omtrent een naderend faillissement weliswaar relevant, maar niet vereist noch voldoende is om wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw aan te nemen. Het enige criterium dat volgens Faber vereist is, is of partijen wisten of behoorden te weten dat de bestreden rechtshandeling benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben. Partijen dienen dus slechts de *benadeling* te voorzien en niet tevens het *faillissementsrisico*. Van der Weijden^[14] is het met Faber eens en verwerpt eveneens de visie dat “wetenschap” slechts kan worden bewezen door de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico aan te tonen. Het voorzien van een faillissementsrisico kan wel tot de conclusie leiden dat partijen de benadeling moesten voorzien. Het bewijs van wetenschap van benadeling kan echter ook op een andere wijze worden geleverd. Dat zal nodig zijn in situaties dat de rechtshandeling langer dan één jaar vóór faillissement is verricht en de rechtsvermoedens van art. 43 of 45 Fw niet kunnen worden toegepast. In de jurisprudentie van de Hoge Raad en in lagere rechtspraak zijn hiervan voorbeelden te vinden. In Kin/Emmerig q.q.^[15] oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat uit het aangaan van de gewraakte transactie (een inbetalinggeving) al valt af te leiden dat Kin beseftte dat er weinig meer te halen viel bij de latere failliet, zodat zij (Kin) redelijkerwijs had kunnen en moeten beseffen dat door activa aan diens vermogen te onttrekken andere schuldeisers zouden worden benadeeld. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.^[16] Het Hof 's-Gravenhage oordeelde in Vehmeijer/Schaink q.q.^[17] dat er sprake was van wetenschap van benadeling, enkel omdat Vehmeijer wist dat de latere failliet ten tijde van de gewraakte rechtshandeling financieel aan de grond zat en meerdere schuldeisers verhaal zochten en mogelijk beslag wilden leggen. Faber stelt dat de Hoge Raad nimmer een oordeel van de feitenrechter heeft vernietigd, enkel en alleen omdat de feitenrechter niet aan het criterium “voorzienbaarheid van het faillissementsrisico” heeft getoetst.^[18]

4. Parlementaire geschiedenis 1896 en 1986

De hiervoor verwoorde visie van Faber vindt steun in de parlementaire geschiedenis. Daaruit volgt namelijk dat de wetgever bij de invoering van de Faillissementswet in 1896 vond dat enkel de bekendheid met en het bewustzijn van benadeling, voldoende was om wetenschap van benadeling aan te nemen:

“Vandaar dat de Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den schuldigen derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het gebrek, dat der vervreemding aankleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeisers moedwillig benadeelde.”^[19]

“4

De schuldenaar moet bij het verrichten der handeling de wetenschap bezitten, dat daarvan benadeeling der schuldeisers het gevolg zal zijn. (...) Het Romeinsche recht, in deze materie de bron, waaruit men later steeds putte, vordert eene handeling in fraudem creditorum verricht. Het is echter herhaaldelijk en overtuigend aangetoond, dat hiermede niet bedoeld wordt het oogmerk om te benadelen, maar dat veeleer de wil om te benadelen, het bewustzijn der benadeeling, voldoende is. (...) de wil om te benadeelen bestaat reeds daar, waar de wetenschap is, dat men door zijne handeling benadeelt.”^[20]

Ook voor de pauliana buiten faillissement (art. 3:45 BW) is de voorzienbaarheid van de benadeling voldoende om wetenschap van benadeling aan te nemen.^[21] Als bij art. 42 Fw het voorzien van het faillissementsrisico een aanvullende eis zou worden, dan gaat art. 42 Fw uit de pas lopen met art. 3:45 BW. In dat geval zou een individuele schuldeiser een rechtshandeling vóór het faillissement op grond van art. 3:45 BW wél kunnen vernietigen (als hij kan aantonen dat partijen bij het verrichten daarvan de benadeling behoorden te voorzien), maar de curator – die optreedt namens de gezamenlijke crediteuren – zou diezelfde rechtshandeling *niet* op grond van art. 42 Fw kunnen vernietigen, als hij niet tevens kan aantonen dat partijen het faillissementsrisico behoorden te voorzien. De curator krijgt door het tweeledige wetenschaps criterium een veel zwaardere bewijslast dan de individuele schuldeiser in een vergelijkbaar feitencomplex

buiten faillissement. Helemaal ongerijmd wordt het als men bedenkt dat die individuele schuldeiser zélf de bestreden rechtshandeling (die hij vóór faillissement zélf kon vernietigen), als gevolg van de faillietverklaring niet meer kan vernietigen. Een individuele schuldeiser kan tijdens het faillissement namelijk géén rechtshandelingen vernietigen met een beroep op art. 3:45 BW, omdat de curator daartoe, door het uitspreken van het faillissement, exclusief bevoegd is geworden.^[22] De ratio voor die keuze van de Hoge Raad is alleen verklaarbaar vanuit de gedachte dat de curator tijdens de insolventie dit recht om te vernietigen uitoefent ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Bij die uitleg past het niet om de bevoegdheid van de curator in te perken, althans zijn bewijslast te verzwaren ten opzichte van die van een individuele schuldeiser buiten faillissement. De juistheid van deze visie blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis. Het standpunt dat “wetenschap” alleen bewezen kan worden als naast de voorzienbaarheid van de benadeling tevens het faillissementsrisico was te voorzien, vindt geen steun in de wetsgeschiedenis. De wetgever verlangde niet meer dan bewijs van een bewuste benadeling van schuldeisers en met name niet bewijs van het *oogmerk* om te benadelen. De dragende gedachte daarbij was dat anders de praktische betekenis van de pauliana te beperkt zou worden. Om dezelfde reden menen wij dat de aanvullende eis van voorzienbaar faillissementsrisico niet mag worden gesteld.

“Doorgaans toch zal de bedoeling der handeling, en daarmee het motief voor de handeling, deze zijn, een der schuldeisers te bevoordelen. Verlangt men dus voor de Pauliana meer dan eene wetenschap van den hierboven aangeduiden inhoud, meer dan een desbewust benadeelen, dan zal zij zelden of nooit met vrucht kunnen worden ingesteld, en wordt aan dit rechtsmiddel elke praktische beteekenis ontnomen.”^[23]

De wetgever anno 1986 wilde er bij de wijziging van de Faillissementswet (vooruitlopend op de invoering van het huidige BW) bovendien voor zorgen dat art. 42 Fw en art. 3:45 BW zo veel mogelijk met elkaar in overeenstemming werden gebracht:

“Artikelen 42 tot en met 51. Deze artikelen zijn in hun geheel opnieuw bezien in verband met de artikelen 3.2.11-11b [3:45-47] nieuw BW, die in veel opzichten verder gaan dan wat thans [*lees: voorheen*] in geval van faillissement geldt [*lees: gold*]. Het ligt echter voor de hand dat in geval van faillissement de mogelijkheid om rechtshandelingen wegens benadeling van schuldeisers aan te tasten op zijn minst even ruim of wellicht zelfs ruimer is.”^[24]

Een feitencomplex dat buiten faillissement paulianeus is, zou dat bij de toepassing van het tweeledige wetenschaps criterium niet zijn als niet aan beide criteria (voorzienbaarheid van de benadeling en het faillissementsrisico) wordt voldaan. Toepassing van het tweeledige wetenschaps criterium leidt ertoe dat een op zichzelf paulianeuze rechtshandeling na faillietverklaring niet meer aantastbaar zal zijn als niet tevens de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico kan worden aangetoond. Dit terwijl de wetgever nu juist wilde dat de *faillissementspauliana* ten minste even ruim of wellicht zelfs ruimer zou zijn dan de *pauliana buiten faillissement*. Door toepassing van het tweeledige wetenschaps criterium bij de faillissementspauliana loopt deze niet alleen uit de pas met de pauliana buiten faillissement, maar ook met art. 343 Sr., waar voor bewijs van opzet uitsluitend vereist is dat de handeling van de verdachte de aanmerkelijke kans op verkorting van de rechten van schuldeisers heeft doen ontstaan,^[25] en waar dus niet tevens de eis geldt van voorzienbaarheid van het faillissementsrisico.

5. Roeffen q.q./Jaya nader bezien

In de zaak Roeffen q.q./Jaya toetste de Rechtbank Utrecht in eerste aanleg nog aan het (blijkens de wetsgeschiedenis) juiste criterium: namelijk óf Jaya ten tijde van het verrichten van de bestreden rechtshandeling behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn.^[26] In hoger beroep heeft het Hof Amsterdam echter de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico als extra eis toegevoegd. Het hof is tot de conclusie gekomen dat de curator niet kon aantonen dat het faillissement en het tekort daarin, ten tijde van de bestreden rechtshandeling, met een redelijke mate van zekerheid waren te voorzien.^[27] De curator heeft tegen dát oordeel in cassatie enkel de klacht gericht dat het niet aangaat om te toetsen aan een redelijke mate van *zekerheid*, maar dat getoetst moet worden aan een redelijke mate van *waarschijnlijkheid*. In cassatie is de curator evenwel niet opgekomen tegen de door het hof gebezigde extra eis *an sich*: de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico.^[28] De Hoge Raad heeft in het kader van dat (te) beperkte cassatiemiddel enkel geoordeeld en (uitgaande van de in cassatie niet bestreden maatstaf) kunnen oordelen, over de vraag aan welk bewijs criterium (“zekerheid” of “waarschijnlijkheid”) moet worden voldaan.^[29]

6. Ongewenste gevolgen

Tot welke ongewenste gevolgen toepassing van het tweeledige wetenschaps criterium leidt, blijkt niet alleen uit voornoemd arrest Roeffen q.q./Jaya, maar eveneens treffend uit het al aangehaalde arrest Ontvanger/Brink q.q., waarin het Hof Leeuwarden oordeelde over het volgende feitencomplex. BBN en BBO hadden amper drie weken vóór hun faillissement hun debiteurenportefeuille verpand aan de Ontvanger voor reeds bestaande fiscale schulden. De rechtbank wees de door

de curator gevorderde verklaring voor recht toe, inhoudende dat de verpanding paulianeus was en terecht was vernietigd. Uit rechtsoverwegingen 8 en 14 blijkt dat niet in geschil was dát er sprake was van een onverplichte rechtshandeling en van crediteurenbenadeling door de verpanding aan de Ontvanger. Het hof vernietigde echter de beslissing van de rechtbank en oordeelde in rechtsoverweging 22 en verder, dat de wetenschap van benadeling niet was aangetoond, omdat – kort gezegd – de curator niet had bewezen dat het faillissementsrisico voorzienbaar was.

Het behoeft geen betoog dat dit soort beslissingen het rechtsgevoel geweld aan doen. De prestaties zijn, anders dan het hof oordeelde, evident ongelijkwaardig. De Ontvanger zag slechts af van dwanginvordering en kreeg als tegenprestatie pandrecht op de debiteuren van BBN en BBO ter waarde ruim € 1 miljoen als zekerheid voor zijn tot dat moment ongesecureerde vordering. Welke onderbouwing moet er nu verder worden gegeven om te adstrueren dat dit feitencomplex onder de reikwijdte van art. 42 jo. 43 lid 1 ten 1e Fw valt in de situatie dat er te weinig verhaal is? Als gevolg van het buiten toepassing laten van het rechtsvermoeden van 43 Fw, heeft het hof het wetenschaps criterium ingevuld met de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico, en oordeelde het hof dat de Ontvanger het *faillissementsrisico* niet had behoeven te voorzien. Uit de casus blijkt naar onze mening dat de Ontvanger de *benadeling* zelf wél had behoren te voorzien (die benadeling stond volgens het hof vast), in onze visie is dat voldoende voor een geslaagd pauliana beroep. BBN en BBO hadden al langer dan een jaar betalingsmoeilijkheden en eerdere betalingsregelingen werden niet nagekomen. De Ontvanger was van deze omstandigheden op de hoogte en stelde daarom als voorwaarde voor uitstel van dwanginvordering dat BBN en BBO zekerheid zouden verschaffen voor de reeds bestaande betalingsachterstanden. Deze handelwijze kan alleen ingegeven zijn door de wens van de Ontvanger om zichzelf, ten koste van de verhaalsmogelijkheden van andere schuldeisers, in een betere positie te brengen. Juist bij de uitleg van het wetenschaps criterium kan (en moet) het rechtvaardigheidsgevoel prevaleren. Beslissingen zoals in Ontvanger/Brink q.q. en Roeffen q.q./Jaya bevredigen het rechtsgevoel niet. In die zaken werd immers zonder valide reden één schuldeiser (objectief gezien) bevoordeeld ten detrimente van de gezamenlijke crediteuren terwijl crediteuren werden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. De door ons voorgestane interpretatie van het wetenschaps criterium is een middel bij uitstek voor de rechter om de gelijke behandeling van schuldeisers te verzekeren. Gelet op de pogingen van minister Opstelten om faillissementsfraude tegen te gaan en de taak van curatoren daarbij te vergroten^[30] is toepassing van het tweeledige wetenschaps criterium óók in onze tijd niet in lijn met de bedoeling van de wetgever.

7. Algemene tendens tot inperking bevoegdheden curator

Als men – in strijd met de bedoeling van de wetgever – het tweeledige wetenschaps criterium voortaan als maatstaf hanteert en eist dat curatoren wetenschap van benadeling alleen kunnen aantonen door tevens de voorzienbaarheid van het faillissementsrisico aan te tonen, dan wordt het instrumentarium van curatoren verder ingeperkt. Dit past helaas in een tendens waarbij de rechter de handhavingsbevoegdheden van curatoren over de volle breedte beperkt. Het aantonen van *het feitelijk beleidsbepaler zijn*, is voor curatoren al praktisch onmogelijk geworden door de enge interpretatie van het criterium *met terzijdestelling van het bestuur*^[31] dat vooral in lagere rechtspraak wordt gehanteerd. De Peeters/Gatzen-vordering wordt ingeperkt door de introductie van de peildatumleer en de bijbehorende drang om meerdere groepen schuldeisers te onderkennen.^[32] Het aantasten van de bodemverhuurconstructie is voor curatoren nauwelijks meer mogelijk.^[33] In een tijd waarin enerzijds de overheid krimpt, terugtreedt en bezuinigt op handhaving en anderzijds van curatoren verwacht dat zij faillissementsfraude krachtiger bestrijden, helpt de gesignaleerde tendens niet om dat resultaat te bereiken. De rechter is aan zet.

8. Conclusie

Uit de parlementaire geschiedenis, de systematiek van de Faillissementswet (daaronder begrepen het primaat van de curator om namens de gezamenlijke crediteuren de pauliana-actie in te stellen) en uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat ten aanzien van de voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana vereiste “wetenschap van benadeling”, noodzakelijk maar ook voldoende is, dat de curator aantoont dat ten tijde van de gewraakte rechtshandeling partijen de *verhaalsbenadeling* met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien. Als het faillissementsrisico reeds was te voorzien, dan zal doorgaans daarmee de vereiste wetenschap van benadeling zijn gegeven. Dat betekent echter niet dat wetenschap van benadeling alleen in die situatie aanwezig kan zijn.

Voetnoten

[1]

HR 22 december 2009, *RI* 2010/17, *JOR* 2011/19 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

[2]

HR 29 november 2013, *RJ* 2014/12, *NJ* 2014/9 (Roeffen q.q./Jaya B.V.).

[3]

Gelieve dit artikel aan te halen als: P.R. Dekker en F. Ortiz Aldana, 'Waarom toepassing van het "tweeledige wetenschaps-criterium" bij art. 42 Fw. onjuist is' *Tv* 2014/34, P.R. Dekker en F. Ortiz Aldana zijn beiden als advocaat werkzaam bij Dekker en Smits advocaten te Rosmalen.

[4]

Damen lijkt vrijelijk in Luxemburg over € 765.000 te kunnen beschikken, kennelijk grotendeels afkomstig uit het van Jaya aangetrokken krediet en Damen heeft daarvan in ieder geval € 250.000 opgenomen (vide 10e openbare faillissementsverslag, d.d. 3 september 2013, par 5.1, 5.3, en 9).

[5]

Aan de bijkomende eis dat een tekort in het faillissement voorzienbaar behoorde te zijn, komt naar onze mening nauwelijks zelfstandige betekenis toe, nu minder dan 1% van de faillissementen eindigt met volledige betaling van alle schuldeisers.

[6]

De term "faillissementsrisico" is geïntroduceerd door B. Vermue in 'Wetenschap en de pauliana na ABN AMRO/Van Dooren q.q. III', *Tv* 2011/9.

[7]

Zie zijn noot bij het arrest HR 17 november 2000, *NJ* 2001/272 (Bakker q.q./Katko).

[8]

R.M. Wibier, 'De centrale plaats van de wetenschap in de pauliana', *WPNR* 6548/2003, p. 732-735.

[9]

Hof Leeuwarden 20 februari 2008, *JOR* 2008/141, m.nt. Faber.

[10]

Hof Leeuwarden 20 februari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC5059, *JOR* 2008/141 (ABN/Van Dooren q.q.), r.o. 4.

[11]

Zie hierover o.a. B. Vermue, 'Wetenschap en de pauliana na ABN AMRO/Van Dooren q.q. III', *Tv* 2011/9 en M.M.S. ter Beek-Ehren & F.J. Laagland, 'Voorziet de Ontvanger minder snel een faillissement dan een bank?!', *FIP* 2011/7, p. 188 e.v.

[12]

Hof Leeuwarden 15 februari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP7440, *JOR* 2011/268 (Ontvanger/Brink q.q.).

[13]

Vgl. Faber, *Verrekening* (2005), nr. 307 en noten van Faber onder Rb. Leeuwarden, 17 januari 2007, *JOR* 2007/250 onder 5, Hof Leeuwarden 28 februari 2007, *JORc* 2008/141 onder 6 en HR 22 december 2009, *JOR* 2011/19 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III) onder 3.

[14]

R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

[15]

HR 18 december 1992, *NJ* 1993/169 (KIN/Emmerig q.q.).

[16]

Vgl. verder HR 16 februari 1996, *NJ* 1996/367 (Divi/Berkel) en HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001/654, *JOR* 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.) en Rb. Leeuwarden 1 juli 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BJ2525, *JOR* 2010/25, m.nt. Faber (Stoker q.q./De Gries).

[17]

Hof 's-Gravenhage 9 november 2004, *JOR* 2005/283 (Vehmeijer/Schaik q.q.).

[18]

Punt 3 van noot Faber onder Van Dooren q.q./ABN AMRO III.

[19]

Van de Feltz-I, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 433.

[20]

Van de Feltz-I, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 439.

[21]

HR 26 augustus 2003, *NJ* 2004/549, *JOR* 2003/211 (UPC), conclusie A-G mr. Timmerman ow. 3.19 en r.o. 3.5.2 "redelijke mate van waarschijnlijkheid dat schuldeisers zullen worden benadeeld".

[22]

Zie art. 49 Fw., HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, *JOR* 2002/37 (Lunderstadt/De Kok), conclusie A-G mr. Huydecooper ow. 16 en r.o. 3.4.4 en HR 12 april 1985, *NJ* 1986/808 (Ontvanger/NMB).

[23]

Van de Feltz-I, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 440.

[24]

Wet van 7 mei 1986, Stb. 295, MvT 16 593 (Van de Feltz-III, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 124).

[25]

HR 9 februari 2010, *RI* 2010/33, *NJ* 2010/104.

[26]

Rb. Utrecht 26 mei 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM5693, *JOR* 2010/254, r.o. 4.19 slotzin.

[27]

Hof Amsterdam 15 november 2011, 265998/HA ZA 09-921, r.o. 3.8 (niet gepubliceerd).

[28]

Onder 2.7 cassatiedagvaarding: "(...) met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien (...). Waar het Hof zichzelf de vraag heeft gesteld of Jaya kon voorzien dat een faillissement van Damen en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen, is het Hof bij zijn oordeel ter zake de wetenschap van benadeling uitgegaan van een andere en te strenge maatstaf."

[29]

Roeffen q.q./Jaya B.V. r.o. 3.6.

[30]

Zie hierover W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tv* 2013/13.

[31]

De enge interpretatie van "feitelijke terzijdestelling" zoals volgt uit Hof 's-Gravenhage 26 september 2000, *JOR* 2001/24 (P&P Partners B.V.) en Rb. Groningen 31 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB2792, *JOR* 2007/226, en Rb. 's-Hertogenbosch, 14 november 2012, *LJN* BY3006 zorgt ervoor dat dit soort vorderingen van curatoren weinig kansrijk zijn. Hof 's-Hertogenbosch 23 september 2003, *JOR* 2004/5 (Bonbosch B.V.) lijkt een uitzondering op die enge interpretatie. A-G mr. L. Timmerman betoogt in zijn conclusie bij HR 2 september 2011, *RvdW* 2011/1046 (ARG Ltd./Van Schuppen q.q.) dat uit de wetsgeschiedenis naar zijn mening blijkt dat het vereiste van feitelijke terzijdestelling juist niet letterlijk genomen moet worden, en stelt een ruimere interpretatie voor. Gedogen door de formele directie zonder terzijdestelling kan eveneens aansprakelijkheid voor de beleidsbepaler met zich brengen, HR 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9710, *JOR* 2007/7 (Lebon/Hellendoorn q.q.).

[32]

Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *RO* 2009/42; Rb. Den Haag 18 september 2013, *RO* 2014/5; Rb. 's-Hertogenbosch 16 mei 2012, *RI* 2012/88, *JOR* 2013/144 en Rb. Amsterdam 24 juli 2013, *RI* 2013/114, ECLI:NL:RBAMS:2013:6471.

[33]

HR 11 april 2014, *RI* 2014/54, *NJ* 2014/203.