Het gevolg van Van Dooren q.q./ABN AMRO III:

Voorziet de Ontvanger minder snel een faillissement dan een bank?!

Mr. Drs. M.M.S. (Mignon) ter Beek-Ehren en mr. F.J. (Frank) Laagland

Inleiding

Op 22 december 2009 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten in het laatste deel van de trilogie Van Dooren q.q./ABN AMRO.[1] De Hoge Raad oordeelde daarin, voorzover van belang in het kader van dit artikel, over de vraag wanneer sprake is van wetenschap van benadeling in de zin van de faillissementspauliana van artikel 42 Fw. Daarvan is sprake "*indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte*."[2] Deze maatstaf geldt ook bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan noodlijdende ondernemingen, aldus de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.9 van het arrest.

In dit artikel zullen we eerste kort de feiten uiteen zetten die in deze zaak speelden en uiteraard ook kort ingaan op de eerdere oordelen van de Hoge Raad in deze kwestie op 16 juni 2000 en 8 juli 2005.[3] Daarna zullen we nader ingaan op de laatste en definitieve uitspraak in deze kwestie op 22 december 2009. Vervolgens zullen wij de relevante rechtspraak bespreken die na het arrest inmiddels is gewezen om na te kunnen gaan hoe feitenrechters het oordeel van de Hoge Raad in de praktijk tot op heden toepassen. Daarbij proberen wij antwoord te krijgen op de vraag welke maatstaf de feitenrechters hanteren voor het oordeel dat de schuldenaar en de andere partij (waar de gewraakte rechtshandeling om baat mee is verricht) met een redelijke mate van waarschijnlijkheid een faillissement (met een tekort daarin) konden voorzien. Tot slot sluiten we af met een conclusie.

Feiten en 'voorgeschiedenis'

In 1991 heeft ABN AMRO aan een groep ondernemingen, waaronder L.G. Hendriks Beheer Cuijk B.V., hierna '*Hendriks Beheer*', een krediet in rekening courant verstrekt, waarvoor de bank een aantal zekerheden kreeg. Op 5 november 1993 is dit krediet verhoogd, in verband waarmee Hendriks Beheer aanvullende zekerheid heeft toegezegd, te weten enkele hypotheken. De hypotheken werden op 3 december 1993 gevestigd. De hypotheken zijn uiteindelijk verleend voor het volledige krediet, dus voor zowel het bestaande als het nieuwe

* werkzaam bij VMBS Advocaten B.V. te Eindhoven; met dank aan mr. T.C.M.L. (Tanja) Oosterhof tevens werkzaam bij VMBS Advocaten B.V.

[1] Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19.

[2] Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19, r.o. 3.7.

[3] Hoge Raad 16 juni 2000, NJ 2000, 578 en JOR 2000/201, Van Dooren q.q./ABN AMRO I en Hoge Raad 8 juli 2005, JOR 2005/230 Van Dooren q.q./ABN AMRO II.

krediet. In verband met de verslechterende financiële positie van onder meer Hendriks Beheer, is er in november en begin december 1993 intensief overleg geweest tussen de bank en de onderneming. Een paar dagen na de hypotheekverlening heeft Hendriks Beheer voorlopige surseance gevraagd en verkregen, welke kort daarna, op 13 december 1993, is omgezet in een faillissement. De curator beroept zich op artikel 42 en 47 Fw en 6:162 BW en stelt vorderingen in die strekken tot vernietiging dan wel ongedaanmaking van de op 3 december 1993 gevestigde hypotheken. De curator heeft onder meer gesteld dat de toezegging tot zekerheidstelling door Hendriks Beheer op 5 november 1993 moet worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling voor niet opeisbare schulden als bedoeld in artikel 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw. Wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 lid 1 Fw, wordt dan ook vermoed aanwezig te zijn aan zowel de zijde van de bank als Hendriks Beheer, aldus de curator.

De faillissementspauliana van artikel 42 Fw bevat drie vereisten, te weten:

1. onverplichte rechtshandeling;
2. benadeling van schuldeisers;
3. wetenschap van benadeling.

Op 16 juni 2000 heeft de Hoge Raad zich voor het eerst in deze kwestie uitgelaten, en wel met name over het eerste vereiste.[4] In de tweede uitspraak van de Hoge Raad in deze zaak stond het tweede vereiste centraal en achtte de Hoge Raad een verschuiving in verhaalspositie in beginsel nadelig voor de resterende schuldeisers.[5]

<u>Van Dooren q.q./ABN AMRO III: wetenschap van benadeling</u>

In het derde en laatste oordeel van de Hoge Raad in deze kwestie, speelt met name de vraag of er sprake is van wetenschap van benadeling van schuldeisers in de zin van artikel 42 Fw en wat daarbij het te hanteren criterium is. Het uitgangspunt is volgens de Hoge Raad of 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 in dit geval de bank. De Advocaat-Generaal (A-G) benadrukt nog dat daarbij sprake moet zijn van wetenschap van werkelijke benadeling en dat wetenschap van een kans op benadeling niet voldoende is.[6]

De bank heeft betoogd dat wanneer de zekerheidverstrekking ziet op aanvullend krediet aan een in problemen verkerende onderneming, de vereiste redelijke mate van waarschijnlijkheid slechts valt aan te nemen indien en voor zover de bank ten tijde van de

---

[4] Hoge Raad 16 juni 2000, NJ 2000, 578 en JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I).
[5] Hoge Raad 8 juli 2005, JOR 2005/230 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).
[6] Conclusie Advocaat-Generaal onder punt 28 voor Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19 en met verwijzing naar HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257 nt. WMK (Ontvanger/Pelicaan) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 272, nt. PvS (Bakker q.q./Katko). Zie ook HR 26 augustus 2003, NJ 2004, 549 met betrekking tot de algemene pauliana.

aanvullende kredietverlening beschikt over (voldoende) dwingende aanwijzingen dat de onderneming desondanks zal failleren, althans dat zij niet meer mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn. De Hoge Raad stelt echter dat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de maatstaf voor wetenschap van benadeling. Deze maatstaf geldt ook bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan noodlijdende ondernemingen, aldus de Hoge Raad.[7] Ook de Advocaat-Generaal geeft aan dat dit betoog van de bank naar zijn mening te ver gaat.[8] Het nadere betoog van de bank dat er slechts een beperkte onderzoeksplicht zou zijn van de bank in deze omstandigheden (financiering bedrijf in moeilijkheden tegen zekerheidverschaffing), gaat dus ook niet op. Dit geldt ook als een onderzoek niet of nauwelijks mogelijk is, hoewel de Hoge Raad dat in dit arrest in het midden laat nu er wel een interne rapportage lag van de bank die als een dergelijk onderzoek had te gelden. De A-G betoogt overigens dat als een nader onderzoek niet goed mogelijk is in deze omstandigheden, er van de bank (en de onderneming) juist extra voorzichtigheid mag worden verlangt.[9]

Uit het oordeel van de Hoge Raad volgt dat banken, alvorens aanvullende kredietverlening te verstrekken aan een noodlijdend bedrijf tegen het stellen van nieuwe zekerheden, eerst een naar gelang van de omstandigheden toereikend onderzoek moeten doen en aldus de beschikbare financiële gegevens dienen te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van de schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien.[10] In deze zaak was sprake van het wettelijk vermoeden van het bestaan van wetenschap als genoemd in artikel 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw, te weten een rechtshandeling ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld.[11] Dit wettelijk vermoeden heeft de bank niet kunnen weerleggen, althans zij heeft dit onvoldoende gemotiveerd betwist. Aan bewijslevering is de bank niet toegekomen omdat de bank onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd om het wettelijk vermoeden te weerleggen. Uiteindelijk blijft de bank dus zonder de hypotheekrechten d.d. 3 december 1993 achter, deze zijn vernietigd.

De praktijk na Van Dooren q.q./ABN AMRO III

De Hoge Raad heeft zich uitgelaten over de situatie dat geen, althans onvoldoende onderzoek is gedaan door de (in casu) bank om vast te stellen of de onderneming

[7] Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19, Van Dooren q.q./ABN AMRO III, r.o. 3.7.
[8] Conclusie Advocaat-Generaal onder punt 34 voor Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19.
[9] Conclusie Advocaat-Generaal onder punt 35 voor Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19.
[10] Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19, Van Dooren q.q./ABN AMRO III, r.o. 3.10.
[11] De discussie over de vraag of het ging om een niet opeisbare schuld laten wij in dit artikel buiten beschouwing. De bank had betoogd dat artikel 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw, niet van toepassing is bij toekomstige schulden. Zowel Hof als HR hebben dit verworpen nu vaststond dat de zekerheden niet alleen voor toekomstige schulden waren, maar ook voor de reeds bestaande. Het Hof had daaraan nog toegevoegd dat die opvatting van de bank ook geen steun vindt in de tekst of in de ontstaansgeschiedenis van de bepaling (zie overweging 20 A-G in Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

levensvatbaar was of niet. De Advocaat-Generaal bij de uitspraak Van Dooren q.q./ABN AMRO III gaat daar kort op in. Hij stelt dat bij een dergelijke reddingsoperatie door de bank aan het vereiste van wetenschap van benadeling is voldaan als de betrokken bank en onderneming in de omstandigheden van het concrete geval met een redelijke mate van waarschijnlijkheid hadden kunnen voorzien dat de reddingsoperatie niet tot succes kon leiden en de reddingsoperatie toch wordt doorgezet met opvolgend een faillissement. Als echter sprake is van een bonafide reddingsoperatie en heeft deze geen succes gehad omdat een faillissement toch is gevolgd, dan kwalificeert de omstandigheid dat andere schuldeisers van de operatie per saldo nadeel hebben geleden, de reddingsoperatie niet als paulianeus, aldus de A-G.[12] Wanneer is echter sprake van een bonafide reddingsoperatie?

Relevante vraag in dit kader is of de aanwezigheid van een onderzoek (met als conclusie dat de onderneming levensvatbaar zou kunnen zijn) voldoende is om aan te nemen dat geen sprake is van een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat een faillissement is te verwachten en hoe een dergelijk onderzoek tot stand moet zijn gekomen (intern of extern onderzoek?). En voorts is van belang na te gaan of de tijd van belang kan zijn voor het antwoord op deze vraag. Mocht geen onderzoek als voornoemd zijn uitgevoerd, de rechtshandeling wordt verricht en er verstrijkt een aantal maanden, een half jaar, een jaar of nog langer, kan dan sprake zijn (en zo ja wanneer) dat niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid een faillissement was te voorzien? Of loopt die redelijke mate van waarschijnlijkheid dan oneindig door (hetgeen wij ons niet kunnen voorstellen)?

Hieronder volgt een weergave van de voor de hiervoor gestelde vragen relevante uitspraken van feitenrechters in de periode na Van Dooren q.q./ABN AMRO III.

Rechtbank Utrecht, 26 mei 2010[13]

In een procedure bij de rechtbank Utrecht waarin op 26 mei 2010 uitspraak is gedaan, lagen de feiten anders. De onderneming Jaya B.V., een professionele geldverstrekker, heeft op basis van een overeenkomst van 4 augustus 2008 een bedrag van € 525.000,- geleend aan de heer A, zulks in combinatie met zekerheidsverschaffing. Op het onroerend goed van A is een hypotheekrecht gevestigd en diverse zaken, alsmede zijn vorderingen op derden, zijn verpand aan Jaya. De heer A is op 10 maart 2009 failliet verklaard. De curator beroept zich in deze procedure onder meer op vernietiging van de overeenkomst van geldlening op grond van de faillissementspauliana. De rechtbank Utrecht volgt de curator in dit betoog en stelt dat aan alle voorwaarden voor het inroepen van de faillissementspauliana is voldaan.

[12] Conclusie Advocaat-Generaal onder punt 34 voor Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19, waarbij hij tevens verwijst naar de conclusie onder 16 van A-G Huydecoper voor HR 2 februari 2007, JOR 2007, 102.

[13] Rechtbank Utrecht 26 mei 2010, JOR 2010/254, Jaya/Roeffen q.q. en ASR.

Wat betreft het vereiste van wetenschap van benadeling stelt de rechtbank voorop dat dit ook ziet op de geobjectiveerde wetenschap, het behoren te weten. De rechtbank somt voorts diverse feiten en omstandigheden op die meebrengen dat van Jaya als professioneel geldverstrekker verwacht mag worden dat zij enig onderzoek zou hebben gedaan naar de schuldpositie van A als leningnemer. Jaya heeft dit niet gedaan. De omstandigheden die hier een rol speelden, zijn onder meer de volgende:

- Jaya heeft er aan meegewerkt dat A zijn volledige actief liquide heeft kunnen maken tegen het stellen van zekerheid op dat actief;
- Jaya wist dat A het geleende geld vooral consumptief zou besteden;
- Jaya wist dat A geen financiering kon krijgen bij een bank;
- A verzocht om het geleende bedrag te betalen op een buitenlandse bankrekening;
- Jaya wist ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van geldlening, althans had behoren te weten, dat zij spoedig de verstrekte zekerheden moest gaan uitwinnen, met het gevolg dat andere crediteuren het nakijken zouden hebben.

Door onder deze omstandigheden na te laten de schuldpositie van A te onderzoeken, oordeelt de rechtbank in rechtsoverweging 4.19 dat Jaya een lening aan A heeft verstrekt in ruil voor zekerheidsrechten, terwijl zij behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn. Dit is derhalve een feitelijke situatie waarin wel onderzoek gedaan had moeten worden door de geldverstrekker, maar dit niet is gedaan en door de rechtbank conform het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III) is vastgesteld dat sprake is van wetenschap van benadeling. Wij leiden hieruit af dat de voorwaarden gesteld aan een bankinstelling in Van Dooren q.q./ABN AMRO III tevens gelden voor een andere professionele geldverstrekker.

Rechtbank Zutphen, 17 juni 2010[14]

In een uitspraak van de rechtbank te Zutphen oordeelt de Voorzieningenrechter van de rechtbank in kort geding op 17 juni 2010 dat er in die kwestie sprake is van de faillissementspauliana. Met betrekking tot het oordeel omtrent wetenschap van benadeling verwijst de Voorzieningenrechter expliciet naar de uitspraak van 22 december 2009 inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO III.

In deze kwestie heeft de onderneming Trend Graphic Services B.V. (hierna '*Trend*') op of omstreeks 19 augustus 2009 enkele machines verkocht aan één van de zeven gedaagde ondernemingen, hierna te noemen '*Veldkamp*'. Een zustervennootschap, hierna '*Drent*' was reeds op 6 juli 2009 failliet verklaard. Op 30 november 2009 is Trend ook failliet verklaard en de curatoren hebben nadien de koopovereenkomst tussen Trend en Veldkamp vernietigd op basis van de faillissementspauliana nu is gebleken dat de zaken vele malen meer waard zijn dan waarvoor ze aan Veldkamp zijn verkocht. Allereerst heeft de rechtbank vastgesteld dat

[14] Rechtbank Zutphen 17 juni 2010, JOR 2011/20, Brandsma en König q.q./Veldkamp c.s.

alle ondernemingen die zijn gedagvaard, worden bestuurd door drie natuurlijke personen die familie zijn van elkaar. Dit is voor de rechtbank aanleiding om de wetenschap van één van de gedaagden ook aan de anderen toe te rekenen. Omdat Trend voor haar activiteiten in grote mate afhankelijk was van Drent, was door het faillissement van Drent voor partijen duidelijk dat ook een faillissement van Trend onvermijdelijk was. Zowel Trend als Veldkamp hadden derhalve ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het faillissement van Trend kunnen voorzien. De vastgestelde feiten en omstandigheden maakten volgens de rechtbank dat ook het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien.

Bij de feiten van deze uitspraak ontbreekt een rapport van een financieel deskundige, maar de rechter oordeelt uit de feiten en omstandigheden dat een faillissement van de ene vennootschap noodzakelijk het faillissement van de andere vennootschap tot gevolg zou hebben. In dit kader zou het interessant zijn geweest als wél een rapport aanwezig zou zijn waaruit de levensvatbaarheid zou blijken (voorzover dat gelet op de feiten mogelijk zou zijn) en hoe de rechtbank dan had geoordeeld.

Gerechtshof Leeuwarden, 15 februari 2011[15]
In een uitspraak van het Gerechtshof te Leeuwarden op 15 februari 2011 tussen de Ontvanger en de curator in het faillissement van twee bouwbedrijven, is het beroep van de curator op de faillissementspauliana verworpen. De curator had de vernietiging ingeroepen van de rechtshandeling tot verpanding van de vorderingen op debiteuren aan de Ontvanger.

De Ontvanger had een maand voor het faillissement van de bouwbedrijven met hen de afspraak gemaakt dat vorderingen op debiteuren zouden worden verpand aan de Ontvanger in ruil waarvoor de Ontvanger bereid was haar invorderingsmaatregelen (langer) gestaakt te houden. Met betrekking tot het vereiste van wetenschap van benadeling bij beide partijen beriep de curator zich op de bewijsvermoedens van artikel 43 lid 1 onder 1° en onder 2° Fw. De curator stelde dat de waarde van de prestaties van de bouwbedrijven (verpanding) de waarde van de prestatie van de Ontvanger (staken invorderingsmaatregelen) aanmerkelijk overtrof respectievelijk dat de verpanding deels plaatsvond voor niet opeisbare schulden. Dit beroep is door het Hof verworpen omdat de curator dit onvoldoende had onderbouwd. Nu de bewijsvermoedens niet opgingen, heeft het Hof vervolgens gekeken of er ten aanzien van de Ontvanger was voldaan aan de eis van wetenschap van benadeling en verwijst daarbij in rechtsoverweging 22 uitdrukkelijk naar de rechtsregel uit Van Dooren q.q./ABN AMRO III. Volgens het Hof is deze wetenschap niet komen vast te staan. De omstandigheden dat de ondernemingen hun lopende verplichtingen niet bijhielden, dat kort daarvoor achterstanden waren in de afdracht van loonbelasting, premie volksverzekeringen en omzetbelasting, brengen niet mee dat het faillissement en een tekort daarin met een

[15] Gerechtshof Leeuwarden 15 februari 2011, JOR 2011/268, Ontvanger/Brink q.q.

redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. De curator had het bestaan van de wetenschap ook onvoldoende onderbouwd.

Bij de voornoemde, door het Hof opgesomde, feiten is de reeks van gebeurtenissen en het tijdsverloop interessant te noemen. Als eerste feit noemt het Hof een brief van eind juni 2003 (de gewraakte rechtshandeling is van 5 oktober 2004), waaruit zou volgen dat de schuldenaar betalingsachterstanden had. Volgens het Hof wil dit niet zeggen dat de Ontvanger op 5 oktober 2004 het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. Wellicht dat hieruit zou kunnen worden afgeleid dat een aanwijzing die zich langer dan een jaar daarvoor voordeed, niet voldoende is. Er moet zich blijkbaar een extra/volgend signaal voordoen dat in tijd dichter bij de betreffende rechtshandeling ligt. Maar het Hof vervolgt in de vaststelling dat eind juli 2004 de Ontvanger bekend was dat sprake was van een achterstand in de afdracht van meerdere belastingen. Dit zou toch een signaal kunnen zijn zoals wij hiervoor noemden, dat dichter bij de datum van 5 oktober 2004 ligt. Echter volgens het Hof is uit deze wetenschap voor de Ontvanger niet af te leiden dat op 5 oktober 2004 het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien. Het Hof hecht wel veel waarde aan een brief van 19 augustus 2004, waarin is opgenomen dat plichten over juni worden voldaan en dat plichten over juli iets later zouden worden voldaan. Daarna zou de latere failliet, volgens deze brief, weer in de pas lopen en houdt de Ontvanger de vinger aan de pols. Met andere woorden er zijn mededelingen van de latere failliet dat alles goed komt en de Ontvanger vraagt hier geregeld naar (althans dat is wat wij begrijpen uit het houden van 'een vinger aan de pols', zoals het Hof formuleert). Wij zouden hier de voorzichtige conclusie uit willen trekken dat het vragen van informatie aan de debiteur en zijn/haar positieve antwoorden blijkbaar voldoende kunnen zijn voor de crediteur (in casu de Ontvanger) om te voorkomen dat deze crediteur met een redelijke mate van voorzienbaarheid een faillissement zou moeten verwachten. Verloop van tijd zou, gelet op het arrest, minder van belang zijn, het vragen naar de stand van zaken des te meer. Een daadwerkelijk onderzoek werd van de Ontvanger niet verlangd. Kanttekening hierbij is dat het in casu de Ontvanger betreft, waarbij wellicht en naar verwachting een bankinstelling (en daarbij tevens een professionele geldverstrekker) een zwaardere zorgplicht zal hebben conform de constante jurisprudentie en het slechts houden van een vinger aan de pols onvoldoende zal zijn, waar dit volgens het Hof voor de Ontvanger in deze kwestie wel voldoende was.

Rechtbank Amsterdam, 23 maart 2011[16]
In deze kwestie was sprake van de bekrachtiging van vóór de oprichting van een besloten vennootschap verrichte rechtshandelingen, namelijk ten aanzien van de vestiging van pandrechten tegen over een verstrekte financiering. Enkele maanden later failleert de pandgever. De rechtbank oordeelt dat de betreffende bekrachtiging een eenzijdige

[16] Rechtbank Amsterdam 23 maart 2011, JOR 2011/270 en RI 2011/64, De Weijs q.q./Shatho.

rechtshandeling is die in beginsel vernietigbaar is ex artikel 42 Fw. Relevant detail is dat de zekerheidsgerechtigde, Shatho Beheer B.V. (hierna '*Shatho*'), ook meerderheidsaandeelhouder was van de gefailleerde onderneming. Voor het antwoord op de vraag of sprake was van wetenschap van benadeling wordt uitdrukkelijk verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2009 inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO III. Voor het tijdstip waarop van wetenschap sprake moet zijn geweest, houdt de rechtbank het moment van de bekrachtiging van de rechtshandelingen aan. De curator heeft zich beroepen op het wettelijke vermoeden van wetenschap ex artikel 43 lid 1 onder 2° en 6° Fw. Dit beroep van de curator slaagt.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de feiten en omstandigheden meebrengen dat ook zonder dit wettelijk vermoeden vaststaat dat het faillissement van de schuldenaar en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien. Hiertoe brengt zij het volgende naar voren. Het faillissement is uitgesproken op 9 december 2008. Op 25 augustus 2008 heeft de schuldenaar rechtshandelingen bekrachtigd, waaronder geldleningen en rekening courant verhoudingen. De rechtbank oordeelt dat de omzet in juli en augustus 2008 aanzienlijk achterliep op de begroting en dat ook in die periode de belangrijkste afnemer de relatie had beëindigd. Het resultaat over de voornoemde maanden was dan ook behoorlijk negatief. De onderneming was volledig met vreemd geld gefinancierd en beschikte niet over enige financiële reserves. Enige mogelijkheid om te overleven zou zijn geweest dat de omzet op korte termijn fors zou aantrekken of een nieuwe externe financier gevonden zou worden. De geldverschaffer, Shatho, zou hier van op de hoogte zijn geweest, omdat zij de tweewekelijkse vergaderingen waarin de cijfers werden besproken steeds bijwoonde. Shatho heeft wel gesteld maar onvoldoende bewezen (lees: concrete namen genoemd of gegevens verstrekt) dat de onderneming nog 'pitches' had uitstaan en er dus voldoende uitzicht bestond op verbetering van de financiële situatie. Een gespreksverslag van 24 oktober 2008 tussen het bestuur van de latere failliet en Shatho, waaruit de voorziene mogelijkheden voor nieuwe cliënten, werk en een nieuwe investeerder bleken, wordt door de rechtbank als onvoldoende gemotiveerd terzijde geschoven. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat deze rechtbank het uitzicht op verbetering zeer concreet voorgeschoteld wenst te zien. Het informeren en het houden van een 'vinger aan de pols' wordt door deze rechtbank als onvoldoende geacht, waarbij nogmaals wordt opgemerkt dat Shatho meerderheidsaandeelhouder was. Dit lijkt een andere positie te zijn dan een, wat meer op afstand opererende bankinstelling, professionele geldverstrekker of de Ontvanger.

<u>Conclusie</u>

De door de Hoge Raad inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO III[17] geformuleerde maatstaf met betrekking tot wetenschap van benadeling had in die kwestie betrekking op de

[17] Hoge Raad 22 december 2009, NJ 2010, 273 en JOR 2011/19.

onverplichte toezegging tot zekerheidstelling als dekking voor aanvullende bancaire kredietverlening aan een noodlijdende onderneming. Uit de rechtspraak die nadien is gewezen over de faillissementspauliana blijkt dat die maatstaf in alle gevallen van een beroep op de faillissementspauliana wordt toegepast, maar dat voor een geslaagd beroep van essentieel belang is hoe de feiten komen vast te staan, alsmede hoe de feitenrechter deze feiten en omstandigheden beoordeelt. Daarbij geldt dat de curator de stelplicht en bewijslast heeft ten aanzien van alle onderdelen van de faillissementspauliana, tenzij sprake is van één van de wettelijke vermoedens genoemd in artikel 43 of 45 Fw, in welk geval tegenbewijs kan worden geleverd. De hiervoor behandelde uitspraken tonen nog maar eens aan hoe belangrijk het is dat het feitencomplex goed wordt verwoord, omdat meermalen toch wordt geoordeeld dat sprake is van het niet of onvoldoende gemotiveerd stellen, waarna argumenten terzijde worden geschoven.

Enkele voorzichtige conclusies die op basis van de thans aanwezige rechtspraak kunnen worden getrokken zijn de navolgende:

1. Bankinstellingen en andere professionele geldverstrekkers dienen onderzoek te doen naar de schuldpositie (financiële situatie) van de debiteur alvorens onverplichte rechtshandelingen worden verricht (zie naast Hoge Raad 22 december 2009 ook Rechtbank Utrecht 26 mei 2010)[18].
2. Het is nog niet helder wat het oordeel van de rechter zal zijn als een rapport van een financieel deskundige aanwezig is waar de levensvatbaarheid uit zou blijken, maar de onderneming toch failleert. De A-G bij Hoge Raad 22 december 2009 neemt hier wel een voorschot op en geeft aan dat bij een bonafide reddingsoperatie geen sprake zal zijn van wetenschap van benadeling.[19]
3. Uit Hof Leeuwarden 15 februari 2011[20] is af te leiden dat als de Ontvanger een vinger aan de pols houdt dit als voldoende wordt geacht om geen wetenschap van benadeling aan te nemen, ook als twee maanden voor de betreffende rechtshandeling de latere failliet aangeeft dat zij weliswaar achterstanden heeft, maar dat dit in de nabije toekomst zal worden verholpen;
4. Als een meerderheidsaandeelhouder als geldverstrekker heeft gefungeerd dan worden de eisen strikter volgens de Rechtbank Amsterdam 23 maart 2011[21]. In dat geval besloot de Rechtbank dat sprake was van wetenschap van benadeling omdat de geldverstrekker wist dat gedurende twee maanden slechte resultaten werden behaald en er onvoldoende mogelijkheden werden onderbouwd om de financiële positie op korte termijn te verbeteren.
5. De uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 23 maart 2011 afgezet tegen de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 15 februari 2011 (waarin signalen met een

[18] Zie respectievelijk voetnoot 1 en 13.
[19] Zie voetnoot 12.
[20] Zie voetnoot 15.
[21] Zie voetnoot 16.

zelfde korte termijn vóór faillissement voor de Ontvanger niet leidden tot aanvaarding van wetenschap van benadeling) geeft ons het inzicht dat de wetenschap van benadeling conform het criterium van de Hoge Raad inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO III, minder snel wordt aangenomen als je verder van de onderneming af staat. De Ontvanger heeft de minste voorwaarden te vervullen (alleen vinger aan de pols houden), een professionele geldverstrekker moet concreet onderzoek doen en een meerderheidsaandeelhouder/geldverstrekker dient gemotiveerd te stellen en te bewijzen dat er concrete mogelijkheden waren om op korte termijn de financiële situatie van de onderneming te verbeteren.

Kortom: het met redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzien van een faillissement en een tekort daarin hangt volgens de (tot heden beperkt aanwezige) rechtspraak af van je positie bij de betreffende rechtshandeling. Als je ver van de onderneming afstaat zijn de eisen minder strikt dan als je dicht bij de onderneming staat. Naar onze mening niet geheel onbegrijpelijk, omdat van partijen die dicht bij een onderneming staan meer wetenschap en een zwaardere onderzoeksplicht verwacht mogen worden. Dit in tegenstelling tot partijen die meer op afstand staan en geen invloed hebben op de bedrijfsvoering, wanneer zij een rechtshandeling met de onderneming aangaan.