

Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar

*Mr. R.J. van der Weijden**

1 Inleiding

Het onderwerp van deze bijdrage is het vereiste van wetenschap van benadeling uit art. 42 van de Faillissementswet (Fw). In het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III uit 2009 heeft de Hoge Raad voor het eerst sinds de invoering van de huidige regeling van de faillissementspauliana eind negentiende eeuw een positief geformuleerde nadere invulling gegeven aan dit vereiste. Hij heeft in dit arrest overwogen dat van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw sprake is, indien 'ten tijde van de handeling het faillissement en het 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'.¹ Deze norm is sindsdien meerdere malen door de Hoge Raad bevestigd,² en heeft in de literatuur en de praktijk de nodige vragen opgeroepen. Zie ik het goed, dan is een van de onderliggende problemen dat 'wetenschap van het faillissement en het tekort daarin', wanneer men dat *letterlijk* interpreteert, iets

anders betekent dan 'wetenschap van benadeling'.³ Een ander veelgehoord punt van kritiek is dat met de norm uit het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III onvoldoende rekening kan worden gehouden met de omstandigheid dat bepaalde rechtshandelingen worden verricht in het kader van een reddingspoging van een onderneming in financiële moeilijkheden (in welk geval de lat voor een succesvol beroep op art. 42 Fw hoger zou moeten liggen dan in andere gevallen).⁴ In deze bijdrage onderzoek ik in hoeverre deze bezwaren terecht zijn.

In paragraaf 2 sta ik eerst kort stil bij de functie van het vereiste van wetenschap van benadeling en de belangenafweging die

3. Zie over het verschil tussen 'wetenschap van benadeling' en 'wetenschap van het faillissement en het tekort daarin' o.m. N.E.D. Faber, annotatie onder HR 22 december 2009, JOR 2011/19 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III), H. de Coninck-Smolters & C.J. Jager, HR 22 december 2009, LJN BI8493 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III), TvI 2010/17, p. 116-117 (die de door de Hoge Raad geformuleerde norm een 'een maatstaf voor een maatstaf' noemen), B. Vermue, Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, TvI 2011/9, p. 42-43 (die spreekt van een 'subcriterium'), R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana (diss. Nijmegen; Serie Onderneming en Recht, deel 75), Deventer: Kluwer 2012, p. 109-114, P.R. Dekker & F. Ortiz Aldana, Waarom toepassing van het 'tweeledige wetenschaps-criterium' bij art. 42 Fw. onjuist is, TvI 2014/34, p. 176 e.v. (die spreken van een 'aanvullende eis' die volgens hen niet zou mogen worden gesteld) en I. Spinath, ABN AMRO/Van Dooren q.q. III – (nog) geen happy end, in: R.J. van Galen, J.G. Princen & R. Mulder (red.), De insolvente vennootschap. Insolvent Jaarboek, Deventer: Kluwer 2010, p. 143-145 (die spreekt van een 'nadere invulling' van de wettelijke norm).
4. Zie hierover o.m. De Coninck-Smolters & Jager 2010, p. 117: 'Wij menen dat door deze overweging in combinatie met de door de Hoge Raad aangelegde maatstaven de financiering van noodlijdende ondernemingen onnodig wordt bemoeilijkt', Spinath 2010, p. 143: 'Dit wordt allemaal des te lastiger als deze norm wordt toegepast in het kader van de verstrekking van een aanvullend krediet aan een noodlijdende schuldenaar', T. Hekman & J. de Koning Gans, Ongewenste paulianadreiging voor redders in nood, O&F 2012, afl. 4, p. 6: 'Zoals hiervoor betoogd, menen wij dat de door de rechtspraak ingeslagen weg onwenselijk is. Los daarvan bestaan er goede redenen waarom de pauliana, dan wel de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, geen toepassing zou moeten vinden bij (bonafide) reddingsoperaties door de bank', en R.M. Hermans, Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw, TCR 2015, afl. 5, p. 156-157.

* Mr. R.J. van der Weijden is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 22 december 2009, JOR 2011/19 m.nt. Faber (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III), r.o. 3.7.
2. Zie HR 29 november 2013, JOR 2014/213 m.nt. Van der Weijden (Roeffen q.q./Jaya), r.o. 3.6, HR 16 oktober 2015, JOR 2016/21 m.nt. J.J. van Hees (Ingwersen q.q./ING), r.o. 4.3.2 en HR 7 april 2017, JOR 2017/213 m.nt. Bergervoet (Jongepier q.q./Drieakker c.s.), r.o. 3.3.2.

moet worden gemaakt bij het beantwoorden van de vraag of in een concreet geval aan dit vereiste is voldaan. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 de in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III gegeven norm. Ik ga daarbij met name in op het verschil in formulering ten opzichte van de tekst van art. 42 Fw. Dit verschil in formulering roept twee vragen op. De eerste daarvan is of de in art. 42 Fw vereiste 'wetenschap' na het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III nog steeds (ook) betrekking moet hebben op de benadeling van schuldeisers, of dat deze uitsluitend betrekking hoeft te hebben op het faillissement van de schuldenaar en het tekort daarin. De tweede vraag is wat de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III heeft bedoeld met een 'redelijke mate van voorzienbaarheid'. Of in andere woorden: hoe zeker moest het voor partijen zijn dat de schuldenaar failliet zou gaan, om een succesvol beroep op art. 42 Fw te kunnen rechtvaardigen? Op deze twee vragen zal ik ingaan in paragraaf 4 en 5. In paragraaf 6 bespreek ik een recent arrest van het Gerechtshof Den Haag, waarbij het hof lijkt uit te gaan van de door mij in paragraaf 5 bepleitte benadering. In paragraaf 7 sluit ik af met een conclusie.

2 De functie van het vereiste van wetenschap van benadeling

Bij de vraag of een rechtshandeling paulianeus is, gaat het in beginsel steeds om twee tegenover elkaar staande belangen. In de eerste plaats het belang dat de gezamenlijke schuldeisers erbij hebben dat de desbetreffende rechtshandeling niet wordt verricht (of achteraf gezien: het belang dat zij hebben bij het ongedaan maken van de benadeling). Daarnaast het belang dat de wederpartij van de schuldenaar heeft bij het verrichten van de desbetreffende rechtshandeling (of achteraf gezien: het belang dat zij heeft bij het mogen behouden van hetgeen zij op grond van de aangevochten rechtshandeling heeft ontvangen). De vraag welk belang in een concreet geval zwaarder weegt, wordt bij *onverplicht* verrichte rechtshandelingen beantwoord aan de hand van het vereiste van wetenschap van benadeling van art. 42 Fw. Dit vereiste markeert de grens tussen de gevallen waarin de wederpartij van de schuldenaar uitsluitend met haar eigen belang rekening hoeft te houden, en de gevallen waarin zij zich bij haar handelen de belangen van de schuldeisers van de schuldenaar moet aantrekken en dus van dit handelen zou moeten afzien. Het fungeert, in de woorden van advocaat-generaal Strikwerda,⁵ als 'maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen'.

3 De in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III gegeven norm

Zoals ik hiervoor al schreef, heeft de Hoge Raad in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III overwogen dat van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw sprake is, indien

5. Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 december 2009, JOR 2011/19 (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.

'ten tijde van de handeling het faillissement en het 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'.⁶ Indien deze norm *letterlijk* zou moeten worden geïnterpreteerd, dan is het voorwerp van de in art. 42 Fw bedoelde 'wetenschap' door dit arrest veranderd van *benadeling* (in andere woorden: de voor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers nadelige gevolgen van de rechtshandeling) naar *het faillissement van de schuldenaar en het tekort daarin* (in andere woorden: de toestand waarin de schuldenaar zal zijn opgehouden met het betalen van zijn schuldeisers, vergelijk art. 1 Fw). Dit zou, in ieder geval in theorie, kunnen betekenen dat een beroep op de faillissementspauliana in bepaalde gevallen vandaag de dag anders uitpakt dan vóór het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III het geval zou zijn geweest. 'Wetenschap van benadeling' vereist naar de letter per slot van rekening kennis van andere feiten en omstandigheden dan 'wetenschap van een faillissement en een tekort daarin'.

Bij 'wetenschap van benadeling' *in letterlijke zin* gaat het om een bepaalde mate van geobjectiveerde wetenschap van (1) de omstandigheid dat de schuldenaar in staat van materiële insolventie verkeert of zal komen te verkeren, en (2) de omstandigheid dat door de rechtshandeling het (negatieve) eigen vermogen van de schuldenaar zal verminderen en/of de tussen schuldeisers bestaande rangorde zal worden verstoord (kort gezegd: het nadelige effect van de rechtshandeling).⁷ Dit zijn per slot van rekening de omstandigheden die maken dat de gezamenlijke schuldeisers worden benadeeld in hun mogelijkheden verhaal te nemen op het vermogen van hun schuldenaar. Voor het *intreden* van die benadeling is niet noodzakelijk dat de schuldenaar in staat van faillissement verkeert. Dat de benadeling in de regel pas *aan het licht komt* in geval van een faillissement, doet daar niet aan af.⁸ Voor 'wetenschap van benadeling' *in letterlijke zin* is een bepaalde mate van geobjectiveerde wetenschap van een naderend faillissement dan ook niet vereist.⁹

Bij 'wetenschap van het faillissement en het tekort daarin' *in letterlijke zin* gaat het daarentegen om een bepaalde mate van geobjectiveerde wetenschap van de omstandigheid dat de schuldenaar in de toestand zal komen te verkeren te zijn opgehouden met het betalen van zijn schuldeisers (vergelijk art. 1 Fw). De wetenschap hoeft niet te zien op de omstandigheid dat de schuldeisers van de schuldenaar door de desbetreffende

6. HR 22 december 2009, JOR 2011/19 m.nt. Faber (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III), r.o. 3.7.

7. Zie voor deze twee typen van benadeling Van der Weijden 2012, p. 68-77.

8. Zie Van der Weijden 2012, p. 110. De wetenschap omtrent een naderend faillissement zegt in deze benadering hoogstens iets over de mogelijkheid dat de *reeds ingetreden* benadeling nog kan worden *opgeven* doordat de schuldenaar uit de problemen komt en weer materieel solvent wordt. Deze kans bestaat immers slechts zolang de schuldenaar niet failliet is.

9. Althans niet voor zover daarvoor méér vereist zou zijn dan een bepaalde mate van voorzienbaarheid van de omstandigheid dat de schuldenaar in staat van *materiële* insolventie verkeert of zal komen te verkeren.

rechtshandeling zullen worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. De vraag is echter of de Hoge Raad met het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III inderdaad een andere weg heeft willen inslaan, in die zin dat de grens tussen wat wel en wat niet paulianus is volgens hem elders ligt dan tot het wijzen van dit arrest het geval was.

4 Hoeft de wetenschap geen betrekking meer te hebben op de nadelige gevolgen van de rechtshandeling?

De eerste vraag in dit verband is of de in art. 42 Fw bedoelde wetenschap inderdaad geen betrekking meer hoeft te hebben op de benadeling van schuldeisers (maar uitsluitend nog op het faillissement van de schuldenaar), althans dat de feitenrechter geen ruimte meer heeft om bij zijn beoordeling doorslaggevend betekenis toe te kennen aan het ontbreken van dergelijke wetenschap. Ik denk dat dit niet het geval is. Een belangrijk aanknopingspunt daarvoor kan worden gevonden in r.o. 4 van het eindarrest van het hof in de zaak ABN AMRO/Van Dooren q.q. III.¹⁰ Volgens de Hoge Raad heeft het hof in die rechtsoverweging geen onverenigbare invulling gegeven aan de volgens hem geldende norm,¹¹ door te overwe-

‘In het onderhavige geval is tussen partijen niet in debat noch is zulks overigens aan twijfel onderhevig, de invulling van *het tweeledige criterium* met betrekking tot – het door de bank te ontzenuwen wettelijk vermoeden van – de wetenschap van benadeling zoals bedoeld in art. 42 jo 43 Fw, te weten (a) dat niet alleen partijen bij de vóór het faillissement verrichte rechtshandeling – i.c. Hendriks Beheer en de bank – wisten/behoorden te weten dat door die rechtshandeling het ten behoeve van de andere (niet preferente) crediteuren dan de bank *voor verhaal beschikbare vermogen zou verminderen*, doch ook (b) dat deze partijen wisten/behoorden te weten dat *een faillissement dreigde en dat er alsdan een tekort zou blijken te bestaan*.’ (curs. RJvdW)

Het door het hof bedoelde ‘tweeledige criterium’ – dat volgens de Hoge Raad geen onverenigbare invulling geeft aan de volgens hem geldende norm – is eigenlijk een *drieledig* criterium. Het bestaat uit (1) wetenschap van de materiële insolventie van de schuldenaar (vergelijk ‘het tekort’), (2) wetenschap van het nadelige effect van de rechtshandeling (vergelijk het ‘voor verhaal vatbare vermogen zou verminderen’) en (3) weten-

schap van het faillissement van de schuldenaar (vergelijk ‘weten dat een faillissement dreigde’). De elementen 1 en 2 heb ik hiervoor tezamen aangeduid als ‘wetenschap van benadeling in letterlijke zin’. Ook advocaat-generaal Strikwerda schrijft in zijn conclusie onder 31 – de passage waar de Hoge Raad in zijn arrest uitdrukkelijk naar verwijst – dat ‘het hof het vereiste van wetenschap van benadeling betreft op de voorzienbaarheid *van de benadeling* en in de mate van voorzienbaarheid het criterium zoekt ter onderscheiding van rechtshandelingen die wel en die niet als paulianus zijn aan te merken’ (curs. RJvdW). Ik leid hieruit af dat de in art. 42 Fw bedoelde wetenschap ook na het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III nog steeds ook betrekking moet hebben op de benadeling van schuldeisers, en niet uitsluitend op het faillissement van de schuldenaar, althans dat de feitenrechter ook na het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III nog voldoende ruimte heeft om doorslaggevend betekenis toe te kennen aan het ontbreken van wetenschap bij partijen omtrent het nadelige effect van de rechtshandeling.

5 Hoeveel zekerheid moeten partijen hebben dat de schuldenaar failliet zal gaan?

Een tweede vraag die de norm uit het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III oproept, is wat wordt bedoeld met een ‘redelijke mate van voorzienbaarheid’ van het faillissement en het tekort daarin. Betekent dit dat in *alle* gevallen *dezelfde mate* van voorzienbaarheid – in percentages uitgedrukt, bijvoorbeeld 50% – is vereist?¹² Of wordt de ‘mate van voorzienbaarheid’ die ‘redelijk’ is om een succesvol beroep op de faillissementspauliana te kunnen rechtvaardigen steeds bepaald *door de concrete feiten en omstandigheden van het geval*, en kan die in percentages uitgedrukt dus in het ene geval bijvoorbeeld 25% zijn en in een ander geval bijvoorbeeld 75%? Deze laatste benadering ligt mijns inziens het meest voor de hand.¹³ Zoals ik hiervoor in paragraaf 2 al schreef, fungeert het vereiste van wetenschap van benadeling als maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen. Wat betamelijk is en wat niet kan mijns

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

11. Zie r.o. 3.7 van het arrest van de Hoge Raad: ‘Het onderdeel gaat kennelijk – en terecht – ervan uit dat van wetenschap van benadeling in vorenbedoelde zin sprake is indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. De klacht dat het hof in de rov. 4, 6, 7, 10 en 13 van zijn eindarrest een hiermee onverenigbare invulling heeft gegeven aan het begrip wetenschap van benadeling mist feitelijke grondslag omdat – zoals nader uiteengezet in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 31 – van een zodanige invulling geen sprake is, en kan dus niet tot cassatie leiden.’

12. Zie voor deze benadering (kennelijk) Vermue 2011, p. 43-45 (die schrijft over ‘één “breekpunt” waarvoor alles mag en waarna het oppassen geblazen is’) en G.J.L. Bergervoet, annotatie onder HR 7 april 2017, JOR 2017/13 (Jongepier q.q./Drieakker c.s.). Kennelijk ook Hekman & De Koning Gans 2012, p. 8-9.

13. Zie ik het goed, dan is ook De Weijs een voorstander van deze benadering, zie R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzafzetting en Transaction avoidance in insolventies (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 249 (‘De Hoge Raad stelt als vereiste dat “het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien”. Onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden, welke mate van waarschijnlijkheid redelijk is, wordt verder niet aangegeven. Redelijkheid veronderstelt een verhouding tot iets anders, althans dient tegen de achtergrond van een bepaalde context te worden ingevuld’) en p. 251-252 (‘De benadering waarin één voor alle paulianagevallen toepasselijk positief geformuleerd criterium wordt gezocht, creëert een punt in de tijd voorafgaand aan het faillissement waarvoor alles geoorloofd is en waarna benadelende rechtshandelingen pas onder omstandigheden vernietigbaar worden. (...) Het creëren van een dergelijk punt in de tijd is mijns inziens ongewenst omdat het onvoldoende recht doet aan het gegeven dat de pauliana in artikel 42 Fw op zeer veel verschillende rechtshandelingen ziet. (...) De verschillende gevallen vragen andere beoordelingscriteria.’)

inziens onmogelijk worden vastgesteld door *uitsluitend* te kijken naar de vraag of het faillissement van de schuldenaar met een x-procent zekerheid was te voorzien ten tijde van het verrichten van de aangevochten rechtshandeling (vergelijk par. 4), en al helemaal niet wanneer 'x' in *alle* gevallen hetzelfde getal zou zijn. Zo zijn er gevallen denkbaar waarin een afweging van het belang van de gezamenlijke schuldeisers tegenover het belang van degene met wie de schuldenaar handelde, meebrengt dat de desbetreffende rechtshandeling alleen moet kunnen worden vernietigd als het faillissement van de schuldenaar voor partijen met een 'hoge mate' van waarschijnlijkheid was te voorzien, en evenzeer gevallen waarin die belangenafweging met zich brengt dat vernietiging al mogelijk moet kunnen zijn bij een 'lage mate' van waarschijnlijkheid.

Een voorbeeld van het eerstbedoelde geval is de onverplichte zekerheidstelling voor een *nieuw en nog ongebruikt* krediet door een vennootschap in financiële moeilijkheden. Wanneer aan een noodlijdende vennootschap nieuw krediet wordt verstrekt tegen zekerheid is daarmee doorgaans niet zozeer het belang van de financier, maar veeleer het belang van de overige schuldeisers gediend. De *upside* voor de financier bij deze transactie is in veel gevallen slechts dat hij over het te verstreken krediet een (aantrekkelijke) rentevergoeding zal krijgen, terwijl de *upside* voor de overige schuldeisers is dat zij hun op dat moment niet of slechts beperkt verhaalbare vorderingen op de schuldenaar door een – met het krediet mogelijk gemaakte – succesvolle reorganisatie alsnog volledig voldaan zien worden. Van de financier kan daarom niet zonder meer worden gezegd dat hij door het vragen van zekerheden van een noodlijdende vennootschap de belangen van de overige schuldeisers heeft veronachtzaamd, ook niet indien hij weet dat de vennootschap op dat moment in staat van materiële insolventie verkeert en weet dat er uit het te verstreken krediet concurrente schuldeisers zullen worden betaald (en hij *naar de letter* dus 'wetenschap van benadeling' heeft). Dit wordt anders indien de financier meewerkt aan een reorganisatie waarvan hij met een 'hoge mate' van zekerheid kan voorzien dat deze niet zal slagen (en de vennootschap dus failliet zal gaan). Hij neemt dan een *onverantwoord* risico, dat als gevolg van de zekerheidstelling volledig wordt gedragen door de gezamenlijke schuldeisers. In dat geval is een geslaagd beroep op art. 42 Fw mijns inziens op zijn plaats. Bij dergelijke gevallen speelt ook een rol dat het vanuit macro-economisch perspectief onwenselijk is dat de zekerheidstelling relatief eenvoudig zou kunnen worden vernietigd. Dit zou immers het risico met zich brengen dat de bereidheid van (potentiële) financiers om in het kader van een kansrijke reddingspoging

nieuw krediet te verstrekken afneemt,¹⁴ met als onwenselijk gevolg dat er bedrijven onnodig failliet zullen gaan.

Het voorgaande gaat niet op voor de zekerheidstelling voor een *oud* en ten tijde van de zekerheidstelling *reeds gebruikt* krediet (waaronder mijns inziens ook is begrepen de situatie waarin een 'nieuw krediet' moet worden gebruikt om oud krediet van dezelfde financier af te lossen). Wanneer door een noodlijdende vennootschap zekerheden worden verstrekt voor een oud en reeds gebruikt krediet, dan wordt daarmee in de regel vooral het belang van de financier gediend en niet dat van de overige schuldeisers. In dit geval is er voor de financier een enorme *upside* verbonden aan de zekerheidstelling: zijn oude onverhaalbare concurrente vordering promoveert van het ene op het andere moment naar een preferente verhaalbare vordering. Voor de overige schuldeisers is er niet of nauwelijks een *upside* aan de zekerheidstelling verbonden, maar vooral een grote *downside*. Een zekerheidstelling waarbij geen nieuw krediet ter beschikking wordt gesteld, voegt in de regel nauwelijks iets toe aan de overlevingskansen van een noodlijdende vennootschap (en dus ook niet aan de gerechtvaardigde verwachtingen die partijen daarover mogen hebben), integendeel. Door de zekerheidstelling voor het oude krediet zal het in de regel lastiger worden elders nieuw krediet aan te trekken, hetgeen een negatief effect heeft op de overlevingskansen van de vennootschap.

Een financier die onverplichte zekerheden vraagt voor een oud en gebruikt krediet, terwijl hij weet dat de zekerheidsgever in staat van materiële insolventie verkeert, veronachtzaamt daardoor de rechtens te respecteren belangen van de overige schuldeisers, ongeacht of het faillissement van de schuldenaar op dat moment slechts met een 'lage mate' van zekerheid is te voorzien. Het argument dat een te soepele norm voor wetenschap van benadeling het risico meebrengt dat potentiële financiers minder bereidwillig zijn om in het kader van een reddingspoging nieuw krediet te verstrekken, speelt hier niet of nauwelijks. De vraag of zij het op dat moment nog ongesecureerde krediet zullen voortzetten, zullen zij in veel mindere mate laten afhangen van het risico dat de in het kader van de voortzetting van het krediet gevraagde zekerheidstelling in een eventueel faillissement zal worden vernietigd. Door de voortzetting van het krediet neemt de financier immers geen grote extra risico's op zich. In het ergste geval wordt de zekerheidstelling in een eventueel faillissement door de curator vernietigd, waardoor de financier weer in dezelfde toestand komt te verkeren als die waarin hij verkeerde voordat de zekerheden werden gegeven. Dit geldt niet voor de financier die zekerheden krijgt voor een nieuw krediet. Worden zijn zekerheden door de curator vernietigd, dan verkeert hij in een aanzienlijk slechtere situatie dan die waarin hij zich bevond vóór de aangevochten rechtshandeling. Hij is dan voor het door hem verstrekte nieuwe krediet immers concurrent schuldeiser geworden van een failliete vennootschap. Zo bezien is de zekerheidstelling voor een oud krediet voor degene aan wie de zekerheden worden gesteld een 'loterij zonder nieten'. Kort-

14. Zie bijv. A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 7 april 2017, NJ 2017/177 (Jongepier q.q./Drieakker c.s.), onder 3.11: 'Het toetsingscriterium voor wetenschap van benadeling moet daarom niet te soepel, maar ook niet te streng zijn. Een te soepele maatstaf (bezien vanuit het perspectief van de curator) zou een ongunstig effect hebben op de bereidheid van banken en andere financiers om participatie in een reddingsplan te overwegen. Een te strenge maatstaf zou leiden tot uitkomsten die niet te rechtvaardigen zijn tegenover schuldeisers.'

om: de mate van voorzienbaarheid van het faillissement die in een dergelijk geval redelijk is om een succesvol beroep op de faillissementspauliana te kunnen rechtvaardigen, ligt in dergelijke gevallen veelal aanzienlijk lager dan bij een zekerheidsstelling voor een nieuw krediet.

6 Een recent voorbeeld: Gerechtshof Den Haag 29 november 2016 (Spaa q.q./Paro)

In een recent arrest lijkt het Gerechtshof Den Haag van deze benadering, waarbij *de concrete omstandigheden van het geval* bepalen welke mate van voorzienbaarheid van het faillissement redelijk is, uit te gaan.¹⁵ In de casus die tot dit arrest heeft geleid, had de schuldenaar een aantal vrachtwagens en containers aan een van zijn schuldeisers verkocht, waarbij een groot deel van de verschuldigde koopsom was verrekend met een oude vordering van de schuldeiser op de schuldenaar. Het hof heeft in dit arrest overwogen:

‘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).¹⁶ (curs. RJvdW)

In de overwegingen die daarop volgen, overweegt het hof (1) dat het achterliggende doel van de aangevochten rechtshandeling was verhaalsvoorrang voor de desbetreffende schuldeiser te creëren, (2) dat partijen wisten dat er door de aangevochten rechtshandeling minder verhaalsmogelijkheden voor de overige schuldeisers zouden overblijven, en (3) dat de aangevochten rechtshandeling geen toegevoegde waarde had voor het toekomstperspectief van de schuldenaar (waarbij het hof nog opmerkte dat dit bijvoorbeeld wel zo is in gevallen waar aan de schuldenaar extra krediet ter beschikking wordt gesteld).¹⁷ Ten aanzien van de toestand waarin de schuldenaar ten tijde van de aangevochten rechtshandeling verkeerde, overweegt het hof slechts dat partijen wisten dat de schuldenaar *materieel insolvent* was.¹⁸ Kennelijk was dit gelet op alle overige omstandigheden van het geval volgens het hof de ‘mate van voorzienbaarheid van het faillissement’ die ‘redelijk’ was om een succesvol beroep op art. 42 Fw te kunnen rechtvaardigen.

7 Conclusie

Uit het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III moet mijns inziens worden afgeleid dat de in art. 42 Fw vereiste ‘wetenschap’ nog steeds ook betrekking moet hebben op de voor de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers nadelige gevolgen van de aangevochten rechtshandeling. Daarnaast is voor een

succesvol beroep op art. 42 Fw volgens dit arrest een bepaalde mate van voorzienbaarheid vereist met betrekking tot het aanstaande faillissement van de schuldenaar. Welke mate van voorzienbaarheid *redelijk* is om de vernietiging van de aangevochten rechtshandeling te kunnen rechtvaardigen, is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de rechtshandeling, de omvang van het nadeel, de aanleiding en het achterliggende doel van de transactie, de onderlinge relatie van partijen, enzovoort.¹⁹ Het zijn immers mede deze omstandigheden die bepalen of van de betrokken partijen gezegd kan worden dat zij zich onbetamelijk hebben gedragen ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers. Bij een bonafide reddingspoging ligt de vereiste mate van voorzienbaarheid van een faillissement (vele malen) hoger dan bij een poging om zich over de rug van de gezamenlijke schuldeisers te bevoordelen.

15. Hof Den Haag 29 november 2016, JOR 2017/54 m.nt. Ortiz Aldana.

16. Zie r.o. 2.8.

17. Zie r.o. 2.13 t/m 2.16.

18. Zie r.o. 2.10 t/m 2.12.

19. Zie ook R.J. van der Weijden, annotatie onder Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, JOR 2017/244 (Pol q.q./HPS Beheer), onder 8.