

deze belangen het beste kunnen worden gediend. Niet is gebleken dat [B] deze vrijheid heeft overschreden en dat hem daarvan ook nog een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Dit betekent dat de grieven ook wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van [B] falen.

4.10. De grieven van [A] tegen de toewijzing door de voorzieningenrechter van de vorderingen van [B] in reconventie delen het lot van de grieven tegen het bestreden vonnis in conventie, nu daaraan dezelfde stellingen van [A] ten grondslag liggen. Wel zal het hof (naar aanleiding van het gestelde onder randnummer 36 van de memorie van grieven) de opgelegde dwangsom maximeren tot een bedrag van € 300.000,-.

5. Slotsom

De grieven falen zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd, met dien verstande dat de opgelegde dwangsom zal worden gemaximeerd. [A] zal als de (grotendeels) in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Utrecht van 26 oktober 2012 in conventie en in reconventie;

bepaalt dat de onder 5.5 van het vonnis de rechtbank Utrecht van 26 oktober 2012 in reconventie door de rechtbank opgelegde dwangsom van € 5000,- voor iedere dag dat [A] niet voldoet aan het onder 5.5 van dat vonnis geformuleerde verbod, wordt gemaximeerd op een totaalbedrag van € 300.000,-;

veroordeelt [A] in de kosten het hoger beroep, (...; *red.*);

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad.

213

Hoge Raad

29 november 2013, nr. 12/01124,

ECLI:NL:HR:2013:CA3762

(mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. Drion, mr. De Groot, mr. Polak)

(Concl. A-G Rank-Berenschot)

Noot mr. R.J. van der Weijden

Faillissementspauliana. Bewijsvermoeden ex art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw heeft geen betrekking op rechtshandeling waarin bij aangaan van een nieuwe kredietrelatie zekerheid wordt bedongen voor de verschaffing van krediet(ruimte). Stelplicht en bewijslast wetenschap van benadeling. Verwijzing naar HR 4 februari 2000, «JOR» 2000/87, m.nt. NEDF en HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF.

[Fw art. 42, 43 lid 1 aanhef en onder 2°]

Het onderdeel betoogt dat het hof heeft miskend dat het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw mede betrekking heeft op een transactie waarbij zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet (zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake is). In het onderdeel ligt de juiste veronderstelling besloten dat op de curator die op de voet van art. 42 Fw buitengerechtelijk een rechtshandeling vernietigt die de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht, de stelplicht en bewijslast rusten van feiten en omstandigheden die meebrengen dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de schuldenaar en de wederpartij (vgl. HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF (ABN Amro Bank/Van Dooren q.q.)). Volgens de tekst van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw wordt echter wetenschap van benadeling vermoed aan beide zijden te bestaan indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring, de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht en het een rechtshandeling betreft ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld. Het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw is een uitzondering op de stelplicht en bewijslast op grond van art. 42 Fw en mag niet ruim worden uitgelegd (vgl. HR 4 februari

2000, «JOR» 2000/87, m.nt. NEDF (Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 43 Fw blijkt dat het bewijsvermoeden zijn rechtvaardiging vindt in het verdachte karakter van de rechtshandeling. Dit verdachte karakter berust erop dat de handelingen waarop het bewijsvermoeden betrekking heeft, gewoonlijk zullen worden verricht in het volle bewustzijn dat de schuldeisers erdoor benadeeld worden. Een dergelijk karakter kan niet op voorhand worden toegeschreven aan de rechtshandeling waarin bij het aangaan van een nieuwe kredietrelatie zekerheid wordt bedongen voor de verschaffing van krediet(ruimte), zoals in het onderhavige geval. Het onderdeel faalt derhalve.

Mr. R.G. Roeffen te 's-Hertogenbosch, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van X,
eiser tot cassatie,
advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. M.E.M.G. Peletier,
tegen
Jaya BV te Gouda,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. K.G.W. van Oven.

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Rank-Berenschot)

Deze zaak heeft betrekking op de vernietigbaarheid van een geldleningovereenkomst met zekerheidstelling op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw). Het gaat in het bijzonder om de toepasselijkheid van het wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling als bedoeld in art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw, alsmede om de reikwijdte van de onderzoeksplicht van een professionele geldverstrekker.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.¹

a. Op 10 maart 2009 heeft de rechtbank 's-Hertogenbosch [betrokkene 1] (verder: [betrokkene 1]) in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van eiser tot cassatie, mr. Roeffen, tot curator (hierna: "de curator").

b. [Betrokkene 1] is eigenaar van de onroerende zaken gelegen aan de [a-straat 1-2] te 's-Hertogenbosch. Tot medio 2008 dreef hij (tot begin 2004 vanuit het pand aan de [a-straat 1]) een eenmanszaak onder de naam [A], een groothandel in kwekerijproducten, bloemen- en plantenvoeding. [Betrokkene 1] verkocht zaken voor de kweek van hennep en exploitteerde dus een zogenaamde "growshop".

c. In januari 2004 heeft er een brand gewoed in de groothandel van [betrokkene 1]. De loods gelegen aan de [a-straat 1] is volledig uitgebrand. De brand is veroorzaakt door brandstichting, hoogstwaarschijnlijk doordat een opzettelijk in het pand gereden personenauto – met daarin een geprepareerde jerrycan – in de brand is gestoken. Door de brand is tevens schade aan de nabijgelegen woning en winkel van [betrokkene 1] ontstaan.

d. ASR is als (brand)verzekeraar niet overgegaan tot uitbetaling van de schade, omdat [betrokkene 1] volgens ASR bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst zou hebben vertzwegen dat hij een growshop dreef. Dit heeft ertoe geleid dat [betrokkene 1] ASR in een procedure heeft betrokken. De rechtbank heeft de vorderingen van [betrokkene 1] afgewezen. In mei 2007 heeft het Gerechtshof Amsterdam een tussenarrest gewezen in het hoger beroep tussen [betrokkene 1] en ASR.

e. De Belastingdienst heeft vanaf juli 2007 bij [betrokkene 1] een boekenonderzoek ingesteld dat ziet op de jaren 2002 tot en met 2005. Uit het rapport van dit onderzoek blijken door [betrokkene 1] niet verantwoorde inkomsten uit de handel in stekken en hennep. Het rapport van dit onderzoek is op 30 juni 2008 gereed gekomen en aan [betrokkene 1] toegezonden. De Belastingdienst heeft tussen 24 juli 2008 en 31 juli 2008 naar aanleiding van het onderzoek naheffingsaanslagen inkomstenbelasting aan [betrokkene 1] opgelegd over de jaren 2002 tot en met 2005 tot een bedrag van bijna € 3.000.000,-.

f. In een op internet door de Belastingdienst aangehouden artikel van 7 juni 2008 getiteld 'De lol is eraf in de growshophandel' staat onder meer vermeld:

"(...)

1 Rov. 2.1-2.2 van het arrest van het hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, van 15 november 2011 i.v.m. rov. 2.1 t/m 2.23 van het vonnis van de rechtbank Utrecht van 26 mei 2010.

Den Bosch telt nu nog twee growshops, maar één van de twee geeft er binnenkort de brui aan. 'De sfeer is aan het verharden', in de wereld van de wietkwekers.

(...)

[Betrokkene 1] zegt nooit hennep te hebben geteeld. Hij geeft wel toe te hebben bemiddeld tussen telers en afnemers. Ook zegt hij een kelder onder zijn woning te hebben verhuurd aan 'iemand' die er hennep teelde. Tot twee keer toe vonden agenten er hennep en werd [betrokkene 1] veroordeeld tot een gevangenisstraf. Boetes liepen op tot tienduizenden euro's. Begin 2004, kort na een hennep-ontruiming, brandde de growshop uit nadat onbekenden het pand met een auto hadden geramd. Een jaar eerder was er ook brand gesticht. De daders zijn nooit aangehouden. 'Ik heb alleen vermoedens over wie er achter zit. Als de wind anders stond was mijn huis waar ik met mijn kinderen sliep, ook in brand gevlogen.'

(...)

[Betrokkene 1] is ook de politie-invalen zat. Het afgelopen halfjaar waren het er twee. Eind vorig jaar kreeg hij agenten over de vloer omdat [betrokkene 1] een hennepkwekerij zou hebben. Vorige maand kwamen agenten met medewerkers van de belastingdienst en de gemeente weer voor een controle (...)

'Bij mij was niks aan de hand' zegt [betrokkene 1]. De politie bevestigt dat.

(...)

'(...) Ik neem met een feest afscheid. Maar achteraf had ik er nooit met een growshop moeten beginnen.'"

g. In juli 2008 heeft de advocaat mr. C.A.D. Oomes, die [betrokkene 1] bijstond in het kader van een second opinion hangende een strafrechtelijke procedure, [betrokkene 1] in contact gebracht met [betrokkene 2] (verder: [betrokkene 2]), directeur van Jaya. Jaya drijft een onderneming die zich onder meer bezig houdt met het verstrekken van geldleningen.

h. Eind juli/begin augustus 2008 heeft een eerste bespreking tussen [betrokkene 1] en [betrokkene 2] (namens Jaya) plaatsgevonden. Bij die bespreking was [betrokkene 3], een adviseur van [betrokkene 1], aanwezig. Tevens woonde mr. Oomes (een deel van) de bespreking bij.

i. In een door Jaya in het geding gebrachte overeenkomst van geldlening (verder: de overeenkomst van geldlening), gedateerd 4 augustus

2008,² staat onder meer dat Jaya bereid is om € 525.000,- aan [betrokkene 1] te lenen tegen een rentepercentage van 6,5% op jaarbasis. Over het moment van aflossen en de te verstrekken zekerheden staat onder meer in de overeenkomst van geldlening:

"(...)

4. Aflossing

4.1. Aflossing van het bedrag van de Geldlening geschiedt per uiterlijk 14 september 2008 minimaal voor een bedrag van € 220.000,- uit hoofde van een gedeeltelijke herfinanciering van de onroerende zaak staande en gelegen [a-straat 1-2] te 's Hertogenbosch en in beginsel het restant der lening per 05 augustus 2009 tenzij partijen schriftelijk anders met elkander overeenkomen.

(...)

6. Zekerheid

Tot meerdere zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van Geldnemer ingevolge deze Overeenkomst van Geldlening en daarmee verband houdende zekerheidsdocumenten zal Geldnemer op de datum van deze Overeenkomst van Geldneming ten behoeve van Geldgever de volgende zekerheden vestigen:

(1) Een pandrecht op vorderingen;

(2) Een pandrecht op de zaken waaronder begrepen automobielen en de inboedel;

(3) Een hypothecaire inschrijving derde in rang groot € 500.000,- op de onroerende zaak staande en gelegen [a-straat 1-2] [postcode] te 's Hertogenbosch groot circa 15 are en 11 centiare exclusief 40% rente en kosten niet anders voorbelast dan met een inschrijving groot maximaal € 130.000,- ten behoeve van de ING Bank N.V.; geldgever is op de hoogte van het feit dat er momenteel een tweede hypothecaire inschrijving ten behoeve van een derde is; welke derde is overleden en aan welke derde c.q. diens erfgenamen geen schuld meer is c.q. zal zijn; geldnemer zal er voor zorg dragen en verplicht zich dat deze inschrijving voor doch uiterlijk 14 september 2008 geroeyeerd wordt.

(...)

Aldus op 04 augustus 2008 getekend te Laren NH in tweevoud door Partijen:

(...)"

² Prod. A bij MvG.

j. Op 5 augustus 2008 heeft [betrokkene 1] een recht van hypotheek verleend aan Jaya terzake de onroerende zaak [a-straat 1] te 's-Hertogenbosch tot een bedrag van € 700.000,- (€ 500.000,- vermeerderd met € 200.000,- kosten).³

k. Twee pandaktes, gedagtekend 4 augustus 2008 en geregistreerd bij de Belastingdienst op 6 augustus 2008, zijn door Jaya als onderdeel van productie 7a bij dagvaarding in het geding gebracht. De eerste pandakte ziet op de verpanding van zaken, de tweede pandakte ziet op de verpanding van vorderingen, waaronder de vordering van [betrokkene 1] op ASR.

l. Op een rekeningafschrift van de ING Bank terzake een rekening van Jaya staat vermeld dat met rentedatum 11 augustus 2008 een bedrag van € 325.000,- en op 15 augustus 2008 een bedrag van € 200.000,- in debet is gebracht, beide keren met als omschrijving: "Betreft transactie FXU (...) € 325.000 (resp. € 200.000) [betrokkene 1] [a-straat 2] Den Bosch [...]". Dit totaalbedrag van € 525.000,- is overgeboekt naar een Belgische bankrekening.

m. In de vroege ochtend van 14 augustus 2008 is op het perceel van [betrokkene 1], [a-straat 1-2] te 's-Hertogenbosch, een daar gelegen chalet afgebrand. In een artikel van het Brabants Dagblad van die dag staat vermeld dat de brand een hennepwekerij blootlegde.

n. De door Jaya op een Belgische bankrekening overgemaakte bedragen van € 325.000,- en € 200.000,- zijn vrijwel onmiddellijk na bijschrijving door middel van kantoorcheques door [betrokkene 1] opgenomen. De curator heeft het geld niet kunnen traceren.

o. Op 27 augustus 2008 heeft de Belastingdienst executoriaal beslag doen leggen onder ASR en op het onroerend goed van [betrokkene 1].

p. Jaya heeft op 10 september 2008 de overeenkomst van geldlening opgezegd.

q. In een brief van 25 september 2008 heeft de Belastingdienst de overeenkomst van geldlening met een beroep op artikel 3:45 lid 1 BW vernietigd.

r. Op 29 december 2008 heeft Jaya in kort geding [betrokkene 1] en de Ontvanger van de Belastingdienst (verder: de Ontvanger) gedagvaard en opheffing van het door de Ontvanger gelegde execu-

toriaal beslag gevorderd. In de kortgedingdagvaarding,⁴ die grotendeels gelijk is aan de dagvaarding in deze procedure, heeft Jaya onder 1 onder meer het volgende vermeld over het gesprek tussen [betrokkene 1] en Jaya voorafgaand aan het sluiten van de geldleningsovereenkomst:

"(...)

Meer concreet geeft [betrokkene 1] aan dat zijn gezondheidstoestand te wensen overlaat en dat zijn levensverwachting ten gevolge van een aantal beroertes van beperkte duur (lees: een jaar of vijf) is. [Betrokkene 1] merkt op het van groot belang te vinden om een aantal schulden aan vrienden en kennissen in te lossen. Met het oog op de beperkte levensverwachting wil [betrokkene 1] tevens proberen om in de tijd die hem resteert nog iets van het leven te maken en te genieten van het door hem opgebouwde (maar illiquide) vermogen. [Betrokkene 1] geeft Jaya voorts aan dat zijn pogingen om bij een bancaire instelling financiering te verkrijgen op niets zijn uitgelopen. (...)"

s. In een vonnis in kort geding van 29 januari 2009 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Hertogenbosch de vorderingen van Jaya afgewezen. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat de schuldeisers van [betrokkene 1] zijn benadeeld in hun verhaalspositie en dat Jaya daar wetenschap van had, nu zij er – volgens haar eigen stellingen – mee bekend was dat [betrokkene 1] schulden had.

t. Op 8 mei 2009 is de bestuurder van Jaya, [betrokkene 2], door de rechter-commissaris in het faillissement van [betrokkene 1] verhoord. Tijdens dit verhoor heeft [betrokkene 2] onder meer verklaard:

"(...)

Rechter-commissaris: (...)

4. Wat moest [betrokkene 1] met zoveel geld?

(...)

[Betrokkene 2]: vanwege de beperkte levensverwachting van [betrokkene 1], wilde hij geld lenen. Dat heb ik al verklaard. Ik weet niet beter dan dat hij nog een jaar wilde genieten van het leven. Dat kwam zo op mij over. Hij wilde zijn vermogen liquide maken. [Betrokkene 1] heeft niks gezegd over het doel waarvoor het geld geleend werd. Mij is niet bekend of [betrokkene 1] schulden had. Mij is wel bekend dat mr. Kemps dat heeft gesteld

3 Prod. 2 bij inl. dagv.

4 Prod. 6 bij inl. dagv.

in de procedure namens Jaya BV tegen de fiscus. Ik weet daar niets van. Ik wist alleen van zijn hypotheekschuld bij de ING bank.

(...)

9. Waarom zorgde [betrokkene 1] niet voor een bancaire geldlening?

[Betrokkene 2]: hij was bezig met Liocorno, maar door de vakantieperiode duurde dat te lang. Hij wilde eerder geld lenen. Zijn contactpersoon bij Liocorno was [betrokkene 4]. Dat is het enige dat ik weet. Ik heb daar met [betrokkene 1] niet over gesproken. Het interesseert mij ook niet wat voor reden iemand heeft om geld te lenen, ik wil er alleen geld aan verdienen.

10. Wat wist u van de financieringsaanvraag bij Liocorno?

[Betrokkene 2]: ik weet daar verder niks van.

11. Wanneer wist u dat?

[Betrokkene 2]: tijdens het gesprek op 29 juli is Liocorno kort ter sprake gekomen.

(...)

12. Hoe zou [betrokkene 1] de geldlening aan u terugbetalen?

[Betrokkene 2]: het geld voor Fortis ASR zou binnenkomen en [betrokkene 1] zou zijn woning gaan verkopen. [Betrokkene 1] zou er nog een halfjaar blijven wonen, daarna zou de woning in de verkoop gaan.

(...) Daarnaast is er art. 4.1 van de overeenkomst, het Liocorno-verhaal. Dat bedrag van € 220.000,-, dat op 14 september 2008 afgelost zou moeten worden, zou vanuit Liocorno gefinancierd worden, althans dat vertelde [betrokkene 1] mij. Dat is helaas allemaal niet gebeurd.

Ik heb niet gevraagd om stukken in te zien bij Liocorno. Ik heb alleen wat namen genoteerd, maar ben er niet achteraan gegaan. Ik zat toen ook in Suriname.

(...)

15. Hoe wist u op welk rekeningnummer betaald moest worden?

[Betrokkene 2]: het bedrag heb ik uitbetaald aan [betrokkene 1] op een Belgisch rekeningnummer. Nadat we bij de notaris zijn geweest heeft [betrokkene 1] mij verteld dat hij het geld op zijn Belgische bankrekening wilde. Ik was daar niet blij mee, want het heeft de schijn van iets dat niet klopt. Ik vind het gewoon niet zo fraai. Ik wilde gewoon een Nederlandse bankrekening waar ik het geld op kon storten. Iemand die in Nederland woont, daar verwacht ik van dat deze persoon een Nederlandse bankrekening heeft.

(...)"

u. In juni 2009 is de adviseur van [betrokkene 1], [betrokkene 5] (verder: [betrokkene 5]) door de rechter-commissaris in het faillissement van [betrokkene 1] gehoord. [Betrokkene 5] heeft verklaard dat [betrokkene 2] de lening heeft uitbetaald door een cheque van € 325.000,- en een cheque van € 200.000,- aan [betrokkene 1] te geven. Na afloop van het verhoor heeft [betrokkene 5] een brief aan de rechter-commissaris verzonden, waarin hij onder meer schrijft:

"(...)

Door mij is in dit verhoor een grote vergissing begaan in antwoord op U vraag hoe de betaling was gedaan door Jaya B.V.

Deze is inderdaad door [betrokkene 2] per bank gedaan naar de ING Bank in België en vandaar heeft [betrokkene 1] tweemaal een check opgehaald t.w. van 525.000 Euro.

(...)"

v. Op 24 juli 2009 heeft de curator door middel van een brief aan Jaya buitengerechtelijk de vernietiging van de overeenkomst van geldlening, gedateerd 4 augustus 2008, ingeroepen.⁵

w. In december 2009 is [betrokkene 1] door de rechter-commissaris gehoord.

1.2. Bij inleidende dagvaarding van 6 april 2009 heeft Jaya de curator en ASR gedagvaard voor de rechtbank Utrecht. Jaya heeft, na eiswijziging, gevorderd: 1) een verklaring voor recht dat de tussen Jaya en [betrokkene 1] gesloten overeenkomst van geldlening van 4 augustus 2008 rechtsgeldig is en niet kan worden vernietigd met een beroep op art. 42 en/of 47 Fw en 2) een verklaring voor recht dat ASR de door haar aan [betrokkene 1] verschuldigde schade-uitkering louter bevrijdend kan betalen aan Jaya, behoudens voor zoveel het gaat om verschuldigde schadepennningen in verband met schade aan opstallen.

De curator en ASR hebben de vordering weersproken en daarbij verschillende verweren gevoerd.⁶

In cassatie is nog slechts relevant het verweer dat de Ontvanger en de curator de overeenkomst van geldlening rechtsgeldig hebben vernietigd.

⁵ Prod. 10 bij CvA.

⁶ De curator heeft onder meer aangevoerd dat de rechtbank relatief onbevoegd was om van de vordering kennis te nemen. Dit incidentele verweer is door de rechtbank afgewezen in haar vonnis van 26 augustus 2009; het speelt in cassatie geen rol meer. Zie voorts de verweren genoemd in rov. 3.2 van het vonnis van 26 mei 2010.

1.3. In haar vonnis van 26 mei 2010 heeft de rechtbank geoordeeld dat aan alle voorwaarden voor het invoeren van de faillissementspauliana als bedoeld in art. 42 Fw is voldaan en heeft zij de vorderingen van Jaya afgewezen.

1.4 Jaya is van het vonnis in hoger beroep gekomen bij het hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, met conclusie – na wijziging van eis – dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, haar oorspronkelijke vorderingen zal toewijzen, met dien verstande dat de aan het onder 2) gevorderde toegevoegde uitzondering als ongedaan moet worden gezien. ASR en de curator hebben het beroep weersproken.⁷

1.5. In zijn arrest van 15 november 2011 heeft het hof geoordeeld dat niet was voldaan aan één van de cumulatieve vereisten voor het invoeren van de actio Pauliana – namelijk de wetenschap van benadeling aan de zijde van Jaya – en heeft het hof het verweer van de curator verworpen (rov. 3.6-3.8). Nu ook de overige verweren van de curator geen doel troffen (rov. 3.10-3.11), heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat de tussen Jaya en [betrokkene 1] gesloten geldleningovereenkomst van 4 augustus 2008 rechtsgeldig is en niet kan worden vernietigd met een beroep op art. 42 en/of 47 Fw, alsmede voor recht verklaard dat ASR de door haar aan [betrokkene 1] verschuldigde schade-uitkering louter bevrijdend kan betalen aan Jaya.

1.6. De curator heeft tijdig⁸ beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van 15 november 2011. Jaya heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en de curator heeft nog gerepliceerd.

7 Jaya heeft nog een incidentele vordering ex art. 843a Rv ingesteld, die strekte tot het overleggen door de curator van een tweetal processen-verbaal van de ten overstaan van de rechter-commissaris in het faillissement van [betrokkene 1] gehouden verhoren van [betrokkene 1] zelf en [betrokkene 5]. Bij arrest van 22 februari 2011 heeft het hof de vordering toegewezen. Dit arrest speelt in cassatie geen rol meer.

8 De cassatiedagvaarding is op 15 februari 2012 uitgebracht. Op 23 februari 2012 is nog een herstelexploot uitgebracht.

2. Beoordeling van het cassatieberoep

2.1. Het cassatiemiddel valt uiteen in elf onderdelen (2.1 t/m 2.11). De daarin vervatte klachten hebben betrekking op de overwegingen van het hof betreffende de benadeling van de schuldeisers (rov. 3.3) en de wetenschap van benadeling aan de zijde van Jaya (rov. 3.6-3.8) en op de inhoud van de door het hof gegeven verklaring voor recht (rov. 3.14 en het dictum).

2.2. De onderdelen 2.1 en 2.2 zien op rov. 3.3, waarin het hof naar aanleiding van de grief (IV) dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat aan alle vereisten voor een succesvol beroep op de actio Pauliana als bedoeld in art. 42 Fw is voldaan, het volgende heeft overwogen:

“3.3. Ad vereiste b, benadeling.

Het hof stelt voorop dat het aan de curator is om de benadeling aan te tonen. Nu het hier gaat om een nieuw krediet, zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake was, is het wettelijk vermoeden van artikel 43, aanhef en lid 1 onder 2, Fw dat geldt voor het geval van zekerheidsstelling voor een niet-opeisbare schuld, niet van toepassing. Het hof merkt in dit verband op dat artikel 43, aanhef en lid 1 onder 2, Fw geen betrekking heeft op een transactie, waarbij zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet. Hoewel naar de letter bij het stellen van zekerheid in het kader van het aangaan van een nieuw krediet steeds sprake is van zekerheidsstelling voor een niet-opeisbare schuld, is er in die gevallen onvoldoende rechtvaardiging voor het aannemen van het wettelijk vermoeden van benadeling, dat in dat geval immers zou gelden voor iedere kredietverstrekking waarvoor zekerheid wordt gegeven.”

2.3. Onderdeel 2.1 geeft een samenvatting van rov. 3.3 en bevat geen zelfstandige klacht.

2.4. In onderdeel 2.2 wordt geklaagd dat het hof heeft miskend dat de wettelijke vermoedens van art. 43 lid 1, aanhef en sub 1° t/m 6°, Fw zien op het voor een geslaagd beroep op de pauliana ex art. 42 Fw vereiste van wetenschap van benadeling bij zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie deze de rechtshandeling verrichtte. Die wettelijke vermoedens zien niet op het vereiste van benadeling als bedoeld in art. 42 lid 1, eerste volzin, Fw als zodanig, aldus de klacht.

2.5. Deze rechtsklacht is terecht voorgesteld. De wettelijke vermoedens ex art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° t/m 6°, Fw zien uitsluitend op het vereiste van wetenschap van benadeling van de schulde-

naar en degene met of jegens wie deze de rechtshandeling verrichte en niet op het daarvan te onderscheiden vereiste van benadeling.⁹ Zie art. 43 lid 1, aanhef, Fw jo art. 42 lid 1, eerste volzin, Fw en art. 42 lid 2 Fw.

De klacht leidt echter bij gebrek aan belang niet tot cassatie. Het hof heeft immers bij zijn (bevestigende) beantwoording van de vraag of sprake is van benadeling als bedoeld in art. 42 Fw, het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw niet toegepast. Zie ook rov. 3.4, eerste volzin.

2.6. In onderdeel 2.2 wordt voorts nog geklaagd dat voor zover ervan moet worden uitgegaan dat het hof heeft bedoeld te oordelen dat het wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling in de zin van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw in casu niet van toepassing is, 's hofs overwegingen in rov. 3.3 evenzeer onjuist en bovendien onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zijn. Deze klacht is verder uitgewerkt in de onderdelen 2.5 en 2.6; zij zal tezamen met die onderdelen worden besproken.

2.7. De onderdelen 2.3 tot en met 2.9 hebben betrekking op rov. 3.6 t/m 3.8, waarin het hof naar aanleiding van genoemde grief IV voorts als volgt heeft overwogen:

“3.6. Ad vereiste d, wetenschap van de benadeling bij Jaya.

Jaya bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat de in rov. 4.19 van het bestreden vonnis opgesomde omstandigheden tot de conclusie leiden dat er aan de zijde van Jaya sprake was van wetenschap van benadeling. Zij wijst voor het toe te passen criterium ten aanzien van die wetenschap op het arrest van de Hoge Raad van 22 december 2009, NJ 2010/273 (AMRO BANK/van Dooren q.q. III): ‘... dat van de wetenschap van benadeling ... 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.’ (...)

3.7. Het hof stelt ook ten aanzien van de wetenschap van Jaya voorop dat het daarbij gaat om geobjectiveerde wetenschap. Het hof overweegt

daartoe dat de bedrijfsomschrijving van Jaya, zoals gedeponeerd in het handelsregister van de Kamer van Koophandel luidt: ‘Het investeren en verstrekken van geseceureerde geldleningen’. Dit kan naar het oordeel van het hof niet worden beschouwd als een algemene standaardaanduiding, zoals Jaya betoogt, maar leidt het hof tot de conclusie dat het verstrekken van geldleningen een bepalend onderdeel is van de bedrijfsvoering van Jaya en zij derhalve als een professionele kredietverstrekker moet worden beschouwd. In die hoedanigheid rustte in de omstandigheden van dit geval op Jaya in beginsel de verplichting zich een beeld te vormen van de financiële positie van [betrokkene 1]. Ook als Jaya niet wist dat [betrokkene 1] ‘technisch failliet’ of financieel ernstig noodlijdend was, bestond daartoe voldoende aanleiding nu het ging om een transactie waarmee [betrokkene 1] zijn vermogen liquide wenste te maken, (deels) om dat consumptief te besteden, waarmee benadeling van eventuele (andere) schuldeisers een alleszins reëel risico was. Bovendien waren aan de lening de nodige opmerkelijke kenmerken verbonden, zoals de korte looptijd en de zeer korte termijn binnen welke [betrokkene 1] diende af te lossen, de verwachte opbrengst van de zekerheden alsmede het (na het aangaan van de overeenkomsten gedane) verzoek tot betaling op een buitenlandse rekening.

3.8. Anders dan de rechtbank is het hof van oordeel dat er, ook met inachtneming van het onder 3.7 overwogene, onvoldoende aanknopingspunten voorhanden zijn om te concluderen dat Jaya ten tijde van de kredietovereenkomst met zekerheidsstelling redelijkerwijs kon voorzien dat een faillissement van [betrokkene 1] en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen. Daarbij is van belang dat naar Jaya, niet of onvoldoende weersproken heeft aangevoerd:

- a. Jaya voorafgaand aan de onderhavige kredietverstrekking geen relatie met [betrokkene 1] had waardoor zij op de hoogte was van diens financiële situatie;
- b. Jaya geen toegang had tot de bestanden van het Bureau Krediet Registratie te Tiel;
- c. Jaya geen toegang had tot de fiscale gegevens van [betrokkene 1] anders dan via [betrokkene 1] zelf;
- d. [Betrokkene 1] Jaya onvolledige informatie over zijn financiële positie heeft verschaft: met name heeft hij de grote fiscale vorderingen verzwegen,

9 Losbl. Faillissementswet (R.J. de Weijts), art. 43, aant. 2; B. Wessels, Gevolgen van faillietverklaring (2), 2010, nrs. 3148 en 3153; HR 31 januari 1930, NJ 1930/979.

naar hij bij het faillissementsverhoor heeft verklaard, omdat hij vreesde dat Jaya hem anders geen geld zou lenen;

e. Jaya zich op de hoogte heeft gesteld van de positie van ING;

f. Jaya niet wist dat [betrokkene 1] betrokken was geweest bij illegale hennepteelt.

Op grond van het vorenstaande moet worden aangenomen dat Jaya de schuldenpositie van [betrokkene 1], in het bijzonder de belastingschulden, niet alleen niet kende, maar dat zij deze ook niet had kunnen ontdekken met de van haar te vergen inspanningen. De omstandigheid dat [betrokkene 1] elders (nog) geen financiering had kunnen krijgen, is (ook in samenhang met de overige omstandigheden van het geval) onvoldoende grond om aan te nemen dat Jaya van de aanwezigheid van andere (omvangrijke) schulden dan die aan LNG diende uit te gaan. Waar het bestaan van andere (omvangrijke) schulden niet kenbaar was, levert ook de aanmerkelijke kans dat [betrokkene 1] zijn straffe aflossingsverplichtingen niet zou kunnen nakomen, zodat Jaya haar zekerheden zou moeten uitwinnen, nog geen wetenschap van benadeling op. Anders dan de curator betoogt, was de transactie, die zoals hiervoor werd overwogen zeer zeker de nodige vragen oproept, niet zo buitenissig of verdacht dat Jaya zich daarvan had moeten onthouden zolang zij geen volledige zekerheid had noch kon verkrijgen over de financiële situatie van [betrokkene 1] en/of omdat zij vanwege de aard van de transactie kon en moest vermoeden dat deze (veel) minder rooskleurig was dan haar door [betrokkene 1] werd voorgespiegeld. Voorts gaat de onderzoeksplicht van Jaya niet zover dat zij het hennepteeltverleden van [betrokkene 1] op het spoor had behoren te komen, nog daargelaten of zij daaruit had moeten concluderen dat [betrokkene 1] wel grote fiscale schulden zou hebben. Dit betekent dat aan één van de cumulatieve vereisten voor het invoeren van de actio Pauliana niet is voldaan, zodat dit verweer van de curator moet worden verworpen. Grief IV slaagt derhalve (...)"

2.8. Onderdeel 2.3 behelst een samenvatting van rov. 3.6-3.8; het bevat geen zelfstandige klacht.

2.9. In onderdeel 2.4 wordt geklaagd dat het hof blijkens rov. 3.6-3.8 heeft verzuimd te beslissen op het door de curator uitdrukkelijk gedane beroep op het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw. Op de in het onderdeel

aangegeven vindplaatsen¹⁰ stelt de curator dat het vermoeden van wetenschap van benadeling op de grond van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw aan de orde is en dat het daarom aan Jaya is om te bewijzen dat zij geen wetenschap van benadeling had.

2.10. Deze klacht treft geen doel. Het hof heeft de stelling van de curator kennelijk verworpen. Het heeft in rov. 3.3 geoordeeld dat het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw in dit geval niet van toepassing is. Daartoe is overwogen dat de bepaling niet van toepassing is op transacties waarbij, zoals in casu, zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet. Weliswaar geschiedde zulks in het kader van het oordeel van het hof omtrent de bewijslastverdeling betreffende het vereiste van benadeling, maar de overweging is zo algemeen geformuleerd dat zij kennelijk ook geldt voor de bewijslastverdeling betreffende het (enige) vereiste waarop de bepaling (wel) betrekking heeft, te weten de wetenschap van benadeling bij partijen.

2.11. Onderdeel 2.5 neemt – gelet op het zojuist betoogde mijns inziens terecht – tot uitgangspunt dat een gemotiveerde beslissing op het beroep van de curator op het wettelijk vermoeden van wetenschap ex art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw geacht moet worden besloten te liggen in rov. 3.3. Geklaagd wordt dat die beslissing rechtens onjuist is. Anders dan het hof oordeelt, is art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw wel mede van toepassing op een transactie waarbij zekerheid is gesteld voor een nieuw krediet (zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake is). Ook bij het stellen van zekerheid in het kader van het aangaan van een nieuw krediet is er voldoende rechtvaardiging voor het aannemen van een wettelijk vermoeden van benadeling. Noch uit de tekst van de bepaling noch uit de wetgeschiedenis ervan blijkt dat de wetgever heeft beoogd om zekerheidstelling voor nieuw krediet uit te sluiten van het toepassingsbereik van de bepaling. Aanknopingspunten kunnen evenmin worden gevonden in de tekst en de wetgeschiedenis van art. 3:46 BW, op welk wetsartikel art. 43 Fw voortbouwt. Het hof had in casu ervan moeten uitgaan dat de wetenschap van benadeling als be-

¹⁰ Verwezen wordt naar MvA onder 36 en pleitnota mr. Roeffen in appel onder 8-9.

doeld in art. 42 leden 1 en 2 Fw wordt vermoed aan de zijde van zowel [betrokkene 1] als Jaya te (hebben) bestaan, behoudens eventueel door Jaya te leveren tegenbewijs, aldus nog steeds het onderdeel.

2.12. Bij de bespreking van dit onderdeel kan het volgende worden vooropgesteld. Voor een succesvol beroep op de actio Pauliana op de voet van art. 42 Fw, strekkende tot vernietiging van een meerzijdige of eenzijdig gerichte rechtshandeling anders dan om niet,¹¹ dient sprake te zijn van (i) een onverplicht verrichte rechtshandeling, die (ii) geleid heeft tot benadeling van de schuldeisers, terwijl (iii) zowel de schuldenaar als (iv) de degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte (hierna ook: de wederpartij), wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn van die rechtshandeling.¹² Op de curator rust de stelplicht en eventuele bewijslast ter zake.

2.13. Van “weten of behoren te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zal zijn” als bedoeld in art. 42 Fw (hierna kortweg: 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 voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichte. De faillissementscurator draagt derhalve in beginsel de bewijslast van feiten en omstandigheden die meebrengen dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de schuldenaar en de wederpartij.¹³

2.14. In dat kader bevat art. 43 Fw een aantal wettelijke vermoedens. Het artikel bepaalt dat – indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe

had verplicht – de aan het slot van art. 42, eerste lid, eerste zin, Fw bedoelde wetenschap, behoudens tegenbewijs, in de in het artikel opgesomde gevallen wordt vermoed aan beide zijden te bestaan.

2.15. Eén van de genoemde gevallen betreft het verrichten van een rechtshandeling “ter (...) zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld” (art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw). Dit brengt mee dat indien zich de in art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw bedoelde omstandigheden voordoen, behoudens tegenbewijs wordt vermoed dat de schuldenaar en de wederpartij met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het faillissement en een tekort daarin hebben kunnen voorzien. Het is dan aan de wederpartij om tegenbewijs te leveren.¹⁴

2.16. Het onderdeel stelt de vraag aan de orde of onder een rechtshandeling “ter zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld” in de zin van de bepaling ook valt een transactie als de onderhavige, waarbij – in de bewoordingen van het onderdeel – zekerheid is gesteld voor een nieuw krediet (zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake is).

Ik teken daarbij aan dat bij de overeenkomst van 4 augustus 2008 nog slechts zekerheid “is gesteld” in die zin dat de schuldenaar zich obligatoir tot het vestigen van bepaalde zekerheden heeft verbonden (zie art. 6); de zekerheidsrechten zijn eerst later gevestigd. In feitelijke aanleg is door geen van partijen in twijfel getrokken dat het bij die overeenkomst gaat om een rechtshandeling ter zekerheidstelling in de zin van art. 43 Fw. Vgl. rov. 3.3 van het arrest, waarin dezelfde kwalificatie besloten ligt. Deze zal hierna tot uitgangspunt dienen.¹⁵

2.17. In de rechtspraak van Uw Raad is vooropgesteld dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw een uitzonderingsbepaling is, die niet ruim mag worden uitgelegd. De woorden “een niet opeisbare

11 Voor rechtshandelingen om niet wordt uitsluitend wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar vereist. Daarvoor geldt een zelfstandig wettelijk vermoeden (art. 45 Fw).

12 Zie over de vereisten van art. 42 Fw o.m. Losbl. Faillissementswet (R.J. de Weijts), art. 42, aant. 2 en Mon. Privaatrecht 2 (Van Buchem-Spakens en Pouw) 2008, p. 45-49.

13 HR 22 december 2009, LJN: BI8493, NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III) m.nt. P. van Schilfgaarde.

14 HR 22 december 2009, LJN: BI8493, NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III) m.nt. P. van Schilfgaarde.

15 Vgl. ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, waarin het ging om de toepassing van 43 Fw op een “verplichting tot het stellen van zekerheden” c.q. “toezegging tot zekerheidstelling”. M.R.J. Linck, De faillissementspauliana in de Van Dooren-arresten, Bb 2011, 9, vraagt zich af of een dergelijke titel tot zekerheidstelling onder art. 43 Fw valt.

schuld” moeten worden verstaan als een schuld waarvan de schuldeiser op het moment van de bedoelde rechtshandeling niet de voldoening door de debiteur van die schuld kan vorderen.¹⁶

2.18. Voorts is de reikwijdte van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw onderwerp geweest van de procedure tussen mr. Van Dooren q.q. en ABN AMRO, welke procedure tot driemaal toe in cassatie heeft gediend.¹⁷ Het geschil betrof de verhoging van een kredietfaciliteit in rekening-courant tegen toezegging van zekerheden. De bank had betoogd dat het werkingsgebied van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw beperkt is tot rechtshandelingen waarbij zekerheden worden gesteld voor reeds bestaande, niet gedekte en niet-opeisbare vorderingen, als gevolg waarvan de crediteur zijn positie verbetert, terwijl de wetgever met genoemd artikellid niet kan hebben bedoeld op rechtshandelingen waarbij de debiteur zekerheid stelt voor toekomstige schulden. Het gerechtshof Leeuwarden volgde de bank niet in het door haar voorgestane onderscheid. Volgens het hof:¹⁸

“(…) ontbreekt (…) een goede grond om op het thans aan de orde zijnde wettelijk vermoeden met betrekking tot zekerheidstellingen voor niet opeisbare schulden een uitzondering te maken voor schulden die toekomstig zijn en dáárom niet opeisbaar zijn, nu noch in de tekst van genoemde bepaling noch in de totstandkomingsgeschiedenis daarvan of in de parlementaire geschiedenis van art. 3.2.11a NBW (art. 3:46 BW) waarop art. 43 Fw voortbouwt, daarvoor een toereikend aanknopingspunt kan worden gevonden.”

Daarop werd in het derde cassatieberoep door ABN AMRO onder meer een klacht aangevoerd die gebaseerd was op de opvatting dat het in art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw geregelde wettelijke vermoeden van wetenschap van benadeling niet geldt indien het gaat om rechtshandelingen ter zekerheidstelling voor toekomstige schulden.

Die klacht faalde evenwel bij gebrek aan belang, zodat een oordeel ten gronde van Uw Raad is uitgebleven.¹⁹

Uw Raad heeft tot op heden evenmin geoordeeld over de in de onderhavige procedure centraal staande vraag of het aangaan van een verplichting tot het vestigen van zekerheid voor een (niet toekomstige maar) tezelfdertijd uit hoofde van geldlening “ontstaande” (en niet onmiddellijk opeisbare) schuld onder de reikwijdte van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw valt.

2.19. In de literatuur zijn verschillende opvattingen te vinden omtrent de beantwoording van de vraag of art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw niet alleen betrekking heeft op zekerheidstelling voor (i) reeds bestaande niet-opeisbare schulden, maar tevens op de situatie dat zekerheid wordt gesteld voor (ii) een tezelfdertijd verstrekte lening dan wel voor (iii) kredietruimte waaronder kan worden getrokken of voor (iv) een (anderszins) toekomstige schuld.

2.20. Zo heeft Hoff het standpunt ingenomen dat onder art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw ook valt de zekerheidstelling voor – door hem niet nader aangeduide – toekomstige schulden. Toekomstige schulden zijn niet-opeisbaar omdat deze in het geheel (nog) niet bestaan.²⁰

Dezelfde opvatting vindt men in de achtereenvolgende commentaren van Christiaans en Verstijlen op art. 43 Fw, zulks met de opmerking dat toekomstige schulden per definitie op het moment van de zekerheidsverschaffing niet opeisbaar zijn.²¹

2.21. In zijn bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II heeft Van Koppen met het oog op de procedure na verwijzing opgemerkt dat nu in dat geval de toezegging tot zekerheidstelling voor de extra kredietfaciliteit binnen één jaar voor de faillietverklaring had plaatsgevonden, op grond van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw het ver-

16 HR 4 februari 2000, LJN: AA4726, NJ 2000/192 m.nt. PvS.

17 HR 16 juni 2000, LJN: AA6234, NJ 2000/578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I) m.nt. PvS; HR 8 juli 2005, LJN: AT1089, NJ 2005/457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II) m.nt. PvS; HR 22 december 2009, LJN: BI8493, NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III) m.nt. P. van Schilfgaarde.

18 Hof Leeuwarden 28 februari 2007, LJN: BC5059, JOR 2008/141 m.nt. N.E.D. Faber.

19 HR 22 december 2009, LJN: BI8493, NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III) m.nt. P. van Schilfgaarde.

20 G.T.J. Hoff, *Balanceren op het koord van de faillissementspauliana*, 1995, p. 24.

21 Christiaans, T&C Fw (2004), aant. 3 bij art. 43 Fw; Christiaans, T&C Insolventierecht (2006), art. 43 Fw, aant. 3; Christiaans en Verstijlen, T&C Insolventierecht (2008), art. 43 Fw, aant. 3. In de huidige redactie van het commentaar bij art. 43 Fw is deze opmerking echter niet gehandhaafd, zie Verstijlen, T&C Insolventierecht (2013), art. 43 Fw, aant. 3b.

moeden gold dat zowel [B] Beheer (de schulde-naar/failliet) als de bank wetenschap van benadeling had.²²

In zijn reactie op dit standpunt van Van Koppen is door Verdaas evenwel opgemerkt dat voor de omkering van de bewijslast ten aanzien van de wetenschap van benadeling op de grond dat zekerheid wordt verstrekt voor een niet opeisbare schuld (het nieuwe krediet) in gevallen als hier aan de orde naar zijn mening geen ruimte is. Met zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld heeft de wetgever, zo meent Verdaas in afwijking van Van Koppen, bedoeld zekerheidstelling voor reeds bestaande schulden, niet zekerheidstelling voor nieuwe schulden.²³

Van Koppen heeft daarop, onder verwijzing naar het commentaar van Christiaans, gereageerd met de stelling dat volgens de heersende leer onder art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw ook valt het verschaffen van zekerheid voor toekomstige schulden.²⁴

2.22. In zijn JOR-noten onder het hiervoor aangehaalde arrest van het hof Leeuwarden van 28 februari 2007 en het arrest van Uw Raad inzake ABN AMRO/Van Dooren q.q. III stelt Faber²⁵ zich op het standpunt dat onder een niet-opeisbare schuld in de zin van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw mede moet worden verstaan een schuld die niet opeisbaar is omdat zij nog niet bestaat (i.e. nog toekomstig is). Faber meent echter dat de bepaling geen betrekking heeft op een zekerheidstelling die – zoals in de zaak Van Dooren q.q./ABN AMRO – plaatsvindt in het kader van (c.q. gelijktijdig met) de verstrekking van (aanvullend) krediet, althans voor zover het de securering van dat (aanvullend) krediet betreft. Ook in dit geval is weliswaar naar de letter sprake van de zekerheidstelling voor een niet-opeisbare

schuld, maar er bestaat zijns inziens onvoldoende rechtvaardiging voor het aannemen van een wet- telijk vermoeden van wetenschap van benadeling bij de zekerheidstelling voor “nieuw” geld. Alleen bij de onverplichte zekerheidstelling voor niet-opeisbaar “oud” geld (of “toekomstig” geld) is er grond voor het aannemen van het vermoeden van wetenschap van benadeling. Dat vermoeden ziet op een situatie waarin er noch een verplichting noch een aanleiding bestaat tot het stellen van zekerheid. Het dient buiten toepassing te blijven indien, zoals bij zekerheidstelling voor nieuw krediet het geval is, de zekerheidstelling de voor- waarde is voor het aangaan van de transactie en de tegenprestatie vormt voor het verschaffen van het krediet. Een dergelijke transactie is minder “verdacht” dan een geval waarin het vermoeden evenmin van toepassing is, te weten wanneer de schuld ten tijde van de zekerheidstelling opeisbaar is en die zekerheid verlangd wordt omdat nakom- ing niet mogelijk is of uitblijft. De schuldeiser promoveert in casu niet van concurrent tot prefe- rent schuldeiser, maar is slechts bereid krediet te verlenen indien van aanvang af zekerheid wordt gesteld ter zake van het ter beschikking gestelde krediet.²⁶

Dit standpunt wordt gedeeld door Kortmann en Van Hees²⁷ alsook Hekman en De Koning Gans.²⁸ 2.23. Ook De Weijs is van mening dat onjuist is de opvatting van Van Koppen, dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw van toepassing is als de bank “vers” krediet verstrekt en daarvoor zekerhe- den verkrijgt. Art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw ziet zijns inziens slechts op reeds bestaande, maar nog niet opeisbare schulden waar later on- verplicht nog zekerheid voor wordt gegeven. Hij acht het eerder genoemde arrest van het Hof Leeuwarden van 28 februari 2007 inzake van Dooren q.q./ABN AMRO onjuist en de noot van Faber onder dat arrest terecht kritisch. De Weijs heeft er daarbij op gewezen dat blijkens de parle-

22 F.P. van Koppen, HR 8 juli 2005 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II), Tvl 2005, nr. 43, p. 198.

23 A.J. Verdaas, ‘Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II door F.P. van Koppen, Tvl 2005, 43’, Tvl 2006, nr. 6, p. 36. In dezelfde zin ook A.J. Verdaas, ‘Noot bij HR 8 juli 2006 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II)’, NTBR 2006, nr. 8, p. 35.

24 F.P. van Koppen, ‘Naschrift bij de reactie van mr. ing. A.J. Verdaas’, Tvl 2006, nr. 7, p. 39.

25 N.E.D. Faber, noten onder Hof Leeuwarden 28 februari 2007, LJN: BC5059, JOR 2008/141 en HR 22 november 2009, LJN: BI8493, JOR 2011/19.

26 Zie ook N.E.D. Faber, Verrekening (diss. Nijmegen), 2005, nr. 310; N.E.D. Faber, Actio Pauliana en verreke- ning, in: Van de Hel e.a. (red.), Het Voorontwerp Insol- ventiewet nader beschouwd, Ars Aequi 2008, par. 2.4, p. 178.

27 S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees en N.E.D. Faber, Kro- niek van het insolventierecht, NJB 2007, p. 2248.

28 T. Hekman en J. de Koning Gans, Ongewenste paulia- nadreiging voor redders in nood, O&F, 2012, p. 15.

mentaire geschiedenis de bewijsvermoedens zien op rechtshandelingen met een verdacht karakter. Daarvan is naar zijn mening bij het verschaffen van zekerheden tegen nieuw krediet geen sprake.²⁹ Ten slotte huldigt ook Van der Weijden de opvatting dat het onderhavige vermoeden slechts ziet op zekerheidstelling voor een reeds bestaande niet opeisbare schuld. Daartoe wordt benadrukt dat zekerheidstelling voor een nieuwe niet opeisbare schuld op zichzelf niet leidt tot benadeling van de schuldeisers. Een overeenkomst als in de zaak Van Dooren q.q./ABN AMRO, waarin de schuldenaar (aanvullend) krediet verkrijgt tegen de verplichting om daarvoor zekerheden te verschaffen, dient zijn inziens dan ook niet onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw te vallen.³⁰

2.24. In de literatuur is het derhalve een breed gedragen opvatting dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw geen betrekking heeft op de situatie waarin binnen het bedoelde jaar voorafgaand aan de faillietverklaring een verplichting tot het vestigen van zekerheden is aangegaan ter securering van nieuw(e) krediet (ruimte). Incidenteel wordt daarbij aangeknoopt bij de veronderstelde bedoeling van de wetgever, al dan niet in verband met het in de parlementaire geschiedenis gehanteerde begrip “verdachte rechtshandeling”.

2.25. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 43 Fw en zijn voorgangers leert omtrent het begrip “verdachte” rechtshandeling het volgende.

2.26. Art. 43 Fw is in werking getreden in 1896. Het artikel luidde indertijd:

“Indien de handeling, waardoor de schuldeisers benadeeld zijn, verricht is binnen veertig dagen vóór de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet reeds vóór den aanvang van dien termijn daartoe had verplicht, wordt de aan het slot van het vorige artikel bedoelde wetenschap, behoudens tegenbewijs, vermoed aan beide zijden te bestaan:

1°. bij overeenkomsten, waarbij de waarde der verbintenissen aan de zijde van den schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenissen aan de andere zijde overtreft;

2°. bij handelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor eene niet opeisbare schuld;

3°. bij handelingen, door den schuldenaar met of ten behoeve van zijn echtgenoot of zijne bloed- of aanverwanten tot in den derden graad verricht.”

2.27. De memorie van toelichting bij art. 43 Fw vermeldt onder meer het volgende:³¹

“Art. 43. Dit artikel wijst die handelingen aan, waarvan om hun verdacht karakter, in verband met het tijdstip, waarop zij verricht werden, tot op tegenbewijs vermoed wordt dat zij verricht werden met de wetenschap van benadeeling der schuldeisers. Er zijn een aantal handelingen waarvan, vooral wanneer zij in den vooravond van een faillissement verricht worden, terecht getuigd mag worden dat zij een verdacht karakter dragen, waartoe gewoonlijk wordt overgegaan in het volle bewustzijn dat de schuldeisers er door benadeeld worden en die het bewijs daarvan als het ware in zich zelve dragen. Eene omkeering van den bewijslast schijnt hier aangewezen.

(...). Sub 2°. worden samengevat de rechtshandelingen, welke strekken tot het betalen van en het verlenen van zekerheid voor niet-opeisbare schulden, handelingen die thans in de artikelen 773 en 774 Wetboek van Koophandel met absolute nietigheid worden bedreigd. (...)”

2.28. In de parlementaire geschiedenis van art. 43 Fw is derhalve verwezen naar de artikelen 773 en 774 WvK (oud). Deze maakten deel uit van Pauliana-achtige bepalingen in de artikelen 773-777 WvK (oud), die golden van 1838 tot 1896. De gewone Pauliana was neergelegd in de artikelen 776 en 777 WvK (oud), terwijl de artikelen 773 t/m 775 WvK (oud) de zogenoemde verscherpte Pauliana bevatten.³² Art. 773 WvK (oud) bepaalde dat alle op de dag van de aanvang van het faillissement nog niet opeisbare schulden, die de schuldenaar betaald heeft binnen veertig dagen voor de dag vermeld in art. 769 WvK (oud), in de boedel worden teruggebracht. De in deze bepaling be-

29 R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction avoidance in Insolvensies, 2010, p. 250-251. Vgl. Losbl. Faillissementswet (De Weijs), art. 43, aant. 4.

30 R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana (diss. Nijmegen) 2012, p. 144 i.v.m. p. 76-77, met verdere literatuurverwijzingen.

31 G.W. van der Feltz, Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling, 1896, p. 442-443.

32 J.A. Ankum, De geschiedenis der “Actio Pauliana” (diss. UvA), 1962, p. 386.

schreven situatie is met de invoering van art. 43 Fw geregeld in art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw voor zover deze bepaling ziet op de voldoening van een niet opeisbare schuld. Wat betreft het stellen van zekerheid voor een niet opeisbare schuld kan worden verwezen naar art. 774 WvK (oud), waarin het volgende was bepaald:³³

“art. 774 Pand of hypotheek, binnen den tijd van veertig dagen vóór den aanvang van het faillissement door den schuldenaar verleend, is nietig in de twee volgende gevallen:

1°. Indien hetzelfde is verleend tot waarborg van vóór dien tijd aangegane verbintenissen;

2°. Indien het, tot waarborg van binnen voorschreven termijn aangegane verbindtenissen is toegestaan, en niet dadelijk bij de oorspronkelijke overeenkomst is gevestigd.

De vorenstaande bepalingen zijn niet toepasselijk op hypotheeken, welke de voogd of curator tot zekerheid van zijn beheer verplicht is te geven.”

2.29. In de literatuur is wat betreft art. 774 WvK (oud) opgemerkt: “Hypotheeken naderhand, welke men niet verplicht was te geven, zijn regten, die men schenkt, met ware schenkingen verwant; zoodanige, binnen een niet langen tijd vóór de faillite toegekend, zijn hoogst verdacht”.³⁴ Dienovereenkomstig heeft de Hoge Raad in het arrest van 23 december 1881 met betrekking tot een krediethypotheek overwogen dat

“het bestaan eener schuld vóór het verleenen der hypotheek een vereischte is om een der gevallen van art. 774 W.v.K. toepasselijk te doen zijn, en dit artikel niet de strekking kan hebben om alle crediet-hypotheeken, binnen den tijd van 40 dagen vóór den aanvang van het faillissement verleend, nietig te verklaren;

dat toch genoemd artikel niet vordert, dat de hypotheek verleend zij bij dezelfde acte, waarbij de verbintenis aangegaan wordt, maar alleen dat reeds dadelijk bij de oorspronkelijke overeenkomst de hypotheek verleend zij, aan welk vereischte de crediethypotheek voldoet, daar zij eene voorwaardelijke hypotheek vormt wier werking

afhankelijk is van het later aangaan eener schuld, en zij dus in werking treedt op hetzelfde oogenblik waarop die schuld geboren wordt;”³⁵

2.30. Voor een beter begrip van art. 774 WvK (oud) kan voorts te rade worden gegaan bij de daarbij behorende parlementaire geschiedenis. Daarbij is van belang dat de artikelen 773 t/m 777 WvK (oud) voortkomen uit een ontwerp voor het derde boek van het Wetboek van Koophandel uit 1835 en op enkele redactionele wijzigingen na gelijk zijn aan de betreffende bepalingen (art. 10 t/m 14) van het ontwerp-1835.³⁶ Daarmee is relevant de MvT bij het ontwerp van 1835, waarin het volgende is opgemerkt:³⁷

“Zoo is, volgens art. 11 (nu 774), het verlenen van pand of hypotheek aan schuldeischers, binnen zeker tijdvak, nietig, – omdat, wanneer de schuldenaar daartoe, volgens de oorspronkelijke overeenkomst, niet verbonden was, de daad zelve het voornemen aanduidt, om dien schuldeischer boven andere te bevoordelen; – men heeft echter aan den anderen kant de bepaling van art. 667 van het wetboek van 1830 (art. 7, bladz. 602), in zoo ver gewijzigd, dat niet elke hypotheek binnen den bepaalden tijd vóór de failliet-verklaring verkregen, zal nietig zijn, – maar de wettelijke verordening zich niet verder zal uitstrekken dan tot schuldeischers die, uit eene andere oorzaak vordering hebbende, door hypotheek zijn gedekt worden. Elk ander hypotheekair schuldeischer, die voor opgeschoten penningen, ter goeder trouw het verband heeft verkregen, zal hetzelfde behouden, al ware de akte slechts één dag vóór failliet-verklaring verleden.”

2.31. De in art. 773-775 WvK (oud) opgenomen bepalingen, gebaseerd als zij waren op een onweerlegbaar vermoeden van bedrieglijkheid, waren indertijd onderwerp van kritiek en werden wel geduid als een “ruw systeem”, waarin geen rekening wordt gehouden met de omstandigheden.³⁸ Met de Faillissementswet van 1896 is de wetgever

33 A.C. Holtius, *Het Nederlandsche Faillitenregt*, 1850, p. 140.

34 Holtius, a.w., p. 151-152.

35 HR 23 december 1881, W 4724. Zie voorts: J.C. de Marez Oyens, *De beginselen van het hedendaagsche faillitenrecht*, 1883, p. 129-130.

36 Ankum, a.w., p. 384-385.

37 Zie J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Wetboek van Koophandel)*, 1841, p. 695-696.

38 Ankum, a.w., p. 386.

aan deze en andere kritiek tegemoet gekomen. In de parlementaire geschiedenis van art. 43 Fw valt te lezen dat wordt voorgesteld de categorie van absoluut nietige rechtshandelingen te doen vervallen en in de plaats daarvan een aantal handelingen met nietigheid te bedreigen voor zover degene tegen wie zij wordt ingeroepen, zijn goede trouw niet bewijst. In de artikelen 773 en 774 WvK (oud) was de nietigheid beperkt tot zekere met name genoemde handelingen, welke door hun inhoud in verband met het korte tijdsverloop dat hen scheidt van het faillissement, een verdacht karakter bezitten en dus meer speciaal een presumptie van kwade trouw wettigen. De wijziging heeft geen ander doel dan een wettelijke presumptie op te heffen, daar waar zij blijkt met de waarheid in strijd te zijn.

“Tal van omstandigheden laten zich denken, waaronder een betaling van een niet opeisbare schuld (art. 773 WvK (oud)) of het geven van niet bij de overeenkomst bedongen zekerheid (art. 774 WvK (oud)) volkomen ter goeder trouw kan geschieden. Bij voorbeeld: de schuldenaar bedingt zich van zijn schuldeiser tegenover de betaling of zekerheidstelling bijzondere voordelen, als verlenging van een geopend krediet, de zekerheid van nieuwe bestellingen enz. Of wel: de schuldenaar heeft beschikking nodig over gegeven onderpand en ruilt dit nu met toestemming van zijnen schuldeischer tegen ander onderpand, wat bij beleening van effecten voortdurend voorkomt en waarbij in den regel elk denkbeeld aan kwade trouw is uitgesloten.”³⁹

2.32. Uit het voorgaande volgt dat het onder de vigeur van de voorlopers van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw – de artikelen 773 en 774 WvK (oud) – duidelijk was dat art. 774 WvK (oud) geen betrekking had op zekerheidstellingen voor binnen de “période suspecte” tegelijkertijd verleende kredieten. Het had (slechts) betrekking op zekerheidstelling binnen die periode voor oude, reeds bestaande schulden. Met de invoering van de Faillissementswet in 1896 is wat betreft de verscherpte Pauliana het ruwe systeem van een onweerlegbaar vermoeden van bedrieglijkheid vervangen door een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden van wetenschap van benadeling.⁴⁰ Er zijn

echter geen aanwijzingen dat (ook) een breuk is beoogd met hetgeen men als “verdacht” heeft aangemerkt onder vigeur van de artikelen 773 en 774 WvK (oud). In de parlementaire geschiedenis van art. 43 Fw wordt juist, als gezegd, aansluiting gezocht bij art. 773 en 774 WvK (oud). Hieruit kan worden afgeleid dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw ziet op zekerheidstelling voor oude schulden waarvoor initieel geen zekerheid was bedongen en niet op zekerheidstelling voor nieuwe schulden.

2.33. Dit is m.i. nog steeds actueel. Art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw is namelijk steeds ongewijzigd gebleven, terwijl art. 43 Fw overigens in de loop der jaren is aangepast; zo is in 1987 de termijn van 40 dagen verlengd naar de huidige termijn van één jaar en is daarnaast het bewijsvermoeden uitgebreid tot situaties waarin de onverplichte, benadelende handeling is verricht met bepaalde, gerelateerde personen.⁴¹ In de parlementaire geschiedenis bij de wijzigingen van art. 43 Fw⁴² worden geen aanwijzingen aangetroffen voor een gewijzigde opvatting omtrent hetgeen als “verdachte handeling” dient te worden aangemerkt in de zin van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw.

2.34. Bij de invoering van het NBW is het wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling ten aanzien van (onder meer) “rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld” tevens geïntroduceerd in het kader van de gewone Pauliana (art. 3:46 BW). Zulks geschiedde door aanpassing van de bepaling aan art. 43 Fw, en wel zonder nadere inhoudelijke beschouwingen.⁴³

2.35. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 43 Fw kan derhalve worden geconcludeerd dat volgens de wetgever het vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en 2°, Fw zijn rechtvaardiging vindt

41 Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (derde antimisbruikwet), Stb. 1986, 275, i.w. 1 januari 1987. Zie ook Losl. Faillissementswet (De Weijs), art. 43, aant. A.

42 Kamerstukken 16 631.

43 Nota II Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1153. Aanvankelijk was art. 43 lid 1, aanhef en onder 2, Fw niet overgenomen, omdat bedoeld geval geacht werd alleen te passen in een faillissementssituatie (zie NvW 1 Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1152).

39 Van der Feltz, a.w., p. 437-438.

40 Ankum, a.w., p. 386-387.

in het verdachte karakter van de in het artikellid beschreven handelingen, dat erop berust dat dergelijke handelingen gewoonlijk zullen worden verricht in het volle bewustzijn dat de schuldeisers er door benadeeld worden (zie het citaat, aangehaald hiervoor onder 2.27). Mede tegen de achtergrond van de parlementaire geschiedenis bij en rechtspraak betreffende art. 774 WvK (oud) valt af te leiden dat naar de bedoeling van de wetgever een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld slechts als verdacht kan worden gekwalificeerd wanneer gaat om een reeds bestaande schuld.

2.36. Deze beperking wordt, als gezegd, ook in de literatuur breed onderschreven. Zij lijkt mij juist. Het verstrekken van een geldlening of krediet onder de voorwaarde van zekerheidstelling kan n.m.m. niet worden aangemerkt als een rechtshandeling die op voorhand moet worden geacht te zijn verricht in het volle bewustzijn van benadeling. Daarbij staat voorop dat het enkele aangaan van de kredietovereenkomst houdende zekerheidstelling niet tot benadeling leidt, ongeacht de waarde van de zekerheidsrechten. De zekerheidsnemer kan zich immers niet verhalen voor een hoger bedrag dan het aan de schuldenaar ter beschikking gestelde bedrag.⁴⁴ Er vindt door die enkele transactie, waarmee zich een nieuwe schuldeiser aandient, ook geen verstoring plaats van de tussen de "zittende" schuldeisers bestaande rangorde.⁴⁵ Dat, zoals in de s.t. namens de curator (onder 3.9) wordt benadrukt, de besteding van het verstrekte krediet vervolgens tot benadeling kan leiden – door verschuiving in de verhaalspositie⁴⁶ –, maakt dit m.i. niet anders. Het gaat in casu immers niet om de vaststelling (achteraf) of de gewraakte rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling heeft geleid, maar om de vraag of voldaan is aan het (andere) vereiste dat de handeling "verdacht" is, d.w.z. reeds op zichzelf beschouwd bij betrokkenen bedenkingen had moeten oproepen.

2.37. De slotsom is dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw n.m.m. alleen betrekking heeft op rechtshandelingen ter zekerheidstelling voor een

niet opeisbare, ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling reeds bestaande schuld. Dit sluit aan bij het eerder aangehaalde oordeel van Uw Raad dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw een uitzonderingsbepaling betreft, die niet ruim mag worden uitgelegd.⁴⁷

2.38. Het voorgaande leidt ertoe dat onderdeel 2.5 faalt. Voor zover onderdeel 2.2 voortbouwt op onderdeel 2.5, faalt het eveneens.

2.39. Subsidiair klaagt onderdeel 2.6 dat het hof heeft miskend dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw in ieder geval van toepassing is indien de transactie waarbij zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet moet worden aangemerkt als een verdachte transactie, althans indien de transactie gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval (de opmerkelijke kenmerken van de transactie) de nodige vragen oproept. Volgens het onderdeel heeft de curator gewezen op een aantal (in het onderdeel onder (i) t/m (vi) genoemde) bijzondere omstandigheden die een dergelijke kwalificatie in casu rechtvaardigen. In elk geval is 's hofs (impliciete) terzijdestelling van het beroep van de curator op de toepasselijkheid van het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw in het licht van de gestelde bijzondere omstandigheden onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd en is 's hofs oordeel, mede gelet op het overwogene in rov. 3.7, innerlijk tegenstrijdig, aldus onderdeel 2.6.

2.40. Het onderdeel bepleit de toepassing van het wettelijk vermoeden van art. 43 Fw op een geval dat niet onder één der daarin opgesomde categorieën valt. Naar mijn mening verdraagt dit zich niet met het uitzonderingskarakter van de bepaling, die de rechter in bepaalde omstandigheden verplicht uit te gaan van het vermoeden van de aanwezigheid van wetenschap van benadeling. Dit brengt niet alleen mee dat de opgesomde categorieën niet ruim mogen worden uitgelegd,⁴⁸ maar ook dat de opsomming als limitatief moet worden aangemerkt.

Het staat de rechter uiteraard vrij om ook buiten de in art. 43 Fw beschreven gevallen, indien sprake is van een verdachte situatie, op grond van

44 Verdaas, NTBR 2006, nr. 8, p. 30, 32.

45 Van der Weijden, a.w., p. 76-77; Faber, noot onder HR 22 december 2009, LJN: BI8493, JOR 2011/9.

46 Vgl. HR 8 juli 2005, LJN: AT1089, NJ 2005/457 m.nt. PvS.

47 HR 4 februari 2000, LJN: AA4726, NJ 2000/192 m.nt. PvS.

48 HR 4 februari 2000, LJN: AA4726, NJ 2000/192 m.nt. PvS.

de algemene regels van bewijsrecht bij wijze van rechterlijk vermoeden ervan uit te gaan dat de aan het slot van art. 42 Fw eerste lid bedoelde wetenschap aanwezig is aan beide zijden.⁴⁹ Daarop zien de klachten echter niet.

2.41. In het licht van het voorgaande treffen de rechtsklacht en de motiveringsklacht van onderdeel 2.6 geen doel.

2.42. Onderdeel 2.7 komt op tegen het oordeel van het hof (in rov. 3.8) dat niet kan worden geconcludeerd dat Jaya ten tijde van de kredietovereenkomst “redelijkerwijs kon voorzien dat een faillissement van [betrokkene 1] en een tekort daarin met een redelijke mate van zekerheid zou volgen.” Geklaagd wordt dat het hof hiermee is uitgegaan van een onjuiste – te strenge – maatstaf, nu het, in plaats van een redelijke mate van waarschijnlijkheid, een redelijke mate van zekerheid verlangt.

2.43. Het onderdeel stelt terecht dat bij de beoordeling van de aanwezigheid van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw tot maatstaf dient 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 degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.”⁵⁰ Nu het hof bij de weergave van het standpunt van Jaya in rov. 3.6 deze maatstaf heeft geciteerd en de maatstaf tussen partijen ook niet in geschil was (vgl. MvA onder 35), moet rov. 3.8 kennelijk aldus worden gelezen dat het hof daarin bedoelde maatstaf heeft willen aanhalen althans parafrasen. Het onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.

2.44. Onderdeel 2.8 klaagt dat voormeld oordeel van het hof in rov. 3.8 onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. Daartoe wijst het onderdeel naar de in onderdeel 2.6 opgesomde omstandigheden, die volgens het onderdeel tot geen andere conclusie kunnen leiden dan dat Jaya

ten tijde van de overeenkomst van geldlening een faillissement van [betrokkene 1] en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. Het gaat om de volgende omstandigheden:

(i) [betrokkene 1] heeft aan Jaya aangegeven de lening te willen aangaan om zijn vermogen liquide te maken, (deels) om dat consumptief te besteden en schulden aan vrienden en kennissen in te lossen, zodat benadeling van schuldeisers een alleszins reëel risico was;

(ii) [betrokkene 1] heeft aan Jaya tevens aangegeven dat pogingen om financiering bij een bancaire instelling te verkrijgen op niets zijn uitgelopen;

(iii) [betrokkene 1] heeft ermee ingestemd om de lening binnen zeer korte tijd af te lossen;

(iv) de verwachte opbrengst van de zekerheden bood onvoldoende dekking indien [betrokkene 1] zijn verplichtingen uit hoofde van de geldleningsovereenkomst niet zou nakomen;

(v) reeds voor het moment van het aangaan van de overeenkomst van geldlening met zekerheidsstelling was voor Jaya traceerbaar een in de dagbladers en op het internet verschenen publicatie over de (problemen in de) growshophandel van [betrokkene 1], terwijl Jaya bovendien kennis heeft genomen van de gedingstukken van de procedure tussen [betrokkene 1] en ASR, waarin eveneens van de activiteiten van [betrokkene 1] in de (illegale) hennepcultuur blijkt;

(vi) [betrokkene 1] heeft kort na het aangaan van de overeenkomst en de vestiging van de zekerheden om uitbetaling verzocht van de geleende bedragen op een buitenlandse bankrekening.

Volgens het onderdeel doen de door het hof in rov. 3.8 sub a t/m f genoemde omstandigheden aan de door het middel getrokken conclusie niet af, naar ik begriip op tweeërlei grond.

In de eerste plaats is het hof met de in rov. 3.8 onder sub a t/m e in aanmerking genomen omstandigheden uitgegaan van een onjuiste – te beperkte – rechtsopvatting omtrent de omvang van de op Jaya rustende onderzoeksplicht. Daartoe wordt aangevoerd dat Jaya op andere wijze had kunnen en behoren te weten van andere schulden van [betrokkene 1], waaronder die aan de fiscus. Verwezen wordt naar onderdeel 2.9.

In de tweede plaats wordt geklaagd over onbegrijpelijkheid van het oordeel van het hof dat de curator de in rov. 3.8 sub f genoemde omstandigheid – inhoudende dat Jaya niet wist dat [betrokkene 1] betrokken was geweest bij illegale hennepcultuur

49 Van der Weijden, a.w., p. 141-142; N.E.D. Faber, *Actio Pauliana*, in: Van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventierecht nader beschouwd*, 2008, p. 177. B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), 2010, nr. 3179, 3181. Zie ook *Kamerstukken II*, 1984-1985, 16 631, nr. 14, p. 4. Vgl. *losbl. Faillissementswet* (De Weijts), art. 43, aant. 2.

50 HR 22 december 2009, LJN: BI8493, NJ 2010/273 m.nt. P. van Schilfgaarde, rov. 3.7.

– niet of onvoldoende heeft weersproken. De curator heeft er immers op gewezen⁵¹ dat het (illegale) hennepeteeltverleden van [betrokkene 1] reeds voor het aangaan van de geldleningovereenkomst met zekerheidstelling onder meer via raadpleging van het internet kenbaar was, terwijl bovendien vaststaat dat Jaya het procesdossier inzake de procedure tussen [betrokkene 1] en ASR heeft geraadpleegd, waaruit evenzeer van het (illegale) hennepeteeltverleden van [betrokkene 1] blijkt.

2.45. Onderdeel 2.9 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.8, blad 5 (vanaf “Op grond van het vorenstaande...” dat, samengevat, Jaya de schuldenpositie van [betrokkene 1] niet alleen niet kende, maar ook met de van haar te vergen inspanningen niet had kunnen ontdekken, waaraan de door het hof besproken (vier) tegenwerpingen van de curator niet afdoen.

In de eerste plaats wordt geklaagd dat bedoeld oordeel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd, nu het, in het licht van het betoog van de curator omtrent de voor Jaya kenbare gegevens met betrekking tot het (illegale) hennepeteeltverleden van [betrokkene 1], ervoor moet worden gehouden dat Jaya wist dat [betrokkene 1] een hennepeteeltverleden had, althans dat zij dat had kunnen weten. Voorts wordt aangevoerd dat de curator zich – door Jaya niet gemotiveerd bestreden – op het standpunt heeft gesteld dat het een feit van algemene bekendheid is dat de fiscus (forse, want op basis van fictieve gegevens vastgestelde) naheffingsaanslagen pleegt op te leggen aan belastingplichtigen die zich bezighouden met hennepeteelt.

Ten tweede wordt geklaagd dat het hof uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de omvang en reikwijdte van de in een geval als het onderhavige op een professionele kredietverstrekker als Jaya rustende onderzoeksplicht. De strekking van de in HR 22 december 2009, NJ 2010/273 rov. 3.10 geformuleerde onderzoeksplicht is immers dat een professionele kredietverstrekker, indien de omstandigheden op het moment van kredietaanvraag daartoe aanleiding geven, voorafgaand aan het daadwerkelijk verstrekken van het krediet, onderzoek dient te doen met het oog op de eventuele benadeling van schuldeisers, een en ander aan de hand van de op dat moment beschikbare gegevens. De curator heeft betoogd dat de onder

(i) t/m (iv) en (vi) genoemde omstandigheden aanleiding gaven voor Jaya tot doen van nader onderzoek, terwijl de onder (v) genoemde gegevens reeds voor de kredietverzekking voor Jaya beschikbaar waren. Vast staat dat Jaya heeft geen onderzoek verricht naar de schuldenpositie van [betrokkene 1], die bij de ING uitgezonderd. Jaya heeft derhalve de op haar als professionele kredietverstrekker rustende onderzoeksplicht verzaakt, zodat zij de door de curator ingeroepen vernietiging van de geldleningovereenkomst met zekerheidstelling tegen zich moet laten gelden, aldus het onderdeel.

2.46. Bij de beoordeling van de klachten van de onderdelen 2.8 en 2.9 staat voorop dat het oordeel van het hof omtrent de aanwezigheid van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw in sterke mate is verweven met de waardering van de feitelijke bijzonderheden van het geval, en daarom in cassatie maar beperkt kan worden getoetst.⁵² In dat verband is van belang dat alle in het middel onder (i) t/m (vi) genoemde omstandigheden door het hof in zijn beoordeling zijn betrokken (rov. 3.7 en 3.8). Nu, zoals hieronder zal blijken, in cassatie tevergeefs tegen enkele onderliggende overwegingen wordt opgekomen, is het eindoordeel van het hof niet onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd.

2.47. Voor zover de klachten betrekking hebben op de omvang van de onderzoeksplicht, geldt het volgende. In het meer aangehaalde arrest inzake ABN AMRO/Van Dooren q.q. III⁵³ heeft Uw Raad wat betreft de vereiste wetenschap van benadeling ex art. 42 Fw geoordeeld, als gezegd, dat van wetenschap van benadeling (in de zin van weten of behoren te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van de rechtshandeling zal zijn) 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.

In het arrest heeft Uw Raad voorts in rov. 3.10 geoordeeld dat een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming

51 Verwezen wordt naar MvA onder 43.

52 Zie o.m. A-G Huydecoper, conclusie (onder 14) voor HR 2 februari 2007, LJN: AZ1611, RvdW 2007/173; HR 4 februari 2000, LJN: AA4726, NJ 2000/192 m.nt. PvS.

53 HR 22 december 2009, LJN: BI8493, NJ 2010/273 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III) m.nt. P. van Schilfgaarde.

overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, de beschikbare gegevens dient 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.

2.48. Uit de hiervoor aangehaalde rov. 3.10 van het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III valt naar mijn mening niet een nadere onderzoekspllicht voor professionele kredietverstrekkers in het algemeen af te leiden als in het middel voorgestaan. Het arrest ziet in de eerste plaats op financiële reddingsoperaties voor ondernemingen en niet op het verstrekken van leningen in het algemeen. Zwaarwegender is dat Uw Raad in rov. 3.10 van het arrest aan de bank slechts een plicht heeft opgelegd om, zelfs ingeval van een reddingsoperatie, de beschikbare financiële gegevens te analyseren. De verplichting tot het analyseren van beschikbare financiële gegevens laat zich onderscheiden van de verdergaande verplichting om te onderzoeken of de schuldenaar nog andere dan de bij de kredietverstrekker bekende schulden heeft.⁵⁴

2.49. Het hof heeft niet miskend dat art. 42 lid 1 Fw een onderzoekspllicht voor de wederpartij van de schuldenaar kan inhouden. Op grond van de (ook in het middel aangevoerde) omstandigheden van het geval heeft het hof in casu aangenomen dat op Jaya als professionele kredietverstrekker in beginsel de verplichting rustte om zich een beeld te vormen van de financiële positie van [betrokkene 1] (rov. 3.7). Het hof is evenwel tot het oordeel gekomen dat op grond van de in rov. 3.8 onder a t/m f genoemde omstandigheden moet worden aangenomen dat Jaya de schuldenpositie, in het bijzonder de belastingschulden, niet alleen niet kende, maar dat zij deze met de van haar te vergen inspanningen ook niet had kunnen ontdek-

ken. Het hof heeft vervolgens gemotiveerd een vial argumenten verworpen die strekken tot betoog dat – kort gezegd – niettemin sprake zou zijn van een “behoren te weten”. In dit verband heeft het hof overwogen dat de transactie niet zo buitennissig of verdacht was dat Jaya zich daarvan had moeten onthouden zolang zij geen volledige zekerheid had noch kon verkrijgen over de financiële situatie van [betrokkene 1], waarmee het hof tot uitdrukking heeft gebracht dat er in de gegeven omstandigheden op Jaya geen verdere onderzoekspllicht rustte en er geen goede reden voor twijfel was aan de zijde van Jaya. Deze oordelen zijn, mede gelet op hetgeen hierna nog zal worden betoogd, niet onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd.

2.50. Het hof heeft in evengenoemd kader tevens aandacht besteed aan de stelling van de curator dat Jaya het hennepeteelverleden van [betrokkene 1] had kunnen kennen⁵⁵ en daarop geoordeeld dat de onderzoekspllicht van Jaya niet zover ging dat zij het hennepeteelverleden op het spoor had behoren te komen. Het hof verwierp daarmee onder meer het standpunt van de curator dat Jaya door raadpleging van het internet het hennepeteelverleden van [betrokkene 1] had kunnen en dienen te achterhalen, waarbij de curator het oog had op het krantenartikel dat op internet te vinden is (zie hiervoor onder 1.1.f).⁵⁶ Het oordeel van het hof dat een dergelijke zoektocht op het internet niet van Jaya kan worden gevegd, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

2.51. Voor zover in onderdeel 2.8 nog wordt geklaagd over onbegrijpelijkheid van het oordeel dat de curator de in rov. 3.8 sub f genoemde stelling van Jaya – dat zij niet wist dat [betrokkene 1] betrokken was geweest bij illegale hennepeteel – niet of onvoldoende heeft weersproken, kan deze klacht niet tot cassatie leiden. Wat er zij van het antwoord op de vraag of de verwijzing van de curator naar de raadpleging door Jaya van het procesdossier inzake de procedure tussen [betrokkene 1] en ASR moest worden opgevat als een gemotiveerde betwisting, uit de in de klacht genoemde overwegingen in het tussenarrest van het hof Amsterdam van 31 mei 2007 in de procedure

54 Vgl. M.R.J. Linck, De faillissementspauliana in de Van Dooren-arresten, Bb, 2011, 9, die naar aanleiding van ABN AMRO/Van Dooren III heeft opgemerkt dat voor kredietverlening door een bank aan noodlijdende bedrijven het arrest niet betekent dat op de bank een verzwaarde onderzoekspllicht rust, maar dat zij op basis van de “beschikbare financiële gegevens dient te analyseren” of het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien. Daarbij behoeft de bank er volgens Linck in beginsel geen rekening mee te houden dat de ontvangen gegevens vervalst kunnen zijn, waarbij zij verwijst naar Hof’s-Hertogenbosch 16 september 2008, LJN: BG4528, JOR 2008/322.

55 MvA onder 43.

56 Prod. 7A bij inleidende dagvaarding, prod. 3.

tussen [betrokkene 1] en ASR kan niet worden afgeleid dat [betrokkene 1] een (illegaal) hennep-teeltverleden had. In het arrest van het hof is vermeld dat [betrokkene 1] een zogenaamde “growshop” exploiteerde. Partijen verschilden van mening of een dergelijke growshop onder de dekking van de afgesloten verzekering viel. [Betrokkene 1] heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat het voeren van een dergelijke onderneming niet illegaal is. Het hof heeft dat standpunt overgenomen.⁵⁷

2.52. De slotsom is dat het oordeel van het hof dat geen sprake is van wetenschap van benadeling bij Jaya geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, niet onbegrijpelijk is en evenmin ontoereikend gemotiveerd is. De onderdelen 2.8 en 2.9 leiden niet tot cassatie.

2.53. Met de onderdelen 2.10 en 2.11 wordt opgekomen tegen de reikwijdte van de door het hof gegeven verklaring voor recht. Door voor recht te verklaren dat de overeenkomst van 4 augustus 2008 niet kan worden vernietigd met een beroep op art. 47 Fw zou het hof buiten de rechtsstrijd van partijen zijn getreden. Weliswaar heeft Jaya (mede) een zodanige verklaring voor recht gevorderd, maar het debat in beide instanties was (uitsluitend) toegespitst op de vraag of de overeenkomst van geldlening kan worden vernietigd op de voet van art. 42 Fw. Gewezen wordt op rov. 4.1 van het eindvonnis van de rechtbank, waartegen Jaya in appel niet heeft gegriefd. Ook de curator heeft de vordering van Jaya in appel begrepen als (uitsluitend) te zijn toegespitst op de vernietigingsgrond van art. 42 Fw. Voor zover het hof van een andere uitleg van de gedingstukken is uitgegaan, is zijn oordeel onbegrijpelijk. Het stond het hof derhalve niet vrij om de vordering van Jaya toe te wijzen voor zover deze betrekking had op de vernietigingsgrond van art. 47 Fw, aldus nog steeds de klacht.

2.54. De onderdelen leiden niet tot cassatie. Zoals ook in onderdeel 2.11 wordt opgemerkt, heeft Jaya in het petitum van haar inleidende dagvaarding d.d. 6 april 2009 – die derhalve werd uitgebracht voordat de curator per brief van 24 juli 2009 de nietigheid zou inroepen – gevorderd dat

voor recht wordt verklaard dat de overeenkomst van geldlening rechtsgeldig is en niet kan worden vernietigd met een beroep op art. 42 en/of 47 Fw (curs. A-G). Blijkens par. 3 van zijn incidentele conclusie tot onbevoegdheid van 27 mei 2009 heeft de curator dat onderkend. Niettemin heeft hij bij conclusie van antwoord (onder 27 e.v.) slechts een beroep gedaan op vernietigbaarheid op de voet van art. 42 Fw. De rechtbank heeft de vordering in rov. 3.1 van haar vonnis van 26 mei 2010 weergegeven overeenkomstig het petitum. Anders dan het onderdeel stelt, volgt uit rov. 4.1 van dat vonnis niet dat naar het oordeel van de rechtbank het geschil beperkt was tot de vraag of de overeenkomst van geldlening vernietigbaar was op grond van art. 42 Fw. De rechtbank heeft in rov. 4.1 van het vonnis immers overwogen dat het onder meer gaat om de vraag of de curator terecht een beroep op vernietiging van de overeenkomst van geldlening tussen Jaya en [betrokkene 1] heeft gedaan op grond van art. 42 Fw.

2.55. De rechtbank heeft de geldleningovereenkomst vernietigbaar geoordeeld op de voet van art. 42 Fw en op die grond de vorderingen van Jaya afgewezen (rov. 4.20).⁵⁸ Jaya heeft geen afzonderlijke grief gericht tegen de afwijzing van haar vordering voor zover betrekking hebbend op niet-vernietigbaarheid op grond van art. 47 Fw. Zij heeft echter in appel (op dit punt) wel haar oorspronkelijke vordering gehandhaafd (appeldagvaarding, MvG onder 15 en petitum). Het hof heeft, in cassatie niet bestreden, vastgesteld dat Jaya haar oorspronkelijke vorderingen heeft gehandhaafd (arrest in het incident van 22 februari 2011, rov. 2.2). Gelet op het slagen van grief IV heeft het hof de onbesproken en verworpen verweren uit de eerste aanleg (opnieuw) beoordeeld en in dat kader, kennelijk en niet onbegrijpelijk, geen verweer tegen de gevorderde verklaring voor recht met betrekking tot art. 47 Fw aangetroffen (eindarrest, rov. 3.10). Het hof heeft de vordering dan ook in zoverre kunnen toewijzen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

57 Prod 7A bij inleidende dagvaarding, prod. 10. Zie in het bijzonder rov. 4.1 sub (ix), rov. 4.3.1 en rov. 4.3.3 van het arrest van het hof Amsterdam.

58 Nu art. 42 Fw (onverplichte handelingen) en art. 47 Fw (verplichte handelingen) elkaar uitsluiten, was de verklaring voor recht betreffende niet-vernietigbaarheid op grond van art. 47 Fw toewijsbaar.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 4 augustus 2008 heeft [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) met Jaya een overeenkomst van geldlening gesloten, op grond waarvan Jaya aan [betrokkene 1] € 525.000.-- leende tegen een rente van 6,5% op jaarbasis (hierna: de overeenkomst). In de overeenkomst nam [betrokkene 1] mede de verplichting op zich om ten behoeve van Jaya een recht van derde hypotheek op zijn onroerende zaken aan de [a-straat 1-2] in Den Bosch te vestigen, alsmede een pandrecht op vorderingen en zaken.

(ii) Op 4, 5 en 6 augustus 2008 heeft [betrokkene 1] het hiervoor in (i) bedoelde hypotheekrecht op de onroerende zaak aan de [a-straat 1] in Den Bosch daadwerkelijk gevestigd, evenals de pandrechten.

(iii) Op 11 en 15 augustus 2008 heeft Jaya het geleende bedrag in twee gedeelten aan [betrokkene 1] betaald, op diens verzoek door middel van overboekingen naar een bankrekening ten name van [betrokkene 1] in België. De door Jaya overgeboekte bedragen zijn vrijwel onmiddellijk na bijschrijving door middel van kantoorcheques door [betrokkene 1] opgenomen.

(iv) Op 27 augustus 2008 heeft de Belastingdienst ten laste van [betrokkene 1] executoriaal beslag doen leggen onder de brandverzekeraar op wie [betrokkene 1] (in verband met een brand in januari 2004 aan de [a-straat 1] in Den Bosch) een vordering pretendeerde, en op het onroerend goed van [betrokkene 1].

(v) Jaya heeft op 10 september 2008 de overeenkomst opgezegd.

(vi) Op 25 september 2008 heeft de Belastingdienst met betrekking tot de overeenkomst de vernietigingsgrond van art. 3:45 BW ingeroepen.

(vii) Op 10 maart 2009 is [betrokkene 1] failliet verklaard en is de curator benoemd.

(viii) Bij brief van 24 juli 2009 aan Jaya heeft de curator met betrekking tot de overeenkomst de vernietigingsgrond van art. 42 Fw ingeroepen.

3.2. Jaya vordert, voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de overeenkomst rechtsgeldig is, en niet kan worden vernietigd met een beroep op art. 42 en/of 47 Fw. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Het hof heeft het vonnis van de rechtbank vernietigd en de gevorderde verklaring voor recht toegevoegd. Daartoe overwoog het hof, samengevat, als volgt. Uitgangspunt is dat de overeenkomst moet worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling (rov. 3.2). Het is aan de curator om de benadeling van schuldeisers aan te tonen. Het gaat om een nieuw krediet, zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake was. Het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw is daarop niet van toepassing, omdat die bepaling geen betrekking heeft op een transactie waarbij zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet. Hoewel naar de letter bij het stellen van zekerheid in het kader van het aangaan van een nieuw krediet steeds sprake is van zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld, is er onvoldoende rechtvaardiging voor het aannemen van het wettelijk vermoeden van benadeling. (rov. 3.3) Het aangaan van de overeenkomst en de verschaffing van zekerheidsrechten ten gunste van Jaya heeft geleid tot benadeling van crediteuren (rov. 3.4). [Betrokkene 1] wist dat hij hierdoor zijn crediteuren, onder wie de belastingdienst, zou benadelen (rov. 3.5).

Op Jaya rustte als professionele kredietverstrekker in beginsel de verplichting zich een beeld te vormen van de financiële positie van [betrokkene 1]. Ook als Jaya niet wist dat [betrokkene 1] financieel ernstig noodlijdend was, bestond hiertoe aanleiding omdat [betrokkene 1] zijn vermogen liquide wenste te maken ten behoeve van een consumptief krediet, zodat benadeling van andere schuldeisers een reëel risico was. Bovendien vertoonde de lening enkele opmerkelijke kenmerken, zoals een korte looptijd, een zeer korte aflossingstermijn, de verwachte opbrengst van de zekerheden, alsmede het verzoek tot betaling op een buitenlandse rekening. (rov. 3.7) Toch is niet komen vast te staan dat ten aanzien van Jaya sprake was van wetenschap van benadeling van schuldeisers, omdat Jaya (a) vóór de kredietverstrekking geen relatie met [betrokkene 1] had, (b) geen toegang had tot de bestanden van het Bureau Krediet Registratie, (c) geen toegang had tot de fiscale gegevens van [betrokkene 1], anders dan via [betrok-

kene 1] zelf, (d) onvolledige informatie van [betrokkene 1] over zijn financiële positie had gekregen, (e) zich op de hoogte heeft gesteld van [betrokkene 1] schulden aan ING en (f) niet wist dat [betrokkene 1] betrokken was bij illegale hennep-teelt. (rov. 3.8)

3.3. De onderdelen 2.1 en 2.2 van het middel klagen op zichzelf terecht dat in rov. 3.3 van het bestreden arrest is miskend dat het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw betrekking heeft op de wetenschap van benadeling van schuldeisers, en niet op de benadeling. Dit leidt echter niet tot cassatie, nu het hof in rov. 3.4 zonder toepassing van dat vermoeden is gekomen tot het oordeel dat sprake is van benadeling van schuldeisers.

3.4. Onderdeel 2.4 klaagt dat het hof in rov. 3.6-3.8 heeft verzuimd te beslissen op het beroep van de curator op het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw. Het onderdeel faalt. Zoals onderdeel 2.5 terecht tot uitgangspunt neemt, heeft het hof in rov. 3.3 geoordeeld dat dit vermoeden geen betrekking heeft op een transactie waarbij zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet. Hierin ligt besloten dat het hof het beroep op dat vermoeden heeft verworpen.

3.5. Onderdeel 2.5 betoogt dat het hof in rov. 3.3 heeft miskend dat het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw, mede betrekking heeft op een transactie waarbij zekerheid wordt gesteld voor een nieuw krediet (zonder dat van voorafgaande kredietverlening tussen dezelfde partijen sprake is).

3.6. In het onderdeel ligt de juiste veronderstelling besloten dat op de curator die op de voet van art. 42 Fw buitengerechtelijk een rechtshandeling vernietigt die de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht heeft verricht, de stelplicht en bewijslast rusten van feiten en omstandigheden die meebrengen dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de schuldenaar en de wederpartij (vgl. HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273 («JOR» 2011/19, m.nt. NEDF (*ABN AMRO Bank/Van Dooren q.q.*); *red.*)).

Volgens de tekst van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw wordt echter wetenschap van benadeling vermoed aan beide zijden te bestaan indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring, de schuldenaar zich niet reeds

voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht en het een rechtshandeling betreft ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld.

3.7. Het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw is een uitzondering op de stelplicht en bewijslast op grond van art. 42 Fw en mag niet ruim worden uitgelegd (vgl. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4726, NJ 2000/192 («JOR» 2000/87, m.nt. NEDF (*Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes*); *red.*)). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 43 Fw, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.25 e.v., blijkt dat het bewijsvermoeden zijn rechtvaardiging vindt in het verdachte karakter van de rechtshandeling. Dit verdachte karakter berust erop dat de handelingen waarop het bewijsvermoeden betrekking heeft, gewoonlijk zullen worden verricht in het volle bewustzijn dat de schuldeisers erdoor benadeeld worden. Een dergelijk karakter kan niet op voorhand worden toegeschreven aan de rechtshandeling waarin bij het aangaan van een nieuwe kredietrelatie zekerheid wordt bedongen voor de verschaffing van krediet (ruimte), zoals in het onderhavige geval. Onderdeel 2.5 faalt derhalve.

3.8. De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Een curator die meent dat een door de schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandeling paulianeus is, zal voor een succesvol beroep op art. 42 Fw moeten stellen en, zo nodig, bewijzen dat aan de vereisten van die bepaling is voldaan. Voor wat betreft het vereiste van wetenschap van benadeling is de wetgever de curator in bepaalde gevallen tegemoetgekomen door in art. 43 en 45 Fw een wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling op te nemen. Het

gaat steeds om rechtshandelingen die (i) zijn verricht binnen een jaar voor het faillissement van de schuldenaar en bovendien (ii) een verdacht karakter hebben vanwege hun aard (art. 43 lid 1 onder 1° en 2° en art. 45 Fw) en/of de hoedanigheid van degene met wie de rechtshandeling is verricht (art. 43 lid 1 onder 3° t/m 6° Fw). Om het bewijsvermoeden te activeren, hoeft de curator slechts te bewijzen dat sprake is van een rechtshandeling als bedoeld in art. 43 of 45 Fw; het is dan aan de aangesproken partij het bewijsvermoeden te ontzenuwen door voldoende twijfel te zaaien omtrent de juistheid daarvan. In de praktijk valt en staat een beroep op art. 42 Fw niet zelden met de toepasselijkheid van de bewijsvermoedens.

2. Het onderhavige arrest ziet op art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw, dat een vermoeden geeft van wetenschap van benadeling voor "rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet opeisbare schuld". Onder "rechtshandelingen ter zekerheidstelling" valt niet alleen de rechtshandeling waarbij de verplichting tot zekerheidstelling in het leven is geroepen (veelal een kredietovereenkomst of de algemene (bank)voorwaarden die daarvan deel uitmaken), maar tevens de vestigingshandeling zelf (bijvoorbeeld het opmaken en registreren van een onderhandse pandakte). In de praktijk zal het echter met name om de eerstbedoelde categorie gaan, omdat de vestigingshandeling zelf (de laatstbedoelde categorie) in de regel een *verplicht* verrichte rechtshandeling is die niet onder het bereik van art. 42 Fw valt en waarop de bewijsvermoedens van art. 43 en 45 Fw dan ook niet van toepassing zijn.

3. De vraag die in het onderhavige arrest centraal staat, is of onder een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een "niet-opeisbare schuld" ook valt een rechtshandeling ter zekerheidstelling voor een *nieuw krediet*, of het bewijsvermoeden beperkt blijft tot rechtshandelingen ter zekerheidstelling voor een *bestaand* dan wel *oud krediet*. Voor de (reorganisatie)praktijk is deze vraag van groot belang. Als het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1 onder 2° Fw ook van toepassing zou zijn op rechtshandelingen ter zekerheidstelling van een nieuw krediet, dan zou dit het paulianarisch bij transacties waarbij een onderneming in financiële moeilijkheden (extra) krediet(ruimte) wordt gegeven tegen (een verplichting tot) zekerheidstelling, aanzienlijk ver-

groten. Bij kredietnemers die binnen een jaar na het aangaan van de verplichting tot zekerheidstelling failliet gaan, zou dit immers betekenen dat de curator in veel gevallen een succesvol beroep op art. 42 Fw kan doen. Het is niet ondenkbaar dat de bereidwilligheid van financiers om ondernemingen in financiële moeilijkheden van (extra) krediet(ruimte) te voorzien dan afneemt, met alle gevolgen van dien.

4. In de literatuur is door een meerderheid van de auteurs het standpunt ingenomen dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw niet van toepassing is op rechtshandelingen ter zekerheidstelling voor nieuw(e) krediet(ruimte), zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 75, Deventer: Kluwer 2012, p. 144 en de in voetnoot 146 genoemde auteurs. In de praktijk leek het ontbreken van een oordeel van de Hoge Raad op dit punt dan ook niet zoveel problemen op te leveren. Enige onrust ontstond echter naar aanleiding van Hof Leeuwarden 28 februari 2007, «JOR» 2008/141, m.nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q.*). De door de curator aangesproken partij, ABN AMRO, had in deze zaak betoogd dat art. 43 lid 1 onder 2° Fw slechts van toepassing is op reeds bestaande niet-opeisbare vorderingen en de wetgever niet kan hebben bedoeld op rechtshandelingen waarbij de debiteur zekerheid stelt voor toekomstige schulden (zoals een kredietovereenkomst waarin de schuldenaar zich verplicht tot het vestigen van zekerheden voor de daaruit voort te vloeien vorderingen). Het hof volgde ABN AMRO niet in haar betoog. Het oordeelde dat "een goede grond [ontbreekt] om op het thans aan de orde zijnde wettelijke vermoeden met betrekking tot zekerheidstellingen voor niet opeisbare schulden een uitzondering te maken voor schulden die toekomstig en dáárom niet opeisbaar zijn, nu noch in de tekst van de genoemde bepaling noch in de totstandkomingsgeschiedenis daarvan of in de parlementaire geschiedenis van art. 3.2.11a NBW (art. 3:46 BW) waarop art. 43 Fw voortbouwt, daarvoor een toereikend aanknopingspunt kan worden gevonden." In het cassatieberoep dat tegen dit arrest is ingesteld, heeft de Hoge Raad zich over deze kwestie niet uitgesproken, zie HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*), r.o. 3.6. Als gevolg van de ontstane onzekerheid was de behoefte aan een inhoudelijk oordeel van de Hoge

Raad op dit punt toegenomen. Het is dan ook goed dat dit er met het onderhavige arrest is gekomen.

5. De feiten die aan dit arrest ten grondslag liggen, zijn als volgt. Op 4 augustus 2008 is tussen Jaya en X – de exploitant van een zogenaamde *growshop* (een groothandel in producten voor de kweek van hennep) – een kredietovereenkomst gesloten. In deze overeenkomst heeft X zich verplicht tot het vestigen van een pandrecht op vorderingen en roerende zaken, alsmede tot het vestigen van een hypotheekrecht derde in rang op een aan hem toebehorend registergoed. Aan deze verplichting is kort na het sluiten van de kredietovereenkomst uitvoering gegeven. Op 10 maart 2009, nog ruim binnen een jaar na het sluiten van de kredietovereenkomst, is X failliet gegaan met benoeming van mr. Roeffen tot curator. De curator heeft de kredietovereenkomst met de daarin opgenomen verplichting tot zekerheidstelling aangevochten met een beroep op de faillissementspauliana. In de procedure die daarop volgt, wordt de curator door de Rechtbank Utrecht in het gelijk gesteld. Dit vonnis wordt echter vernietigd door het Hof Amsterdam, dat van oordeel is dat aan de zijde van Jaya niet aan het vereiste van wetenschap van benadeling is voldaan. De curator stelt vervolgens cassatieberoep in tegen het arrest van het hof. In cassatie klaagt de curator er onder meer over dat het hof verzuimd heeft te beslissen op het door de curator uitdrukkelijk gedane beroep op art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw en het hof heeft miskend dat voornoemde bepaling mede van toepassing is op rechtshandelingen ter zekerheidstelling van een nieuw krediet. De onderbouwing van de curator doet sterk denken aan de hiervoor in alinea 4 geciteerde rechtsoverweging uit het arrest van het Hof Leeuwarden van 28 februari 2007.

6. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Het Hof Amsterdam heeft volgens hem terecht geoordeeld dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw niet van toepassing is op rechtshandelingen ter zekerheidstelling van nieuw krediet. In r.o. 3.7 overweegt hij: “Het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw is een uitzondering op de stelplicht en bewijslast op grond van art. 42 Fw en mag niet ruim worden uitgelegd (vgl. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4726, NJ 2000/192). Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 43 Fw,

zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.25 e.v., blijkt dat het bewijsvermoeden zijn rechtvaardiging vindt in het verdachte karakter van de rechtshandeling. Dit verdachte karakter berust erop dat de handelingen waarop het bewijsvermoeden betrekking heeft, gewoonlijk zullen worden verricht in het volle bewustzijn dat de schuldeisers erdoor benadeeld worden. Een dergelijk karakter kan niet op voorhand worden toegeschreven aan de rechtshandeling waarin bij het aangaan van een nieuwe kredietrelatie zekerheid wordt bedongen voor de verschaffing van krediet (ruimte), zoals in het onderhavige geval.”

7. Anders dan de Hoge Raad overweegt, is van een “uitzondering op de stelplicht en de bewijslast van art. 42 Fw” strikt genomen geen sprake. De bewijslast (gezien als bewijsrisico) blijft in de in art. 43 lid, aanhef en onder 2° Fw bedoelde gevallen op de curator rusten. De feiten waaraan het vermoeden wordt verbonden, moeten door hem worden gesteld en zo nodig worden bewezen. Slaagt de curator in het bewijs van deze “hulpfeiten”, dan verschuift de “bewijsvoeringslast” naar degene met of jegens wie de schuldenaar handelde. Laatstgenoemde kan het wettelijk vermoeden op zijn beurt vervolgens ontzenuwen door voldoende twijfel te zaaien omtrent de juistheid van het vermoeden. Hij hoeft derhalve niet het *tegendeel* (i.e. dat hij geen wetenschap van benadeling had) te bewijzen, zie Van der Weijden, t.a.p., p. 141.

8. Vervolgens overweegt de Hoge Raad met een verwijzing naar het arrest HR 4 februari 2000, «JOR» 2000/87, m.nt. NEDF (*Scholten q.q./Van Zwol Wijntjes*) dat art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw “niet ruim” mag worden uitgelegd, maar in zekere zin gaat hij zelfs nog een stap verder door aan deze bepaling een *beprekter* toepassingsbereik toe te kennen dan uit de tekst van de wet voortvloeit. Wat hiervan ook zij, het oordeel van de Hoge Raad over de reikwijdte van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw lijkt mij juist. Hij verwijst daarbij naar de wetgeschiedenis van art. 43 en 45 Fw, waarin als rechtvaardiging wordt gegeven voor het op bepaalde rechtshandelingen toepassen van wettelijke bewijsvermoedens “hun verdacht karakter, in verband met het tijdstip, waarop zij verricht werden” (zie Van der Feltz I, p. 442). Voor wat betreft art. 43 lid 1, aanhef en onder 1° en 2° Fw bestaat dit verdachte karakter er mijns inziens in dat de daarin ge-

noemde rechtshandelingen naar hun aard c.q. zelf tot benadeling van schuldeisers leiden, zie Van der Weijden, t.a.p., p. 143-145. Een overeenkomst als in de onderhavige casus, waarin de schuldenaar (extra) krediet(ruimte) krijgt en zich daartegenover verplicht tot het vestigen van zekerheidsrechten voor de uit die overeenkomst voortvloeiende vorderingen, leidt in beginsel *zelf* niet tot benadeling van schuldeisers en hoort dan ook niet onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw te vallen. De kredietgever heeft zich door het sluiten van de overeenkomst met de schuldenaar niet aan de samenloop van schuldeisers onttrokken, of binnen die samenloop een betere positie verworven dan hij voorheen had. Voor de vorderingen die uit die overeenkomst voortvloeien, was hij vóór het ontvangen van de toezegging tot zekerheidstelling immers nog niet in de samenloop van schuldeisers betrokken (waardoor hij zich daaraan ook niet heeft kunnen onttrekken of daarbinnen zijn positie heeft kunnen verbeteren), zie Van der Weijden, t.a.p., p. 76. Kenmerkend voor de positie van de kredietgever in dat geval is dat hij nog geen insolventierisico loopt op de schuldenaar en nog de keuze heeft of hij zijn schuldeiser zal worden en, zo ja, onder welke voorwaarden. Dit geldt bijvoorbeeld niet voor de verhuurder die lopende een huurovereenkomst van de huurder een onverplichte toezegging tot het vestigen van zekerheden verkrijgt voor in de toekomst nog te vervallen huurtermijnen, zie G.A.J. Boekraad, 'Faillissementspauliana: geen vermoeden van wetenschap van benadeling bij het bedingen van zekerheid voor nieuw krediet', *Ondernemingsrecht* 2014, 4, p. 216. Hoewel deze huurvorderingen goederenrechtelijk bezien in beginsel nog toekomstig zijn (HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 305, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*)), geldt dat de verhuurder voor op zijn minst een deel van deze vorderingen economisch gezien wél reeds tot de samenloop van schuldeisers behoort. Ten tijde van het ontvangen van de toezegging tot het vestigen van zekerheden heeft hij immers niet meer de keuze of hij schuldeiser zal worden van deze vorderingen en loopt hij dus al een insolventierisico. Dit maakt de toezegging tot zekerheidstelling voor deze vordering tot een verdachte rechtshandeling. Uit het onderhavige arrest kan en mag dan ook niet worden afgeleid dat rechtshandelingen ter zekerheidstelling van toekomstige niet-opeisbare schulden

per definitie niet onder het bereik van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2° Fw vallen, zie ook Boekraad, t.a.p., p. 217.

9. Het feit dat een overeenkomst, waarin de schuldenaar krediet krijgt tegen een verplichting tot zekerheidstelling, *zelf* niet tot benadeling van schuldeisers leidt, betekent overigens niet dat deze in geen geval met de faillissementspauliana kan worden vernietigd, zie bijvoorbeeld HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/230, m.nt. JJvH (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*). De benadeling zal dan in veel gevallen zijn veroorzaakt door het feit dat er uit het krediet (concurrente) schuldeisers zijn betaald, die in geval van een faillissement geen aanspraak op een uitkering van de desbetreffende omvang zouden hebben gemaakt. Dat de benadeling in een dergelijk geval niet direct door de kredietovereenkomst wordt veroorzaakt, maar in een wat verder verwijderd verband tot deze staat, maakt de kredietovereenkomst – als gezegd – niet onaantastbaar, maar wel aanzienlijk minder verdacht. Dit geldt mijns inziens niet alleen indien het krediet wordt verschafte door een financier met wie tot op dat moment nog geen kredietrelatie bestond, maar in beginsel ook indien door de "huisbank" een additioneel krediet wordt verschafte (zo ook Boekraad, t.a.p., p. 216). Een dergelijk(e) extra krediet(ruimte) is in beginsel niet meer of minder verdacht dan krediet of kredietruimte van een financier waarmee voordien nog geen relatie bestond. Of de Hoge Raad met "een nieuwe kredietrelatie" ook het oog heeft op een nieuwe kredietovereenkomst met een *bestaande* financier wordt uit het arrest echter niet duidelijk.

10. Wordt een overeenkomst, waarin de schuldenaar (extra) krediet(ruimte) krijgt tegen de toezegging tot het vestigen van zekerheden, met succes door de curator aangevochten, dan rijst vervolgens de vraag wat de gevolgen daarvan zijn. In een casus zoals die zich in het onderhavige arrest heeft voorgedaan, zijn deze relatief eenvoudig vast te stellen. Doordat de overeenkomst met de daarin neergelegde verplichting tot zekerheidstelling met terugwerkende kracht is vernietigd (vgl. art. 3:53 lid 1 BW), heeft dan achteraf gezien nooit een geldige titel bestaan voor de vestiging van de zekerheidsrechten en is er dus ook nooit een geldig zekerheidsrecht tot stand gekomen (vgl. art. 3:98 jo. 3:84 BW). De desbetreffende goederen bevinden zich in onbezwaarde toestand in de boedel. Lastiger is

de situatie waarin – anders dan in het onderhavige geval – het krediet niet wordt verstrekt door een nieuwe financier die pas in beeld komt op het moment dat de schuldenaar in financiële moeilijkheden verkeert, maar door de 'huisbank', die in een eerder stadium reeds krediet aan de schuldenaar heeft verstrekt tegen de verplichting tot zekerheidstelling. Wanneer dan in het kader van de verstrekking van het aanvullende krediet zekerheden worden gevestigd, zal in de regel in de desbetreffende pand- of hypotheekakte(s) worden opgenomen dat de zekerheidsrechten niet alleen de vorderingen uit de nieuwe kredietovereenkomst securen, maar tevens de vorderingen uit de oude kredietovereenkomst. Stel dat de curator alleen de *nieuwe* kredietovereenkomst met succes weet aan te vechten, omdat (i) de oude kredietovereenkomst is gesloten in een tijd dat het de schuldenaar nog financieel voor de wind ging en (ii) ten aanzien van de vestigingshandelingen niet aan de vereisten van art. 47 Fw is voldaan (vestigingshandelingen kwalificeren in de regel als *verplicht* verrichte rechtshandelingen, bijvoorbeeld vanwege toepasselijkheid van art. 26 Algemene Bankvoorwaarden). De vraag rijst dan wat de gevolgen van de vernietiging zijn. Kunnen de gevestigde zekerheden in dat geval nog wel worden aangevend voor de vorderingen uit de oude kredietovereenkomst? Indien in deze overeenkomst (of in een andere onaantastbare rechtshandeling) een titel ligt besloten voor de later verrichte vestigingshandelingen, dan lijkt mij dit zonder meer het geval, zie Van der Weijden, t.a.p., p. 190.

11. De volgende vraag is wat de gevolgen van de vernietiging zijn voor de vorderingen uit de nieuwe – vernietigde – kredietovereenkomst. De terugwerkende kracht van de vernietiging heeft weliswaar tot gevolg dat de vorderingen die uit deze overeenkomst zijn voortgevloeid, achteraf bezien nooit hebben bestaan, maar de kredietgever krijgt "hiervoor in de plaats" wel – eveneens met terugwerkende kracht – een vordering uit onverschuldigde betaling op de kredietnemer. Indien de vorderingen waarvoor de zekerheidsrechten zijn gevestigd in de pand- en/of hypotheekakte(s) ruim genoeg zijn geformuleerd, dan lijkt het antwoord te moeten zijn dat de zekerheidsrechten ook voor een dergelijke vordering uit onverschuldigde betaling moeten kunnen worden aangesproken. Mogelijk is echter de

vestigingshandeling *voor wat betreft deze vordering uit onverschuldigde betaling* een onverplicht verrichte rechtshandeling (die voor wat betreft *die* vordering dan met een beroep op art. 42 Fw kan worden aangevochten). Heeft de kredietnemer zich echter reeds bij het sluiten van de oude – onaantastbare – kredietovereenkomst verplicht tot het vestigen van zekerheidsrechten voor alle bestaande en toekomstige vorderingen van de kredietgever, uit welken hoofde dan ook (vgl. art. 26 Algemene Bankvoorwaarden), dan zal de vestigingshandeling ook met betrekking tot deze vordering als een verplicht verrichte rechtshandeling kwalificeren. Dit resultaat geeft wellicht een wat onbevredigend gevoel omdat een bank door toepassing van art. 26 van de Algemene Bankvoorwaarden (of een gelijklopende bepaling) op een in goede tijden gesloten kredietovereenkomst, de facto de dans lijkt te kunnen ontspringen indien een met het faillissement in zicht gesloten additionele kredietovereenkomst met een beroep op de faillissementspauliana wordt vernietigd. De curator zou kunnen betogen dat deze uitkomst in strijd is met het doel en de strekking van art. 42 jo. 51 Fw. Dat een betoog van dergelijke strekking niet kansloos is, volgt uit HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 626 (*Kuijsters/Gaalman q.q.*).

12. Is er een (ander) instrument waarmee de curator kan voorkomen dat de bank haar geldige en onaantastbare zekerheidsrechten aanwendt voor vorderingen uit een kredietovereenkomst die is gesloten op een moment waarop zij wist dat het faillissement van de schuldenaar was te verwachten? Op het eerste gezicht zou kunnen worden gedacht aan art. 54 lid 1 Fw. Deze bepaling is naar analogie van toepassing op de pand- of hypotheekhouder die zich op zijn zekerheidsrechten wil verhalen voor vorderingen die hij pas in het zicht van faillissement heeft "overgenomen"; zie onder meer HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578, m.nt. PhANH (*Doyer & Kalff*). Het betoog van de curator zou dan moeten zijn dat het sluiten van de nieuwe kredietovereenkomst kwalificeert als de "overneming" van een vordering als bedoeld in art. 54 lid 1 Fw en deze kredietovereenkomst is gesloten op een moment dat de financier "niet te goeder trouw" was, waardoor het de financier niet is toegestaan zich op zijn zekerheden te verhalen voor de uit die overeenkomst voortvloeiende vorderingen. Vgl. voor een dergelijke op het doel en de strekking

van art. 54 Fw gebaseerde uitleg van het begrip “overneming” N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 33, Deventer: Kluwer 2005, nr. 381. De Hoge Raad lijkt echter zover niet te willen gaan en blijft dichter bij de tekst van de bepaling. In HR 21 juni 2013, «JOR» 2013/320, m.nt. Schuijling (*Eringa q.q./ABN AMRO*) heeft hij geoordeeld dat voor toepassing van art. 54 Fw de vordering of schuld moet zijn overgenomen van een derde. Voor het hier te bespreken geval lijkt de weg de analoge toepassing van art. 54 lid 1 Fw hierdoor derhalve (vooralsnog) te zijn afgesneden.

R.J. van der Weijden
advocaat bij Stibbe te Amsterdam

214

Hoge Raad
17 januari 2014, nr. 13/02476,
ECLI:NL:HR:2014:98
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr.
Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Tanja-van den
Broek)
(Concl. A-G Van Peursem)
Noot mr. I. Spinath

Faillietverklaring. Pluraliteit van schuldeisers. Taak appelrechter. Summierlijk blijken van steunvorderingen. Hangende procedure tot faillietverklaring betalen van steunvorderingen door derden is geen doorbreking paritas creditorum.

[Fw art. 1, 6 lid 3]

Voorop wordt gesteld dat in cassatie vaststaat dat verweerster (in cassatie) een vordering heeft op verzoekster (tot cassatie) en voorts dat voor faillietverklaring is vereist dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft en dat het bestaan van de vorderingen summierlijk is gebleken. Indien de stellingen van partijen daartoe aanleiding geven, dient de rechter in hoger beroep opnieuw te onderzoeken of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Bij zijn beslissing daarover dient hij uit te gaan van de toestand ten tijde van zijn uitspraak en moet hij dus de op dat moment bestaande omstandigheden in aanmerking nemen. Aldus kan hij komen te staan voor de door hem opnieuw – maar dan naar dat tijdstip – te beantwoorden vraag

of wordt voldaan aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers. Hij zal dan in zijn onderzoek moeten betrekken of (alle) door de rechtbank in aanmerking genomen steunvorderingen nog bestaan. Het hof heeft overwogen dat in een eenmaal uitgesproken faillissement uitgegaan dient te worden van het bestaan van – mogelijk nog onbekende – schulden, tenzij het tegendeel aannemelijk kan worden gemaakt, alsook dat het hof in het onderhavige geval uitgaat van het bestaan van mogelijk ten tijde van zijn beslissing nog onbekende steunvorderingen. Dit oordeel is onjuist. Voor het in hoger beroep handhaven van een faillissement is – evenals voor het uitspreken van een faillissement – vereist dat het bestaan van steunvorderingen summierlijk is gebleken. Het hof had derhalve naar aanleiding van de stellingen van verzoekster moeten onderzoeken of (nog) daadwerkelijk aan dit vereiste was voldaan. Ook het oordeel van het hof dat het in een faillissementssituatie betalen van steunvorderingen, al dan niet door derden, ontoelaatbaar is, is in zijn algemeenheid onjuist. Het staat derden in beginsel vrij hangende een procedure tot faillietverklaring steunvorderingen te voldoen. Dat levert geen doorbreking op van de paritas creditorum, ook niet indien de vordering van de aanvrager van het faillissement onbetaald blijft of daarvoor geen zekerheid wordt gesteld. De paritas creditorum ziet immers slechts op de gelijke behandeling waarop schuldeisers aanspraak hebben bij de voldoening van hun vorderingen uit (de opbrengst van) de goederen van de schuldenaar (art. 3:277 BW). Voor zover het hof heeft geoordeeld dat het niet kan uitsluiten dat verzoekster met derden leningen is aangegaan om de steunvorderingen te betalen – waarmee het hof kennelijk bedoelt dat die leningen op hun beurt steunvorderingen opleveren – geeft zijn oordeel eveneens blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Overeenkomstig het hiervoor overwogene, had het hof immers moeten onderzoeken, voor zover het standpunt van verweerster daartoe aanleiding gaf, of summierlijk van zodanige leningen is gebleken.