

235

Gerechtshof Amsterdam

24 november 2009, nr. 200.011.171/01, 14

december 2010 en 21 februari 2012

(mr. Clement, mr. Duinkerken, mr.

Noordhuizen, resp. mr. Boumans, mr. Clement,

mr. Meijer, resp. mr. Rang, mr. Van Achterberg,

mr. Oranje)

Noot mr. R.J. van der Weijden

Failissementspauliana. Terugbetaling niet-opeisbare lening door failliet. Benadeling van schuldeisers. Bewijsvermoeden van wetenschap van benadeling. Stelplicht en bewijslast.

[Fw art. 42, 43 lid 1]

Arrest 24 november 2009: ingevolge art. 43 lid 1 aanhef en onder 2 Fw wordt wetenschap van benadeling van schuldeisers vermoed aan beide zijden te bestaan bij rechtshandelingen ter voldoening van een niet-opeisbare schuld. Ter ontzenuwing van dit vermoeden voert appellante (in principaal appel) aan dat de terugbetaling onderdeel was van de steunmaatregelen die tot doel hadden de bedrijfsactiviteiten van zowel “de Altera Groep” als failliet te ondersteunen. Naar stelling van appellante moet de vraag of sprake is van wetenschap van benadeling niet alleen worden beoordeeld aan de hand van de (terug)betaling van 4 juli 2003, maar is van doorslaggevend belang dat die (terug)betaling verband hield met een lening als onderdeel van steunmaatregelen. Dit miskent dat aan de orde is de vraag of appellante en failliet, ondanks het wettelijk vermoeden van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2 Fw, geen wetenschap van benadeling van crediteuren hadden toen op 4 juli 2003 op een – door appellante gestelde – niet-opeisbare lening een bedrag van € 120.000 aan appellante werd betaald. Ook als er vanuit zou worden gegaan dat door de leningsovereenkomst tussen IMCA en failliet van 16 juni 2003 op enige manier een vermogensbestanddeel van € 120.000 in het vermogen van failliet is gevloeid – bijvoorbeeld in de vorm van een vordering voor een gelijk bedrag op Veenman –, dan nog laat dit onverlet dat tot terugbetaling van de geleende som is overgegaan vóórdat de lening opeisbaar was, failliet kort daarop in staat van faillissement is geraakt en ondertussen, op 23 juli 2003, Veenman failliet is verklaard waardoor enige vordering van failliet op die vennootschap illusoir werd. Daarmee is niet vol-

doende gemotiveerd het vermoeden weerlegd dat appellante en failliet op 4 juli 2003 wisten dat zij crediteuren van failliet benadeelden door de betaling van die datum.

Arrest 14 december 2010: de curator is niet geslaagd in het leveren van het bewijs van zijn stelling dat de (stille) verpanding van de vorderingen in strijd was met de met IFN Finance gesloten factoringovereenkomst. Evenmin is bewezen dat failliet haar vorderingen reeds vóór 16 juni 2003 aan de bank had verpand. Een en ander brengt mee, gezien de door appellante overgelegde pandakte van 16 juni 2003 en de door haar eveneens overgelegde geregistreerde debiteurenlijst van 27 juni 2003, dat van het bestaan van een door failliet aan IMCA verleend (stil) pandrecht op de in die lijst opgenomen vorderingen kan worden uitgegaan en dat IMCA die vorderingen, zo daar een vordering van IMCA op failliet tegenover staat, tijdens het faillissement van failliet zou hebben kunnen uitwinnen. Dit brengt mee dat niet reeds op grond van het enkele feit dat er op 4 juli 2003 een bedrag van € 120.000 aan IMCA zou zijn betaald, gesproken kan worden van benadeling van crediteuren.

Arrest 21 februari 2012: uit getuigenverklaringen, die niet onverenigbaar zijn met de in het geding gebrachte bescheiden, volgt dat failliet de € 120.000 aan appellante heeft betaald ter voldoening van haar schuld van € 120.000 uit de overeenkomst van geldlening met IMCA, welk bedrag appellante namens IMCA aan failliet ter beschikking heeft gesteld door op verzoek van failliet de werknemers van Veenman te betalen. Deze betaling is derhalve niet onverschuldigd voldaan. Ook volgt uit het voorgaande dat de betaling niet tot gevolg heeft gehad dat de crediteuren zijn benadeeld. Indien failliet haar schuld uit de overeenkomst van geldlening – die met het door appellante geleverde bewijs is komen vast te staan – niet met de betaling zou hebben voldaan, zou IMCA immers de verpande vorderingen van failliet hebben kunnen uitwinnen, waardoor, naar niet is betwist, de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers evenzeer zouden zijn afgenomen. Zo er sprake is geweest van benadeling van de schuldeisers, is deze benadeling niet het gevolg geweest van de betaling van € 120.000, maar van het aangaan van de overeenkomst van geldlening en de verpanding van de vorderingen van failliet tot zekerheid van de terugbetaling van die geldlening. De overeenkomst van geldlening noch de verpanding heeft de curator evenwel aangetast.

Southsee Realty BV te Amsterdam, appellante in principaal beroep, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel beroep, advocaat: mr. R.A. Oskamp, tegen

mr. S.-J.B. *Drijber* te Amsterdam, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van BV Boekdrukkerij F.E. Mac Donald, geïntimeerde in principaal beroep, appellant in voorwaardelijk incidenteel beroep.

24 november 2009 (tussenarrest)

(...; red.)

4. Beoordeling

Feiten en procesverloop

4.1. Het gaat in deze zaak, kort samengevat, om het volgende.

4.2. Southsee is moedermaatschappij van IMCA Media Group B.V., verder te noemen: IMCA. Op 6 juni 2003 verkreeg Southsee, althans IMCA, een koopoptie met betrekking tot de aandelen Altera Pars Media B.V., verder: Altera. Altera was de (groot)moedervennootschap van onder meer B.V. Boekdrukkerij F.E. Mac Donald, verder: failliet en Drukkerij Veenman B.V., verder: Veenman.

4.3. Op 16 juni 2003 is tussen failliet als lener en IMCA als verstrekker een overeenkomst van geldlening gesloten voor een bedrag van € 120.000,--. De overeenkomst verplicht failliet tot zekerheid, stil pandrecht te verlenen op vorderingen op zijn debiteuren tot een bedrag van € 150.000,--. De hoofdsom was contractueel opeisbaar op 16 juli 2003, tenzij partijen schriftelijk en in onderling overleg een andere termijn overeen zouden komen.

4.4. Op 4 juli 2003 is door failliet een bedrag van € 120.000,-- overgemaakt aan Southsee – toen nog geheten: E.W. de Vlieger Holding B.V. – onder de mededeling: “Garant stelling Altera Pars”.

4.5. Op 23 juli 2003 is Veenman failliet verklaard en failliet op 13 augustus 2003.

4.6. Brouwers accountants, die op verzoek van de curator een boekenonderzoek heeft gedaan bij – onder andere – failliet, heeft in een rapport van 1 juni 2006 de curator bericht dat bovengenoemde betaling van 4 juli 2003 had plaatsgevonden en dat daarover onduidelijkheid bestond waardoor de betaling wellicht moest worden teruggevor-

derd. Het voorlopig rapport van 11 september 2004 vermeldde al dat het bedrag mogelijk moest worden teruggevorderd.

4.7. Nadat de curator zich in deze procedure allereerst op onverschuldigde betaling had beroepen, heeft hij bij wijze van vermeerdering van de grondslag van de eis zich (subsidiair) op vernietiging van de betaling van € 120.000,-- beroepen op grond van art. 42 juncto 43 lid 1 onder 2 Faillissementswet (hierna: F.). In haar tussenvonnis van 24 oktober 2007 heeft de rechtbank – in rechtsoverweging 4.3 en 4.4 – overwogen dat de vordering uit de leningsovereenkomst nog niet opeisbaar was op 4 juli 2003 zodat op grond van art. 43 lid 1 sub b F. (naar het hof aanneemt is hier bedoeld art. 43 lid 1 aanhef en onder 2 F.) vermoed wordt dat failliet en Southsee wisten dat de betaling op 4 juli 2003 benadeling van andere crediteuren van failliet tot gevolg zou hebben. Dat vermoeden was niet weersproken, aldus de rechtbank. Het beroep op verjaring van Southsee werd bij eindvonnis verworpen.

De Grieven

4.8. Kort samengevat stelt Southsee in hoger beroep bij wijze van grieven dat de rechtbank:

Grief I: ten onrechte benadeling van schuldeisers aanwezig heeft geacht;

Grief II: ten onrechte heeft geoordeeld dat failliet en Southsee hebben geweten dat benadeling van de andere crediteuren van failliet het gevolg zou zijn van de betaling van 4 juli 2003 en

Grief III: ten onrechte is het beroep op verjaring verworpen.

Bespreking van de Grieven

4.9. Het hof zal eerst het beroep op verjaring bespreken.

4.10. De vordering tot vernietiging van een rechtshandeling zoals voortvloeit uit artikel 42 F., verjaart op voet van artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder c BW, drie jaar nadat de benadeling is ontdekt.

4.11. Volgens Southsee moet het ervoor worden gehouden dat de curator al in de herfst van 2003 op de hoogte was van de betaling van 4 juli 2003 omdat hij toen het betalingsverkeer van failliet in kaart gebracht heeft. Een betaling van € 120.000,- circa zes weken vóór faillissementsdatum zal per definitie de aandacht van iedere curator trekken, aldus Southsee.

4.12. Wat er verder van die stellingen zij, daaruit vloeit niet voort dat de curator in de herfst van 2003 wist dat de betaling onverplicht was.

Niet voldoende gemotiveerd gesteld is dat en waarom de curator eerder dan 11 september 2004 – de dag waarop door de accountant het voorlopige rapport werd uitgebracht – een paulianeus karakter van de terugbetaling zou hebben kunnen vermoeden, zoals Southsee stelt; nog daargelaten of dat enkele “kunnen vermoeden” al meebrengt dat de benadeling door de curator is ontdekt in de zin van artikel 3:52 lid 1 aanhef en onder c BW. De in de akte van 30 januari 2008 door Southsee opgesomde omstandigheden, te weten dat de curator in zijn eerste faillissementsverslag te kennen geeft te zullen onderzoeken of er paulianeuze handelingen zijn verricht, dat de administratie van failliet voldoende toegankelijk was, alsmede dat hij in een interview in de Gelderlander te kennen had gegeven dat hij een verhoogde belangstelling voor het betalingsverkeer tussen failliet en de aan haar gelieerde vennootschappen had, de omstandigheid dat er in de aan de failliet gelieerde vennootschappen bestuursaansprakelijkheidprocedures werden gevoerd en het feit dat de curator op 5 november 2003 heeft aangekondigd een accountant te zullen inschakelen, brengen hierin geen verandering.

4.13. Dat betekent dat Grief III faalt.

4.14. Southsee bestrijdt in het kader van haar eerste grief – als reeds aangegeven – dat sprake is van benadeling van schuldeisers van failliet. In dat verband betoogt zij dat op de curator de stelplicht en bewijslast van die benadeling rust en door hem niet concreet gesteld is dat de leningsovereenkomst en (terug)betaling, benadeling van de schuldeisers van failliet tot gevolg heeft gehad. Van benadeling is trouwens geen sprake, aldus Southsee. De overeenkomst van geldlening was onderdeel van een aantal samenhangende steunmaatregelen en bedoeld om de salarissen van werknemers van Veenman plus een aantal kleine crediteuren te voldoen. Failliet had als zekerheid aan IMCA een pandrecht verleend op vorderingen op haar debiteuren. Dat pandrecht zou volgens Southsee zijn uitgewonnen als de lening niet werd terugbetaald waardoor de boedel ook met € 120.000,- was verminderd.

4.15. Als tweede grief voert Southsee aan dat bij haar noch bij failliet wetenschap van benadeling van schuldeisers bestond op het moment van het

aangaan van de leningsovereenkomst en de terugbetaling; er was sprake van een reële reddingsoperatie.

4.16. Bij de beoordeling van beide grieven staat voorop dat de curator zich niet op vernietigbaarheid van de overeenkomst van geldlening heeft beroepen. Hij heeft gesteld dat er als gevolg van die overeenkomst nooit € 120.000,- in het vermogen van failliet is gevloeid en verder heeft hij zich op vernietigbaarheid van de (terug)betaling van € 120.000,- beroepen. Dat laatste beroep is door de rechtbank in het kader van artikel 42 F. gehonoreerd en daartegen is Southsee in hoger beroep opgekomen.

Bij de beoordeling van de grieven wordt er thans bij wijze van hypothese vanuit gegaan dat Southsee, zoals zij stelt, de curator betwist en de rechtbank in haar tussenvonnis van 24 oktober 2007 in het midden heeft gelaten, de betaling van € 120.000,- voor IMCA in ontvangst heeft genomen, althans dat binnen de gestelde concernrelatie Southsee en IMCA in dit verband kunnen worden vereenzelvigd.

4.17. Door Southsee zijn overgelegd de pandakte van 16 juni 2003 met bijlagen waarbij failliet aan IMCA stil pandrecht verleent op – kort gezegd – handelsdebiteuren en een op 27 juni 2003 geregistreerde debiteurenlijst. Southsee heeft in dit verband aangevoerd dat op basis van artikel 11 van de pandovereenkomst IMCA bij faillissement van failliet bevoegd was mededeling aan de debiteuren te doen en tot inning van de vorderingen zou zijn overgegaan. De boedel is daarom door de (terug)betaling van € 120.000,- per saldo niet benadeeld, aldus Southsee.

4.18. De curator voert daartegen bij memorie van antwoord aan dat de verpanding in strijd was met de factoringovereenkomst met IFN Finance N.V. Daarop heeft Southsee nog niet kunnen reageren.

4.19. Aangenomen dat de stelling van de curator juist zal blijken te zijn geldt evenwel het volgende. Ingevolge artikel 43 lid 1 aanhef en onder 2 F. wordt wetenschap van benadeling van schuldeisers vermoed aan beide zijden te bestaan bij rechtshandelingen ter voldoening van een niet-opeisbare schuld.

4.20. Ter ontzenuwing van dit vermoeden voert Southsee aan dat de terugbetaling onderdeel was van de steunmaatregelen die tot doel hadden de bedrijfsactiviteiten van zowel “de Altera Groep” als failliet te ondersteunen. Er was volgens Southsee sprake van een reële reddingsoperatie. Naar

stelling van Southsee moet de vraag of sprake is van wetenschap van benadeling niet alleen worden beoordeeld aan de hand van de (terug)betaling van 4 juli 2003 maar is van doorslaggevend belang dat die (terug)betaling verband hield met een lening als onderdeel van steunmaatregelen.

4.21. De toelichting op de tweede grief miskent dat aan de orde is de vraag of Southsee en failliet, ondanks het wettelijk vermoeden van artikel 43 lid 1 aanhef en onder 2 F., geen wetenschap van benadeling van de crediteuren hadden toen op 4 juli 2003 op een – door Southsee gestelde – niet-opeisbare lening een bedrag van € 120.000,- aan Southsee werd betaald. Ook als er vanuit zou worden gegaan dat door de leningsovereenkomst tussen IMCA en failliet van 16 juni 2003 op enige manier een vermogensbestanddeel van € 120.000,- in het vermogen van failliet is gevloeid – bijvoorbeeld in de vorm van een vordering voor een gelijk bedrag op Veenman – dan nog laat dat onverlet dat tot terugbetaling van de geleende som is overgegaan vóórdat de lening opeisbaar was, failliet kort daarop in staat van faillissement is geraakt en ondertussen, op 23 juli 2003, Veenman failliet is verklaard waardoor enige vordering van failliet op die vennootschap naar mag worden verondersteld illusoir werd en overigens, gegeven de stelling van Southsee dat met het vallen van Veenman ook de overige vennootschappen in “de Altera Groep” niet meer te redden zouden zijn, de gestelde steunmaatregelen voor failliet vergeefs waren.

4.22. Weliswaar betoogt Southsee dat zij noch failliet op het moment van de met de lening samenhangende terugbetaling wisten dat schuldeisers van failliet benadeeld werden, maar die stelling wordt niet nader gemotiveerd.

4.23. Het betoog van Southsee strekt ertoe dat sprake was van een reële reddingsoperatie en de overeenkomst van geldlening alsmede de gestelde betalingen aan werknemers en kleine crediteurs van Veenman gerechtvaardigd waren. Wat daarvan verder zij, daarmee is niet voldoende gemotiveerd weerlegd het vermoeden dat Southsee en failliet op 4 juli 2003 wisten dat zij crediteuren van failliet benadeelden door de betaling van die datum. Bij gebrek aan voldoende gemotiveerd gestelde feiten en omstandigheden die dat vermoeden kunnen ontkrachten komt het hof aan het aangeboden tegenbewijs niet toe. Dit alles brengt mee dat ook grief III faalt.

4.24. In verband met grief I zal, zoals hiervoor onder 4.18 werd overwogen, Southsee in de gelegenheid worden gesteld op de stellingen van de curator te reageren. In het belang van een efficiënte procesvoering zal de curator echter allereerst de stukken moeten overleggen waaruit de verpanding van de vorderingen, althans zodanige vorderingen als volgens Southsee (ook) aan haar waren verpand en die zij had kunnen innen als de litigieuze € 120.000,- haar niet was terugbetaald, aan de factormaatschappij kunnen blijken. Nadien kan Southsee daarop reageren waarop de curator ten slotte kan antwoorden.

6. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rolzitting van dinsdag 12 januari 2010 akte aan de zijde van de curator tot het hiervoor onder 4.24 omschreven doel; houdt iedere verdere beslissing aan;

14 december 2010 (tussenarrest)

(...; red.)

2.3. De curator verklaart na het tussenarrest bij akte van 26 januari 2010 dat, in tegenstelling tot hetgeen hij tot op dat moment heeft aangenomen, de vorderingen van failliet (B.V. Boekdrukkerij F.E. Mac Donald; hierna ook: Mac Donald) ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van geldlening tussen failliet en IMCA op 16 juni 2003 nog niet verpand waren aan IFN Finance B.V. Dat is eerst gebeurd op 26 juni 2003. Wel was er, aldus de curator, reeds geruime tijd voor 16 juni 2003 een kredietrelatie tussen Mac Donald en ABN AMRO Bank op grond waarvan Mac Donald haar vorderingen had verpand. Het is niet mogelijk gebleken deze kredietovereenkomst terug te vinden. Dat deze kredietovereenkomst heeft bestaan kan echter worden afgeleid uit het feit dat ABN AMRO Bank de kredietrelatie na het faillissement van Mac Donald op dezelfde wijze – onder handhaving van het bankrekeningnummer – heeft voortgezet met MacDonald/SSN B.V. De curator stelt dat hieruit volgt dat Mac Donald haar vorderingen reeds vóór 16 juni 2003 aan ABN AMRO Bank had verpand en dat dit tevens blijkt uit de jaarrekening over 2001 van Mac Donald d.d. 3 juli 2002 waarin expliciet staat vermeld dat Mac Donald en Schreuder Holding B.V. onder hoofdelijke aansprakelijkheid een kredietfaciliteit in rekening-courant hebben verkregen van ABN

AMRO Bank ter zake waarvan een aantal zekerheden is verstrekt, waaronder een pandrecht op de vorderingen. Niet aannemelijk is, aldus de curator, dat er in 2002 en 2003 geen sprake was van verpanding van de vorderingen door Mac Donald aan ABN AMRO Bank. Nu aan de hand van zowel de jaarrekening als de kredietovereenkomst blijkt dat ABN AMRO Bank op 16 juni 2003 een pandrecht had op de vorderingen van Mac Donald dient geconcludeerd te worden dat er wel degelijk sprake was van benadeling van de crediteuren ten gevolge van het sluiten van de leningovereenkomst op 16 juni 2003. Grief I dient, aldus de curator, dan ook te worden verworpen.

2.4. In haar antwoordakte na tussenarrest stelt Southsee dat de curator absoluut niet in de bewijsopdracht is geslaagd.

Gemotiveerd bestrijdt Southsee dat ABN AMRO Bank een ouder pandrecht zou hebben dan IMCA en zij concludeert vervolgens dat van benadeling van crediteuren geen sprake is. Vaststaat, aldus Southsee, dat IMCA een pandrecht had op basis waarvan zij het debiteurenbestand van Mac Donald kon uitwinnen, van benadeling van schuldeisers is derhalve geen sprake.

2.5. Bij antwoordakte brengt de curator – kort samengevat – naar voren dat het pandrecht van IMCA niet ter zake doet, omdat door Southsee of IMCA uit hoofde van de overeenkomst van geldlening van 16 oktober 2003 nimmer enige betaling aan Mac Donald is gedaan. Reeds dit brengt mee, aldus de curator, dat de gezamenlijke crediteuren door de betaling op 4 juli 2003 zijn benadeeld, hetgeen tevens het geval zou zijn geweest indien IMCA haar pandrecht voor de niet bestaande vordering zou hebben uitgeoefend. Voorts gaat de curator in op de bestrijding van het oudere pandrecht door Southsee. De curator biedt nogmaals (hij had dit ook al gedaan in de door hem genomen akte van 26 januari 2010) nader bewijs aan van zijn stelling dat Mac Donald een ouder pandrecht op haar vorderingen had verstrekt aan ABN AMRO Bank.

2.6. Het hof is gezien de inhoud van de door de curator na het tussenarrest genomen akte van 26 januari 2010 – waarvoor wordt verwezen naar hetgeen in dit arrest onder 2.3 is opgenomen – van oordeel dat de curator niet geslaagd is in het leveren van het bewijs van zijn stelling dat de (stille) verpanding van de vorderingen in strijd was met de met IFN Finance B.V. gesloten factoringovereenkomst. Evenmin acht het hof bewezen

dat, zoals door de curator voor het eerst bij voornoemde akte is gesteld, Mac Donald haar vorderingen reeds vóór 16 juni 2003 aan ABN AMRO Bank had verpand, nu de curator heeft nagelaten de door de artikelen 3:237 juncto 3:239 BW voorgeschreven authentieke danwel geregistreerde onderhandse akte over te leggen, aktes die voor vestiging van (stil) pandrechten op vorderingen vereist zijn. Dit gebrek wordt niet geheeld door hetgeen de curator overigens naar voren heeft gebracht c.q. te bewijzen heeft aangeboden.

2.7. Een en ander brengt mee, gezien de door Southsee overgelegde pandakte van 16 juni 2003 met bijlagen en de door haar eveneens overgelegde geregistreerde debiteurenlijst van 27 juni 2003, dat van het bestaan van een door Mac Donald aan IMCA verleend (stil) pandrecht op de in die lijst opgenomen vorderingen kan worden uitgegaan en dat IMCA die vorderingen, zo daar een vordering van IMCA op Mac Donald tegenover staat, tijdens het faillissement van Mac Donald zou hebben kunnen uitwinnen. Dit brengt mee dat niet reeds op grond van het enkele feit dat er op 4 juli 2003 een bedrag van € 120.000,- aan IMCA zou zijn betaald – waarover hierna meer – gesproken kan worden van benadeling van crediteuren. In zoverre slaagt de eerste grief.

2.8. Vervolgens komt echter de nog te beantwoorden vraag in beeld – verband houdend met de stelling van de curator dat Mac Donald ondanks de gesloten overeenkomst van geldlening nimmer € 120.000,- van IMCA heeft ontvangen (zie rov. 4.6 uit het tussenvonniss van 24 oktober 2007) – of IMCA, zoals Southsee stelt en de curator betwist, indirect te weten door betaling van de lonen van werknemers van Veenman aan haar uit de overeenkomst van geldlening voortvloeiende verplichting tot betaling aan Mac Donald van € 120.000,- heeft voldaan.

2.9. De rechtbank heeft in haar tussenvonniss van 24 oktober 2007 overwogen (4.9) dat thans niet kan worden vastgesteld of IMCA haar uit de overeenkomst van geldlening voortvloeiende verplichtingen jegens Mac Donald is nagekomen door Southsee op verzoek van Mac Donald de door Veenman verschuldigde salarissen over de maand mei te laten voldoen, en in 4.10 dat het aan Southsee is deze feiten te bewijzen, dat Southsee thans nog niet in dit bewijs is geslaagd, maar daartoe zal worden toegelaten.

2.10. Southsee stelt, en biedt daarvan ook bewijs aan, dat Altera namens Mac Donald aan IMCA heeft verzocht in het kader van de uitvoering van overeenkomst van geldlening € 120.000,- rechtstreeks te doen toekomen aan de werknemers van Veenman, waarna IMCA – die zelf niet over voldoende financiële middelen beschikte – aan Southsee heeft verzocht namens IMCA ten behoeve van Mac Donald € 120.000,- ter beschikking te stellen aan de werknemers van Veenman, waarna Southsee die betalingen heeft verricht. De terugbetaling door Mac Donald werd op uitdrukkelijk verzoek van IMCA rechtstreeks aan Southsee gedaan. Ter onderbouwing hiervan wijst Southsee op de (als productie 7) bij de inleidende dagvaarding overgelegde uitdraai van de grootboekkaart van IMCA waaruit de lening van Southsee aan IMCA c.q. de aflossing van de lening blijkt. Ook wijst Southsee op een door haar bij dupliek overgelegd rekeningafschrift van 17 juni 2003 waarop hetgeen in het tussenvonnis van 24 oktober 2007 onder 2 sub d vermeld staat, alsmede de overboeking van een bedrag van € 1.819,97 onder vermelding “boekdruk mac donald restant geldlening”. Voorts wijst Southsee nog op een e-mailwisseling tussen Zijlstra, namens Altera en Corver, namens IMCA van 13 juni 2003 over de betaling van salarissen van de werknemers van Veenman. Met betrekking tot de op de betaling opgenomen omschrijving “Garant Stelling Altera Pars” merkt Southsee op dat dit moet berusten op een vergissing aan de zijde van Mac Donald. Southsee wijst in dit kader op het eigenbelang van Mac Donald en het groepsbelang van Altera.

2.11. De curator betwist de gestelde concernverhouding alsmede hetgeen overigens door Southsee naar voren is gebracht. Uit de overeenkomst blijkt, aldus de curator, niet dat er sprake was van een lening waarbij Southsee partij is, dan wel dat Mac Donald aan Southsee diende terug te betalen. De curator merkt voorts op (conclusie van repliek onder 17 tot en met 21 en 31) onder verwijzing naar het accountantsrapport en de slotbalans van Veenman dat het zeker niet vaststaat dat er daadwerkelijk ten behoeve van de werknemers van Veenman een loonbetaling over de maand mei 2003 heeft plaatsgevonden. Ook wijst de curator erop dat dit niet blijkt uit de op 16 juni 2003 gesloten overeenkomst. De curator concludeert dat, gezien dit alles, in het geheel niet vaststaat dat de betaling van Mac Donald aan Southsee betrekking had op de lening van 16 juni 2003,

aangezien Mac Donald nooit enig bedrag van IMCA of Southsee heeft ontvangen. Dat het bij de gehanteerde omschrijving zou gaan om een verschrijving acht de curator ongeloofwaardig. Naar zijn mening kan dan ook niet de conclusie worden getrokken dat Mac Donald op deze wijze de verplichtingen uit de leningovereenkomst met IMCA wenste na te komen.

2.12. Het hof zal, nu Southsee haar stellingen in het licht van de gemotiveerde betwisting voldoende heeft onderbouwd, Southsee toelaten tot het leveren van het bewijs van de navolgende door haar ten bewijze aangeboden stellingen:

- dat de overeenkomst van geldlening tussen Mac Donald en IMCA uitsluitend is aangegaan om Mac Donald in staat te stellen met deze lening van € 120.000,- de salarissen van de werknemers van Veenman te kunnen voldoen;

- dat Mac Donald IMCA heeft verzocht c.q. dat besloten is om in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst van geldlening de salarissen van de werknemers van Veenman niet eerst aan Mac Donald, maar rechtstreeks aan deze werknemers te voldoen;

- dat Southsee op verzoek van IMCA voor en namens IMCA uitvoering aan deze overeenkomst van geldlening heeft gegeven door de salarissen van de werknemers van Veenman te voldoen;

- dat de betaling van € 120.000,- van Mac Donald aan Southsee ziet op de terugbetaling van de gelden die Southsee voor en namens IMCA rechtstreeks aan de werknemers van Veenman heeft voldaan.

2.13. In afwachting daarvan wordt iedere verdere beslissing aangehouden.

3. Beslissing

Het hof:

laat Southsee toe tot het leveren van bewijs als onder 2.12 van dit arrest omschreven;

(...; *red.*)

houdt iedere verdere beslissing aan.

21 februari 2012 (eindarrest)

(...; *red.*)

2.3. Vervolgens (rechtsoverweging 2.8) heeft het hof aan de orde gesteld de vraag of IMCA, door de betaling van de lonen van werknemers van Veenman, aan haar uit de overeenkomst van geldlening voortvloeiende verplichting tot betaling aan Mac Donald van € 120.000,- heeft voldaan.

2.4. Ter beantwoording van die vraag heeft het hof Southsee toegelaten tot het leveren van het bewijs van haar navolgende stellingen:

- dat de overeenkomst van geldlening tussen Mac Donald en IMCA uitsluitend is aangegaan om Mac Donald in staat te stellen met deze lening van € 120.000,- de salarissen van de werknemers van Veenman te kunnen voldoen;

- dat Mac Donald IMCA heeft verzocht c.q. dat besloten is om in het kader van de uitvoering van deze overeenkomst van geldlening de salarissen van de werknemers van Veenman niet eerst aan Mac Donald, maar rechtstreeks aan deze werknemers te voldoen;

- dat Southsee op verzoek van IMCA voor en namens IMCA uitvoering aan deze overeenkomst van geldlening heeft gegeven door de salarissen van de werknemers van Veenman te voldoen;

- dat de betaling van € 120.000,- van Mac Donald aan Southsee ziet op de terugbetaling van de gelden die Southsee voor en namens IMCA rechtstreeks aan de werknemers van Veenman heeft voldaan.

2.5. Het hof acht Southsee geslaagd in het leveren van het bewijs van deze stellingen. Daartoe is het volgende redengevend.

2.6. Als getuige heeft Jean Francois Makau, destijds directeur van de Altera Pars Mediagroep, voor zover hier van belang verklaard dat er problemen waren met de loonbetaling bij Veenman, die twee weken achter liep, en dat de vraag gesteld werd of IMCA bereid was het loon voor te schieten, waaruit de lening is voortgevloeid. Makau heeft ook verklaard dat Mac Donald de contractspartij werd omdat zij over zekerheden beschikte, dat besloten is de lonen rechtstreeks over te maken en dat Southsee heeft betaald omdat IMCA onvoldoende geld had. Harm Jan Prins, die destijds deel uitmaakte van het management team van de Southsee groep, heeft als getuige voor zover hier van belang bevestigd dat de overeenkomst van geldlening tussen Mac Donald en IMCA uitsluitend bedoeld was om Mac Donald in staat te stellen om met deze lening van € 120.000,- het salaris van de werknemers van Veenman te kunnen voldoen. Prins heeft ook verklaard dat Southsee rechtstreeks aan het personeel van Veenman heeft betaald en dat het de bedoeling van deze betaling was dat deze gedaan werd door Southsee voor en namens IMCA, die immers de leninggever was. Prins heeft verder verklaard dat door Mac Donald een betaallijst is geleverd en dat aan de

hand daarvan gevraagd is om de lening middels rechtstreekse betaling aan de werknemers ter beschikking te stellen. Prins heeft ook bevestigd dat Southsee op verzoek van IMCA voor en namens IMCA uitvoering heeft gegeven aan de overeenkomst van geldlening en hij heeft verklaard dat hij, uit alles wat hij zich herinnert, zeker meent dat de betaling van Mac Donald de terugbetaling was van de lening.

2.7. Uit deze verklaringen, die niet onverenigbaar zijn met de in het geding gebrachte bescheiden, volgt dat Mac Donald de € 120.000,- aan Southsee heeft betaald ter voldoening van haar schuld van € 120.000,- uit de overeenkomst van geldlening met IMCA, welk bedrag Southsee namens IMCA aan Mac Donald ter beschikking had gesteld door op verzoek van Mac Donald de werknemers van Veenman te betalen. Deze betaling is derhalve niet onverschuldigd gedaan, zoals de curator primair aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. Ook volgt uit het voorgaande dat de betaling niet tot gevolg heeft gehad dat de crediteuren zijn benadeeld, zoals de curator met een beroep op de artikelen 42 en 43 lid 1 onder 2 F subsidiair aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. Indien Mac Donald haar schuld uit de overeenkomst van geldlening – die met het door Southsee geleverde bewijs is komen vast te staan – niet met de betaling zou hebben voldaan, zou IMCA immers de verpande vorderingen van Mac Donald hebben kunnen uitwinnen, waardoor, naar niet is betwist, de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers evenzeer zouden zijn afgenomen.

2.8. De curator heeft gesteld dat ook al zou de betaling van € 120.000,- door Mac Donald zijn aan te merken als de voldoening van haar schuld uit de overeenkomst van geldlening, er nog steeds sprake is van benadeling. De curator miskent daarbij evenwel dat, zo er sprake is geweest van benadeling van de schuldeisers, deze benadeling – zoals hiervoor is geoordeeld – niet het gevolg is geweest van die betaling, maar van het aangaan van de overeenkomst van geldlening en de verpanding van de vorderingen van Mac Donald tot zekerheid van de terugbetaling van die geldlening. De overeenkomst van geldlening noch de verpanding heeft de curator evenwel aangetast.

2.9. Grief I in het principaal appel slaagt dan ook.

2.10. Aldus is aan de voorwaarde voldaan waarmee de twee grieven in het incidenteel appel aan de orde komen.

2.11. Met de grieven I en II in het voorwaardelijk incidenteel appel betoogt de curator dat IMCA haar verplichtingen uit de overeenkomst van geldlening niet is nagekomen, als gevolg waarvan Mac Donald, overeenkomstig de primaire grondslag voor zijn vorderingen, de betaling onverschuldigd heeft gedaan. Uit het voorgaande volgt dat het hof dit standpunt niet volgt, zodat deze grieven falen.

2.12. Uit het voorgaande volgt dat grief I in het principaal appel slaagt en dat de grieven in het incidenteel appel falen. De bestreden vonnissen zullen worden vernietigd voor zover gewezen in de zaak met zaaknummer / rolnummer H 06-2928 en in die zaak zullen de vorderingen van de curator alsnog worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij moet de curator de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep dragen.

3. Beslissing

Het hof:

vernietigt de vonnissen van de rechtbank Amsterdam van 24 oktober 2007 en 7 mei 2008 onder zaaknummer / rolnummer 350599 / HA ZA 06-2928 tussen partijen geweest; en opnieuw rechtdoende: wijst af het door de curator in die zaak gevorderde; veroordeelt de curator in de kosten van het geding in beide instanties (...; *red.*); verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Op 16 juni 2003 is tussen Mac Donald als leningnemer en IMCA als leninggever een overeenkomst van geldlening gesloten voor een bedrag van € 120.000. De lening diende om achterstallige salarissen te voldoen van werknemers van Veenman, een zustermaatschappij van Mac Donald. Tot zekerheid van terugbetaling van de lening heeft Mac Donald een stil pandrecht gevestigd op enkele aan haar toebehorende vorderingen. Omdat leninggever IMCA over onvoldoende middelen beschikte, heeft haar moedermaatschappij Southsee namens haar uitvoering aan de leningovereenkomst gegeven. Dit heeft plaatsgevonden door rechtstreekse betalingen van Southsee aan werknemers van Veenman. Het desbetreffende bedrag is dus niet eerst ter

beschikking gesteld aan Mac Donald. Op 4 juli 2003 wordt de geleende € 120.000 door Mac Donald terugbetaald aan Southsee. Op 13 augustus 2003 wordt Mac Donald vervolgens failliet verklaard. De curator vernietigt de betaling van Mac Donald aan Southsee op grond van art. 42 Fw – de lening was pas op 16 juli 2003 opeisbaar – en vordert terugbetaling. De rechtbank wijst de vordering van de curator toe. Southsee gaat tegen het vonnis in hoger beroep. In het arrest van het Hof Amsterdam van 21 februari 2012 was alleen nog de benadelingsvraag aan de orde.

2. Volgens Southsee heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat de aangevochten betaling tot benadeling van schuldeisers heeft geleid. Reden hiervoor was dat Mac Donald tot zekerheid van terugbetaling van de lening een aantal vorderingen had verpand. Als de gewraakte betaling was uitgebleven, dan zouden deze vorderingen zijn uitgewonnen waardoor het actief van de boedel evenzeer met €120.000 zou zijn verminderd, aldus Southsee. Het hof volgt Southsee in dit betoog (zie r.o. 2.7). Het geeft daarbij aan dat voor zover al sprake is van benadeling van schuldeisers, dit niet het gevolg is van de betaling aan Southsee, maar van het aangaan van de overeenkomst van geldlening en de daarmee verband houdende vestiging van het pandrecht (r.o. 2.8). Laatstgenoemde rechtshandelingen zijn door de curator echter niet aangevochten.

3. Het oordeel van het hof komt mij juist voor. De vraag of schuldeisers zijn benadeeld, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetast blijft, zie HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten q.q./Gilhuis*). Aannemelijk is dat in "de hypothetische situatie" waarin de aangevochten betaling niet had plaatsgevonden tot uitwinning van de verpande vorderingen zou zijn overgegaan. Ervan uitgaande dat dit had geleid tot een netto executie-opbrengst van € 120.000 of meer, zouden de overige schuldeisers in deze situatie niet beter af zijn geweest dan in "de situatie waarin zij feitelijk verkeren". In beide gevallen vloeit er ter voldoening van de schuld aan IMCA € 120.000 uit de boedel. Dit zou uiteraard anders hebben gelegen indien vast was komen te staan dat het pandrecht op de

vorderingen op paulianeuze wijze tot stand is gekomen. In dat geval had IMCA in "de hypothetische situatie" waarschijnlijk slechts een *concurrente* vordering op Mac Donald gehad, waardoor de benadelingstoets anders was uitgevallen. Ter onderbouwing van zijn stelling dat de *betaling* tot benadeling van schuldeiser heeft geleid, had de curator in dit verband dus op zijn minst moeten stellen dat hij de pandrechten op grond van de faillissementspauliana met succes *had kunnen aanvechten*.

4. Uit het voorgaande volgt dat een betaling in beginsel niet tot benadeling van schuldeisers leidt, indien de betaalde schuld ook in geval van faillissement volledig uit (de opbrengst van) het boedelactief zou zijn voldaan. Naast het onderhavige geval kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin een met een onaantastbaar pandrecht bezwaard goed door de schuldenaar bij wijze van inbetalinggeving wordt overgedragen aan de eerste pandhouder, vgl. Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2008, «JOR» 2009/19, m.nt. NEDF (*HTM Beheer/Van Wel q.q.*). Van benadeling is evenmin sprake als de betaalde schuldeiser ten tijde van de betaling nog een schuld aan de schuldenaar had, ten aanzien waarvan hij zich binnen de grenzen van art. 53 en 54 Fw op verrekening had kunnen beroepen of de nakoming had kunnen opschorten. Van een *voordringen* ten opzichte van de overige schuldeisers van de schuldenaar is in dat geval geen sprake. Zou de vordering van de desbetreffende schuldeiser niet zijn voldaan, dan had de schuldenaar of de curator ook niet met succes nakoming van de vordering op deze schuldeiser kunnen afdwingen.

5. De overeenkomst van geldlening met de daarin opgenomen verplichting tot zekerheidstelling heeft in het onderhavige geval *wel* tot benadeling van schuldeisers geleid. De benadeling is niet zozeer het rechtstreekse gevolg van de overeenkomst *zelf*, maar veeleer van de wijze waarop het krediet is besteed, vgl. HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/230, m.nt. JJvH (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*). Waren uit het krediet niet schuldeisers van Veenman betaald, maar schuldeisers van *Mac Donald* van wie de vorderingen in faillissement ook volledig zouden zijn voldaan, dan was van benadeling geen sprake. Niet duidelijk is of Mac Donald vanwege de betalingen aan werknemers van Veenman een (regres)vordering op Veenman heeft verkregen.

Voor het antwoord op de vraag of de schuldeisers van Mac Donald door de overeenkomst van geldlening zijn benadeeld maakt dit echter hoogstwaarschijnlijk geen verschil. Ook Veenman is immers failliet verklaard, waardoor een dergelijke vordering in de regel onverhaalbaar zou zijn geweest.

R.J. van der Weijden
onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht

236

Hoge Raad
23 maart 2012, nr. 10/04833, LJN BV0614
(mr. Fleers, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Van Oven, mr. Streefkerk, mr. Loth)
(Concl. A-G Langemeijer)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Faillissement. Fixatiebeginsel. Uitvoering door bank van betalingsopdrachten verstrekt door failliet op datum faillietverklaring. Geen bescherming bank ex art. 52 Fw. Verbintenis van bank tot betaling ontstaat pas door concrete betalingsopdracht door rekeninghouder aan bank. Hoge Raad handhaaft oordeel HR 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF. Sprongcassatie van Rb. Groningen 14 juli 2010, «JOR» 2011/22, m.nt. NEDF.

[Fw art. 23, 52; BW art. 6:140 lid 1]

Onderdeel 1 strekt in de kern ertoe de Hoge Raad te laten terugkomen van zijn oordeel in het arrest van 28 april 2006, «JOR» 2006/223, m.nt. NEDF (Huijzer q.q./Rabobank). De rechtbank heeft overeenkomstig dit arrest beslist dat de verbintenis van de bank tot betaling eerst is ontstaan door de concrete betalingsopdracht van failliet op een tijdstip waarop zij ingevolge art. 23 Fw niet meer bevoegd was over het tegoed op de rekening te beschikken, en dat de omstandigheid dat de rekening-courantverhouding tussen de bank en failliet reeds bestond voor de datum van het faillissement niet voldoende is om te oordelen dat sprake is van een verbintenis die vóór de faillietverklaring is ontstaan als bedoeld in art. 52 Fw. Volgens het onderdeel heeft de rechtbank daarmee miskend dat de bank, door uitvoering te geven aan de op de dag van de faillietverklaring gegeven betalings-