

9. Ten slotte nog een verscholen juweeltje dat in de procedure niet aan de orde wordt gesteld. In zijn noot onder dit arrest merkt Rheinfeld op: "door de bescherming van art. 3:24 BW zou dit hypotheekrecht [gedoeld wordt op H5, toev. SB] feitelijk 'promoveren' van vierde tot eerste in rang" (TvAR 2017, 5877). Was het maar zo eenvoudig! Het verdelingsvraagstuk is veel gecompliceerder, omdat er niet vier maar vijf hypotheekrechten zijn gevestigd, en H5 weliswaar voor H 1 t/m 3 gaat, maar achter staat bij H4, terwijl H4 achter staat bij H 1 t/m 3. Kort gezegd werkt het volgens mij zo. Eerst moet je uitrekenen wat (de rechthebbende van) H4 krijgt, dat trek je af van de opbrengst en de rest verdeel je tussen (de rechthebbende van) H1 t/m 3 en (de rechthebbende van) H5, waarbij H5 eerste in rang is. Probeer op een anders verloren avond maar eens – aan de hand van verschillende cijfervoorbeelden – uit te rekenen wat dit betekent. De casus doet denken aan de verdelingspuzzel die kan volgen uit art. 3:284 BW als er een anterieure en een posterieure hypotheek is. Zie G.A.J. Boekraad, 'Omhoog (of omlaag): Escheriaanse rangordeproblemen', in: *Onzekere zekerheid* (2001), p. 59 e.v. Er bestaat ook verwantschap met de verdelingsvraagstukken die te kennen zijn uit HR 25 oktober 1985, NJ 1987/18, waarover onder meer H.W. Heyman & S.E. Bartels, *NTBR* 1998, p. 219 e.v. en J.J. van Hees, *WPNR* 2011/6882.

S.E. Bartels,  
hoogleraar burgerlijk recht Radboud Universiteit,  
verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (OO&R)

## 244

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp  
Leeuwarden  
14 februari 2017, zaaknr. 200.164.299/01,  
ECLI:NL:GHARL:2017:1278  
(mr. Wind, mr. De Witte, mr. Smit)  
Noot mr. R.J. van der Weijden

**Faillissementspauliana. Verkoop van inventaris en voorraad met verrekening van koopprijs met vordering op failliet. Benadeling van schuldeisers. Wetenschap van benadeling. Teruggaveverplichting art. 51 lid 1 Fw. Bestuursaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW. Schijn van kredietwaardigheid. Geen Peeters/Gatzenvordering. Verwijzing naar HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (Peeters q.q./Gatzen); HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (Bosselaar q.q./Interniber); HR 8 juni 2001, «JOR» 2001/171 (Panmo); HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (Diepstraten/Gilhuis q.q.); HR 14 oktober 2005, «JOR» 2006/61, m.nt. Borrius (Ontvanger/Van Burgerler) en HR 24 april 2009, «JOR» 2010/22, m.nt. NEDF (Dekker q.q./Lutèce).**

[Fw art. 2, 43, 51 lid 1; BW art. 2:9, 6:74, 6:203 lid 1, 6:210 lid 2, 6:248]

*Nu de verkoop van de inventaris meer dan een jaar voor het faillissement heeft plaatsgevonden, is het bewijsvermoeden van art. 43 Fw niet van toepassing. De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van het paulianeus handelen rusten dan ook op de curator. De enkele omstandigheid dat het niet goed ging met de onderneming, betekent nog niet dat op dat moment te voorzien was dat een faillissement onafwendbaar was. De vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers moet beoordeeld worden naar het moment waarop de curator zijn rechten doet gelden (vgl. HR 24 april 2009, «JOR» 2010/22, m.nt. NEDF (Dekker q.q./Lutèce)). De vraag of benadeling aanwezig is, 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 (vgl. HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (Diepstraten/Gilhuis q.q.)). Van benadeling is sprake in geval een actief dat voor de schuldeisers beschikbaar was uit het vermogen is verdwenen zonder dat daar*

gelijkwaardige verhaalsmogelijkheden voor in de plaats zijn gekomen, ook al is het vermogen per saldo gelijk gebleven doordat een schuld van de gefailleerde is verminderd (vgl. HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (Bosselaar q.q./Internber)). Op het moment dat de curator zijn rechten deed gelden, was de voorraad niet meer aanwezig zodat de gezamenlijke crediteuren zich daarop niet meer konden verhalen. Doordat betaling had plaatsgevonden middels verrekening, was het vermogen van failliet weliswaar per saldo gelijk gebleven, maar aangezien de verkoopopbrengst enkel aan geïntimeerde sub 1 ten goede is gekomen en er geen gelijkwaardige verhaalsmogelijkheid voor in de plaats is gekomen, is er sprake van benadeling van de overige schuldeisers.

Art. 51 lid 1 Fw bepaalt dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator moet worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 BW. Slechts wanneer de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt, kan de verbintenis tot ongedaanmaking worden omgezet in een verbintenis tot waardevergoeding, zo volgt uit art. 6:210 lid 2 BW. Het artikel vereist dat ongedaanmaking vanwege de aard van de prestatie, derhalve structureel, onmogelijk is. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor. Dat betekent dat de curator in beginsel bij vernietiging van de koopovereenkomst aanspraak kan maken op terugvordering van de voorraad en dat er geen sprake is van de door de curator gestelde alternatieve verbintenis. Vast is komen te staan dat geïntimeerden het overgrote deel van de voorraad hebben afgevoerd, zodat zij niet meer in staat zijn de complete voorraad terug te geven. Geïntimeerden zullen tekort schieten in de nakoming van hun ongedaanmakingsverbintenis tot teruggave van de voorraad.

De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling waarvan het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt (art. 2:9 BW). De curator baseert de aansprakelijkheid van geïntimeerden als (indirect) bestuurders op art. 2:248 BW. Van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben (vgl. HR 8 juni 2001, «JOR» 2001/171 (Panmo)). Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt. Bij de beoordeling of de bestuurder een ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval in totaliteit en in onderling verband en samenhang worden betrokken (vgl. HR 14 oktober 2005, «JOR»

2006/61, m.nt. Borrius (Ontvanger/Van Burgerler)). Geïntimeerden hebben in de loop der jaren privé geld in failliet gestoken in een poging het bedrijf "in de benen" te houden. Lopende opdrachten zijn door hen afgewikkeld en alle onbetwiste schulden van failliet uit 2011 en 2012 zijn voldaan, waaronder alle salarissen en belastingverplichtingen. Er kan dan ook niet worden gesteld dat geïntimeerden zichzelf hebben bevoordeeld. De curator heeft onvoldoende gesteld om tot het oordeel te komen dat sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die oorzaak is van het faillissement. De curator heeft geïntimeerden verweten dat zij door het investeren in de vennootschap ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid hebben gewekt. De curator is bevoegd om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering jegens derden in te stellen, op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), ook waar een dergelijke vordering aan de gefailleerde zelf niet toekomt, omdat hij bij de benadeling was betrokken (zie HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 (Peeters q.q./Gatzen)). De curator heeft echter in het geheel niet duidelijk gemaakt welke schuldeisers door de schijn van kredietwaardigheid op het verkeerde been zouden zijn gezet en wanneer dat zich zou hebben voorgedaan.

Mr. J.M. Pol te Assen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Braverte BV, appellant in het principaal hoger beroep, geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep, tegen

1. X,
2. Y,
3. HPS Beheer BV te Westerbork,

geïntimeerden in het principaal hoger beroep, appellanten in het incidenteel hoger beroep, advocaat: mr. P. van Rossum.

(...; red.)

## 2. De vaststaande feiten

2.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.14 van het bestreden vonnis van 19 november 2014, nu daartegen geen grieven zijn geformuleerd en ook overigens niet van bezwaren is gebleken. Aangevuld met hetgeen in dit hoger beroep verder nog als onweersproken vast staat, gaat het om het volgende.

2.2. Op 5 maart 2013 is het faillissement uitgesproken van Braverte B.V. te Westerbork met aanstelling van mr. Pol tot curator.

2.3. Braverte B.V. was een bedrijf dat zich volgens de omschrijving in het uittreksel Handelsregister bezig hield met de in- en verkoop en applicatie van brandwerende -vertragende producten. Volgens haar brochure bestonden haar activiteiten uit:

“1. Brandwerend coaten, aftimmeren, springen dichten enz., 2. protective coatings, uitvoeren van locatie-, straal- en conserveerwerkzaamheden en 3. anti-graffiti.”

Deze activiteiten werden uitgevoerd sinds 2004, vanuit een bedrijfspand aan de [a-straat] 5a te [B].

2.4. HPS, een groothandel in materialen, was sedert 29 maart 2007 enig aandeelhouder van Braverte B.V. De heer [geïntimeerde1] stond sedert 1 juni 2012 in het handelsregister ingeschreven als bestuurder van Braverte B.V.

Uit de notulen van de Algemene Vergadering van Aandeelhouders van 2 november 2012 blijkt dat HPS op die datum eveneens tot bestuurder van Braverte B.V. is benoemd.

Mevrouw [geïntimeerde2] is sedert 29 maart 2007 enig aandeelhouder en bestuurder van HPS.

2.5. Op 27 mei 2008 is in het Handelsregister ingeschreven de eenmanszaak Fireblock, die wordt gedreven voor rekening en risico van de heer [geïntimeerde1]. Fireblock houdt zich volgens haar website onder andere bezig met brandveilig afichten van sparingen en doorvoeringen.

2.6. Op 2 januari 2012 is de inventaris van Braverte B.V. verkocht aan HPS voor een bedrag van € 18.236,00 (de boekwaarde). De koopprijs is door HPS verrekend met de vordering uit rekening-courant die zij op Braverte B.V. had.

2.7. Op 5 januari 2013 is de voorraad van Braverte B.V. verkocht aan Fireblock voor een bedrag van € 24.395,23 (de inkoopwaarde). De koopprijs is door heer [geïntimeerde1] verrekend met een vordering die hij had op Braverte B.V.

2.8. De curator heeft bij brief d.d. 15 maart 2013 aan Braverte B.V. (t.a.v. de heer en mevrouw [geïntimeerde1 en geïntimeerde2]) aandacht gevraagd voor de volgende punten:

- de tegenstrijdig belangregeling in het kader van de activa overdracht;
- de mogelijk paulianeuze rechtshandeling;

- de vertegenwoordigingsbevoegdheid van mevrouw [geïntimeerde2] met betrekking tot de verkoop voorraad en het mogelijk paulianeus handelen;
- de betalingen aan Fireblock.

De curator heeft Braverte B.V. verzocht binnen een week een toelichting te geven op deze punten en wettelijke rente aangezegd voor nog aan de boedel te betalen bedragen.

2.9. Op 19 maart 2013 hebben [geïntimeerden] c.s. schriftelijk gereageerd. De curator heeft hierop per mail van 22 maart 2013 gereageerd.

2.10. Tussen de curator en de heer [geïntimeerde1] heeft op 17 april 2013 een gesprek plaatsgevonden. De curator heeft het gesprek per mail aan de heer [geïntimeerde1] bevestigd. In de mail staat onder meer:

“We hebben gesproken over de transacties van de inventaris en de voorraad.

Van de inventaris gaf u aan dat dit volgens u niet in strijd is geweest met de pauliana. omdat er geen zicht op faillissement was van Braverte. Bij de overdracht van de voorraad was dit anders, daarvan gaf u aan dat het faillissement inderdaad aanstaande was en zich te realiseren dat die transactie teruggedraaid zou moeten worden.

(...)

U gaf in het gesprek aan bereid te zijn een bedrag van € 5.000,00 te betalen. Nu dit dermate afwijkt van het reeds erkende deel van de voorraad (24 k) kan ik dit voorstel niet serieus ter toestemming bij de rechter voorleggen.”

2.11. Bij brief van 31 mei 2013 aan de curator heeft mr. Van Rossum namens [geïntimeerden] c.s. onder meer het volgende meegedeeld:

“Allereerst deel ik u mede dat hetgeen is vermeld in uw e-mail van 17 april 2013 aangaande een bespreking met de heer [geïntimeerde1] onjuist is. Cliënten betwisten nadrukkelijk de inhoud van deze e-mail.

Cliënten delen u mede dat zij nimmer paulianeus hebben gehandeld en nimmer crediteuren hebben bevoordeeld c. q. benadeeld. Kort en goed er hebben geen benadelingshandelingen plaatsgevonden.

Voorts stelt u dat er mogelijk sprake zou zijn van bestuurdersaansprakelijkheid. Cliënten zien geen enkele grond voor bestuurdersaansprakelijkheid. Alle crediteuren zijn gelijk behandeld, voor zover de vordering terecht is.”

2.12. Bij brieven van 14 juni 2013 aan de heer [geïntimeerde1] en HPS heeft de curator de vernietiging van de koop/verkoop en levering van de voorraad en de inventaris ingeroepen.

2.13. Bij brief van 18 juni 2013 aan de curator heeft mr. Van Rossum [geïntimeerden] c.s. voorgesteld om de op 5 januari 2013 geleverde voorraad aan de boedel terug te leveren onder de voorwaarde dat de curator afziet van een mogelijke vordering op HPS en/of de bestuurders daarvan.

2.14. De curator heeft niet op deze brief gereageerd.

2.15. De curator heeft op 16 augustus 2013 conservatoir (pauliana) beslag doen leggen ten laste van [geïntimeerden] c.s. op roerende zaken, de handelsvoorraad en een onroerende zaak.

2.16. Op enig moment nadien, maar voor de comparitie van partijen in hoger beroep, hebben [geïntimeerden] c.s. het grootste deel van de voorraad afgevoerd. Van de zaken die zijn vermeld op de lijst, die als productie 9 bij de dagvaarding in eerste aanleg en als productie 8 bij memorie van grieven is overgelegd, zijn alleen de spuitmaterialen, 6000 patronen en de werkkleding nog aanwezig.

2.17. Partijen hebben uitvoering gegeven aan het eindvonnis van de rechtbank.

### 3. *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg*

3.1. De curator heeft in eerste aanleg – na wijziging van eis – dezelfde vordering ingesteld als in hoger beroep.

3.2. De rechtbank heeft de vordering van de curator met betrekking tot de inventaris afgewezen omdat naar haar oordeel uit de stellingen van de curator niet blijkt dat [geïntimeerden] c.s. ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien, zodat niet is komen vast te staan dat sprake was van wetenschap van benadeling.

Ten aanzien van de voorraad heeft de rechtbank geoordeeld dat de curator de verkoop daarvan terecht heeft vernietigd op grond van artikel 42 Faillissementswet (Fw). De rechtbank heeft overwogen dat de curator niet gehouden is (primair) teruggave van de voorraad te vorderen en heeft de heer [geïntimeerde1] veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 24.392,23 te vermeerderen met wettelijke rente daarover vanaf 6 januari 2013.

De rechtbank heeft verder overwogen dat hetgeen de curator heeft aangevoerd onvoldoende is voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid. Dat onderdeel van de vordering is afgewezen. De rechtbank heeft de curator veroordeeld in de proceskosten van [geïntimeerden] c.s.

### 4. *De beoordeling van de grieven*

4.1. De curator heeft drie grieven opgeworpen in het principaal appel en [geïntimeerden] c.s. hebben drie grieven geformuleerd in het incidenteel appel.

4.2. De curator heeft daarnaast, pas bij zijn memorie van antwoord in incidenteel appel, meer subsidiair schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad gevorderd. Het betreft hier een aanvulling van de grondslag van zijn vordering en daarmee een nieuwe grief.

De in artikel 347 lid 1 Rv besloten “twee-conclusieregel” brengt mee dat de rechter in beginsel niet behoort te letten op grieven die in een later stadium dan in de memorie van grieven, dan wel (in het geval van een incidenteel appel) in de memorie van antwoord worden aangevoerd (HR 22 juni 2009, ECLI:NL:HR: 2009:BI8771). Op deze regel kunnen onder omstandigheden uitzonderingen worden aanvaard, zoals in genoemd arrest is aangegeven. Het hof oordeelt dat daarvoor in dit geval geen aanleiding bestaat.

Het hof zal aan deze tardieve grief voorbij gaan.

4.3. *Grief 1 in het principaal appel* is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator de verkoop van de inventaris niet kon vernietigen omdat niet is gebleken dat het faillissement en het tekort daarin ten tijde van de handeling waren te voorzien.

De curator voert in dit verband aan dat de rechtbank het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw had moeten toepassen, althans de bewijslast ten aanzien van de afwezigheid van de wetenschap van benadeling bij [geïntimeerden] c.s. had moeten neerleggen. Volgens de curator had de rechtbank wetenschap van benadeling moeten aannemen omdat

- a) de verweren van [geïntimeerden] c.s. niet onderbouwd dan wel aantoonbaar onjuist zijn,
- b) op basis van de jaarrekeningen van Braverte van 2010 en 2011 wetenschap van benadeling kan worden aangenomen,

c) de rechtbank in r.o. 4.19 van het vonnis van 19 november 2014 wetenschap van benadeling destilleert zodat er sprake is van een innerlijk tegenstrijdig vonnis.

4.4. Het hof stelt voorop dat grief 1 in principaal appel blijkens de daarop gegeven toelichting niet is gericht tegen de door de rechtbank gehanteerde norm, namelijk dat het voor het kunnen aannemen van wetenschap van benadeling (aan beide zijden van de gewraakte rechtshandeling) vereist is dat het faillissement en het tekort daarin ten tijde van de handeling te voorzien waren. (Vgl: HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493 («JOR» 2011/19, m.nt. NEDF; *red.*), ABN/Van Dooren q.q. III). De curator heeft in de procedure in eerste aanleg ook aansluiting bij die norm gezocht.

4.5. Ter gelegenheid van de comparitie van partij en in hoger beroep heeft de curator zich voor het eerst op het standpunt gesteld dat voor de wetenschap van benadeling *niet* vereist is dat ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin voorzienbaar waren. Slechts de benadeling van crediteuren zou voorzienbaar moeten zijn, aldus de curator.

Deze gewijzigde stellingname komt neer op een nieuwe grief, die in strijd is met de hiervoor in rechtsoverweging 4.2 besproken “twee-conclusieregel”. Het hof ziet geen aanleiding in dit geval een uitzondering op die regel te maken. Het hof zal bij zijn beoordeling dan ook uitgaan van de door de rechtbank gehanteerde maatstaf, namelijk dat van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw sprake is als ten tijde van handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte.

4.6. Nu de verkoop van de inventaris meer dan een jaar voor het faillissement heeft plaatsgevonden, is het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw niet van toepassing. De stelplicht en de bewijslast ten aanzien van het paulianus handelen rusten dan ook op de curator.

4.7. De curator noemt het vonnis innerlijk tegenstrijdig omdat de rechtbank enerzijds geen wetenschap van benadeling aanneemt, maar dat anderzijds wel destilleert door in r.o. 4.19 van haar eindvonnis te overwegen dat [geïntimeerden] c.s. in november 2012 hebben besloten de activiteiten van Braverte B.V. af te bouwen omdat deze zwaar verliesgevend waren.

4.8. Het hof verwerpt dat standpunt. Uit de omstandigheid dat [geïntimeerden] c.s. in november 2012 besloten de activiteiten van Braverte B.V. te gaan afbouwen, volgt immers niet dat zij op 2 januari 2012 – ten tijde van de verkoop van de inventaris – daadwerkelijk konden voorzien dat een faillissement en een tekort daarin onafwendbaar waren.

4.9. De curator heeft verder aangevoerd dat de wetenschap van benadeling kan worden aangenomen op basis van de jaarrapporten van Braverte B.V. Hij heeft betoogd dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat Braverte B.V. op 2 januari 2012 geen schulden onbetaald liet en heeft er op gewezen dat er volgens de jaarrekening op 31 december 2011 sprake was van kortlopende schulden van € 340.397,-. Verder heeft hij gewezen op de omstandigheid dat de accountant bij de presentatie van de jaarrekening van 2011 zijn zorgen uitte over de continuïteit van de vennootschap. Ten slotte heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat uit het feit dat [geïntimeerden] c.s. de onderneming kennelijk financierden met eigen geld kan worden afgeleid dat de onderneming niet op eigen benen kon staan.

4.10. De enkele omstandigheid dat het niet goed ging met de onderneming en dat er op 31 december 2011 sprake was van genoemde schuldenlast betekent naar het oordeel van het hof nog niet dat op dat moment te voorzien was dat een faillissement onafwendbaar was.

De opmerking van de accountant, waaraan de curator refereert, werd gemaakt op 23 oktober 2012, bij het uitbrengen van het verslag over 2011 en dateert derhalve van ruimschoots na 2 januari 2012. Uit de jaarstukken blijkt bovendien dat het resultaat in 2011 was verbeterd ten opzichte van 2010 doordat de kosten waren teruggebracht.

4.11. [geïntimeerden] c.s. hebben bovendien onweersproken gesteld dat Braverte B.V. in 2011 nog een grote klus bij ASR had gekregen met een belang van € 350.000,- en dat Braverte B.V. in de loop van 2011 en 2012 alle schuldeisers heeft voldaan, met uitzondering van [C], wiens vordering zij betwistte en waarover een procedure liep. Ook hebben zij benadrukt dat zij juist geld in de onderneming hebben gestoken – hetgeen ook blijkt uit de in het geding gebrachte jaarrekening en grootboekkaarten – om de onderneming “in de benen” te houden, omdat zij zich verantwoordelijk voelden ten opzichte van personeel en schuldeisers en de verwachting hadden dat er een grote op-

dracht van Rochdale (ter waarde van 1 miljoen euro) in het verschieft lag. [geïntimeerden] c.s. hebben aangegeven dat zij in november 2012 besloten hebben de activiteiten van Braverte B.V. af te bouwen toen bleek dat de opdracht van Rochdale niet door zou gaan. Uiteindelijk hebben zij zich in maart 2013 genoodzaakt gezien het faillissement aan te vragen. Tot de faillissementsdatum zijn de salarissen van het personeel betaald en is aan alle belastingverplichtingen voldaan.

4.12. Het hof is van oordeel dat de curator in het licht van dit gemotiveerde verweer van [geïntimeerden] c.s. zijn stelling dat [geïntimeerden] c.s. ten tijde van de verkoop van de inventaris op 2 januari 2012 het faillissement van Braverte B.V. en het tekort daarin konden voorzien, onvoldoende heeft onderbouwd. Voor bewijslevering op dat punt is dan ook geen plaats.

4.13. Grief 1 in het principaal appel faalt. Om die reden behoeft *grief II in het incidenteel appel* geen bespreking meer. Datzelfde geldt voor *grief III in het incidenteel appel* voor zover die grief ziet op de inventaris.

4.14. *Grief III in het incidenteel appel* houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de schuldeisers door de verkoop van de voorraad zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. [geïntimeerden] c.s. betogen dat in het geval de opbrengst van de verkoop niet zou zijn verrekend maar op de rekening van Braverte B.V. zou zijn gestort, daarvan vervolgens lopende verplichtingen zouden zijn betaald, zodat de schuldeisers ook in dat geval achter het net zouden hebben gevestigd.

4.15. Het hof overweegt als volgt. De vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers moet beoordeeld worden naar het moment waarop de curator zijn rechten doet gelden (vgl. HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917 («JOR» 2010/22, m.nt. NEDF; *red.*), mr. Dekker q.q./Lutèce). Indien in rechte wordt gestreden over de vraag of de curator terecht een beroep op artikel 42 Fw heeft gedaan is het met betrekking tot de door dit artikel vereiste benadeling nodig, doch ook voldoende dat zij aanwezig is ten tijde dat omtrent het beroep op die bepaling wordt beslist (vgl. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654 («JOR» 2001/269, m.nt. NEDF; *red.*), Diepstraten/mr. Gilhuis q.q.) De vraag of benadeling aanwezig is, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshan-

deling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandeling onaangetaast blijft (vgl. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654 («JOR» 2001/269, m.nt. NEDF; *red.*), Diepstraten./mr. Gilhuis q.q.). Van benadeling is sprake in geval een actief dat voor de schuldeisers beschikbaar was uit het vermogen is verdwenen zonder dat daar gelijkwaardige verhaalsmogelijkheden voor in de plaats zijn gekomen, ook al is het vermogen per saldo gelijk gebleven doordat een schuld van de gefailleerde is verminderd (vgl. HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:ZC0615, mr. Bosselaar q.q./Internber).

Op het moment dat de curator zijn rechten deed gelden, was de voorraad niet meer aanwezig zodat de gezamenlijke crediteuren zich daarop niet meer konden verhalen. Doordat betaling had plaatsgevonden middels verrekening met de vordering van de heer [geïntimeerde1], was het vermogen van Braverte weliswaar per saldo gelijk gebleven – immers haar schuld aan de heer [geïntimeerde1] was verminderd – maar aangezien de verkoopopbrengst enkel aan de heer [geïntimeerde1] ten goede is gekomen en er geen gelijkwaardige verhaalsmogelijkheid voor in de plaats is gekomen, is er sprake van benadeling van de overige schuldeisers.

4.16. De grief faalt.

4.17. *Grief I in het incidenteel appel* houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de curator na vernietiging van de verkoop en levering van de voorraad niet gehouden was primair teruggave van de voorraad te vorderen en in plaats daarvan de waarde ervan in de boedel kon laten terugvloeiën.

4.18. De curator stelt zich primair op het standpunt dat art. 51 lid 1 Fw een alternatieve verbintenis veronderstelt en dat het aan de curator is te kiezen of hij feitelijke teruggave van de voorraad verlangt of aanspraak maakt op het benadelingsbedrag. Subsidiar is de curator van mening dat hij aanspraak kan maken op het benadelingsbedrag omdat teruggave van de voorraad het nadeel niet geheel ongedaan zal maken, nu de voorraad inmiddels in waarde zal zijn verminderd. Doel van art. 51 en 42 Fw is immers dat de door de rechtshandeling veroorzaakte benadeling van de schuldeisers ongedaan gemaakt wordt.

4.19. Het hof overweegt dienaangaande als volgt. Artikel 51 lid 1 Fw bepaalt dat hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van

de schuldenaar is gegaan, door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator moet worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Art. 6:203 lid 1 BW bepaalt dat degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, gerechtigd is dit van de ontvanger als onverschuldigd terug te vorderen. Het bepaalde in dit lid ziet zowel op de juridische levering als op de feitelijke afgifte. Hetzelfde goed dient te worden teruggegeven en wel in de staat waarin het zich op het moment van de onverschuldigde betaling bevond. Slechts wanneer de aard van de prestatie uitsluit dat zij ongedaan gemaakt wordt, kan de verbintenis tot ongedaanmaking worden omgezet in een verbintenis tot waardevergoeding, zo volgt uit art 6:210 lid 2 BW:

“Sluit de aard van de prestatie uit dat zij ongedaan wordt gemaakt, dan treedt, voor zover dit redelijk is, vergoeding van de waarde van de prestatie op het ogenblik van ontvangst daarvoor in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten.”

Het artikel vereist dat ongedaanmaking vanwege *de aard van de prestatie*, derhalve structureel, onmogelijk is. Een dergelijke situatie doet zich hier niet voor. Dat betekent dat de curator in beginsel bij vernietiging van de koopovereenkomst aanspraak kan maken op terugvordering van de voorraad en dat er geen sprake is van de door de curator gestelde alternatieve verbintenis.

4.20. In zoverre is de grief terecht voorgedragen. In hoeverre dat [geïntimeerden] c.s. baat, volgt uit het hierna overwogene.

4.21. Ter gelegenheid van de comparitie in hoger beroep is komen vast te staan dat [geïntimeerden] c.s. het overgrote deel van de voorraad hebben afgevoerd, zodat zij meer niet in staat zijn de complete voorraad, als vermeld op de lijst die als productie 8 aan de memorie van grieven is gehecht, terug te geven. Alleen de spuitmaterialen, 6000 patronen en de werkkleding zijn nog aanwezig en kunnen worden teruggegeven. Voor het overige zullen [geïntimeerden] c.s. tekort schieten in de nakoming van hun ongedaanmakingsverbintenis tot teruggave van de voorraad. De gevolgen van de tekortkoming moeten worden beoordeeld aan de hand van de algemene regels van het leer-

stuk van tekortkoming (art.6:74 e.v. BW). Art. 6:210 lid 2 BW heeft op deze situatie geen betrekking.

4.22. [geïntimeerden] c.s. hebben nog aangevoerd dat zij vlak na het uitspreken van het faillissement hebben aangeboden de voorraad terug te geven, maar dat de curator toen geen prijs stelde op teruggave van de goederen en het aanbod afwees. [geïntimeerden] c.s. menen dat de vordering van de curator om die reden moet worden afgewezen. Het hof verwerpt dat verweer. Er is niet gebleken van een onvoorwaardelijk aanbod tot teruggave: [geïntimeerden] c.s. wilden de voorraad blijkens de brief van hun raadsman van 18 juni 2013 slechts teruggeven onder voorwaarde dat de curator van een mogelijke vordering op hen afzag. Het hof is van oordeel dat de curator daar destijds niet op in hoefde te gaan.

c.s. hebben verder nog betoogd dat zij in staat zijn vervangende, vergelijkbare goederen aan de curator te leveren. Daarmee voldoen zij echter niet aan de ongedaanmakingsverbintenis omdat het daarbij immers moet gaan om teruggave van dezelfde goederen. De curator hoeft dat aanbod dan ook niet te accepteren en mag – voor zover [geïntimeerden] c.s. tekort schieten in hun verplichting tot teruggave van de voorraad – vervangende schadevergoeding vorderen. De curator heeft de waarde van de voorraad bij zijn vordering gebaseerd op de koopsom die de heer [geïntimeerde1] daar destijds met Braverte B.V. was overeengekomen, te weten € 24.392,23. Blijkens eerder genoemde lijst vertegenwoordigden de goederen die niet kunnen worden gerestitueerd een waarde van € 18.642,-. Het hof zal dat bedrag toewijzen bij wijze van vervangende schadevergoeding.

4.23. Grief I in incidenteel appel slaagt ten dele.

4.24. *Grief 2 in het principaal appel* houdt in dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat de curator onvoldoende heeft gesteld voor het aannemen van bestuurdersaansprakelijkheid.

4.25. De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat het bestuur, te weten de heer [geïntimeerde1] en HPS, alsmede mevrouw [geïntimeerde2] als indirect bestuurder, hun verplichtingen jegens de vennootschap ernstig hebben veronachtzaamd. Er is sprake van een onbehoorlijke taakvervulling waarvan het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt (artikel 2:9 BW). Het ernstige verwijt schuilt er volgens de curator in dat de bestuurders de aanwezige activa en activiteiten hebben overgeheveld naar hun eigen (andere) ondernemingen,

zonder dat daar enige reële cashinjectie in de vennootschap tegenover stond. Daarmee zijn aan de andere schuldeisers van de vennootschap verhaalsmogelijkheden ontnomen. Naar het oordeel van de curator is de handelwijze van het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement en hij houdt de heer en mevrouw [geïntimeerde1 en geïntimeerde2] en HPS daarom hoofdelijk aansprakelijk voor het boedeltekort (art. 2:248 BW). 4.26. De curator heeft daarnaast aangevoerd dat voor zover [geïntimeerden] c.s. forse investeringen in Braverte B.V. hebben gedaan – en de curator heeft dat ter gelegenheid van de comparitie van partijen in hoger beroep niet langer betwist – heeft te gelden dat zij daarmee ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid hebben gewekt, terwijl zij wisten dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal voor schuldeisers zou bieden. Ook dat levert naar het oordeel van de curator grond voor bestuurdersaansprakelijkheid op.

4.27. Het hof overweegt als volgt. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak (art. 2:9 BW). De curator baseert de aansprakelijkheid van [geïntimeerden] c.s. als (indirect) bestuurders op art. 2:248 BW. Lid 1 van dat artikel bepaalt dat iedere bestuurder hoofdelijk jegens de boedel aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door verfeffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld *en* aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De stelplicht en bewijslast rusten op de curator.

Van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling is sprake als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou gehandeld zou hebben (vgl. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 («JOR» 2001/171; *red.*) Panmo). Er moet sprake zijn van een ernstig verwijt.

Bij de beoordeling of de bestuurder een ernstig verwijt treft, moeten alle omstandigheden van het geval in totaliteit en in onderling verband en samenhang worden betrokken (vgl. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6017 («JOR» 2006/61, m.nt. Borrius (*Ontvanger/Van Burgerler*); *red.*)).

4.28. [geïntimeerden] c.s. hebben de stellingen van de curator gemotiveerd betwist. Zij hebben bestreden dat er activiteiten van Braverte B.V. zijn overgeheveld naar Fireblock, de onderneming

van de heer [geïntimeerde1], of naar HPS en zij hebben onder verwijzing naar de bedrijfsomschrijvingen benadrukt dat het geen gelijksoortige ondernemingen zijn.

[geïntimeerden] c.s. hebben aangevoerd dat Braverte B.V. al een jaar of vijf slecht renderde, onder meer vanwege het feit dat haar werkzaamheden onder de “dure” CAO voor het schildersbedrijf vielen. [geïntimeerden] c.s. hebben in de loop der jaren privé geld in Braverte B.V. gestoken in een poging het bedrijf “in de benen” te houden. Zij deden dit omdat zij zich verantwoordelijk voelden voor hun personeel en schuldeisers. In 2011 hadden zij nog een opdracht van ASR ter waarde van € 350.000,- en zij verwachtten in 2012 een grote opdracht van Rochdale te krijgen, ter waarde van 1 miljoen euro. Toen in november 2012 bleek dat die opdracht niet doorging, hebben zij besloten de activiteiten van Braverte B.V. af te bouwen. Zij hebben benadrukt dat zij de vennootschappelijke en financiële positie van Braverte B.V. op een normale manier wilden afbouwen. Lopende opdrachten zijn door hen afgewikkeld en mede dankzij de grote bedragen die [geïntimeerden] c.s. in de loop der jaren in de Braverte B.V. hebben gestoken, zijn alle onbetwiste schulden van Braverte B.V. uit 2011 en 2012 voldaan, waaronder alle salarissen en belastingverplichtingen. Er kan dan ook niet worden gesteld dat [geïntimeerden] c.s. zichzelf hebben bevoordeeld. Ook in 2013 is er nog geld in de vennootschap gestoken, maar in maart 2013 hebben [geïntimeerden] c.s. zich genoodzaakt gezien het faillissement aan te vragen.

4.29. Het hof is van oordeel dat de curator in het licht van dit gemotiveerde verweer, dat is onderbouwd met brochures met bedrijfsomschrijvingen, jaarrekeningen en grootboekkaarten, onvoldoende heeft gesteld om tot het oordeel te komen dat sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die oorzaak is van het faillissement. Uit het relaas van [geïntimeerden] c.s., dat gedeeltelijk door de curator is erkend en overigens onvoldoende gemotiveerd weersproken, volgt dat zij tot op het laatst hebben geprobeerd het tijt te keren door zelf geld in de onderneming te steken teneinde aan alle verplichtingen te kunnen voldoen in afwachting van de opdracht van Rochdale. Het hof acht het aannemelijk dat de omstandigheid dat die opdracht uitbleef de (externe) oorzaak is geweest van het faillissement.



4.30. De curator heeft [geïntimeerden] c.s. verweeten dat zij door het investeren in de vennootschap ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid hebben gewekt. De crediteuren die met Braverte B.V. zaken hebben gedaan en namens wie de curator gezamenlijk optreedt, zijn ten gevolge van die gewekte schijn een overeenkomst aangegaan terwijl dat achterwege zou zijn gebleven als die schijn niet was gewekt.

4.31. Het hof overweegt als volgt. De curator is bevoegd om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering jegens derden in te stellen, op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), ook waar een dergelijke vordering aan de gefailleerde zelf niet toekomt, omdat hij bij de benadeling was betrokken (zie HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4521 Peeters q.q./Gatzen). De curator heeft echter in het geheel niet duidelijk gemaakt welke schuldeisers door de schijn van kredietwaardigheid op het verkeerde been zouden zijn gezet en wanneer dat zich zou hebben voorgedaan. De curator heeft zijn stelling, mede in het licht van de onbetwist gebleven stelling van [geïntimeerden] c.s. dat Braverte B.V. alle vorderingen uit 2011 en 2012 heeft voldaan met uitzondering van één betwiste vordering waarover een gerechtelijk procedure liep, onvoldoende onderbouwd, zodat ook op dit punt voor bewijlslevering geen plaats is.

4.32. De grief faalt.

4.33. *Grief 3 in het principaal appel* is gericht tegen de beslissing van de rechtbank de curator in de kosten van het geding in eerste aanleg te veroordelen.

4.34. De grief slaagt. Het hof is van oordeel dat de heer [geïntimeerde1] in de kosten van het geding in eerste aanleg veroordeeld moet worden nu de vordering van de curator met betrekking tot de paulianeuze overdracht van de voorraad is toegewezen. Daarbij zal het hof de beslagkosten beperken tot de griffierechten en de helft van de exploitkosten van het beslag tot afgifte, nu die zowel zien op de inventaris als de voorraad, en de heer [geïntimeerde1] derhalve niet veroordelen in de exploitkosten van het beslag op het onroerend goed, nu er voor het leggen van dat (verhaals)beslag wegens bestuurdersaansprakelijkheid geen grond was.

#### 5. De slotsom

5.1. Grief 3 in het principaal appel slaagt en grief I in het incidenteel appel ten dele. De overige grieven falen. Het bestreden vonnis van 19 november 2014 zal worden vernietigd. Het hof zal, op nieuw rechtdoende, de heer [geïntimeerde1] veroordelen tot afgifte aan de curator van de spuitmaterialen, 6000 patronen en de werkkleding op straffe van een dwangsom, gemaximeerd als hierna vermeld, alsmede tot betaling aan de curator van een bedrag van € 18.642,- bij wijze van schadevergoeding, te vermeerderen met wettelijke rente als gevorderd. Tevens zal de heer [geïntimeerde1] worden veroordeeld in de kosten van het geding in eerste aanleg, waarbij de kosten van het beslag worden beperkt tot het griffierecht en de helft van de exploitkosten van het beslag tot afgifte.

5.2. De kosten voor de procedure in eerste aanleg (...; *red.*)

5.3. Het hof ziet in de uitkomst van het hoger beroep aanleiding om de kosten van de procedure in hoger beroep te compenseren aldus dat ieder van partijen de eigen kosten draagt.

#### 6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: vernietigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, van 19 november 2014 en doet opnieuw recht:

veroordeelt de heer [geïntimeerde1] tot afgifte aan de curator van de spuitmaterialen, 6000 patronen en de werkkleding (een en ander als vermeld op de als productie 8 aan de memorie van grieven gehechte lijst) op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag dat de heer [geïntimeerde1] met afgifte in gebreke blijft, zulks met dien verstande dat maximaal € 10.000,- aan dwangsommen verbeurd zal kunnen worden;

veroordeelt de heer [geïntimeerde1] tot betaling aan de curator van een bedrag van € 18.642,- te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 6 januari 2013 tot aan de dag der algehele voldoening;

veroordeelt de heer [geïntimeerde1] in de kosten van het geding in eerste aanleg (...; *red.*); bepaalt dat iedere partij de eigen kosten van het geding in hoger beroep draagt; verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; wijst af het meer of anders gevorderde.

## NOOT

1. Braverte BV ("Braverte") ontplooide activiteiten op het gebied van brandpreventie. Bestuurders van Braverte zijn haar enig aandeelhouder HPS Beheer BV ("HPS Beheer") en de heer X. De bestuurder van HPS Beheer is mevrouw Y, de echtgenote van X. Braverte is op 5 maart 2013 failliet verklaard met benoeming van mr. Pol tot curator.

2. Op 2 januari 2012, circa 14 maanden vóór haar faillissement, heeft Braverte haar inventaris verkocht en geleverd aan HPS Beheer voor € 18.236. De vordering van Braverte op HPS Beheer tot betaling van de koopprijs is verrekend met een vordering van HPS Beheer op Braverte uit hoofde van de tussen partijen bestaande rekening-courant. Op 5 januari 2013, circa twee maanden vóór haar faillissement, heeft Braverte haar voorraad verkocht en geleverd aan Fireblock voor € 24.395,23. Fireblock is een eenmanszaak die wordt gedreven voor rekening en risico van X. De vordering tot betaling van de koopprijs van Braverte op X – in dezen handelend onder de naam Fireblock – is verrekend met een vordering van X op Braverte.

3. Nadat het faillissement van Braverte is uitgesproken, heeft de curator zowel de koopovereenkomst met betrekking tot de inventaris als de koopovereenkomst met betrekking tot de voorraad aangevochten op grond van art. 42 Fw. De curator heeft in dit verband gevorderd *primair* betaling aan de boedel van een bedrag van € 18.236, respectievelijk € 24.392,23, en *subsidiair* teruggave aan de boedel van de inventaris, respectievelijk de voorraad. Daarnaast heeft de curator X, Y en HPS Beheer als (middellijk) bestuurders van Braverte hoofdelijk aansprakelijk gesteld op grond van onder meer art. 6:162 BW.

4. In eerste aanleg heeft de Rechtbank Noord-Nederland de vorderingen van de curator met betrekking tot de verkoop van de inventaris afgewezen, omdat volgens haar uit de stellingen van de curator niet blijkt dat Braverte en HPS Beheer op 2 januari 2012 het faillissement van Braverte en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid konden voorzien, en dus niet is komen vast te staan dat sprake was van wetenschap van benadeling. Het beroep op de faillissementspauliana ten aanzien van de verkoop van de voorraad is door de rechtbank

wél gehonoreerd. De rechtbank heeft daarbij overwogen dat de curator *niet* gehouden was primair teruggave van de voorraad te vorderen en heeft X veroordeeld tot betaling van € 24.392,23 te vermeerderen met wettelijke rente. De vorderingen van de curator uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid zijn door de rechtbank afgewezen, omdat de curator daarvoor onvoldoende heeft gesteld.

5. Zowel de curator als X, Y en HPS Beheer zijn tegen het vonnis in hoger beroep gegaan. In het hierna volgende ga ik in op het oordeel van het hof over de vorderingen van de curator in verband met (i) de verkoop van de inventaris op 2 januari 2012, (ii) de verkoop van de voorraad op 5 januari 2013, en (iii) de gestelde bestuurdersaansprakelijkheid. Ik beperk mij daarbij tot de meest in het oog springende rechtsoverwegingen.

*Verkoop van de inventaris op 2 januari 2012*

6. Een van de grieven van de curator in het principaal appel is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Braverte en HPS Beheer geen wetenschap van benadeling hadden zoals bedoeld in art. 42 Fw. Volgens de curator heeft de rechtbank op basis van de door hem gestelde feiten en omstandigheden ten onrechte geen wetenschap van benadeling aangenomen. Bij de bespreking van deze grief stelt het hof voorop dat deze niet is gericht tegen de door de rechtbank gehanteerde *norm*. Zowel de curator als de rechtbank zijn volgens het hof uitgegaan van de norm uit HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Uit dit arrest volgt dat van wetenschap van benadeling sprake is "indien ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijk waren te voorzien". Vervolgens merkt het hof op dat de curator zich bij de comparitie van partijen in het hoger beroep "voor het eerst op het standpunt [heeft] gesteld dat voor de wetenschap van benadeling *niet* vereist is dat ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin voorzienbaar waren" en de curator toen heeft gesteld dat "slechts de benadeling van crediteuren voorzienbaar [zou] moeten zijn". Volgens het hof is hier sprake van een gewijzigde stellingname die neerkomt op een nieuwe grief, hetgeen in strijd is met de zogenaamde "twee-conclusieregel" (zie HR 22 juni 2008, «JOR» 2008/260, m.nt. Borrius (*Willemsen/NOM*)).

en HR 19 juni 2009, *NJ* 2010/154, m.nt. Snijders (*Wertenbroek q.q./Van den Heuvel c.s.*). Ik vraag mij af of dit laatste juist is. De curator had immers uitdrukkelijk gegriefd tegen de overweging van de rechtbank dat geen sprake was van wetenschap van benadeling en had aangevoerd op grond van welke feiten die wetenschap volgens hem wél had moeten worden aangenomen.

Daarmee viel de desbetreffende overweging van de rechtbank binnen de grenzen van de rechtsstrijd in het hoger beroep. Het was niet nodig dat de curator daarbij nog uitdrukkelijk grieven formuleerde tegen de door de rechtbank gehanteerde norm. Het hof diende ambtshalve, op grond van art. 25 Rv, zelf de juiste norm toe te passen, zie Snijders, Klaassen en Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 257.

7. Voor wetenschap van benadeling zoals bedoeld in het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III is niet zonder meer vereist dat partijen een concreet zicht hadden op het faillissement van de schuldenaar, zie N.E.D. Faber, annotatie onder HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*); R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 75, p. 106-114 en R.M. Wibier, 'De faillissementspauliana. Proefschrift van mr. R.J. van der Weijden', *MvV* 2015/1, par. 3.3. Bij de vraag of in een concreet geval sprake is van een paulianeuze rechtshandeling, mag men niet uit het oog verliezen dat het steeds gaat om een afweging van belangen. In de eerste plaats het belang dat de benadeelde schuldeisers hebben bij het ongedaan maken van de benadeling. Daarnaast het belang dat de wederpartij van de schuldenaar heeft bij het mogen behouden van hetgeen zij op grond van de aangevochten rechtshandeling heeft ontvangen. De vraag welk belang in een concreet geval zwaarder weegt, wordt bij onverplicht verrichte rechtshandelingen beantwoord aan de hand van het vereiste van wetenschap van benadeling uit art. 42 Fw. Dit vereiste markeert de grens tussen de gevallen waarin de wederpartij van de schuldenaar uitsluitend met haar eigen belang rekening hoeft te houden, en de gevallen waarin zij zich bij haar handelen de belangen van de schuldeisers van haar wederpartij moet aantrekken (en dus van dit handelen moet afzien). Het fungeert dus als "maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij

de rechtshandeling betrokkenen" (zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, onder 30).

8. De vraag of de wederpartij van de schuldenaar bij de aangevochten rechtshandeling wetenschap van benadeling had zoals bedoeld in art. 42 Fw, zal dus steeds moeten worden vastgesteld aan de hand van de *concrete omstandigheden van het geval*, waaronder de aard van de rechtshandeling, de omvang van het nadeel, de aanleiding en het achterliggende doel van de transactie, de onderlinge relatie van partijen, etc. Daarbij *kan* van (doorslaggevend) belang zijn of partijen ten tijde van de aangevochten rechtshandeling een concreet zicht hadden op het faillissement van de schuldenaar, maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn. Zie hierover nader mijn later dit jaar te verschijnen bijdrage in het *Maandblad voor Vermogensrecht* over het vereiste van wetenschap van benadeling. Zie voor een recent voorbeeld waarin met een verwijzing naar de norm uit het arrest ABN AMRO/van Dooren q.q. III wetenschap van benadeling werd aangenomen op basis van *andere* feiten en omstandigheden dan de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar, Hof Den Haag 29 november 2016, «JOR» 2017/54, m.nt. Ortiz Aldana (*Spaa q.q./PARO*).

9. Overigens gaat het hof in het onderhavige arrest zelf in de fout met betrekking tot de norm voor wetenschap van benadeling. Het overweegt dat volgens hem ten tijde van de handeling "niet (...) te voorzien was dat een faillissement *onafwendbaar* was" (r.o. 4.10). Dat het hof hier is uitgegaan van een onjuiste norm kan worden afgeleid uit HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*). In de procedure die tot dit arrest heeft geleid, had het hof overwogen dat partijen "redelijkerwijs niet behoefden te begrijpen dat een faillissement onafwendbaar was en dat niet gezegd kon worden dat de reorganisatie gedoemd was te mislukken" (zie Hof Amsterdam 22 december 2015, «JOR» 2016/107, r.o. 3.8 en 3.10). Volgens de Hoge Raad is het hof daarmee van een onjuiste maatstaf uitgegaan (zie r.o. 3.3.2 van het arrest van de Hoge Raad).

*Verkoop van de voorraad op 5 januari 2013*

10. In de procedure in hoger beroep heeft X c.s. gesteld dat de verkoop van de voorraad niet tot benadeling van schuldeiser heeft geleid. Zijn betoog komt erop neer dat in de hypothetische

situatie waarin de vordering tot betaling van de koopsom *niet* zou zijn verrekend, maar de koopsom op de rekening van Braverte zou zijn gestort, Braverte de ontvangen koopsom zou hebben gebruikt om aan haar lopende verplichtingen te voldoen waardoor de schuldeisers van Braverte ook in dat geval achter het net zouden hebben gevist. X c.s. betwist derhalve dat sprake is van een *condicio sine qua non*-verband tussen aangevochten rechtshandeling en de benadeling van de schuldeisers.

11. Het lijkt erop alsof het hof met dit punt heeft geworsteld. Nadat het een korte samenvatting heeft gegeven van een aantal arresten van de Hoge Raad die zien op het benadelingsvereiste, overweegt het namelijk slechts dat de voorraad uit het vermogen van Braverte verdwenen is, de koopsom door middel van verrekening aan X c.s. is toegekomen, er geen gelijkwaardige verhaalsmogelijkheden voor in de plaats zijn gekomen, en er dus sprake is van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Het hof gaat echter niet in op het punt dat X c.s. probeert te maken, namelijk dat deze benadeling *ook* zou zijn ingetreden in de situatie waarin hij niet tot verrekening was overgegaan maar de koopsom op de rekening van Braverte had gestort (hetgeen volgens X c.s. zou meebrengen dat van een *condicio sine qua non*-verband geen sprake is).

12. Wat daarvan ook zij, het verweer van X c.s. had hem mijns inziens niet kunnen baten. In de eerste plaats gaat X c.s. bij de vergelijking die hij maakt tussen de situatie waarin de schuldeisers feitelijk verkeren als de handeling onaangetast blijft en de hypothetische situatie waarin zij zouden hebben verkeerdd zonder de gewraakte handeling (de toets uit HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*) uit van de verkeerde hypothetische situatie. Hij denkt in die situatie namelijk niet de door de curator aangevochten *koopovereenkomst* weg, maar uitsluitend de *verrekening* die na het sluiten van de koopovereenkomst heeft plaatsgevonden – en die als zodanig niet door de curator is bestreden – om vervolgens in te gaan op wat in *die* hypothetische situatie zou zijn gebeurd en wat voor gevolgen dit zou hebben gehad voor de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers.

13. Belangrijker nog is dat een dergelijk causaliteitsverweer naar mijn mening überhaupt niet zou moeten kunnen slagen. Stel bijvoorbeeld

dat een vennootschap in financiële moeilijkheden enkele weken vóór haar faillissement ten laste van het creditsaldo op haar bankrekening een niet-opeisbare schuld aan een van haar zustervenootschappen betaalt en de curator die betaling op grond van art. 42 Fw probeert te vernietigen. Kan die zustermaatschappij in dat geval vernietiging voorkomen door aannemelijk te maken dat in de hypothetische situatie waarin de aangevochten betaling niet zou zijn verricht, het creditsaldo zou zijn aangewend om opeisbare schulden te betalen en die betalingen niet op grond van art. 47 Fw hadden kunnen worden vernietigd? Het antwoord op deze vraag moet mijns inziens ontkennend luiden. Een belangrijke aanwijzing in die richting kan worden gevonden in het aansprakelijkheidsrecht. Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 1985, *NJ* 1986/356, m.nt. Scheltema (*Claas/Van Tongeren*), waarin wordt overwogen dat “het enkele feit dat een op onrechtmatige wijze toegebracht nadeel eveneens op een andere wijze toegebracht had kunnen worden die niet onrechtmatig geweest zou zijn, nog niet mee [brengt] dat dit nadeel niet meer kan gelden als te zijn veroorzaakt door de onrechtmatige gedraging die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan.”

14. Uiteindelijk komt ook het hof tot het oordeel dat met betrekking tot de verkoop van de voorraad aan alle vereisten van art. 42 Fw is voldaan. In tegenstelling tot de rechtbank overweegt het hof echter dat dit in beginsel betekent dat de desbetreffende voorraad door X aan de curator moet worden *teruggegeven*. Slechts indien X toerekenbaar tekort zou schieten in de nakoming van deze verbintenis tot teruggave heeft de curator overeenkomstig art. 6:74 e.v. BW recht op *schadevergoeding*. Dit oordeel lijkt mij juist, zie R.J. van der Weijden, t.a.p., p. 213. Volgens het hof moet het gaan om teruggave van *dezelfde* goederen en mag het niet gaan om vervangende, vergelijkbare goederen. In de literatuur is ook wel anderszins verdedigd, zie bijvoorbeeld M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Serie Recht en Praktijk, deel 99, Deventer: Kluwer 1997, p. 151 en F. Damsteegt-Molier, ‘Van realiteit naar reconstructie: een verkenning van de gevolgen van vernietiging van een rechtshandeling aan de hand van HR 12 april 2013’, *RvdW* 2013, 561; *MvV* 2013/9, p. 256.

15. Wenst de curator in een geval als het onderhavige in plaats van teruggave van het verkochte goed aan de boedel betaling aan de boedel van een geldbedrag, dan zal hij de koopovereenkomst in beginsel in stand moeten laten en een vordering uit onrechtmatige daad moeten instellen tegen de bij die overeenkomst betrokken partijen. In het verleden is door onder meer Faber verdedigd dat de curator daarnaast de mogelijkheid had via een beroep op art. 54 lid 1 Fw alsnog betaling van de koopsom te vorderen, zie N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 33, Deventer: Kluwer 2005, nr. 376. In deze redenering kwalificeert het sluiten van de koopovereenkomst door de schuldeiser als de “overneming” van een schuld op de schuldenaar, waardoor verrekening niet meer is toegestaan vanaf het moment dat de desbetreffende schuldeiser “niet te goeder trouw” is. Deze voor de curator in veel gevallen relatief aantrekkelijke route is inmiddels echter afgesloten door de Hoge Raad. In de arresten HR 21 juni 2013, «JOR» 2013/320, m.nt. Schuijling (*Eringa q.q./ABN AMRO*) en HR 10 juli 2015, «JOR» 2015/282, m.nt. NEDF (*Wemaro/De Bok q.q.*) heeft hij immers geoordeeld dat in een dergelijk geval van “overneming” in de zin van art. 54 lid 1 Fw geen sprake is.

#### *Schijn van kredietwaardigheid*

16. Tot slot nog een enkele opmerking over het verwijt van de curator dat X, Y en HPS Beheer de schijn van kredietwaardigheid zouden hebben gewekt. Volgens de curator zouden bepaalde partijen door die gewekte schijn overeenkomsten met Braverte zijn aangegaan, terwijl zij dat niet zouden hebben gedaan als die schijn niet zou zijn gewekt.

17. Het hof overweegt dat de curator zijn stellingen in dit verband onvoldoende heeft onderbouwd zodat voor bewijslevering geen plaats is, maar het hof had de curator ook niet-ontvankelijk kunnen verklaren. De schade van partijen die het gevolg is van het feit dat zij door een gewekte schijn van kredietwaardigheid schuldeiser zijn geworden van een vennootschap die geen verhaal biedt voor hun vordering, komt naar zijn aard niet voor ongedaanmaking via de boedel in aanmerking. Het gaat om zogeheten “specifieke schuldeisersbenadeling”. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat met betrekking tot dit type schuldeisersbenadeling in beginsel geen taak voor de curator van de

schuldenaar is weggelegd, zie bijvoorbeeld HR 16 september 2005, «JOR» 2006/52, m.nt. SCJJK (*De Bont/Bannenberq q.q.*) en HR 14 januari 2011, «JOR» 2011/343, m.nt. Biemans (*Butterman q.q./Rabobank*). Zie over het verschil tussen generieke schuldeisersbenadeling – het type schuldeisersbenadeling dat wél met de Peeters q.q./Gatzen-vordering en de faillissementspauliana kan worden bestreden – en specifieke schuldeisersbenadeling nader Van der Weijden, t.a.p., p. 60 t/m 66.

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

## 245

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem  
14 maart 2017, zaaknr. 200.166.772,  
ECLI:NL:GHARL:2017:2116  
(mr. Van der Pol, mr. Brand, mr. Heemskerck)  
Noot mr. F.B. Bosvelt

**Persoonlijke aansprakelijkheid curator. Curator heeft zonder toestemming verhuurder winkelruimte aan derde in gebruik gegeven na opzegging huurovereenkomst ex art. 39 Fw door verhuurder. Verwijzing naar HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips).**

[Fw art. 39; BW art. 6:162, 7:307]

*Vaststaat dat geïntimeerde als verhuurder de huur ex art. 39 Fw heeft opgezegd, waardoor de huurovereenkomst met de failliet per 30 november 2013 eindigde en de bedrijfsruimte tegen die datum moest zijn ontruimd. Vaststaat voorts dat de curator bedrijf 2 heeft toegelaten tot de winkelbedrijfsruimte en dat bedrijf 2 vanaf 14 oktober 2013 van de winkelbedrijfsruimte gebruik heeft gemaakt. De curator is, door het pand zonder toestemming van de verhuurder in gebruik of onderhuur te geven aan een derde, tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst van partijen.*

*In het onderhavige geval is, anders dan in HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips), geen sprake van een situatie waarin de curator een ruime mate van vrijheid heeft in de wijze waarop hij zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel uitvoert, maar is hij gebonden aan regels, in dit geval de rechten van geïntimeer-*