

WETENSCHAP

Ongewenste paulianadreiging voor redders in nood

T. Hekman & J. de Koning Gans

1 Inleiding

Het huidige economische klimaat brengt mee dat steeds meer ondernemingen in financieel zwaar weer komen te verkeren. In een poging een dreigend faillissement af te wenden, zal in veel gevallen met de huisbank worden gesproken over herfinanciering van de bedrijfsactiviteiten. Uiteraard zal de bank daarvoor veelal (aanvullende) zekerheden verlangen. Om uiteenlopende redenen kan de onderneming ondanks het nieuw verkregen krediet alsnog failleren. De bank zal dan doorgaans het vege lijf weten te redden door haar zekerheden uit te winnen. Voor de overige schuldeisers in het faillissement betekent dit echter dat er minder te verdelen overblijft. Anders gezegd: het mislukken van de reddingsoperatie leidt voor hen soms tot groter nadeel dan wanneer deze niet op touw was gezet.¹ De in het faillissement benoemde curator kan trachten dit nadeel weg te nemen door de verstrekte zekerheden te vernietigen met een beroep op de faillissementspauliana. Slaagt hij daarin, dan betekent dit dat de bank het kind van de rekening wordt.

Het voorgaande is uitgebreid aan de orde gekomen in een trilogie van arresten tussen de curator mr. Van Dooren en de ABN AMRO Bank. Eind 2009 heeft de Hoge Raad voor de (voorlopig) laatste maal arrest gewezen, deze uitspraak staat bekend als ABN AMRO/Van Dooren q.q. III.² De Hoge Raad formuleert hierin een maatstaf voor de ‘wetenschap van benadeling’, een van de vereisten voor het succesvol invoeren van de pauliana-actie.

Sinds ABN AMRO/Van Dooren q.q. III – zo blijkt uit recente lagere rechtspraak – lijkt de weg meer dan ooit open te liggen voor curatoren om zekerheden te vernietigen die verstrekt zijn in het kader van herfinancieringen kort voor het faillissement. In dit artikel gaan wij nader in op de vraag (1) in hoeverre de uitkomst van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III wenselijk is en (2) of de door de Hoge Raad in dit arrest geformuleerde maatstaf toepassing verdient bij bonafide reddingsoperaties door de bank.

1 Uiteraard geldt dit niet voor de schuldeisers die met behulp van het nieuw verkregen krediet zijn voldaan.

2 HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, JOR 2011/19 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III).

2 Korte schets van de pauliana bij kredietverstrekking

Aan ABN AMRO/Van Dooren q.q. III ligt de navolgende casus ten grondslag. De ABN AMRO Bank (hierna: de Bank) had L.G. Hendriks Beheer Cuijk B.V. (hierna: Hendriks Beheer) een rekening-courantkrediet verstrekt van f 8.000.000. Hiervoor kreeg de Bank een aantal zekerheden. Na verloop van tijd raakt Hendriks Beheer in moeilijkheden en klopt zij bij de Bank aan voor nadere financiering. De Bank is hiertoe bereid, mits zij hiervoor aanvullende zekerheden verkrijgt. Onder die condities verleent de Bank een extra krediet van f 1.000.000. Korte tijd later vraagt Hendriks Beheer surseance van betaling aan. Vervolgens wordt op verzoek van de bewindvoerder het faillissement van Hendriks Beheer uitgesproken. De curator en de Bank raken in een groot aantal procedures verwickeld omtrent de vraag of de aanvullende zekerheid voor de nadere kredietverlening vernietigd kan worden met een beroep op de pauliana. Na jaren procederen oordeelt de Hoge Raad in ABN AMRO/Van Dooren q.q. III in het nadeel van de Bank.

Voordat we nader ingaan op het oordeel van de Hoge Raad, geven we eerst een korte schets van de faillissementspauliana. De faillissementspauliana is kortgezegd een bevoegdheid van de curator om rechtshandelingen van de failliet die zijn schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden benadelen te vernietigen.³ Voor een succesvolle vernietiging moet worden voldaan aan een aantal vereisten dat staat opgesomd in artikel 42 lid 1 Faillissementswet (hierna: Fw). Voor de volledigheid hebben we de wettekst opgenomen:

Artikel 42 Fw

(1) De curator kan ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen.

Kort gezegd moet er sprake zijn van (I) een onverplichte rechtshandeling met als gevolg (II) benadeling van de schuldeisers en (III) wetenschap van die benadeling. Hoewel het in ABN AMRO/Van Dooren q.q. III gaat om het laatste element, is het voor ons betoog van belang ook kort in te gaan op de eerste twee elementen.

I. Onverplichte rechtshandeling

Kredietovereenkomsten zullen in de praktijk, net als tussen de Bank en Hendriks Beheer, veelal *onverplicht* zijn aangegaan. Om die reden wordt aan dit eerste vereiste in dit artikel geen nadere aandacht besteed. Ter voorkoming van misverstanden zij wel opgemerkt dat de verplichtheid van een rechtshandeling ziet op een juridische plicht om iets te doen c.q. een rechtshandeling te verrichten, niet op een economische plicht of noodzaak.⁴

3 Wessels, Insolventierecht III, 3^e druk, 2010, par. 3018.

4 Zie bijvoorbeeld HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Eneca/BACM).

II. *Benadeling van de schuldeisers*

De vraag of er sprake is van *benadeling* dient volgens de Hoge Raad beantwoord te worden door de situatie waarin de schuldeisers in faillissement feitelijk verkeren, te vergelijken met de hypothetische situatie waarin zij zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling.⁵ Er wordt algemeen aangenomen dat er drie verschijningsvormen zijn van benadeling van de schuldeisers.⁶ Zo kan er sprake zijn van zuivere vermogensvermindering, een verstoring van de in het faillissement geldende rangorde en het bemoeilijken van het verhaal.⁷

Wordt aanvullend krediet verstrekt, dan leidt dat niet tot een verandering in het saldo van het vermogen. Immers, voor de nieuwe schulden verkrijgt de inlener ook nieuw geld. Voor de nieuwe schulden zal wel zekerheid gesteld moeten worden. Ook deze zekerheidstelling leidt niet tot een verandering van het vermogen. Of er desondanks sprake is van benadeling kwam aan de orde in Van Dooren q.q./ABN AMRO II.⁸ In dit arrest bepaalt de Hoge Raad dat er sprake is van benadeling in de zin van artikel 42 Fw zodra de gezamenlijke schuldeisers door de gewraakte rechtshandeling geconfronteerd worden met een preferente schuldeiser of separatist in plaats van een concurrente schuldenaar; er is dan immers sprake van een verstoring van de normale rangorde geldend in faillissement.

Hoewel de verstrekking van zekerheden dus niet leidt tot zuivere vermogensvermindering, leidt dit wel tot een verstoring van de rangorde. De (gewone) faillissementsschuldeisers worden na faillissement immers geconfronteerd met een pand- of hypotheekhouder die zijn rechten kan uitoefenen alsof er geen faillissement was.⁹ In de praktijk zal er bij een reddingsoperatie vrij snel sprake zijn van de hiervoor geschetste benadeling. Dit zal alleen anders zijn in het uitzonderlijke geval dat een debiteur zich bij het betalen van zijn schuldeisers enkel laat leiden door de wettelijke rangorde van schuldeisers.¹⁰ Doorgaans zullen echter eerst die schuldeisers worden voldaan waarvan de onderneming afhankelijk is.

III. *Wetenschap van die benadeling*

Naast benadeling moet er zowel bij de bank als bij de schuldenaar sprake zijn van *wetenschap* van die benadeling.¹¹ Deze wetenschap ziet op twee elementen: wetenschap dat de rechtshandeling enig nadeel oplevert voor de overige schuldeisers.

5 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

6 G. van Dijk, Pauliana (Serie Monografieën BW deel B4), Deventer: Kluwer 2008, p. 33.

7 Er wordt bij de vaststelling van benadeling uitgegaan van de middellijke benadering. Dit houdt in dat er sprake moet zijn van benadeling op het moment dat de curator zich beroept op de vernietiging c.q. de rechter beslist over het beroep op de faillissementspauliana. Hierbij worden eventueel gunstige gevolgen meegenomen. Zie onder meer B. Wessels, Insolventierecht Gevolgen van faillietverklaring (2), Deventer: Kluwer 2010, nr. 3083.

8 HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457, JOR 2005/230 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

9 Artikel 57 Fw.

10 Zie ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, r.o. 3.3.

11 Kredietverstrekking betreft een rechtshandeling 'om baat', zodat ook wetenschap bij de wederpartij is vereist, artikel 42 lid 2 Fw. Tegenover de verlening van de zekerheid staat immers het verkrijgen van een lening. Bij rechtshandelingen 'om niet' hoeft door de curator alleen wetenschap bij de schuldenaar te worden aangetoond.

T. Hekman & J. de Koning Gans

sers en wetenschap van de penibele financiële situatie van de schuldenaar. Immers, benadeling van schuldeisers is pas te voorzien als ook is te voorzien dat de schuldenaar zijn schuldeisers geen verhaal kan bieden. Het wetenschaps criterium is in ABN AMRO/Van Dooren q.q. III tot op zekere hoogte geobjectiveerd; er hoeft geen sprake te zijn van een gesubjectieerd *weten*, maar van een geobjectiveerd *behoren te weten*.

De vraag of wetenschap bij de kredietverstrekker moet worden aangenomen wanneer deze tegen nieuwe zekerheden extra krediet verleent, staat centraal in het hierna te bespreken arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III.¹² In deel drie van de trilogie gaat het om de vraag in hoeverre de bank wetenschap had van de reeds vastgestelde benadeling. In het arrest ontwikkelt de Hoge Raad de volgende 'maatstaf'¹³ voor deze wetenschap:

*'... van wetenschap van benadeling in vorenbedoelde zin (van artikel 42 lid 2 Fw) sprake is indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.'*¹⁴

Voor het vaststellen van de vereiste wetenschap zal dus achteraf beoordeeld moeten worden of de bank, op het moment van de gewraakte handeling, het faillissement van de schuldenaar met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzag, althans had moeten voorzien. Of hiervan sprake is, zal vanzelfsprekend afhangen van de omstandigheden van het geval. In ABN AMRO/Van Dooren q.q. III loopt deze afweging niet goed af voor de Bank: de Bank had met redelijke mate van waarschijnlijkheid moeten voorzien dat Hendriks Beheer zou failleren. De aanvullende zekerheid werd vernietigd en de Bank mocht zich als concurrente schuldeiser melden bij Van Dooren.

3 Wetenschap bij reddingsoperaties

Als de onderneming ondanks de reddingsoperatie toch binnen afzienbare tijd faillert, dient zich de vraag aan in hoeverre de curator de verstrekte zekerheden kan vernietigen met een beroep op de pauliana. Meer in het bijzonder zal het dan gaan om de vraag of de kredietverstrekker het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid had moeten voorzien op het moment van de reddingsoperatie.

Volgen wij de lijn die door de Hoge Raad is ingezet, dan staat de curator met 1–0 voor. Hiervoor bespreken wij dat het wetenschapsvereiste uit twee elementen

12 HR 22 december 2009, NJ 2010, 273, JOR 2011/19 (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III).

13 In zijn noot bij het genoemde arrest in de JOR spreekt Faber naar onze mening terecht zijn verbazing uit over het gebruik van het woord maatstaf. Aangezien de Hoge Raad zelf spreekt over maatstaf, zullen wij deze benaming in de rest van dit artikel aanhouden.

14 ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, r.o. 3.7.

bestaat. Worden zekerheden aan de bank verleend, dan staat vast dat aan het eerste element, *wetenschap van benadeling*, wordt voldaan. Dit volgt uit Van Dooren q.q./ABN AMRO II. Maar ook aan het tweede element, *wetenschap van de peribele situatie*, lijkt per definitie te worden voldaan. Immers, de bank wist als insider bij de reddingsoperatie dat er sprake was van een bepaald faillissementsrisico. Dit kan als volgt worden toegelicht. In de levensloop van een onderneming die gefailleerd is, is altijd een 'breekpunt' aan te geven. Dit breekpunt is het moment waarop rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid van een faillissement. Wanneer sprake is van dit breekpunt, is vanzelfsprekend afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een reddingsoperatie zal echter naar haar aard plaatshebben na het breekpunt. De onderneming dient immers met behulp van (aanvullend) krediet geherstructureerd te worden om een faillissement af te wenden.¹⁵

De wetenschap van benadeling lijkt, kortom, bij voorbaat al gegeven. Het lijkt er dus op dat de bewijslast voor (het ontbreken van) de wetenschap als het ware wordt omgekeerd; de bank zal moeten aantonen dat zij met haar reddingsoperatie het risico op een faillissement dusdanig heeft afgewend dat de onderneming in de situatie van vóór het breekpunt gebracht is.

Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat financiële herstructureringen, waarbij een bank wordt benaderd (aanvullend) krediet te verstrekken, per definitie in de risicosfeer van de pauliana liggen. We stelden immers eerder al vast dat bij het verstrekken van krediet ook wordt voldaan aan de overige twee vereisten van *onverplichtheid* en *benadeling*. Een bank zal bij de verlening van het krediet daarom ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheden van een latere vernietiging van haar zekerheden.

4 Eerste rechtspraak na ABN AMRO/Van Dooren q.q. III

Zoals we zagen in ABN AMRO/Van Dooren III laat de Hoge Raad de mogelijkheid open voor curatoren om banken die zekerheden hebben verkregen bij reddingsoperaties het leven zuur te maken. Belangrijk is vanzelfsprekend de uitleg die aan de lijn van de Hoge Raad wordt gegeven in de lagere rechtspraak. Want hoewel het oordeel wel enige richting geeft, blijft er veel ruimte voor nadere invulling. Hierna worden enkele uitspraken behandeld van lagere rechters waarin wordt voortgeborduurd op ABN AMRO/Van Dooren q.q. III.¹⁶

Rechtbank Utrecht 26 mei 2010, LJN: BM5693

Een van de eerste uitspraken waarin wordt gerefereerd aan de maatstaf van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III, is een uitspraak van de Rechtbank Utrecht. Het gaat

15 Deze benadering ontlenen wij aan B. Vermue, *Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*, Tvl, 2011, 2, 39-47.

16 Daarbij maken wij dankbaar gebruik van het gegeven rechtspraakoverzicht in M.M.S. ter Beek-Ehren en F.J. Laagland, *Voorziet de Ontvanger minder snel een faillissement dan een bank?!*, FIP 2011/7, p. 188-193.

T. Hekman & J. de Koning Gans

daarbij overigens niet om een reddingsoperatie, maar om het verlenen van krediet aan een natuurlijk persoon. De rechtbank overweegt dat het feit dat de kredietverstrekker voorafgaand aan de gewraakte rechtshandeling geen onderzoek heeft gedaan naar de crediteurenpositie van de schuldenaar van belang is voor de vraag of sprake is van wetenschap van benadeling bij die kredietverstrekker. In samenhang met de andere relevante omstandigheden komt de rechtbank tot die (geobjectiveerde) wetenschap. Hieruit lijkt te volgen dat een kredietverstrekker dus een bepaald onderzoek zal moeten verrichten naar de financiële situatie van de schuldenaar, wil die kredietverstrekker later kunnen betogen dat hij geen wetenschap had (moeten hebben) van eventuele benadeling.

Rechtbank Amsterdam 23 maart 2011, JOR 2011/270

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam wordt expliciet melding gemaakt van de maatstaf van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III. In deze kwestie is de kredietverstrekker tevens meerderheidsaandeelhouder. In die hoedanigheid is de kredietverstrekker aanwezig bij tweewekelijkse vergaderingen waarin de financiële situatie van de latere failliet werd besproken. Om die reden neemt de rechtbank aan dat de kredietverstrekker volledig op de hoogte was van de gang van zaken en om die reden ook wetenschap van benadeling had.

Rechtbank Rotterdam 22 februari 2012, LJN: BV6783

Het gaat in deze zaak om een dispuut tussen de curator van de Stichting Ontwikkelingsmaatschappij IJsselmonde ('OMIJ') en de Stichting Woonbron ('Woonbron'). OMIJ kampt al geruime tijd met betalingsproblemen, maar wordt overeind gehouden door de gemeente Rotterdam. Sinds 2007 praat ook Woonbron mee met de gemeente Rotterdam en OMIJ. Woonbron is aangezocht OMIJ van bepaalde werkzaamheden te voorzien, zodat de gemeente Rotterdam niet langer eenmalige subsidies aan OMIJ hoeft te verstrekken om haar continuïteit te waarborgen.

Uitkomst van deze besprekingen is onder meer dat Woonbron het kantoorpand van OMIJ zal kopen voor € 900.000. Gezien de grote liquiditeitsproblemen bij OMIJ, besluit Woonbron hangende de verkoop reeds € 900.000 uit te lenen aan OMIJ. Op 26 november 2008 wordt in dit kader een recht van hypotheek op het kantoorpand van OMIJ verstrekt aan Woonbron ter zekerheid van die lening.

Op 17 december 2009 wordt OMIJ door de Rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard. Er ontstaat vervolgens een discussie tussen de curator en Woonbron ten aanzien van de rechtsgeldigheid van het recht van hypotheek op het kantoorpand. Door middel van een buitengerechtelijke verklaring roept de curator op 22 maart 2011 de vernietigbaarheid in van dit recht van hypotheek. Woonbron berust niet in deze ingeroepen vernietiging en brengt de kwestie voor de rechter.

De rechtbank constateert dat er sprake is van een onverplichte rechtshandeling en dat er sprake is van benadeling van de schuldeisers in de zin van ABN AMRO/Van Dooren q.q. II. Vervolgens behandelt de rechtbank de vraag of Woonbron ook

wetenschap had van de benadeling van de schuldeisers. De rechtbank neemt aan dat uit de omstandigheden genoegzaam blijkt dat Woonbron op de hoogte was van de financiële problemen bij OMIJ. De reden voor de lening was immers het feit dat OMIJ zich in zwaar weer bevond. Woonbron kan zich dan achteraf niet op het standpunt stellen dat zij hiervan niet volledig op de hoogte was. Dit lijkt ons overigens een geheel logische gedachte. Deze gedachte zal bij een kredietverstrekking aan een bedrijf in moeilijkheden altijd aanwezig zijn.

Aldus komt de rechtbank tot de conclusie dat Woonbron op de hoogte was van de financiële problemen bij OMIJ en dat Woonbron er niet van uit mocht gaan dat de gemeente OMIJ wel overeind zou houden. Voor deze laatste gedachte vindt de rechtbank voornamelijk steun in het feit dat de gemeente in 2008 niet bereid was een eenmalige subsidie te verstrekken en juist om die reden contact had gezocht met Woonbron. Om die reden had Woonbron het faillissement van OMIJ en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid moeten voorzien.

Deze eerste uitspraken waarin de maatstaf van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III doorklinkt, lijken te bevestigen wat wij al eerder opmerkten: de bijzondere positie van kredietverstrekking aan bedrijven in moeilijkheden brengt mee dat de bewijslast voor (het ontbreken van) de wetenschap als het ware wordt omgekeerd. De kredietverstrekker zal moeten aantonen dat hij met zijn reddingsoperatie het risico op een faillissement had kunnen afwenden.

5 Ongewenste paulianadreiging

We stelden hiervoor al vast dat de overwegingen van de Hoge Raad in ABN AMRO/Van Dooren q.q. III zo kunnen worden uitgelegd dat er (de facto) sprake is van een omkering van de bewijslast ten aanzien van de *wetenschap van benadeling*. De bank zal in geval van een reddingsoperatie namelijk per definitie wetenschap hebben van een faillissementsrisico. Onze eerste indruk is dat de lagere rechtspraak deze lijn lijkt te volgen. Consequentie daarvan is dat een curator na het mislukken van een reddingsoperatie in feite alleen hoeft te stellen dat er sprake is van wetenschap van de bank. Er zijn onzes inziens goede argumenten aan te dragen waarom de door de rechtspraak ingeslagen weg onwenselijk is.

Uitgangspunt: bonafide handelen bij reddingsoperatie

Een belangrijke reden af te zien van een omkering van de bewijslast is dat moet worden uitgegaan van bonafide handelen van de bank. Het feit dat een reddingsoperatie mislukt, doet hier op zichzelf niets aan af.¹⁷ Een reddingsoperatie is – onder normale omstandigheden – gebaseerd op een plan dat gericht is op het weer gezond maken van de onderneming. Dit plan zal onzes inziens in ieder geval moeten bestaan uit een liquiditeitsprognose en een exploitatiebegroting, beide gestoeld op reële uitgangspunten. Een bank zal immers doorgaans pas akkoord

17 Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper onder 16. bij HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (Van Emden q.q./Rabobank).

T. Hekman & J. de Koning Gans

gaan met een extra kredietverlening wanneer zij ervan overtuigd is dat het reddingsplan uitvoerbaar is. Het is ook in het belang van de bank dat een reddingsoperatie slaagt en de onderneming weer gezond wordt. Hoe 'zeker' – en waardevol – de zekerheden van de bank zijn, valt – zeker in tijden van economische crisis – nog te bezien. Dat door de bank zekerheden worden verlangd, doet niet af aan het bonafide karakter van een reddingsoperatie en sluit overigens aan bij het gebruikelijke principe dat bestaande oude schulden worden achtergesteld bij 'nieuw geld'. Mede om die reden achten wij het recht van voorrang van de bank, zeker bij een bedrijf in moeilijkheden, gelegitimeerd.

Negatieve uitwerking op het handelsverkeer

Het spreekt voor zich dat hoe groter het paulianarisco is dat een bank loopt bij het verstrekken van aanvullend krediet, hoe minder zij bereid zal zijn hieraan mee te werken. Daar komt bij dat de bereidheid van banken krediet te verschaffen als gevolg van de huidige economische neergang sowieso al flink is afgenomen, dit terwijl adequate financiering van ondernemingen cruciaal is voor de Nederlandse economie. Dat geldt zeker ook voor kredietverschaffing aan ondernemingen die het lastig hebben. Is de bank niet bereid extra krediet te verschaffen, dan rest de onderneming doorgaans niets anders dan een surseance- of faillissementsaanvraag. Dat een herstructurering valt te prefereren, moge duidelijk zijn. In de praktijk blijkt immers dat doorstarten vanuit surseance of faillissement minder vaak tot successen leidt dan men zou hopen.¹⁸

Positie van de bank

De bank verkeert na ABN AMRO/Van Dooren q.q. III in een lastig parket.¹⁹ Daar waar de pauliana loert bij voortzetting van de kredietrelatie, is ook het opzeggen van de kredietovereenkomst niet zonder risico's.²⁰ De bank zal doorgaans de contractuele mogelijkheid hebben de kredietovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen zodra een onderneming niet meer voldoet aan haar (rente)verplichtingen. Uit de rechtspraak volgt echter dat de kredietopzegging pas rechtsgeldig is wanneer zij in redelijkheid en na een zorgvuldige belangenafweging tot stand is gekomen.²¹ Dit houdt verband met het feit dat op banken – uit hoofde van hun maatschappelijke functie – een zorgplicht rust. Wordt in strijd hiermee opgezegd, bijvoorbeeld omdat de kredietnemer te weinig tijd is gegeven een andere financier

18 In slechts 6,85% van de faillissementen is er sprake van een doorstart, terwijl de informele reorganisaties een succespercentage hebben dat loopt van 48 tot 61. Zie A.M.J.G. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 229 e.v., en A.P.K. Luttkhuis, *Corporate recovery, De weg naar effectief insolventierecht*, Tilburg: 2007 (www.corporate-recovery.org).

19 Dit wordt ook expliciet onderkend door A-G Huydecoper in zijn conclusie onder 17-18 bij HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (Van Emden q.q./Rabobank).

20 Bij voortzetting van de kredietrelatie speelt bovendien dat daarmee mogelijk de schijn van kredietwaardigheid wordt opgewekt. Dit kan onrechtmatig handelen van de bank opleveren jegens de overige crediteuren. Zie HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 ('Erba'); Rb. Breda 25 januari 2006, JOR 2006/89.

21 Zie o.a. Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003/267.

te zoeken, dan kan dat tot aansprakelijkheid van de bank leiden.²² Voorgaande zet de bank voor een lastige keuze: opzeggen of voortzetten. Daarbij zal het voorkomen dat de juiste keuze niet te maken is.

Breuk met het verleden

Ook lijkt de Hoge Raad in ABN AMRO/Van Dooren q.q. III de oorspronkelijk gedachte van de pauliana uit het oog te hebben verloren. De rechtsfiguur die wij heden ten dage kennen als de actio Pauliana stamt uit het Justiniaanse recht.²³ Deze vloeit voort uit mogelijkheden in het oudere Romeinse recht die schuldeisers hadden om op te komen tegen benadelende handelingen van schuldenaren. In de *Corpus Iuris Civilis*²⁴ wordt de rechtsfiguur die nu door het leven gaat als de actio Pauliana aangeduid met de term *actio revocatoria*.²⁵ Voor een beroep op deze rechtsfiguur was vereist dat er sprake was van een zekere opzet, *dolus*, bij de schuldenaar bij het benadelen van de overige schuldeisers. De wederpartij van de schuldenaar zal geweten moeten hebben dat deze *dolus* aanwezig was. Door de eis van wetenschap van benadeling verder te juridiseren, lijkt de huidige maatstaf dit element van opzet geheel uit het oog te zijn verloren.

6 Toepasselijkheid pauliana bij bonafide reddingsoperaties

Uit ABN AMRO/Van Dooren q.q. III en de daarop volgende lagere rechtspraak lijkt te volgen dat *wetenschap van benadeling* snel wordt aangenomen bij een reddingsoperatie door de bank. Omdat bij kredietverstrekking tegen zekerheden ook wordt voldaan aan de overige vereisten van *onverplichtheid* en *benadeling*, dreigt voor de bank een serieus paulianarischo. Een bevestiging daarvan vinden we in recente lagere rechtspraak. Zoals hiervoor betoogd, menen wij dat de door de rechtspraak ingeslagen weg onwenselijk is. Los daarvan bestaan er goede redenen waarom de pauliana, dan wel de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, geen toepassing zou moeten vinden bij (bonafide) reddingsoperaties door de bank.

Toepasselijkheid rechtsfiguur pauliana

Zoals gezegd dient bij een reddingsoperatie te worden uitgegaan van bonafide handelen van de bank. In aansluiting daarop menen wij dat de aard van het samenstel van rechtshandelingen bij een reddingsoperatie zich verzet tegen de rechtsfiguur van de pauliana. Het doel van zowel de onderneming als de bank is immers het latere faillissement af te wenden. Om die reden zou goed betoogd kunnen worden de maatstaf van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III op zichzelf

22 Zie bijvoorbeeld Rb. Assen 31 augustus 2005, JOR 2005/285.

23 J.A. Ankum, *Geschiedenis der 'actio Pauliana'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 99.

24 In de zesde eeuw na Christus heeft de toenmalige keizer van het Oost-Romeinse rijk, keizer Justinianus, zijn rechtsgeleerden de opdracht gegeven om de op dat moment geldende rechtsregels te vatten in één wetboek. Deze omvangrijke opdracht heeft geleid tot de *Corpus Iuris Civilis*. Dit boekwerk heeft eeuwen daarna als bron gediend voor rechtsgeleerden en wetgevers. Ook het huidige Nederlandse recht is voor een deel gebaseerd op dit wetboek.

25 Ankum a.w., p. 99.

intact te laten, maar aan te nemen dat de aard van een bonafide reddingsoperatie zich verzet tegen toepassing van de pauliana. Met Wessels zijn wij dan ook van mening dat differentiatie naar aard en inhoud van de rechtshandeling hier op haar plaats is.²⁶ Voor deze opvatting vinden wij ook steun in de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (Van Emden q.q./Rabobank):

16. (Al te) strikte uitleg van het vereiste van wetenschap van benadeling zou daarom financiering van in moeilijkheden verkerende rechtsgenoten – en zelfs een wezenlijk deel van financieringen in het algemeen – bloot stellen aan het risico van een succesvol beroep op de ‘pauliana’. Dat is, nog afgezien van de vergaande en voorshands als onwenselijk toeschijnende maatschappelijke consequenties, niet wat met dit rechtsinstituut beoogd wordt.

In afwijking van het voorgaande moet een curator uiteraard wel een beroep kunnen doen op de pauliana, wanneer hij erin slaagt aan te tonen dat sprake is van een malafide reddingsoperatie. Het voorgaande zal leiden tot een meer gerichte toepassing van de pauliana, waarbij de praktijk gebaat is.

Toepasselijkheid maatstaf ABN AMRO/Van Dooren q.q. III

Het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan ABN AMRO/Van Dooren q.q. III geeft grond aan te nemen dat de door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf zich niet leent voor een ‘gangbare’ reddingsoperatie, althans niet zo mag worden uitgelegd dat dit leidt tot een omkering van de bewijslast in het nadeel van de bank.

In ABN AMRO/Van Dooren q.q. III had de Bank onvoldoende onderzoek gedaan naar de kans van slagen van het reddingsplan.²⁷ Verder bleek uit een interne notitie van Hendriks Beheer dat het vertrouwen van de huisbank ontbrak wegens het ontbreken van toereikende financiële gegevens.²⁸ Doet een bank haar huiswerk goed, dan zal zij – ook in haar eigen belang – een gedegen dossier hebben opgebouwd en slechts instemmen met een reddingsplan wanneer zij ook zelf overtuigd is van de haalbaarheid daarvan.

Een ander heikel punt is dat Hendriks Beheer zeer kort na de ‘reddingsoperatie’ failliede. Dit pleit er uiteraard niet voor dat de bank er op basis van het reddingsplan op mocht vertrouwen dat de onderneming levensvatbaar zou zijn. Zeker wanneer er meer tijd ligt tussen de extra kredietverstrekking en het faillissement is dit – a contrario – een aanwijzing de bewijslast van wetenschap op de curator te laten rusten.

Tot slot werden de zekerheden in de casus ABN AMRO/Van Dooren q.q. III niet alleen verstrekt voor het nieuwe krediet, maar ook voor de al bestaande schuld.²⁹

26 B. Wessels, Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering, VvA 2007/2, p. 55-78.

27 Zo valt af te leiden uit r.o. 3.10 en de overwegingen 5-13 van het gerechtshof.

28 Deze ‘quick scan’ was anderhalve maand voor faillissement opgesteld door de bestuurder van Hendriks Beheer, zo valt af te leiden uit r.o. 5 van het gerechtshof.

29 Zie r.o. 3.6.

Daardoor viel de zekerheidsverstrekking onder het bereik van het wettelijke bewijsvermoeden van artikel 43 Fw.³⁰ Dat verklaart mede waarom het in dit specifieke geval aan ABN AMRO was te bewijzen dat zij geen wetenschap van benadeling had. Worden door de bank uitsluitend zekerheden verkregen voor het nieuw verstrekte krediet, dan menen wij dat het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw toepassing mist, en zal de curator moeten stellen en bewijzen.³¹

7 Conclusie

In dit artikel onderzochten wij in hoeverre de uitkomst van AMRO/Van Dooren q.q. III wenselijk is en of de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf toepassing verdient bij bonafide reddingsoperaties door de bank. Omdat de bank als insider bij een reddingsactie altijd op de hoogte is van een bepaald faillissementsrisico, lijkt bij voorbaat te worden voldaan aan de vereiste wetenschap van benadeling. Hierdoor wordt de bewijslast voor (het ontbreken van) de wetenschap als het ware omgekeerd; de bank zal moeten aantonen dat zij met haar reddingsoperatie het risico op een faillissement had kunnen afwenden. De eerste uitspraken waarin de maatstaf van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III doorklinkt, lijken dit ook te bevestigen.

De door de rechtspraak na AMRO/Van Dooren q.q. III ingeslagen weg achten wij onwenselijk. Allereerst moet bij een reddingsoperatie worden uitgegaan van bonafide handelen van de bank. Een (de facto) omkering van de bewijslast is daarom niet op haar plaats. Het feit dat de reddingsoperatie mislukt, doet hier op zichzelf niets aan af. Verder heeft een vergroting van het paulianarisico een negatieve uitwerking op het handelsverkeer nu de bereidheid van banken aanvullende financiering te verlenen logischerwijs zal afnemen. Ten slotte is de bank na ABN AMRO/Van Dooren q.q. III in een lastig parket komen te verkeren, aangezien aan zowel voortzetting als opzegging van de kredietrelatie aansprakelijkheidsrisico's zijn verbonden.

Er bestaan goede redenen waarom de pauliana, dan wel de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, geen toepassing zou moeten vinden bij bonafide reddingsoperaties door de bank. Zo menen wij dat de aard van het samenstel van rechtshandelingen bij een reddingsoperatie zich verzet tegen de rechtsfiguur van de pauliana. Het doel van zowel de noodlijdende onderneming als de bank is immers om het latere faillissement af te wenden. Voorts geeft ook het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan ABN AMRO/Van Dooren q.q. III grond aan te nemen dat de door de Hoge Raad gehanteerde maatstaf zich niet leent voor een 'gangbare' reddingsoperatie, althans niet zo mag worden uitgelegd dat dit leidt tot een omkering van de bewijslast in het nadeel van de bank.

30 Wetenschap van benadeling wordt volgens deze bepaling vermoed wanneer er sprake is van het onverplicht verstrekken van zekerheid voor een niet-opeisbare schuld binnen een jaar voor faillissement. De oude schuld was niet-opeisbaar omdat de bank de bestaande kredietovereenkomst had voortgezet.

31 Zo ook Faber in zijn noot bij Gerechtshof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008, 141.

T. Hekman & J. de Koning Gans

Al met al lijkt de bank zich na ABN AMRO/Van Dooren q.q. III in lastig vaarwater te begeven op het moment dat een relatie zich aandient met het verzoek tot nadere financiering. Wij menen dat het, gelet op het huidige economische klimaat, goed zou zijn als de bank zich bij een financieringsaanvraag niet bij voorbaat zorgen hoeft te maken over latere paulianaristico's, maar een bedrijfseconomische afweging kan maken. Zo kunnen banken voor ondernemers weer fungeren als bakens in de financiële storm.