

JOR 2017/70 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem, 17-05-2016, 200.158.107, ECLI:NL:GHARL:2016:6027 Faillissementspauliana, Huurontbindingsovereenkomst, Samenstel van transacties van beëindiging van huur en verkoop van inventaris aan verhuurder, waarbij achterstallige huurtermijnen worden verrekend met koopsom, Geen benadeling van schuldeisers, Verwijzing naar HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.) en HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (Curatoren Air Holland/Air Holland Finance c.s.)

Wetsbepaling(en):

FW artikel 42

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHARL:2016:6027, INS-Updates.nl 2016-0300



Aflevering 2017 afl. 3
Rubriek Financiering, zekerheden en insolventie
College Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
Datum 17 mei 2016
Rolnummer 200.158.107
Rechter(s) mr. Wattel
mr. Croes
mr. Van Dijk
Mr. S.W. Vos, in zijn hoedanigheid van X,
appellant,
advocaat: mr. P.F. Schepel,
Partijen tegen
Heineken Nederland BV te Amsterdam,
geïntimeerde,
advocaat: mr. S.M. van der Zwan.
Noot *mr. H.J. School*
Faillissementspauliana, Huurontbindingsovereenkomst, Samenstel van transacties van beëindiging van huur en verkoop van inventaris aan verhuurder, waarbij achterstallige
Trefwoorden huurtermijnen worden verrekend met koopsom, Geen benadeling van schuldeisers,
Verwijzing naar HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.) en HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (Curatoren Air Holland/Air Holland Finance c.s.)
Regelgeving Fw - 42

JOR 2017/70 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem, 17-05-2016, 200.158.107, ECLI:NL:GHARL:2016:6027 Faillissementspauliana, Huurontbindingsovereenkomst, Samenstel van transacties van beëindiging van huur en verkoop van inventaris aan verhuurder, waarbij achterstallige huurtermijnen worden verrekend met koopsom, Geen benadeling van schuldeisers, Verwijzing naar HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.) en HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (Curatoren Air Holland/Air Holland Finance c.s.)

Aan de orde is de vraag of de curator op goede grond de huurontbindingsovereenkomst tussen appellante en gefailleerde heeft vernietigd. Bij de beantwoording van die vraag staat het volgende voorop. De huurontbindingsovereenkomst dient te worden beschouwd als een samenstel van transacties waarbij duidelijk is dat appellante niet zou hebben ingestemd met beëindiging van de huurovereenkomst per 25 januari 2013 als er niet tevens een mogelijkheid zou worden gecreëerd waardoor de vordering van appellante ter zake van achterstallige huurpenningen (voor een groot deel) zou kunnen worden voldaan, in dit geval in de vorm van een koopovereenkomst ten aanzien van de in het gehuurde aanwezige inventaris en met verrekening van de door appellante aldus verschuldigde koopprijs. In een dergelijke situatie moet bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van nadeel het totale effect van dat samenstel van transacties in aanmerking worden genomen (zie HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (Curatoren Air Holland/Air Holland Finance c.s.)). De vraag of benadeling aanwezig is op het moment waarop de rechter over de vordering beslist, 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 handeling onaangetast blijft (HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.)). Bij de beantwoording van de vraag of de huurontbindingsovereenkomst in zijn geheel benadeling van de schuldeisers tot gevolg heeft, dient bezien te worden, welke situatie zou zijn ontstaan indien de huurontbindingsovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen. De situatie waarin de schuldeisers feitelijk verkeren als de huurontbindingsovereenkomst onaangetast blijft, is dat tegenover de vermindering van de activa wegens de verkoop van de bedrijfsinventaris een overboeking van een bedrag van € 5.390,74 door appellante aan gefailleerde heeft gestaan en dat een huurschuld van gefailleerde niet meer tot de passiva behoort. Per saldo hield gefailleerde aan de huurontbindingsovereenkomst dus € 5.390,74 over. Als gevolg van de huurontbindingsovereenkomst is niet alleen de bestaande huurschuld voldaan en nog een bedrag van € 5.390,74 aan gefailleerde ten goede gekomen, maar zijn ook de bij een faillissement te verwachten boedelschuld van € 9.784,68 exclusief BTW (huur over drie maanden opzegtermijn, zie art. 39 Fw) en bijkomende kosten vermeden. Dat maakt dat van benadeling pas sprake is, als aannemelijk zou zijn dat (in het meest waarschijnlijke geval wanneer de huurontbindingsovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen) de inventaris bij een verkoop in faillissement ruimschoots meer dan € 15.175,42 zou hebben opgeleverd. Pas dan zouden de gezamenlijke schuldeisers immers beter af zijn geweest als de huurontbindingsovereenkomst achterwege was gebleven. Dat dit het geval is, is niet aannemelijk. Er kan daarom niet worden aangenomen dat de schuldeisers van gefailleerde zijn benadeeld door de huurontbindingsovereenkomst, in die zin dat zij daardoor werkelijk in hun verhaalsmogelijkheden blijken te zijn beperkt.

beslissing/besluit

Uitspraak

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1. Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 10 februari 2015 hier over, met dien verstande dat waar onder 2.1 is vermeld “De curator” moet worden gelezen “De vorige curator”. De vorige curator en de curator worden hierna beiden “de curator” genoemd.

1.2. Het verdere verloop blijkt uit:

- het proces-verbaal van de comparitie van partijen op 13 maart 2015,
- de memorie van grieven tevens houdende vermeerdereiding van eis (met producties),
- de memorie van antwoord (met een productie).

1.3. Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.10 van het vonnis van 24 juni 2014.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1. Het geschil tussen partijen gaat, kort gezegd, over het volgende. Heineken als verhuurder en [gefaillieerde] als huurder hebben op 13 januari 2012 een huurovereenkomst betreffende een bedrijfspand gesloten met verplichting voor [gefaillieerde] tot drankafname bij Heineken. Zij hebben daarbij een bruikleenovereenkomst gesloten op grond waarvan Heineken aan [gefaillieerde] apparatuur in bruikleen heeft gegeven. Nadat [gefaillieerde] een achterstand in de betaling van de huur had laten ontstaan (van € 20.543,36 over de periode tot en met januari 2013), hebben Heineken en [gefaillieerde] op 25 januari 2013 een zogenoemde huurontbindingsovereenkomst gesloten. Heineken en [gefaillieerde] hebben uitvoering gegeven aan de huurontbindingsovereenkomst. [gefaillieerde] is op 5 juni 2013 failliet verklaard. De curator in het faillissement van [gefaillieerde] (hierna: de curator) heeft bij brief van 17 juli 2013 aan Heineken onder meer de vernietigbaarheid van de huurontbindingsovereenkomst ingeroepen. De curator heeft vervolgens in eerste aanleg jegens Heineken op verschillende grondslagen enkele vorderingen ingesteld. Heineken heeft de vorderingen bestreden. De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen van de curator afgewezen, met veroordeling van de curator in de proceskosten.

3.2. In hoger beroep heeft de curator zijn eis veranderd, aldus dat hij vordert, kort gezegd, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en, opnieuw recht doende:

I. voor recht zal verklaren dat de curator terecht en op goede gronden de huurontbindingsovereenkomst tussen Heineken en [gefaillieerde] heeft vernietigd, althans deze overeenkomst zelf zal vernietigen;

en voorts bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad,

II. Heineken zal veroordelen tegen kwijting aan de curator te betalen een bedrag van € 26.000,--, vermeerderd met de wettelijke rente daarover;

III. Heineken zal veroordelen tegen kwijting aan de curator te betalen een bedrag van € 1.675,--, vermeerderd met de wettelijke rente daarover;

IV. Heineken zal veroordelen in de proceskosten in beide instanties, te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente.

Aan die eis heeft de curator (nog slechts) een beroep op de faillissementspauliana ten grondslag gelegd (artikel 42 gelezen in verband met artikel 49 van de Faillissementswet (Fw)), zo begrijpt het hof. De in eerste aanleg genoemde grondslagen van de eis van de onbevoegde en onrechtmatige verrekening door Heineken zijn in hoger beroep niet meer aan de orde.

Heineken heeft tegen de verandering van eis bezwaar gemaakt. Anders dan Heineken is het hof echter van oordeel dat de verandering van eis niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde en dat aan het bezwaar van Heineken (kort gezegd dat de curator in hoger beroep een geheel andere invulling aan de gestelde benadeling geeft dan in eerste aanleg) moet worden voorbijgegaan. Het staat de curator in beginsel immers vrij om de feitelijke of juridische gronden van zijn vordering in hoger beroep te wijzigen. Het hof ziet niet in dat door de onderhavige wijziging de verdediging van Heineken onredelijk wordt bemoeilijkt, zoals Heineken stelt. Het hof zal dan ook recht doen op de veranderde eis.

3.3. Aan de orde is de vraag of de curator op goede grond de huurontbindingsovereenkomst tussen Heineken en [gefaillieerde] heeft vernietigd. Bij de beantwoording van die vraag stelt het hof het volgende voorop. Ingevolge artikel 42 lid 1 Fw kan de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar (in dit geval: [gefaillieerde]) 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. Ingevolge artikel 42 lid 2 Fw kan, voor zover hier van belang, een meezijdige rechtshandeling anders dan om niet (in dit geval: de huurontbindingsovereenkomst) wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte (in dit geval: Heineken), wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

De kantonrechter heeft onbestreden geoordeeld dat de huurontbindingsovereenkomst dient te worden beschouwd als een samenstel van transacties waarbij duidelijk is dat Heineken niet zou hebben ingestemd met beëindiging van de huurovereenkomst per 25 januari 2013 als er niet tevens een mogelijkheid zou worden gecreëerd waardoor de vordering van Heineken ter zake van achterstallige huurpenningen (voor een groot deel) zou kunnen worden voldaan, in dit geval in de vorm van een koopovereenkomst ten aanzien van de in het gehuurde aanwezige inventaris en met verrekening van de door Heineken aldus verschuldigde koopprijs. De kantonrechter heeft ook onbestreden geoordeeld (met een verwijzing naar

HR 19 december 2008, («JOR» 2009/172; *red.*), ECLI:NL:HR:2008:BG1117) dat in een dergelijke situatie bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van nadeel het totale effect van dat samenstel van transacties in aanmerking moet worden genomen.

De vraag of benadeling aanwezig is op het moment waarop de rechter over de vordering beslist, 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 handeling onaangetast blijft (HR 19 oktober 2001, («JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gillhuis q.q.*) *red.*), ECLI:NL:HR:2001:ZC3654). Bij de beantwoording van de vraag of de huurontbindingsovereenkomst in zijn geheel benadeling van de schuldeisers tot gevolg heeft, dient bezien te worden, zo heeft de kantonrechter onbestreden geoordeeld, welke situatie zou zijn ontstaan indien de huurontbindingsovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen.

3.4. Indien de huurontbindingsovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen, zou Heineken een ontruimingskortgeding zijn gestart, waarin de gevorderde ontruiming, gezien de hoogte van de huurachterstand, zou zijn toegewezen. Ontbinding van de huurovereenkomst in kort geding is daarbij niet mogelijk, zodat ter zake een bodemprocedure zou moeten worden gestart waarin ook schadevergoeding gevorderd zou kunnen worden voor de resterende huurtermijnen. Een en ander heeft, als onbestreden door de kantonrechter vastgesteld, ook als uitgangspunt in hoger beroep te gelden. Partijen verschillen van mening over wat er verder zou zijn gebeurd.

De curator stelt dat meest waarschijnlijk is dat [gefaillieerde], direct na een veroordeling tot ontruiming in kort geding of wellicht al daarvóór, zijn faillissement zou hebben aangevraagd. De curator zou de inventaris dan in de boedel hebben aangetroffen en de opbrengst zou dan beschikbaar zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers, aldus de curator. Veronderstellenderwijs uitgaand van de juistheid van die stelling en daarmee ervan uitgaand dat [gefaillieerde] vanwege de dreigende ontruiming kort na januari 2013 op eigen aangifte in staat van faillissement zou zijn verklaard, heeft te gelden dat – zoals de kantonrechter onbestreden heeft geoordeeld – de curator dan conform artikel 39 Fw de huurovereenkomst tussentijds had kunnen opzeggen waarbij een termijn van drie maanden zou gelden en dat de aldus na de datum van het faillissement verschuldigde huurpenningen boedelschulden zouden zijn die bij voorrang hadden moeten worden voldaan. Dit zou neerkomen op een boedelschuld van € 9.784,68 exclusief BTW (3 x € 3.261,56 exclusief BTW per maand). De curator heeft geen concrete omstandigheden gesteld die ertoe leiden dat moet worden uitgegaan van een kortere periode dan genoemde drie maanden waarin nog huur verschuldigd zou zijn geweest. Dat er een andere huurder zou zijn gevonden, waardoor de huurovereenkomst al eerder met instemming van Heineken had kunnen worden beëindigd, heeft de curator bijvoorbeeld niet dan wel onvoldoende gemotiveerd gesteld. Gelet daarop moet worden aangenomen dat in deze situatie de huurschuld tot tenminste € 30.328,04 zou zijn opgelopen (de bestaande huurachterstand van € 20.543,36 plus de boedelschuld).

De curator heeft (in zijn memorie van grieven onder 2 tot en met 8) opmerkingen gemaakt over de waarde en vermeende incompleetheid van de door Heineken verkochte inventaris. De curator wil daarmee kennelijk betogen dat Heineken de inventaris voor een te laag bedrag heeft verkocht althans dat

als de huurontbindingsovereenkomst niet tot stand zou zijn gekomen, de inventaris voor een hoger bedrag dan de gerealiseerde koopprijs van € 25.934,10 had kunnen worden verkocht. Aan die opmerkingen gaat het hof echter voorbij, omdat de curator niet concreet heeft gesteld welke koopprijs gerealiseerd had kunnen worden en welke onderdelen van de inventaris met welke waarde niet zijn mee verkocht. In dat verband merkt het hof nog op dat de curator ook niet voldoende concreet heeft gesteld dat zich een koper voor de inventaris zou hebben aangediend en tegen welke koopprijs die deze zou hebben gekocht. Heineken heeft daartegenover wel, onder verwijzing naar de door haar overgelegde taxatierapporten, gemotiveerd gesteld dat de opbrengst bij een verkoop in faillissement beduidend lager zou zijn geweest. De door Heineken ingeschakelde taxateur heeft de executiewaarde van de aanwezige inventaris op € 6.750,- geschat. Heineken heeft er daarbij op gewezen dat, als [gefaillieerde] intussen zou zijn ontruimd, de inventaris uit het pand zou zijn verwijderd en dan nog minder zou hebben opgebracht. Als alternatief scenario noemt zij dat [gefaillieerde] zijn onderneming aan een derde zou hebben verkocht en van Heineken mede-werking aan een indeplaatsstelling zou hebben verlangd. In dat geval zou voor de inventaris mogelijk de going concern waarde kunnen zijn gerealiseerd. Deze is geschat op € 13.500,-. Heineken wijst er daarbij op dat zij niet aan de indeplaatsstelling had hoeven mee te werken als de op dat moment bestaande huurschuld niet zou zijn afgelost. Per saldo zou dit niet tot een gunstiger resultaat hebben geleid.

3.5. De situatie waarin de schuldeisers feitelijk verkeren als de huurontbindingsovereenkomst onaangetast blijft, is dat tegenover de vermindering van de activa wegens de verkoop van de bedrijfsinventaris een overboeking van een bedrag van € 5.390,74 door Heineken aan [gefaillieerde] heeft bestaan en dat een huurschuld van [gefaillieerde] niet meer tot de passiva behoort. Per saldo hield [gefaillieerde] aan de huurontbindingsovereenkomst dus € 5.390,74 over. Dat de curator het door Heineken betaalde bedrag van € 5.390,74 niet in de boedel heeft aangetroffen, kan, zonder toelichting, die ontbreekt, niet in het nadeel van Heineken wegen.

3.6. Als gevolg van de huurontbindingsovereenkomst is niet alleen de bestaande huurschuld voldaan en nog een bedrag van € 5.390,74 aan [gefaillieerde] ten goede gekomen, maar zijn ook de bij een faillissement te verwachten boedelschuld van € 9.784,68 exclusief BTW en bijkomende kosten vermeden. Dat maakt dat van benadeling pas sprake is, als aannemelijk zou zijn dat de inventaris bij een verkoop in faillissement ruimschoots meer dan € 15.175,42 zou hebben opgeleverd. Pas dan zouden de gezamenlijke schuldeisers immers beter af zijn geweest als de huurontbindingsovereenkomst achterwege was gebleven. Dat dit het geval is, is naar het oordeel van het hof niet aannemelijk. Er kan daarom niet worden aangenomen dat de schuldeisers van [gefaillieerde] zijn benadeeld door de huurontbindingsovereenkomst, in die zin dat zij daardoor werkelijk in hun verhaalsmogelijkheden blijken te zijn beperkt. Grief I, die is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers van [gefaillieerde] niet is gebleken, faalt dan ook.

3.7. Of Heineken wist of behoorde te weten van de benadeling van de schuldeisers, behoeft, gezien het vorenstaande, geen beoordeling meer.

3.8. Nu de curator niets heeft gesteld dat, indien bewezen, tot een ander oordeel moet leiden, gaat het hof aan diens bewijsaanbod voorbij.

3.9. Uit het vorenstaande volgt dat er geen grond is voor vernietiging van de huurontbindingsovereenkomst (door de curator) en dat de eis in hoger beroep van de curator moet worden afgewezen. Als de in het ongelijk te stellen partij dient de curator de kosten van de procedure in beide instanties te dragen. Grief II, die strekt tot een ander oordeel, faalt.

3.10. Nu de grieven falen, zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd.

3.11. Het hof zal de curator in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

(...; red.).

Overeenkomstig de daartoe strekkende vordering van Heineken zal het hof dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Het meer of anders gevorderde zal het hof afwijzen.

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van 24 juni 2014 van de kantonrechter (rechtbank Overijssel, sector kanton en handelsrecht, zittingsplaats Enschede);

veroordeelt de curator in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Annotatie

1. De actio Pauliana is een lastig onderwerp, dat nog altijd niet volledig is uitgekristalliseerd. Daar waarschuwde Van der Feltz al voor in 1896: “De regeling van de zogenaamde actio Pauliana en hetgeen daarmee samenhangt, (...) is van alle vraagstukken, waartoe het materieel faillietenrecht aanleiding geeft, het moeilijkste” (*Van der Feltz I*, p. 432). In bovenstaand arrest had het hof te oordelen over de door de curator van een cafébedrijf ingeroepen vernietiging van een huurontbindingsovereenkomst op grond van art. 42 Fw. Omdat het hof de feiten in dit arrest niet volledig benoemt, maar daarvoor slechts verwijst naar het niet gepubliceerde vonnis uit de eerste aanleg, zal ik die feiten kort schetsen.

2. Op 13 januari 2012 hebben Heineken en de failliet een huurovereenkomst gesloten. Onderdeel van de huurovereenkomst is een drankafnameverplichting. Als gevolg van een opgelopen huurachterstand van € 20.543,36 stuurt Heineken de failliet op 20 december 2012 een brief waarin zij de hoogte van deze schuld mededeelt en rechtsmaatregelen aankondigt, waaronder ontruiming van het gehuurde. Daarnaast deelt Heineken mede dat zij niet langer zal leveren aan de failliet. Vervolgens hebben de failliet en Heineken op 25 januari 2013 een huurontbindingsovereenkomst gesloten. Hierin leggen partijen vast dat de huurovereenkomst per direct wordt ontbonden en de failliet het gehuurde per direct zal ontruimen. Verder verkoopt en levert de failliet de aanwezige bedrijfsinventaris voor een koopsom gelijk aan de hoogte van de openstaande vorderingen die Heineken op de failliet heeft. Voldoening van de koopsom geschiedt door middel van verrekening met het door de failliet aan Heineken verschuldigde bedrag. Indien de koopsom die Heineken bij de wederverkoop aan een derde realiseert hoger is dan de door Heineken aan de failliet betaalde koopsom, zal Heineken het meerdere nog aan de failliet afdragen. Begin mei 2013 verkoopt Heineken de inventaris aan een opvolgend exploitant voor een bedrag ter hoogte van € 25.934,10. Conform afspraak betaalt Heineken vervolgens op 15 mei 2013 het meerdere boven het bedrag van € 20.543,36 door aan de failliet, te weten € 5.390,74. Op 5 juni 2013 wordt de failliet in staat van faillissement verklaard. Het doorbetaalde bedrag treft de curator dan niet meer aan.

3. In hoger beroep vordert de curator (na wijziging van eis) een verklaring voor recht dat hij de huurontbindingsovereenkomst terecht en op goede gronden heeft vernietigd, althans dat het hof deze vernietigt. De curator doet daarbij uitsluitend nog een beroep op art. 42 Fw. Er is geen grief gericht tegen het oordeel dat “de huurontbindingsovereenkomst dient te worden beschouwd als een samenstel van transacties, waarbij duidelijk is dat Heineken niet ingestemd zou hebben met voortijdige beëindiging van de huurovereenkomst als er niet tevens een mogelijkheid zou worden gecreëerd waardoor de vordering van Heineken ter zake van achterstallige huurpenningen zou kunnen worden voldaan”. In het hoger beroep staat tussen partijen verder niet ter discussie dat het aangaan van de huurontbindingsovereenkomst een rechtshandeling is, door de schuldenaar vóór de faillietverklaring

onverplicht verricht, zodat ik mij in het hiernavolgende richt op het criterium van benadeling van de schuldeisers.

4. Voor het slagen van een beroep op de actio Pauliana bij een samenstel van transacties is vereist dat de schuldeisers door het totale effect van de transacties benadeeld zijn (HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172). Zowel bij de kantonrechter als bij het hof gaat het hierop mis voor de curator. Beiden oordelen dat benadeling van schuldeisers niet aanwezig is. Terecht overweegt het hof dat de vermogensvergelijking uit het arrest HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*) als uitgangspunt dient. Of benadeling plaatsvindt moet worden bekeken door vergelijking van de hypothetische situatie waarin schuldeisers zich zonder de gewraakte rechtshandeling zouden bevinden en de situatie waarin zij feitelijk verkeren als de rechtshandeling onaangetast blijft. De vergelijking is dus een objectieve rekensom en brengt met zich mee dat de schuldeisers daadwerkelijk minder moeten ontvangen dan zonder de gewraakte rechtshandeling het geval zou zijn. De benadeling moet aanwezig zijn als de curator de rechten doet gelden, de zogenaamde leer van de middellijke benadeling. Het is nodig, maar ook voldoende wanneer benadeling aanwezig is op het moment dat hierop wordt beslist, eventueel in hoger beroep (HR 22 september 1995, *NJ* 1996/706). Dit gegeven kan overigens ook leiden tot het ontbreken van benadeling, enkel door jaren van procederen ten aanzien van vermogensrechten met een onzekere of schommelende waarde.

5. De door het hof berekende vermogensvergelijking is uiteengezet in r.o. 3.6: “Als gevolg van de huurontbindingsovereenkomst is niet alleen de bestaande huurschuld voldaan en nog een bedrag van € 5.390,74 aan gefailleerde ten goede gekomen, maar zijn ook de bij een faillissement te verwachten boedelschuld van € 9.784,68 exclusief BTW en bijkomende kosten vermeden. Dat maakt dat van benadeling pas sprake is, als aannemelijk zou zijn dat de inventaris bij een verkoop in faillissement ruimschoots meer dan € 15.175,42 zou hebben opgeleverd. Pas dan zouden de gezamenlijke schuldeisers immers beter af zijn geweest als de huurontbindingsovereenkomst achterwege was gebleven.”

6. Bij de berekening dienen telkens alle omstandigheden van het geval meegenomen te worden. Zoals Faber in zijn noot onder «JOR» 2007/250 schrijft: “de benadeling blijft uiteindelijk steeds beperkt tot het negatieve resultaat van de aan de rechtshandeling verbonden voor- en nadelen.” Het hof werpt in deze zaak een drempelbedrag op van € 15.175,42, gelijk aan de som van de boedelvordering die is vermeden en het door Heineken aan de failliet doorbetaalde bedrag. Als de opbrengst van de inventaris in het alternatieve scenario dat de curator de inventaris zou verkopen niet ruimschoots hoger zou liggen dan dit drempelbedrag, is er voor het hof geen sprake van benadeling.

7. Met deze berekening, dus inclusief het opnemen van de boedelvordering van Heineken en de doorbetaalde “bate”, onderbouwt het hof haar oordeel dat de preferente en concurrente *faillissements*schuldeisers geen nadeel hebben ondervonden van het samenstel van transacties. Nog afgezien van de vraag of dit een juiste berekening van de vermogensvergelijking is – kwalificeert het door de failliet ontvangen bedrag dat niet meer is aangetroffen door de curator bijvoorbeeld wel als een “bate”? – roept dit de vraag op of deze berekening de conclusie rechtvaardigt dat er geen sprake is van benadeling van *de schuldeisers* in de zin van art. 42 Fw. Zonder het expliciet te benoemen, neemt het hof hier feitelijk het standpunt in dat de actio Pauliana uitsluitend ten dienste staat van faillissementsschuldeisers.

8. Heeft de curator aangevoerd dat de benadeling van de schuldeisers nu juist is gelegen in de vorderingen van de andere *boedels*schuldeisers? Dat blijkt helaas niet uit het arrest. Andere concurrente boedelschuldeisers zouden immers ook (pro rata) meedelen in de opbrengst van de inventaris. Daarnaast zijn bijvoorbeeld de faillissementskosten een hoger gerangschikte boedelschuld dan de huurvordering van Heineken en dus waren de faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator) zonder de gewraakte huurontbindingsovereenkomst als eerste voldaan uit de opbrengst van de (onverpande) inventaris. In het arrest HR 15 april 2016, «JOR» 2016/215, m.nt. Faber (*Van de Maas q.q./Heineken*) – weliswaar gewezen in een hele andere context – is nog maar eens bevestigd dat de kosten van executie en vereffening, zoals het salaris van de curator, voorrang op de andere boedelschulden hebben indien het totaal aan boedelschulden de activa in de boedel overstijgt. Dat het salaris van de curator in die betreffende zaak niet voor ging, komt doordat een boedelschuld niet concurreert met

faillissementsschulden en de faillissementskosten niet worden omgeslagen over de paraat executerende pandhouder. In casu is Heineken echter geen separatist.

9. De vraag rijst welke schuldeisers het nadeel moet treffen voor een geslaagd beroep op de actio Pauliana van art. 42 Fw. Spelen ook de boedelschuldeisers hierbij een rol? In lagere rechtspraak zijn voorbeelden te vinden van het oordeel dat de actio Pauliana inderdaad niet ten dienste staat van boedelschuldeisers (zie bijvoorbeeld Rb. Dordrecht 11 februari 2004, «JOR» 2004/314, m.nt. Prinsen of Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, «JOR» 2007/250, m.nt. Faber, waarin de rechtbank ook lijkt mee te gaan met die stelling). In de literatuur bestaat echter verdeeldheid. Wessels is van mening dat de toepassing van de actio Pauliana van art. 42 Fw naar haar aard alleen betrekking kan hebben op de faillissementsschuldeisers, hetgeen hij afleidt uit de Memorie van Toelichting bij art. 42 Fw (hierna: “de MvT”). “De faillissementspauliana is er niet ten dienste van postfaillissementsschuldeisers en evenmin ten behoeve van boedelschuldeisers” (*Wessels Insolventierecht III*, 2013, nr. 3080). Faber is het daar niet mee eens: “Welke schuldeiser daadwerkelijk nadeel van die rechtshandeling heeft ondervonden, is niet van belang. Evenmin is van belang op welk moment de betrokkene zijn vordering op de gefailleerde heeft verkregen. Dat moment kan zijn gelegen na het tijdstip waarop de bestreden rechtshandeling heeft plaatsgevonden, en zal – met betrekking tot boedelschuldeisers – zelfs zijn gelegen na het moment waarop het faillissement werd uitgesproken. Voor een beroep op de actio Pauliana is middellijke benadeling voldoende” (Faber, *Verrekening*, (diss. Nijmegen 2005), nr. 304).

10. De visie van Faber volgend, zou geoordeeld kunnen worden dat in onderhavige situatie sprake is van benadeling van de schuldeisers, zoals hierboven is toegelicht. Ik neig daar ook naar. Dat is ook in lijn met de leer van middellijke benadeling. Daarnaast geeft bovenstaande opvatting van het hof aan een partij met een potentiële boedelvordering in het faillissement van zijn of haar wederpartij een wel erg sterke positie bij transacties vlak voor het faillissement van die wederpartij. In de redenering van het hof wordt namelijk wel rekening gehouden met de fictieve boedelvordering van de “handelende” partij, maar niet met de daadwerkelijk ontstane boedelvorderingen van de andere partijen.

11. Dat anders zou volgen uit de MvT is wat mij betreft niet alleszeggend. De MvT uit 1893 is nog altijd belangrijk bij de uitleg van de Faillissementswet, maar ook op andere onderwerpen is de inhoud hiervan al ingehaald door jurisprudentie van de Hoge Raad. In de MvT is bijvoorbeeld ook opgenomen dat van benadeling alleen sprake is als het actief is verminderd. In aanvulling hierop heeft de Hoge Raad ons door de jaren heen al diverse andere verschijningsvormen van de benadeling gegeven.

12. Of de curator in cassatie is gegaan is mij niet bekend. Het zou een geschikt feitencomplex zijn om voor te leggen aan de Hoge Raad, ter finale beslechting van deze discussie. Indien alsnog benadeling van schuldeisers zou worden aangenomen, dan is de strijd daarmee overigens nog niet gestreden. Het is dan uiteraard nog aan de curator om te stellen en te bewijzen dat de failliet én Heineken ten tijde van het maken van de genoemde afspraken in de huurontbindingsovereenkomst wisten, althans behoorden te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

mr. H.J. School, advocaat bij Bogaerts & Groenen advocaten en als curator werkzaam in het arrondissement Oost-Brabant