

ANNOTATIE

Failliet verricht in de twee weken voorafgaand aan melding betalingsonmacht en zes weken voor faillissement, nog ruim € 300.000 aan betalingen voor m.n. managementvergoedingen. De curator roept de pauliana in. Volgens de rechtbank is onvoldoende duidelijk dat er sprake is van benadeling. De betalingen zijn verricht ten laste van een bankrekening met een debetstand. Bij de latere doorstart is de bankschuld door de kopende partij overgenomen. De curator heeft volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk gemaakt dat door de hogere bankschuld de overnameprijs gedrukt is. Curator zou benadeling dan ook onvoldoende hebben aangetoond.

mr. R.J. de Weijs

Annotatie bij Rechtbank Den Haag, 01-07-2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:9129 (INS-2015-0205)

In de aanloop naar haar faillissement betaalt Adler Oxford B.V. nog een aantal bedragen aan gerelateerde vennootschappen voor m.n. managementvergoedingen. De curator spreekt zowel de ontvangende vennootschappen aan op basis van de pauliana als de bestuurder van Adler Oxford op grond van onrechtmatige daad.

De tijdslijn is als volgt. In 2012 leed Adler Oxford een verlies. Op 23 en 27 mei 2013 werd intern een bespreking gehouden bij Adler Oxford, waarbij onder andere de scenario's van een collectief ontslag en een doorstart na faillissement zijn besproken. Op 5 juni 2013 betaalde Adler vervolgens nog wel € 48.000 aan de vennootschap YVB voor managementvergoedingen en ook op 5 juni 2013 een bedrag van € 242.000 aan HVB voor managementvergoedingen van de bestuurder van Adler Oxford, de heer A. Op 11 juni 2013 betaalt Adler Oxford nog een bedrag van ruim € 15.000 aan aan YVB voor rente op een achtergestelde lening. Op 12 juni 2013 doet Adler melding betalingsonmacht bij de belastingdienst. Op 16 juli 2013 wordt Adler Oxford failliet verklaard.

Nu lijken er gezien de tijdslijn goede kansen voor de curator voor een geslaagd beroep op de pauliana en bestuurdersaansprakelijkheid. Toch wijst de rechtbank de vorderingen af. De rechtbank komt namelijk opmerkelijk genoeg tot het oordeel dat onvoldoende duidelijk is dat er sprake is van benadeling van schuldeisers. Bij de analyse of er wel of geen benadeling heeft plaatsgevonden, beziet de rechtbank namelijk nog waar het geld vandaan is gekomen. Het geld is betaald vanaf een rekening met een debetstand aangehouden bij de Rabobank. Uiteindelijk is, volgens de rechtbank, onvoldoende duidelijk dat de verhoging van de bankschuld heeft geleid tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Wat er namelijk nog is gebeurd, is dat na het faillissement de activa zijn verkocht. De koper, een gerelateerde partij, heeft daarbij ongeveer € 400.000 betaald. De koper heeft daarvoor als activa overgenomen de debiteurenportefeuille, de orderportefeuille, inventaris en voorraden. De koper heeft echter ook economisch de schuld aan de Rabobank overgenomen. In de overeenkomst met de curator wordt dit omschreven als 'De koper zal de vordering van de Rabobank jegens de gefailleerde voor haar rekening nemen en vrijwaart de gefailleerde dienaangaande'. Nu de hogere schuld aan de Rabobank is overgenomen, is volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk dat hierdoor de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld. De rechtbank overweegt als volgt: 'Vast staat dat de betalingen hebben plaatsgevonden uit het door de Rabobank verstrekte krediet, dat destijds een negatief saldo had. De betalingen hebben dus geleid tot vergroting van de schuld van Adler Oxford aan de Rabobank en op zichzelf dus niet tot vermindering het actief van Adler Oxford. De schuld aan de Rabobank is in het kader van de doorstart overgenomen door de derde, die Adler Oxford ter zake heeft gevrijwaard. Hieruit volgt dat deze schuld niet ten laste van de faillissementsboedel is gekomen. Niettemin is volgens de curator sprake van benadeling van de schuldeisers, omdat hij in het kader van de

doorstart de activa aan de derde heeft verkocht met inbegrip van, als passiefpost, de vordering van de Rabobank. Deze passiefpost heeft de verkoopprijs volgens de curator tenminste met het bedrag van de vordering van de Rabobank gedrukt. De benadeling bestaat volgens de curator hieruit dat de verkoopopbrengst van de activa veel lager is geweest dan de opbrengst die hij zou hebben kunnen genereren indien de vordering van de Rabobank niet mede zou zijn overgedragen aan de derde. Nu de vordering van de Rabobank groter was ten gevolge van de betalingen, is de verkoopopbrengst navenant lager geweest, aldus de curator. (...) Op zich kan de omvang van deze schuld invloed hebben gehad op de prijs die de derde in het kader van de doorstart voor de activa heeft willen betalen. De curator heeft echter niet, althans onvoldoende, toegelicht hoe in dit geval de koopprijs voor de activa is tot stand gekomen. Dit brengt mee dat niet is gebleken dat, zonder de gewraakte betalingen, de koopprijs voor de activa tenminste met het bedrag van de gewraakte betalingen hoger zou zijn geweest dan thans is overeengekomen.'

Het oordeel van de rechtbank blijft opmerkelijk. Kennelijk hadden de activa ook na mindering van de bankschuld, een aanzienlijke overwaarde. Er is immers € 400.000 als overdrachtprijs afgesproken. Voor dat bedrag heeft de koper echter ook een bankschuld overgenomen die door betalingen ruim € 300.000 hoger was. Er wordt geen enkele reden genoemd waarom aangenomen zou moeten worden dat de verkoopprijs gewoon € 700.000 bedragen zou hebben, indien de bankschuld € 300.000 lager was. Verder miskent de rechtbank de toets van de benadeling voor de pauliana, waar de rechtbank overweegt dat niet is gebleken 'dat de koopprijs voor de activa tenminste met het bedrag van de gewraakte betalingen hoger zou zijn geweest'. Voor de pauliana is vereist dat er sprake is geweest van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers, niet dat de benadeling precies gelijk zou zijn aan een bepaalde betaling.

De zaak toont qua gevoerde verweren nog verwantschap met een eerdere zaak (Hof 's-Hertogenbosch 3 november 2009, *JOR* 2010/210 (*Roeffen q.q./Van Deursen*)), waarin de aangesproken partij zich verweerde met de stelling dat de girale betalingen aan hem plaatsvonden ten laste van een reeds bestaand debetsaldo bij de bank, zodat het slechts de bank zou zijn geweest die schade heeft geleden en niet de overige schuldeisers omdat hun verhaalspositie door de betalingen niet is gewijzigd. De concurrente crediteur zou slechts vervangen zijn door een andere concurrente crediteur, de bank. Het hof verwierp dit verweer als volgt: 'De curator is bevoegd voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen door het geldend maken van een vordering uit hoofde van artikel 6:162 BW bij benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 *Peeters q.q./Gatzen* en HR 24 april 2009, NJ 2009, 416 (*JOR* 2010/22, m.nt. NEDF)). Een dergelijke benadeling in de verhaalsmogelijkheden kan onder meer bestaan in

een doorbreking van de paritas creditorum. Daarvan is in dit geval sprake. Immers, door de girale betalingen is Operations B.V. mogelijk boven andere concurrente schuldeisers begunstigd en dan zijn deze andere concurrente schuldeisers in vergelijking met Operations B.V. benadeeld. De curator is derhalve ontvankelijk in dit deel van zijn vordering.' Eigenlijk overweegt het hof hier dat bij betalingen voor faillissement, 'de een zijn voor, de ander zijn na' is. In het geval van Adler Oxford moge ook duidelijk zijn dat de voldoeningen in aanloop naar het faillissement ten voordele zijn geweest van de ontvangende schuldeisers en dat dit 'voor', behoudens zeer duidelijk tegenbewijs, ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers komt.

R.J. de Weijs