

213

Benadeling schuldeisers in faillissement door saldocompensatie bij groepsfinanciering

Rechtbank Rotterdam
4 maart 2020, rolnr.HA ZA 19-883,
ECLI:NL:RBROT:2020:2393
(mr. drs. Stevens)
Noot mr. S.H. Wiggers

Faillissementspauliana. Pandrecht en verkoop debiteurenportefeuille. Volmacht tot uitwinnen debiteurenportefeuille. Samenstel van rechtshandelingen. Benadeling schuldeisers. Verwijzing naar onder andere HR 9 juni 2006, ECLI:NL:2006:AU9234 (Smit/Van Hees q.q.) en HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (Air Holland). Tussenvonnissen.

[Fw art. 42, 47; BW art. 2:9, 2:10, 2:248, 6:162]

De stelling van gedaagde (in conventie) dat failliet op het moment dat de betalingen werden verricht geen andere schuldeisers had dan een zustersvennootschap, is, voor zover juist, onvoldoende om te oordelen dat van benadeling van schuldeisers geen sprake kan zijn. Gedaagde (in conventie) miskent hiermee dat benadeling van de schuldeisers aanwezig moet zijn op het moment dat omtrent het beroep van de curator op vernietiging wordt beslist.

Voor de toepassing van de actio pauliana in de zin van art. 42 en/of 47 Fw zijn in voorkomende gevallen verschillende rechtshandelingen als één samenstel te beschouwen. Een samenstel van rechtshandelingen wordt gevormd door rechtshandelingen waartussen een sterke samenhang bestaat. Enkel een feitelijke samenhang maakt niet dat een betaling in het kader van de vraag naar de benadeling van de schuldeisers van de failliet niet los kan worden gezien van de verkoop van de debiteurenportefeuille. Op gedaagde (in conventie) rust de stelplicht en bewijslast ter zake van haar stelling dat het pandrecht, de verkoop van de debiteurenportefeuille en de doorbetaling van de koopprijs een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen vormt, dat de (nadelige) gevolgen daarvan in onderling verband

moeten worden beoordeeld, zodat de curator niet gerechtigd is tot afzonderlijke vernietiging van de op 5 januari 2017 verrichte betaling van de failliet aan gedaagde (in conventie).

Voor zover de bedoelde vorderingen voorafgaand aan het faillissement van de failliet rechtsgeldig aan eiseres (in reconventie) zijn overgedragen, hebben de betreffende debiteuren niet bevrijdend c.q. onverschuldigd betaald aan de boedel. Eiseres (in reconventie) kan zich in dat geval voor betaling tot deze debiteuren wenden. Voor zover van een onmiskenbare vergissing sprake is, is het aan de betreffende debiteuren om zich jegens de curator daarop te beroepen. Eiseres (in reconventie) heeft geen aanspraak op rechtstreekse betaling door de curator.

Mr. H. Schuurbijs te Gorinchem, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Omega Textielverdeling BV, eiser in conventie, verweerder in conventie, advocaat: mr. M.J. Biesheuvel, tegen Alpha Beheer BV te Oud-Beijerland, gedaagde in conventie, eiseres in reconventie, advocaat mr. L.P.J. Krijgsman.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Alpha Beheer is enig aandeelhouder en bestuurder van Omega Textielverdeling B.V. (hierna: Omega). Alpha Beheer en Omega maken deel uit van een groep van vennootschappen (hierna: de Alpha-groep) die zich bezighoudt met het winkelgereed maken van kleding voor doorgaans grotere kledingmerken. Aan het hoofd van de Alpha-groep staat [naam bedrijf 1] (hierna: [naam bedrijf 1]), die indirect alle aandelen in Alpha Beheer en Omega houdt. Bestuurder van [naam bedrijf 1] is de heer [naam].

2.2. Tussen [naam bedrijf 1] en Alpha Beheer bestaat een rekening-courant verhouding. Tot zekerheid van hetgeen Alpha Beheer aan [naam bedrijf 1] verschuldigd is, heeft onder andere Omega bij notariële akte van 24 juli 2015 (hierna: de pandakte) een stil pandrecht verleend op al haar bestaande en toekomstige vorderingen.

2.3. De pandakte, inclusief pandlijsten, is onder andere op 28 december 2016 geregistreerd bij de Belastingdienst.

2.4. Omega en Alpha Beheer hebben op 28 december 2016 een “overeenkomst tot overdracht van vorderingen” ondertekend (hierna: de koopovereenkomst). Middels deze koopovereenkomst heeft Omega haar debiteurenportefeuille, die voor een nominaal bedrag van € 512.839,59 op haar balans stond, aan Alpha Beheer verkocht. Daarbij is voor het vaststellen van de koopprijs de voorziening voor oninbare debiteuren van € 119.804,98 op de nominale waarde in mindering gebracht. De koopovereenkomst vermeldt, voor zover hier van belang:

“(…) Nemen in aanmerking:

– dat tussen partijen een rekening-courant verhouding bestaat;

– dat Verkrijger Alpha Beheer, rechtbank] tot zekerheid voor de terugbetaling van hetgeen Verreemder [Omega, rechtbank] aan Verkrijger krachtens voormelde rekening-courantverhouding verschuldigd is, reeds eerder een pandrecht heeft bedongen op alle vorderingen van Verreemder; (...)”

2.5. Op 3 januari 2017 is bij de rechtbank Rotterdam de eigen aangifte strekkende tot faillietverklaring van Omega binnengekomen.

2.6. Op 5 januari 2017 heeft Alpha Beheer de koopprijs voor de debiteurenportefeuille van € 393.034,61 aan Omega betaald.

2.7. Op 3, 5 en 9 januari 2017 heeft Omega respectievelijk € 30.250,-, € 394.900,- en € 100.000,- overgeboekt naar Alpha Beheer.

2.8. Op 10 januari 2017 is Omega in staat van faillissement verklaard, waarbij Schuurbiers is aangesteld tot curator in het faillissement.

2.9. Na de faillissementsdatum hebben (voormalig) debiteuren van Omega in totaal ten minste € 22.455,76 overgemaakt op de bankrekening van Omega.

2.10. De curator heeft op 6 april 2017 conservatoir beslag laten leggen op de aandelen die Alpha Beheer houdt in vennootschappen van de Alpha-groep.

2.11. De curator heeft bij brief van 7 april 2017 de drie betalingen van 3, 5 en 9 januari 2017 vernietigd op grond van artikel 47 Fw en Alpha Beheer verzocht deze bedragen aan de boedel te restitueren. Alpha Beheer heeft niet betaald.

3. Het geschil

In conventie

3.1. De curator vordert na eiswijziging om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

A. Met betrekking tot de vorderingen ten aanzien van de debiteurenoverdracht en de betalingen voortgaand aan faillissement:

primair:

te verklaren voor recht dat de drie betalingen ex art. 47 Fw paulianeus zijn geweest, de curator deze rechtsgeldig heeft vernietigd, althans vordert de curator deze drie betalingen gerechtelijk te vernietigen;

subsidiar:

te verklaren voor recht dat het samenstel van rechtshandelingen dat tot de drie betalingen heeft geleid ex art. 42 Fw paulianeus is geweest, de curator dit samenstel van rechtshandelingen rechtsgeldig heeft vernietigd, althans vordert de curator dit samenstel van rechtshandelingen gerechtelijk te vernietigen;

meer subsidiar:

te verklaren voor recht dat de litigieuze overdracht van de vorderingen van Omega op derden aan Alpha Beheer niet is voltooid, deze vorderingen daardoor steeds in het vermogen van Omega zijn gebleven en Alpha Beheer deze vorderingen onder recht of titel heeft

geïncasseerd;

voorwaardelijk:

slechts voor het geval dat en dus onder de voorwaarde dat de primaire tot en met de meer subsidiar ingestelde vorderingen niet al leiden tot volledige delging van het faillissementstekort, te verklaren voor recht dat het handelen van Alpha Beheer kwalificeert als kennelijk onbehoorlijk bestuur ex art. 2:248 BW, althans onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW, althans onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW en Alpha Beheer daarom als bestuurder van Omega aansprakelijk is voor het faillissementstekort;

primair, subsidiar, meer subsidiar en voorwaardelijk:

Alpha Beheer te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen aan de curator een bedrag gelijk aan het faillissementstekort in het faillissement van Omega, dat op dit moment wordt begroot op € 437.089,90, te verminderen met het bedrag dat uit hoofde van de hiernavolgende eis onder B. zal worden toegewezen; te vermeerderen met de wettelijke rente daarover

vanaf faillissementsdatum, althans 7 april 2017, tot en met de dag der algehele voldoening;

Met betrekking tot de vordering ten aanzien van de ontvangen betalingen na faillissementsdatum:

1. te verklaren voor recht dat de na faillissementsdatum ontvangen bedragen ad in totaal € 22.455,76 op de bankrekening van Omega bij ABN Amro Bank N.V. toekomen aan de boedel van gefailleerde;

2. Alpha Beheer te veroordelen om medewerking te verlenen aan betaling van deze bedragen aan de curator door binnen zeven dagen na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis aan ABN Amro Bank N.V. toestemming te geven om tot betaling daarvan aan de curator over te gaan onder verbeurte van een dwangsom van € 1.000,- per dag voor iedere dag dat Alpha Beheer daarmee in gebreke blijft met een maximum van € 21.000,-.

Met betrekking tot alle ingestelde vorderingen:

1. Alpha Beheer te veroordelen om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te voldoen de kosten van deze procedure, de beslagkosten daaronder begrepen, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, alsmede voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente over die proceskostenveroordeling vanaf bedoelde termijn voor voldoening tot de dag der algehele voldoening, alsmede te vermeerderen met de nakosten.

3.2. Aan de vorderingen legt de curator het volgende ten grondslag. Omega heeft op 3, 5 en 9 januari 2017 in totaal € 525.150,- betaald aan Alpha Beheer. Alpha Beheer wist op het moment dat zij deze betalingen ontving als bestuurder en enig aandeelhouder van Omega dat het faillissement van Omega reeds was aangevraagd. Wanneer de betalingen niet waren verricht, was het totaalbedrag van € 525.150,- beschikbaar geweest voor de gezamenlijke schuldeisers van Omega. De gezamenlijke schuldeisers zijn dus door deze betalingen benadeeld. De curator heeft de betalingen daarom primair met recht vernietigd op grond van artikel 47 Fw.

Subsidiar is het stelsel van rechtshandelingen dat tot de overdracht van de vorderingen heeft geleid vernietigbaar op grond van artikel 42 Fw. Dit betreft een beweerdelijke verpanding van de vorderingen van Omega aan [naam bedrijf 1], de beweerdelijke machtiging door [naam bedrijf 1] aan Alpha Beheer tot uitwinning van het pandrecht

op de debiteuren van Omega, de koopovereenkomst en de betaling van de koopsom voor de debiteuren van Omega aan Alpha Beheer. Dit betreft een stelsel van onverplichte rechtshandelingen, dat tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers heeft geleid omdat de opbrengst van de verkoop van de vorderingen slechts ten gunste van Alpha Beheer dan wel [naam bedrijf 1] is gekomen.

Meer subsidiair betwist de curator dat de overdracht van de debiteurenvorderingen is voltooid, omdat de debiteuren daarvan geen mededeling is gedaan, zodat de debiteurenportefeuille geacht moet worden in het vermogen van Omega te zijn gebleven.

Alpha Beheer in haar hoedanigheid van bestuurder van Omega heeft op het moment dat het faillissement van Omega al was aangevraagd, het enige actief van Omega, zijnde haar debiteurenportefeuille, verkocht, waarbij de verkoopopbrengst slechts ten goede is gekomen van Alpha Beheer en/of [naam bedrijf 1]. De verkoop is bovendien niet verwerkt in de administratie van Omega, zodat het bestuur niet aan de op haar ex artikel 2:10 BW rustende verplichting heeft voldaan. Daarmee is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW, althans een onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW, althans onrechtmatig handelen. Voor zover na beoordeling van de primaire tot en met de meer subsidiaire grondslag nog geheel of gedeeltelijk sprake is van een faillissementstekort, is Alpha Beheer uit dien hoofde aansprakelijk voor het faillissementstekort.

Wat betreft hetgeen de curator ten grondslag legt aan zijn vordering tot betaling van € 22.455,76, wordt verwezen naar overweging 3.6.

3.3. De conclusie van Alpha Beheer strekt tot afwijzing van de vorderingen van de curator. Alpha Beheer betwist dat sprake is van benadeling van de schuldeisers van Omega. De debiteurenportefeuille van Omega was verpand aan [naam bedrijf 1]. [naam bedrijf 1] heeft Alpha Beheer gevolmachtigd om over te gegaan tot uitwinning van dit pandrecht. De verkoop van de debiteurenportefeuille en de (terug)betaling van de koopprijs van Omega aan Alpha Beheer en [naam bedrijf 1] kan niet los worden gezien van het bestaan van dit pandrecht. De opbrengst van de debiteurenportefeuille zou nooit aan de gezamenlijke schuldeisers zijn toegekomen, zodat de boedel hierdoor niet is benadeeld.

Alpha Beheer betwist dat de verpanding van de debiteurenportefeuille aan [naam bedrijf 1] als onverplicht is aan te merken. Deze verpanding was een noodzakelijke voorwaarde in het kader van het verkrijgen en behouden van financiering vanuit [naam bedrijf 1].

Alpha Beheer betwist dat door de verkoop van de debiteurenportefeuille en de doorbetaling van de koopprijs sprake is van onbehoorlijk bestuur. Alpha Beheer betwist dat de boekhouding van Omega van december 2016 een onjuiste weergave gaf van de financiële situatie van de vennootschap. De debiteurenportefeuille van Omega is pas na mededeling aan de debiteuren in januari 2017 overgedragen aan Alpha Beheer. Om die reden was de overdracht nog niet eerder zichtbaar in de administratie.

In reconventie

3.4. Alpha Beheer vordert om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- voor recht te verklaren dat de curator aansprakelijk is voor alle schade die geleden is en zal worden geleden vanwege het niet opheffen van de ABN AMRO-rekening van Omega, nader op te maken bij staat;
- de curator te veroordelen tot opheffing van het beslag, zulks binnen zeven dagen na de datum van het vonnis, op straffe van een dwangsom van € 2.500,- voor ieder(e) dag(deel) dat de curator daarmee na ommekomst van genoemde termijn, in gebreke is;
- de curator te veroordelen tot betaling aan Alpha Beheer van een bedrag ad € 20.388,91, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van 1 juni 2017, althans met ingang van de dag van de conclusie van eis in reconventie tot aan de dag der algehele voldoening;
- de curator te veroordelen tot betaling van de buitengerechtelijke kosten ad € 1.184,46;
- de curator te veroordelen tot betaling van de kosten van deze procedure, waaronder begrepen de nakosten.

3.5. Aan de vorderingen legt Alpha Beheer het volgende ten grondslag. De curator heeft onrechtmatig gehandeld jegens Alpha Beheer door niet mee te werken aan de opheffing van de bankrekening van Omega met een negatief saldo. Over dit negatieve saldo is [naam bedrijf 1] (als financier van de Alpha-groep) een rente van 14% per jaar verschuldigd.

Na het faillissement van Omega is een bedrag van € 22.455,76 ontvangen van debiteuren. € 2.066,85 komt toe aan de boedel. Het resterende bedrag van € 20.388,91 betreft vorderingen die voor faillissement zijn overgedragen aan Alpha Beheer. Van deze overdracht is mededeling gedaan aan de betreffende debiteuren, zodat de betaling aan Omega een onmiskenbare vergissing betreft. De curator is daarom gehouden deze bedragen aan Alpha Beheer door te betalen.

3.6. De conclusie van de curator strekt tot afwijzing van de vorderingen. De curator betwist dat hij onrechtmatig heeft gehandeld door de bankrekening van Omega niet op te heffen. [naam bedrijf 1] is aansprakelijk voor de debetrente op de rekening van Omega. [naam bedrijf 1] is echter geen partij in deze procedure.

De curator betwist dat de betalingen van in totaal € 20.388,91 die na het faillissement van Omega zijn ontvangen, vorderingen betreffen die voor datum faillissement zijn overgedragen aan Alpha Beheer. Voor zover deze vorderingen wel tijdig zijn overgedragen, hebben de betreffende debiteuren onverschuldigd aan de boedel betaald en moeten de debiteuren zich tot de curator wenden. Alpha Beheer maakt in geen geval rechtstreeks aanspraak op uitbetaling vanuit de boedel.

4. De beoordeling

In conventie

Vernietiging betalingen 3, 5 en 9 januari 2017 op grond van artikel 47 Fw

4.1. De curator heeft op grond van artikel 47 Fw de bevoegdheid ten behoeve van de boedel de voldoening voor de faillietverklaring door Omega van een opeisbare schuld te vernietigen, wanneer wordt aangetoond dat de ontvanger van deze betalingen wist dat het faillissement van Omega reeds was aangevraagd en dat deze betalingen hebben geleid tot benadeling van de schuldeisers van Omega.

4.2. Vast staat dat op 3, 5 en 9 januari 2017 bedragen van respectievelijk € 30.250,-, € 394.900,- en € 100.000,- van de rekening van Omega zijn overgeboekt naar Alpha Beheer. Alpha Beheer heeft toegelicht dat deze betalingen zijn verricht ter “afoming” van de bankrekening van Omega en dat dit een bestendige praktijk betrof binnen de Alpha-groep in verband met de groepsfinanciering. Tussen partijen is niet in geschil dat Alpha

Beheer op het moment dat deze drie betalingen werden verricht, wist dat het faillissement van Omega reeds was aangevraagd. Tussen partijen is verder niet in geschil dat deze betalingen kwalificeren als verplicht verrichte rechtshandelingen, zodat dat hierna als uitgangspunt wordt genomen.

Benadeling schuldeisers Omega

4.3. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of de gezamenlijke schuldeisers van Omega door deze betalingen zijn benadeeld. Alpha Beheer betwist dat de schuldeisers van Omega door deze drie betalingen zijn benadeeld, omdat (1) Omega op het moment dat de betalingen werden verricht geen (externe) schuldeisers had en (2) de positieve banksaldi verpand waren aan [naam bedrijf 1]. Specifiek met betrekking tot de betaling van € 394.900,- op 5 januari 2017 stelt Alpha Beheer zich op het standpunt dat hiermee feitelijk de opbrengst van de verkoop van de debiteurenportefeuille van Omega is overgeboekt. Omdat deze debiteurenportefeuille aan [naam bedrijf 1] was verpand, zou de opbrengst daarvan nooit ter beschikking van andere schuldeisers zijn gekomen en is van benadeling geen sprake. Wat betreft de betaling van € 100.000,- op 9 januari 2017 betwist Alpha Beheer eveneens dat sprake is van benadeling, omdat het saldo van de bankrekening van Omega op het moment van overboeken reeds negatief was. Op deze punten zal hierna worden ingegaan.

Ad (1) schuldeisers van Omega

4.4. De stelling van Alpha Beheer dat Omega op het moment dat de betalingen werden verricht geen andere schuldeisers had dan een zustervenootschap, is, voor zover juist, onvoldoende om te oordelen dat van benadeling van schuldeisers geen sprake kan zijn. Alpha Beheer miskent hiermee dat benadeling van de schuldeisers aanwezig moet zijn op het moment dat omtrent het beroep van de curator op vernietiging wordt beslist. De curator heeft onweersproken gesteld dat in het faillissement van Omega tot op heden voor € 437.089,90 aan schuldvorderingen is ingediend. Dit betreft een concurrente vordering van € 226.515,89 van Omega Services B.V., een eveneens gefailleerde zustervenootschap van Omega, preferente vorderingen van het UWV en een (voormalig) werknemer van Omega van € 38.732,45, een boedelvordering van € 91.841,56 en een prognose van het salaris van de curator van

ca € 80.000,-. Daarmee staat vast dat Omega schuldeisers heeft. Voor een succesvol beroep op vernietiging ex artikel 47 Fw moet worden vastgesteld dat deze schuldeisers werkelijk in hun verhaalsmogelijkheden zijn beperkt. Daarop zal hierna in r.o. 4.6 e.v. worden ingegaan.

4.5. Alpha Beheer heeft zich daarnaast op het standpunt gesteld dat de door het UWV ingediende vordering voorkomen had kunnen worden, wanneer de curator de Alpha-groep in de gelegenheid had gesteld de werknemers van Omega over te nemen. Alpha Beheer verbindt aan dit verweer geen rechtsgevolg, zodat hieraan voorbij zal worden gegaan. Ten overvloede wordt overwogen dat Alpha Beheer ter zitting heeft verklaard dat zij de mogelijkheid tot herplaatsing van het personeel voorafgaand aan het faillissement heeft onderzocht, maar dat dit niet mogelijk bleek. Gezien deze verklaring en de verklaring van de curator dat het Alpha Beheer vrij stond de werknemers over te nemen, valt niet in te zien op welk punt de curator hier een verwijt te maken valt.

Ad (2) verpanding positieve banksaldi Omega

4.6. Vast staat dat middels de pandakte van 24 juli 2015 een stil pandrecht is gevestigd ten behoeve van [naam bedrijf 1] op de vorderingen van Omega en dat Omega ten tijde van het aangaan van deze pandakte reeds een bankrekening aanhield bij ABN AMRO. Een pandrecht op een vordering op een bankinstelling treft het op het moment van de verpanding aanwezige creditsaldo van de rekening van de pandgever, maar niet de nadien daarop ten gevolge van betalingen door derden gecrediteerde bedragen (HR 17 februari 2012, NJ 2012, 605 («JOR» 2012/234, m.nt. Schuijling; red.) (Rabobank/Kézér). Voor zover de bankrekening van Omega ten tijde van de drie betalingen op 3, 5 en 9 januari 2017 een creditsaldo vertoonde, geldt dat Alpha Beheer in het licht van voornoemde jurisprudentie onvoldoende onderbouwd heeft gesteld dat op eventuele creditsaldi op deze bankrekening op 3, 5 en/of 9 januari 2017 een pandrecht van [naam bedrijf 1] rustte. Het standpunt van Alpha Beheer dat van benadeling van de schuldeisers van Omega geen sprake kan zijn, kan daarom niet op deze grond worden aangenomen.

Betaling door Omega van 9 januari 2020 ad € 100.000,-

4.7. Uit het door de curator overgelegde overzicht van de bankrekening van Omega blijkt dat het

banksaldo van Omega voorafgaand aan de betalingen op 3 januari 2017 en 5 januari 2017 positief was. Op 9 januari 2017 bedroeg het banksaldo € 25.041,75 negatief, waarna een bedrag van € 100.000,- aan Alpha Beheer werd overgemaakt. Deze betaling heeft daarmee geleid tot een vergroting van de schuld van Omega. Alpha Beheer heeft betwist dat de schuldeisers van Omega hierdoor zijn benadeeld, omdat de Alpha-groep verplicht is deze schuld aan de bank te compenseren. De curator zal in de gelegenheid worden gesteld bij akte toe te lichten dat, en op welke wijze deze schuld ten laste van de faillissementsboedel is gekomen, zoals hierna in de beslissing is weergegeven. Alpha Beheer zal in de gelegenheid worden gesteld hierop bij antwoordakte te reageren.

Betaling van 5 januari 2017 ad € 394.900,-

4.8. Alpha Beheer heeft op 5 januari 2017 de koopprijs voor de debiteurenportefeuille van Omega van € 393.034,61 overgemaakt naar de bankrekening van Omega. Omega heeft op diezelfde datum een bedrag van € 394.900,- betaald aan Alpha Beheer. Voor zover Alpha Beheer zich op het standpunt stelt dat de koopprijs van de debiteurenportefeuille van Omega onder de rekening-courantverhouding tussen Alpha Beheer en Omega valt en uit dien hoofde aan [naam bedrijf 1] was verpand, heeft Alpha Beheer dit standpunt onvoldoende onderbouwd. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom Alpha Beheer de koopprijs desalniettemin aan Omega heeft betaald.

4.9. Alpha Beheer stelt zich voorts op het standpunt dat zij krachtens een volmacht van [naam bedrijf 1] gerechtigd was het pandrecht op de debiteurenportefeuille van Omega uit te winnen. Ter voorkoming van ruis in de markt en (daarmee) schade aan de Alpha-groep, heeft Alpha Beheer in plaats daarvan de debiteurenportefeuille aangekocht en de koopprijs overgemaakt aan Omega. Alpha Beheer betwist dat sprake is van benadeling van de schuldeisers van Omega. Volgens Alpha Beheer zouden de opbrengsten uit hoofde van het debiteurenbestand nooit ten goede zijn gekomen van een andere partij dan [naam bedrijf 1]. Aan dit standpunt ligt ten grondslag dat het bestaan van het pandrecht van [naam bedrijf 1], de verkoop van de debiteurenportefeuille en de doorbetaling van de koopprijs een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen vormt, dat de (nadelige) gevolgen daarvan in on-

derling verband moeten worden beoordeeld. De curator gaat er daarentegen van uit dat de betaling van 5 januari 2017 los moet worden gezien van de verkoop van de debiteurenportefeuille aan Alpha Beheer en de ontvangst van de koopsom door Omega. Dit verschil van inzicht is niet alleen van belang voor de vraag op welke wijze moet worden vastgesteld of sprake is van benadeling van schuldeisers, maar ook voor de vraag of de curator deze betaling kan vernietigen op artikel 47 Fw of dat de (subsidiare) vordering van de curator moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 42 Fw.

4.10. Voor de toepassing van de actio pauliana in de zin van artikel 42 en/of 47 Fw zijn in voorkomende gevallen verschillende rechtshandelingen als één samenstel te beschouwen. Een samenstel van rechtshandelingen wordt gevormd door rechtshandelingen waartussen een sterke samenhang bestaat. Ter beantwoording van de vraag of een dergelijke samenhang bestaat, is beslissend de bedoeling van alle betrokken partijen, die mede kan blijken uit de inhoud van de desbetreffende rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan, mede blijkens de formulering van de daarvan eventueel opgemaakte akten, en de samenhang tussen die rechtshandelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen (HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 (Smit/Van Hees q.q.)). Bij een samenstel van rechtshandelingen moeten de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband worden beoordeeld en is afzonderlijke vernietiging van een van de rechtshandelingen niet mogelijk (HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 («JOR» 2009/172; *red.*) (Air Holland)).

4.11. Alpha Beheer heeft ter onderbouwing van haar stelling dat sprake is van een samenstel van rechtshandelingen onder andere verwezen naar een schriftelijke verklaring van de bestuurder van [naam bedrijf 1], die verklaart dat hij Alpha Beheer voorafgaand aan het faillissement van Omega heeft gevolmachtigd om ten behoeve van [naam bedrijf 1] over te gaan tot uitwinning van de debiteurenportefeuille van Omega, op een wijze die voor de groep het minst belastend zou zijn. [naam bedrijf 1] bevestigt hiermee de stelling van de bestuurder van Alpha Beheer dat het de bedoeling van partijen was om de debiteurenportefeuille te verkopen in het kader van de uitoefening van het pandrecht van [naam bedrijf 1].

Deze verklaring is echter achteraf opgesteld. De bedoeling van [naam bedrijf 1] en Alpha Beheer

zoals verwoord in deze verklaring strookt voorts niet met de inhoud van de overeenkomst tot overdracht van de debiteurenportefeuille van Omega aan Alpha Beheer. Uit de inhoud van deze koopovereenkomst blijkt immers niet dat [naam bedrijf 1] daarbij op enigerlei wijze betrokken is, noch dat deze koopovereenkomst deel uitmaakt van een groter geheel van rechtshandelingen. Weliswaar wordt in de overwegingen benoemd dat een pandrecht is bedongen op alle vorderingen van Omega, maar dit betreft volgens de tekst van de overeenkomst een pandrecht van Alpha Beheer dat is gevestigd tot zekerheid voor de terugbetaling van hetgeen Omega aan Alpha Beheer verschuldigd is uit hoofde van de tussen deze partijen bestaande rekening-courantverhouding. Zelfs wanneer wordt aangenomen dat hiermee (wel) het pandrecht van [naam bedrijf 1] is bedoeld, zoals Alpha Beheer stelt, blijkt uit de koopovereenkomst niet dat de verkoop van de debiteurenportefeuille geschiedt in het kader van de uitoefening van dit pandrecht, noch dat het de bedoeling van partijen is dat de koopprijs van de debiteurenportefeuille (uiteindelijk) ten goede zal komen aan Alpha Beheer of [naam bedrijf 1].

Alpha Beheer stelt daarnaast dat zij namens [naam bedrijf 1] aan Omega en haar debiteuren kenbaar heeft gemaakt dat [naam bedrijf 1] haar pandrecht uitoefent. Uit de brieven die Alpha Beheer heeft verstuurd aan de debiteuren van Omega blijkt echter enkel dat mededeling is gedaan van de overdracht van de vorderingen van Omega aan Alpha Beheer. Het pandrecht van [naam bedrijf 1] wordt in deze brieven niet benoemd.

Het standpunt van Alpha Beheer dat de betaling van Omega aan Alpha Beheer van € 394.900,- op 5 januari 2017 niet los kan worden gezien van de verkoop van de debiteurenportefeuille ter uitoefening van het pandrecht, strookt tevens niet met haar eigen verklaring dat deze betaling niet de terugstorting van de koopsom voor de overdracht betreft, maar dat deze betaling is geschied in het kader van de bestendige interne praktijk van de Alpha-groep tot afroaming van de bankrekening van Omega. Dat daarmee feitelijk (onder meer) de opbrengst van de verkoop van de debiteurenportefeuille naar Alpha Beheer werd overgeboekt is op zichzelf juist. Enkel deze feitelijke samenhang maakt echter niet dat deze betaling in het kader van de vraag naar de benadeling van de schuldeisers van Omega niet los kan worden ge-

zien van de verkoop van de debiteurenportefeuille.

4.12. Op Alpha Beheer rust de stelplicht en bewijslast ter zake van haar stelling dat het pandrecht, de verkoop van de debiteurenportefeuille en de doorbetaling van de koopprijs een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen vormt, dat de (nadelige) gevolgen daarvan in onderling verband moeten worden beoordeeld, zodat de curator niet gerechtigd is tot afzonderlijke vernietiging van de op 5 januari 2017 verrichte betaling van Omega aan Alpha Beheer van € 394.900,-. Alpha Beheer heeft ter zitting aangeboden om de schriftelijke machtiging om het pandrecht van [naam bedrijf 1] op de vorderingen van Omega uit te winnen, die zij voorafgaand aan het faillissement van Omega van [naam bedrijf 1] heeft verkregen, in het geding te brengen. De curator heeft het bestaan van deze volmacht betwist. Alpha Beheer zal in de gelegenheid worden gesteld om deze machtiging in het geding te brengen, eventueel voorzien van een korte toelichting. De curator mag daarop bij antwoordakte reageren.

4.13. Voor zover het bestaan van een samenhangend geheel van rechtshandelingen zoals hiervoor bedoeld, komt vast te staan, wordt het volgende overwogen. Een rechtshandeling kan alleen worden vernietigd indien de schuldeisers werkelijk zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. De vraag of benadeling aanwezig is, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin 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, NJ 2001, 654 («JOR» 2001/269, m.nt. Faber; *red.*) (Diepstraten/Gilhuis q.q.)). Daarbij dient het gehele samenhangende samenstel van rechtshandelingen onderwerp te zijn van die hypothetische vergelijking (HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 («JOR» 2009/172; *red.*) (Air Holland)).

4.14. De curator stelt zich op het standpunt dat voor de vraag of schuldeisers van Omega zijn benadeeld, niet relevant is of [naam bedrijf 1] ook op de gebruikelijke wijze haar pandrecht had kunnen uitwinnen. Dit gaat niet op. Anders dan de curator betoogt, kan het onderhavige geval niet gelijkgesteld worden met de casus in het arrest Rabobank/Van Gorp q.q. (HR 23 april 1999, NJ 2000, 158 («JOR» 1999/109; *red.*)). In die zaak ging het om de toepassing van de artikelen 53 en

54 Fw. Het stond de Rabobank in de betreffende zaak – kort gezegd – niet vrij om de opbrengst van zaken die aan de bank stil waren verpand en die met instemming van de bank waren verkocht, te verrekenen met het debetsaldo van de debiteur. In onderhavige zaak beroept de curator zich op de toepassing van de *actio pauliana* van artikel 47 dan wel 42 Fw, zodat voor de vraag naar benadeling van de schuldeisers in lijn met de hiervoor in 4.13 aangehaalde jurisprudentie een vergelijking moet worden gemaakt tussen de huidige situatie en de hypothetische situatie waarin de curator een boedel had aangetroffen met daarin een aan [naam bedrijf 1] verpande debiteurenportefeuille. Wat betreft deze hypothetische situatie heeft de curator zich ter zitting op het standpunt gesteld dat Omega het pandrecht op haar vorderingen heeft gevestigd tot zekerheid van hetgeen Alpha Beheer aan [naam bedrijf 1] verschuldigd is en dat [naam bedrijf 1] geen (directe) schuldeiser is van Omega. Zoals ter zitting besproken zal de curator, indien komt vast te staan dat sprake is van een samenhangend geheel van rechtshandelingen, in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt betreffende deze hypothetische situatie nader uiteen te zetten, waarna Alpha Beheer daarop bij antwoordakte mag reageren.

Betalingen in het kader van de groepsfinanciering

4.15. Voor zover het bestaan van een samenhangend geheel van rechtshandelingen, zoals hiervoor in 4.9 en verder bedoeld, niet komt vast te staan, zal als uitgangspunt worden genomen dat de betaling van € 394.900,- van Omega aan Alpha Beheer op 5 januari 2017 een op zichzelf staande rechtshandeling betreft en dat deze betaling is geschied in het kader van de intern bestendige praktijk tot afroaming van de bankrekening van Omega in het kader van de groepsfinanciering van de Alpha-groep. In dat geval wordt de vernietiging door de curator van deze betaling niet anders beoordeeld dan de beoogde vernietiging van de betalingen van Omega aan Alpha Beheer van 3 januari 2017 en – met inachtneming van hetgeen hiervoor in 4.7 is overwogen – 9 januari 2017.

4.16. Alpha Beheer heeft zich op het standpunt gesteld dat deze betalingen plaatsvonden in verband met de wijze waarop de groepsfinanciering binnen de Alpha-groep was georganiseerd. Alpha Beheer stelt dat sprake was van saldocompensatie, waarbij het intern bestendige praktijk was om

vrijwel dagelijks de overtollige liquiditeit af te storten. De betalingsstromen verliepen via Alpha Beheer, omdat tussen [naam bedrijf 1] en de werkmaatschappijen geen rechtstreekse verhouding bestaat. Een en ander brengt mee dat de positieve banksaldi van Omega in het zicht van het faillissement uitsluitend zijn aangewend ter betaling van een enkele schuldeiser – voor zover [naam bedrijf 1] als schuldeiser van Omega kan worden aangemerkt – zodat in dat geval vaststaat dat de overige schuldeisers van Omega hierdoor zijn benadeeld.

Betalingen na faillissement

4.17. Voor de vordering van de curator tot betaling aan de boedel van gefailleerde van de na faillissementsdatum op de bankrekening van Omega ontvangen bedragen wordt, gezien de samenhang met de vordering in reconventie van Alpha Beheer, verwezen naar hetgeen daarover hierna in 4.18 en verder wordt beslist.

In conventie en in reconventie

Betalingen na faillissement

4.18. Vast staat dat na het faillissement van Omega in ieder geval voor een bedrag van € 22.455,76 aan betalingen is binnengekomen op de bankrekening van Omega. Tussen partijen is niet in geschil dat een bedrag van € 2.066,85 daarvan aan de boedel moet worden uitbetaald, zodat de vordering voor zover het dit bedrag betreft voor toewijzing aan de curator gereed ligt.

4.19. Het resterende bedrag van € 20.388,91 betreft betalingen aan Omega van [naam bedrijf 2], [naam bedrijf 3], [naam bedrijf 4] en [naam bedrijf 5]. Alpha Beheer stelt zich op het standpunt dat de betreffende betalingen aan haar zijn overgedragen en dat de betaling aan Omega door de betreffende partijen een onmiskenbare vergissing betreft, zodat deze bedragen toekomen aan Alpha Beheer.

4.20. Uit vaste jurisprudentie volgt dat wanneer sprake is van een onmiskenbare vergissing, de curator handelt in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing, door uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald (HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 («JOR»

1997/102, m.nt. De Liagre Böhl en Faber; *red.*) (Ontvanger/Hamm q.q.). Voor zover de bedoelde vorderingen voorafgaand aan het faillissement van Omega rechtsgeldig aan Alpha Beheer zijn overgedragen, hebben de betreffende debiteuren niet bevrijdend c.q. onverschuldigd betaald aan de boedel. Alpha Beheer kan zich in dat geval voor betaling tot deze debiteuren wenden. Voor zover van een onmiskenbare vergissing sprake is, is het aan de betreffende debiteuren om zich jegens de curator daarop te beroepen. Alpha Beheer heeft geen aanspraak op rechtstreekse betaling door de curator. De vordering in reconventie van Alpha Beheer stuit hierop af.

4.21. De vordering van de curator in conventie om de na faillissementsdatum op de bankrekening van gefailleerde ontvangen bedragen van € 22.455,76 te betalen aan de boedel van Omega, zal gezien het bovenstaande worden toegewezen.

Onrechtmatigheid handelen curator wegens het niet opheffen van bankrekening Omega

4.22. Alpha Beheer vordert daarnaast in reconventie een verklaring voor recht dat de curator aansprakelijk is voor de schade die geleden is vanwege het niet opheffen van de ABN AMRO-rekening van Omega. Of de curator onrechtmatig heeft gehandeld door geen medewerking te verlenen aan deze opheffing, kan in het midden blijven. Tussen partijen is niet in geschil dat deze debetrente wordt betaald door [naam bedrijf 1]. [naam bedrijf 1] is geen partij bij deze procedure, zodat Alpha Beheer geen belang heeft bij de door haar gevorderde verklaring voor recht.

4.23. Gelet op het voorgaande zal de in conventie gevorderde verklaring voor recht dat het na faillissementsdatum op de bankrekening van gefailleerde ontvangen bedrag van € 22.455,76 toekomt aan de boedel van gefailleerde en de gevorderde medewerking van Alpha Beheer op straffe van een dwangsom worden toegewezen. De in reconventie door Alpha Beheer gevorderde verklaring voor recht dat de curator aansprakelijk is voor schade die is geleden wegens het niet opheffen van de ABN-AMRO-rekening van Omega en de gevorderde veroordeling tot betaling aan Alpha Beheer van het na faillissement ontvangen bedrag van € 20.388,91 zullen worden afgewezen. Om te voorkomen dat hoger beroepstermijnen ten aanzien van de beslissingen in conventie en in reconventie uit elkaar gaan lopen, zullen deze beslissingen nog niet in het dictum tot uitdrukking

worden gebracht. De beslissing over de proceskosten zal worden aangehouden tot de eindbeslissing in de zaak.

4.24. In afwachting van het verdere verloop van de procedure wordt iedere verdere beslissing aangehouden.

5. De beslissing

De rechtbank
in conventie

5.1. verwijst de zaak naar de rol van 1 april 2020 voor het nemen van een akte door de curator als bedoeld in r.o. 4.7;

5.2. verwijst de zaak naar de rol van 1 april 2020 voor het nemen van een akte door Alpha Beheer als bedoeld in r.o. 4.12;

in conventie en in reconventie

5.3. houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Hoe kan een beroep op art. 47 Fw (pauliana), dat zich richt tegen betalingen aan de moeder vennootschap na een eigen faillissementsaanvraag, worden gepareerd? In dit tussenvonniss loopt de rechter een veelvoud aan verweren af, waaronder de stelling dat sprake is van een samenstel van rechtshandelingen.

2. Alpha Beheer BV is enig aandeelhouder en bestuurder van Omega Textielveredeling BV. Alpha roomt regelmatig de bankrekening van haar dochter Omega af in verband met de groepsfinanciering en is daar in de dagen tussen de eigen faillissementsaanvraag (3 januari 2017) en de faillietverklaring van Omega (10 januari 2017) mee doorgestaan. Dat heeft geresulteerd in een aantal betalingen door Omega aan Alpha vlak voor faillissement, die kennelijk in het kader van de groepsfinanciering verplicht zijn verricht. Voorts heeft Alpha enkele dagen voor de faillissementsaanvraag, op 28 december 2016, de volledige debiteurenportefeuille van Omega gekocht. Op die debiteurenportefeuille rustte een pandrecht ten gunste van de uiteindelijke aandeelhouder van Alpha (hierna te noemen: X) ter zekerheid van de betaling van een schuld van Alpha aan X. De koopprijs van die debiteurenportefeuille ad € 393.034,61 heeft Alpha op 5 januari 2017 aan Omega voldaan. Een ongeveer gelijk bedrag, namelijk € 394.900, is diezelfde dag door Omega aan Alpha betaald.

3. De curator van Omega tracht onder meer de verplichte betalingen tussen het moment van de eigen faillissementsaanvraag en de faillietverklaring van Omega te vernietigen op grond van art. 47 Fw. Alpha stelt enkele reconvensionele vorderingen in, waaronder doorbetaling van bedragen die Omega na faillissement heeft ontvangen op aan Alpha gecedeerde vorderingen. De discussie leidt tot een uitspraak waarin veel leerstukken de revue passeren, waaronder de vraag (i) op welk moment benadeling van schuldeisers aanwezig moet zijn voor een geslaagd beroep op art. 47 Fw (r.o. 4.4), (ii) of een eenmaal gevestigd pandrecht op een bankrekening zich kan uitstrekken tot daarna binnenkomende betalingen van derden (r.o. 4.6) en (iii) of betalingen aan de failliet die zijn gedaan op vorderingen die reeds waren overgedragen (en waarvan dus al mededeling was gedaan aan de debiteur), moeten worden overgemaakt aan de cessionaris (r.o. 4.20).

4. Het meest in het oog springende leerstuk dat aan bod komt is dat van het samenstel van rechtshandelingen in het kader van het beroep op art. 47 Fw (zie voor een algemene verhandeling over dit leerstuk onder meer Wessels *Insolventierecht II* 2019 nrs. 3053-3056; Van der Weijden *De Faillissementspauliana* 2012, p. 167-182 en Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2017, par. 5.1.6). Dit leerstuk komt aan de orde door het verweer van Alpha dat de voornoemde betaling van Omega van € 394.900 een terugbetaling was van de koopsom voor de debiteurenportefeuille die Alpha eerder die dag aan Omega had betaald. Volgens Alpha zou de betaling van Omega geen benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben omdat deze in samenhang moet worden gezien met de verkoop van de debiteurenportefeuille en het pandrecht dat X op die debiteurenportefeuille had. Alpha stelt dit pandrecht te mogen uitwinnen op basis van een volmacht die zij daartoe van X heeft ontvangen. De (nadelige) gevolgen van deze rechtshandelingen zouden daarom in onderling verband moeten worden beoordeeld (HR 19 december 2008, «JOR» 2009/172 (*Air Holland*)). Indien de verkoop van de debiteurenportefeuille en de terugbetaling van de koopsom niet hadden plaatsgevonden, dan zouden de overige crediteuren immers ook niet hebben geprofiteerd van (de opbrengst van) die vorderingen, gezien het pandrecht van X – zo redeneert Alpha. De (overige) schuldeisers van Omega

hadden zich dus linksom of rechtsom niet op de debiteurenportefeuille kunnen verhalen.

5. Zoals volgt uit HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. Faber (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*), r.o. 3.5.2, moet de vraag of sprake is van benadeling van schuldeisers 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. Deze vergelijking creëert een opening voor het “*linksom-of-rechtsom*-argument” zoals door Alpha gehanteerd. Echter moet dan wel worden vastgesteld dat de terugbetaling van de koopsom inderdaad met de verkoop van de debiteurenportefeuille en het pandrecht van X als samenstel van rechtshandelingen kan worden beschouwd. Voor de beoordeling van de vraag of sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, is beslissend de bedoeling van de betrokken partijen, die mede kan blijken uit de inhoud van de desbetreffende rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan, mede blijkens de formulering van de daarvan eventueel opgemaakte akten en de samenhang tussen die rechtshandelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen (HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21, m.nt. Schilfgaarde (*Smit/Van Hees q.q.*). Feitelijk wordt dan gezocht naar een voorwaardelijkheid: werd de debiteurenportefeuille aan Alpha verkocht onder de voorwaarde dat de opbrengst aan Alpha/X zou toekomen bij wijze van (substituut voor de) uitwinning van het pandrecht (r.o. 4.11 en vgl. HR 10 december 1976, *NJ* 1977/617 (*Curatoren Eneca/BACM*))? De rechtbank oordeelt dat Alpha een dergelijke samenhang tot zover nog niet heeft weten aan te tonen, onder meer omdat zij eerst stelde dat de betaling een “afroering van de bankrekening van Omega” was en vervolgens dat het een “terugbetaling van de koopprijs” was.

6. Interessant is dat de curator een vergelijking maakt met HR 23 april 1999, «JOR» 1999/109, m.nt. Verhagen (*Van Gorp q.q./Rabobank*), welk arrest vaak wordt genoemd in samenhang met HR 19 november 2004, «JOR» 2005/19, m.nt. Steijker (*ING/Gunning q.q.*). In deze arresten was de vraag aan de orde of de bank een in het zicht van faillissement – of na faillissement – binnenkomende betaling op de rekening van de schuldenaar mag verrekenen, indien die betaling de koopsom betreft van een aan de bank in zeker-

heid gegeven zaak. Ook hier betoogden de banken dat zij linksom of rechtsom recht zouden hebben gehad op de verkoopopbrengst van de zaken, ongeacht of er sprake was van een executoriale verkoop of een onderhandse verkoop door de schuldenaar. De art. 53 respectievelijk 54 Fw – die net als de pauliana onoorbare benadeling van schuldeisers beogen te voorkomen – zouden daarom volgens de banken niet van toepassing moeten zijn. De Hoge Raad oordeelde echter dat het *linksom-of-rechtsom*-argument in het kader van deze benadelingsvraag niet opgaat: de bank mag niet verrekenen als sprake is van een verkoop van de verpande/verhypotheekte zaak buiten executie van het zekerheidsrecht om. Men kan zich afvragen waarom het *linksom-of-rechtsom*-argument dan wel geldig zou zijn in het kader van een paulianaberoep. In het onderhavige tussenvonnissen overweegt de rechtbank ten aanzien van deze vergelijking simpelweg dat het in casu niet gaat om een verrekening, en de toets van art. 53 of 54 Fw dus niet aan de orde is. Dat oordeel lijkt mij in lijn met de huidige jurisprudentie (met name Diepstraten/Gilhuis q.q.).

7. Toch inspireert de vergelijking met Van Gorp/Rabobank tot de vraag wat het oordeel zou zijn geweest als Alpha de koopprijs van de debiteurenportefeuille direct had verrekend. Het ING/Gunning q.q.-arrest zou dan niet van toepassing zijn, al is het alleen al omdat Alpha geen bank is die een betaling van een derde (koper) binnenkrijgt op de rekening van haar schuldenaar. De verrekening zou ook overigens niet onder de toepassing van art. 54 Fw zijn gevallen omdat geen sprake is van een overname van een schuld (noch een situatie die daarmee gelijk moet worden gesteld), maar dat zou de eventuele toepasselijkheid van art. 42/47 Fw en 6:162 BW onverlet laten (HR 10 juli 2015, «JOR» 2015/282, m.nt. Faber (*Wemaro*)). Kortom: de curator had in geval van verrekening door Alpha zijn pijlen moeten richten op vernietiging van de verkoop op grond van pauliana omdat die benadelend is in samenhang met de daaropvolgende verrekening. De verkoopopbrengst was dan immers slechts aan één schuldeiser (Alpha) toegekomen (vgl. HR 22 mei 1992, NJ 1992/526 (*Bosselaar/Interniber*)). Ook dan zou de vraag zijn: waren de verkoop en verrekening benadelend in die zin dat de overige schuldeisers van de opbrengst van de debiteurenportefeuille hadden geprofiteerd in het hypo-

thetische scenario dat de verkoop en verrekening niet hadden plaatsgevonden?

8. Inmiddels heeft de rechtbank in deze procedure eindvonnis gewezen (Rb. Rotterdam 1 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6671). Onder meer is daarin de vordering van de curator tot vernietiging van de betaling van € 394.900 door Omega aan Alpha op grond van art. 47 FW toegewezen. De rechtbank oordeelde ook na verdere bewijslevering door Alpha dat deze betaling geen samenstel van rechtshandelingen vormde met de verkoop van de debiteurenportefeuille. Dit bleek immers onvoldoende uit de relevante stukken, zoals de koopovereenkomst en de volmacht die Alpha van X had ontvangen teneinde het pandrecht op de debiteurenportefeuille uit te winnen.

mr. S.H. Wiggers
advocaat bij Bergh Stoop & Sanders te Amsterdam