



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolencies : naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling

de Weijs, R.J.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Weijs, R. J. (2010). *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolencies : naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling.*

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Inhoudsopgave

Voorwoord	V
Lijst van afkortingen	VII
1. Inleiding	
1.1 Aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling	1
1.2 Objectieve versus subjectieve criteria	2
1.2.1 Onderscheid tussen objectieve en subjectieve criteria	2
1.2.2 Voor- en nadelen van subjectieve en objectieve criteria	4
1.3 Onderzoeksvraag: <i>mogelijkheid</i> en <i>wenselijkheid</i> objectieve regeling	6
1.4 Drie basisvormen van schuldeisersbenadeling	8
1.4.1 Eerste vorm van benadeling: inbreuk op integriteit verhaalsvermogen	12
1.4.1.1 Eerste subvorm: handelingen om niet of met significant waardeverschil	12
1.4.1.2 Tweede subvorm: middellijke benadeling	12
1.4.1.3 Doelen tegengaan eerste vorm van benadeling	13
1.4.2 Tweede vorm van benadeling: doorbreking <i>paritas creditorum</i>	14
1.4.2.1 Eerste subvorm: voldoening anders dan waartoe gehouden	15
1.4.2.2 Tweede subvorm: voldoening waartoe gehouden	15
1.4.2.3 Doelen tegengaan tweede vorm van benadeling	16
1.4.2.3.1 Gelijke verdeling	16
1.4.2.3.2 Hogere opbrengsten, lagere kosten en bevorderen <i>work out</i>	17
1.4.2.4 Inbreuken integriteit verhaalsvermogen vs. doorbreking <i>paritas</i>	20
1.4.3 Derde vorm van benadeling: dubbele opstelling aandeelhouder	25
1.4.3.1 Eerste subvorm: financieren met leningen	27
1.4.3.2 Tweede subvorm: financieren met garanties	30
1.4.3.3 Doel tegengaan van derde vorm van benadeling	31
1.4.3.4 Verhouding derde vorm tot eerste twee vormen	31
1.5 Grenzen aan aantastbaarheid van handelingen	32
1.5.1 Respect voor het handelen van de schuldenaar	33
1.5.2 Contractuele zekerheid/finaliteit	34
1.5.3 Geen schade voor rekening van derden zonder verwijt	35
1.5.4 Geen belemmering van reorganisatiemogelijkheden	37
1.6 Twee methoden van rechtsvergelijking: dogmatisch en functioneel	38

1.7	Leeswijzer	40
1.7.1	Structuur en opbouw van de hoofdstukken	40
1.7.2	Gebruikte terminologie	41
2.	Duits recht	43
2.1	Inleiding	43
2.1.1	Gronden voor het openen van een insolventieprocedure	44
2.1.2	<i>Insolvenzanfechtung</i>	46
2.1.2.1	De verschillende aantastingsgronden	46
2.1.2.2	Algemene uitgangspunten	48
2.1.2.3	Inroepen en gevolgen	49
2.2	Aantastingsgronden	52
2.2.1	Artikel 130 InsO: <i>kongruente Deckung</i>	52
2.2.1.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 130 InsO	53
2.2.1.2	Objectieve vereisten artikel 130 InsO	57
2.2.1.3	Subjectieve vereisten artikel 130 InsO	60
2.2.2	Artikel 131 InsO: <i>inkongruente Deckung</i>	62
2.2.2.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 131 InsO	63
2.2.2.2	Objectieve vereisten artikel 131 InsO	63
2.2.2.3	Subjectieve vereisten artikel 131 InsO of het ontbreken daarvan	71
2.2.2.3.1	Ontbreken subjectief criterium: maand voor aanvraag (en daarna)	71
2.2.2.3.2	Ontbreken subjectief criterium: betalingsonmacht	73
2.2.2.3.3	Subjectief criterium derde grond: wetenschap zijdens wederpartij	73
2.2.3	Artikel 132 InsO: <i>unmittelbare Benachteiligung</i>	76
2.2.3.1	Doel en rechtvaardiging artikel 132 InsO	77
2.2.3.2	Objectieve vereisten artikel 132 InsO	79
2.2.3.3	Subjectieve vereisten artikel 132 InsO	82
2.2.4	Artikel 133 InsO: <i>vorsatzliche Benachteiligung</i>	82
2.2.4.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 133 InsO	83
2.2.4.2	Objectieve vereisten artikel 133 InsO	84
2.2.4.3	Subjectieve vereisten artikel 133 InsO	86
2.2.4.3.1	Structuur artikel 133 InsO	86
2.2.4.3.2	Invulling subjectieve vereisten artikel 133 InsO	87
2.2.4.3.3	Enige gevallen onder artikel 133 InsO	89
2.2.5	Artikel 134 InsO: <i>unentgeltliche Leistung</i>	94
2.2.5.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 134 InsO	94
2.2.5.2	Objectieve vereisten artikel 134 InsO	95
2.2.5.3	Ontbreken subjectieve elementen artikel 134 InsO	97
2.2.6	Artikel 135 en 136 InsO	97
2.3	Duits recht en een dubbele opstelling van aandeelhouders	98
2.3.1	Achterstelling van aandeelhoudersleningen in én voor formele insolventie	98

2.3.1.1	Achterstelling van aandeelhoudersleningen <i>in</i> insolventie (artikel 39 InsO)	101
2.3.1.2	Terugbetalingen aandeelhoudersleningen <i>vóór</i> formele insolventie	103
2.3.1.3	Zekerheden voor aandeelhoudersleningen	104
2.3.2	Vermindering van <i>exposure</i> van aandeelhouders	105
2.4	Schuldeisersbescherming en onrechtmatige daad (artikel 823 en 826 BGB)	106
2.4.1	De positie van de wederpartij	107
2.4.2	De positie van de schuldenaar/bestuurder van de schuldenaar	109
2.5	Conclusies Duitsland	110
2.5.1	Onderscheid inbreuk integriteit verhaalsvermogen en doorbreking <i>paritas</i>	110
2.5.2	Bescherming integriteit verhaalsvermogen	112
2.5.2.1	Handelingen om niet of met een waardeverschil	113
2.5.2.2	Handelingen die middellijk tot benadeling leiden	115
2.5.3	Bescherming van <i>paritas creditorum</i>	116
2.5.3.1	Voldoening anders dan waartoe gehouden	117
2.5.3.2	Voldoening waartoe gehouden	118
2.5.4	Bescherming tegen dubbele opstelling van aandeelhouders	119
2.5.4.1	Leningen en zekerheden	120
2.5.4.2	Garanties door de aandeelhouder	120
3.	Engels recht	123
3.1	Inleiding	123
3.1.1	Verschillende procedures	124
3.1.2	<i>Transaction avoidance in insolvencies</i>	126
3.1.2.1	De verschillende aantastingsgronden	126
3.1.2.2	Algemene uitgangspunten	127
3.1.2.3	Inroepen en gevolgen	129
3.2	Aantastingsgronden	130
3.2.1	Artikel 238 IA: <i>Transactions at an undervalue</i>	130
3.2.1.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 238 IA	131
3.2.1.2	Objectieve vereisten artikel 238 IA	135
3.2.1.3	Subjectieve vereisten artikel 238 IA	142
3.2.2	Artikel 239 IA: <i>Preferences</i>	145
3.2.2.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 239 IA	146
3.2.2.2	Objectieve vereisten artikel 239 IA	153
3.2.2.3	Subjectieve vereisten artikel 239 IA: <i>influenced by a desire to prefer</i>	157
3.2.2.4	Een <i>preference</i> -regel zonder subjectieve vereisten: Amerikaans recht	162
3.2.3	Artikel 244 IA: <i>Extortionate Credit Transactions</i>	164
3.2.4	Artikel 245 IA: <i>Floating Charges given for past value</i>	167
3.2.4.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 245 IA	168
3.2.4.2	Objectieve vereisten artikel 245 IA	171

3.2.4.3	Subjectieve vereisten artikel 245 IA	174
3.2.5	Artikel 423 IA: <i>Transactions defrauding creditors</i>	175
3.2.5.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 423 IA	176
3.2.5.2	Objectieve vereisten artikel 423 IA	178
3.2.5.3	Subjectieve vereisten artikel 423 IA	180
3.2.6	<i>Pari passu rule of distribution</i> en het fixatiebeginsel	184
3.3	Engels recht en een dubbele opstelling van aandeelhouders	189
3.3.1	Achterstelling van aandeelhoudersleningen in Engeland en VS	190
3.3.1.1	Geen achterstelling van aandeelhoudersleningen in Engeland	190
3.3.1.1.1	De Amerikaanse benadering van aandeelhoudersleningen	194
3.3.1.2	Betalingen op aandeelhoudersleningen voor formele insolventie	199
3.3.1.3	Zekerheden voor aandeelhoudersleningen	199
3.3.2	Vermindering van <i>exposure</i> van aandeelhouders: <i>a preference</i>	200
3.4	Schuldeisersbescherming en <i>tort</i> en <i>misfeasance</i>	200
3.4.1	De positie van de wederpartij	201
3.4.2	De positie van de schuldenaar/bestuurder van de schuldenaar	202
3.5	Conclusies Engeland	205
3.5.1	Onderscheid inbreuk integriteit verhaalsvermogen en doorbreking <i>paritas</i>	206
3.5.2	Bescherming integriteit verhaalsvermogen	207
3.5.2.1	Handelingen om niet of met een waardeverschil	207
3.5.2.2	Handelingen die middellijk tot benadeling leiden	208
3.5.3	Bescherming van <i>paritas creditorum</i>	209
3.5.3.1	Voldoening anders dan waartoe gehouden	210
3.5.3.2	Voldoening waartoe gehouden	211
3.5.4	Bescherming tegen dubbele opstelling van aandeelhouders	212
3.5.4.1	Leningen en zekerheden	212
3.5.4.2	Garanties door de aandeelhouder	212
4.	Nederlands recht	215
4.1	Inleiding	215
4.1.1	Verschillende insolventieprocedures en de BW-pauliana	218
4.1.2	Faillissementspauliana	219
4.1.2.1	De verschillende vernietigingsgronden	219
4.1.2.2	Gevolgen van een geslaagd beroep	220
4.2	Vernietigingsgronden	222
4.2.1	Artikel 42 lid 2 Fw: onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet	222
4.2.1.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 42 Fw (anders dan om niet)	223
4.2.1.2	Objectieve vereisten artikel 42 Fw (anders dan om niet)	226
4.2.1.2.1	Rechtshandeling verricht door de schuldenaar voor faillissement	226

4.2.1.2.2	Onverplicht: twee typen van onverplichte rechtshandelingen	236
4.2.1.2.3	Anders dan om niet	238
4.2.1.2.4	Benadeling van schuldeisers	240
4.2.1.3	Subjectief vereiste artikel 42 Fw: ‘wetenschap van benadeling’	244
4.2.1.3.1	Hoge Raad: ‘met een redelijke mate van waarschijnlijkheid’	244
4.2.1.3.2	Het belang van ‘faillissementsdreiging’	246
4.2.1.3.3	Bewijsvermoedens inzake wetenschap van benadeling	250
4.2.1.4	Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling	251
4.2.1.4.1	Benadeling schuldenaar wegens waardeverschil in prestaties	258
4.2.1.4.2	<i>Arm's length sales</i> benadelend voor de schuldeisers	260
4.2.1.4.3	Incongruente voldoeningen	263
4.2.1.4.4	Nieuwe zekerheden voor vers krediet	265
4.2.1.4.5	Herstructureringen	269
4.2.1.4.6	Over het graf-rechtshandelingen	274
4.2.2	Artikel 42 lid 1 Fw: aantasting van onverplichte rechtshandelingen om niet	277
4.2.2.1	Doel en rechtvaardiging artikel 42 Fw (om niet)	277
4.2.2.2	Objectieve vereisten artikel 42 Fw (om niet)	278
4.2.2.3	Subjectieve vereisten artikel 42 Fw (om niet)	278
4.2.3	Artikel 47 Fw: aantasting van verplichte rechtshandelingen	279
4.2.3.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 47 Fw	279
4.2.3.2	Objectieve vereisten	282
4.2.3.2.1	Verplicht	282
4.2.3.2.2	Rechtshandeling van de schuldenaar	283
4.2.3.2.3	Benadeling van de schuldeisers	286
4.2.3.3	Subjectieve vereisten	287
4.2.3.3.1	Wetenschap van faillissementsaanvraag	287
4.2.3.3.2	‘Samenspanning’	288
4.2.3.4	Waarom samenspannen?	291
4.2.3.4.1	Nauwe band tussen schuldenaar, bestuurder en schuldeiser	291
4.2.3.4.2	Borgstelling door bestuurder	292
4.2.3.5	Verhouding van artikel 47 Fw tot artikel 42 Fw	296
4.2.4	Artikel 3.2.5 VO: verplichte rechtshandelingen in het Voorontwerp	300
4.2.4.1	Doel en rechtvaardiging van artikel 3.2.5 VO	301
4.2.4.2	Objectieve vereisten: een onduidelijk werkingsgebied	301
4.2.4.3	Subjectieve vereisten	305
4.2.4.3.1	Een driedubbele, open norm	305
4.2.4.3.2	Enkel subjectieve criteria en geen objectieve criteria	306
4.2.4.3.3	Ontbreken van bewijsvermoedens: geen codificatie van HR Cikam	307

4.2.4.3.4	Verrekeningsverbod & pauliana: één norm, een enorme vergissing	307
4.3	Nederlands recht en een dubbele opstelling van aandeelhouders	310
4.3.1	Positie van aandeelhoudersleningen rond faillissement	311
4.3.1.1	Achterstelling van aandeelhoudersleningen <i>in</i> faillissement	312
4.3.1.1.1	Grondslagen voor inbreuk op de <i>paritas</i> : Nimox en Ontvanger/Hamm	315
4.3.1.1.2	Voorontwerp nieuwe Insolventiewet	317
4.3.1.1.3	Carrier 1 en One.Tel	318
4.3.1.1.4	Conclusie: achterstelling reeds mogelijk	322
4.3.1.2	Betalingen op aandeelhoudersleningen <i>vóór</i> faillissement	322
4.3.1.3	Zekerheden voor aandeelhoudersleningen	324
4.3.2	Vermindering <i>exposure</i> aandeelhouder: wel verdacht, veelal niet paulianeus	329
4.4	De verhouding tussen pauliana en onrechtmatige daad	332
4.4.1	De positie van de wederpartij	333
4.4.1.1	De literatuur is verdeeld	333
4.4.1.2	Argumenten tegen een <i>lex specialis/lex generalis</i> verhouding	337
4.4.1.2.1	Grondslagen van de pauliana en de onrechtmatige daad	337
4.4.1.2.2	Bewijsvermoedens verruimen pauliana buiten onrechtmatige daad	339
4.4.1.2.3	Subjectieve elementen pauliana en onrechtmatige daad	339
4.4.1.2.4	‘Controle’ onder de onrechtmatige daad en onder de pauliana	343
4.4.1.2.5	Onrechtmatige daad verwijt beperkt effectiviteit pauliana	345
4.4.1.2.6	Regeren over het graf: niet per se onrechtmatig, wel paulianeus	347
4.4.1.2.7	Rechtsvergelijkend	348
4.4.1.3	Rechtspraak over samenloop tussen onrechtmatige daad en pauliana	348
4.4.1.4	Sancties pauliana vs. sancties onrechtmatige daad	350
4.4.2	De positie bestuurder van de failliet bij paulianeuze handeling	354
4.5	Conclusies en aanbevelingen Nederland	355
4.5.1	Onderscheid inbreuk integriteit verhaalsvermogen en doorbreking <i>paritas</i>	356
4.5.1.1	Aanbevelingen: onderscheid tussen vormen van benadeling	358
4.5.1.1.1	Eerste aanbeveling: regeling <i>Bargeschäft/new value transactions</i>	358
4.5.1.1.2	Tweede aanbeveling: onderscheid verhaalsvermogen/ <i>paritas</i>	358
4.5.2	Bescherming van integriteit verhaalsvermogen	359
4.5.2.1	Handelingen om niet of met een waardeverschil	359
4.5.2.2	Handelingen die middellijk tot benadeling leiden	360

4.5.2.3	Aanbevelingen	360
4.5.2.3.1	Derde aanbeveling: flexibele benadering inbreuken op integriteit	361
4.5.2.3.2	Vierde aanbeveling: weg met de boemerang van artikel 51 lid 3 Fw	362
4.5.2.3.3	Vijfde aanbeveling: een ten dele objectieve regeling	365
4.5.3	Bescherming van <i>paritas creditorum</i>	366
4.5.3.1	Voldoening anders dan waartoe gehouden	366
4.5.3.2	Voldoening waartoe gehouden	367
4.5.3.3	Aanbevelingen	368
4.5.3.3.1	Zesde aanbeveling: separate en gedeeltelijk objectieve regeling	368
4.5.3.3.2	Zevende aanbeveling: naar een flexibele benadering	369
4.5.3.3.3	Achtste aanbeveling: codificatie van bewijsvermoedens	370
4.5.3.3.4	Negende aanbeveling: inperking voorrechten	371
4.5.4	Bescherming tegen dubbele opstelling van aandeelhouders	372
4.5.4.1	Leningen en zekerheden	373
4.5.4.2	Garanties	374
4.5.4.3	Aanbevelingen	374
4.5.4.3.1	Tiende aanbeveling: vooruit met de achterstelling!	374
4.5.4.3.2	Elfde aanbeveling: terugbetaling aandeelhouders onverplicht	375
4.5.4.3.3	Twaalfde aanbeveling: zekerheden aandeelhouder niet afdwingbaar	376
4.5.4.3.4	Dertiende aanbeveling: directe vordering jegens aandeelhouder	376
5.	Rechtsvergelijking en conclusies	377
5.1	Inleiding	377
5.2	Algemene rechtsvergelijkende conclusies	379
5.2.1	Geen eenduidige keuzes voor objectieve of subjectieve criteria	379
5.2.2	Voor zover gehanteerd, belang subjectieve criteria wederpartij beperkt	381
5.2.3	Karakter van het leerstuk	382
5.2.3.1	Geen onrechtmatige daad...	382
5.2.3.2	...maar een rechtsfiguur <i>sui generis</i> met een goederenrechtelijk karakter	383
5.3	Gevolgen gebrekkig onderscheid inbreuk integriteit en doorbreking <i>paritas</i>	385
5.3.1	Problematische inpassing van <i>quid pro quo</i> handelingen	386
5.3.2	Ontbreken temporele begrenzing <i>paritas creditorum</i>	387
5.3.3	Problematische inpassing van zekerheden voor oude schulden	388
5.4	Inbreuken integriteit verhaalsvermogen	390
5.4.1	Handeling om niet of met een waardeverschil	390
5.4.1.1	Handelingen om niet	390
5.4.1.2	Handelingen anders dan om niet met een waardeverschil	394

5.4.2	Handelingen die middellijk tot benadeling leiden	398
5.5	Doorbreking <i>paritas creditorum</i>	401
5.5.1	Voldoeningen <i>anders</i> dan waartoe gehouden	407
5.5.2	Voldoeningen waartoe gehouden	407
5.6	Dubbele opstelling aandeelhouder	408
5.6.1	Leningen en zekerheden	409
5.6.1.1	Aandeelhoudersleningen <i>in</i> formele insolventie	409
5.6.1.2	Terugbetaling aandeelhoudersleningen voor formele insolventie	416
5.6.1.3	Zekerheden voor aandeelhoudersleningen	418
5.6.2	Garanties	420
5.7	Conclusie	422
6.	Appendix: nadere invulling European Principles of Insolvency Law	425
6.1	Inleiding	425
6.2	<i>Principles of European Insolvency Law; Juridical acts subject to reversal</i>	426
6.2.1	Onderscheid naar vormen van benadeling	427
6.3	Inbreuken integriteit verhaalsvermogen	428
6.3.1	Handelingen om niet of met een waardeverschil	429
6.3.1.1	Ongedaan maken van bevoordeling	430
6.3.1.2	Ongedaan maken van benadeling die de bevoordeling overstijgt	430
6.3.2	Handelingen zonder waardeverschil	431
6.3.3	Handelingen die opzettelijk integriteit verhaalsvermogen aantasten	432
6.4	Doorbreking van <i>paritas creditorum</i>	434
6.4.1	Onverplichte voldoening	435
6.4.2	Verplichte voldoening	438
6.4.3	Regeling van <i>quid pro quo</i> handelingen	441
6.5	Dubbele opstelling aandeelhouders	442
6.5.1	De positie van leningen van aandeelhouders	443
6.5.1.1	De positie van leningen van aandeelhouders <i>in</i> formele insolventie	443
6.5.1.2	De positie van leningen van aandeelhouders <i>voor</i> formele insolventie	444
6.5.1.3	Zekerheden ten behoeve van leningen van aandeelhouders	444
6.5.2	Vermindering van <i>exposure</i> van aandeelhouder	445
6.6	<i>Reversal of Juridical acts</i> nader ingevuld	446
7.	Samenvatting	451
7.1	Drie vormen van schuldeisersbenadeling	451
7.2	Onderzoeksvraag: mogelijkheid en wenselijkheid van een objectieve regeling	452

7.3	Ongelukkige, uniforme keuze Nederland, geen uniforme keuze Engeland en Duitsland	453
7.4	Conclusie	455
8.	Summary	457
8.1	Three categories of acts prejudicing creditors	457
8.2	The possibility and desirability of an objective rule?	458
8.3	Only a uniform approach in Dutch law	460
8.4	Conclusion	462
	Literatuur	465
	Trefwoordenregister	481