



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

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

de Weijs, R.J.

Publication date
2010

[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*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam].

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.

1 Inleiding

“Het faillissement is eene rechtswelddaad zoowel in het belang van den schuldenaar, als van de gezamenlijke schuldeischers.”¹

1.1 Aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling

Het faillissement is een weldaad, zowel voor de schuldeisers als voor de schuldenaar, aldus Dentz van Schaïck in 1884. De schuldenaar in het nauw, bij wie de schulden boven het hoofd zijn gegroeid, krijgt een curator toegewezen die het aanspreekpunt voor de ongedurige schuldeisers vormt. De schuldeisers krijgen met het uitspreken van het faillissement duidelijkheid omtrent hun positie. Zij hoeven geen individuele pogingen meer te ondernemen om hun vordering door de schuldenaar voldaan te krijgen. De schuldeisers dienen hun vordering in bij de curator die de schuldeisers overeenkomstig hun rang pro rata uit de beschikbare opbrengst voldoet.

Hoewel het faillissement een heilzaam en noodzakelijk instrument is in het economische verkeer, zullen de betrokkenen het in een concreet geval eerder als een vloek dan als een zegen beschouwen. Wat er ook moge zijn van nut en noodzaak om het vermogen van de schuldenaar op een ordentelijke wijze te vereffenen, de schuldenaar verliest de beschikking over zijn vermogen en de ongesecureerde schuldeisers krijgen in de regel niets of slechts enkele procenten op hun vordering uitbetaald en veelal pas na geruime tijd.

Deze weinig aantrekkelijke vooruitzichten kunnen zowel voor de schuldenaar als voor de schuldeisers een prikkel vormen om voor het faillissement nog bepaalde handelingen te verrichten. Waar elk ontwikkeld rechtsstelsel een formele insolventieprocedure kent, kent ook elk ontwikkeld rechtsstelsel rechtsfiguren die grenzen stellen aan de vrijheid van de schuldenaar om *voorafgaand* aan de formele insolventie onaantastbaar handelingen te verrichten. In Nederland is dat de *faillissementspauliana* en in Duitsland de *Insolvenzanfechtung*. In Engeland is een dergelijk uniform leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling niet tot ontwikkeling gekomen en worden de schuldeisers beschermd door een veelheid van verschillende bepalingen en rechtsfiguren, tezamen aangeduid als het leerstuk van *antecedent transactions* of *transaction avoi-*

¹ Th. G. Dentz van Schaïck, ‘Iets over den competenten rechter in zake faillietverklaringen’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1884, p. 164.

dance in insolvencies. Het betreft in de verschillende landen een sluitstuk van het recht. Het gaat er om handelingen die in beginsel geldig door handelingsbekwame en beschikkingsbevoegde partijen zijn verricht, toch hun werking te ontzeggen. De reden daarvoor is steeds dat de handeling de schuldeisers van een van de partijen benadeelt.

1.2 Objectieve versus subjectieve criteria

1.2.1 Onderscheid tussen objectieve en subjectieve criteria

In beginsel heeft elke handeling verricht door de schuldenaar de potentie om tot benadeling van zijn schuldeisers te leiden. Niet alleen de schenking aan een familielid leidt in geval van insolventie van de schenker tot benadeling, maar ook de normale betaling van een vordering vlak voor insolventverklaring leidt ertoe dat minder overblijft voor de overige schuldeisers. Zelfs de overdracht van een goed tegen de marktprijs kan tot benadeling leiden. Hiervan zal onder andere sprake zijn indien de opbrengst meteen verbrast wordt, of wanneer de opbrengst op een rekening met een debetstand wordt betaald. Bij het opstellen van een regel die grenzen stelt aan de vrijheid van handelen voor formele insolventie, biedt de enkele benadeling van schuldeisers een onvoldoende onderscheidend criterium. Het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling biedt dan ook niet zozeer een remedie tegen enkele benadeling van schuldeisers maar tegen een ‘*unfaire* benadeling’ of onrechtvaardige benadeling. De *International Working Group on European Insolvency Law*² betreft deze wezenlijke nuancerings dan ook terecht in haar formulering van het *Principle of Reversal of juridical acts*.

‘Reversal of juridical acts

A juridical act unfairly detrimental to the creditors performed by the debtor within a certain period of time before the opening of the proceeding,³ is subject to reversal. The administrator can recover or seek annulment of any benefit which has been obtained from the debtor.’

Men zal nadere criteria moeten geven om te bepalen welke benadelende handelingen wel en welke niet aantastbaar zijn. Bij het geven van nadere criteria kan in abstracto een onderscheid gemaakt worden tussen subjectieve en objectieve crite-

2 Experts van 10 lidstaten van de Europese Unie participeerden in deze groep. Zie voor 14 beginselen van Europees insolventierecht, W.W. McBryde and A. Flessner, ‘Principles of European Insolvency Law and General Commentary’, in: W.W. McBryde, A. Flessner en S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer: Kluwer 2003, p. 15-89.

3 ‘Opening of the proceeding’ verwijst hier naar de opening van een formele insolventieprocedure.

ria. Dit onderscheid wordt ook gehanteerd in de *Legislative Guide on Insolvency Law* opgesteld door Uncitral:

‘Approaches to establishing the criteria for avoidance actions vary considerably between insolvency laws both in terms of specific criteria and the manner in which they are combined in each law. In terms of the specific criteria, they can be broadly grouped as objective and subjective criteria.’⁴

Onder subjectieve criteria worden hier verstaan criteria die een bepaalde geestelijke gesteldheid van partijen betreffen. Hierbij kan in de eerste plaats gedacht worden aan *opzet* te benadelen of *wetenschap* van benadeling. Eveneens onder subjectieve criteria vallen criteria die in vergaande mate geobjectiveerd zijn, waarbij bijvoorbeeld niet alleen van belang is wat iemand wist, maar ook wat deze behoorde te weten. Subjectieve criteria hoeven niet direct op de benadeling zelf betrekking te hebben. Zo kunnen subjectieve criteria ook gevormd worden door de wetenschap van een faillissementsaanvraag of de wetenschap dat de schuldenaar onvoldoende middelen heeft om al zijn schuldeisers volledig te voldoen.

Objectieve criteria zijn die criteria die geen relevantie toekennen aan de mentale gesteldheid van partijen.⁵ Het duidelijkste voorbeeld van dergelijke criteria zijn termijnen. Men zou bijvoorbeeld kunnen bepalen dat alle handelingen verricht binnen een maand voor insolventverklaring aantastbaar zijn voor zover deze geleid hebben tot benadeling. Een ander voorbeeld van een objectief criterium is de insolventie van de schuldenaar. Men zou bijvoorbeeld een regel kunnen hanteren die stelt dat alle handelingen die hebben geleid tot benadeling van schuldeisers en die zijn verricht op een moment waarop de schuldenaar reeds materieel insolvent was, aantastbaar zijn, ongeacht of partijen wisten of behoorden te weten van deze insolventie.⁶ Ook de hoedanigheid van partijen, zoals het zijn van aandeelhouder van de schuldenaar, wordt hier beschouwd als een objectief criterium omdat dit niets van doen heeft met wetenschap of intenties van partijen. De hier gegeven voorbeelden van objectieve criteria gaan alle terug naar het moment van

4 United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2005, p. 137.

5 Het Uncitral rapport *Legislative Guide on Insolvency Law* (p. 137) noemt de volgende voorbeelden: ‘One approach emphasizes the reliance on generalized, objective criteria for determining whether transactions are avoidable. The question would be, for example, whether the transaction took place within the suspect period or whether the transaction evidenced any of a number of general characteristics set forth in the law (e.g. whether appropriate value was given for the assets transferred or the obligation incurred, whether the debt was mature or the obligation due or whether there was a special relationship between the parties to the transaction).’

6 De term subjectieve criteria wordt hier beperkt tot criteria die zien op de mentale gesteldheid van partijen, dus niet op de hoedanigheid van het zijn van een gerelateerde partij. Ook de vraag of een partij wel of niet materieel insolvent is ten tijde van het verrichten van de handeling wordt beschouwd als een objectief criterium. Zie anders Uncitral dat de vraag naar insolventie als een subjectief criterium beschouwt. Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 138: ‘Another approach emphasizes case-specific, subjective criteria such as whether there is evidence of intention to hide assets from creditors, whether the debtor was insolvent when the transaction took place or became insolvent as a result of the transaction, whether the transaction was unfair in relation to certain creditors and whether the counterparty knew that the debtor was insolvent at the time the transaction took place or would become insolvent as a result of the transaction.’

handelen en vormen. Men zou ook objectieve criteria kunnen hanteren die niet enkel zien op het tijdstip van handelen. De handeling wordt dan (mede) op haar effect beoordeeld en niet (enkel) op de omstandigheden waaronder deze is verricht. Men zou onder omstandigheden kunnen oordelen dat een handeling aantastbaar is indien het gevolg van de handeling is dat de schuldeisers ernstig benadeeld worden en de wederpartij een groot voordeel geniet ten koste van deze schuldeisers.

1.2.2 Voor- en nadelen van subjectieve en objectieve criteria

Er lijkt op het eerste gezicht veel voor het hanteren van subjectieve criteria te zeggen. Een eerste voordeel van het werken met subjectieve criteria is dat alle omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen en dat in die zin maatwerk kan worden geleverd. Een tweede voordeel van het hanteren van subjectieve criteria is dat contractuele finaliteit⁷ goed beschermd wordt. Slechts indien de wederpartij weet van bepaalde omstandigheden, moet hij rekening houden met de mogelijkheid dat de handeling aantastbaar is. Een derde voordeel is dat door het hanteren van subjectieve criteria, benadeling van derden niet op de wederpartij wordt afgewenteld zonder dat deze een verwijt kan worden gemaakt dat hij bewust de belangen van de gezamenlijke schuldeisers schaadt. Voor zover de wederpartij uiteindelijk slechter af is, zal hier in beginsel slechts ruimte voor zijn indien hem een dergelijk verwijt gemaakt kan worden.

Tegenover de voordelen van het hanteren van subjectieve criteria staat dat het tijdrovend en bewerkelijk is in rechte onderzoek te doen naar wat zich in het hoofd van partijen heeft afgespeeld.⁸ Dit geldt vooral indien het bewijs daarvan ten nadele komt van de persoon wiens subjectieve gesteldheid het betreft. Veelal zal hier met getuigenbewijs gewerkt moeten worden, hetgeen in de regel kostbaar is. Een ander nadeel van het in rechte moeten vaststellen van subjectieve criteria is dat de uitkomst van een procedure veelal onzeker zal zijn. Daar komt nog bij dat de vraag of de schuldenaar dan wel de wederpartij wist van de benadeling, de benadeling zelf niet verandert. Vanuit het perspectief van de benadeelde schuldeisers is de wetenschap van partijen dan ook irrelevant. Bridge is bijvoorbeeld om deze reden kritisch ten aanzien van het hanteren van subjectieve criteria aan de zijde van de schuldenaar bij de beoordeling of de bevoordeling (*preference*) van een schuldeiser boven de andere schuldeisers (*the subordinated creditors*) kan worden teruggedraaid. Hij schrijft:

7 Contractuele finaliteit betreft het beginsel dat partijen bij een overeenkomst er in beginsel op moeten kunnen vertrouwen dat het aangaan van en uitvoering geven aan overeenkomsten onaantastbaar geschiedt. Zie hierover verder § 1.5.2.

8 Zie in deze zin Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 139: 'Criteria that require proof of a number of elements for a successful avoidance action require court proceedings to be commenced by the insolvency representative for every transaction it wishes to overturn, potentially representing a major expense for the estate with no guarantee of a return. In jurisdictions that follow such an approach, lack of funding is a major reason for avoidance actions not proceeding.'

‘The pain of the subordinated creditor, adversely affected by the preference, is no less intense because the debtor did not mean to hurt him.’⁹

Een vierde nadeel van het werken met subjectieve criteria is dat dit een beschuldigend effect heeft op de wederpartij. De handeling wordt dan in beginsel toelaatbaar geacht, behoudens een bepaalde subjectieve gesteldheid. Het nadeel van een dergelijke benadering is dat een geschil tussen een aangesproken wederpartij en een bewindvoerder snel ontardt in een principekwestie waarbij de vraag naar het redresseren van de benadeling van de wederpartij eenvoudig ondergeschikt kan raken aan een dispuut over de vraag of de wederpartij zich schuldig heeft gemaakt aan moreel en ethisch laakbaar gedrag.¹⁰

Objectieve criteria hebben als voordeel dat deze normaliter eenvoudiger kunnen worden vastgesteld. Er hoeft geen onderzoek in rechte te worden verricht naar wat partijen wisten of beoogden. In die zin kan zowel het feitenonderzoek door de curator als het onderzoek in rechte eenvoudiger en goedkoper zijn.¹¹ Zo is de aantastingsgrond van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring eenvoudiger in rechte vast te stellen dan het oogmerk van een schuldenaar om bepaalde schuldeisers te bevoordelen.¹² Een bijkomend voordeel van objectieve criteria is dat deze de strijdende partijen beter de mogelijkheid geven hun kansen in een procedure in te schatten. Objectieve criteria kennen verder niet het manco dat het voor de benadeelde schuldeisers in beginsel weinig relevant is of de partijen de benadeling wel of niet beoogden of daarvan wisten. Ook zijn objectieve criteria eenvoudiger te hanteren doordat de bewindvoerder eenvoudig op de toepasselijke wettelijke bepalingen kan wijzen, zonder al dan niet expliciet het verwijt van onbehoorlijk handelen te hoeven maken.

Objectieve criteria zullen daarentegen als nadeel kunnen hebben dat weer onvoldoende de bijzondere omstandigheden van het geval verdisconteerd kunnen worden.¹³ Met name zullen constructies door partijen uitgedacht en opgetuigd ver voor faillissement moeilijk bestreden kunnen worden met enkel objectieve criteria. Ook lijken objectieve criteria het uitgangspunt van contractuele finaliteit min-

9 M. Bridge, ‘Collectivity, Management of Estates and the Pari Passu Rule in Winding-up’, in: J. Armour en H. Bennet (red.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, Oregon: Hart Publishing 2003, p. 18.

10 Zie over het probleem van dit beschuldigende effect hieronder uitgebreider § 4.4.1.2.5.

11 Zie in deze zin Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 138: ‘*In some States, a heavy reliance upon subjective criteria has led to considerable litigation and the imposition of extensive costs on insolvency estates. In order to avoid these costs, some laws have recently adopted a strictly objective approach of a short suspect period, such as three to four months, which in some cases is combined with an arbitrary rule that all transactions occurring within that period would be suspect unless there was a roughly contemporaneous exchange of value between the parties to the transaction.*’

12 Tussen verschillende objectieve criteria kunnen natuurlijk wel grote verschillen bestaan. Zo zal het bepalen of een handeling binnen een bepaalde periode voor de insolventverklaring heeft plaatsgevonden aanzienlijk eenvoudiger zijn dan het bepalen of de schuldenaar op het moment van handelen nog in staat was zijn opeisbare schulden te voldoen.

13 *Uncitral Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 137: ‘*While such generalized criteria may be easier to apply than criteria that rely upon proof, for example, of intent, they can also have arbitrary results if relied upon exclusively.*’

der goed te kunnen beschermen. Voor zover slechts objectieve criteria worden gehanteerd, kan een handeling in een opvolgende insolventieprocedure immers worden aangetast, ongeacht of de wederpartij wetenschap van bepaalde omstandigheden had. Verder bestaat het risico dat nadeel op iemand wordt afgewenteld zonder dat hem een verwijt kan worden gemaakt. Dit is moeilijk te rechtvaardigen indien de wederpartij handelde met een in beginsel beschikkingsbevoegde schuldenaar zonder in bepaalde mate te beseffen dat het handelen ten nadele van derden, hier de gezamenlijke schuldeisers, zou komen.

1.3 Onderzoeksvraag: *mogelijkheid en wenselijkheid* objectieve regeling

De centrale onderzoeksvraag van deze studie is in hoeverre het *mogelijk* en *wenselijk* is tot een regeling van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling te komen met enkel objectieve criteria. Het onderzoek beperkt zich daarbij tot formele insolventie¹⁴ van rechtspersonen.¹⁵

De beantwoording van de vraag in hoeverre het *mogelijk* is tot een objectieve regeling te komen valt in twee onderdelen uiteen.

Om te bezien in hoeverre het mogelijk is tot een objectieve regeling te komen zal ten eerste rechtsvergelijkend (hoofdstuk 2, 3 en 4) onderzocht worden in hoeverre het huidige¹⁶ Duitse, Engelse en het Nederlandse recht een objectieve of een subjectieve regeling hanteren voor de aantastbaarheid van benadelende handelingen. Deze hoofdstukken vormen daarmee bovenal een, op onderdelen kritische, beschrijving van het positieve recht in deze landen.

14 Veelal kent een rechtsstelsel ook regels die voorzien in de aantastbaarheid van bepaalde handelingen wegens schuldeisersbenadeling zonder dat sprake is van een formele insolventieprocedure. Zo kent het Engelse recht artikel 423 IA dat zowel binnen als buiten formele insolventie van toepassing. In Duitsland bestaat naast de *Insolvenzanfechtung* ook de gewone *Anfechtung* opgenomen in het *Anfechtungsgesetz*. In het Nederlandse recht is naast de artikelen 42 Fw en artikel 47 Fw toepasselijk in faillissement, artikel 3:45 BW toepasselijk op rechtshandelingen die hebben geleid tot benadeling van schuldeisers zonder dat sprake is van faillissement.

15 De focus is dus op rechtspersonen en voornamelijk op kapitaalvennootschappen. De insolventie van natuurlijk personen wordt, voor zover hiervoor afwijkende regels gelden, niet besproken.

16 Het streven naar een objectieve regeling staat haaks op het klassieke Romeinse recht waar subjectieve criteria de kern van het leerstuk vormden. Zie uitgebreid over de geschiedenis van de *actio pauliana*, J.A. Ankum, *De geschiedenis der "actio Pauliana"* (diss. Universiteit van Amsterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1962. In de Inleiding (p. 16, 17) schrijft Ankum: 'Wanneer wij de geschiedenis der *actio Pauliana* in vogelvlucht bezien, dan blijkt dat haar oorsprong ligt bij twee beschermingsmiddelen die de praetor vanaf de tweede eeuw vóór Chr. binnen het kader der praetorische vermogensexecutieprocedure (*bonorum venditio*) aan schuldeisers heeft verleend die zijn benadeeld ten gevolge van door hun debiteur verrichte bedrieglijke vermogensverminderingen, nl. de *restitutio in integrum ob fraudem* en het *interdictum fraudatorium*. De eerste – een nietigheidverklaring naar praetorisch recht – is slechts mogelijk tegen degene die met de bedrieglijke debiteur heeft gehandeld, indien hij met wetenschap van 's debiteurs *cosilium fraudis* heeft gehandeld of om niet heeft verkregen; de op de *restitutio* gebaseerde *actio rescissoria* kon oorspronkelijk tegen alle derden-verkrijgers worden ingesteld, doch sinds het begin van de keizertijd worden derden, die te goeder trouw onder bezwarende titel hebben verkregen beschermd. (...) In na-klassieke tijd is de *restitutio in integrum* verdwenen en alleen het *interdict* onder de naam *actio revocatoria* blijven bestaan. Het is deze *actio revocatoria* – in D. 22, 1, 38, 4 *actio Pauliana* genoemd – die door Justinianus in twee titels (D. 42, 8 en C. 7, 75) en enkele verspreide fragmenten van zijn codificatie is opgenomen.'

De tweede stap bij de beoordeling of een objectieve regeling mogelijk is, wordt gevormd door een analyse van de vraag of de objectieve regeling wel haar *doel*¹⁷ bereikt en geen onevenredige inbreuk maakt op *belangen* die haaks staan op die van de schuldeisers.¹⁸ Zowel het na te streven doel als de bescherming van deze belangen kunnen namelijk vergen dat subjectieve criteria worden gehanteerd. Voor zover men bijvoorbeeld als doel stelt gedrag tegen te gaan waarbij partijen opzettelijk derden benadelen, kan het geboden zijn ‘opzet’ als criterium te hanteren. Het hanteren van een dergelijk subjectief criterium zou dan de enige manier kunnen zijn om daadwerkelijk al die gevallen te bestrijken die men wil tegengaan, waaronder handelingen die ver voor het intreden van de insolventie hebben plaatsgevonden. Subjectieve criteria kunnen ook nodig zijn ter bescherming van de belangen die haaks staan op die van de benadeelde schuldeisers. Het subjectieve criterium vormt dan niet de grond voor het ingrijpen, maar een correctie.¹⁹ Men kan bijvoorbeeld oordelen dat een afwijkende betalingswijze op de valreep van een formele insolventieprocedure in principe reeds vanwege het moment en de wijze waarop betaling plaatsvond aantastbaar is, maar dat de belangen van de wederpartij slechts dienen te wijken, indien deze derde wist dat de schuldeisers benadeeld zouden worden.

Indien rechtsvergelijkend een objectieve regeling valt aan te wijzen die haar doelen bereikt zonder dat deze regeling onevenredig inbreuk maakt op belangen die haaks staan op die van de schuldeisers, kan geoordeeld worden dat een objectieve regeling mogelijk is.

Het antwoord op de vraag in hoeverre het *mogelijk* is tot een objectieve regeling te komen, beantwoordt nog niet de vraag of dit ook *wenselijk* is. Hierboven is in § 1.2.2 ingegaan op de respectieve voor- en nadelen van subjectieve en objectieve criteria. Per vorm van benadeling zal telkens bezien worden in hoeverre de gesignaleerde nadelen zich voordoen bij het hanteren van een subjectieve regeling. Voor zover een objectieve regeling de nadelen verbonden aan subjectieve criteria wegneemt zonder zelf nieuwe nadelen te creëren, kan geoordeeld worden dat een objectieve regeling ook *wenselijk* is.

17 Welke doelen gediend zijn met het voorzien in aantastbaarheid van benadelende handelingen wordt per vorm van benadeling uitgewerkt in § 1.4.

18 Welke belangen haaks staan op de belangen die met de aantastbaarheid worden nagestreefd, wordt uiteengezet in § 1.5.

19 Ten aanzien van het Nederlandse recht hanteert artikel 42 Fw ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet als vereiste dat zowel de schuldenaar als diens wederpartij moeten hebben gehandeld met de wetenschap van benadeling (zie § 4.2.1.3). Ten aanzien van de wetenschap van benadeling aan de zijde van de wederpartij kan de vraag gesteld worden wat de rol van deze wetenschap is. Is dit de grondslag van het ingrijpen omdat de wetgever oordeelt dat het handelen met deze wetenschap van benadeling dient te worden tegengegaan? Of is dit een correctie, in de zin dat de handeling op andere gronden aantastbaar is (bijvoorbeeld reeds enkel het benadelende effect) en dat de wetenschap van de wederpartij rechtvaardigt dat de gevolgen van deze aantastbaarheid ook aan de wederpartij kunnen worden tegengeworpen?

In hoofdstuk 5 wordt geconcludeerd dat het per vorm van benadeling telkens *mogelijk* en *wenselijk* is een, in elk geval ten dele, objectieve regeling op te stellen. Om niet in algemeenheden te blijven steken, zal niet enkel aangegeven worden in welke gevallen een objectieve regeling mogelijk en wenselijk is en wanneer toch subjectieve criteria noodzakelijk zijn. In een Appendix wordt een nadere regeling als invulling van de *European Principles of Insolvency Law* ten aanzien van *Reversal of juridical acts* uitgewerkt en toegelicht. Een dergelijke uitgewerkte regeling heeft ten eerste als doel het centrale argument dat hier ontwikkeld wordt kracht bij te zetten; ook hier kan gesteld worden ‘*the proof of the pudding is in the eating*’. Getoond wordt hoe per vorm van benadeling een dergelijke geobjectiverde regeling als geheel eruit zou zien. Verder kan deze uitgewerkte regeling instrumenteel zijn om de rechtsstelsels van de onderzochte landen op elkaar af te stemmen en om op termijn tot een Europese regeling terzake te komen.

1.4 Drie basisvormen van schuldeisersbenadeling

Om tot een vergelijking van de onderzochte landen te kunnen komen, dient een onderscheid tussen vormen van benadeling gemaakt te worden. Het is niet mogelijk eenvoudigweg een Duitse, een Engelse en een Nederlandse bepaling naast elkaar te zetten en de normen in de verschillende artikelen te vergelijken. Men vergelijkt dan normen zonder dat deze normen op dezelfde gevallen zien.

De volgende drie hoofdvormen van benadeling worden onderscheiden, waarbij telkens twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

1) Inbreuk op integriteit van verhaalsvermogen

Handelingen die, al dan niet samengenomen, nadelig zijn voor de schuldenaar zelf en daarmee in een latere insolventieprocedure nadelig zijn voor diens schuldeisers. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

- a. Handelingen om niet of met een waardeverschil.
- b. Handelingen zonder waardeverschil die middellijk ten gevolge hebben dat de verhaalsmogelijkheden worden verminderd.

2) Doorbreking *paritas creditorum*

Handelingen waarbij de schuldenaar een bestaande schuld inlost of daartoe zekerheid stelt. Doordat een actief wordt aangewend om een bestaande schuld te voldoen, is de handeling voor de schuldenaar zelf vermogensneutraal. Door de aanwending van het actief voor de voldoening van een bepaalde schuldeiser, worden de achterblijvende schuldeisers benadeeld. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

- a. Voldoening of zekerheidstelling op een andere wijze of een ander tijdstip dan waartoe de schuldenaar is gehouden.
- b. Voldoening of zekerheidstelling op een wijze en tijdstip als waartoe de schuldenaar is gehouden.

3) Benadeling door een dubbele opstelling van aandeelhouders

Aandeelhouders kunnen door een dubbele opstelling schuldeisers benadelen.

Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

- a. De aandeelhouder financiert de vennootschap niet met kapitaal maar met leningen en bedingt hier mogelijk zekerheden voor.
- b. De aandeelhouder stelt zich garant jegens bepaalde schuldeisers van de vennootschap en de vennootschap voldoet voorafgaand aan de insolventieprocedure (juist) de schulden waar de aandeelhouder zich sterk voor heeft gemaakt.

De waarde van deze driedeling is niet beperkt tot het vereenvoudigen van rechtsvergelijking. Deze drie vormen van benadeling van schuldeisers hebben elk hun eigen dynamiek c.q. kennen hun eigen specifieke belangenconflicten en vergen daarmee ook bij de beoordeling van de uiteindelijke toelaatbaarheid een andere norm. Zoals nog gezien zal worden, leidt het veronachtzamen van het onderscheid tussen deze vormen van benadeling tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Het recht is gebaat bij helder afgebakende normen. Zodra deze uiteenlopende gevallen (zelfs ten dele) onder één norm worden gebracht, valt te constateren dat deze norm open en veelal onduidelijk wordt.²⁰

Deze drie onderscheiden vormen van benadeling worden in § 1.4.1 tot en met § 1.4.3 nader toegelicht. De derde vorm van benadeling is eenvoudig te scheiden van de eerste twee en de afbakening van deze gevallen leidt niet tot veel problemen. Het onderscheid tussen benadeling doordat een inbreuk wordt gemaakt op de integriteit van het verhaalsvermogen enerzijds en benadeling doordat de *paritas creditorum* wordt doorbroken anderzijds is aanzienlijk gecompliceerder. Het onderscheid tussen deze twee vormen van benadeling is van groot belang²¹ en zal in § 1.4.2.4 worden toegelicht.

20 Illustratief in dit verband is de regeling die de commissie Kortmann heeft opgesteld in 3.2.5 VO ten aanzien van verplichte rechtshandelingen. In de Toelichting op het Voorontwerp wordt duidelijk dat de commissie zich onvoldoende heeft afgevraagd voor welke gevallen zij een regeling beoogde op te stellen. Zie § 4.2.4.

21 In de *Legislative Guide on Insolvency Law* wordt in de introductie ten aanzien van het leerstuk van verhaalsbenadeling (daar *avoidance provisions*) hetzelfde onderscheid gehanteerd. Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 135: 'These effects include reducing the net worth of the debtor (e.g. by gifting of its assets or transferring or selling assets for less than fair commercial value); or upsetting the principle of equal sharing between creditors of the same rank (e.g. by payment of a debt to a particular unsecured creditor or granting a security interest to a creditor who is otherwise unsecured when other unsecured creditors remain unpaid and unsecured).' Uncitral bereidt een derde deel van de *Legislative Guide on Insolvency Law* voor, welke deel moet gaan zien op de insolventie van groepen van rechtspersonen. In de voorbereidende rapporten wordt het volgende opgemerkt ten aanzien van de aantastbaarheid van handelingen. 'The purpose of avoidance provisions as among enterprise group members is: (a) To ensure the integrity of the insolvency estates of two or more enterprise group members subject to insolvency proceedings; (b) To ensure the equitable treatment of creditors of enterprise group members, both internal and external to the group; (c) To establish clear rules for the circumstances in which transactions occurring between members of the same enterprise group prior to the commencement of insolvency proceedings involving the assets of enterprise group members may be considered injurious and therefore subject to avoidance; and (d) To facilitate the recovery of money or assets from persons, including group members, involved in transactions that have been avoided.' (Uncitral, Working Group V, 36th session, p. 9, www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html).

Deze driedeling strekt er mede toe te bezien welke doelen met het leerstuk worden nagestreefd. Het overkoepelende en gemeenschappelijke doel van de aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling is het tegengaan van benadeling van schuldeisers. Afhankelijk van de vorm van benadeling, kunnen nog nadere doelen worden geïdentificeerd.

Het achterhalen van de doelen die met een leerstuk worden nagestreefd is veelal problematisch. Rechtsregels vormen de weerslag van een belangenafweging,²² een belangenafweging tussen het doel van de rechtsregel en de daarmee botsende belangen. De rechtsregel zelf bevat slechts het resultaat van deze afweging zonder nog expliciet het doel en de botsende belangen te vermelden. De bepalingen ten aanzien van de aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling vormen hierop geen uitzondering. De aandacht in de Nederlandse literatuur is voornamelijk gericht op de door de wetgever geformuleerde criteria en de aandacht voor de achterliggende doelen en botsende belangen is daarbij zeer beperkt.²³ Dit is te betreuren omdat de interpretatie van wettelijke criteria steeds dient te geschieden tegen de achtergrond van zowel de doelen van het leerstuk als de belangen waarmee deze doelen botsen.

Opvallend aan zowel de Nederlandse faillissementspauliana, als de Duitse *Insolvenzanfechtung* als het Engelse recht ten aanzien van *antecedent transactions*, is dat ook de respectievelijke wetgevers maar beperkt aandacht besteden aan het doel van de bepalingen. Het algemene beeld dat opdoemt bij de bestudering van de wetsgeschiedenis van de verschillende landen, is dat bepaalde regels reeds bestonden en dat deze op onderdelen niet voldeden en daarom ook op onderdelen aanpassing behoefden. Zo stelt Goode ten aanzien van het leerstuk van *antecedent transactions* en de wijzigingen daarin bij het tot stand komen van de *Insolvency Act 1986* het volgende:

*‘The fact is that every ground of avoidance in the Insolvency Act is derived from earlier legislation and each ground has been individually modified at different times but without any attempt to rework the avoidance provisions into a coherent whole.’*²⁴

22 Zie in deze zin over bevrijdende verjaring R.P.J.L. Tjittes, ‘Bevrijdende verjaring: van rechtszekerheid naar billijkheid’, *WPNR* 2002/6472, p. 53. Zie voor een analyse van het onderscheid tussen het doel van een regeling en de rechtvaardiging van een regeling, J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), 2008, p. 22.

23 G. van Dijk, *Pauliana, Mon. BW B4*, Deventer: Kluwer 2008, p. 7: ‘*Er is weinig theorievorming over de vraag welke belangen de pauliana dient. Ook bestaan nauwelijks gegevens met betrekking tot de vraag in hoeverre deze belangen ook daadwerkelijk worden gediend. Meestal blijft het bij de constatering dat de schuldenaar zijn schuldeisers niet mag benadelen, dat de paritas creditorum moet worden gehandhaafd, of dat er zoveel mogelijk moet worden verdeeld volgens het wettelijke preferentiestelsel.*’

24 Zie R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, p. 413.

Hoewel de wijzigingen in het Duitse recht ten aanzien van de *Insolvenzanfechtung* (tot dan toe *Konkursanfechtung* geheten) in 1994 aanzienlijk zijn geweest, is het toch voornamelijk een aanpassing en aanscherping van reeds bestaande wetgeving geweest. Zie bijvoorbeeld expliciet de Regeringstoelichting:

‘Als Kernstück auch der neuen Regelung werden die vier Haupttatbestände der geltenden Konkursanfechtung im Grundsatz beibehalten. (...) Da das geltende Recht der Konkursanfechtung nach allgemeiner Auffassung die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Aufgabe nur unvollkommen erfüllt hat, werden wichtige Änderungen vorgenommen, deren gemeinsames Ziel es ist, das Anfechtungsrecht wirksamer auszugestalten.’²⁵

Vergeleken met de Duitse en de Engelse wetgeving, besteedt de Nederlandse parlementaire geschiedenis van 1896 relatief veel aandacht aan de grondslagen en uitgangspunten van de faillissementspauliana.²⁶ Dit kan echter niet gezegd worden van het Voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet.²⁷ Hoewel de voorgestelde wijziging van de faillissementspauliana in het Voorontwerp wel als een van de belangrijkste wijzigingen in het Voorontwerp wordt gezien, besteedt de commissie Kortmann weinig aandacht aan de grondslagen van de Nederlandse faillissementspauliana. Artikel 42 Fw ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen blijft inhoudelijk vrijwel gelijk en de voorgestelde uitbreiding van artikel 47 Fw ten aanzien van verplichte rechtshandelingen wordt slechts zeer kort gemotiveerd.²⁸ Ook ten aanzien van het Voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet geldt dat de commissie Kortmann geen nieuwe theorieën heeft ontwikkeld, maar heeft volstaan met een renovatie van het bestaande recht.²⁹

Door deze wijze van wetgeving, waarbij wetgeving continu het karakter van reparatie- en renovatiewetgeving heeft, wordt weinig inzicht geboden in het doel van de regels. Toch zijn wel degelijk doelen te identificeren die helpen bij het bepalen van het toepassingsgebied en de interpretatie van de verschillende criteria. De verschillende doelen zullen per vorm van benadeling besproken worden.

²⁵ M. Balz en H.G. Landfermann, *Die neuen Insolvenzgesetze*, Düsseldorf: IDW-Verlag 1995, p. 227.

²⁶ Zie W.F. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 432-458. Zie § 4.2.1.1 en § 4.2.2.1.

²⁷ Zie voor een kritische beschouwing van de Toelichting op het Voorontwerp § 4.2.4.

²⁸ De kern van de toelichting is de volgende, zie Voorontwerp, Toelichting, p. 222: *‘De strekking van deze bepaling is gedrag tegen te gaan waardoor een bepaalde schuldeiser zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus creditorum probeert te onttrekken. Dit is immers de situatie die een ordelijke afwikkeling onder leiding van een bewindvoerder rechtvaardigt. Indien de schuldenaar en de schuldeiser ervan uit mogen gaan dat de insolventverklaring een kwestie van tijd is, moet voorkomen worden dat de schuldeiser zichzelf nog even vlak voor het – al dan niet georkestreerde – verzoek tot insolventverklaring in een betere positie manoeuvreert.’*

²⁹ Zie Voorontwerp, Toelichting, p. 136: *‘Het voorontwerp is geen uitvloeisel van nieuwe theorieën. Het kan worden gekarakteriseerd als een grondige renovatie, inclusief aanvullingen.’*

1.4.1 *Eerste vorm van benadeling: inbreuk op integriteit verhaalsvermogen*

De eerste vorm van benadeling wordt gevormd door handelingen die nadelig zijn voor de schuldenaar zelf en in een latere insolventieprocedure daarmee nadelig zijn voor diens schuldeisers. Deze vorm van benadeling van schuldeisers zal steeds omschreven worden als benadeling door *inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen*.³⁰

Hieronder worden in § 1.4.1.1 en § 1.4.1.2 twee subvormen van inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen onderscheiden, te weten:

- a. Handelingen om niet of met een waardeverschil.
- b. Handelingen zonder waardeverschil die middellijk ten gevolge hebben dat de verhaalsmogelijkheden worden verminderd.

In § 1.4.1.3 wordt gezien welke doelen kunnen worden nagestreefd met de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen.

1.4.1.1 *Eerste subvorm: handelingen om niet of met significant waardeverschil*

De eerste vorm van inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen is de meest aansprekende en betreft handelingen om niet of handelingen met een significant waardeverschil. Het schoolvoorbeeld van een handeling die leidt tot schuldeisersbenadeling is de verkoop van een auto onder de waarde aan een familielid vlak voor insolventverklaring. Een auto met een waarde van € 50.000 wordt bijvoorbeeld voor € 20.000 verkocht. Het betreft hier een handeling die in de eerste plaats nadelig is voor de schuldenaar zelf. Indien de schuldenaar insolvent verklaard wordt, komt het nadeel voor rekening van zijn schuldeisers. Hetzelfde geldt voor een schenking verricht door de schuldenaar. In deze gevallen komt de vrijgevigheid van de schuldenaar, dan wel het waardeverschil in de transactie, ten laste van zijn schuldeisers.

1.4.1.2 *Tweede subvorm: middellijke benadeling*

Nu zijn er vele manieren waarop de schuldenaar de integriteit van zijn vermogen kan aantasten. Schenkingen en handelingen met een waardeverschil zijn de duidelijkste voorbeelden. De integriteit van het vermogen kan echter ook aangetast worden door handelingen waarbij de handeling zelf niet een waardeverschil vertoont. Hierbij valt als theoretisch voorbeeld te noemen het geval waarin de schuldenaar beseft dat zijn insolventverklaring onvermijdelijk is en besluit al zijn actief

³⁰ Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, hanteert de term 'integriteit van het vermogen' ook, kennelijk ter onderscheiding van die handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken. Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 136: 'Provisions dealing with avoidance powers are designed to support these collective goals, ensuring that creditors receive a fair allocation of an insolvent debtor's assets consistent with established priorities and preserving the integrity of the insolvency estate.'

te liquideren voor een groot feest. De wederpartij die de goederen koopt, weet van het doel van de transactie en krijgt meteen een uitnodiging voor het feest. Indien daags na het feest een bewindvoerder wordt aangesteld, is al het actief verdwenen. Men kan de verschillende handelingen samennemen en oordelen dat deze handelingen benadelend voor de schuldenaar zelf zijn geweest en dat de schuldenaar hiermee de integriteit van zijn vermogen heeft aangetast. Hoewel de handeling met de koper van de activa niet een handeling met een waardeverschil is geweest, kan men toch oordelen dat de handeling de integriteit van het vermogen van de schuldenaar heeft aangetast. Hiermee is nog niet gezegd dat dergelijke handelingen ook aantastbaar zouden moeten zijn.

1.4.1.3 Doelen tegengaan eerste vorm van benadeling

Wat is het doel dat wordt nagestreefd met de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen? Een eerste doel kan gevonden worden in de rechtvaardigheid in een concreet geval. Gezien zal worden dat de drie onderzochte regimes alle drie aparte regels kennen voor schenkingen verricht door de schuldenaar. Het doel is het ongedaan maken van de bevoordeling van de wederpartij ten koste van de gezamenlijke schuldeisers. De onwenselijkheid van deze handelingen wordt treffend verwoord door de regel: *'One should be just, before being generous'*.³¹ Dezelfde gedachte geeft aan waarom het niet alleen ongewenst is dat een schuldenaar schenkingen verricht tegen de achtergrond van de latere insolventieprocedure, maar ook dat hij goederen onder hun waarde vervreemdt. Ook dan wordt een voordeel aan de wederpartij toebedeeld waarvan de gevolgen door de schuldeisers worden gedragen en waardoor de mogelijkheden van de schuldenaar om zijn verplichtingen na te komen (verder) afnemen.

De bescherming van de integriteit van het vermogen van de schuldenaar dient echter nog een ander doel dan enkel het ongedaan maken van de bevoordeling van de wederpartij. De ratio van de bescherming van de integriteit van het vermogen van de schuldenaar raakt de basis van het handelsverkeer. Het fundamentele uitgangspunt van ons vermogensrecht is dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. In Nederland is dit uitgangspunt gecodificeerd in artikel 3:276 BW. Het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling bepaalt vervolgens dat de schuldenaar niet, geconfronteerd met zijn mogelijke insolventie, zijn vermogen willens en wetens kan wijzigen in die

31 Zie ten aanzien van deze regel, R.C. Clark, 'The duties of the corporate debtor to its creditors', *Harvard Law Review* 1977, p. 510: *'The ideal can be captured by a cliché: be just before you are generous. The debtor has a moral duty in transferring his property to give primacy to so-called legal obligations, which are usually the legitimate, conventional claims of standard contract and tort creditors, as opposed to the interests of self, family, friends, shareholders, and shrewder or more powerful bargaining parties.'* Deze maxime is ook terug te vinden in het Cork report p. 274 (daar echter ten aanzien van de voorlopers van het huidige artikel 423 IA en niet algemeen gesteld): *'This enables the court to set aside a disposal of his property made with intent to defraud his creditors. The principle on which the Statute of Elizabeth I proceeded, and now section 172, is that persons must be just before they are generous and that debts must be paid before gifts can be made.'*

zin dat schuldeisers geen of minder verhaal hebben. Armour stelt hierover ten aanzien van handelingen gericht op het bewust bemoeilijken of verhinderen van verhaal:

‘The ability of the creditor to enforce against the debtor’s assets in lieu of repayment is fundamental to a basic debt contract. Were it to be permissible for debtors deliberately to hinder such enforcement attempts, potential creditors would become much less willing to advance funds, to the general detriment of commerce.’³²

Zo kan men oordelen dat het leerstuk van schuldeisersbenadeling nog een ander doel dient dan enkel het ongedaan maken van de bevoordeling van een wederpartij ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers. De regels ten aanzien van schuldeisersbenadeling maken het meer in het algemeen (mede) mogelijk dat schuldeisers hun legitieme afspraken kunnen effectueren.³³

1.4.2 Tweede vorm van benadeling: doorbreking *paritas creditorum*

Een tweede wijze van benadeling van schuldeisers betreft handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken. Het gaat hier om handelingen waardoor een bestaande schuldeiser voldaan wordt of in een betere positie komt dan waarin deze verkeerd zou hebben zonder de handeling. In Engeland en Amerika spreekt men in deze gevallen van *preferences*: de schuldenaar bevoordeelt (prefereert) een schuldeiser boven andere schuldeisers. Kenmerkend van deze handelingen is dat deze voor de schuldenaar zelf niet benadelend zijn. Een bestaande schuld wordt ingelost door aanwending van een bestaand actief. Balanstechnisch verandert het eigen vermogen van de schuldenaar niet.³⁴ De betaling van een schuld aan een schuldeiser leidt tot benadeling van de overige schuldeisers indien niet voldoende actief voorhanden is of overblijft om alle schuldeisers te voldoen.

Handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* hebben gemeen dat het een handeling van de schuldenaar met een reeds bestaande schuldeiser betreft, welke handeling als gevolg heeft dat er minder overblijft voor de overige schuldeisers.

32 J. Armour, ‘Transactions Defrauding Creditors’, in: J. Armour en H. Bennet (red.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, Oregon: Hart Publishing 2003, p. 99.

33 Van Dijk plaatst vraagtekens bij het aannemen dat het leerstuk van verhaalsbenadeling een algemeen belang dient. Zie van Dijk (met verwijzingen, G. van Dijk, *De Faillissementspauliana. Revistie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 111): ‘Het idee dat het algemene belang gediend is bij het tegengaan van ongeoorloofd gedrag veronderstelt dat een zekere preventieve werking uitgaat van een instrument als de faillissementspauliana. Of, en zo ja, in hoeverre die preventieve werking bestaat is moeilijk te zeggen. Onderzoek hiernaar toont aan dat van een regel soms wel en soms geen of nauwelijks preventieve werking uitgaat. Omdat er geen gegevens voorhanden zijn om te concluderen of van een faillissementspauliana zo’n werking uitgaat, kan niet met zekerheid worden gezegd dat zo’n instrument het algemeen belang dient.’

34 De complicatie dat een schuldeiser ook op de valreep kan worden voldaan uit een rekening met een debetstand, wordt niet zelfstandig belicht. Men zou kunnen oordelen dat hier geen benadeling van schuldeisers plaatsvindt. Eén schuldeiser wordt voldaan ten laste van een andere schuldeiser. In het Duitse recht worden dergelijke betalingen in de regel als benadelend beschouwd, hetgeen mij een juiste benadering lijkt.

eisers. Ten aanzien van de gevallen waarin een inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum* kan een onderverdeling in twee subvormen worden gemaakt:

- a. Voldoening of zekerheidstelling op een andere wijze of een ander tijdstip dan waartoe de schuldenaar is gehouden.
- b. Voldoening of zekerheidstelling op een wijze en tijdstip als waartoe de schuldenaar is gehouden.

In § 1.4.2.1 en § 1.4.2.2 worden deze twee subvormen nader uitgewerkt. In § 1.4.2.3 wordt gezien welke doelen kunnen worden nagestreefd met de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum*. § 1.4.2.4 bespreekt vervolgens het onderscheid tussen benadeling door een inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen (uitgewerkt in de vorige paragraaf) en benadeling door een doorbreking van de *paritas creditorum*.

1.4.2.1 Eerste subvorm: voldoening anders dan waartoe gehouden

Schulden kunnen voldaan worden op een andere wijze of een eerder tijdstip dan aanvankelijk was overeengekomen. Indien de schuldenaar later insolvent wordt verklaard krijgen dergelijke afwijkende wijzen van voldoening snel een verdacht karakter.

Een duidelijk geval van een handeling waarbij de schuldeiser weliswaar een prestatie ontvangt maar op een andere wijze dan waarop deze schuldeiser aanspraak kon maken, vormt de inbetalinggeving. Bij een inbetalinggeving wordt een schuld niet voldaan door de betaling van een geldsom, maar door de overdracht van een goed. Een leverancier neemt voor openstaande facturen bijvoorbeeld genoegen met de overdracht van een schilderij in plaats van de eerder overeengekomen betaling van een geldsom. Kenmerkend van deze handelingen is dat deze in beginsel niet nadelig zijn voor de schuldenaar zelf. Een bestaande schuld wordt ingelost door aanwending van een bestaand actief.

1.4.2.2 Tweede subvorm: voldoening waartoe gehouden

Ook indien de schuldenaar een schuldeiser voldoet op een tijdstip en een manier waartoe hij gehouden is kan gesproken worden van een doorbreking van de *paritas creditorum*. De schuldeiser krijgt zijn vordering volledig voldaan terwijl de achterblijvende schuldeisers in de regel niets of slechts een beperkt percentage op hun vordering ontvangen. Een voldoening waartoe de schuldenaar is gehouden leidt weliswaar niet tot benadeling van de schuldenaar, maar wel tot benadeling van de achterblijvende schuldeisers.

Bij de voldoening waartoe de schuldenaar is gehouden, dient in de eerste plaats gedacht te worden aan de betaling van een opeisbare schuld waar betaling is overeengekomen. Echter ook de overdracht van een goed of het vestigen van een beperkt recht kan als zodanig hebben te gelden indien dit reeds eerder was overeengekomen.

1.4.2.3 Doelen tegengaan tweede vorm van benadeling

1.4.2.3.1 Gelijke verdeling

Wat is het doel dat wordt nagestreefd met het aantasten van handelingen in strijd met de *paritas creditorum* in een latere insolventieprocedure? Men zou kunnen oordelen dat een gelijke verdeling onder de schuldeisers van het vermogen van de schuldenaar een doel op zichzelf is en dat handelingen die hier een inbreuk op maken onder omstandigheden met aantastbaarheid bedreigd moeten worden. Het streven crediteuren gelijk te behandelen kan echter slechts beperkt de aantastbaarheid van handelingen verklaren.

Een basaal uitgangspunt van insolventierecht is dat alle schuldeisers pro rata hun vordering delen in het geliquideerde vermogen van de schuldenaar, behoudens wettelijke uitzonderingen. De wettelijke uitzonderingen in het Nederlandse, Duitse en Engelse recht zijn echter zo talrijk en dermate ingrijpend, dat de gelijkheid van de concurrente crediteuren er meestal enkel uit bestaat dat deze niets krijgen. Door het recht van separatisme van zekerheidsgerechtigden kunnen de zekerheidsgerechtigden hun vordering buiten de formele insolventieprocedure met voorrang op de goederen bezwaard met het zekerheidsrecht verhalen. Hierdoor wordt reeds het overgrote deel van het actief van de schuldenaar buiten de verdeling gehouden. Dat de bewindvoerder omvangrijk actief vrij van zekerheidsrechten in de boedel aantreft vormt reeds een uitzonderingssituatie. Het onbezwaarde actief komt echter ook nog niet toe aan de concurrente crediteuren. De concurrente crediteuren krijgen immers pas iets betaald nadat de boedelcrediteuren en de preferente schuldeisers volledig zijn voldaan.

Vanwege de vele wettelijke uitzonderingen op de gelijkheid van crediteuren en de praktijk waarin de concurrente crediteuren in de regel geen uitkering of slechts een uitkering van enkele procenten ontvangen, spreekt Mokal van de *Myth of Pari Passu*, oftewel de *Mythe van de Paritas Creditorum*. Het is veelal niet de gelijkheid van crediteuren, oftewel de *paritas creditorum*, die in het geding is bij de bevoordeling van één crediteur boven de andere crediteuren, maar meestal enkel een verstoring van de wettelijke rangorde. Men zou zelfs kunnen zeggen dat de bepalingen die prestaties aan individuele schuldeisers met aantasting bedreigen, niet de *paritas creditorum* beschermen, maar juist de wettelijke inbreuken daarop. Zo schrijft Mokal:

*‘The avoidance provisions serve to preserve pari passu distribution to no greater an extent than they serve to preserve distribution to say, preferential claimants. The reverse is in fact the case, since, as noted, these provisions continue to guard non-pari passu elements of the distribution scheme in those majority of proceedings where nothing will go pari passu.’*³⁵

35 R.J. Mokal, *Corporate Insolvency Law, Theory and Application*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 328.

De vraag naar de wettelijke voorrechten kleurt in belangrijke mate de werking van het leerstuk van aantasting van handelingen wegens schuldeisersbenadeling. Een concurrente crediteur die hangende een aanvraag tot formele insolventverklaring betaald krijgt en wordt aangesproken, zal in de regel niet het verwijt gemaakt kunnen worden dat hij zijn gelijke crediteuren heeft benadeeld. Hem kan niet worden voorgehouden dat hij het ontvangen bedrag moet terugbetalen *omdat* op die manier hij tezamen met de overige crediteuren daar dan gelijk in kan delen. Het verwijt zal zijn dat hij een betaling in ontvangst heeft genomen, waarop hij weliswaar aanspraak had, maar gezien de naderende insolventie toch van af had moeten zien. Hij zal dit nu moeten terugbetalen en zal in veel gevallen niets van het bedrag terugzien. Hij zal in de regel moeten toezien hoe eerst de boedelschuldeisers en dan de preferente schuldeisers voldaan worden. Het verwijt is dan ook dat hij zich heeft onttrokken aan de wettelijke rangorde, die pas met het faillissement zijn volle werking krijgt en niet zozeer dat hij zich heeft onttrokken aan de *paritas creditorum*.

Hoewel het argument van de rechtvaardigheid van een gelijke verdeling een zekere zeggingskracht heeft en als een van de doelen beschouwd kan worden voor de aantastbaarheid van handelingen in strijd met de *paritas creditorum*, valt ook veel op dit argument af te dingen. Hiermee komt de vraag op of een rechtvaardige verdeling alleen voldoende de werking verklaart van die bepalingen die de wettelijke rangorde bewaken of dat nog andere doelen worden nagestreefd.

1.4.2.3.2 Hogere opbrengsten, lagere kosten en bevorderen *work out*

De *creditors' bargain theory*, als ontwikkeld door Jackson en Baird,³⁶ biedt een analyse die duidelijk maakt dat met de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de wettelijke rangorde, nog andere doelen kunnen worden nagestreefd dan enkel een rechtvaardige verdeling in een concreet geval.³⁷

De *creditors' bargain theory* beschouwt insolventie als een *common pool problem*.³⁸ Er zijn meerdere gerechtigden tot het vermogen van de insolvente schuldenaar, waarbij er onvoldoende is om alle schuldeisers volledig te voldoen. De *creditors' bargain theory* neemt als uitgangspunt dat indien schuldeisers onderling in vrijheid zouden overleggen over de toepasselijke regels voor het geval hun schuldenaar insolvent zou worden, zij tot een collectieve procedure zouden besluiten. Het belangrijkste argument daarvoor is dat een dergelijke collectieve proce-

36 T.H. Jackson, 'Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain', *Yale Law Review* 1982, p. 857-907, D.G. Baird en T.H. Jackson, 'Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A comment on Adequate Protection of secured Creditors in Bankruptcy', *University of Chicago Law Review* 1984/51. D.G. Baird en T.H. Jackson, 'Fraudulent conveyance law and its proper domain', *Vanderbilt Law Review* 1985/38, p. 829-855 en T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, 1986. Zie voor een algemene uiteenzetting van de *creditors' bargain theory* G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *Tvl* 2005/2.

37 Zie hierover ook Van Dijck, *De Faillissementspauliana. Revisie van een relict*, p. 114.

38 Zie Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 7-19.

dure in totaal meer zal opbrengen dan wanneer iedere schuldeiser zijn eigen belang probeert te behartigen.³⁹

Niet alleen levert een collectieve verdeling naar aangenomen wordt meer op, ook zou zij goedkoper zijn. Aangenomen moet worden dat wanneer alle individuele schuldeisers zelf hun belangen zouden willen behartigen de strijd van allen tegen allen, makkelijk zou kunnen ontaarden in een kostbare procedure van allen tegen allen. Ook beperkt een collectieve procedure, zo wordt wel betoogd, de kosten die individuele schuldeisers maken om hun schuldenaar in de gaten te houden, de zogenoemde *monitoring costs*.⁴⁰ Bij het ontbreken van een collectieve procedure zullen schuldeisers onevenredig veel middelen besteden aan het houden van toezicht om te voorkomen dat andere crediteuren zich eerder op het aanwezige actief zullen verhalen.

Wil een collectieve procedure mogelijk zijn, dan dient wel een regeling te bestaan om te voorkomen dat de strijd van allen tegen allen zich verplaatst naar de periode vlak voor insolventverklaring.⁴¹ Voor zover partijen in het *creditors' bargain* model besluiten tot een collectieve procedure, zullen zij ook overeenkomen dat vanaf een bepaald punt in tijd schuldeisers niet meer onaantastbaar individueel voldaan kunnen worden. Jackson:

*'Preference law is best viewed as a solution to this replication of the common pool problem that results from strategic planning in the prebankruptcy period. Preference law, therefore, is essentially a transitional rule designed to prevent individual creditors from opting out of the collective proceedings once that event becomes likely.'*⁴²

39 Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 14: 'Does that advantage exist in the case of credit? When dealing with businesses, the answer, at least some of the time, would seem to be 'yes'. The use of individual creditor remedies may lead to a piecemeal dismantling of a debtor's business by the untimely removal of necessary operating assets. To the extent that a non-piecemeal collective process (whether in the form a liquidation or reorganization) is likely to increase the aggregate value of the pool of assets, its substitution for individual remedies would be advantageous to the creditors as a group. This is derived from the commonplace notion: that a collection of assets is sometimes more valuable than the same assets would be if spread to the winds. It is often referred to as the surplus of a going-concern value over a liquidation value.' Zie in deze zin ook Uncital, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 136: 'It is a generally accepted principle of insolvency law that collective action is more efficient in maximizing the assets available to creditors than a system that leaves creditors free to pursue their individual remedies and that it requires all like creditors to receive the same treatment.'

40 Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 16. Zie kritisch ten aanzien van dit argument N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en Voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 115-131 en Van Dijck, *Faillissementspauliana*, p. 114-115.

41 Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 122: 'The irony is that this kind of action replicates the problem bankruptcy law was designed to solve: pursuit of individual interest may leave the group of creditors worse off. Because bankruptcy's solution to the common pool problem involves a change in the rules of the collection game, it may reintroduce the original problem.'

42 Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 125. Zie ook Jackson, 'Avoiding powers in bankruptcy', *Stanford Law Review* 1984/36, 725 e.v.

De meerwaarde van een collectieve procedure, en dan met name de regels die de wettelijke rangorde van schuldeisers beschermen, is niet noodzakelijk beperkt tot de formele insolventieprocedure zelf en de periode daaraan voorafgaand. Het inperken van de vrijheid van individuele schuldeisers om nog betaling af te dwingen zou, zo wordt wel betoogd, er ook toe kunnen leiden dat schuldeisers de schuldenaar minder snel en minder agressief benaderen. Regels die relatief makkelijk in aantastbaarheid van betalingen aan individuele crediteuren voorzien, zouden als resultaat kunnen hebben dat schuldeisers minder hard op betaling aandringen omdat deze slechts in een aantastbare voldoening zou resulteren.⁴³ Hierdoor zouden de overlevingskansen van bedrijven in moeilijkheden mogelijk toenemen.⁴⁴ Tegen dit laatste argument zou ingebracht kunnen worden dat regels die betalingen te makkelijk aantastbaar maken, juist het tegenovergestelde effect zouden kunnen hebben. Het gevolg van een ruime aantastbaarheid zou kunnen zijn dat bepaalde crediteuren zich nog veel eerder terugtrekken, omdat zij weten dat wat zij later nog zullen ontvangen, in ruime mate aantastbaar is.⁴⁵

43 Zie bijvoorbeeld het IMF rapport dat het bevorderen van *informal work outs* als een mogelijk doel noemt. International Monetary Fund, 'Orderly & Effective Insolvency Procedures; Key issues', Washington DC, 1999, p. 25: 'In addition, strong avoidance rules may, in some cases, assist the debtor in its out-of-court negotiations since it creates a disincentive for a single creditor to take legal action to obtain an advantage, thereby facilitating collective creditor action.' Zie in dezelfde zin Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 136: 'Transactions are typically made avoidable in insolvency (...) in some States, to create a framework for encouraging out-of court settlement-creditors will know that last-minute transactions or seizures of assets can be set aside and therefore will be more likely to work with debtors to arrive at workable settlements without court intervention.'

44 Zie ten aanzien van het belang van regels voor een collectieve procedure voor het vermijden van een race van allen tegen allen die onnodig de insolventie en de opsplitsing van de schuldenaar ten gevolge heeft, T.H. Jackson, 'Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain', *Yale Law Review* 1982, p. 862-863: 'Each creditor, unless assured of the other's cooperation, has an incentive to take advantage of individual collection remedies, and to do so before the other creditor acts. Unless each creditor individually attempts to "beat out" the other, that creditor will fare worse than the other. Yet this race not only creates costs for the individual creditors (such as frequent checking of the courthouse records for evidence of actions against the debtor by other creditors), it is also likely to lead to a premature termination of a debtor's business, because each creditor will consider only that creditor's own advantage from racing, instead of the disadvantages imposed on creditors collectively. Thus, each creditor must participate in collectively non-optimal "advantage-taking" simply to avoid being taken advantage of. This creates a race to use individualistic remedies, even though it is not in the creditors' collective interest to use them at all.' Zie verder ten aanzien van het voordeel van een informele oplossing boven een formele liquidatieprocedure, Jackson *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 17.

45 De Nederlandse Vereniging van Banken heeft zich op een dergelijk standpunt gesteld ten aanzien van de door de commissie Kortmann voorgestelde uitbreiding van de mogelijkheden om voldoeningen van bestaande schuldeisers in ruimere mate aantastbaar te laten zijn. Zie commentaar NVB op Voorontwerp, brief van 12 september van De Nederlandse Vereniging van Banken aan Minister van Justitie E.M.H. Hirsch Ballin, p. 9, 10: 'De in het Voorontwerp voorgestelde verruiming van de mogelijkheid tot vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen, en de daaruit voortvloeiende onzekerheid voor de banken, zal de volgende reacties tot gevolg hebben:

1. banken zullen in het voortraject de financiering eerder beëindigen, in het bijzonder indien een pandrecht op voorraden een belangrijke zekerheid voor de financiering is, aangezien het (zekere) pandrecht op voorraden vervangen wordt door een (onzeker) pandrecht op vorderingen;

2. (...).

3. (...).

Deze ontwikkelingen staan haaks op een van de hoofddoelstellingen van het Voorontwerp, te weten versterking van het reorganiserend vermogen van het insolventierecht.'

De *creditors' bargain theory* kan een aanvulling vormen op het enkele argument dat het niet eerlijk of niet rechtvaardig is dat één individuele schuldeiser nog voldaan wordt. De *creditors' bargain theory* maakt inzichtelijk dat het inefficiënt kan zijn om crediteuren tot het moment van insolventverklaring nog onbeperkt onaanstaarbaar prestaties ter voldoening van hun vordering in ontvangst te laten nemen. Een voldoening van een individuele schuldeiser terwijl het faillissement aanstaande is, ondergraaft immers het uitgangspunt van een collectieve verdeling die goedkoper geacht wordt en geacht wordt meer op te leveren dan wanneer elke schuldeiser zijn eigen belang nastreeft. Ook indien men de *creditor's bargain theory* niet als zodanig omarmt, kunnen een of meer onderdelen daaruit als argument worden aangevoerd voor een zekere werking van de *paritas creditorum* voorafgaand aan de insolventverklaring. Dit kan de verwachting zijn dat in voorkomende gevallen de waarde van de activa meer zal opbrengen bij een geordende verdeling, of de wens een (kostbare) strijd van alle crediteuren tegen alle crediteuren niet alleen in insolventie, maar ook voor insolventie te willen voorkomen, of dat men verwacht dat een informele *work out* wordt bevorderd. Een regime dat in ruime mate voorziet in aantastbaarheid van handelingen verricht met bestaande schuldeisers, zou er zelfs toe kunnen leiden dat een zekere bescherming aan de schuldenaar wordt geboden om te proberen orde op zaken te stellen.

1.4.2.4 *Inbreuken integriteit verhaalsvermogen vs. doorbreking paritas*

De tot nu toe beschreven twee hoofdvormen van benadeling van schuldeisers kunnen in de regel goed van elkaar onderscheiden worden. Schuldeisersbenadeling bestaat daarbij in de regel ofwel uit een inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen (§ 1.4.1) ofwel uit een doorbreking van de *paritas creditorum* (§ 1.4.2).⁴⁶ Bij inbreuken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar gaat het in principe om handelingen die voor de schuldenaar zelf benadelend zijn (bijvoorbeeld verkoop onder de waarde of giften). In een latere formele insolventieprocedure zijn deze handelingen benadelend voor de schuldeisers. Bij de bescherming van de *paritas creditorum* gaat het om gevallen waarin de schuldenaar een bestaande schuldeiser beter behandelt dan de overige schuldeisers (bijvoorbeeld betaling op de valreep van een individuele schuldeiser of inbetalinggeving). Om het onderscheid tussen deze twee verschillende typen van schuldeisersbenadeling te illustreren hanteert men in de Engelse literatuur wel de volgende metafoer. Het recht ten aanzien van inbreuken op de *paritas creditorum* 'is con-

46 Hieronder in § 1.4.3 zal nog een andere wijze van benadeling besproken worden die niet goed in deze tweedeling is in te passen, namelijk de gevallen waarbij de aandeelhouder inbreuk maakt op de uitgangspunten van financiering van kapitaalvennootschappen. Verder zijn er ook nog belangrijke, andere wijzen van benadeling van schuldeisers zoals benadeling door te lang doorgaan met verlieslatende activiteiten. Hier staat echter niet zozeer een individuele benadelende rechtshandeling centraal, maar het gehele proces van voortzetten van verliesgevende activiteiten. Deze wijze van benadeling leent zich niet voor herstel door het vernietigen of aantasten van een handeling.

cerned not with the size of the pie, but how it is divided'. Het eerste geval ten aanzien van de integriteit van het vermogen *'is concerned with the size of the pie, rather than how it is divided up'*.⁴⁷

Het onderscheidende criterium tussen de hoofdvormen van benadeling door inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen en inbreuk op de *paritas creditorum* is of de wederpartij ten tijde van het verrichten van de gewraakte handeling reeds de hoedanigheid van schuldeiser had én of de gewraakte handeling ten gevolg had dat diens positie ook in hoedanigheid van schuldeiser is verbeterd. De gevallen waarbij geen sprake is van het bevoordelen van een bestaande schuldeiser en waarbij toch sprake is van schuldeisersbenadeling, vallen daarmee in de regel⁴⁸ in de categorie inbreuk op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar.⁴⁹ Hiermee is niet gezegd dat een handeling van de schuldenaar niet tegelijkertijd zowel de integriteit van zijn vermogen kan aantasten als de *paritas creditorum* kan doorbreken. Een schuldeiser kan bijvoorbeeld op betaling aandringen en ter delging van een schuld van € 20.000 een schilderij van € 50.000 door de schuldenaar overgedragen krijgen. In dit geval kan men oordelen dat zowel de *paritas creditorum* doorbroken is als de integriteit van het verhaalsvermogen is aangetast. De wijze waarop de benadeling plaatsvindt en de omvang daarvan kan wel naar de beide gevaltypen onderscheiden worden.

Het onderscheid tussen een handeling die enkel de *paritas creditorum* doorbreekt en een handeling die de integriteit van het verhaalsvermogen aantast, is om ten minste zes redenen van belang.

47 J. Armour, 'Transactions at an Undervalue', in: J. Armour en H. Bennet (red.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*, Oregon: Hart Publishing 2003, p. 44. De taartmetafoor is moeilijk weer te geven in bedrijfs-economische termen. Rechts-handelingen met een waardeverschil en rechtshandelingen die de *paritas creditorum* doorbreken grijpen namelijk op een geheel andere manier in op het vermogen van de schuldenaar. Bij een rechtshandeling met een waardeverschil vermindert niet alleen het totale vermogen van de schuldenaar, maar vermindert ook het eigen vermogen van de schuldenaar. Daar zit het probleem niet zozeer in de verdeling van het beschikbare actief, maar in de afname van het actief, welke afname rechtstreeks drukt op het eigen vermogen van de schuldenaar. Bij een doorbreking van de *paritas creditorum* waarbij één schuldeiser nog betaald wordt, is deze handeling voor de schuldenaar zelf vermogensneutraal. Zijn eigen vermogen verandert er niet door. Een bestaand actief wordt aangewend om een bestaande schuld te voldoen. In een balans van de schuldenaar nemen actief en passief evenveel af, waarbij het eigen vermogen gelijk blijft. Wel neemt boekhoudkundig het totale vermogen af. Het probleem zit hier niet in de omvang van het eigen vermogen maar in de verdeling van het beschikbare actief. Vandaar dat men kan zeggen dat *preference law is concerned not with the size of the pie, but how it is divided*. Hoewel het tegengaan van *preferences* c.q. doorbreking van de *paritas creditorum* dus niet gericht is op de omvang van de taart, moet geconstateerd worden dat ook bij een doorbreking van de *paritas creditorum*, de taart die overblijft minder groot is.

48 Een uitzondering geldt voor de derde vorm, benadeling van schuldeisers door een dubbele opstelling van aandeelhouders.

49 De eerste vorm van benadeling is omschreven als handelingen die, al dan niet samengenomen, nadelig zijn voor de schuldenaar zelf en daarmee in een latere insolventieprocedure nadelig zijn voor diens schuldeisers. Deze omschrijving is daarmee algemener dan de begripsomschrijving ten aanzien van de tweede vorm van benadeling, de doorbreking van de *paritas creditorum*. Dit is onvermijdelijk omdat de eerste vorm van benadeling in de verhouding tot de andere twee vormen van benadeling ook de functie van restcategorie vervult.

Ten eerste verkrijgt bij aantasting van de integriteit van het verhaalsvermogen door een handeling met een waardeverschil,⁵⁰ de wederpartij een voordeel los van de insolventie van de schuldenaar. Bij een doorbreking van de *paritas creditorum* krijgt de schuldeiser alleen gezien vanuit het perspectief van insolventie van de schuldenaar (en in zijn relatie tot andere schuldeisers) een voordeel. Een schuldeiser die door een solvante schuldenaar voldaan wordt, zal dit in de regel niet als een bevoordeling beschouwen en dit ook niet zo hoeven te beschouwen. De bevoordeling van de wederpartij die plaatsvindt bij een aantasting van de integriteit van het verhaalsvermogen is in beginsel ook in het gewone handelsverkeer ongebruikelijk. Zodra de bevoordeling significant wordt, rijst al snel de vraag naar de beweegredenen van de schuldenaar. Deze vraag wordt dringender indien de schuldenaar later insolvent verklaard wordt. Al snel ontstaat dan twijfel over de goede trouw van schuldenaar en wederpartij. Ook schuilt er een element van ongerechtvaardigde verrijking in de bevoordeling van de wederpartij bij handelingen met een waardeverschil. De wederpartij krijgt met de rechtshandeling een voordeel, dat uiteindelijk uit de zak van de gezamenlijke schuldeisers komt.

Ten tweede zijn er goede argumenten de normschending bij de doorbreking van de *paritas creditorum* in een andere verhouding te zoeken dan bij rechtshandelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen. Een van de complicaties van het leerstuk van schuldeisersbenadeling is dat altijd sprake is van een driepartijenverhouding: de schuldenaar, de wederpartij en de gezamenlijke schuldeisers. De vraag is in welke rechtsverhouding men de normschending dient te zoeken die ingrijpen rechtvaardigt. Is dat de verhouding van de schuldenaar tot zijn gezamenlijke schuldeisers oftewel een debiteur-crediteur probleem? Of is dat de verhouding van de wederpartij tot de gezamenlijke schuldeisers, oftewel een crediteur-crediteur probleem? Jackson concludeert dat een doorbreking van de *paritas creditorum* (het geven van een 'preference') als een *crediteur-crediteur probleem* moet worden gezien en dat handelingen die de integriteit van het vermogen van de schuldenaar aantasten (*fraudulent conveyances*, zoals overdrachten onder de marktwaarde) geplaatst moeten worden in de relatie van de gezamenlijke schuldeisers tot hun debiteur, en daarmee een *debiteur-crediteur probleem* vormen.⁵¹ De verschillende onderzochte landen maken niet een dergelijk helder onderscheid als voorgestaan door Jackson en worstelen met de vraag in welke relatie sprake moet zijn van een normschending en wie men welk verwijt moet kunnen maken wil ingrijpen gerechtvaardigd zijn.

Een derde reden waarom het onderscheid van belang is, is dat het helpt bij het geven van een afbakening van het werkingsgebied van de verschillende bepalingen. Indien men de doorbreking van de *paritas creditorum* beschouwt als een

50 Dit geldt niet bij het in hierboven in § 1.4.1.2 als tweede subvorm gesignaleerde geval waarbij de wederpartij een goed voor de marktprijs verkrijgt maar de opbrengst vervolgens niet voor de schuldeisers aanwezig is. In deze gevallen is vooral van belang in hoeverre men de verschillende handelingen bij elkaar kan nemen en kan oordelen dat in die zin de overdracht tot benadeling heeft geleid.

51 Jackson, *Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 146.

normschending in de relatie crediteur-crediteur, dan is daarmee ook meteen een nadere afbakening van het werkingsgebied gegeven van de regels die de *paritas creditorum* beogen te bewaken. De regels die de *paritas creditorum* bewaken zijn enkel van toepassing op die gevallen waarin met een reeds bestaande schuldeiser wordt gehandeld. Kort gezegd, indien men de aantastbaarheid van handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken grondvest op de redelijkheid die de verhouding van schuldeisers *onderling* regeert, kan men slechts oordelen dat iemand aan die redelijkheid gebonden is, wanneer deze ook reeds bij het aangaan van de gewraakte handeling die hoedanigheid heeft. Buiten het bereik van de regels die de *paritas creditorum* bewaken vallen dan rechtshandelingen met derden die nog niet die hoedanigheid hebben, maar die hoedanigheid een ondeelbaar moment verkrijgen met het aangaan en uitvoering geven aan een nieuwe overeenkomst. Hoewel dit voor de hand lijkt te liggen heeft het Nederlandse recht deze conclusie nog niet getrokken. De inpassing van nieuwe rechtshandelingen waarbij partijen nog over en weer nieuwe verplichtingen aangaan en (vrijwel) onmiddellijk uitvoeren (zoals leveranciers van goederen tegen contante betaling en advocaten die op voorschotbasis verweer voeren tegen een faillissementsaanvraag) leidt in het Nederlandse recht tot onnodig complexe vragen en antwoorden.⁵² Met het voorgaande is uiteraard niet gezegd dat partijen die niet de hoedanigheid van schuldeiser hebben, zich niets van de belangen van de schuldeisers van hun wederpartij hoeven aan te trekken. Slechts wordt gezegd dat deze partijen niet gebonden zijn aan de regels die zien op de verhouding van schuldeisers *onderling*.

Ten vierde zijn de gevolgen van aantasting van de handeling veelal anders, al naar gelang sprake is van een doorbreking van de *paritas creditorum*, dan wanneer een inbreuk is gemaakt op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar. Indien de rechtshandeling in strijd met de *paritas creditorum* wordt aangetast, zal de schuldeiser uiteindelijk niet slechter af zijn indien men zijn positie vergelijkt met de positie waarin deze verkeerd zou hebben zonder de gewraakte rechtshandeling. Hij dient de ontvangen prestatie in de regel aan de bewindvoerder af te staan en kan zijn vordering ter verificatie indienen. In die zin hebben bepalingen die beogen de *paritas creditorum* te beschermen vermogensrechtelijk niet of nauwelijks een afschrikwekkend effect. Geheel anders is de situatie, in elk geval naar Duits en Nederlands recht, ten aanzien van handelingen waarmee de integriteit van het verhaalsvermogen wordt aangetast. Voor zover de wederpartij zelf een prestatie heeft geleverd, bijvoorbeeld betaling van € 4.000 voor een auto met een marktprijs van € 10.000, riskeert de wederpartij deze € 4.000 die hij heeft betaald ook te verliezen. Bij een geslaagd beroep op schuldeisersbenadeling zal de wederpartij het verkregen goed moeten afstaan en voor zijn prestatie heeft hij naar Duits

52 In het Nederlandse recht worden dergelijke handelingen ten onrechte getoetst aan artikel 47 Fw. Omdat deze bepaling ziet op de gelijkheid van schuldeisers *onderling* en de wederpartij deze hoedanigheid niet heeft, leidt dit tot vreemde uitkomsten. Het ontbreken van een duidelijke regeling voor deze gevallen in het Nederlandse recht, zowel in de Faillissementswet als het Voorontwerp voor een nieuw Insolventiewet, komt in § 4.2.3.5 en § 4.2.4 aan de orde.

en Nederlands recht slechts een boedelvordering ten belope van het bedrag waarmee de boedel is gebaat door zijn prestatie. Voor zover de schuldenaar de opbrengst heeft verbruikt, heeft de wederpartij slechts een concurrente vordering naar Duits en Nederlands recht. De wederpartij is dus niet alleen de auto kwijt, maar ook de € 4.000. De wederpartij is daarmee in een aanzienlijk slechtere positie komen te verkeren indien men zijn positie vergelijkt na aantasting van de handeling met de positie waarin deze verkeerd zou hebben zonder het verrichten van de gewraakte handeling. Hier blijkt dat een bepaling die ziet op de bewaking van de *paritas creditorum* vermogensrechtelijk geen afschrikwekkend effect heeft. Voor zover sprake is van een inbreuk op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar en de wederpartij nog wel zelf een prestatie heeft geleverd, zal er mogelijk wel een afschrikwekkend effect zijn. Dat dit afschrikwekkende effect wel eens een boemerangeffect op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zou kunnen hebben, wordt in § 4.5.2.3.2 uitgewerkt.

Een vijfde reden voor het onderscheid betreft de aard van het probleem en ziet op de vraag in hoeverre de te onderscheiden gevallen van benadeling wel of niet insolventierechtelijk van aard zijn. De problematiek van de doorbreking van de *paritas creditorum* wordt in het Anglo-Amerikaanse recht als een exclusief insolventieprobleem beschouwd, terwijl inbreuken op de integriteit van het vermogen meer als een onderdeel van het commune privaatrecht worden gezien. Jackson schrijft het volgende:

*‘Preference law sorts out rights among creditors themselves: fraudulent conveyance law polices the relationship between the debtor and its creditors. That is to say, preference law, like most other trustee avoiding powers, is designed to preserve the advantages to creditors as a group of resorting to a collective proceeding. Conversely, fraudulent conveyance law protects creditors as a group against misbehavior by their debtor whether or not a collective proceeding is needed. It, accordingly, is not related to solving common pool problems.’*⁵³

Zo bepaalt ook het Engelse recht dat *preferences* slechts aantastbaar zijn in een formele insolventieprocedure. In het Nederlandse recht is een dergelijke gedachte niet geheel vreemd. Artikel 47 Fw, ten aanzien van de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen, is enkel en alleen van toepassing in faillissement en kent geen BW-variant. Anderzijds kan niet gezegd worden dat naar Nederlands recht een doorbreking van de *paritas creditorum* enkel in faillissement ongedaan gemaakt kan worden. Artikel 3:45 BW is ook van toepassing op onverplichte rechtshandelingen die de *paritas creditorum* doorbreken.

53 Jackson, *Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 146.

Een zesde en laatste reden voor een onderscheid tussen de twee wijzen van benadeling is dat met het tegengaan van benadeling bestaande uit een inbreuk op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar andere doelen nagestreefd kunnen worden dan met het tegengaan van benadeling ten gevolge van een doorbreking van de *paritas creditorum*. In beide gevallen zal het tegengaan van benadeling van schuldeisers als doel hebben te gelden. Bij het tegengaan van inbreuken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar kan daarbij genoemd worden dat, voor zover de wederpartij een voordeel heeft genoten bij de gewraakte handeling, het onrechtvaardig is dat dit voordeel ten laste van de gezamenlijke schuldeisers komt. Verder kan nog algemeen als doel genoemd worden het garanderen van verhaalsmogelijkheden en daarmee het stimuleren van het vertrouwen in het handelsverkeer.⁵⁴ Ten aanzien van het tegengaan van inbreuken op de *paritas creditorum* kan naast het tegengaan van de benadeling van de schuldeisers nog genoemd worden i) het streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst in insolventie, ii) het streven naar een kostenefficiënt insolventierecht en iii) het bevorderen van de mogelijkheden van een informele reorganisatie.⁵⁵

1.4.3 Derde vorm van benadeling: dubbele opstelling aandeelhouder

Schuldeisers kunnen ook benadeeld worden doordat aandeelhouders een kapitaalvennootschap niet door het verschaffen van eigen vermogen, maar op andere wijze financieren. Twee alternatieve wijzen van financiering worden hier geanalyseerd:

- a. De aandeelhouder financiert de vennootschap niet met kapitaal maar met leningen en bedingt hier mogelijk zekerheden voor.
- b. De aandeelhouder stelt zich garant jegens bepaalde schuldeisers van de vennootschap en de vennootschap voldoet voorafgaand aan de insolventieprocedure (juist) de schulden waar de aandeelhouder zich sterk voor heeft gemaakt.

Een aandeelhouder die de vennootschap financiert met leningen in plaats van kapitaal of die garanties verstrekt aan schuldeisers van de vennootschap, maakt vrijwillig uitzondering op drie uitgangspunten van het vennootschapsrecht. Hoewel de uitzondering vrijwillig is, maakt de aandeelhouder deze uitzondering op rationele gronden en in zijn eigen belang. De uitzondering die de aandeelhouder op deze uitgangspunten maakt, kan uiteindelijk ten nadele van de schuldeisers van de vennootschap zijn. In § 1.4.3.1 en § 1.4.3.2 worden de twee te onderscheiden subvormen besproken. Eerst worden echter nog drie klassieke uitgangspunten van het vennootschapsrecht geïdentificeerd, voor zover het gaat om kapitaalvennootschappen.

⁵⁴ Zie § 1.4.1.3 hierboven.

⁵⁵ Zie § 1.4.2.3 hierboven.

Het eerste uitgangspunt is dat de vennootschap een aparte rechtspersoon vormt die zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is.⁵⁶ Het tweede uitgangspunt is dat van beperkte aansprakelijkheid. Onder beperkte aansprakelijkheid wordt dan begrepen dat een aandeelhouder in beginsel niet zelf aansprakelijk is voor de schulden van de rechtspersoon.⁵⁷ Wel riskeert de aandeelhouder zijn inbreng op aandelen te verliezen, reden waarom wordt gesproken van een beperkte aansprakelijkheid.⁵⁸ Aangezien er helemaal geen aansprakelijkheid van de aandeelhouder bestaat jegens schuldeisers is de term ‘beperkte aansprakelijkheid’ op zijn minst ongelukkig.⁵⁹ Het tweede uitgangspunt van beperkte aansprakelijkheid is niet noodzakelijk een gevolg van het zijn van een aparte rechtspersoon. Men zou immers een rechtspersoon kunnen creëren die zelfstandig drager van rechten en plichten is, terwijl bestuurders en/of aandeelhouders naast de rechtspersoon ook zelf aansprakelijk zijn.

Uit deze twee uitgangspunten volgt een wat minder helder en minder vaak gearticuleerd derde uitgangspunt, namelijk dat de aandeelhouders de vennootschap voorzien van *risicodragend vermogen*. De aandeelhouder verschaft de vennootschap kapitaal door op aandelen te storten. Dit kapitaal vormt tezamen met de toevoegingen aan reserves, het eigen vermogen van de vennootschap. Men spreekt van *risicodragend vermogen* omdat de onderneming voor risico van de aandeelhouders wordt gedreven.⁶⁰ Indien het goed gaat en de onderneming winst maakt, dan komt de winst toe aan de aandeelhouders, ofwel door dividenduitkeringen ofwel doordat de reserves toenemen en daarmee de waarde van de aandelen.⁶¹ Men zegt ook wel dat het *upside potentieel* toekomt aan de aandeelhouders.⁶² Indien het slecht gaat met de onderneming en deze verlies maakt, komen deze verliezen ten laste van het eigen vermogen van de vennootschap en komen zo ook ten laste van de aandeelhouders. Schuldeisers nemen een geheel andere positie in.

56 Zie artikel 2:3 BW dat bepaalt dat de BV en de NV rechtspersonen zijn. Artikel 2:5 BW bepaalt dat een rechtspersoon voor wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijke persoon gelijkstaat, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.

57 Artikel 2:64 BW en 2:172 BW. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 93.

58 P. van Schilfgaarde en J. Winter, *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 43: ‘*De vennootschap die deelneemt aan het rechtsverkeer is – zoals ieder rechtssubject – aansprakelijk voor de schulden die daarbij ontstaan. Zij die namens de vennootschap handelen – bestuurders of anderen – zijn niet aansprakelijk. Ook de aandeelhouders zijn niet aansprakelijk, zij zijn slechts tegenover vennootschap verplicht hun aandelen vol te storten, art. 2:175 (2:164). Lijdt de vennootschap verlies dan is niemand verplicht om daarin bij te dragen. Deze beperkte en uitsluitend intern werkende aansprakelijkheid van de aandeelhouders komt in de naam van de BV – “besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid” – tot uitdrukking. Voor de NV geldt echter precies hetzelfde.*’

59 Het bestuur van de rechtspersoon is verder in het geheel niet aansprakelijk.

60 Zie ook M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 2007, p. 22. R.J. Schimmelpenninck, ‘Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?’, *TvJ* 2003, p. 239 spreekt over ‘garantievermogen’ of ‘aansprakelijk vermogen’.

61 Zie in deze zin ook ten aanzien van het Engelse recht, Mokal, *Corporate Insolvency Law*, p. 307: ‘*The shareholders are the company’s residual claimants, and while the company is still solvent, they ultimately stand to gain or lose from changes in its fortunes.*’

62 Schimmelpenninck, *Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?*, p. 240.

Schuldeisers van de vennootschap krijgen in principe niet meer betaald indien het goed gaat met de onderneming. Daartegenover staat dat indien het slecht gaat met de onderneming en de vennootschap insolvent verklaard wordt, het beschikbare actief van de vennootschap verdeeld wordt onder de schuldeisers. De aandeelhouders delen dan niet mee. In principe kunnen de aandeelhouders hun storting op aandelen of hun verlies op hun aandelen niet als vordering in de insolventieprocedure indienen. In insolventie bestaat namelijk een rangorde van schuldeisers. Eerst dienen de boedelschuldeisers te worden voldaan en daarna de faillissementsschuldeisers, steeds met inachtneming van hun eventuele, wettelijke rechten van voorrang. Slechts in het uitzonderlijke geval dat nog geld overblijft na voltooiing van de boedelschuldeisers en de faillissementsschuldeisers, komt dit ten goede aan de aandeelhouders. Niet als geverifieerde schuldeisers, maar als uiteindelijke gerechtigden tot het eigen vermogen van de rechtspersoon.⁶³ Er bestaat een evenwicht waarbij de aandeelhouders gerechtigd zijn tot het *upside* potentieel maar niet delen in het *downside* scenario. Schuldeisers delen daarbij niet in het *upside* potentieel, maar dienen als eerste te worden voldaan in een *downside scenario*.

Deze paragraaf analyseert hoe een aandeelhouder vrijwillig een uitzondering maakt op de hier geformuleerde uitgangspunten indien hij de vennootschap niet financiert met kapitaal maar met leningen (§ 1.4.3.1) of garanties geeft aan bepaalde schuldeisers (§ 1.4.3.2). Daarbij zal ook aangegeven worden hoe schuldeisers hierdoor benadeeld kunnen worden.

1.4.3.1 *Eerste subvorm: financieren met leningen*

De eerste uitzondering op de klassieke uitgangspunten van het vennootschapsrecht betreft het geval waarin de aandeelhouder niet enkel optreedt als verschaffer van risicodragend vermogen, maar zich ook als *schuldeiser* opstelt.

Een aandeelhouder kan kort gezegd de vennootschap op twee wijzen financieren. Het klassieke uitgangspunt is dat de aandeelhouder de vennootschap kapitaal verschaft, hetgeen op de passiefzijde van de balans van de vennootschap als eigen vermogen wordt vermeld. Een tweede mogelijkheid is dat de aandeelhouder geen kapitaal verschaft, maar de vennootschap een lening verstrekt, hetgeen op de passiefzijde van de vennootschap in beginsel terugkomt als vreemd vermogen. In dit laatste geval neemt de aandeelhouder een dubbele positie in. Enerzijds is hij aandeelhouder en anderzijds is hij schuldeiser. Ten aanzien van de positie van de aandeelhouder als schuldeiser zijn drie probleemgebieden te onderscheiden. Ten eerste, dienen aandeelhouders die een lening hebben verstrekt aan de vennootschap *in* formele insolventie van de vennootschap een gelijke rang als concurrente

⁶³ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 93 beschouwt de aandeelhouder als een soort schuldeiser: 'In verband hiermee spreekt men wel van aandeelhouders als postconcurrente crediteuren van de vennootschap: in zoverre moeten de aandeelhouders in de door de vennootschap geleden verliezen delen.'

schuldeisers te hebben? Ten tweede, moeten terugbetalingen verricht op deze leningen *voorafgaand* aan het faillissement hetzelfde worden beoordeeld als betalingen aan willekeurige derden of dient een verscherpt regime van toepassing te zijn? En als derde probleemgebied, kunnen aandeelhouders afdwingbare zekerheden bedingen voor hun leningen?

Gezien is dat aandeelhouders achter in de rij staan voor zover het hun positie als aandeelhouder betreft. Indien een aandeelhouder daarentegen de vennootschap met een lening financiert deelt hij, voor wat zijn vordering uit hoofde van de lening betreft, in beginsel mee met de concurrente crediteuren. In deze gevallen moeten de concurrente schuldeisers toezien hoe zij het beperkte actief moeten delen met de aandeelhouder. Wanneer de lening verstrekt door de aandeelhouder als achtergesteld zou worden geverifieerd, wordt de aandeelhouder pas betaald nadat alle concurrente schuldeisers volledig zijn voldaan. Achterstelling van leningen verstrekt door aandeelhouders, versterkt dus de positie van concurrente crediteuren. Men kan dan ook stellen dat voor zover de aandeelhouder geld heeft verstrekt niet in de vorm van het verschaffen van eigen vermogen, maar door dit te doen in de vorm van vreemd vermogen, dit tot benadeling van schuldeisers leidt. Indien de aandeelhouder het gebruikelijke patroon van financiering zou hebben gevolgd, zou deze immers in een *downside* scenario niet meedelen.

Er kan een aantal argumenten gegeven worden voor het achterstellen van leningen van aandeelhouders.⁶⁴ Ten eerste heeft de aandeelhouder een zekere macht over de vennootschap, welke een gewone crediteur niet heeft. Ten tweede heeft de aandeelhouder een betere kennis van de stand van zaken bij de vennootschap dan andere crediteuren. En ten derde hebben aandeelhouders als verschaffers van *riscodragend* kapitaal, anders dan gewone crediteuren, een aandeel in het *upside* potentieel van de schuldenaar. Waar schuldeisers nooit meer krijgen dan hun vordering en dus niet delen in behaalde winsten (de *upside*) van de vennootschap, komen behaalde winsten via dividend of door een waardeinstijging van de aandelen ten goede aan de aandeelhouders. De omstandigheid dat aandeelhouders een aandeel hebben in de *upside* kan daarbij een reden zijn voor een aandeelhouder om extra geld ter beschikking te stellen, terwijl een niet gerelateerde financier dat niet of niet meer zou doen.

Clark behandelt in een artikel uit 1977 de vraag of het een controlerende aandeelhouder niet eenvoudig moet worden verboden geld te lenen aan de vennootschap, of althans leningen van een controlerende aandeelhouder niet automatisch moeten worden achtergesteld. Leningen van controlerende aandeelhouders zouden dan automatisch als eigen vermogen hebben te gelden. De argumenten die hij bespreekt zijn relevant omdat de vraag universeel is. Waarom zou een aandeelhouder überhaupt toegestaan worden geld te lenen aan de vennootschap en de

64 Zie Schimmelpenninck, *Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?*, p. 239-246.

onder deze lening verschuldigde bedragen als een gewone schuldeiser op te vorderen? Is de fictie van een zelfstandige rechtspersoon niet te ver doorgeschoten indien in de verhouding van controlerend aandeelhouder tot vennootschap, of anders geformuleerd, van ‘eigenaar’ tot ‘eigendomsobject’, van *vreemd* vermogen gesproken zou worden? Is er een belang mee gediend dat aandeelhouders niet alleen beperkte aansprakelijkheid wordt geboden, maar ook de mogelijkheid hebben zich als schuldeiser van de dochter op te stellen zodat zij ook meedelen in het *downside scenario*? Clark merkt hierover het volgende op:

‘Indeed, there are compelling arguments which suggest that insiders be allowed to participate in their corporations as creditors on the same basis as outsiders. Controlling insiders, like other investors, should be free to have a portfolio of debt and equity securities so balanced as to meet their risk-return preferences. An investor should not be required to possess, in effect, only the status of a shareholder. The answer to this argument, of course, is that the capital markets of the United States are so richly diverse that a knowledgeable investor can surely create a portfolio consisting of stock in his controlled corporation and debt or equity securities of unrelated entities that will have the same risk-return characteristics as a given portfolio of stock and debt in his controlled corporation.

Another argument urged against an automatic subordination rule is that controlling shareholders are frequently – so it is said – the only persons willing to lend to a small, unknown corporation on “reasonable” terms. It is contended that if the insiders’ creditor claim is not respected in bankruptcy, this source of funds may dry up and result in such small businesses’ being deprived of the tax benefits of debt financing. The force of this argument is uncertain because it ultimately rests on unproven empirical assertions concerning the conduct of controlling insiders and the magnitude of transaction costs involved in assessing and communicating risks of default on particular loans. If rational and disinterested outside lenders are unwilling to supply corporate “loans” on a given set of interest rates and other terms, the most natural conclusion is that a “loan” of that character would be made only by persons who, by virtue of concurrent stock ownership, could benefit from the inadequacy of the terms, and the “loans” to insiders should thus be treated like equity in distributing the bankrupt estate. True, situations may arise in which insiders (a) really do perceive more accurately that the “true” risk presented by a loan to a corporation on given terms is lower than outsiders recognize, and (b) are unable to articulate and convey the objective bases of their superior judgment to the prospective outside lenders at a reasonable cost. But, in view of the widespread belief in the general efficiency of our capital markets, one might well be agnostic about the notion that such situations are common. In short, objections to the Bankruptcy Commission’s proposal based on the just demands of small investors and small businessmen are of doubtful validity.

Nevertheless, the advantages of preventive rules must be viewed in a similarly agnostic fashion. One simply does not know the extent to which insiders who are also creditors abuse their controlling status by dealing dishonestly, unfair-

ly, or preferentially with their corporations, to the detriment of outside creditors. Without such knowledge, the benefits to be expected from the automatic subordination rule are conjectural. This being so, a conservative adherence to equitable subordination is certainly defensible.’⁶⁵

In de hoofdstukken Duitsland, Engeland (met daarbij een blik op het Amerikaanse recht) en Nederland zal gezien worden in hoeverre het recht mogelijkheden biedt vorderingen van aandeelhouders in formele insolventie achter te stellen. Deze analyse van de positie van vorderingen van aandeelhouders in formele insolventie vormt de noodzakelijke opstap naar de analyse van de vraag in hoeverre een speciaal regime geldt ten aanzien van de terugbetaling van leningen verstrekt door aandeelhouders voor formele insolventie. Ook wordt gezien in hoeverre zekerheidsrechten gevestigd door een schuldenaar ten behoeve van zijn aandeelhouder als afdwingbaar moeten worden aangemerkt.

1.4.3.2 Tweede subvorm: financieren met garanties

De aandeelhouder kan naast de rol van aandeelhouder ook de hoedanigheid van schuldenaar jegens derden aannemen. De aandeelhouder kan zich bijvoorbeeld borg stellen, of zich op andere wijze sterk maken voor schulden van de vennootschap. Deze hoedanigheid van schuldenaar van de aandeelhouder houdt dan verband met de schulden van de vennootschap.

De aandeelhouder maakt hierbij vrijwillig een uitzondering op het uitgangspunt van beperkte aansprakelijkheid. Dit uitgangspunt houdt in dat de aandeelhouder slechts riskeert zijn storting op aandelen te verliezen en dat hij niet zelf aansprakelijk is jegens schuldeisers van de vennootschap. De aandeelhouder zal de aansprakelijkheid jegens individuele crediteuren, veelal een bank of andere financier, met een weloverwogen eigen belang aanvaarden. Het kan voordelig voor de aandeelhouder zijn om de vennootschap met maar weinig eigen vermogen en veel vreemd vermogen te financieren. De financier zal echter zoveel mogelijk zekerheid willen en onder omstandigheden garanties van de aandeelhouder bedingen.

De aandeelhouder weet dat, wanneer de schuldeiser jegens wie hij zich sterk heeft gemaakt niet voldaan wordt, deze schuldeiser zich bij hem zal melden. De aandeelhouder zal dit *exposure* zo veel mogelijk willen beperken en het ertoe willen leiden dat voor het doek valt in elk geval deze schuldeiser wordt voldaan. De ervaring leert dan ook dat bij dreigende insolventie nogal eens juist de schulden worden voldaan waarvoor de aandeelhouder zich sterk heeft gemaakt. Waarbij het de aandeelhouder onder de klassieke uitgangspunten van het ondernemingsrecht niet direct financieel regardeert welke schuldeisers de rechtspersoon betaalt, heeft de aandeelhouder door een dergelijke constructie ineens wel een rechtstreeks financieel belang. Hoewel de aandeelhouder zelf geen betaling ontvangt van de ven-

65 R.C. Clark, ‘The duties of the corporate debtor to its creditors’, *Harvard Law Review* 1977, p. 538, 539.

nootschap, kan het doel van de betaling door de vennootschap zeer wel gelegen zijn in de wens juist de aandeelhouder een voordeel te willen doen toekomen. Het voordeel bestaat dan uit de afname van het *exposure* zoals de aandeelhouder dit zou hebben bij insolventie van de rechtspersoon.

In de hoofdstukken ten aanzien van het Duitse, Engelse en Nederlandse recht wordt bezien in hoeverre deze dubbele opstelling van de aandeelhouder relevant is in de relatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser en of er mogelijkheden zijn om de aandeelhouder zelf aan te spreken. De complicatie is natuurlijk dat de aandeelhouder economisch gezien een voordeel heeft verkregen, maar juridisch gezien niet rechtstreeks een prestatie van de schuldenaar heeft ontvangen.

1.4.3.3 *Doel tegengaan van derde vorm van benadeling*

Er bestaat, als gezegd, een evenwicht bij de financiering van kapitaalvennootschappen. De aandeelhouders zijn gerechtigd tot het *upside* potentieel van de vennootschap, maar delen niet in het *downside* scenario. Schuldeisers delen daarbij niet in het *upside* potentieel, maar dienen als eerste te worden voldaan in een *downside scenario*.

Dit evenwicht kan men als een beschrijvende analyse opvatten van hoe investeringen in vennootschappen normaliter plaatsvinden en wie wanneer wat krijgt. Men kan dit evenwicht echter ook als een *normatief evenwicht* beschouwen. Indien men dit evenwicht meer normatief benadert, kan het evenwicht een toetsingskader vormen voor handelingen die een inbreuk op dit evenwicht vormen. Voor zover men oordeelt dat het leerstuk van schuldeisersbenadeling ook dient te voorzien in aantastbaarheid van handelingen in strijd met de uitgangspunten van de financiering van kapitaalvennootschappen, dan is hiermee ook meteen het doel van het leerstuk terzake gegeven: een evenwichtige verdeling van risico's rond investeringen in kapitaalvennootschappen.

In hoeverre de verschillende onderzochte landen binnen het leerstuk van aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling dit doel nastreven, zal in de volgende hoofdstukken bezien worden.

1.4.3.4 *Verhouding derde vorm tot eerste twee vormen*

Benadeling van schuldeisers doordat de aandeelhouder de vennootschap financiert met leningen en/of garanties in plaats van kapitaal wordt hier beschouwd als een te onderscheiden vorm van benadeling ten opzichte van benadeling doordat een inbreuk wordt gemaakt op de integriteit van het verhaalsvermogen (§ 1.4.1) en ook als een te onderscheiden vorm van doorbreking van de *paritas creditorum* (§ 1.4.2).

Voor zover men, zoals bijvoorbeeld Maeijer,⁶⁶ de aandeelhouder als een postconcurrente schuldeiser beschouwt, zou men mogelijk kunnen menen dat de gevallen hier aan de orde telkens slechts een bijzondere vorm zijn van de doorbreking van de *paritas creditorum*. De terugbetaling van een lening van een aandeelhouder (evenals het verstrekken van zekerheden voor een dergelijke lening) kan dan gezien worden als het voldoen van een schuldeiser voor zijn wettelijke rang.⁶⁷ De problematiek is echter een geheel andere. In de kern genomen is het probleem dat de aandeelhouder '(mede-)eigenaar' van de vennootschap is, en deze hoedanigheid fundamenteel anders is dan die van schuldeiser. De problematiek van een dubbele opstelling van aandeelhouders wordt onvoldoende recht gedaan door haar te beschouwen als een vorm van doorbreking van de *paritas creditorum*. De problematiek vergt een eigen toetsingskader. Zoals uiteengezet zal worden in § 2.3 heeft het Duitse recht er ook voor gekozen terugbetaling van aandeelhoudersleningen (evenals het verstrekken van zekerheden voor deze leningen en het terugbetalen van schulden waarvoor de aandeelhouder zich heeft sterk gemaakt) te scheiden van de algemene bepalingen die de *paritas creditorum* beschermen.

Het onvoldoende scheiden van deze derde vorm van benadeling van de eerste twee vormen, wreekt zich op andere wijze. Niet alleen wordt aan de problematiek van de dubbele opstelling van aandeelhouders onvoldoende recht gedaan, tegelijkertijd wordt de werking van het leerstuk van verhaalsbenadeling voor zover dit ziet op wederpartijen niet zijnde aandeelhouder vertroebeld. Benadeling van schuldeisers door aandeelhoudersleningen en garanties dient bij gebreke aan een specifieke bepaling getoetst te worden aan de algemene bepalingen. Indien meer uiteenlopende gevallen onder een en dezelfde norm worden gebracht, kan men verwachten dat de toepassing en de inhoud van deze norm onduidelijk wordt.

1.5 Grenzen aan aantastbaarheid van handelingen

Als gezegd, rechtsregels vormen de weerslag van een afweging van enerzijds het doel dat wordt nagestreefd met een bepaling en anderzijds de belangen die botsen met dit doel. Ook al zou in een concreet geval het doel van een bepaling bereikt kunnen worden door in te grijpen, dan is daarmee nog niet gezegd dat ingrijpen gerechtvaardigd is. Er is een aantal belangen dat traditioneel haaks staat op de belangen die het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling beoogt te beschermen. Deze belangen vormen daarmee een natuurlijk tegenwicht en verklaren veelal de grenzen van het leerstuk. In deze paragraaf worden summier vier van deze belangen besproken.

⁶⁶ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 93.

⁶⁷ Ook de terugbetaling van een vordering waarvoor de aandeelhouder zich heeft sterk gemaakt, zou beschouwd kunnen worden als het indirect reeds voldoen van een latente regresvordering van de aandeelhouder op de vennootschap.

1.5.1 *Respect voor het handelen van de schuldenaar*

Een van de uitgangspunten in het insolventierecht is dat de schuldeisers het vermogen van de schuldenaar dienen te respecteren zoals zij dit aantreffen. Dit uitgangspunt brengt zowel rechten als verplichtingen voor de gezamenlijke schuldeisers met zich. Beschikkingshandelingen verricht na aanvang van formele insolventie kunnen niet meer tegen de boedel worden ingeroepen (tenzij de boedel daardoor is gebaat⁶⁸). Anderzijds geldt de verplichting dat schuldeisers handelingen verricht voor de aanvang van formele insolventie in beginsel dienen te accepteren. Het gedwongen respecteren van het vermogen van de schuldenaar en de staat waarin deze het heeft gebracht is daarmee het uitgangspunt. De mogelijkheid om bepaalde rechtshandelingen aan te tasten is de uitzondering. De Nederlandse wetgever formuleert dit uitgangspunt als volgt:

‘Daarnevens staat dit andere rechtsbeginsel dat een ieder volkomen tot handelen bevoegd is, en dat eene uitdrukkelijke wetsbepaling noodig is om iemand die bevoegdheid te ontzeggen of hem daarin in het een of ander opzicht te beperken.

Is bijgevolg een ieder, ook hij die schulden heeft, volkomen bevoegd naar goeddunken over zijn vermogen te beschikken en moet derhalve de toestand waarin de schuldenaar zijn vermogen, krachtens dat beschikkingsrecht, heeft gebracht, door zijne schuldeisers bij executie op de meest volstrekke wijze geëerbiedigd worden, aan den andere kant rust evenzeer op elken schuldenaar de plicht het onderpand zijner schuldeisers niet willens en wetens te hunnen nadeele te verminderen of weg te maken.’⁶⁹

Het uitgangspunt dat schuldeisers het vermogen dienen te accepteren zoals zij dit aantreffen heeft een praktische en een ethische component. Het gaat hier om een zelfstandig uitgangspunt, dat los gezien kan worden van de beschermenswaardigheid van belangen van derden (zoals de belangen van de wederpartij). Vanuit praktisch oogpunt is het de eenvoudigste en simpelste regeling. Men moet ergens een streep trekken, en het eenvoudigst en minst voor discussie vatbaar is deze streep te trekken op de datum van insolventverklaring (al dan niet met terugwerkende kracht tot 0.00 uur).

Vooraf bij insolventie van natuurlijke personen heeft het uitgangspunt dat partijen het vermogen van de schuldenaar dienen te respecteren zoals zij dit aantreffen ook een ethische component. Het faillissement is een algemeen verhaalsbeslag ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit algemene verhaalsbeslag wordt gelegd omdat de schuldenaar, om wat voor reden dan ook, niet meer in staat is om zijn schuldeisers volledig te voldoen. Er bestaat geen rechtvaardiging om naar

⁶⁸ Zie voor het Nederlandse recht artikel 24 Fw.

⁶⁹ Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, p. 433.

believen bepaalde transacties terug te draaien en andere in stand te laten. De insolventverklaring is geen vrijbrief om te oordelen dat de schuldenaar kennelijk geen gezond beheer kan voeren en dat daarmee al zijn transacties opnieuw overwogen kunnen worden.⁷⁰ Bij rechtspersonen speelt de ethische component een veel beperktere rol. Daar overheerst het praktische aspect. Ook bij insolvente rechtspersonen geldt echter de overweging dat de staat waarin de schuldenaar zijn vermogen heeft gebracht, ook al is deze deplorabel en insolvent, gerespecteerd dient te worden. Uit het citaat als hiervoor weergegeven blijkt dat de wetgever in 1896 bij het formuleren van het uitgangspunt dat handelingen verricht door de schuldenaar in beginsel gerespecteerd dienen te worden, voornamelijk het oog heeft gehad op de ethische component. De wetgever maakt daarbij geen onderscheid tussen de schuldenaar/natuurlijk persoon en de schuldenaar/rechtspersoon.

1.5.2 Contractuele zekerheid/finaliteit

Een wederpartij die met een beschikkingsbevoegde en handelingsbekwame schuldenaar heeft gehandeld dient er in beginsel op te kunnen vertrouwen dat de handelingen die hij met deze schuldenaar verricht onaantastbaar zijn. Dit betreft zowel het aangaan van een overeenkomst als de uitvoering daarvan. In beginsel dient zo snel mogelijk duidelijk te zijn waar partijen aan toe zijn.⁷¹ Een belangrijk beginsel dat de grenzen van het leerstuk van schuldeisersbenadeling mede bepaalt, is dan contractuele zekerheid⁷² of mogelijk beter, finaliteit van overeenkomsten. Deze laatste term wordt in het Engelse recht wel gebruikt. Zie bijvoorbeeld Mokal:

‘The ideal of finality of transactions requires the ambit of insolvency law to be clearly defined. The parties to a transaction should be able to plan their affairs in the knowledge that they would be allowed to retain the benefit of that transaction as long as their counterparty is not in distress.’⁷³

70 Zie over het belang voor natuurlijke personen van het kunnen verrichten van rechtshandelingen en daarmee het vorm en invulling geven aan zijn juridische persoon, B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2009, p. 624-630.

71 Zie bijvoorbeeld in algemene zin ten aanzien van het belangenconflict binnen het leerstuk van verhaalsbenadeling Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 137: ‘As is the case with a number of the core provisions of an insolvency law, the design of avoidance provisions requires a balance to be reached between competing social benefits such as, on the one hand, the need for strong powers to maximize the value of the estate for the benefit of all creditors and, on the other, the possible undermining of contractual predictability and certainty.’

72 Zie R. Parry, *Transaction Avoidance in Insolvencies*, Oxford: Oxford University Press, reprint 2005, p. 15: ‘As a result, avoidance provisions will tend to be shaped by two competing factors: on the one hand the need to ensure that the scheme of asset distribution applicable in insolvency is observed, and on the other hand the need to ensure that contractual certainty is not undermined unduly.’

73 Mokal, *Corporate Insolvency Law*, p. 333.

1.5.3 *Geen schade voor rekening van derden zonder verwijt*

In geval van insolventie zijn er schuldeisers die, veelal tegen hun verwachting in, hun vordering niet voldaan krijgen. Een succesvol beroep op aantasting van een handeling wegens schuldeisersbenadeling zal leiden tot een toename van de boedel. Het verlies van de schuldeisers op hun vordering wordt daarmee beperkt. De partij tegen wie de vordering wordt ingesteld zal echter slechter af zijn. Een uitgangspunt dat ook grenzen aan het leerstuk van schuldeisersbenadeling stelt, is dat men niet het verlies van de gezamenlijke schuldeisers mag afwentelen op een derde voor zover deze daardoor per saldo slechter af is en deze derde geen verwijt gemaakt kan worden.

De waardering van de positie van de wederpartij en met name of deze per saldo slechter af is, leidt tot gecompliceerde vragen. Een daarvan is welke vergelijking men relevant acht. Is dit de vergelijking van de positie van de wederpartij waarin deze verkeert voor en na een geslaagd beroep op aantasting van de handeling? In deze vergelijking zal de wederpartij altijd slechter af zijn. Een andere vergelijking is de positie van de wederpartij na aantasting te vergelijken met de positie waarin deze verkeerd zou hebben indien deze de gewraakte handeling niet zou hebben verricht. Dit zijn twee verschillende benaderingen die tot geheel andere uitkomsten kunnen leiden.

Neem het geval waarin een schuldeiser hangende een aanvraag tot insolventverklaring en in de wetenschap van deze aanvraag nog betaald wordt. Indien een bewindvoerder hier de betaling zou vernietigen, is de schuldeiser aanzienlijk slechter af na vernietiging dan voor vernietiging. Indien men de posities van de schuldeiser waarin deze verkeert na vernietiging vergelijkt met de positie waarin deze verkeerd zou hebben zonder de gewraakte betaling in ontvangst te hebben genomen, zal deze in de regel echter in dezelfde positie verkeren; namelijk die van concurrent schuldeiser. Na vernietiging van de betaling kan de schuldeiser immers nog gewoon opkomen voor zijn vordering en deze ter verificatie indienen. Zo zijn er dus gevallen waarbij de wederpartij na vernietiging uiteindelijk niet slechter af is, indien men zijn positie vergelijkt met die waarin deze verkeerd zou hebben indien hij het verrichten van de handeling achterwege had gelaten.

Geheel anders kan de situatie zijn wanneer de benadelende handeling niet de betaling van een schuld was, maar een overdracht door de schuldenaar tegen een prestatie met een waardeverschil. Neem het geval waarin de schuldenaar in de maand voorafgaand aan de insolventverklaring een hem toebehorend goed overdraagt tegen betaling van slechts 25% van de marktwaarde. De uitkomst van de vergelijking van de positie van de wederpartij waarin deze na de vernietiging verkeert, met de positie waarin deze verkeerd zou hebben indien de wederpartij de handeling achterwege gelaten zou hebben, hangt af van wat met de 25% gebeurt die betaald is. Indien de wederpartij voor deze door hem geleverde prestatie een boedelvordering zou hebben (en het teruggeven van het door hem ontvangen goed kan opschorten totdat deze boedelvordering voldaan is), is de wederpartij niet

slechter af. De wederpartij is in beginsel ook niet wezenlijk slechter af indien deze veroordeeld zou worden om de 75% bij te betalen. Indien de sanctie beperkt zou zijn tot de verplichting het waardeverschil bij te betalen of het goed af te staan waarbij hij zijn eigen prestatie terugontvangt, is de wederpartij per saldo niet slechter af. De situatie verandert geheel indien men de wederpartij dwingt het goed af te staan en hem achterlaat met een concurrente vordering voor de door hemzelf geleverde prestatie. De wederpartij verkeert na vernietiging in een aanzienlijk slechtere positie dan waarin deze verkeerd zou hebben indien deze het verrichten van de gewraakte transactie achterwege had gelaten.

Indien men de derde in een positie brengt die per saldo slechter is, brengt men de schade van de gezamenlijke schuldeisers voor rekening van de wederpartij. Hiervan kan in beginsel slechts sprake zijn indien men de derde een verwijt kan maken.⁷⁴ De relevante vergelijking is daarbij in de eerste plaats de vergelijking van zijn positie zoals die zou zijn na aantasting van de handeling en zijn positie zoals die zou zijn geweest indien hij deze handelingen nooit zou hebben verricht.

Hiermee wordt uitdrukkelijk niet gesteld dat de wederpartij altijd een verwijt gemaakt moet kunnen worden voor een beroep op aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling. Immers, in veel gevallen is de wederpartij uiteindelijk niet slechter af indien men zijn positie na aantasting vergelijkt met de positie waarin hij zou hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling. Verder wordt hiermee ook niet gezegd dat in die gevallen waarin de wederpartij wel in een slechtere positie komt te verkeren, het verwijt altijd zo groot moet zijn dat de wederpartij een zelfstandige onrechtmatige daad heeft gepleegd.⁷⁵

74 Ik spreek hier over een beginsel dat grenzen stelt aan het leerstuk van schuldeisersbenadeling en niet over een rechtsregel die zelfstandig rechten en verplichtingen bepaalt. Met name spreek ik hier niet over de vereisten voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad. In de verschillende hoofdstukken zal nog ingegaan worden op de verhouding tussen de onrechtmatige daad en het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling. Zie voor algemene beschouwingen omtrent de verhouding tussen onrechtmatigheid, schuld en toerekening ten aanzien van de onrechtmatige daad C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen 2000). Zij schrijft (o.a. p. 5, 9 en 247) dat de vraag of schade vergoed moet worden, beheerst wordt door de gezichtspunten 'ieder draagt zijn eigen schade' en 'berokken een ander geen schade'. Het uitgangspunt 'ieder draagt zijn eigen schade' werkt ook hier door. Bij aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling speelt echter niet zozeer de vraag of schade *vergoed* moet worden, maar de vraag voor wiens rekening het verlies dat de schuldeisers in het faillissement lijden, uiteindelijk komt. Bij vernietiging van de rechtshandeling bij een overdracht gaat het immers niet om een plicht tot schadevergoeding. Hoewel hier geen sprake is van een schadeplichtigheid, geldt wel het beginsel dat schade niet afgewenteld mag worden zonder dat de wederpartij bij de paulianeuze handeling een verwijt gemaakt kan worden. Zie ten aanzien van het aannemen van schadeplichtigheid in het algemeen en de noodzaak van schuld daarbij, W.C.L. van der Grinten, 'Aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid en schuld', *RM Themis* 1940, p. 428: '*Onze slotconclusie is derhalve, dat de rechtspraak schuld en onrechtmatigheid als grondslag voor aansprakelijkheid eischt en dat dit systeem bevredigend werkt. Niet de schade behoort tot vergoeding te verplichten, maar de schuld. Dit groote beginsel van elk schaderecht, dat den primitieven grondslag van zijn kindsheid is ontgroeid, wordt terecht door de rechtspraak vastgehouden.*'

75 Zie over de vraag naar de verhouding tussen het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling en het leerstuk van de onrechtmatige daad § 2.4, § 3.4 en § 4.4 van de landenhoofdstukken en van het rechtsvergelijkend hoofdstuk § 5.2.3.

1.5.4 Geen belemmering van reorganisatiemogelijkheden

Een van de grote uitdagingen voor het leerstuk van de aantastbaarheid van rechtshandelingen wegens schuldeisersbenadeling is niet in de weg te staan aan de mogelijkheden van bedrijven in financiële nood er weer bovenop te komen.⁷⁶ Het leerstuk dient zo vormgegeven te worden dat reorganisaties en reddingsoperaties niet onnodig belemmerd worden.⁷⁷ Ook dient voorkomen te worden dat ondernemingen in financiële problemen als aangeschoten wild behandeld (moeten) worden en dat men bij elke handeling als wederpartij moet vrezen dat een bewindvoerder in een eventuele latere formele insolventie de transactie zal willen proberen terug te draaien.⁷⁸ Indien partijen niet meer op gewone voet met de schuldenaar kunnen handelen of vrezen dat dit niet meer kan, dan zal de angst voor insolventie snel een *self-fulfilling prophecy* worden.

76 Hoewel schuldeisers uiteindelijk gebaat zullen zijn bij een succesvolle reorganisatie, wordt het belang van de reorganisatiemogelijkheden hier toch steeds gerangschikt als een van de belangen die haaks staan op de belangen van de schuldeisers. De faillissementspauliana, *Insolvenzanfechtung* en in de regel de bepaling van *transaction avoidance*, veronderstellen dat er een insolventieprocedure is waarmee de reorganisatie, voor zover ondernomen, kennelijk mislukt is. Reorganisaties brengen kosten met zich, waardoor de schuldeisers veelal slechter af zullen zijn. Hoewel het niet geheel zuiver is het belang van het bevorderen van het reorganiserende vermogen te presenteren als een belang dat haaks staat op de belangen van de schuldeisers, is het wel een belang dat zelfstandig beschermd dient te worden tegen een te ruime ex post aantastbaarheid van benadelende handelingen.

77 Zie ook de Toelichting op het Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet die aangeeft dat bonafide reorganisaties, ook als deze later falen, in principe buiten het leerstuk van verhaalsbenadeling gehouden moeten worden (Toelichting Voorontwerp p. 223-224): ‘*Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin een financier bereid blijkt om daadwerkelijk een (aanvullende) financiering tegen verstrekking van zekerheden wil verzorgen en insolventie nog niet onvermijdelijk is. Blijkt nu de financier te optimistisch te zijn geweest en bij de reddingsactie de insolventieverklaring redelijkerwijze niet te hebben kunnen voorzien, dan hoeft hij niet bang te zijn voor een succesvolle actie door de bewindvoerder.*’ Het commentaar van de Nederlandse banken is echter juist dat een uitbreiding van de faillissementpauliana wel degelijk aan reddingsoperaties in de weg zal staan. Zie Commentaar NVB op Voorontwerp, brief van 12 september van De Nederlandse Vereniging van Banken aan Minister van Justitie E.M.H. Hirsch Ballin, p. 9, 10: ‘*De in het Voorontwerp voorgestelde verruiming van de mogelijkheid tot vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen, en de daaruit voortvloeiende onzekerheid voor de banken, zal de volgende reacties tot gevolg hebben:*

1. (...)

2. (...)

3. *banken zullen veel minder geneigd zijn een aanvullende financiering (“nieuw geld”) ter beschikking te stellen om de onderneming door een moeilijke periode heen te helpen.*

78 Zie hierover Walters (A. Walters, ‘Preferences’, in: J. Armour en H. Bennet (red.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency*’, Oregon: Hart Publishing 2003, p. 125) waar hij de belangen bespreekt die botsen met aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling bestaande uit *preferences*: ‘*In recognising that wider issues of policy – such as the need to promote finality of transactions or to encourage the provision of credit to struggling but potentially viable businesses – might be in play, there is inevitably some undermining of the collective scheme.*’

1.6 Twee methoden van rechtsvergelijking: dogmatisch en functioneel

De gehanteerde onderzoeksmethode is rechtsvergelijkend, zowel extern als intern. Extern worden het Duitse, het Engelse en het Nederlandse recht ten aanzien van de aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling met elkaar vergeleken. Intern⁷⁹ wordt het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling vergeleken met het leerstuk van de onrechtmatige daad. Zodra sprake is van benadeling van schuldeisers komt vrijwel automatisch de vraag op of naast, of in plaats van, het aantasten van de handelingen, aansprakelijkheid van de handelende personen uit hoofde van onrechtmatige daad de benadeling ongedaan zou kunnen maken. Om de verhouding van deze rechtsfiguren te onderzoeken worden per rechtsstelsel de subjectieve criteria, voor zover gehanteerd, van het leerstuk van de aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling vergeleken met de criteria van de onrechtmatige daad.

Door in de hoofdstukken over het Duitse, het Engelse en het Nederlandse recht primair te kijken naar rechtsfiguren die op een andere wijze voorzien in de aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling, wordt in de eerste plaats gekozen voor een dogmatische methode van rechtsvergelijking. De dogmatische methode wordt als tegenpool gezien van de functionele methode. De dogmatische methode zoekt equivalente rechtsregels in een ander rechtsstelsel, of een equivalent rechtsinstituut en vergelijkt deze. Hierbij staat voorop dat de rechtsregels in de verschillende landen een soortgelijke structuur hebben. De functionele methode gaat anders te werk. De functionele aanpak houdt in dat de comparatist een bepaald *probleem* als uitgangspunt neemt en vervolgens zoekt naar de oplossingen die de geselecteerde rechtsstelsels voor dit probleem bieden.⁸⁰ De vraag is dan in de eerste plaats welke materiële oplossing het recht biedt. Het gevaar van de dogmatische methode is dat deze niet zou onderkennen dat een bepaald probleem in een ander rechtsstelsel mogelijk wel gereguleerd wordt, maar binnen een geheel andere rechtsfiguur of ander rechtsgebied.⁸¹

79 Vranken gebruikt de term interne rechtsvergelijking voor een vergelijking met andere rechtsgebieden. (J.B.M. Vranken, 'Interne rechtsvergelijking', *Tijdschrift voor privaatrecht* 1995/2, p. 401): 'Met interne rechtsvergelijking doel ik op het verschijnsel dat men over de grenzen van zijn rechtsgebied heen kijkt en aansluiting zoekt bij andere deelreinen van het recht. Voor de civilist zijn dit in het bijzonder het strafrecht, het bestuursrecht en het fiscale recht.' Hier is de vergelijking bescheidener in de zin dat niet met het bestuursrecht of het strafrecht wordt vergeleken, maar de rechtsfiguur wordt vergeleken met de onrechtmatige daad.

80 A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi 1999, p. 67 e.v.

81 Zweigert en Kötz (K. Zweigert en H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 34) presenteren de functionele methode dan ook als de aangewezen werkwijze: 'The basic methodological principle of all comparative law is that of functionality. From this basic principle stem all the other rules which determine the choice of laws to compare, the scope of the undertaking, the creation of a system of comparative law, and so on. Incomparables cannot usefully be compared, and in law the only things which are comparable are those which fulfil the same function.'

Toch is bij de structuur van dit boek in de landenhoofdstukken primair gekozen voor een dogmatische methode. In de hoofdstukken over het Duitse, Engelse en Nederlandse recht wordt het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling per land geanalyseerd en beschreven. De analyse van het Duitse, Engelse en Nederlandse recht van de aantastbaarheid van handelingen wegens benadeling van schuldeisers vormt daarmee in omvang het leeuwendeel van dit boek. Mijns inziens is dit de enige manier om de verschillende stelsels te doorgronden. Vooral indien men meer dan een of twee veel voorkomende gevallen van schuldeisersbenadeling wil bespreken, ontkomt men er mijns inziens niet aan om te beginnen met een uiteenzetting van de structuur en werking van de gehele rechtsfiguur. In elk rechtstelsel wordt een probleem geplaatst in een bepaald samenspel van regels welk samenstel men in abstracto dient te doorgronden wil men de uiteindelijke beoordeling van het probleem kunnen begrijpen.

In dit onderzoek wordt dus in de eerste plaats een vergelijking gemaakt tussen de verschillende bepalingen die voorzien in aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling. Het dogmatische element is er bovenal in gelegen dat de rechtsregels worden onderzocht waarbij het gevolg is dat de handeling zelf wordt aangetast. Teneinde tot een zinvolle vergelijking van de verschillende onderzochte rechtstelsels te komen en om de risico's verbonden aan de dogmatische methode te ondervangen, is het onderzoek echter op een aantal wijzen uitgebreid.

Bij de bestudering van literatuur is steeds bezien of bij de bespreking van een probleem zelf melding wordt gemaakt van de mogelijke toepasselijkheid van andere rechtsfiguren. Anderzijds is bezien in hoeverre het onderzochte recht andere gevallen onder de werking van de rechtsfiguur brengt waar het Nederlandse recht en/of het Duitse en/of het Engelse recht dit niet doen. Voor zover dit het geval is, wordt weer bezien welke andere rechtsfiguren hier mogelijk van toepassing zijn.

Ten tweede wordt per land steeds in de concluderende paragraaf een drietal vormen van benadeling centraal gesteld. Dit zijn de in § 1.4 hierboven uitgewerkte drie vormen van schuldeisersbenadeling. Per land wordt onderzocht in hoeverre deze drie vormen van benadeling onderkend zijn en in hoeverre het onderzochte land objectieve dan wel subjectieve criteria voor aantastbaarheid stelt. Door in de concluderende paragrafen van de landenhoofdstukken een *vorm* van benadeling centraal te stellen en te bezien welke vereisten voor een geslaagd beroep gesteld worden, kan men de landen eenvoudiger met elkaar vergelijken dan wanneer men de gehele rechtsfiguur van aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling vergelijkt. In hoofdstuk 5 worden de landen vervolgens expliciet per vorm van benadeling vergeleken. Daarbij wordt op basis van de analyse van het Duitse, Engelse en Nederlandse recht de vraag beantwoord in hoeverre het per vorm van benadeling mogelijk en wenselijk is tot een objectieve regeling te komen. Hierbij is dus een vergelijking van het probleem (een bepaalde vorm van benadeling) leidend en niet zozeer de dogmatische vorm van een rechtsfiguur. In die zin hanteren de concluderende paragrafen van de landenhoofdstukken en het rechtsvergelijkende hoofdstuk grotendeels de functionele methode.

Ten derde worden de bezwaren verbonden aan de dogmatische methode ondervangen door de interne rechtsvergelijking, waarbij de criteria van de faillissementspauliana en haar equivalenten worden vergeleken met de criteria van de onrechtmatige daad. Door deze rechtsfiguur te onderzoeken en de verhouding tot het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling te beschrijven wordt verder voorkomen dat de dogmatische invalshoek tot een onvolledig beeld leidt doordat te veel op de formele regel geconcentreerd wordt.

1.7 Leeswijzer

1.7.1 *Structuur en opbouw van de hoofdstukken*

In dit inleidende hoofdstuk is de problematiek van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling geïntroduceerd, de onderzoeksvraag geformuleerd en aangegeven hoe deze onderzoeksvraag zal worden beantwoord. Verder is in dit inleidende hoofdstuk een onderverdeling naar drie vormen van benadeling besproken waar steeds op teruggegrepen zal worden, te weten benadeling door:

- i) inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen,
- ii) doorbreking van de *paritas creditorum*, en
- iii) een dubbele opstelling van aandeelhouders.

De hoofdstukken 2, 3 en 4 analyseren achtereenvolgens het Duitse, Engelse en Nederlandse recht *terzake*. Per landenhoofdstuk wordt dezelfde structuur gehanteerd. Elk hoofdstuk begint met een inleiding (§ 2.1, § 3.1 en § 4.1), waarin onder andere in algemene termen een overzicht wordt gegeven van de verschillende relevante aantastingsgronden. Vervolgens worden in § 2.2, § 3.2 en § 4.2 de verschillende aantastingsgronden behandeld. Het aantal relevante aantastingsgronden per land verschilt, zodat ook het aantal subparagrafen varieert. Wel wordt steeds dezelfde volgorde gehanteerd. Eerst wordt de gehele bepaling weergegeven, zodat men het betoog ook goed kan volgen zonder dat men op zoek moet gaan naar buitenlandse wet- en regelgeving. Vervolgens wordt bezien wat als het doel van de bepaling wordt gezien en hoe ingrijpen wordt gerechtvaardigd. Vervolgens worden per aantastingsgrond de objectieve en de subjectieve criteria besproken. Paragrafen 2.3, 3.3 en 4.3 analyseren telkens de positie van aandeelhouders in formele insolventie van de schuldenaar voor zover de aandeelhouder de vennootschap niet met kapitaal maar met een lening of garanties heeft gefinancierd. Paragrafen 2.4, 3.4 en 4.4 onderzoeken hoe het leerstuk zich verhoudt tot het leerstuk van de onrechtmatige daad. In de concluderende paragrafen (§ 2.5, § 3.5 en § 4.5) wordt steeds geanalyseerd in hoeverre in de landen een onderscheid is gemaakt tussen de drie onderscheiden vormen van benadeling. Eveneens wordt per land op hoofdlijnen geanalyseerd in hoeverre het onderzochte rechtstelsel per vorm van benadeling objectieve of subjectieve criteria hanteert.

Hoofdstuk 5 vergelijkt het recht van de landen en beantwoordt aan de hand van deze rechtsvergelijking de vraag in hoeverre het per vorm van benadeling mogelijk en wenselijk is tot een regeling van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling te komen met enkel objectieve criteria. In de Appendix worden de conclusies samengevoegd en wordt uitgewerkt hoe een dergelijke regeling eruit zou zien. De regeling wordt gepresenteerd als een nadere invulling van de *European Principles of Insolvency Law*.

1.7.2 Gebruikte terminologie

In dit inleidende hoofdstuk en ook in de rechtsvergelijkende conclusies wordt zoveel mogelijk getracht juridische vragen en problemen in neutrale termen te beschrijven.⁸² Zo wordt niet gesproken van faillissement, maar van een formele insolventieprocedure. De Nederlandse faillissementsprocedure werkt namelijk op onderdelen anders dan het Duitse *Insolvenzverfahren* en de Engelse *Administration* en *Liquidation* procedures. Zo wordt verder ook niet gesproken van curator, maar van bewindvoerder. Ook wordt niet gesproken over de Engelse of de Duitse faillissementspauliana, omdat de term daar niet gebruikt wordt en het vooral ten aanzien van het Engelse recht ten onrechte de indruk zou wekken dat een uniform equivalent te vinden is van de Nederlandse faillissementspauliana. Ook kent men in Engeland geheel andere sancties dan enkel de vernietiging van een handeling. Verder zal nog gezien worden dat in het Duitse recht niet enkel rechtshandelingen aantastbaar zijn, maar ook handelingen met een rechtsgevolg zonder dat de wil van partijen daarop gericht dient te zijn geweest. Teneinde tot een zo neutraal mogelijke beschrijving van het Duitse, Engelse en Nederlandse recht te komen, wordt dan ook enigszins omslachtig gesproken over het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling.

⁸² Zie voor de noodzaak van een dergelijke benadering, Zweigert en Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, p. 34: 'The question to which any comparative study is devoted must be posed in purely functional terms: the problem must be stated without any reference to the concepts of one's own legal system.'