



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

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

de Weijs, R.J.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

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

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

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

4 | Nederlands recht

4.1 Inleiding

De Nederlandse faillissementspauliana heeft de reputatie van een moeilijke en gecompliceerde rechtsfiguur. Zo is het welhaast een plichtpleging om bij het bespreken van de faillissementspauliana, al dan niet verzuchtend, de wetgever van 1896 te citeren. De wetgever schrijft:

‘De regeling van de zoogenaamde actio Pauliana en hetgeen daarmee samenhangt, van het recht der schuldeischers handelingen huns schuldenaars van hunne rechtskracht te berooven, is van alle vraagstukken, waartoe het materieel faillietenrecht aanleiding geeft, het moeilijkste.’¹

De pauliana heeft echter niet enkel de reputatie van een moeilijke en complexe rechtsfiguur, maar tevens, en misschien nog wel meer, van een ongrijpbare rechtsfiguur. Zo wordt wel gesproken van het spook van de pauliana.² Men zou het erop kunnen gooien dat juristen eenvoudigweg moeite hebben om de complexe rechtsfiguur te doorgronden, en dat de reputatie van ongrijpbaarheid meer aan de jurist dan aan de rechtsfiguur ligt. Dit lijkt de insteek van Abendroth:

‘In mijn ervaring wordt enerzijds de Pauliana er maar al te vaak met de haren bijgesleept terwijl zij in geen velden of wegen is te bekennen, terwijl zij anderzijds vaak niet wordt herkend terwijl zij ons breeduit ligt aan te grijnzen. Het lijkt kortom een slecht begrepen rechtsfiguur.’³

De status van ongrijpbare rechtsfiguur is mijns inziens in de eerste plaats te wijten aan de rechtsfiguur zelf. De ongrijpbaarheid van de Nederlandse faillissementspauliana komt bovenal door het fundamentele onderscheid tussen de vernietigbaarheid van *onverplichte* rechtshandelingen in artikel 42 Fw enerzijds en

1 G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en surseance van betaling* (eerste deel), Haarlem: De Erven F. Bohn 1896, p. 432.

2 Zie H.L.E. Verhagen in zijn noot bij HR 23 april 1999, *JOR* 1999/109: ‘Bovendien waart bij de vestiging van nieuwe zekerheidsrechten veelal het spook der pauliana rond.’

3 R.J. Abendroth, ‘Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen’, in: J.M.M. Maeijer e.a. (red.), *De financiering van de onderneming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 54. Even verderop schrijft Abendroth (p. 55): ‘Deze aanpak veronderstelt dat de Pauliana een onzeker risico vormt. Dat is een misvatting.’

verplichte rechtshandelingen in artikel 47 Fw anderzijds. In dit hoofdstuk zal onder meer uiteengezet worden dat het onderscheid tussen verplicht en onverplicht het zicht op de onderliggende problemen in vergaande mate vertroebelt en daarmee in de weg staat aan een helder begrip van de werking van de faillissementspauliana. Ook de commissie Kortmann is hier een slachtoffer van geworden. Zij heeft in het Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet⁴ een regeling opgenomen ten aanzien van de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen. Analyse van het Voorontwerp en de Toelichting daarop toont dat de commissie Kortmann zich onvoldoende heeft afgevraagd wat het onderscheid *verplicht-onverplicht* eigenlijk betekent.⁵

In het inleidende hoofdstuk (§ 1.4) zijn drie vormen van schuldeisersbenadeling geïnventariseerd. In de eerste plaats betreft dit de benadeling doordat een handeling inbreuk maakt op de integriteit van het verhaalsvermogen. Hiervan is sprake indien de schuldenaar een voor hem nadelige handeling verricht die in een later faillissement ten nadele van zijn schuldeisers uitwerkt. Hierbij valt te denken aan de overdracht van een goed onder de waarde of schenkingen en andere rechtshandelingen om niet. Kenmerkend voor deze handelingen is dat deze niet alleen nadelig zijn voor de schuldeisers in een later faillissement, maar ook voor de schuldenaar zelf. In de tweede plaats zijn er rechtshandelingen die schuldeisers benadelen doordat de rechtshandeling de *paritas creditorum* doorbreekt. Hiervan is onder andere sprake indien de schuldenaar op de valreep een bepaalde schuldeiser voldoet. In het opvolgende faillissement blijft zodoende minder over voor de achterblijvende schuldeisers. Een van de onderscheidende kenmerken van deze vorm van benadeling ten opzichte van de eerste vorm van benadeling is dat bij een doorbreking van de *paritas creditorum* de gewraakte handeling voor de schuldenaar zelf vermogensneutraal is. Een passief (bestaande schuld) wordt betaald door aanwending van een bestaand actief. Het derde prototype van schuldeisers benadelende handelingen ziet specifiek op de wijze van financieren door aandeelhouders. Geanalyseerd is dat aandeelhouders schuldeisers kunnen benadelen door in plaats van risicodragend kapitaal de schuldenaar met leningen of garanties te financieren.⁶

Bezien zal worden in hoeverre de pauliana paal en perk stelt aan de drie onderscheiden wijzen van schuldeisersbenadeling. De pauliana in de artikelen 42 tot en met 51 Fw staat daarbij centraal. Deze artikelen zijn enkel van toepassing in faillissement en het uitgangspunt is dus ook steeds dat de schuldenaar failliet is en dat

4 Op 1 november 2007 heeft de commissie een Voorontwerp aan de Minister van Justitie aangeboden, met daarin een ontwerp voor een geheel nieuwe Insolventiewet ter vervanging van de Faillissementswet. Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007.

5 Zie uitgebreid § 4.2.4 hieronder.

6 Zie voor een uiteenzetting van de problematiek en de wijze waarop schuldeisers benadeeld worden, hoofdstuk 1 (§ 1.4.3).

een curator is benoemd. De pauliana opgenomen in artikel 3:45 BW, welk artikel van toepassing is buiten faillissement, valt daarmee buiten de bespreking.

In deze inleidende paragraaf (§ 4.1) worden eerst de verschillende insolventieprocedures besproken en wordt gezien in welke procedure een beroep op welke bepaling kan worden gedaan (§ 4.1.2). Vervolgens worden de vernietigingsgronden van artikel 42 en 47 Fw geïntroduceerd (§ 4.1.2.1) en worden in § 4.1.2.2 de gevolgen van een geslaagd beroep op de pauliana besproken.

In § 4.2 worden de verschillende vernietigingsgronden in detail besproken. Hoewel de pauliana in twee bepalingen uiteen valt, namelijk de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen (artikel 42 Fw) en de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen (artikel 47 Fw), zijn eigenlijk drie verschillende gronden te identificeren. Binnen de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen kan namelijk een onderscheid gemaakt worden tussen onverplichte rechtshandelingen om niet en anders dan om niet. In § 4.2 worden dan ook achtereenvolgens besproken onverplichte rechtshandelingen *anders dan om niet* (§ 4.2.1), onverplichte rechtshandelingen *om niet* (§ 4.2.2) en verplichte rechtshandelingen (§ 4.2.3). Reeds kort is gewezen op het Voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet en de voorgestelde regeling voor de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen. Deze voorgestelde regeling wordt apart besproken in § 4.2.4. De structuur in § 4.2 is zo dat eerst gezien wordt wat kennelijk het doel van de bepaling is en op welke gronden het ingrijpen van de wetgever in verrichte rechtshandelingen gerechtvaardigd wordt. Tegen deze achtergrond worden vervolgens de objectieve en subjectieve vereisten besproken. Gezien zal worden dat het Nederlandse recht in alle gevallen een subjectieve vereiste hanteert om te komen tot de vernietigbaarheid van benadelende rechtshandelingen.

In § 4.3 wordt de positie van aandeelhouders in en voor faillissement besproken wanneer zij de vennootschap niet met risicodragend eigen vermogen financieren, maar met leningen of garanties. In Nederland bestaat geen speciale paulianaregeling voor deze gevallen hetgeen als een duidelijke tekortkoming beschouwd kan worden.

In § 4.4 wordt vervolgens ingegaan op de verhouding van de pauliana tot het onrechtmatigedaadsrecht. Gezien zal worden in hoeverre de pauliana verklaard kan worden door de gedachte dat de wederpartij en/of de schuldenaar een vorm van onrechtmatige daad jegens de schuldeisers heeft/hebben gepleegd. Deze analyse is geboden omdat meerdere Nederlandse auteurs het standpunt verdedigen dat de pauliana, voor zover deze ziet op de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet, een *lex specialis* vormt van de onrechtmatige daad. De argumenten die daartoe worden aangevoerd en de weerlegging daarvan vormen onderwerp van § 4.4.

In § 4.5 worden samenvattende conclusies ten aanzien van het Nederlandse recht gegeven. De rechtsvergelijkende conclusies voortbouwend op de analyse van het Duitse, Engelse en Nederlandse recht zijn opgenomen in hoofdstuk 5. In het onderhavige hoofdstuk zal enkel naar het Engelse en Duitse recht verwezen worden om opvallende verschillen te signaleren of om het voorliggende probleem scherper te stellen.

4.1.1 *Verschillende insolventieprocedures en de BW-pauliana*

Kenmerkend voor de pauliana in artikel 42 Fw en artikel 47 Fw is dat deze slechts in faillissement werkt. Benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden kan echter ook plaatsvinden zonder dat sprake is van faillissement. Artikel 3:45 BW kent daarom de BW-pauliana. Deze kan worden ingeroepen door individuele schuldeisers die benadeeld zijn in hun verhaalsmogelijkheden. Hoewel artikel 42 Fw en artikel 45 BW veel op elkaar lijken, is er een aantal belangrijke verschillen tussen de faillissementspauliana en de BW-pauliana.⁷ Het belangrijkste verschil is dat de BW-pauliana buiten faillissement door elke benadeelde schuldeiser kan worden ingeroepen en dat de bevoegdheid in faillissement exclusief aan de curator toekomt.⁸ Een ander belangrijk uitgangspunt is dat, waar artikel 42 Fw wél een BW-equivalent kent, dit niet geldt voor artikel 47 Fw ten aanzien van verplichte rechtshandelingen. Verplichte rechtshandelingen zijn daarmee in faillissement wel, maar daarbuiten niet vernietigbaar.

Verder kent het Nederlandse recht, vooralsnog,⁹ twee andere insolventieprocedures; de surseance van betaling en de schuldsanering natuurlijke personen.¹⁰ De surseance van betaling regeling kent geen eigen paulianabepalingen. Schuldeisers kunnen nog wel een beroep doen op de BW-pauliana.¹¹ In surseance van betaling bestaat dus niet de mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen verricht voorafgaand aan de surseance te vernietigen. Men kan zich afvragen in hoeverre dit een

7 Zie voor een overzicht van alle verschillen B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 18 en 19.

8 Artikel 49 lid 2 Fw geeft schuldeisers wel de bevoegdheid om met een beroep op de pauliana de toelating van vorderingen van andere crediteuren te betwisten ter gelegenheid van de verificatievergadering.

9 Het Voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet voorziet in een uniforme insolventieprocedure waarin de drie bestaande insolventieprocedures worden samengenomen.

10 Zie over de bijzonderheden van de pauliana in deze procedures, N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, p. 314 en 347, 348.

11 Faber meent dat de strekking van de wettelijke regeling met zich brengt dat een beroep op de pauliana alleen openstaat voor schuldeisers ten aanzien van wier vordering de surseance geen werking heeft – kort gezegd: de preferente schuldeisers – en, volgens Faber, alleen voor zover het een rechtshandeling betreft met betrekking tot een goed waarop hun preferentie rust. Een dergelijke inperking komt mij ongegrond voor. Bedacht dient daarbij te worden dat een bewindvoerder in surseance van betaling geen beroep kan doen op de pauliana. Hierdoor zou er een fase ontstaan waarin de pauliana voor een belangrijk deel buiten werking wordt gesteld. In surseance zal, indien reeds succesvol, veelal onvoldoende zijn om alle schuldeisers volledig te voldoen. Indien en voor zover de schuldeiser die de pauliana inroept ermee instemt dat dit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers gebeurt, wordt een onnodig dilemma voorkomen, namelijk dat tussen het omzetten van de surseance in faillissement teneinde de benadelende rechtshandeling alsnog ongedaan te maken, en het in stand laten van de benadelende handeling. Leuftink (A.L. Leuftink, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 143) gaat er ook vanuit dat gewone crediteuren nog de BW-pauliana kunnen inroepen.

gelukkige keuze is geweest. Deze kan namelijk tot gevolg hebben dat betrokkenen de voorkeur geven aan de surseance en de voortdoring daarvan, niet op grond van de kansen van succes van een reorganisatie, maar op grond van de belangen die zij hebben bij het in stand laten van voor de surseance verrichte rechtshandelingen. De derde insolventieprocedure is de schuldsanering natuurlijke personen. Artikel 313 Fw verklaart de artikelen 42 tot en met 51 Fw van overeenkomstige toepassing. In een schuldsanering kunnen dus ook verplichte rechtshandelingen worden aangetast.

4.1.2 *Faillissementspauliana*

4.1.2.1 *De verschillende vernietigingsgronden*

De regeling van de *faillissementspauliana* is te vinden in de artikelen 42 tot en met 51 Fw. De belangrijkste bepalingen zijn de artikelen 42 en 47 Fw die de eigenlijke vernietigingsgronden bevatten. Artikel 47 Fw voorziet onder omstandigheden in de mogelijkheid verplichte rechtshandelingen te vernietigen. De mogelijkheden daartoe zijn echter zeer beperkt. Artikel 42 Fw voorziet in de mogelijkheid onverplichte rechtshandelingen te vernietigen. Vergeleken met artikel 47 Fw zijn de mogelijkheden daartoe in het algemeen aanzienlijk ruimer. Artikel 42 Fw maakt daarbij een onderscheid tussen rechtshandelingen om niet en anders dan om niet.

Geschematiseerd kan de werking van artikel 42 Fw en artikel 47 Fw als volgt worden weergegeven.

- *Onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet*: Artikel 42 lid 2 (jo. lid 1) Fw voorziet in de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen van de schuldenaar anders dan om niet verricht voor de faillietverklaring die hebben geleid tot benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, waarbij voor vernietiging vereist is dat zowel de schuldenaar als diens wederpartij wetenschap van benadeling hadden.
- *Onverplichte rechtshandelingen om niet*: Artikel 42 lid 1 Fw voorziet in de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen om niet verricht voor de faillietverklaring die hebben geleid tot benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, waarbij voor vernietiging wel vereist is dat de schuldenaar wetenschap van benadeling had, maar dit vereiste niet gesteld wordt aan de zijde van diens wederpartij.
- *Verplichte rechtshandelingen*: Artikel 47 Fw voorziet in de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen die hebben geleid tot benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden waarbij vereist is ofwel dat de bevoordeelde schuldeiser ten tijde van de voldoening wetenschap had van een hangende faillissementsaanvraag of dat de rechtshandeling door de schuldenaar verricht is in overleg met de schuldeiser teneinde deze boven de andere schuldeisers te bevoordelen.

Hoewel bij de bespreking van de pauliana vaak een scherpe tweedeling¹² wordt gemaakt tussen enerzijds onverplichte rechtshandelingen (artikel 42 Fw) en anderzijds verplichte rechtshandeling (artikel 47 Fw), hanteer ik hier, mede ten einde de rechtsvergelijking in hoofdstuk 5 overzichtelijker te maken, een driedeling. Artikel 42 Fw wordt hier dus in twee gronden opgesplitst, namelijk de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen om niet en de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandeling anders dan om niet. Dit sluit tevens aan bij het Voorontwerp dat de vernietigbaarheid van onverplichte handelingen om niet en anders dan om niet in twee verschillende artikelen onderbrengt (respectievelijk artikel 3.2.2 VO en 3.2.3 VO).

4.1.2.2 *Gevolgen van een geslaagd beroep*

Artikel 42 Fw en artikel 47 Fw geven zelf reeds aan wat rechtens het gevolg is van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, namelijk vernietiging van de rechtshandeling.¹³ Voor zover de vernietigde rechtshandeling de rechtsgrond voor een overdracht vormde, is daarmee de titel aan de overdracht komen te ontvallen en kan de curator het goed, behoudens derdenbescherming, opvorderen met een goederenrechtelijke vordering.¹⁴

Verwarrend in dit verband is hetgeen artikel 51 lid 1 Fw bepaalt. Artikel 51 lid 1 Fw luidt als volgt:

Hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is, moet door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

De verwijzing naar afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is een verwijzing naar de bepalingen van de onverschuldigde betaling. Hieruit dient echter *niet* afgeleid te worden dat de curator enkel de vordering op grond van onverschuldigde betaling heeft. De lakmoesproef is uiteraard het faillissement van de wederpartij. Indien de schuldenaar voor diens faillissement een zaak, vordering of aandelen heeft overgedragen en de curator vernietigt de titel van overdracht, dan kan de curator het goed als behorend tot de boedel opvorderen. Dit geldt ook indien de wederpartij failliet is. De bepaling van artikel 51 Fw geeft de curator *daarnaast* nog een persoonlijke vordering.¹⁵ Deze vordering is onder meer van

12 Zie bijvoorbeeld Faber, *Verrekening*, hfdst. 7.

13 De nietigheid is een relatieve nietigheid. Zie over de specifieke gevolgen van een beroep op de pauliana en de complicaties van deze relatieve nietigheid, F. Damsteeft-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009. Zie verder ook over de relatieve nietigheid Faber, *Verrekening*, p. 355-370.

14 Voor zover het goed een zaak is, kan de curator het goed revindiceren op grond van artikel 5:2 BW. Artikel 5:2 BW spreekt echter slechts over zaken en niet over goederen. Indien het goed geen zaak betreft, maar een ander goed, zoals een vordering of aandelen, heeft de curator echter nog gewoon een goederenrechtelijke aanspraak.

15 Zie in deze zin ook Faber (*Verrekening*, p. 357 met verwijzing naar HR 3 juni 1921, *NJ* 1921, p. 968-969): ‘De regeling van afdeling 6.4.2 BW geldt *naast* (cursief origineel, RdW) de eventuele mogelijkheid tot revindicatie (ten behoeve van de boedel) van een uit het vermogen van de schuldenaar verdwenen zaak.’

belang voor zover de wederpartij het goed niet meer heeft. In dat geval heeft de curator nog een vordering wegens onverschuldigde betaling.

In het inleidende hoofdstuk is reeds ingegaan op het gegeven dat een geslaagd beroep op de pauliana, afhankelijk van het type van de bestreden handeling, geheel andere gevolgen kan hebben voor het vermogen van de wederpartij. Twee vergelijkingen zijn daarbij mogelijk. De eerste is de vergelijking van de positie van de wederpartij voor het invoeren van de pauliana en na een succesvol beroep. In deze vergelijking zal de wederpartij bijna altijd wel slechter af zijn. Van groter belang voor een begrip van de werking van de pauliana en het gedrag van partijen is de vergelijking tussen de positie van de wederpartij waarin hij zou hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling en de positie waarin hij verkeert nadat de rechtshandeling is vernietigd. Er dient namelijk een onderscheid gemaakt te worden tussen handelingen waarbij de wederpartij uiteindelijk slechter af is door de werking van de pauliana indien men zijn positie vergelijkt met die waarin deze verkeerd zou hebben indien de handeling achterwege was gebleven en handelingen waarbij de pauliana vermogensneutraal werkt.

De *faillissementspauliana* werkt in de regel vermogensneutraal voor de wederpartij ten aanzien van handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* opleveren. Voor zover de schuldenaar op de valreep nog een enkele schuldeiser voldoet en de curator vernietigt deze voldoening in een opvolgend faillissement, is de wederpartij niet wezenlijk slechter af. Voor zover de voldoening is vernietigd, heeft de wederpartij gewoon nog een concurrente vordering. Hij verkeert dus na vernietiging in dezelfde concurrente positie als waarin hij verkeerd zou hebben indien de handeling achterwege was gelaten. Dat deze concurrente positie in de regel weinig benijdenswaardig is, doet daar niet aan af.

Geheel anders kan de situatie zijn indien de integriteit van het vermogen van de schuldenaar wordt aangetast door een rechtshandeling met een waardeverschil tussen de prestaties over en weer waarbij de wederpartij zelf wel een prestatie levert. In het inleidende hoofdstuk is het voorbeeld gegeven van de wederpartij die een auto met een marktwaarde van € 10.000 overgedragen krijgt tegen betaling van € 4.000. In dit geval is het de vraag wat met de waarde van de prestatie van de wederpartij gebeurt. Artikel 51 lid 3 Fw bepaalt het volgende:

Het door de schuldenaar uit hoofde van de vernietigde rechtshandeling ontvangene of de waarde daarvan, wordt door de curator teruggegeven voor zover de boedel erdoor is gebaat. Voor het tekortkomende kunnen zij jegens wie de vernietiging werkt, als concurrent schuldeiser opkomen.

Uit de werking van deze bepaling volgt nu dat de pauliana de wederpartij in een aanzienlijk slechtere positie kan brengen dan waarin deze verkeerd zou hebben indien hij het verrichten van de rechtshandeling achterwege had gelaten. Indien de schuldenaar de tegenprestatie van de wederpartij verbruikt heeft, blijft de wederpartij achter met een veelal waardeloze concurrente vordering. Toegepast op het

gehanteerde voorbeeld, riskeert de wederpartij dus niet alleen de auto te moeten afstaan, maar ook de door hem betaalde € 4.000 de facto kwijt te zijn. Een merkwaardig effect is dat hoe meer de schuldenaar zelf betaalt, hoe groter het nadeel is dat hij loopt indien de rechtshandeling wordt vernietigd.

Het gegeven dat de faillissementspauliana in veel gevallen een vermogensneutraal effect heeft, maar in een aantal gevallen de wederpartij aanzienlijk slechter achterlaat, zal op meerdere plaatsen relevant blijken.

4.2 Vernietigingsgronden

4.2.1 *Artikel 42 lid 2 Fw: onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet*

Artikel 42 lid 2 Fw (in samenhang met lid 1) biedt de curator de mogelijkheid onverplichte rechtshandelingen *anders dan om niet* te vernietigen. Het gehele artikel 42 Fw¹⁶ luidt als volgt.

Artikel 42

1. *De curator kan ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen. Artikel 50, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is niet van toepassing.*
2. *Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.*
3. *Wordt een rechtshandeling om niet wegens benadeling vernietigd, dan heeft de vernietiging ten aanzien van de bevoordeelde, die wist noch behoorde te weten dat van de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, geen werking, voorzover hij aantoonde dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was.*

16 Het artikel komt grotendeels overeen met het artikel zoals dat in 1896 is ingevoerd. De belangrijkste wijziging sindsdien, is de uitbreiding in 1986 van de periode van artikel 43 Fw, van een periode van veertig dagen voor de faillietverklaring tot een jaar. Zie hierover S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 134. Bij de invoering van het NBW is de terminologie van artikel 42 Fw nog aangepast en gelijkgetrokken met artikel 3:45 BW. Het oude artikel 42 Fw sprak over '...., dat bij het verrichten der handeling zoowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeling der schuldeisers het gevolg zoude zijn.' Sinds 1992 spreekt artikel 42 Fw over 'wist of behoorde te weten'. Zie hierover, en enkele kleine wijzigingen, Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, p. 124-129.

Wil het beroep van de curator ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet slagen, dan moet sprake zijn van i) een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet verricht door de schuldenaar voor faillissement ii) waarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg is en iii) de schuldenaar dit wist of behoorde te weten, en iv) aangezien het een rechtshandeling anders dan om niet betreft, tevens diens wederpartij wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Ten aanzien van de vier vereisten kan een onderscheid gemaakt worden tussen objectieve en subjectieve vereisten. Het subjectieve vereiste is dat de schuldenaar en tevens de wederpartij, wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

§ 4.2.1.1 bespreekt het doel en de rechtvaardiging van het ingrijpen van de wetgever in onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet verricht voor de faillietverklaring. § 4.2.1.2 bespreekt vervolgens de objectieve criteria en § 4.2.1.3 de subjectieve criteria. Het is vooral het onderscheid tussen verplicht en onverplicht dat vorm geeft aan de Nederlandse pauliana en dat bepaalt aan welke subjectieve criteria voldaan moet zijn. Bij de bespreking van het objectieve criterium van ‘onverplichtheid’ in § 4.2.1.2 zal nader op dit onderscheid ingegaan worden. Hierbij zal met name bezien worden in hoeverre het onderscheid tussen verplicht en onverplicht gelijk loopt met het in de inleiding geïntroduceerde onderscheid tussen een inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen enerzijds en een doorbreking van de *paritas creditorum* anderzijds. Hoewel dit twee fundamenteel verschillende vormen van benadeling zijn,¹⁷ ziet artikel 42 Fw op beide typen handelingen. Bij de bespreking van de subjectieve vereisten in § 4.2.1.3 zal vervolgens bezien worden tot welke complicaties dit leidt nu deze fundamenteel verschillende gevallen onder één norm (de wetenschap van benadeling) worden gebracht. In § 4.2.1.4 wordt vervolgens een voorstel gedaan voor een flexibele benadering van het vereiste van wetenschap van benadeling.

4.2.1.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 42 Fw (anders dan om niet)

De memorie van toelichting bij art. 42 Fw zet eerst de beginselen die ten grondslag liggen aan de *actio pauliana* uiteen. Het eerste beginsel dat de wetgever noemt is het beginsel dat een ieder met al zijn bezittingen voor zijn schulden instaat. Het tweede beginsel is dat een ieder, behoudens een uitdrukkelijke bepaling, bevoegd is om te ‘handelen’. De wetgever verbindt hieraan de volgende conclusie:

‘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 volstreekte wijze geëerbiedigd worden, aan den anderen kant rust evenzeer op elken schulde-

17 Zie hoofdstuk 1 (§ 1.4.2.4).

naar de plicht het onderpand zijner schuldeischers niet willens en wetens te hunnen nadeele te verminderen of weg te maken. Dit doende mag hij gezegd worden te kwader trouw te handelen.

(...)

*Vandaar dat de Pauliana steeds gericht is tegen den derde, die de vermogensbestanddeelen van den schuldenaar heeft ontvangen, maar dan ook alleen tegen den schuldingen derde, die tijdens zijne verwerving bekend was met het gebrek, dat der vervreemding aankleefde, bekend was met het feit dat de schuldenaar door zijne handeling zijne schuldeischers moedwillig benadeelde.*¹⁸

De wetgever neemt dus als uitgangspunt de vrije beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar en stelt dat slechts rechtshandelingen die de schuldenaar ‘te kwader trouw’ heeft verricht voor vernietiging in aanmerking komen. De vernietiging wordt ingeroepen tegen een derde, de wederpartij van de schuldenaar. Een noodzakelijke voorwaarde voor het kunnen inroepen van de vernietiging is dan ook, zo volgt uit de memorie van toelichting, dat de wederpartij van de schuldenaar bekend was met het gebrek.

Indien men nu beziet hoe de wetgever de pauliana rechtvaardigt, dan blijkt hij dus in de eerste plaats aansluiting te zoeken bij een handelen te kwader trouw van de *schuldenaar*. Zonder diens handelen te kwader trouw, dient zijn vermogen en de toestand waarin hij dat vermogen heeft gebracht immers ‘op de meest volstreckte wijze geëerbiedigd te worden’. Dit leidt tot het volgende beeld. Hoewel de pauliana in faillissement een conflict is tussen de curator en de wederpartij, en dit een conflict is waar de gefailleerde de facto buiten staat, blijkt dat in elk geval de wetgever aan het einde van de negentiende eeuw de grondslag van de actio pauliana in de eerste plaats vond in het handelen van de *schuldenaar*. Zie ook de memorie van toelichting:

*‘In den persoon, met wien de schuldenaar handelde, opzet te vorderen om de schuldeisers te benadeelen, is geheel in strijd met het wezen der Pauliana. Immers de rechtsgrond der verbintenis des derden, om het door hem verkregene aan de schuldeischers terug te geven, is geen andere dan zijne medewerking aan eene handeling, of liever zijn verkrijgen krachtens eene handeling, waarvan hem het ten opzichte dier schuldeischers ongeoorloofde karakter bekend was.’*¹⁹

18 Memorie van toelichting bij art. 42 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 433.

19 Memorie van toelichting bij art. 42 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 441.

Weliswaar is vereist dat de wederpartij op de hoogte is van het gebrek, maar het handelen van de wederpartij vormt niet het eerste aanknopingspunt voor vernietiging. Van den Heuvel leest de parlementaire geschiedenis ook op deze wijze. Zij schrijft:

‘Wanneer de betreffende schuldeiser weet van de benadeling, is hij niet te goeder trouw. Dit rechtvaardigt de gevolgen voor deze schuldeiser van de vernietiging van de handeling van de schuldenaar, maar is niet de grondslag voor toepassing van de actio pauliana.’²⁰

Bij eerste beschouwing is het mogelijk bevreemdend dat überhaupt waarde wordt gehecht aan de wetenschap en het handelen van de gefailleerde schuldenaar. Het geschil speelt zich immers af tussen de gezamenlijke schuldeisers en de wederpartij van de schuldenaar. De schuldenaar staat daar de facto buiten. Het vereiste dat ook de schuldenaar wetenschap van benadeling moet hebben gehad is niet zonder kritiek. Zo stelt Van Galen het volgende:

‘De eerste vraag is waarom die wetenschap van de schuldenaar er nu eigenlijk toe doet. Of een rechtshandeling vernietigd moet kunnen worden op grond van de faillissementspauliana is, zoals de meeste kwesties in het privaatrecht, een vraag van belangenafweging. In dit geval gaat het om een afweging tussen de belangen van de wederpartij van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers. Anders dan bij de “gewone” pauliana van art. 3:45 BW speelt het belang van de schuldenaar hier geen rol meer. Het is door het faillissement geëclipseerd. Bij de onverplichte rechtshandeling om baat gaat het erom of de wederpartij zich in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft gedragen.²¹ Het is voor de hand liggend dat daarvoor van belang is of de wederpartij wetenschap van de benadeling van die gezamenlijke schuldeisers had. Maar dat daarvoor ook de wetenschap bij de schuldenaar van belang zou zijn, daarvan ontgaat mij de logica.’²²

Ook Schoordijk²³ en Van Dijk²⁴ menen dat wetenschap van de schuldenaar niet past als vereiste onder artikel 42 Fw. De visie van de auteurs die menen dat de wetenschap van de schuldenaar geheel overboord kan, doet m.i. onvoldoende recht aan het gegeven dat de pauliana een inbreuk is op de regel dat het vermogen van

20 N.W.M. van den Heuvel, ‘Actio pauliana, onrechtmatige daad en het arrest Van Dooren q.q./ABNAMRO’, *TvI* 2002, p. 80.

21 Originele voetnoot: ‘Of, zo men niet een door art. 6:2 BW beheerste rechtsverhouding ziet: de eisen van de maatschappelijke zorgvuldigheid.’

22 R.J. van Galen, noot onder HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611 (Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.), *Ondernemingsrecht* 2000, p. 130.

23 H.C.F. Schoordijk, ‘Falende rechtswetenschap’, *RM Themis* 1995, p. 148, in vragende zin. ‘Veel meer nog dan thans moet er plaats zijn voor inductief denken. Ons denken bijvoorbeeld over de pauliana is aan een volledige herwaardering toe. Waarom zou bijvoorbeeld de wetenschap van een schuldenaar relevant zijn?’

24 G. van Dijk, *De Faillissementspauliana. Revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 64.

de failliet op de meest volstreekte wijze geëerbiedigd dient te worden. De pauliana is in de eerste plaats een nietigheidsactie die een rechtshandeling van de schuldenaar vernietigt.²⁵

4.2.1.2 Objectieve vereisten artikel 42 Fw (anders dan om niet)

Artikel 42 Fw stelt een aantal objectieve vereisten. Het moet gaan om i) een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet verricht door de schuldenaar voor faillissement ii) waarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg is.²⁶ Hieronder worden deze twee hoofdvereisten nader uitgesplitst en nader uitgewerkt. § 4.2.1.2.1 bespreekt het vereiste van de rechtshandeling verricht door de schuldenaar voor faillissement (welk vereiste in drie onderdelen uiteenvalt), § 4.2.1.2.2 bespreekt het criterium van onverplichtheid, § 4.2.1.2.3 het criterium ‘anders dan om niet’, en § 4.2.1.2.4 het criterium van benadeling van schuldeisers.

4.2.1.2.1 Rechtshandeling verricht door de schuldenaar voor faillissement

Wil de curator een beroep kunnen doen op de paulianabepaling van artikel 42 Fw, dan dient volgens de bewoordingen van dit artikel sprake te zijn van een rechtshandeling verricht door de failliet voor het faillissement. Hoewel dit vereiste in de regel als één vereiste wordt gepresenteerd en behandeld, kan men dit weer in drieën opsplitsen: vereist is een i) rechtshandeling ii) van de schuldenaar iii) verricht voor datum faillissement. Het vereiste dat de rechtshandeling voor faillissement moet zijn verricht levert nog de minste vragen op. Rechtshandelingen verricht na de faillietverklaring werken niet tegen de boedel.²⁷ De vraag wanneer een bepaalde gedraging (m.n. nalaten, feitelijke handelen en goederenrechtelijke rechtshandelingen) als een rechtshandeling onder artikel 42 Fw kwalificeert, evenals de vraag of het noodzakelijk is dat de schuldenaar zelf een rechtshandeling heeft verricht, levert echter wel complicaties op. Een andere complicatie is dat in voorkomende gevallen een onverplichte rechtshandeling van de schuldenaar niet zelf tot benadeling leidt, maar deze benadeling slechts mogelijk maakt. Deze drie complicaties zullen hieronder besproken worden.

25 De nietigheid is weliswaar een bijzondere nietigheid omdat deze wel als een relatieve nietigheid wordt gekwalificeerd in de zin dat de rechtshandeling alleen niet tegen de curator kan worden ingeroepen, maar dat doet geen afbreuk aan de aard van de rechtsfiguur als nietigheidsactie.

26 Hoeveel vereisten artikel 42 Fw stelt is afhankelijk van de ordening die men aanbrengt. Veelal wordt gesteld dat artikel 42 Fw vier vereisten kent ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet: namelijk dat het moet gaan om i) een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet verricht door de schuldenaar voor het faillissement, ii) waardoor schuldeisers zijn benadeeld, terwijl iii) de schuldenaar hiervan wist of behoorde te weten evenals iv) de wederpartij hiervan wist of behoorde te weten. Verschillende eisen zijn weer op te splitsen, waarbij elk deel daadwerkelijk een vereiste is, en indien hier niet aan voldaan is, de vordering kan worden afgewezen. Dit zou tot de volgende negen vereisten leiden. Het moet gaan om i) een onverplichte ii) rechtshandeling iii) van de schuldenaar iv) verricht voor faillissement, v) waardoor (causaal verband) vi) schuldeisers (dus bijvoorbeeld geen aandeelhouders), vii) benadeeld zijn, terwijl viii) de schuldenaar hiervan wist of behoorde te weten, evenals ix) de wederpartij.

27 Zie over de terugwerkende kracht van het faillissement in dit verband Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 22. Zie hierover ook, alsmede over de vraag wanneer een rechtshandeling plaatsvindt in verband met de pauliana, Faber, *Verrekening*, p. 311 e.v.

De eerste vraag die opkomt is of een nalaten ook een rechtshandeling oplevert die voor vernietiging in aanmerking komt. Schuldeisers kunnen evenzeer benadeeld worden door een nalaten van hun schuldenaar als door zijn handelen. Hier kan aan zeer uiteenlopende gevallen gedacht worden, zoals het niet ingaan op een voordelig aanbod of het laten verlopen van een verjaringstermijn. De jurisprudentie en literatuur geven geen duidelijk beeld in hoeverre de pauliana kan worden ingeroepen tegen een nalaten. Wessels maakt een onderscheid tussen nalaten waar een verklaring in de zin van artikel 3:37 BW in besloten ligt en waar dat niet het geval is. In het eerste geval is vernietiging in elk geval mogelijk, omdat het nalaten dan een verklaring is die een rechtshandeling oplevert.²⁸ De vraag resteert dan of de pauliana kan worden ingeroepen tegen een nalaten waarin geen verklaring gelezen kan worden. Ten aanzien van deze gevallen kan weer een nader onderscheid gemaakt worden tussen een vermogensverminderend nalaten en een nalaten waarmee vermogensvermeerdering wordt voorkomen.²⁹ Faber stelt in het algemeen dat de pauliana niet kan worden ingeroepen tegen 'een zuiver nalaten'.³⁰ Ook Mellema-Kranenburg staat afwijzend tegen een beroep op de pauliana tegen een nalaten.³¹ Ankum heeft daarentegen betoogd dat de pauliana ook zou moeten kunnen worden ingeroepen tegen (bewust) stilzitten van de schuldenaar.³² Ankum meent daarbij dat dit alleen kan ten aanzien van vermogensverminderend nalaten.

Indien door het stilzitten van de schuldenaar een vermogensvermindering plaatsvindt in de zin dat een actief dat in de boedel aanwezig is voor de boedel teniet gaat, lijkt me dat er voldoende aanknopingspunten voor de pauliana zijn. De sanctie van vernietiging past uiteraard niet, zodat de sanctie zou moeten zijn dat de wederpartij zich niet op de gevolgen van de verjaring kan beroepen. Vooral het bewust laten verlopen van een verjaringstermijn of vervaltermijn zou m.i. onder de pauliana dienen te vallen.³³ Ik meen daarbij echter wel dat een dergelijk laten aflopen van de verjaringstermijn alleen met de pauliana geredresseerd kan worden indien de wederpartij ook de vereiste wetenschap van benadeling van de schuld-

28 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 26, 27. Hier wordt kort gewezen op de Duitse regeling terzake, waar in artikel 129 lid 2 InsO uitdrukkelijk wordt gesteld dat voor zover het de *Anfechtung* betreft, een nalaten met een handelen gelijk wordt gesteld. De Duitse regeling is besproken in het hoofdstuk 2 (§ 2.1.2.2) en zie ten aanzien van de aantastbaarheid van het laten verlopen van een verjaringstermijn naar Duits recht, § 2.2.5.

29 Zie in deze zin ook Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 26, 27.

30 Faber, *Verrekening*, p. 308: 'Met de *actio Pauliana* kan evenmin worden opgekomen tegen een (zuiver) nalaten, zoals het niet aanvaarden van een aanbod, het niet indienen van een vordering in een faillissement, het laten verstrijken van een verjarings- of vervaltermijn, etc.' De resoluutheid waarmee Faber de mogelijkheid van het inroepen van de *actio pauliana* tegen elk nalaten afwijst, staat m.i. op gespannen voet met zijn positieve houding ten aanzien van een ruime toepassing van het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I, zie Faber, *Verrekening*, p. 319 waar Faber betoogt dat een beroep op de *actio pauliana* soms ook mogelijk is, hoewel geen rechtshandeling van de schuldenaar valt aan te wijzen.

31 T.J. Mellema-Kranenburg, *De actio Pauliana*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 11.

32 J.A. Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1962, p. 113 e.v.

33 Zie in deze zin ook Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, p. 113: 'Wij achten deze oplossing ook volkomen redelijk. Waarom zou het kwijtschelden van een schuld wel, en het door verval, verjaring of rechtsverwerking verliezen van een vordering niet onder de *Pauliana* kunnen vallen.'

eisers heeft omdat anders te veel afbreuk wordt gedaan aan de beschermende functie van verjaring dan wel de belangen van de derde bij het verlopen van een vervaltermijn. Dit strookt ook met de overweging in het Regeringsantwoord dat niemand kan verlangen 'eenvoudige verzuimen' onder de pauliana te brengen.³⁴ In het systeem van de pauliana zou het niet inroepen van de verjaringstermijn of het laten verlopen van een vervaltermijn dan als een rechtshandeling anders dan om niet hebben te gelden althans daarmee gelijk gesteld moeten worden. Deze benadering wijkt af van het Duitse recht, waar het laten verlopen van een verjaringsstermijn als een handeling om niet wordt beschouwd.³⁵

Daarenboven komt de vraag op of de pauliana kan worden ingeroepen tegen een feitelijk handelen van de schuldenaar. Dit is niet het geval.³⁶ De pauliana richt zich tegen rechtshandelingen van de schuldenaar en de sanctie is vernietiging van de rechtshandeling. Ook de memorie van toelichting gaat ervan uit dat de pauliana alleen ingeroepen kan worden tegen rechtshandelingen en niet tegen feitelijk handelen. Indien door feitelijke handelingen baten aan de boedel onttrokken zijn, dan zal volgens de memorie van toelichting de oplossing gezocht moeten worden in het leerstuk van de onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking.³⁷

Van de feitelijke handelingen dienen onderscheiden te worden goederenrechtelijke rechtshandelingen (onderdeel van leverings- of vestigingshandeling).³⁸ De vraag is of een goederenrechtelijke rechtshandeling als onverplichte rechtshandeling met een beroep op de pauliana vernietigd kan worden. Winter³⁹ lijkt ervan uit te gaan dat een beroep op artikel 42 Fw en 45 BW niet mogelijk is tegen alleen de goederenrechtelijke rechtshandeling van de schuldenaar. Wessels betoogt daarentegen dat de overdracht van een goed en de vestiging van een beperkt recht als zodanig wel degelijk met de actio pauliana kunnen worden vernietigd. Ter ondersteuning van zijn betoog doet Wessels een beroep op het arrest HR Kin/Emmerig,

34 Regeringsantwoord, Van der Feltz I, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 441.

35 Dergelijke rechtshandelingen om niet zijn op grond van 134 InsO vernietigbaar indien zij zijn verricht in de 4 jaren voorafgaand aan het verzoek tot insolventverklaring, zonder dat bij een van de partijen een zekere wetenschap van benadeling is vereist.

36 Zie in deze zin ook Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 23 en Faber, *Verrekening*, p. 308. Zie kritisch over de onmogelijkheid om de pauliana in te roepen tegen 'een nalaten of het beïnvloeden van de schuldenaar', Van Dijk, *De Faillissementspauliana. Revisie van een relicit*, p. 75.

37 Zie Kortmann en Faber, *Wetswijzigingen*, p. 125.

38 Het al dan niet bestaan van de goederenrechtelijke overeenkomst heeft tot discussie geleid in de literatuur. Zie voor de discussie in de literatuur, *Vermogensrecht* (losbladige), art. 3:84 lid 1 BW, aantekening 21. In de arresten HR 10 juni 1938, *NJ* 1938, 919 (Zwanenberg/Posterholt) en HR 24 mei 1968, *NJ* 1968, 99 (Jacobs/Jacobs) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een oprichter namens een op te richten vennootschap niet alleen een zaak kan kopen maar ook geleverd kan krijgen, welke beide handelingen vervolgens door de eenmaal opgerichte vennootschap bekrachtigd kunnen worden. Bekrachtiging veronderstelt een rechtshandeling en uit deze arresten volgt dus duidelijk dat ook de Hoge Raad meent dat er bij de levering een goederenrechtelijke rechtshandeling te identificeren is.

39 J. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 233, 234. 'De vestigingshandeling als zodanig kan daarom niet direct door de actio pauliana worden vernietigd. De curator moet teruggrijpen naar de obligatoire overeenkomst. Wordt deze vernietigd, dan is daardoor de vestiging van het zekerheidsrecht ongeldig geworden.'

omdat daarin de Hoge Raad de ‘overdracht van een perceel’ als onverplicht aanmerkte.⁴⁰ De overdracht waar de Hoge Raad in dit arrest over spreekt betrof echter het begrip overdracht in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW. Dit betreft de overdracht als gevolg van een levering door een beschikkingsbevoegde op grond van een geldige titel, en niet slechts de levering of de leveringshandeling. De titel in het geval berecht in HR Kin/Emmerig q.q.⁴¹ betrof koop, en was onverplicht. Uit het arrest kunnen dan ook, anders dan Wessels lijkt te menen, geen regels afgeleid worden of de pauliana van artikel 42 Fw ook ingeroepen kan worden tegen enkel de goederenrechtelijke rechtshandeling die onderdeel uitmaakt van de levering.

Faber betoogt dat de goederenrechtelijke rechtshandeling *zelf* nog slechts met een beroep op artikel 47 Fw vernietigd zou kunnen worden.⁴² In hoeverre een goederenrechtelijke rechtshandeling zelf op grond van artikel 42 Fw vernietigd kan worden, hangt dan ook af van de vraag of deze onverplicht *kan* zijn, ook al is er een geldige titel. Uit het arrest ABN AMRO/Steinz q.q. volgt dat, ook al is er een geldige titel, de daaropvolgende goederenrechtelijke rechtshandeling nog wel onverplicht kan zijn.⁴³ Onjuist is dan ook de gedachte van Faber dat wanneer de obligatoire en de goederenrechtelijke rechtshandeling in tijd uit elkaar komen te liggen, de goederenrechtelijke rechtshandeling nog slechts met een beroep op artikel 47 Fw zou kunnen worden aangetast omdat de goederenrechtelijke rechtshandeling nimmer meer als een onverplichte rechtshandeling zou kunnen worden aangemerkt.⁴⁴ Indien de goederenrechtelijke overeenkomst eerder tot stand komt dan was overeengekomen, levert dit een voor vernietiging vatbare onverplichte goederenrechtelijke rechtshandeling op.

Een andere vraag is of *altijd* een rechtshandeling van de schuldenaar vereist is. Uit het arrest HR Loeffen q.q./Mees & Hope I⁴⁵ zou men mogelijk kunnen afleiden dat de Hoge Raad in deze een soepele aanpak voorstaat. In het geval waar de Hoge Raad in Loeffen q.q./Mees & Hope I over diende te beslissen had de schuldenaar zelf geen handeling verricht, maar had een debiteur van de schuldenaar een bedrag gestort in de rekening-courant die de schuldenaar bij zijn bank aanhield. Ingevolge de regel thans besloten in artikel 6:140 BW vond vervolgens verreke-

40 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 24.

41 HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.).

42 Faber, *Verrekening*, p. 338 en 339. Faber betwist dus, ander dan Wessels lijkt te menen, niet dat er bij een levering sprake is van een rechtshandeling, maar hij bestrijdt dat er sprake kan zijn van een *onverplichte* rechtshandeling.

43 HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 528. In dit arrest werd het afwijken van het vaste en overeengekomen patroon van het inzenden van een overzicht van de te verpanden vorderingen onverplicht geacht. Hier was dus slechts de vestigingshandeling en daarmee impliciet de daarin besloten goederenrechtelijke overeenkomst voorwerp van de pauliana. De geldigheid van de titel, i.c. de stamcessie, was niet in het geding.

44 Zie Faber, *Verrekening*, p. 338: ‘Indien de obligatoire en goederenrechtelijke rechtshandeling in tijd uiteen liggen, en de obligatoire rechtshandeling niet met een beroep op artikel 42 Fw kan worden bestreden, kan de goederenrechtelijke rechtshandeling zelf nog slechts met een beroep op artikel 47 Fw worden aangetast. Artikel 42 Fw mist in dit geval toepassing. De goederenrechtelijke rechtshandeling kan immers niet als een onverplicht verrichte rechtshandeling worden aangemerkt.’

45 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104, m.nt. G (Loeffen q.q./Mees Hope I).

ning van rechtswege plaats. De Hoge Raad oordeelde dat, hoewel geen handeling van de schuldenaar had plaatsgevonden, de *actio pauliana* van artikel 47 Fw hier ook van toepassing was. Faber meent dat deze regel ook van toepassing is op gevallen onder artikel 42 Fw.⁴⁶ Het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I is geweest onder artikel 47 Fw en zal hieronder in § 4.2.3 uitvoerig besproken worden. Daar wordt ook de conclusie onderbouwd dat onder zowel artikel 42 Fw als artikel 47 Fw in principe een rechtshandeling van de schuldenaar zelf vereist is voor een beroep op de *pauliana* van welk uitgangspunt slechts in uitzonderlijke gevallen afgeweken kan worden. Andere benadelende handelingen, ook rechtshandelingen van derden, zullen veeleer op basis van onrechtmatige daad bestreden moeten worden.

Nog een andere vraag is in hoeverre de enkele rechtshandeling van de schuldenaar zelf reeds tot benadeling moet hebben geleid, dan wel dat voldoende is dat de rechtshandeling van de schuldenaar de benadeling mogelijk heeft gemaakt. Veelal is het namelijk niet de rechtshandeling van de schuldenaar zelf die tot benadeling leidt. Een voorbeeld is de schuldenaar die in financiële problemen verkeert en een hem toebehorend goed aan een schuldeiser verkoopt, waarna de koopprijs wordt verrekend met een openstaande schuld. Hier is het niet de verkoop die zelf tot benadeling leidt, maar is het de daaropvolgende verrekening. Het is vaste rechtspraak dat in een dergelijk geval van een onverplichte verkoop gevolgd door verrekening, de verkoop door de schuldenaar met de *pauliana* kan worden vernietigd.⁴⁷ Ook in meer complexe gevallen is de Hoge Raad flexibel. Een bekend voorbeeld kan gevonden worden in het Montana I-arrest.⁴⁸ In dit arrest werd de overdracht van een aantal caravans gevolgd door betaling op een rekening van de schuldenaar met een debetstand waarna verrekend werd. Dit vormde geen beletsel om de *verkoop* zelf als een benadelende rechtshandeling⁴⁹ te kwalificeren.

Waar een in beginsel niet benadelende rechtshandeling door samenhang met andere rechtshandelingen als benadelend kan hebben te gelden, kan zich ook een omgekeerde situatie voordoen. Hoewel een handeling individueel als benadelend heeft te gelden, dient mogelijk geoordeeld te worden dat deze samenhangt met andere handelingen en het geheel van samenhangende handelingen niet benade-

46 Faber, *Verrekening*, p. 319, 320. Voor het overige wenst Faber echter wel degelijk vast te houden aan het uitgangspunt dat er sprake moet zijn van i) een rechtshandeling ii) van de schuldenaar, zie Faber, *Verrekening*, respectievelijk p. 308 en 319.

47 Zie HR 30 april 1931, *NJ* 1931, p. 1275 en HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.) Zie voor verdere verwijzingen naar rechtspraak Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 31. Zie ook Rechtbank Amsterdam 14 mei 1997, *JOR* 1997/87, Rechtbank 's-Hertogenbosch 18 juli, *JOR* 1997/129 en Rechtbank 's-Hertogenbosch 5 september 1997, *JOR* 1997/131 alle met een kritische noot van Faber. Zie verder kritisch Faber, *Verrekening*, p. 320.

48 HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (Montana). In de feiten die aanleiding gaven tot het arrest was de moedervennootschap de kopende partij bij de gewraakte verkoop en werd de koopprijs betaald op een rekening van de schuldenaar met een debetstand, waarvoor de moeder zich borg had gesteld. Onder dergelijke omstandigheden ligt een ruime benadering van de 'als eenheid opgevatte rechtshandeling' voor de hand.

49 In het veel minder besproken Montana II-arrest (HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 488) liet de Hoge Raad uiteindelijk het oordeel van het verwijzingshof in stand dat de rechtshandeling binnen een raamovereenkomst had plaatsgevonden en als verplicht had te gelden. De vordering van de curator werd uiteindelijk alsnog afgewezen.

lend is. Het is vaste rechtspraak dat bij het beoordelen van de benadelingsvraag ook eventuele positieve effecten van de gewraakte rechtshandeling betrokken dienen te worden.⁵⁰ In het arrest Smit/Van Hees q.q.⁵¹ diende de Hoge Raad te oordelen over een complex samenspel van rechtshandelingen in het faillissement van Smittrans. Hierbij kwam de vraag op in hoeverre ook andere rechtshandelingen in de vergelijking betrokken dienen te worden. In HR Smit/Van Hees q.q. had de aandeelhouder van Smittrans door betaling van € 150.000 een gedeelte van de schuld van Smittrans aan financier NMB-Heller voldaan. De aandeelhouder cedeerde zijn vordering op Smittrans ad € 150.000 vervolgens aan Smit, die met NMB-Heller en Smittrans een overwaardearrangement⁵² overeenkwam. In het faillissement zou het overwaardearrangement *sec* ertoe leiden dat de door NMB-Heller gerealiseerde overwaarde ad € 135.000 op de debiteurenportefeuille alsnog ten goede zou komen aan Smit. De curator riep de pauliana in tegen het overwaardearrangement en had tot en met het hof succes. In cassatie voerde Smit aan dat het hof niet voorbij had mogen gaan aan de stelling dat zonder het samenstel van handelingen van i) betaling door de aandeelhouder aan NMB-Heller ii) de cessie van de vordering van de aandeelhouder aan Smit en iii) het overeenkomen van het overwaardearrangement, er evenmin een surplus voor de boedel beschikbaar zou. Zonder het geheel van handelingen zou de vordering van NMB-Heller € 150.000 hoger zijn geweest en aan het vereiste van benadeling was volgens Smit dan ook niet voldaan. De Hoge Raad oordeelde dat het hof niet voorbij had mogen gaan aan dit verweer. De Hoge Raad verwijst de zaak en geeft daarbij een alge-

50 Zie HR 10 december 1996, NJ 1997, 617 (Eneca): ‘dat voorop gesteld dient te worden dat wanneer het verrichten van een handeling door de schuldenaar een noodzakelijke voorwaarde is voor een gedraging van degenen met wie of te wiens behoeve de handeling werd verricht, de voor andere schuldeisers gunstige gevolgen van die gedraging van de wederpartij van de schuldenaar niet buiten beschouwing gelaten mogen worden bij de beantwoording van de vraag of zij door de handeling van de schuldenaar benadeeld zijn.’

51 De curator had de nietigheid van een gesloten overwaardearrangement ingeroepen. Dit overwaardearrangement vormde echter onderdeel van een samenstel van rechtshandelingen (overboeking, cessie en overwaardearrangement). Verweerder voerde in cassatie aan dat het hof zonder motivering was voorbijgegaan aan het betoog dat zonder het samenstel van transacties na afwikkeling van de positie van de geseceureerde schuldeiser evenmin een overschot voor de boedel zou zijn geresteerd.

52 Een overwaardearrangement komt in hoofdlijnen op het volgende neer. Een kredietinstelling verleent krediet aan een onderneming en bedingt daarvoor een zekerheidsrecht op bepaalde activa, zoals de vorderingen op handelsdebiteuren. Daarnaast is er nog een tweede kredietgever die een zekerheidsrecht heeft op andere activa, zoals de inventaris. Indien de kredietnemer faillieert bestaat natuurlijk de kans dat de eerste kredietgever met het zekerheidsrecht op de vorderingen volledig voldaan kan worden door uitwinning van het pandrecht en dat er vervolgens nog een surplus resteert. Daarbij is het goed mogelijk dat de tweede kredietgever zijn vordering maar gedeeltelijk kan verhalen op de aan hem verpande inventaris en blijft zitten met een concurrente vordering. Het overwaardearrangement strekt ertoe deze tweede kredietgever te laten profiteren van het surplus dat de eerste kredietgever zou hebben onder zijn pandrecht. Bij het arrangement stelt de eerste kredietgever zich jegens de tweede kredietgever borg voor de schuld van de kredietnemer die deze tegenover de tweede kredietgever heeft. Voor deze borgstelling verkrijgt de eerste kredietgever een regresrecht op de kredietnemer en komen de eerste kredietgever en de kredietnemer overeen dat de verstrekte zekerheden mede strekken tot zekerheid voor deze regresvordering. Teneinde te voorkomen dat de eerste kredietgever enig risico loopt, zal nog overeengekomen worden dat deze zich slechts borg stelt voor zover hij zich voor de regresvordering kan verhalen op de aan hem verstrekte zekerheden. Verder wordt het overwaardearrangement zo ingericht dat het beide kanten op werkt. De tweede kredietgever stelt zich dus ook borg jegens de eerste kredietgever voor de schuld van de kredietnemer en komt met de kredietnemer overeen dat ook zijn regresvordering gedekt wordt door de aan hem verstrekte zekerheden. Zie verder over overwaardearrangement R.J. de Weijers, ‘Overwaardearrangementen, de actio Pauliana en de verdeling van zure vruchten’, *WPNR* 2006/6652.

meen criterium om te bepalen of verschillende rechtshandelingen als één rechtshandeling voor de pauliana behandeld dienen te worden:

‘Opmerking verdient nog dat ter beantwoording van de vraag of een samenhang als in rov. 3.4.2. aan de orde is, inderdaad bestaat, de bedoeling van alle betrokken partijen beslissend is, die mede kan blijken uit de inhoud van de desbetreffende rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan, mede blijkens de formulering van de daarvan eventueel opgemaakte akten, en de samenhang tussen die rechtshandelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen.’⁵³

Nog een stap verder (te ver m.i.) in het samennemen van verschillende rechtshandelingen gaat het arrest HR Air Holland. De casus betrof een verhangning van een vennootschap in de Air Holland Groep. De Air Holland Groep was oorspronkelijk als volgt vormgegeven: Air Holland N.V. hield alle aandelen in Air Holland Charter B.V., die weer alle aandelen hield in onder meer Air Holland Leasing I B.V. In 1996 besloten de aandeelhouders van Air Holland N.V. tot een wijziging van de juridische structuur van de groep. Dit hield onder andere in dat Air Holland Charter B.V. haar aandelen in Air Holland Leasing I B.V. aan haar moeder Air Holland N.V. zou verkopen. De aandeelhouders hebben het principebesluit tot de verhangning in februari 1996 genomen. In maart 1997 werd vervolgens tussen Air Holland N.V. en Air Holland Charter B.V. de daartoe strekkende koopovereenkomst gesloten. Op dezelfde dag in maart 1997 heeft Air Holland N.V., in haar hoedanigheid van aandeelhouder, tevens besloten tot een dividenduitkering van Air Holland Charter B.V. ter hoogte van de koopsom. In maart 1998 heeft Air Holland Charter B.V. haar aandelen in Air Holland Leasing I B.V. uiteindelijk overgedragen aan Air Holland N.V. De door Air Holland N.V. aan Air Holland Charter B.V. verschuldigde koopprijs werd echter nooit daadwerkelijk betaald, maar verrekend met haar dividendvordering op Air Holland Charter B.V. Na de verhangning heeft Air Holland Leasing I B.V. haar belangrijkste actief, een Boeing, middels een *sale and lease back* aan een derde verkocht. De netto-opbrengst van de Boeing heeft Air Holland Leasing I B.V. ter beschikking gesteld aan Air Holland Charter B.V. in de vorm van een renteloze lening. In januari 2000 werd Air Holland Charter B.V. failliet verklaard. Op dat moment was de renteloze lening nog niet afgelost. Curatoren riepen op grond van de pauliana de nietigheid van het dividendbesluit in.⁵⁴ De Hoge Raad overweegt het volgende:

53 HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21, m.nt. PvS (Smit/A. van Hees q.q.). Zie over dit arrest uitgebreid Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 32-34.

54 Ik beperk me hier tot de vraag in hoeverre curatoren zich op het dividendbesluit zelf konden richten en laat de vraag naar de mogelijk hogere waarde van de Boeing dan verantwoord in de balans (en daarmee niet rechtstreeks verantwoord in de koopprijs) buiten beschouwing. De koopprijs voor de aandelen was gebaseerd op de balanswaarde van Air Holland Leasing I B.V. Kennelijk was de reële waarde van de Boeing aanzienlijk hoger dan de boekwaarde.

‘Zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld kunnen het besluit tot uitkering van dividend en de voldoening daarvan door verrekening met de koopprijs van de aandelen niet los worden gezien van de Reorganisatie-overeenkomst I. Deze overeenkomst en het Dividendbesluit vormden een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld. Hieruit vloeit voort dat de vorderingen van de curatoren alleen kans van slagen hadden als zij de nietigheid van al deze rechtshandelingen hadden ingeroepen. De aan de onderdelen ten grondslag liggende rechtsopvatting dat afzonderlijke vernietiging van een van de rechtshandelingen mogelijk is en dat de bevoordeling daardoor van de boedel niet relevant is, kan niet als juist worden aanvaard. Het oordeel van het hof dat de curatoren zich ook niet mochten beperken tot vernietiging van een van de rechtshandelingen omdat daardoor de boedel ongerechtvaardigd zou worden bevoordeeld, is niet onjuist of onbegrijpelijk.’⁵⁵

Hoe komt de Hoge Raad tot het oordeel dat de boedel ongerechtvaardigd zou worden bevoordeeld⁵⁶ indien curatoren zou worden toegestaan enkel het dividend aan te tasten? In beginsel maakt het voor de boedel namelijk niet uit of de curatoren enkel het dividend vernietigen of de aandelenoverdracht en de verrekening als geheel.⁵⁷ Indien de aandelen van Air Holland Leasing I B.V. voor € 3,5 miljoen zijn verkocht, en deze koopprijs wordt verrekend met een dividend ten belope van de koopprijs, maakt het voor de boedel niet uit of de aandelenoverdracht wordt vernietigd of dat het dividend wordt vernietigd. Het gevolg van vernietiging is in beide gevallen dat de boedel een actief van € 3,5 miljoen krijgt. Bij de vernietiging van de aandelenoverdracht krijgt de boedel de aandelen met een waarde van € 3,5 miljoen.⁵⁸ Indien de curator het dividend vernietigt, is het gevolg dat er achteraf niets te verrekenen viel, en dat Air Holland N.V. alsnog € 3,5 miljoen aan Air Holland Charter B.V. dient te betalen.⁵⁹ De vergelijking wordt echter anders indien

55 HR 19 december 2009, *JOR* 2009/172 en *NJ* 2009, 220, m.nt. PvS (Air Holland). Zie over het arrest ook M.L. Lennarts, HR 19 december 2008, *LJN* BG1117, C07/071HR (Pannevis en van Apeldoorn q.q./Air Holland), *TvI* 2009, 24, p. 139.

56 Opvallend is dat de Hoge Raad niet oordeelt dat de schuldeisers niet benadeeld zouden zijn door het dividendbesluit. De Hoge Raad oordeelt slechts dat de curatoren zich op het geheel van rechtshandelingen hadden moeten richten. Nu curatoren dat volgens de Hoge Raad niet hebben gedaan, acht de Hoge Raad zich ook niet gehouden om nog tot beoordeling (of verwijzing) over te gaan of dit geheel van rechtshandelingen dan wel paulianeus is geweest. Hiermee is dus in rechte geen oordeel gegeven over de vraag of de schuldeisers door het geheel van rechtshandelingen al dan niet benadeeld zijn. Zie hierover terecht kritisch Van Schilfgaarde die eufemistisch opmerkt dat de Hoge Raad hier te subtiel te werk gaat. Van Schilfgaarde: *‘Die zin eindigt met woorden ‘... als zij de nietigheid van al deze rechtshandelingen hadden ingeroepen’. Blijkbaar gaat de Hoge Raad ervan uit dat curatoren dat niet hebben gedaan. Dat begrijp ik niet goed. (...) Ik heb het gevoel dat de Hoge Raad hier wat al te subtiel te werk gaat.’*

57 Uitgangspunt hierbij is dat de koopprijs voor de aandelen de werkelijke waarde vertegenwoordigt.

58 De dividendvordering komt op grond van artikel 2:216 BW niet voor verificatie in aanmerking.

59 De advocaat-generaal komt op geheel andere, en mijns inziens onjuiste, wijze tot het oordeel dat van bevoordeling sprake zou zijn indien curatoren zouden worden toegelaten enkel het dividendbesluit te vernietigen. In overweging 4.19 schrijft de A-G: ‘Hier komt nog bij dat het gevolg van het slechts vernietigen van het Dividendbesluit zal zijn dat de boedel alsnog aanspraak maakt op “terugbetaling” van het dividend. De vernietiging van het Dividendbesluit heeft bovendien tot gevolg dat AH NV alsnog de koopprijs voor de aandelen zal moeten betalen. Die betaling heeft immers door het met terugwerkende kracht wegvallen van het Dividendbesluit niet plaatsgevonden. Hiermee komt de boedel in een gunstiger positie, zoals het hof in →

de aandelen na de overdracht minder waard zijn geworden. In de casus van Air Holland was dat het geval. Air Holland Leasing I B.V. heeft namelijk de Boeing verkocht en de opbrengst daarvan renteloos doorgeleend aan Air Holland Charter B.V. Met het faillissement van Air Holland Charter B.V. is deze vordering minder waard geworden, hetgeen zich vertaalt in een waardedaling van de aandelen van Air Holland Leasing I B.V. Door niet de aandelenoverdracht te vernietigen, maar enkel het dividend, zou de boedel dus in een betere positie komen te verkeren vergeleken met de positie waarin de boedel zou verkeren indien de aandelenoverdracht zou worden vernietigd. Het hof, de advocaat-generaal en de Hoge Raad lijken, zonder dat expliciet aan te geven, de oninbaarheid van de lening aan Air Holland Charter B.V. voor rekening van (de schuldeisers van) Air Holland Charter B.V. te willen laten komen.⁶⁰ De Hoge Raad neemt namelijk het oordeel van het hof over dat de benadeling die mogelijk zou hebben plaatsgevonden door het geheel van handelingen, voldoende ongedaan gemaakt zou kunnen worden indien de aandelen Air Holland Leasing I B.V. zouden terugkeren in het vermogen van Air Holland Charter B.V.⁶¹ Dat de aandelen minder waard zijn, is daarbij in de analyse van de Hoge Raad kennelijk niet van belang.⁶² Nu de benadeling van het

rov. 3.7.12 terecht aangeeft, (*deze maakt aanspraak op de koopprijs voor de aandelen in contanten+terugbetaling van het dividend in contanten*) dan wanneer het gehele samenstel van handelingen niet zou hebben plaatsgevonden (AHC bezat alleen de aandelen in een vennootschap met vorderingsrecht op AHC). Ik lees in de bestreden rov. 3.7.12 van het hof een zelfde en m.i. juiste redenering.' (cursivering toegevoegd, RdW). De advocaat-generaal gaat er ten onrechte van uit dat de boedel door de vernietiging van het dividendbesluit in een betere positie zou komen langs de door hem voorgerekende lijnen. Het dividend is nooit betaald en hoeft derhalve na de vernietiging ook niet als onverschuldigd betaald door Air Holland N.V. terugbetaald te worden. Door de vernietiging van het dividendbesluit zou enkel de dividendaanspraak van Air Holland N.V. komen te ontvallen zodat er met terugwerkende kracht niets te verrekenen viel. Het gevolg daarvan is slechts dat Air Holland N.V. alsnog de overeengekomen koopprijs voor de aandelen zou moeten betalen. De overwegingen van het hof in 3.7.11 en 3.7.12 zijn daarbij ook onjuist, zij het op andere gronden. Het hof overweegt in 3.7.11: '*De koopsom is indertijd immers door AH NV betaald, te weten door verrekening met het dividend, zodat AHC door die betaling daadwerkelijk is gebaat in de zin van art. 51 lid 3 Fw.*' De koopprijs is nimmer betaald, zodat de boedel ook niet gebaat kan zijn in de zin van artikel 51 Fw.

- 60 Rechtbank, hof, Hoge Raad overwegen alle dat van belang is dat de opbrengst in de vorm van een renteloze lening aan Air Holland Charter B.V. ten goede is gekomen op welke lening nog niet is afbetaald. Zie hof 3.7.7: '*Toewijzing van de vordering van de curatoren zou er immers op neer komen dat enerzijds het verschil tussen de boekwaarde en de werkelijke waarde van de OZA ten tijde van de transactie alsnog in de boedel valt en ten goede komt aan de schuldeisers van AHC, terwijl de netto opbrengst van de verkoop van de OZA reeds in 1998 in de vorm van een renteloze lening ter beschikking is gekomen van AHC en door AHC indertijd reeds is aangewend om haar schuldeisers te betalen, terwijl anderzijds daartegenover slechts een concurrente vordering van AHL I in het faillissement van AHC staat.*'
- 61 Zie HR 3.3.1: '*Onderdeel 1 is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7.5 en 3.7.6 dat als volgt kan worden samengevat. De benadeling van de schuldeisers van AHC die het gevolg is van de verkoop en overdracht van de aandelen AHL I aan AH bestaat daarin dat die schuldeisers thans geconfronteerd worden met AHL I als concurrente schuldeiser uit hoofde van de hiervoor in 3.1 onder (viii) vermelde renteloze lening van AHL I aan AHC. Die benadeling kan toereikend worden geredresseerd door teruggave van de aandelen AHL I door AH aan AHC, gevolgd door handelingen die ertoe leiden dat de vordering van AHL I op AHC niet meer bestaat, zoals bijvoorbeeld liquidatie van AHL I of uitkering van dividend aan AHC, beide handelingen waartoe de curatoren bevoegd zijn. (...) Het oordeel van het hof getuigt dus niet van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof was niet gehouden zijn oordeel verder te motiveren dan het heeft gedaan.*'
- 62 De toepasselijkheid van de artikelen 6:203 e.v. BW komt in deze procedure opvallend genoeg in het geheel niet aan de orde. Deze artikelen zijn ex artikel 51 Fw in het algemeen van toepassing naast (Faber, *Verrekening*, p. 357) de mogelijkheid van revindicatie door de curator indien een zaak paulianus is vervreemd. Afhankelijk of de ontvanger te kwader trouw (weten en niet tevens behoren te weten) was, komt een waardedaling in het goed voor rekening van de ontvanger (artikel 6:205 jo. 6:84 BW).

geheel voldoende ongedaan gemaakt zou worden door het terugnemen van de aandelen (volgens de Hoge Raad), staat het curatoren volgens de Hoge Raad niet vrij de gewraakte handelingen op een dergelijke wijze te bestrijden dat er meer in de boedel zou komen. Dat de gedeeltelijk oninbaarheid van de vordering daarmee voor rekening van (de schuldeisers van) Air Holland Charter B.V. komt, is enerzijds wel begrijpelijk. Het is Air Holland Charter B.V. zelf die niet terugbetaalt. Anderzijds geldt echter dat, hoewel Air Holland Charter B.V. het geld in de vorm van een renteloze lening heeft ontvangen, zij het geld niet meer heeft en de boedel in die zin niet bevoordeeld is.

Naast de ongerechtvaardigde bevoordeling, oordeelt de Hoge Raad ook dat het curatoren niet vrij zou staan om zich enkel tegen het dividend te richten, omdat 'het besluit tot uitkering van dividend en de voldoening daarvan door verrekening met de koopprijs van de aandelen niet los (kunnen) worden gezien van de Reorganisatieovereenkomst.' De Hoge Raad is kennelijk van oordeel dat tegen deze veronderstelde samenhang geen middel is gericht ('...in cassatie onbestreden...'), zodat het oordeel van de Hoge Raad weinig principiële waarde kan worden toegekend. Toch is de oordeel van de Hoge Raad merkwaardig. Om het lot van een dividend te koppelen aan andere rechtshandelingen, ligt veel minder voor de hand dan bij het samenstel van rechtshandelingen als aan de orde in HR Smit/Van Hees q.q. Een dividenduitkering vormt een bijzondere rechtshandeling die rechtstreeks een vermindering van het eigen vermogen van de schuldenaar vormt. Het is per definitie benadelend voor de vennootschap, en in een opvolgend faillissement voor de schuldeisers.

Uit het arrest HR Air Holland kunnen, in het licht van het voorgaande, weinig algemene regels worden afgeleid. Het oordeel van de Hoge Raad dat de curatoren zich in Air Holland niet tegen enkel het dividendbesluit mochten richten, kan vooral verklaard worden doordat Air Holland Leasing I B.V. haar activa heeft geliquideerd en de opbrengst reeds heeft doorgeleend aan Air Holland Charter B.V. In die zin is daarmee naar mijn idee ook meteen de reikwijdte van het arrest gegeven. Het arrest dient niet zo gelezen te worden dat indien dividend onderdeel is van een meer omvattende transactie, dat het dividend niet zelfstandig bestreden zou kunnen worden. Slechts in dit specifieke geval, waarbij er sprake zou zijn van een 'ongerechtvaardigde bevoordeling van de boedel', juist omdat de insolvente schuldenaar de opbrengsten van de activa reeds heeft ontvangen en verbruikt, oordeelt de Hoge Raad dat curatoren zich tegen het geheel dienen te richten. Tegen de aangenomen samenhang tussen dividendbesluit en de Reorganisatieovereenkomst was geen middel gericht. Voor zover hier toch een meer principieel oordeel in besloten zou liggen, dient dit zeer kritisch benaderd te worden.

4.2.1.2.2 Onverplicht: twee typen van onverplichte rechtshandelingen

Artikel 42 Fw geeft de curator de mogelijkheid om onverplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen. De mogelijkheden om onverplichte rechtshandelingen te vernietigen zijn in het algemeen aanzienlijk ruimer dan die om verplichte rechtshandelingen te vernietigen.⁶³ Een handeling heeft als verplicht te gelden wanneer de schuldenaar rechtens gehouden was de handeling te verrichten of anders gezegd, wanneer een rechtsplicht voor de schuldenaar bestond om de rechtshandeling zoals verricht ook zo en op dat tijdstip te verrichten.

De vraag of een rechtshandeling verplicht of onverplicht is verricht, dient beantwoord te worden zonder dat rekening wordt gehouden met de subjectieve gesteldheid van partijen. Het maakt dus niet uit of de schuldenaar en de wederpartij zelf meenden dat sprake was van een verplichte of een onverplichte rechtshandeling. Ook als een economische noodzaak bestond, gepercipieerd of reëel, om de rechtshandeling te verrichten, heeft dit niet tot gevolg dat de rechtshandeling daardoor reeds als verplicht heeft te gelden.⁶⁴

Het klassieke voorbeeld van een onverplichte paulianeuze rechtshandeling die leidt tot benadeling van schuldeisers is de verkoop van een goed, bijvoorbeeld een auto, onder de waarde aan een bevriende relatie. De rechtshandeling vermindert het vermogen van de schuldenaar en werkt benadelend voor de gezamenlijke schuldeisers in een later faillissement. De rechtshandeling met een aanmerkelijk waardeverschil vormt ook de eerste grond voor een bewijsvermoeden ten aanzien van de wetenschap van benadeling in artikel 43 lid 1 Fw. De onverplichte rechtshandeling met een waardeverschil kan gezien worden als een rechtshandeling die de integriteit van het verhaalsvermogen aantast.

Onverplicht dient onderscheiden te worden van onverschuldigd. Een rechtshandeling is onverschuldigd als er geen rechtsgrond voor de rechtshandeling bestaat, of als de rechtsgrond later komt te ontvallen. Het is zeer goed mogelijk dat een rechtshandeling wel onverplicht is, maar niet onverschuldigd. Dit is bijvoorbeeld het geval als een schuldenaar een geldschuld niet kan betalen en daarom een goed aan zijn schuldenaar overdraagt (inbetalinggeving). Er is geen sprake van onverschuldigde betaling, omdat de schuldenaar een bestaande schuld voldoet. Wel is de rechtshandeling onverplicht omdat de schuldenaar niet verplicht was *die* rechtshandeling te verrichten.⁶⁵ Traditioneel leiden de volgende gevallen tot veel jurisprudentie, waarin steevast de rechtshandeling als onverplicht wordt beschouwd:⁶⁶ i) de betaling van een nog niet opeisbare schuld, ii) inbetalinggeving

63 De verhouding tussen het werkingsgebied van artikel 42 Fw en artikel 47 Fw is gecompliceerd. Hoewel in het algemeen de toets in artikel 47 Fw zwaarder is dan in artikel 42 Fw zijn er gevallen waarin artikel 42 Fw een zwaardere toets inhoudt. Zie § 4.2.3.5.

64 Zie algemeen Faber, *Verrekening*, p. 337.

65 Zie verder over de begrippen verplicht, onverplicht en opeisbaar, de noot van Faber bij Rechtbank 's-Hertogenbosch (sector Kanton) 5 oktober 2006, *JOR* 2007/74.

66 Zie Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 42-45.

wanneer een betaling in geld was overeengekomen, iii) een verkoop gevolgd door verrekening met een openstaande schuld en iv) het zonder verplichting daartoe vestigen van een zekerheidsrecht. Alle vier gevallen zijn voor de schuldenaar vermogensneutraal.⁶⁷ Het probleem waar de pauliana in deze gevallen tegen waakt is dan ook de doorbreking van de *paritas creditorum* en niet de aantasting van de integriteit van het verhaalsvermogen.

Hier ziet men een zeer kenmerkend en tegelijkertijd zeer problematisch element van het Nederlandse recht. Artikel 42 Fw ziet op twee te onderscheiden vormen van benadeling, waarvan het geenszins geboden is, of zelfs maar voor de hand ligt, deze gelijk te behandelen. Artikel 42 Fw ziet zowel op gevallen waarin de schuldenaar rechtshandelingen verricht die de integriteit van zijn eigen vermogen aantasten als rechtshandelingen die de *paritas creditorum* doorbreken. Wessels noemt ook deze twee vormen van benadeling bij het bespreken van het vereiste van benadeling onder artikel 42 Fw, zonder verder een probleem te zien in de toepasselijkheid van artikel 42 Fw op deze verschillende gevallen. Wessels:

*‘Deze benadeling, te begrijpen als iedere benadeling van de boedel, kan de vorm aannemen van (a) elke vermindering van de faillissementsboedel, en van (b) elke verstoring van de onderlinge rangorde tussen de faillissementscrediteuren.’*⁶⁸

In het inleidende hoofdstuk is in § 1.4.2.4 reeds op een aantal fundamentele verschillen gewezen tussen benadelende rechtshandelingen die de integriteit van het verhaalsvermogen aantasten en rechtshandelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* opleveren. In de eerste plaats geldt dat bij een inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen wegens een waardeverschil, de wederpartij in de regel een voordeel verkrijgt door de gewraakte rechtshandeling geheel onafhankelijk van een eventuele insolventie van de schuldenaar. Bij een doorbreking van de *paritas creditorum* bestaat dit voordeel enkel bezien van het insolventieperspectief. Een tweede verschil is dat men bij een doorbreking van de *paritas creditorum* mogelijk een andere normschending kan construeren. Immers bij een doorbreking van de *paritas creditorum* kan men oordelen dat de wederpartij een inbreuk maakt op de regels zoals die gelden tussen schuldeisers *onderling*. Daarvoor is uiteraard wel vereist dat de wederpartij bij het verrichten van de rechtshandeling reeds die hoedanigheid heeft. Een derde verschil tussen deze handelingen is het gevolg van de werking van de faillissementspauliana. Indien een rechtshandeling in strijd met de *paritas creditorum* wordt vernietigd, is de weder-

67 Dit geldt ook voor het onverplicht verstrekken van een zekerheidsrecht voor een eigen schuld. Zie in dat verband ook het Engelse recht hoofdstuk 3 (§ 3.2.1 en § 3.2.2) en de bespreking van *Re McBacon*. Hierin werd uitgemaakt dat het verstrekken van een zekerheid niet een *‘transaction at an undervalue’* kan zijn, omdat er voor de schuldenaar geen vermogensverschuiving optreedt, maar de schuldenaar slechts in de vrije beschikingsbevoegd wordt beperkt.

68 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 60, 61.

partij uiteindelijk niet slechter af. Na vernietiging komt de wederpartij in dezelfde concurrente positie te verkeren als waarin deze verkeerd zou hebben zonder de gewraakte rechtshandeling. Bij een aantasting van de integriteit van het vermogen van de schuldenaar door een rechtshandeling waarbij de wederpartij zelf nog een rechtshandeling verricht, riskeert de wederpartij door de werking van artikel 51 lid 3 Fw zijn gehele prestatie te verliezen en is hij uiteindelijk aanzienlijk slechter af.⁶⁹

De Nederlandse wetgever heeft er echter reeds in 1896 voor gekozen om onder de noemer van onverplichte rechtshandelingen zowel de handelingen te brengen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* als de handelingen die de integriteit van het vermogen van de schuldenaar aantasten.⁷⁰ Nu is dit wel problematisch, maar zijn de problemen niet onoverkomelijk. Van belang is echter wel te onderkennen dat artikel 42 Fw ziet op gevallen waarvan het niet vanzelfsprekend is dat deze door één en dezelfde bepaling worden bestreken. Vooral bij het nader invullen van de wetenschap van benadeling is het van belang te onderkennen dat artikel 42 Fw op zeer uiteenlopende gevallen ziet (zie hierover verder § 4.2.1.3 en § 4.2.1.4).

4.2.1.2.3 Anders dan om niet

Artikel 42 Fw kan ingeroepen worden tegen onverplichte rechtshandelingen om baat en om niet. Het onderscheid tussen om niet en om baat is van belang omdat alleen bij rechtshandelingen om baat ook de wederpartij wetenschap van benadeling dient te hebben.

Of een rechtshandeling als om baat of om niet heeft te gelden, is niet altijd eenvoudig te beantwoorden. Dit wordt mede veroorzaakt doordat artikel 42 Fw zich in principe richt tot een individuele rechtshandeling van de schuldenaar. Het is zeer wel mogelijk dat deze rechtshandeling is verricht als reactie op of in verband met een eerdere rechtshandeling van de wederpartij. De vraag is in hoeverre deze eerdere handeling relevant is voor de kwalificatie als om niet of om baat. Dit speelt bijvoorbeeld bij het verstrekken van zekerheden voor een eerdere schuld. Is dit een rechtshandeling om baat? Dit zal in elk geval zo zijn indien de kredietverstrekker instemt met een uitstel van betaling,⁷¹ verlaging van de rente of verhoging van het krediet. Indien aan de zijde van de kredietgever geen prestatie is aan te wijzen, zal de zekerheidsverschaffing mogelijk als een rechtshandeling om niet

⁶⁹ Zie over de werking van artikel 51 lid 3 Fw § 4.1.2.2 hierboven en § 4.5.2.3.2 hieronder.

⁷⁰ De wetgever heeft deze gevallen bewust gezamenlijk onder de werking van artikel 42 Fw gebracht. Zo bevat artikel 43 Fw bijvoorbeeld ook een bewijsvermoeden ten aanzien van beide gevallen. Artikel 43 sub 1 Fw zag in de woorden van de wetgever van 1896 op 'overeenkomsten waarbij de waarde der verbintenis aan de zijde van den schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtreft', hetgeen een geval is van een aantasting van de integriteit van het vermogen van de schuldenaar. Artikel 43 sub 2 Fw bevatte een bewijsvermoeden voor 'handelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor eene niet opeischbare schuld', hetgeen een doorbreking van de *paritas creditorum* vormt.

⁷¹ Zie in deze zin E.M. Meijers in zijn noot onder HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, 431.

hebben te gelden. Zie in deze zin bijvoorbeeld Ankum en Faber.⁷² Zo oordeelde ook het Hof Den Haag dat de vestiging van een hypotheekrecht voor een reeds bestaande vordering een rechtshandeling om niet is.⁷³ Van Galen ging ervan uit dat de zekerheidsstelling voor een eigen bestaande schuld onder het oude artikel 44 Fw niet als een schenking behandeld moest worden.⁷⁴ Ook A. van Hees lijkt te oordelen dat zekerheidsstelling voor een eigen schuld als om baat kwalificeert.⁷⁵ Opvallend is dat over een dergelijk principiële vraag geen duidelijkheid bestaat.

Een juiste analyse van de pauliana als rechtsfiguur brengt m.i. met zich dat een zekerheidsverstrekking voor een bestaande eigen schuld binnen het systeem van artikel 42, 45 en 47 Fw als een rechtshandeling anders dan om niet moet worden beschouwd.⁷⁶ De kern van het probleem is dat de vraag of een rechtshandeling om niet of om baat is verricht een vraag is die van cruciaal belang is voor het beoordelen van handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar (zoals schenkingen en een verkoop onder de waarde). De vraag of een handeling om niet of anders dan om niet is verricht, past echter conceptueel niet of veel minder goed bij handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen, zoals het verschaffen van zekerheden aan een bestaande schuldeiser. Dat deze vraag eigenlijk niet hoort bij het beoordelen van inbreuken op de *paritas creditorum*, ziet men ook in artikel 47 Fw ten aanzien van verplichte rechtshandelingen. Hier wordt geen onderscheid gemaakt tussen verplichte voldoeningen om baat en om niet. Bij handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* is (vrijwel altijd) reeds een prestatie verricht door de schuldeiser, zo ook in de gevallen waar Ankum en Faber over spreken. Waar het bij de verplichte voldoening niet zinvol is om een onderscheid te maken tussen

72 Zie in gelijke zin Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, p. 127 e.v. en Faber, *Verrekening*, p. 334: 'Heeft de schuldenaar een niet-opeisbare schuld voldaan, of heeft hij zekerheid gesteld voor bestaande en/of toekomstige vorderingen, en heeft hij daarvoor geen enkele (reële) tegenprestatie verkregen (zoals het niet opzeggen van een verleend krediet, het voortzetten of uitbreiden van de kredietverlening of het verkrijgen van uitstel van betaling) dan zal de betreffende voldoening of zekerheidsstelling inderdaad als een rechtshandeling om niet moeten worden aangemerkt.'

73 Hof Den Haag 24 maart 1998, *JOR* 1998/153. Wel dient opgemerkt te worden dat in de procedure kennelijk niet gesteld was dat de hypotheekverlening om baat had plaats gevonden. Het hof overweegt: 'Van het bestaan van een rechtsplicht tot het vestigen van deze hypotheek is niet kunnen blijken, terwijl voorts gesteld noch gebleken is dat deze zekerheidsstelling, wat Tunc betreft, om baat geschiedde. De hypotheekstelling moet derhalve als een rechtshandeling om niet worden beschouwd, zodat voor vernietiging ex art. 42 en 43 Fw. slechts aan de zijde van Tunc de wetenschap van benadeling van zijn schuldeisers hoeft te blijken.'

74 R.J. van Galen, in: *Losbladige Faillissementswet*, art. 44 Fw (oud): 'Zekerheidsstelling voor een vroeger aangegane schuld (zie art. 42, aant. 3d) is geen schenking in de zin van artikel 44, ook niet, indien er geen contraprestatie – als bijv. het verlengen van het krediet – tegenover staat.'

75 A. van Hees, *Losbladige Faillissementswet*, art. 42 aantekening 8: 'Een enkele zekerheidsverschaffing door de schuldenaar zelf kwalificeert vermoedelijk als een rechtshandeling om baat.'

76 Ik kom hiermee terug op hetgeen ik heb geschreven in R.J. de Weijts, 'Overwaardearrangementen, de actio Pauliana en de verdeling van zure vruchten', *WPNR* 2006/6652, p. 85: 'Zekerheidsverschaffing tegenover het verkrijgen van krediet is een rechtshandeling om baat. Veel lastiger is de vraag of dit ook het geval is indien zekerheid wordt gesteld voor een reeds bestaande schuld. Dit zal wel het geval zijn indien de kredietverstrekker instemt met een uitstel van betaling, verlaging van de rente of verhoging van het krediet. Indien aan de zijde van de kredietgever geen prestatie is aan te wijzen, zal de zekerheidsverschaffing waarschijnlijk als een rechtshandeling om niet hebben te gelden.'

voldoeningen om baat en om niet, past het m.i. ook niet om bij onverplichte voldoeningen van bestaande vorderingen dit onderscheid te maken. Voor zover men toch de onverplichte voldoening of de onverplichte zekerheidsverschaffing in het onderscheid om niet en anders dan om niet moet plaatsen (en de wetgever dwingt daar toe), dan dient de handeling als anders dan om niet gekwalificeerd te worden, althans daarmee op een lijn gesteld te worden. Hiermee is geenszins gezegd dat onverplichte zekerheidstellingen niet vernietigbaar zijn. Slechts is vereist dat zowel de schuldeiser als diens wederpartij wetenschap van benadeling hebben (al dan niet aan de hand van het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw).

4.2.1.2.4 Benadeling van schuldeisers

Het wezenskenmerk van de pauliana ligt in het vereiste dat sprake is van benadeling van schuldeisers. Zonder benadeling is er geen grond om de pauliana in te roepen. Het benadelingsvereiste geeft aanleiding tot veel complexe vragen, waarbij vooral de afbakening tot de andere criteria van de pauliana moeilijk en niet altijd volledig realiseerbaar is. Zo hanteert J.J. van Hees de metafoor van de Siamese tweeling voor de verhouding tussen het vereiste van benadeling en de wetenschap van benadeling, aangezien het zelfstandige vereiste van wetenschap van benadeling betrekking heeft op het zelfstandige vereiste van benadeling.

De toets die wordt aangelegd om te bepalen of sprake is van benadeling volgt uit de arresten HR Boendermaker c.s./Schopman⁷⁷ en HR Diepstraten/Gilhuis q.q.⁷⁸ In deze arresten heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de vraag of van benadeling sprake is, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerdd zonder de gewraakte rechtshandeling te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft.⁷⁹ Niet vereist is dat de schuldeisers onmiddellijk door de rechtshandeling benadeeld zijn. Voldoende is dat sprake is van zogenoemde ‘middellijke benadeling’. Vereist maar ook voldoende is dat de schuldeisers door de rechtshandeling benadeeld zijn op het moment dat over het beroep op de pauliana geoordeeld moet worden. Aan het vereiste van benadeling is ook voldaan indien de benadeling pas optreedt op het moment dat de rechter in hoger beroep beslist.⁸⁰ Indien de rechtshandeling een positief gevolg gehad heeft, dan dient dit positieve effect in de vergelijking betrokken te worden.⁸¹

⁷⁷ HR 23 december 1949, *NJ* 1950, 262 (Boendermaker c.s./Schopman c.s.).

⁷⁸ HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 en *JOR* 2001/269 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

⁷⁹ Het bepalen van de hypothetische situatie, de situatie zoals die geweest zou zijn indien de rechtshandeling niet had plaatsgevonden, is soms moeilijk en kan wel wat weg hebben van koffiedik kijken. Rechtbank Utrecht (26 april 2006, *JOR* 2006/197) honoreerde het verweer van de bank dat indien de kredietnemer niet akkoord was gegaan met een nieuw financieringsarrangement, zij op grond van de algemene bankvoorwaarden ook extra zekerheden zou hebben bedongen. Terecht kritisch hierover is Spinath in zijn *JOR*-noot. Naar zijn mening laat de rechtbank zich wel erg eenvoudig overtuigen. Het enkele feit dat aannemelijk is dat de bank bij handhaving van de oude situatie zekerheden zou hebben verlangd, lijkt hem onvoldoende om te kunnen constateren dat er dus geen benadeling heeft plaatsgevonden. Volgens Spinath zou dan toch in ieder geval duidelijk moeten zijn dat de bank inderdaad van plan was de zekerheid onder het oude arrangement te verlangen en dat zij dat uitsluitend heeft nagelaten met het oog op de onder het nieuwe arrangement te verkrijgen zekerheden. Verder zou hiermee ook nog niet gegeven zijn dat de schuldenaar aan een verzoek gehoor zou geven.

⁸⁰ HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 706, m.nt. HJS (Ravast/Ontvanger).

⁸¹ HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (Eneca).

De benadeling kan plaatsvinden door een vermindering van het beschikbare actief, een wijziging in de rangorde van crediteuren⁸² en door een vermeerdering van het passief.⁸³ Bij het verminderen van het beschikbare actief kan een onderscheid gemaakt worden tussen gevallen die voor de schuldenaar zelf vermogensnegatief uitwerken en gevallen die voor de schuldenaar vermogensneutraal zijn, maar voor zijn schuldeisers benadelend zijn. Door het verkopen van een goed tegen een te lage prijs vermindert het actief van de schuldenaar en is het vermogen van de schuldenaar minder waard. In het geval van een dergelijke rechtshandeling zullen de schuldeisers altijd benadeeld zijn in een opvolgend faillissement.⁸⁴ Deze handelingen zijn hier steeds aangeduid als handelingen die de integriteit van het verhaalsvermogen aantasten. Van benadeling in deze zin kan ook sprake zijn indien degene aan wie het goed verkocht is, geen verhaal biedt of het verhaal op het vermogen van de schuldenaar bemoeilijkt is.⁸⁵ Van benadeling kan ook sprake zijn bij een contractsovername waarbij een solvabele wederpartij wordt vervangen door een insolvente schuldenaar.⁸⁶

Ook rechtshandelingen die voor de schuldenaar vermogensneutraal zijn, kunnen benadeling van de schuldeisers tot gevolg hebben. Een voorbeeld hiervan vormt de verkoop gevolgd door verrekening met een openstaande vordering.⁸⁷ De samengenomen rechtshandelingen zijn voor de schuldenaar vermogensneutraal, maar leiden tot een vermindering van het beschikbare actief voor de schuldeisers. In een later faillissement is het actief immers niet meer beschikbaar voor de gezamenlijke crediteuren. De benadeling hier vindt plaats door een doorbreking van de *paritas creditorum*.

De Hoge Raad past de test of sprake is van benadeling strikt toe. Dit blijkt uit het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II.⁸⁸ In de casus die aanleiding tot het arrest gaf had de bank zekerheden bedongen tegen het verstrekken van krediet. De Hoge Raad oordeelde dat sprake was van benadeling omdat de bank een bevoorrechte

82 Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een crediteur een zekerheidsrecht krijgt. Zie over de verstoring van de onderlinge rangorde, Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 61 en hierna de bespreking van het arrest HR 5 juli 2005, NJ 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

83 Zie over de benadeling door vermeerdering van het passief, A. van Hees, *Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana*, in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 1998, p. 7 en Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 58-60.

84 Zie over deze gevallen HR 23 december 1949, NJ 1950, 262, m.nt. PhANH (Boendermaker c.s./Schopman c.s.).

85 HR 3 oktober 1980, NJ 1980, 643, m.nt. GJS (Imperial/Waanders). Zie over deze gevallen ook Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 66. Zie verder ook het geval waarin het bemoeilijken van verhaal voorop stond Rechtbank Rotterdam 19 juli 2006, JOR 2006/255 (SP Aerospace).

86 Zie voor een geval waarin benadeling op deze manier plaatsvond HR 24 april 2009, RvdW 2009, 579 (Dekker q.q./Lutèce). Zie hierover ook R.J. van der Weijden, 'HR 24 april 2009, LJN: BF 3917, CO7/108HR (Dekker q.q./Lutèce)', *TvI* 2009, 23, p. 134. De aandacht in het arrest gaat vooral uit naar de vordering die op paulianeuze wijze aan de boedel onttrokken zou zijn overdraagbaar was. De vraag of aan de voorwaarden voor het invoeren van de pauliana was voldaan, was in cassatie niet aan de orde. Zie HR r.o. 3.3.4: '*Als zodanig heeft het hof met juistheid aangemerkt het tijdstip waarop de curator zijn rechten uit art. 42Fw deed gelden, te weten het tijdstip van de buitengerechtelijke vernietiging, nu die vernietiging in rechte vaststaat, zoals het hof in rov. 4.7.2 – in cassatie onbestreden – tot uitgangspunt heeft genomen en waarnaar het in rov. 4.7.4 verwijst met het woord "onbetwist"*' (vgl. HR 23 december 1949, NJ 1950, 262).'

87 Zie HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.).

88 HR 5 juli 2005, NJ 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

positie innam. De betalingen die met het krediet waren verricht resulteerden erin dat concurrente schuldeisers vervangen waren door geseceureerde schuldeisers. De overgebleven schuldeisers moesten dan dus toezien hoe de geseceureerde crediteur voor hen werd betaald. Hoge Raad overwoog:

‘Een schuldenaar die ten laste van een hem verleend bankkrediet een van zijn schuldeisers voldoet, bewerkstelligt een verhoging van zijn schuld aan de bank ten bedrage van de aan die schuldeiser betaalde geldsom. Indien de bank het kredietplafond verhoogt tegen aanvullende zekerheidstelling en de schuldenaar vervolgens de vrijgekomen kredietruimte gebruikt voor de voldoening van een deel van zijn schuldeisers, brengt dat dan ook in diens totale schuldenlast geen wijziging. De bank heeft evenwel op de opbrengst van de in aanvullende zekerheid verbonden zaken voorrang verkregen boven de resterende schuldeisers, terwijl de voldane schuldeisers slechts concurrent waren. De resterende schuldeisers krijgen door een en ander derhalve in plaats van met concurrente medeschuldeisers te maken met de bank als preferent medeschuldeiser. Een dergelijke verschuiving in verhaalspositie zal, behoudens het geval dat de bank de aanvullende zekerheid niet behoeft aan te spreken tot verhaal van haar vordering, nadeel voor de resterende schuldeisers meebrengen, ongeacht voor welk bedrag er schuldeisers dankzij de verhoging van het kredietplafond zijn voldaan.’⁸⁹

In HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III voegt de Hoge Raad hier nog aan toe dat, ook wanneer enkel preferente crediteuren voldaan zijn, dit niet in de weg staat aan het aannemen van benadeling.⁹⁰

De benadering van de Hoge Raad in het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II is niet zonder kritiek gebleven. Verdaas stelt dat de benadeling niet door de krediet- en zekerheidsverstrekking is veroorzaakt, maar door de daaropvolgende betalingen verricht door de schuldenaar. Verdaas meent vervolgens dat de Hoge Raad ten onrechte en zonder motivering de zekerheidsverstrekking tegen het nieuwe krediet en de daaropvolgende bestedingen als één benadelende rechtshandeling kwalificeert.⁹¹ Volgens Verdaas bestaat er onvoldoende connexiteit tussen deze handelin-

⁸⁹ Zie r.o. 3.6, HR 5 juli 2005, NJ 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

⁹⁰ De Hoge Raad (HR 22 december 2009, L/JN BI8493, Hoge Raad, 08/02255) oordeelt in r.o. 3.3: ‘Overigens zal in een situatie als door de Hoge Raad in rov. 3.6 van zijn hiervoor bedoelde arrest beschreven, nog steeds van benadeling van schuldeisers in de zin van art. 42 F. sprake zijn indien de schuldenaar de extra kredietruimte alleen maar gebruikt om preferente schuldeisers te voldoen, reeds omdat een dergelijke gang van zaken overlet laat dat andere preferente schuldeisers, van hogere of gelijke rang, die onbetaald zijn gebleven, nadeel ondervinden door het verlies van hun, door de curator uit te oefenen, verhaalsrecht op de in aanvullende zekerheid verbonden zaken.’ De Hoge Raad gaat wel erg snel van de mogelijkheid dat er hogere, preferente schuldeisers benadeeld zouden kunnen zijn, naar het aannemen dat er ook benadeling is, indien enkel preferente schuldeisers zijn voldaan.

⁹¹ Zie A.J. Verdaas, ‘Noot bij HR 8 juli 2005, (Van Dooren q.q./ABN AMRO II)’, NTBR 2006, 8, p. 30 e.v. met reactie A. van Hees, ‘Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II door A.J. Verdaas in NTBR 2006’, NTBR 2006, 14 en A.J. Verdaas, ‘Antwoord aan Van Hees’, NTBR 2006, 15, p. 115 en ook A.J. Verdaas, ‘Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, TvI 2005, 43’, TvI 2006, 6, p. 33 e.v.

gen, en dient in het algemeen alleen ruimte te zijn voor vernietiging op grond van de pauliana indien de wederpartij door de gewraakte handeling bevoordeeld is of bevoordeling van derden hem kan worden toegerekend.⁹²

Ten aanzien van het betoog van Verdaas dient in het algemeen opgemerkt te worden dat de pauliana niet als voorwaarde stelt dat de wederpartij voordeel heeft gehad bij de rechtshandeling.⁹³ Van Nielen en Bartels⁹⁴ stellen voorop dat de vereiste benadeling uitgaat van ‘middellijke benadeling’ en zij betrekken vervolgens, terecht, de discussiepunten opgeworpen door Verdaas bij de vraag of voldaan is aan het vereiste van de wetenschap van benadeling. Het commentaar van Verdaas roept echter wel de vraag op of de paulianaregeling wel voldoende recht doet aan de gerechtvaardigde belangen van de bank in het schemergebied voor faillissement waarbij de bank nog extra geld⁹⁵ ter beschikking stelt. In § 4.2.1.3 en § 4.2.1.4 zal verder gezien worden welke wetenschap bij de bank geveerd wordt om tot wetenschap van benadeling te kunnen komen bij het verkrijgen van zekerheden voor het verstrekken van vers krediet, waar ook meer aandacht aan de kritiek van Verdaas zal worden besteed.

Een gevolg van de leer van middellijke benadeling is dat niet vereist is dat de benadeelde crediteuren reeds crediteur waren op het moment van het verrichten van de gewraakte rechtshandeling. Dit maakt het lastig om het paulianarisico te bepalen ten tijde van het verrichten van een mogelijk benadelende rechtshandeling. Ook al is er op het moment van en op het moment na het verrichten van de rechtshandeling voldoende om alle schuldeisers te voldoen, dan is nog niet gegeven dat geen benadeling van de schuldeisers kan plaatsvinden. De opbrengst van de rechtshandeling kan immers weer verbruikt worden en ook is het mogelijk dat zich nieuwe schuldeisers zullen melden, bijvoorbeeld uit hoofde van onrechtmatige daad.

De handeling moet geleid hebben tot benadeling van schuldeisers. Benadeling van aandeelhouders geeft dus geen grond voor vernietiging van een rechtshandeling op grond van de pauliana. Benadeling van een schuldeiser met een achtergestelde lening kan wel tot toepassing van de pauliana leiden.⁹⁶ Het is niet vereist dat meer

92 Verdaas, *Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen*, *TvI* 2005, 43, p. 35: ‘Voor vernietiging van een rechtshandeling met een beroep op de pauliana zou mijns inziens dan ook uitsluitend ruimte moeten zijn als de wederpartij van de schuldenaar door het samenstel van de handelingen is bevoordeeld of bevoordeling van derden aan hem kan worden toegerekend.’

93 Zie ook kritisch hierover Van Hees, *Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II door A.J. Verdaas in NTBR 2006*, die meent dat Verdaas ten onrechte de suggestie wekt dat het geldend recht zou zijn dat de pauliana alleen ingeroepen kan worden als er van bevoordeling van de wederpartij sprake is.

94 W.J.B. van Nielen en S.E. Bartels, ‘Kroniek van 5 jaar Insolventierecht’, *NTBR* 2006, p. 182.

95 De vraag in hoeverre de bank in het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO daadwerkelijk nieuw krediet ter beschikking heeft gesteld is in de benadering van de Hoge Raad niet van belang voor de vraag of er sprake is van benadeling. Zie over de kwestie in hoeverre er in het geval van Van Dooren q.q./ABN AMRO daadwerkelijk sprake was van vers krediet hieronder § 4.2.1.4.4.

96 Zie in deze zin ook Faber, *Verrekening*, p. 325.

dan één schuldeiser benadeeld is.⁹⁷ Indien geen uitkering aan concurrente schuldeisers plaatsvindt, maar slechts aan een preferente crediteur, vormt dit geen beletsel om de pauliana in te roepen.⁹⁸

4.2.1.3 Subjectief vereiste artikel 42 Fw: ‘wetenschap van benadeling’

Voor een geslaagd beroep op de pauliana dient de curator naar Nederlands recht *altijd* een subjectief element te stellen en veelal ook te bewijzen. Voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw is vereist dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van hun handelen zou zijn. Indien de rechtshandeling een rechtshandeling anders dan om niet betrof, is tevens vereist dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat de schuldeisers van de latere failliet door de rechtshandeling benadeeld zouden worden. De wetenschap van benadeling is dus in beperkte mate geobjectiveerd. Niet alleen is van belang wat partijen wisten, maar ook wat zij *behoorden* te weten.⁹⁹ Het subjectieve vereiste wordt ook wel kort aangeduid als ‘de wetenschap van benadeling’. Voor het aannemen van wetenschap van benadeling is verder niet vereist dat partijen de omvang van de benadeling dan wel de persoon van de benadeelde voorzagen.¹⁰⁰

Deze paragraaf (§ 4.2.1.3) en de volgende paragraaf (§ 4.2.1.4) behandelen de wetenschap van benadeling.¹⁰¹ In § 4.2.1.3 wordt uiteengezet hoe de literatuur en de jurisprudentie verder invulling geprobeerd hebben te geven aan dit begrip. § 4.2.1.3 behandelt ook de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw. § 4.2.1.4 werkt vervolgens een ‘flexibele benadering van de wetenschap van benadeling’ uit. Hierbij spelen de aard van de rechtshandeling en gevolgen van de vernietiging een belangrijke rol.

4.2.1.3.1 Hoge Raad: ‘met een redelijke mate van waarschijnlijkheid’

Volgens de Hoge Raad is vereist dat sprake is van wetenschap van daadwerkelijke benadeling en is wetenschap van de ‘kans op benadeling’ niet voldoende. Dit heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk bepaald in de arresten HR Ontvanger/Pelicaan¹⁰² en HR Bakker q.q./Katko.¹⁰³

97 Zie in deze zin ook Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 53, Rechtbank Utrecht 19 september 2000, *JOR* 2001/236 en Rechtbank Arnhem 25 juni 2003, *JOR* 2003/218.

98 Indien de opbrengst van een goed wordt gebruikt om een preferente crediteur te betalen, kan onder omstandigheden een ander oordeel passend zijn, omdat niet voldoende komt vast te staan dat schuldeisers benadeeld zijn. Zie bijvoorbeeld ook J.J. van Hees in zij noot onder Rechtbank 's-Gravenhage 14 april 1999, *JOR* 1999/208 en instemmend Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 57 en 58.

99 Deze objectivering was reeds geldend recht onder het oude artikel 42 Fw en is in 1992 in artikel 42 Fw opgenomen. Voordien bepaalde artikel 42 Fw dat vereist werd, *dat bij het verrichten der handeling zowel de schuldenaar als degene met wien of te wiens behoefte hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn*.

100 Zie Faber, *Verrekening*, p. 327.

101 Zie ook uitgebreid over de wetenschap van benadeling, A. van Hees, aantekening 5 bij art. 42 Fw, in: *Losbladige Faillissementswet*, Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 70-88 en Faber, *Verrekening*, p. 326-335.

102 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257.

103 HR 17 november 2000 (Bakker q.q./Katko), *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS.

Het uitgangspunt dat niet voldoende is dat sprake is van een kans op benadeling, levert echter maar in beperkte mate duidelijkheid. Kan hieruit afgeleid worden dat partijen 100% zekerheid moeten hebben gehad dat benadeling het gevolg zou zijn? Bij een zuiver logische benadering van de vraag zou het antwoord bevestigend moeten zijn. Indien de kans op benadeling niet voldoende is, dient zekerheid omtrent de benadeling te bestaan. Zekerheid in het recht bestaat echter in gradaties. Nu zal (vrijwel) nooit 100% zekerheid bestaan wat de gevolgen van enig handelen zal zijn, en ook niet hoe dit uitwerkt op de schuldeisers van een contractspartij. De wederpartij zou bijvoorbeeld kunnen betogen dat er, hoe klein de kans ook was, nog de mogelijkheid bestond dat een derde het bedrijf van de schuldenaar zou overnemen en alle schuldeisers volledig zou betalen of dat de schuldenaar zelf nog met nieuw *élan* zijn bedrijf nieuw leven zou kunnen inblazen. Waar de kans op benadeling niet voldoende is voor het aannemen van de wetenschap van benadeling, lijkt het andere uiterste – in de zin dat absolute zekerheid dient te bestaan dat benadeling zal volgen – ook geen hanteerbaar criterium op te leveren en is dit ook niet vereist.¹⁰⁴

Het oordeel van de Hoge Raad in het UPC-arrest geeft meer duidelijkheid. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat het bij benadeling in de zin van 3:45 BW gaat om daadwerkelijke benadeling. Van onrechtmatig handelen kan te dezer zake slechts sprake zijn indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden.’¹⁰⁵

Verschuillende schrijvers¹⁰⁶ en A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III,¹⁰⁷ zoeken aansluiting bij het criterium geformuleerd in het UPC-arrest¹⁰⁸ voor een verdere invulling van het criterium wetenschap van

104 Zie in deze zin ook A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III (HR 22 december 2009, LJN: BI8493, Hoge Raad, 08/02255), in nr. 29: ‘Dit betekent niet dat bij betrokkenen zekerheid moet hebben bestaan omtrent de benadeling.’

105 HR 26 augustus 2003, JOR 2003/211, m.nt. J.J. van Hees.

106 Zie F.P. van Koppen in zijn noot onder HR 8 juli 2005 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II), *TvI* 2005, p. 195, A. van Hees, aantekening 5 bij art. 42 Fw, in: *Losbladige Faillissementswet*, L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 161, Van Dijk, *De Faillissementspauliana, revisie van een relict*, p. 71, die overigens kritisch is ten aanzien van deze benadering en Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 83-85. Faber lijkt niet van een rechtstreekse toepassing uit te gaan in zijn noot onder Hof 's-Gravenhage 6 februari 2007, JOR 2007/103 (Citibank/KPN).

107 Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III (HR 22 december 2009, LJN: BI8493, Hoge Raad, 08/02255) in nr. 30: ‘Zowel bij de algemene pauliana als de faillissementspauliana fungeert het vereiste van wetenschap van benadeling als maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen: hun handelwijze wordt als onbetamelijk (paulianeus) aangemerkt wanneer in de omstandigheden van het concrete geval met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers daardoor benadeeld zouden worden en betrokkenen zich dus van hun handelwijze hadden behoren te onthouden.’

108 Er dienen twee kanttekeningen gemaakt te worden bij de mogelijke toepasbaarheid van het criterium als geformuleerd door de Hoge Raad in het UPC-arrest op gevallen onder artikel 42 Fw. De Hoge Raad spreekt in de tweede zin van het citaat over onrechtmatig handelen en niet over paulianeus handelen. De vraag is dus of →

benadeling.¹⁰⁹ In zijn conclusie voor het arrest HR Van Emden q.q./Rabo¹¹⁰ lijkt A-G Huydecoper een zekere aanscherping voor te staan, waar hij meent dat de gevolgen met een ‘aanzienlijke’ mate van waarschijnlijkheid te verwachten moeten zijn geweest.¹¹¹ Het criterium van een ‘aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ verhoudt zich mijns inziens ook beter met het uitgangspunt van de Hoge Raad dat een *kans* op benadeling niet voldoende is.

4.2.1.3.2 Het belang van ‘faillissementsdreiging’

Een complicerende factor ten aanzien van de wetenschap van benadeling is dat deze ziet op de benadeling van schuldeisers. Van benadeling van schuldeisers zal slechts sprake zijn indien de schuldenaar niet al zijn schuldeisers volledig kan voldoen; dat dus sprake is van faillissement of een andere vorm van verhaalsuitoefening waarbij schuldeisers niet allen volledig voldaan kunnen worden. Men kan dan ook slechts voorzien dat schuldeisers benadeeld zullen worden door een handeling met hun schuldenaar indien men in zekere mate voorziet dat zich een situatie zal voordoen waarin de schuldeisers niet volledig voldaan kunnen worden.¹¹² Dit onderzoek is beperkt tot de werking van de faillissementspauliana in artikel 42 tot en met 51 Fw. In deze gevallen is altijd sprake van een faillissement omdat men anders niet aan deze artikelen toekomt. Hierna zal dan ook steeds kortweg gesproken worden over de bekendheid van partijen met het naderende faillissement en niet steeds worden toegevoegd dat het ook kan gaan om de meer algemene voorzienbaarheid van een situatie waarin niet alle schuldeisers volledig voldaan kunnen worden.¹¹³

Een ‘subvraag’ ten aanzien van de wetenschap van benadeling is dan ook of en, zo ja, in hoeverre voor partijen ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling duidelijk had moeten zijn dat het faillissement dat is ingetreden dreigde of zou volgen.¹¹⁴ De Hoge Raad beantwoordde deze subvraag geruime tijd slechts in

de Hoge Raad een criterium wil ‘voorstellen’ voor de pauliana of voor de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, of mogelijk de normen van de pauliana en onrechtmatige daad op subtiële wijze naar elkaar toe wil trekken. De tweede kanttekening is dat het UPC-arrest ziet op de BW-pauliana en niet op de faillissementspauliana.

109 De aangehaalde overweging van de Hoge Raad geeft geen antwoord op de ‘subvraag’ (zie hierna) naar de waarschijnlijkheid en voorzienbaarheid van faillissement van de schuldenaar.

110 HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo).

111 Conclusie A-G Huydecoper bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 onder 14.b.3: ‘Daarom mag de eis gesteld worden dat betrokkenen “wetenschap” hebben van de bedoelde gevolgen, en dat die gevolgen niet slechts potentieel zijn, maar “werkelijk” (dat betekent, volgens mij, in dit verband: met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten).’

112 Zie over de nuancering J.J. van Hees, ‘De wetenschap van de pauliana’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *10 jaar <<JOR>> alsnog geannoteerd*, p. 142-148.

113 Ook staat hier niet aan in de weg dat artikel 3:45 BW ook spreekt over de wetenschap van benadeling van schuldeisers en dat deze wetenschap dus kan worden aangenomen buiten faillissement. Wil men voor artikel 3:45 BW de wetenschap van benadeling kunnen aannemen, dan dienen partijen ook in zekere mate hebben voorzien dat er een situatie zou ontstaan waarin er onvoldoende is om alle schuldeisers te voldoen. In die zin is de faillietverklaring bovenal een bevestiging dat zich een situatie voordoet waarin de schuldenaar niet in staat is zijn opeisbare schulden te voldoen. Buiten faillissement is dit voor de schuldeiser moeilijker aan te tonen.

114 Zie hierover ten aanzien van de pauliana als algemeen principe van insolventierecht, McBryde en Flessner (W.W. McBryde en A. Flessner, ‘Principles of European Insolvency Law and General Commentary’, in: W.W. McBryde, A. Flessner and S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer: Kluwer Legal 2003, p. 54): ‘Most, if not all, of the actions would be unchallengeable if they took place apart from →

negatieve bewoordingen. In het arrest Bakker q.q./Katko verwierp de Hoge Raad een middel dat betoogde dat faillissement niet voorzien hoefde te worden. De Hoge Raad oordeelde dat het aangevoerde middel ervan uitgaat, dat:

‘wetenschap van benadeling had moeten zijn aangenomen, omdat Kats Panelen en Katko bij het aangaan van de koopoverkomst en ten tijde van de verrekening wisten of hadden moeten weten dat, indien een faillissement zou volgen, vastgesteld zou worden dat de overige crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld, waarbij niet relevant is of onzeker was of Kats Panelen failliet zou gaan. Deze gedachtegang kan niet als juist worden aanvaard, aangezien aldus voor het slagen van een beroep op de pauliana de wetenschap dat een kans op benadeling bestaat voldoende zou zijn (vgl. HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257).’¹¹⁵

Verschillende schrijvers poogden de negatieve bewoordingen van de Hoge Raad in het arrest Bakker q.q./Katko in positieve bewoordingen te vertalen.¹¹⁶ Van Schilfgaarde meende dat voor het inroepen van de pauliana vereist was ‘dat schuldeiser en schuldenaar wisten of behoorden te weten dat een faillissement dreigde, of in kanstermen: dat er een aanmerkelijke kans was dat een faillissement zou volgen’.¹¹⁷ Wibier was van mening dat uit het arrest volgde dat vereist is ‘de wetenschap van een op handen zijnde insolventie’.¹¹⁸ Ten aanzien van het vernietigen van de verstrekking van zekerheden, schreef Van den Heuvel dat van wetenschap van benadeling slechts sprake kon zijn indien de zekerheidsrechten werden gevestigd in de periode wanneer het faillissement of de betalingsonmacht van de schuldenaar was te verwachten.¹¹⁹ J.J. van Hees ging van de verschillende schrijvers het verst door te menen dat vereist zou zijn dat partijen wisten of behoorden te weten dat een faillissement zou volgen. J.J. van Hees schreef:

‘Om deze redenen ben ik geneigd om ook bij de beantwoording van de tweede deelvraag aan te nemen dat noodzakelijk is dat blijkt dat partijen wisten of behoorden te weten dat de schuldeisers daadwerkelijk minder zouden ontvangen, met andere woorden dat een faillissement (of andere vorm van verhaalsuitoefening) zou volgen.’¹²⁰

any prospect of insolvency of the debtor. It is the insolvency or the possibility of insolvency, which explains what was done, or gives rise to suspicion. Therefore, the challengeability of the transaction may be linked to proof of insolvency at the time of the transaction, or knowledge of the insolvency by the other party, or presumption may arise from the timing of the transaction within a period prior to the opening of an insolvency proceeding.’

¹¹⁵ HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (Bakker q.q./Katko), m.nt. Pvs.

¹¹⁶ Zie voor een uitgebreide inventarisatie van de verschillende standpunten in de literatuur, Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 73-76.

¹¹⁷ Van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 17 november 2000, NJ 2001, 272 (Bakker q.q./Katko).

¹¹⁸ R.M. Wibier, ‘De centrale plaats van de wetenschap in de pauliana’, *WPNR* 2003/6548, p. 732.

¹¹⁹ Zie N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en Voorrang* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 44.

¹²⁰ J.J. van Hees, *De wetenschap van de pauliana*, p. 148.

De negatieve bewoordingen van de Hoge Raad waren m.i.¹²¹ niet in eenduidige, voor alle benadelende rechtshandelingen geldende, positieve bewoordingen te vangen. Zo ook Faber, die meende dat pogingen om de grens tussen wetenschap van daadwerkelijke benadeling en de kans op benadeling scherper te trekken, gedoemd waren te mislukken. Faber ging echter verder door te stellen dat eventuele wetenschap van partijen omtrent het naderende faillissement weliswaar ‘relevant is, maar niet vereist’. Hij stelde dat het enige criterium dat in dit verband relevant was, het criterium van artikel 42 Fw was dat partijen wisten of behoorden te weten dat van de bestreden rechtshandeling benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.¹²²

Ten aanzien van de vereiste wetenschap van benadeling kon dus geconstateerd worden dat hier veel onduidelijkheid over bestond. Het leidende arrest was geruime tijd het arrest HR Bakker q.q./Katko, waarin de Hoge Raad zich slechts in negatieve bewoordingen uitliet. De regel die hieruit volgde was dat het onvoldoende was voor een geslaagd beroep op de pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen, dat er een kans op benadeling bestond. In het recente arrest HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III, heeft de Hoge Raad zich voor het eerst in positieve bewoordingen uitgelaten over de vraag in hoeverre voor de wetenschap van benadeling tevens vereist is dat in zekere mate het faillissement te voorzien moet zijn geweest. De Hoge Raad oordeelde hier als volgt:

‘3.7 Onderdeel 3.1 stelt aan de orde de reikwijdte van het begrip weten of behoren te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van de rechtshandeling zal zijn als bedoeld in art. 42 F. Het onderdeel gaat kennelijk – en terecht – ervan uit dat van wetenschap van benadeling in vorenbedoelde zin sprake is indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte. (...).

3.8 Het hiervoor in 3.7 beschreven uitgangspunt brengt mee dat de faillissementscurator die op de voet van art. 42 F. een rechtshandeling vernietigt in beginsel de bewijslast draagt van feiten en omstandigheden die meebrengen dat het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de schuldenaar en degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte.’

121 Zie in deze zin R.J. de Weijts, ‘Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling’, *WPNR* 2007/6726, p. 848-857.

122 Faber, *Verrekening*, p. 328.

Hoewel de Hoge Raad hiermee nu in positieve bewoordingen heeft aangegeven dat een zekere wetenschap ten aanzien van een naderend faillissement vereist is,¹²³ geeft ook dit arrest nog maar weinig houvast. De Hoge Raad stelt als vereiste dat ‘het faillissement met een *redelijke mate* van waarschijnlijkheid was te voorzien’.¹²⁴ Onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden, welke mate van waarschijnlijkheid *redelijk* is, wordt verder niet aangegeven. Redelijkheid veronderstelt een verhouding tot iets anders, althans dient tegen de achtergrond van een bepaalde context te worden ingevuld. De vraag wat dat andere is, of binnen welke context de redelijkheid op welke manier dient te worden ingevuld, blijft onbeantwoord. Hoewel het oordeel van de Hoge Raad wel enige sturing lijkt te

123 De bewoordingen van de Hoge Raad zijn niet geheel helder en naar alle waarschijnlijkheid onvolledig. Wat in deze paragraaf als subvraag van de meeromvattende vraag naar wetenschap van benadeling wordt beschouwd (waarbij de subvraag de voorzienbaarheid van het faillissement is), krijgt in de bewoordingen van de Hoge Raad te veel gewicht en vervangt zelfs de meeromvattende vraag. De Hoge Raad stelt immers niet slechts dat een zekere mate van voorzienbaarheid van het faillissement vereist is, maar dat ‘indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte’ van wetenschap van benadeling *sprake is*. Indien men dit oordeel letterlijk zou interpreteren, dan wordt de vraag naar de wetenschap van benadeling teruggebracht naar de vraag naar de voorzienbaarheid van het faillissement. Nu zou men nog kunnen oordelen dat de Hoge Raad geen algemeen oordeel heeft willen geven, maar slechts in hoeverre het faillissement voorzien diende te zijn geweest indien het gaat om de handeling van zekerheidsverschaffing (al dan niet enkel voor aanvullend krediet). Een argument daarvoor is dat de Hoge Raad spreekt over ‘de handeling’. Uit r.o. 3.8 blijkt echter duidelijk dat de Hoge Raad wel degelijk een algemeen oordeel heeft willen geven. Dat het oordeel van de Hoge Raad in algemene bewoordingen een einde heeft willen maken aan de in de literatuur gegroeide controverse omtrent de vraag in hoeverre in het algemeen het faillissement voorzien dient te zijn geweest, wordt ook inzichtelijk indien men de noot van Faber bij het derde Hof-arrest inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO leest. Hij schrijft: ‘Een groot deel van het eindarrest van het hof betreft waarderungen van feitelijke aard, waaraan ik hier voorbijga. Het gaat mij om het in het eindarrest door het hof geformuleerde “tweeledige criterium” ter zake van wetenschap van benadeling (zie het eindarrest van 20 februari 2008, r.o. 4, waarop wordt voortgebouwd in r.o. 6, 7, 8, 10, 12 en 13). Het hof overweegt dat tussen partijen niet in debat is en dat ook overigens niet aan twijfel onderhevig is dat de in art. 42 Fw bedoelde wetenschap van benadeling met zich brengt dat partijen niet alleen moeten hebben geweten of behoren te weten dat door de bestreden rechtshandeling het voor de andere schuldeisers van Hendriks Beheer voor verhaal beschikbare vermogen zou verminderen, maar ook dat er een faillissement dreigde en dat er alsdan een tekort zou blijken te bestaan. Of dit “tweeledige criterium” tussen partijen niet in debat was, zoals het hof stelt, kan ik op basis van de mij bekende stukken niet beoordelen, maar het komt mij niet erg waarschijnlijk voor dat partijen zelf van het door het hof geformuleerde “tweeledige criterium” zijn uitgegaan. Wat daarvan echter ook zij, hoe het hof erbij komt dat het genoemde “tweeledige criterium” niet aan twijfel onderhevig zou zijn, is voor mij een raadsel. Die twijfel rijst toch al bij lezing van art. 42 Fw, waarin een dergelijk “tweeledig criterium” niet voorkomt? (...) Het enige criterium dat in dit verband relevant is, is dat van art. 42 Fw: wisten partijen, of behoorden zij te weten, dat van de bestreden rechtshandeling benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Eventuele wetenschap van partijen omtrent het naderende faillissement is weliswaar relevant, maar is niet vereist, noch voldoende om wetenschap van benadeling als hiervoor bedoeld, aanwezig te achten.’ Problematisch aan de letterlijke bewoordingen van de Hoge Raad is dat deze niet alleen duidelijk maken dat (anders dan Faber betoogde) het faillissement van de schuldenaar in zekere mate te voorzien moet zijn geweest, maar dat deze bewoordingen de wetenschap van partijen omtrent het naderende faillissement meteen tot een voldoende voorwaarde verheffen. Zo dient het arrest van de Hoge Raad echter niet gelezen te worden. In een dergelijke lezing zou bij een ruil door de schuldenaar van een Mercedes met een marktwaarde van 30.000 tegen een BMW met een marktwaarde van 30.000, terwijl het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien, bij partijen de wetenschap van benadeling moeten worden aangenomen. Het oordeel van de Hoge Raad dient dan ook niet letterlijk te worden gelezen, maar slechts in die zin dat het een antwoord geeft op de subvraag in hoeverre partijen het faillissement van de schuldenaar moeten hebben voorzien. Het arrest van de Hoge Raad zal hier ook steeds op deze wijze geïnterpreteerd worden.

124 De toevoeging van de Hoge Raad dat niet enkel het faillissement te voorzien moet zijn geweest, maar ook een tekort daarin, wordt verder buiten beschouwing gelaten, omdat faillissementen waarin geen tekort is, zich slechts bij hoge uitzondering voordoen.

geven, blijft de toets in wezen onbepaald en biedt deze dus veel ruimte voor nadere invulling. In § 4.2.1.4 zal uiteengezet worden hoe naar mijn idee bij het bepalen van de wetenschap van benadeling en bij het beoordelen of en wanneer ‘*met een redelijke mate*’ van waarschijnlijkheid het faillissement van de schuldenaar te voorzien was, een onderscheid gemaakt moet worden naar de i) aard van de rechtshandeling en ii) de gevolgen van een geslaagd beroep op de pauliana voor de wederpartij.

4.2.1.3.3 Bewijsvermoedens inzake wetenschap van benadeling

In de gevallen omschreven in artikel 43 Fw wordt de wetenschap van benadeling aan beide zijden vermoed aanwezig te zijn geweest. Artikel 43 Fw voorziet in de omkering van bewijslast in drie categorieën waarbij voor alle gevallen geldt dat het onverplichte rechtshandelingen moet betreffen die binnen een jaar voor het faillissement zijn verricht. Artikel 43 lid 1 sub 1° Fw voorziet in een omkering van de bewijslast voor overeenkomsten waarbij de waarde van de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtreft. Artikel 43 lid 1 sub 2° Fw voorziet in deze omkering voor zekerheidsstelling voor of betalingen van een niet opeisbare schuld. Artikel 43 lid 1 sub 3° tot en met 6° Fw bepaalt ten slotte dat de bewijslast wordt omgekeerd ter zake van rechtshandelingen met bepaalde aan de schuldenaar gerelateerde personen (lid 2 tot en met 5 bevatten daarbij een nadere invulling van wie als gerelateerde personen hebben te gelden). Artikel 43 Fw bevat een bewijsvermoeden. Indien de curator zich met succes op artikel 43 Fw beroept, kan de wederpartij trachten tegenbewijs te leveren.

De achtergrond van de bewijsvermoedens is het verdachte karakter van de rechtshandeling, ofwel vanwege de aard van de rechtshandeling ofwel vanwege de persoon van de wederpartij, mede tegen de achtergrond van het tijdstip waarop de rechtshandeling heeft plaatsgevonden.¹²⁵

Onjuist is, naar ik meen, de opvatting van Van Koppen dat artikel 43 lid 1 sub 2° Fw, dat voorziet in de omkering voor zekerheidsstelling voor of betalingen van een niet opeisbare schuld, ook van toepassing is als de bank vers krediet verstrekt en daarvoor zekerheden verkrijgt.¹²⁶ Artikel 43 lid 1 sub 2° Fw ziet m.i. op reeds bestaande maar nog niet opeisbare schulden waar later onverplicht nog zekerheid voor wordt gegeven.¹²⁷ Eveneens onjuist in dat verband acht ik het arrest van het Hof Leeuwarden inzake Van Dooren q.q./ABN AMRO, waarin het hof kennelijk ook het bewijsvermoeden van toepassing acht indien de zekerheid enkel wordt

¹²⁵ Zie MvT bij artikel 43, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 442 en 443.

¹²⁶ HR 8 juli 2005 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II), m.nt. F.P. van Koppen, *TvI* 2005, 43, p. 196.

¹²⁷ Zie in dezelfde zin kritisch t.a.v. het betoog van Van Koppen, A.J. Verdaas, ‘Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, *TvI* 2005, 43’, *TvI* 2006, 6, p. 36.

verschafft voor nieuw krediet.¹²⁸ Blijkens de parlementaire geschiedenis zien de bewijsvermoedens op rechtshandelingen met een verdacht karakter. Daarvan is bij het verschaffen van zekerheden tegen nieuw krediet geen sprake. De Hoge Raad kwam uiteindelijk in het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO III niet toe aan de vraag of artikel 43 lid 1 sub 2° Fw ook van toepassing is indien enkel zekerheden voor nieuw krediet worden gevestigd. In rechte stond namelijk vast, aldus de Hoge Raad, dat de zekerheden niet alleen voor het nieuwe maar ook voor het oude krediet waren gevestigd. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

‘3.6 De onderdelen 2.2 - 2.5 steunen op de opvatting dat het in art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, F. geregelde wettelijke vermoeden van wetenschap van benadeling niet geldt indien het gaat om rechtshandelingen ter zekerheidstelling voor toekomstige schulden. De bank mist belang bij deze onderdelen nu het hof ervan is uitgegaan dat [A] Beheer zich verplichtte tot het stellen van nieuwe zekerheden voor zowel bestaande als toekomstige schulden. De onderdelen kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.’¹²⁹

De literatuur omtrent de vraag hoe het tegenbewijs tegen een bewijsvermoeden geleverd kan worden en aan welke eisen dit moet voldoen, is zeer beperkt. Zonder hier verder veel aandacht aan te geven, volstaat men in de regel met een algemene opmerking dat het vereiste tegenbewijs moeilijk te leveren is.¹³⁰ Hieronder in § 4.2.1.4 zal verder uitwerking gegeven worden aan de vraag welke eisen aan het te leveren tegenbewijs gesteld dienen te worden in de gevallen waarin een bewijsvermoeden van artikel 43 Fw van toepassing is.

4.2.1.4 Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling

De benadering waarin één voor alle paulianagevallen toepasselijk positief geformuleerd criterium wordt gezocht, creëert een punt in de tijd voorafgaand aan het faillissement waarvoor alles geoorloofd is en waarna benadelende rechtshandelingen pas onder omstandigheden vernietigbaar worden.¹³¹ Deze benaderingen zoeken immers naar een bepaalde toestand van de schuldenaar ten aanzien waarvan gezegd kan worden dat vanaf dat moment duidelijk was dat diens faillissement ‘te

128 Hof Leeuwarden 28 februari 2007, JOR 2008/141. Zie ook de terecht kritische noot van Faber: *‘Alleen bij de (overplichte) zekerheidstelling voor “oud” geld (of voor “toekomstig” geld) is er mijns inziens grond voor het aannemen van het hiervoor bedoelde vermoeden van wetenschap van benadeling. Het Hof Leeuwarden wil van een onderscheid tussen zekerheidstelling voor oud geld respectievelijk nieuw geld niet weten (zie het tussenarrest van 28 februari 2007, r.o. 16 en 17). Het hof legt in dit verband een link tussen de maatschappelijke zorgplicht van de bank en het ook in een geval van zekerheidstelling voor nieuw geld gerechtvaardigd zijn van de toepassing van art. 43 lid 1, aanhef en onder 2°, Fw. Mijns inziens is de betreffende overweging van het hof nogal vergezocht en is de uitkomst ongewenst.’*

129 HR 22 december 2009, LJN: BI8493, Hoge Raad, 08/02255 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

130 Zie Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 106 met verwijzingen.

131 Ik spreek hierbij niet over handelingen die zelfstandig en geheel de insolventie van de schuldenaar veroorzaken, maar over handelingen die de uiteindelijke insolventie van de schuldenaar vergroten. Rechtshandelingen waarbij een schuldenaar zijn gehele actief van de hand doet en met die handeling zijn insolventie bewerkstelligt terwijl de wederpartij dit wist, zullen onder elke benadering de vereiste wetenschap van benadeling opleveren ongeacht de financiële gezondheid van de schuldenaar ten tijde van die handeling.

verwachten was' (Van de Heuvel) of mogelijk zelfs dat betrokkenen 'wisten dat het faillissement zou volgen' (J.J. van Hees). Het creëren van een dergelijk punt in de tijd is mijns inziens ongewenst omdat het onvoldoende recht doet aan het gegeven dat de pauliana in artikel 42 Fw op zeer veel verschillende rechtshandelingen ziet. De verkoop van een goed ver onder de marktwaarde aan een familielid is een geheel ander geval dan een nieuwe financier die geld verstrekt tegen zekerheden in het kader van een serieuze herstructurering. De verschillende gevallen vragen andere beoordelingscriteria.

Het creëren van een punt in de tijd dat voor alle gevallen zou moeten gelden, leidt er verder makkelijk toe dat de lat voor de curator in veel paulianagevallen te hoog wordt gelegd. Een pleidooi om in *bepaalde* gevallen een ruime mogelijkheid van vernietiging toe te staan doordat men niet al te strenge eisen aan de voorzienbaarheid van het faillissement stelt, stuit namelijk op verzet omdat hiermee de mogelijkheden voor het te goeder trouw reorganiseren van ondernemingen in het gedrang zouden komen.¹³² Het argument is dan dat de pauliana slechts in uitzonderingsgevallen moet kunnen worden ingeroepen omdat anders banken die zich te goeder trouw aan een herstructurering zouden wagen, hier in de toekomst wel eens van af zouden kunnen zien. Deze redenering snijdt echter alleen hout wanneer men aanneemt dat voor alle verschillende paulianagevallen in dezelfde mate het faillissement van de schuldenaar voorzien diende te worden.

Bij het nader invullen van de vereiste wetenschap van benadeling dient men zich niet blind te staren op de vraag in hoeverre in abstracto het naderende faillissement van de schuldenaar duidelijk was. De wetenschap van benadeling wordt uiteindelijk ingevuld door zowel de aard en de inhoud van de rechtshandeling als de mate waarin ten tijde van de rechtshandeling het faillissement van de schuldenaar te voorzien was. Door hiermee rekening te houden hanteert men een flexibele benadering. Het leidende argument bij deze flexibele benadering is dat hoe duidelijker is dat een rechtshandeling in geval van faillissement benadelend zal zijn voor de schuldeisers, hoe minder hoge eisen men dient te stellen aan de wetenschap van de wederpartij dat faillissement van de schuldenaar ook daadwerkelijk zal volgen. Het argument werkt ook de andere kant op. Indien minder duidelijk is dat de rechtshandeling in geval van faillissement benadelend zal uitwerken, is in hogere mate vereist dat partijen wisten dat faillissement zou volgen.

In principe¹³³ is dus vereist dat de wederpartij op z'n minst bekend is met tekenen van een naderend faillissement. Wat echter onvoldoende recht doet aan de pauliana is een toets die één punt in tijd creëert waarvoor alles is toegestaan en waarna

132 Zie in deze zin bijvoorbeeld B. Wessels, 'Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering', *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2007, 2, p. 55-78: 'De uitwerking in de praktijk is natuurlijk duidelijk. Hoe ruimer de eis van wetenschap wordt gesteld, des te eerder zullen bonafide wederpartijen terugschrikken behulpzaam te zijn bij het financieel gezond maken van de debiteur.'

133 Zoals hieronder in § 4.2.1.4.6 uiteengezet zal worden dient er een uitzondering gemaakt te worden voor 'over het graf-rechtshandelingen'.

pas benadelende onverplichte rechtshandelingen vernietigbaar worden. Met deze flexibele benadering wordt dan ook, anders dan Van Koppen en Abendroth menen,¹³⁴ niet betoogd dat een enkele bekendheid met tekenen van een naderend faillissement altijd voldoende zal zijn om een benadelende rechtshandeling vernietigbaar te laten zijn. Binnen een meer flexibele benadering past het juist dat rechtshandelingen te identificeren zijn waar lichtere eisen aan de voorzienbaarheid van het faillissement gesteld worden en andere gevallen waarin zwaardere eisen gesteld worden.

In hoeverre de Hoge Raad nu ook een flexibele benadering als hier bepleit aanhangt is niet duidelijk. Hierboven is in § 4.2.1.3 reeds ingegaan op de mate van voorzienbaarheid van het faillissement die de Hoge Raad vergt voor het aannemen van wetenschap van benadeling. In HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III heeft de Hoge Raad geoordeeld dat vereist is dat ‘het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien’. Opvallend is dat de Hoge Raad niet een eenduidig absoluut criterium formuleert, maar veel meer een open criterium door te spreken van een ‘redelijke mate’. Hiervoor is reeds aangegeven dat ‘in redelijke mate’ een verhouding tot iets anders veronderstelt, dan wel een weging van voorzienbaarheid van het faillissement met andere omstandigheden. De Hoge Raad biedt echter geen nadere criteria, zodat een nadere interpretatie en invulling geboden is.

In zijn conclusie voor HR Van Emden q.q./Rabo brengt ook A-G Huydecoper voor de invulling van de wetenschap van benadeling een verband aan tussen de voorzienbaarheid van insolventie enerzijds en de aard van de rechtshandeling en andere omstandigheden anderzijds. Zo stelt hij het volgende:

‘Zoals al even aangestipt, bestaat er enig meningsverschil over de vraag, hoe groot de kans op benadeling van crediteuren moet zijn om een transactie als “paulianeus” te kunnen aanmerken. In het licht van het hiervoor besprokene zal duidelijk zijn hoe ik daarover denk: beslissend is of de transactie er in werkelijkheid toe strekte, crediteuren op onbetamelijke wijze te benadelen (veelal natuurlijk ten voordele van de handelende partijen of één daarvan). Naarmate de kans op een “slechte afloop” groter is (en dat de betrokkenen ook duidelijk moest zijn) is allicht eerder aannemelijk dat wat partijen beoogden, inderdaad onbetamelijke benadeling was en niets méér. Daarbij kan ook de onderlinge relatie van partijen (naast andere omstandigheden) een rol spelen: gaat het bijvoorbeeld om een transactie tussen echtgenoten, waaraan de uitgesproken

134 Anders dan Abendroth (*Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen*, p. 56) en Van Koppen (‘Overzicht van literatuur en tijdschriften over de periode januari-juni 2006’, *TvI* 2006, p. 179) menen, heb ik in mijn eerdere bijdragen (De Weijs, ‘Overwaardearrangementen, de actio pauliana en de verdeling van zure vruchten’, p. 82-88 en ‘Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?’, *WPNR* 2006/6686, p. 761-770) niet willen betogen dat bekendheid met tekenen van een nader faillissement een voldoende voorwaarde zou zijn voor het aannemen van de wetenschap van benadeling, maar slechts dat dit in principe een noodzakelijke voorwaarde is.

bedoeling ten grondslag ligt om verhaal voor één crediteur (de fiscus) te vrijdelen of bemoeilijken, dan lijkt mij aannemelijk dat ook bij een (beduidend) minder dan 100%-ige kans dat de desbetreffende crediteur uiteindelijk geen verhaal zal kunnen vinden, toch de onbetamelijke (lees kennelijk daarmee ook: wetenschap van benadeling, RdW). die volgens mij voor het “paulianus” handelen beslissend is, mag worden aangenomen.’¹³⁵

Ook A-G Strikwerda lijkt in zijn conclusie voor HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III ervan uit te gaan dat afhankelijk van de context de redelijke mate van waarschijnlijkheid¹³⁶ een andere invulling kan krijgen.¹³⁷

Ook Wessels lijkt voor een meer flexibele benadering te kiezen. Hij pleit voor een – zoals hij dit noemt – elastische benadering. Hij omschrijft de door hem voorgestane elastische benadering als volgt:

‘Zelf meen ik dat gezocht moet worden naar een oorzakelijkheidsverband dat loopt via de band van “weten” respectievelijk “behoren te weten” dat benadeling van de rechtshandeling “het gevolg zou zijn”. In deze elastische benadering zullen meerdere gezichtspunten een rol kunnen spelen, waaronder de al dan niet onverbreekelijkheid van de (niet afzonderlijk te beschouwen) rechtshandelingen, de inhoud en de strekking van de gehele transactie gezien als één geheel, de vraag wat uiteindelijk als saldo het gevolg is, alsook wat deze partijen weten en behoorden te weten, mede gemeten hun ervaring en voorkennis, en de tijd die er tussen de verschillende acties (“rechtshandelingen”) verloopt.’¹³⁸

Niet geheel duidelijk is hoe Wessels onder deze benadering de verhouding tussen wetenschap en de andere vereisten onder de pauliana ziet. Met name niet of hij een flexibele interpretatie van wetenschap, causaal verband en gevolgen van rechtshandeling (en mogelijk de uiteindelijke gevolgen van een vernietiging) voorstaat of de flexibele benadering geheel wenst te plaatsen in de wetenschap. Het citaat hierboven lijkt erop te duiden dat Wessels meer algemeen een elastische benade-

135 A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo). Zie verder over de verhouding tussen ‘onbetamelijk gedrag’ en de invulling van de wetenschap van benadeling hieronder § 4.4.

136 Opvallend is dat A-G Strikwerda ‘de redelijke mate van waarschijnlijkheid’ betreft op de gehele wetenschap, en daarmee de vraag stelt of ‘in de omstandigheden van het concrete geval met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat schuldeisers daardoor benadeeld zouden worden’, en de Hoge Raad ‘de redelijke mate van waarschijnlijkheid in HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III slechts betreft op de subvraag naar de faillissementsdreiging’ en de vraag stelt ‘in hoeverre het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien was.’

137 Zie conclusie A-G Strikwerda bij HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III onder 34: ‘Daaruit volgt dat in de **onderhavige context** (vet toegevoegd, RdW) de pauliana reeds kan worden ingezet wanneer met een redelijke mate van waarschijnlijkheid had kunnen worden voorzien dat de reddingsoperatie niet tot succes had kunnen leiden, en niet eerst wanneer de bank beschikte over dwingende aanwijzingen dat de onderneming ondanks de reddingsoperatie zou failleren.’

138 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 35.

ring voorstaat. Het criterium weten of behoren te weten biedt m.i. echter reeds aanzienlijke ruimte om verschillende gevallen te beoordelen en tot een juiste afweging te komen, en de flexibele benadering die ik voorsta ziet dan ook op het criterium van wetenschap van benadeling.

Een element dat ook betrokken dient te worden bij de flexibele benadering is de vraag in hoeverre de toepassing van de pauliana leidt tot nadeel aan de zijde van de wederpartij. De vraag die hierbij bovenal relevant is, is niet of de wederpartij door de vernietiging *sec* nadeel leidt. Indien men zijn positie na vernietiging vergelijkt met zijn positie voor vernietiging zal altijd wel sprake zijn van nadeel. De vraag die bovenal van belang is, is of de wederpartij door het verrichten van de rechtshandeling gevolgd door vernietiging uiteindelijk slechter af is dan wanneer deze het verrichten van de rechtshandeling achterwege had gelaten. De vergelijking die gemaakt dient te worden is dus die tussen de positie van de wederpartij voor het verrichten van de rechtshandeling en diens positie na vernietiging.

In § 4.1.2.2 is reeds uiteengezet dat de pauliana in de regel vermogensneutraal werkt ten aanzien van handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* opleveren. Voor zover de schuldenaar op de valreep nog een enkele schuldeiser voldoet en de curator vernietigt deze voldoening in een opvolgend faillissement, is de wederpartij niet wezenlijk slechter af. Voor zover de voldoening is vernietigd, heeft de wederpartij gewoon nog een concurrente vordering. Hij verkeert dus na vernietiging in dezelfde concurrente positie als waarin hij verkeerd zou hebben indien de handeling achterwege was gelaten. Tevens is in § 4.1.2.2 uiteengezet dat deze vergelijking geheel anders uitpakt in de situatie waarbij de integriteit van het vermogen van de schuldenaar wordt aangetast door een rechtshandeling met een waardeverschil waarbij de wederpartij zelf wel een prestatie levert. Hiervoor is het voorbeeld gegeven van de wederpartij die een auto met een marktwaarde van € 10.000 overgedragen krijgt tegen betaling van € 4.000. In dit geval brengt de werking van artikel 51 lid 3 Fw met zich dat de wederpartij veelal niets van zijn prestatie terugziet.

De omstandigheid dat artikel 42 Fw op een groot aantal gevallen ziet, waarbij in bepaalde gevallen de wederpartij met het sluiten van een mogelijke paulianeuze transactie het risico loopt om uiteindelijk aanzienlijk slechter af te zijn dan zonder het sluiten van deze transactie en in andere gevallen slechts riskeert datgene te moeten retourneren dat hij middels de paulianeuze transactie heeft ontvangen, is een omstandigheid die veelal onderbelicht blijft bij het analyseren van de pauliana. De uitkomst van deze vergelijking bepaalt echter wel het handelen van partijen en verdient ook een rol te spelen bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van wetenschap van benadeling. Meer in het algemeen kan gezegd worden dat het ontbreken van nadelige gevolgen aan de zijde van de wederpartij – indien men zijn positie zonder het verrichten van de gewraakte handeling vergelijkt met diens positie na vernietiging – eerder een ingrijpen rechtvaardigt. In deze gevallen dienen onder omstandigheden dan ook minder hoge eisen aan de wetenschap van benadeling gesteld te worden. Anderzijds, indien de wederpartij aanzienlijk slech-

ter af is, dienen in beginsel hogere eisen aan de wetenschap van benadeling gesteld te worden wil het ingrijpen in de rechtshandeling van de schuldenaar met diens wederpartij gerechtvaardigd zijn.

Verdaas verwerpt een flexibele benadering. Hij stelt het volgende ten aanzien van de in een eerdere publicatie¹³⁹ en hier ontwikkelde flexibele benadering:

‘Ten einde tot gerechtvaardigde uitkomsten te komen, heeft De Weijs gepleit voor een flexibele benadering van het wetenschapsvereiste. Bij het beantwoorden van de vraag of een wederpartij wetenschap heeft van benadeling van schuldeisers zou niet alleen moeten worden gekeken naar (de wetenschap van) de voorzienbaarheid van de insolventie, maar tevens naar de aard van de rechtshandeling. De Weijs’ poging om zo tot meer gerechtvaardigde uitkomsten te komen verdient sympathie, maar is mijns inziens niet de juiste weg. Allereerst biedt zijn oplossing geen uitkomst voor gevallen waarin de bewijslast wordt omgekeerd. Daarnaast vind ik het te gekunsteld, zo niet verwrongen, om het antwoord op de vraag of men wetenschap heeft dat een handeling tot benadeling van schuldeisers leidt, niet alleen te laten afhangen van de voorzienbaarheid van de insolventie, maar tevens van de aard van de rechtshandeling. Dit kan leiden tot de bizarre situatie dat een wederpartij die benadelende rechtshandelingen met een schuldenaar verricht, met betrekking tot één van die rechtshandelingen beschikte over wetenschap van benadeling en met betrekking tot de andere rechtshandeling niet.’¹⁴⁰

Verdaas neemt hier ten eerste een opmerkelijk standpunt in door de wetenschap van benadeling kennelijk geheel gelijk te stellen aan de voorzienbaarheid van insolventie. Verdaas wil de wetenschap van benadeling kennelijk alleen laten afhangen van de voorzienbaarheid van insolventie en de ogen sluiten voor de aard en de inhoud van de rechtshandeling. Hiermee krijgt de hierboven (in § 4.2.1.3.2) als ‘subvraag’ gekwalificeerde vraag naar de voorzienbaarheid van het faillissement (of andere vorm van verhaalsuitoefening) disproportioneel veel gewicht.

Het punt op grond waarvan Verdaas bezwaar maakt tegen de flexibele benadering maakt mijns inziens juist de noodzaak van een flexibele benadering duidelijk. Een materieel insolvente schuldenaar kan zeer wel twee handelingen op dezelfde dag verrichten waarbij één handeling gericht is op continuïteit en de andere handeling alvast anticipeert op een mogelijk faillissement. Beide handelingen kunnen later benadelend uitwerken. Hiermee is niet gezegd dat beide handelingen op dezelfde dag, waarbij de twee verschillende wederpartijen dezelfde kennis hebben van de deplorabele financiële toestand van de schuldenaar, hetzelfde lot moeten delen.

139 De Weijs, *Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling*, p. 848-857.

140 A.J. Verdaas, ‘Verhaalsbenadeling en kredietverlening door banken’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 234.

Neem een vennootschap die vreest voor haar financiële voortbestaan en jegens wie reeds is gedreigd met een verzoek tot faillietverklaring. De vennootschap schakelt een advocaat in (lees: het onverplicht aangaan van een overeenkomst van opdracht) om haar bij te staan en indien nodig verweer te voeren tegen een verzoek tot faillietverklaring. Op diezelfde dag verschaft de vennootschap (zonder overleg met de advocaat) nog zekerheidsrechten voor openstaande vorderingen aan een zustervenootschap 'voor het geval het allemaal toch mis zou gaan'. Indien kort daarna het verzoek tot faillietverklaring en de faillietverklaring zelf volgen, zal geoordeeld kunnen worden dat beide onverplichte rechtshandelingen hebben geleid tot benadeling van schuldeisers. Ook de inschakeling van de advocaat heeft er uiteindelijk slechts toe geleid dat de insolventie vergroot is. Hiermee is echter niet gezegd dat beide handelingen hetzelfde lot delen. Het is mogelijk en zelfs zeer waarschijnlijk dat in een opvolgend faillissement de zekerheidsverschaffing aan de groepsmaatschappij *wel* en de inschakeling en betaling van de advocaat *niet* met de pauliana bestreden kunnen worden. Dit zou ook gelden indien de zekerheidsverschaffing aan de groepsmaatschappij een week voor de inschakeling en de betaling van de advocaat zou hebben plaatsgevonden. Verdaas spreekt echter niet over twee verschillende wederpartijen, maar over één wederpartij die twee rechtshandelingen verricht. Nu is een gevolg van de flexibele benadering inderdaad dat de uitkomst (één handeling wel en de ander niet paulianeus) zich ook kan voordoen bij een en dezelfde wederpartij die op dezelfde dag twee rechtshandelingen verricht. Dit zal het geval zijn indien één handeling gericht is op continuïteit en de ander alvast de gevolgen voor openstaande vorderingen probeert in te perken voor het geval het mis gaat. Ten slotte geeft de flexibele benadering wel degelijk, anders dan Verdaas meent, materiële criteria voor het geval een bewijsvermoeden van toepassing is (zie § 4.2.1.4.1 en § 4.2.1.4.3 hieronder).

Hieronder zal een aantal belangrijke gevaltypen van de pauliana behandeld worden. Bij deze verschillende gevaltypen zal uiteengezet worden in hoeverre de aard van de rechtshandeling meebrengt dat benadeling van schuldeisers voor de hand ligt en in hoeverre tegen deze achtergrond voorzien dient te worden dat de schuldenaar zou failleren wil wetenschap van benadeling aangenomen kunnen worden. Een element dat daarbij betrokken wordt is de vraag in hoeverre de wederpartij slechter af is door het verrichten van de paulianeuze rechtshandeling door zijn situatie voor het verrichten van de rechtshandeling te vergelijken met zijn situatie na de vernietiging ervan. Achtereenvolgens worden de volgende benadelende rechtshandelingen behandeld:

- i) rechtshandelingen die benadelend zijn voor de schuldenaar zelf vanwege een waardeverschil in de prestaties over en weer
- ii) *arm's length sales* benadelend voor schuldeisers
- iii) incongruente voldoeningen
- iv) zekerheden voor 'vers krediet'
- v) herstructureringen
- vi) over het graf-rechtshandelingen

Ten aanzien van deze rechtshandelingen zal steeds aangegeven worden of vereist is dat partijen¹⁴¹ een zekere bekendheid hadden met het naderende faillissement van de schuldenaar en zo ja, of deze wetenschap ‘sterk’ of ‘niet sterk’ dient te zijn. Onder sterke wetenschap wordt dan begrepen dat partijen ‘vrijwel zeker wisten dat een faillissement (of een andere vorm van verhaalsuitoefening) zou volgen’.¹⁴² Gezien het veelal ontbreken van meer specifieke jurisprudentie van de Hoge Raad, hebben de volgende paragrafen ten dele een verkennend karakter. Deze paragrafen kunnen gelezen worden als een poging voor een aantal paulianagevallen een nadere invulling te geven aan het criterium van de Hoge Raad dat met een ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid’ het faillissement van de schuldenaar te voorzien moet zijn geweest.¹⁴³ De volgende paragrafen maken in elk geval duidelijk welke vragen spelen bij verschillende typen van rechtshandelingen en dat elk gevaltype een eigen dynamiek heeft die het m.i. verdient betrokken te worden bij het beantwoorden van de vraag of partijen wetenschap van benadeling hebben.¹⁴⁴ Deze analyse is ook van belang voor de gevallen waarin een bewijsvermoeden van toepassing is. Daar speelt de vraag welk bewijs verwacht mag worden van de wederpartij voor het laten slagen van het tegenbewijs. Is voldoende dat de wederpartij aantoonst dat hij niet vrijwel zeker wist dat een faillissement zou volgen, of moet hij meer stellen en bewijzen?

4.2.1.4.1 Benadeling schuldenaar wegens waardeverschil in prestaties

Klassiek onder de pauliana zijn de gevallen waarbij de schuldenaar een goed verkoopt en levert tegen een prijs lager dan de marktprijs. Een dergelijke rechtshandeling werkt benadelend voor het vermogen van de schuldenaar. Hoewel een overdracht tegen een te lage prijs benadelend is voor de schuldenaar, hoeft dit niet benadelend te zijn voor de schuldeisers. De schuldeisers zullen alleen benadeeld zijn in geval van insolventie van de schuldenaar. Aangezien vernietiging op grond van de pauliana alleen mogelijk is indien partijen weten dat schuldeisers door de rechtshandeling benadeeld zullen worden, is vereist dat partijen ook een bepaalde wetenschap hebben omtrent het naderende faillissement van de schuldenaar.

141 Ik ga ervan uit dat de hier genoemde rechtshandelingen anders dan om niet zijn, althans zo te gelden hebben en dat dus beide partijen de wetenschap van benadeling dienen te hebben.

142 Dit criterium vormt een enigszins afgezwakte variant van het criterium als werd voorgestaan door J.J. van Hees. Van Hees betoogde dat, kennelijk ongeacht de aard en de inhoud van de rechtshandeling, voor alle rechtshandelingen vereist was dat partijen wisten of behoorden te weten dat de schuldeisers daadwerkelijk minder zouden ontvangen, met andere woorden dat een faillissement (of andere vorm van verhaalsuitoefening) zou volgen (zie hierboven § 4.2.1.3). In mijn eerdere publicatie, De Weijs, *Naar een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling*, p. 848-857, hanteerde ik nog als omschrijving van ‘een sterke wetenschap van benadeling’ dat ‘partijen wisten dat een faillissement zou volgen’. In het licht van de bewoordingen van de Hoge Raad in HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III, dat vereist maar ook voldoende is, dat het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien, is de ‘sterke wetenschap’ enigszins afgezwakt, tot het criterium dat partijen ‘vrijwel zeker wisten dat het faillissement zou volgen’.

143 Hierboven is reeds aangegeven dat de toets van de Hoge Raad weinig concrete aanknopingspunten biedt en met name niet aangeeft hoe de vereiste ‘redelijke mate van waarschijnlijk’ dient te worden bepaald.

144 Ik ga hier niet in op de complicatie dat in voorkomende gevallen de wederpartij van de schuldenaar een aan de schuldenaar gerelateerde partij is. Voor rechtshandelingen met bepaalde partijen voorziet artikel 43 Fw in de omkering van de bewijslast als de onverplichte rechtshandeling benadelend is en binnen een jaar voor het faillissement is verricht. De focus is hier op de aard van de rechtshandeling en niet op de persoon van de wederpartij.

De wetenschap van benadeling wordt gevormd door het product van de wetenschap dat de rechtshandeling benadelend is voor schuldeisers in geval van faillissement en de wetenschap van een naderend faillissement van de schuldenaar. Hoe groter de afwijking van de marktprijs, hoe minder zware eisen gesteld zullen hoeven te worden aan de wetenschap van naderende insolventie zelf. Ten aanzien van de rechtshandelingen die een waardediscrepancie vertonen kan daarmee geen eenduidig antwoord worden gegeven in welke mate voor de wederpartij het faillissement van de schuldenaar te voorzien moet zijn geweest. Dit hangt namelijk af van de omvang van de discrepantie. Naarmate de discrepantie groter is, hoeven de tekenen van een naderend faillissement minder sterk te zijn om te kunnen oordelen dat het faillissement met een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' te voorzien was. Bij de verkoop van een goed tegen 10% van de waarde zal de wetenschap van benadeling *bijna* volledig gevonden kunnen worden in het waardeverschil zelf.¹⁴⁵ De discrepantie geeft zelf al aan dat de rechtshandeling verdacht is. Daarenboven geldt dat hoe groter de discrepantie is, hoe minder ingrijpend vernietiging is voor de wederpartij, indien men zijn situatie voor het verrichten van de rechtshandeling vergelijkt met die na vernietiging. Vergelijkte men het geval waarin een wederpartij voor 60% van de marktprijs een goed heeft gekocht met het geval waarin deze een goed voor 10% van de marktprijs heeft gekocht. In beide gevallen loopt de wederpartij het risico voor de waarde van zijn prestatie – de betaalde koopprijs – slechts een concurrente vordering te krijgen. Bij een aanzienlijk verschil in de waarde van de prestaties over en weer is voor de wetenschap van benadeling m.i. dus niet vereist dat de subjectieve bekendheid van partijen met het naderende faillissement van de schuldenaar zo sterk was dat gezegd kan worden dat partijen vrijwel zeker wisten dat een faillissement zou volgen, maar kan men oordelen dat partijen veel sneller geoordeeld kunnen worden met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het faillissement van de schuldenaar te hebben voorzien.

Daarenboven schuilt er een ander element in de vernietiging van de rechtshandeling met een groot waardeverschil, te weten het element van verrijking van de wederpartij ten koste van de gezamenlijke schuldeisers. Van Koppen heeft een scherp onderscheid gemaakt tussen de grondslag van de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen om niet en onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet. De onverplichte rechtshandelingen om niet vormen een uitwerking, zelfs een *lex specialis*, van ongerechtvaardigde verrijking, aldus Van Koppen. De onverplichte rechtshandeling anders dan om niet vormt, volgens Van Koppen, een *lex specialis* van de onrechtmatige daad.¹⁴⁶ M.i. kunnen dergelijk scherpe onder-

145 Bij dit alles zou m.i. wel weer een separate benadering gehanteerd moeten worden voor verkopen waarbij goederen voor afbraakprijzen aan het winkelend publiek worden aangeboden of op een veiling worden aangeboden. In het Nederlandse recht is hier, anders dan bijvoorbeeld in het Amerikaanse recht, geen duidelijk leerstuk omtrent ontwikkeld. Zie over deze gevallen M.J. Herbert, *Understanding Bankruptcy*, New York: Matthew Bender 1995, p. 282-284.

146 F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 11 en 169.

scheidingen binnen de pauliana niet worden gemaakt. Bij een discrepantie van 80% (dus een koop tegen 20% van de marktwaarde) wordt de wederpartij bevoordeeld ten koste van de gezamenlijke schuldeisers. De vernietiging van een dergelijke rechtshandeling wordt m.i. niet enkel verklaard door een onbehoorlijk handelen van de wederpartij,¹⁴⁷ maar ook door het voordeel dat deze anders ten detriente van de gezamenlijke schuldeisers zou genieten.

De zienswijze dat bij een aanzienlijke waardediscrepantie geen sterke wetenschap van het naderende faillissement wordt geleverd, heeft ook gevolgen voor het geval de curator een beroep kan doen op het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 sub 1 Fw. In dat geval zal niet voldoende zijn dat de wederpartij kan aantonen dat hij 'niet vrijwel zeker wist dat een faillissement zou volgen'. Voor onjuist houd ik dan ook het algemene standpunt van Van Dijck dat voor het weerleggen van een bewijsvermoeden voldoende zou zijn dat de wederpartij kan aantonen dat de schuldenaar op het moment van het verrichten van de rechtshandeling nog zijn schulden kon voldoen.¹⁴⁸ Al naar gelang het waardeverschil van de prestaties over en weer groter is, zal de aangesproken wederpartij meer moeten stellen en bewijzen om te slagen in het tegenbewijs. Hier zal echter wel aan voldaan zijn als de wederpartij erin slaagt te bewijzen dat deze niet alleen niet wist dat het faillissement zou volgen, maar ook niet wist of behoorde te weten van financiële problemen aan de zijde van de schuldenaar.

4.2.1.4.2 *Arm's length sales* benadelend voor de schuldeisers

Aanzienlijk gecompliceerder dan de benadeling van schuldeisers door de verkoop tegen een te lage prijs, zijn de gevallen van een verkoop tegen marktwaarde waarbij toch benadeling van de schuldeisers optreedt. Een verkoop tegen marktwaarde kan benadelend zijn voor de gezamenlijke schuldeisers indien de koopprijs per datum faillissement niet meer voor de gezamenlijke schuldeisers beschikbaar is.

Men zou de keuze kunnen maken dat, zolang de wederpartij de marktprijs voldoet en niet via een omweg zelf weer profijt heeft bij de transactie, geen sprake kan zijn van paulianus handelen. Hoewel veel (maar niet voldoende) voor een dergelijke keuze te zeggen is, kan dit niet als geldend Nederlands recht worden beschouwd. Indien de schuldenaar aangeeft dat hij zijn laatste kostbare bezitting wenst te verkopen tegen de marktprijs om vervolgens het geld te verbrassen in een laatste weekend van luxe voordat het faillissement zal worden aangevraagd, kan bij de wederpartij wetenschap van benadeling worden aangenomen.

¹⁴⁷ Zie over de verhouding tussen de pauliana en de onrechtmatige daad nader § 4.4.

¹⁴⁸ G. van Dijck, 'De actio pauliana in Nederland', in: J. Smits en S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 403: 'Hierbij moet echter de kanttekening worden geplaatst dat de aangesproken partij kan volstaan met het aantonen van de omstandigheid dat de debiteur ten tijde van het verrichten van de handeling in staat was zijn schuldeisers te voldoen.'

In de praktijk geeft vooral de verkoop van een onderneming of een belangrijk gedeelte daarvan aanleiding tot zorgen in verband met de pauliana. Immers, zelfs de betaling van een marktconforme prijs garandeert niet dat de schuldeisers niet benadeeld worden. De Serière suggereert dat, om het paulianarisco te beperken, de opbrengst van de verkoop naar een aparte rekening wordt overgemaakt of in *escrow* gegeven wordt.¹⁴⁹ Hij voegt daar meteen aan toe, dat een dergelijke wijze van desinvesteren niet eenvoudig is en ook zeker niet bevorderlijk voor de continuïteit van de verkoper.¹⁵⁰

Bedacht dient te worden dat de wederpartij bij de transactie zelf geen onmiddellijk voordeel heeft. Hij heeft immers de marktprijs betaald. Mocht de transactie als paulianeus hebben te gelden, dan riskeert de wederpartij zijn gehele prestatie te verliezen, omdat hij hiervoor slechts een concurrente vordering krijgt voor zover de boedel niet gebaat is.¹⁵¹ Vooral bij omvangrijke transacties kunnen de gevolgen voor de wederpartij desastreus zijn. Toch is het niet uitgesloten dat de pauliana in deze gevallen succesvol ingeroepen wordt.¹⁵² Verdaas gaat dan ook te ver door te stellen dat van paulianeus handelen geen sprake *kan* zijn als geen sprake is van bevoordeling aan de zijde van de wederpartij.¹⁵³ De pauliana stelt niet de eis dat de wederpartij bevoordeeld is, maar slechts dat van benadeling van schuldeisers sprake is.¹⁵⁴ Van Nielen en Bartels stellen dan ook voorop dat de vereiste benadeling uitgaat van ‘middellijke benadeling’ en zij betrekken vervolgens de discussiepunten opgeworpen door Verdaas bij de vraag of voldaan is aan het vereiste van de wetenschap van benadeling.¹⁵⁵ Ook A. van Hees kritiseert de benadering van

149 V.P.G. de Serière, ‘Enige opmerkingen omtrent financiële herstructurering en (faillissements)pauliana’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid*, Zwolle, 1994, p. 77.

150 De Serière bespreekt de problemen van de verkoop van een (gedeelte van de) onderneming in het kader van herstructureringen. Voor zover de verkoop onderdeel is van een meer omvattende herstructurering, zal deze herstructurering zelf onderwerp kunnen, en m.i. moeten zijn van een paulianaprocedure. Zie over herstructureringen § 4.2.1.4.5 hieronder. Het is uiteraard niet altijd het geval dat de verkoop van een gedeelte van de onderneming onderdeel is van een herstructurering. Het kan ook zijn dat bepaalde activiteiten eenvoudig worden afgestoten.

151 Zie artikel 51 Fw.

152 Ook Hartkamp gaat ervan uit dat er bij de betaling van een normale prijs sprake kan zijn van paulianeus handelen, zij het slechts onder bijzondere omstandigheden, Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 444. ‘*In het algemeen levert verkoop van goederen tegen een normale prijs geen benadeling van crediteuren op (...), doch onder omstandigheden kan dit wel degelijk het geval zijn (...). Steeds zal met de omstandigheden van het geval moeten worden rekening gehouden, waarbij soms verschillende zelfstandige rechtshandelingen als één complex kunnen worden beschouwd.*’ Hartkamp werkt deze bijzondere omstandigheden helaas niet verder uit. Hartkamp verwijst o.a. naar het Montana I-arrest waarbij de wederpartij indirect een voordeel genoot bij de transactie.

153 A.J. Verdaas, ‘Noot bij HR 8 juli 2005, (*Van Dooren q.q./ABN AMRO II*)’, *NTBR* 2006, 8, p. 34: ‘*De koper heeft op de besteding van de koopsom door de schuldenaar geen invloed uitgeoefend. Enige tijd later faillieert de schuldenaar. Zijn curator stelt de koopovereenkomst te kunnen vernietigen omdat de koopovereenkomst in combinatie met de besteding van de koopsom tot een verkorting van de verhaalsmogelijkheden van de (resterende) schuldeisers heeft geleid. Het zou volstrekt onredelijk zijn als de curator in die vernietiging zou slagen.*’ en ‘*Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, TvI 2005, 43*’, *TvI* 2006, 6, p. 35: ‘*Voor vernietiging van een rechtshandeling met een beroep op de pauliana zou mijns inziens dan ook uitsluitend ruimte moeten zijn als de wederpartij van de schuldenaar door het samenstel van de handelingen is bevoordeeld of bevoordeling van derden aan hem kan worden toegerekend.*’

154 Zie in deze zin met een kritische reactie op Verdaas, A. van Hees, ‘*Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II door A.J. Verdaas in NTBR 2006*’, *NTBR* 2006, p. 115.

155 W.J.B. van Nielen en S.E. Bartels, ‘*Kroniek van 5 jaar Insolventierecht*’, *NTBR* 2006, p. 182.

Verdaas als te eenzijdig omdat deze blijft steken in de benadelingsvraag en niet de wetenschapsvraag bij de beoordeling betreft.¹⁵⁶ Van Hees voegt daar aan toe dat in het voorbeeld de benadeling voor de koper ‘zonder meer duidelijk moet zijn geweest’ wil een beroep op de pauliana kunnen slagen.

De pauliana is wel een extreem harde sanctie indien de wederpartij niet bevoordeeld is door de transactie. Bij de verkoop tegen de marktprijs zal op de curator een zware bewijslast rusten. Er zal in elk geval sprake moeten zijn van een sterke wetenschap ten aanzien van het naderende faillissement, wil men tot de conclusie kunnen komen dat het faillissement van de schuldenaar ‘met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien’. In deze gevallen past m.i. dan ook een sterke wetenschap van benadeling, namelijk ‘dat partijen vrijwel zeker wisten of behoorden te weten dat een faillissement zou volgen’. Een dergelijke wetenschap is m.i. echter nog niet voldoende. Tevens moet er een bepaalde wetenschap zijn dat de opbrengst van de verkoop om een of andere reden niet beschikbaar zal zijn voor de schuldeisers, terwijl deze dat anders wel zou zijn geweest. De omstandigheid dat de koopprijs niet aanwezig is, wordt veroorzaakt door een andere handeling of een andere gebeurtenis.¹⁵⁷ De wederpartij dient hier dan ook wetenschap van te hebben. Ook aan deze wetenschap dienen m.i. hoge eisen gesteld te worden. Gesteld en zo nodig bewezen zal moeten worden dat de wederpartij wist dat de opbrengst niet voor de schuldeisers aanwezig zou zijn. Het aannemen van een plicht voor de wederpartij om er actief op toe te zien dat de koopprijs voor de schuldeisers beschikbaar blijft, lijkt mij niet gepast.

Hoewel de pauliana in het algemeen wel als een risico wordt gezien bij omvangrijke transacties waarbij de verkoper vanwege financiële nood activa afstoot, zijn er geen aansprekende gevallen bekend uit de rechtspraak waarbij een derde die een goed voor de marktprijs krijgt overgedragen én deze marktprijs ook daadwerkelijk betaalt later geconfronteerd wordt met een succesvol beroep op de pauliana. Wel zijn er gevallen waarbij een marktconforme koopprijs wordt overeengekomen en waarbij de pauliana slaagt. Dit zijn echter in de regel gevallen waarbij de koopprijs niet daadwerkelijk betaald wordt, maar wordt verrekend of bewust betaald wordt op een rekening met een debetstand waarvoor de koper zich borg had gesteld¹⁵⁸ of doorbetaald wordt aan een schuldeiser jegens wie de wederpartij

156 A. van Hees, ‘Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II door A.J. Verdaas in NTBR 2006’, *NTBR* 2006, p. 114.

157 Indien de schuldeisers benadeeld zijn door een samenstel van handelingen doet de vraag zich voor of de pauliana ingeroepen kan worden indien de rechtshandeling van de schuldenaar met diens wederpartij de benadeling niet direct heeft veroorzaakt, maar deze slechts mogelijk heeft gemaakt. De Hoge Raad heeft voor de vraag in hoeverre verschillende handelingen kunnen worden samengenomen een algemeen criterium geformuleerd. Zie over deze problematiek, hierboven § 4.2.1.2.1.

158 In een geval als het Montana-arrest (HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526) was de moeder de kopende partij bij de gewraakte verkoop en werd de koopprijs betaald op een rekening van de schuldenaar met een debetstand, waarvoor de moeder zich borg had gesteld. Onder dergelijke omstandigheden ligt een ruime benadering van de ‘als eenheid opgevatte rechtshandeling’ voor de hand. Evenzeer ligt het voor de hand aan te nemen dat er in dergelijke gevallen sprake kan zijn van wetenschap van benadeling zonder dat daarvoor vereist is dat partijen wisten dat het faillissement zou volgen. Opvallend is dat de Hoge Raad in het Montana I-arrest niet de borgstelling →

zich borg had gesteld. In deze gevallen profiteert de wederpartij van het tenietgaan van de schuld en past het minder zware eisen te stellen om tot wetenschap van benadeling te komen.

In de gevallen van *arm's length sales* zal dan ook slechts in uitzonderingsgevallen sprake kunnen zijn van paulianeus handelen. Bedacht dient te worden dat de benadeling van de schuldeisers altijd nog een andere handeling of gebeurtenis veronderstelt waardoor de schuldeisers niet kunnen profiteren van de opbrengst. Daarenboven heeft ingrijpen hier zeer harde gevolgen voor de wederpartij. Aan de wetenschap van benadeling dienen dan ook hoge eisen gesteld te worden; zowel aan de wetenschap van het naderende faillissement als de wetenschap dat de opbrengst niet voor de schuldeisers beschikbaar zal zijn. Dit uitgangspunt behoeft niet gevolgd te worden wanneer de wederpartij zelf indirect profiteert van de wijze waarop de schuldenaar de opbrengst aanwendt.

4.2.1.4.3 Incongruente voldoeningen

Een belangrijk gedeelte van de gevallen berecht onder artikel 42 Fw ziet op inbetalinggeving en overdrachten gevolgd door verrekening van de koopprijs.¹⁵⁹ Indien partijen overeenkomen dat de schuldenaar in plaats van een opeisbare schuld te voldoen door betaling van geld een goed overdraagt en daarna met gesloten beurzen uit elkaar gaan, is niet meteen duidelijk of dit een inbetalinggeving is of een overdracht gevolgd door verrekening. Deze gevallen hebben met elkaar gemeen dat een bestaande schuld wordt voldaan, maar dat de rechtshandeling als onverplicht kwalificeert. Deze afwijkende wijzen van voldoening van bestaande verplichtingen noem ik naar Duits voorbeeld incongruente voldoeningen.¹⁶⁰

In de vorige paragraaf zijn de *arm's length sales* behandeld. Dit betrof het geval waarbij de rechtshandeling niet rechtstreeks benadelend was voor de schuldenaar, maar wel, door latere handelingen, voor de schuldeisers. Net als in het geval van de *arm's length sales*, is de rechtshandeling van de incongruente voldoening niet benadelend voor de schuldenaar. Het maakt voor het eigen vermogen van de schuldenaar niet uit of deze een schuld betaalt door het overmaken van een geldbedrag of door het overdragen van een goed met dezelfde waarde. In beide gevallen wordt een bestaande schuld voldaan. Het actief en het passief van de schuldenaar nemen dan met hetzelfde bedrag af.

bij zijn oordeel ten aanzien van de benadeling betreft. Verdaas signaleert dit ook, en onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad, maar wel juist omdat de moeder door het samenstel van handelingen was bevoordeeld ten detrimente van de andere schuldeisers van Montana. Zie hierover A.J. Verdaas, 'Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, TvI 2005, 43', *TvI* 2006, 6, p. 35. Aan de wetenschapsvraag kwam de Hoge Raad uiteindelijk niet toe omdat het verwijzingshof oordeelde dat de verkoop aan de moeder plaatsvond binnen een raamovereenkomst en op grond daarvan verplicht was. De overdracht diende daarom niet aan artikel 42 Fw, maar aan artikel 47 Fw getoetst te worden. In HR Montana II (HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 448) verwierp de Hoge Raad het middel van de curator dat er van een onverplichte rechtshandeling sprake was geweest.

159 Zie voor een overzicht van rechtspraak inzake deze gevallen, Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 42-44.

160 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.2).

Hoewel het onderhavige geval, evenals de *arm's length sales* behandeld in de vorige paragraaf, voor de schuldenaar vermogensneutraal is, zijn er twee belangrijke verschillen met de *arm's length sales*. In het vorige geval vond de benadeling van de schuldeisers uiteindelijk plaats door nog een opvolgende (rechts)handeling, namelijk de handeling waardoor de opbrengst niet meer beschikbaar was voor de schuldeisers. In het onderhavige geval is niet nog een dergelijke opvolgende handeling aan te wijzen en vindt de benadeling van de schuldeisers rechtstreeks plaats. Belangrijker is echter het onderscheid in gevolg. Waar de pauliana in het vorige geval zeer ingrijpende gevolgen heeft voor de wederpartij, is dat geenszins het geval wanneer de pauliana wordt toegepast op gevallen van incongruente voldoening. Dit geldt in elk geval voor zover men de positie van de wederpartij zoals deze was voor het verrichten van de rechtshandeling vergelijkt met zijn positie na het inroepen van de pauliana. Hij leek de dans te ontspringen, maar wordt toch nog in de *concursum* getrokken. De wederpartij dient het door hem verkregene af te staan aan de curator en bevindt zich vervolgens in dezelfde, veelal concurrente, positie als hij zou hebben bekleed indien het verrichten van de paulianeuze rechtshandeling achterwege was gelaten.

Bij de gevallen van incongruente voldoeningen dient er, wil sprake zijn van wetenschap van benadeling, een zekere bekendheid te bestaan met tekenen van een naderend faillissement. De bekendheid hoeft m.i. niet 'sterk' te zijn om te oordelen dat het faillissement van de schuldenaar met 'een *redelijke* mate van waarschijnlijkheid' te voorzien was. Niet vereist is dat de bekendheid van de wederpartij zover ging dat gezegd kan worden dat deze vrijwel zeker wist dat het faillissement van de schuldenaar zou volgen. Hierbij is van belang dat de incongruente voldoening zelf reeds een teken is van financiële problemen aan de zijde van de schuldenaar. Verhelderend werkt hier een blik op het Duitse recht dat categorisch alle incongruente voldoeningen in de maand voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring als *anfechtbar* kwalificeert. Bedacht dient daarbij te worden dat een handeling in meer of mindere mate incongruent kan zijn.¹⁶¹ Naarmate de handeling meer incongruent is, zullen minder zware eisen aan de voorzienbaarheid van de insolventie gesteld hoeven te worden. Ook speelt hier een temporeel aspect. Hoe korter voor de insolventverklaring de incongruente voldoening heeft plaatsgevonden, hoe minder zware eisen gesteld hoeven te worden aan de wetenschap dat insolventverklaring zou volgen.

De onverplichte zekerheidsverstrekking komt in belangrijke mate overeen met de gevallen van incongruente voldoeningen. Bij de zekerheidsvertrekking wordt de schuld echter nog niet voldaan, maar wordt de schuldeiser iets (het zekerheidsrecht) gegeven waardoor deze zich later zal kunnen voldoen. Ook hier heeft de

161 De zienswijze dat er gradaties bestaan in de mate waarin een rechtshandeling incongruent is, is ontleend aan het Duitse recht. Zie H.P. Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, Band 2, München, 2002, p. 569: 'Je geringer die Inkongruenz im Einzelfall ist, desto mehr tritt sie als Beweisanzeichen in ihrer Bedeutung zurück.' Zie hierover uitgebreider hoofdstuk 2 (§ 2.2.2).

schuldeiser wel recht op betaling (al dan niet in de toekomst), maar krijgt hij iets anders dan hetgeen waar hij contractueel aanspraak op kan maken. Artikel 43 lid 1 sub 2° Fw bevat een omkering van de bewijslast ten aanzien van zekerheden die binnen een jaar voor het faillissement onverplicht zijn gevestigd voor een niet opeisbare schuld. Indien de curator een beroep kan doen op dit bewijsvermoeden, kan ook hier de uitgewerkte flexibele benadering toegepast worden om te bepalen welke eisen aan het te leveren tegenbewijs moeten worden gesteld. Ook hier geldt dat niet voldoende is dat de wederpartij kan aantonen dat hij niet vrijwel zeker wist dat een faillissement zou volgen. Hij zal meer moeten stellen en bewijzen. Ook hier geldt dat het tegenbewijs in elk geval zal zijn geleverd als de wederpartij erin slaagt te bewijzen dat deze niet alleen niet vrijwel zeker wist dat het faillissement zou volgen, maar ook niet wist of behoorde te weten van financiële problemen aan de zijde van de schuldenaar.

4.2.1.4.4 Nieuwe zekerheden voor vers krediet

Het vierde geval dat besproken wordt betreft zekerheden voor vers krediet. Het geval vormt sterke verwantschap met het volgende geval van herstructureringen (§ 4.2.1.4.5), in welk kader ook regelmatig nieuwe zekerheden tegen nieuw krediet worden verstrekt. Het geval van herstructureringen ziet echter op de fase waarin het voor alle betrokkenen duidelijk is dat het voortbestaan van de rechtspersoon op het spel staat en er dringend gereorganiseerd moet worden en hier pogingen toe ondernomen worden. Het onderhavige geval betreft de financiering buiten een dergelijke poging tot reorganisatie en herstructurering. Erkend wordt dat de gevallen niet altijd eenduidig van elkaar te scheiden zijn.

Het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II¹⁶² maakt duidelijk dat de Hoge Raad een strikte interpretatie van het criterium ‘benadeling’ voorstaat. Het verstrekken van zekerheden door een schuldenaar aan de bank leidt in faillissement van de schuldenaar in principe tot benadeling van de schuldeisers, tenzij de bank de zekerheden niet hoeft aan te spreken. Een gevolg hiervan is dat alle aandacht gericht is op de vraag wanneer de bank bij het verstrekken van krediet tegen het verkrijgen van zekerheden wetenschap van benadeling heeft.

Hierboven is reeds kort de kritiek van Verdaas op het arrest weergegeven.¹⁶³ Hij stelt, kort gezegd, dat de benadeling in het geval terecht in Van Dooren q.q./ABN AMRO II niet door de krediet- en zekerheidsverstrekking is veroorzaakt, maar door de daaropvolgende betalingen verricht door de schuldenaar. Verdaas meent daarbij dat de Hoge Raad ten onrechte en zonder motivering de zekerheidsverstrekking tegen het nieuwe krediet en de daaropvolgende aanwending door de schuldenaar als één benadelende rechtshandeling kwalificeert.¹⁶⁴ Volgens Verdaas bestaat

¹⁶² HR 5 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

¹⁶³ Zie § 4.2.1.2.4.

¹⁶⁴ Zie A.J. Verdaas, ‘Noot bij HR 8 juli 2005, (Van Dooren q.q./ABN AMRO II)’, *NTBR* 2006, 8, p. 30 e.v.

‘onvoldoende connexiteit’ tussen deze handelingen, en dient in het algemeen alleen ruimte te zijn voor vernietiging op grond van de pauliana indien de wederpartij door de gewraakte handeling bevoordeeld is of de bevoordeling van derden aan hem kan worden ‘toegerekend’. In de onderbouwing van zijn betoog stelt Verdaas zich echter nog op een enigszins andersluidend standpunt. Hij stelt:

*‘Het ten laste van een wederpartij van een schuldenaar ongedaan maken van benadeling van diens (andere) schuldeisers is mijns inziens uitsluitend gerechtvaardigd als die wederpartij in de benadeling de hand heeft gehad.’*¹⁶⁵

Nu kan men wel ‘ergens de hand in hebben’, zonder dat men voordeel van een bepaalde handeling heeft. Zoals in de vorige paragraaf ten aanzien van *arm’s length sales* reeds is gememoreerd, is het bestaan van voordeel aan de zijde van de wederpartij geen vereiste voor het invoeren van de pauliana.

Een aanhoudende onduidelijkheid in de arresten Van Dooren q.q./ABN AMRO I, II en III is in hoeverre daadwerkelijk een verhoging van het krediet had plaatsgevonden. Verdaas spreekt van ‘vers krediet’¹⁶⁶ terwijl onduidelijk is in hoeverre daar in het geval van Van Dooren q.q./ABN AMRO sprake van was en voor welke vorderingen nu precies de zekerheden waren gevestigd.¹⁶⁷ Indien een bank voor

165 A.J. Verdaas, ‘Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, TvI 2005, 43’, *TvI* 2006, 6, p. 35.

166 De feiten zijn te kennen uit Van Dooren q.q./ABN AMRO I. Achtereenvolgens vond het volgende plaats. In augustus 1993 raakt de bank bekend met de liquiditeitsproblemen van de groep. Na overleg verhoogt de bank op 5 november 1993 de bestaande kredietlimiet van HFL 8 miljoen met HFL 1 miljoen tot HFL 9 miljoen. Op 5 november bedroeg de debetstand van Hendriks echter reeds HFL 8,7 miljoen. Ook op 5 november 1993 werd de bank aanvullende zekerheden toegezegd. Op 11 november kreeg de notaris opdracht om de betreffende aktes op te stellen en te doen verlijden. Uiteindelijk werden de aktes op 3 december verleden en op 6 december 1993 ingeschreven. Op 6 december bedroeg de debetstand nog ‘maar’ HFL 8,37 miljoen dus minder dan op 5 november. Op 8 december is vervolgens surseance aangevraagd waarna op 13 december omzetting in faillissement volgde. Van Koppen (*TvI* 2005, p. 195) laat deze omstandigheid geheel onbesproken. Hoewel deze omstandigheid voor het beantwoorden van de benadelingsvraag niet of nauwelijks relevant zal zijn, is zij dat wel voor de wetenschap van benadeling. Verdaas ecarteert deze omstandigheid en stelt, m.i. op onjuiste gronden, want in strijd met HR Van Dooren q.q./ABN AMRO I sub 3.1 (*TvI* 2006, p. 33): ‘De vraag of de zekerheidsverlening heeft geleid tot benadeling omdat tevens zekerheid wordt verleend voor ‘oude schulden’ speelt in het arrest niet.’ Hooguit kan gezegd worden dat de omstandigheid in het arrest niet een rol speelt bij het beantwoorden van de benadelingsvraag. Dat de onduidelijkheid zich tegen de bank keert, blijkt ook uit de weigering van de Hoge Raad een principeoordeel te geven over de vraag of het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw van toepassing is. De Hoge Raad overweegt immers (HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III), r.o. 3.6): ‘De bank mist belang bij deze onderdelen nu het hof ervan is uitgegaan dat [A] Beheer zich verplichtte tot het stellen van nieuwe zekerheden voor zowel bestaande als toekomstige schulden. De onderdelen kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.’

167 Deze onduidelijkheid blijft ook na het wijzen van het slotarrest HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III bestaan. De Hoge Raad oordeelde als volgt ten aanzien van een middel dat betoogde dat de zekerheden enkel voor nieuw krediet waren gevestigd (HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III), r.o. 3.6): ‘De onderdelen 2 en 2.1 bestrijden tevergeefs het oordeel van het hof (in rov. 15 van het tussenarrest) dat [A] Beheer zich blijkens de conditiebrief verplichtte tot het stellen van nieuwe zekerheden voor zowel bestaande als toekomstige schulden. Anders dan de bank in deze onderdelen klaagt, kan aan het hof niet worden verweten dat het met dit oordeel, ten onrechte althans zonder toereikende redengeving, is teruggekomen van een door het gerechtshof te ‘s-Hertogenbosch in zijn arrest van 18 juni 1998 gegeven andersluidende eindbeslissing. Of het gerechtshof te ‘s-Hertogenbosch inderdaad een andersluidende eindbeslissing heeft gegeven kan in het midden blijven. Het bestreden oordeel van het hof strookt immers met het, destijds in cassatie niet bestreden, oordeel van het gerechtshof te Arnhem in zijn tussenarrest van 23 juli 2002 (rov. 3.2 en 3.4) dat de in de conditiebrief opgenomen verplichting van [A] Beheer strekte tot het vestigen van hypotheekrechten tot zekerheid van het gehele →

oude schulden zekerheid wenst en tegelijkertijd tevens (daadwerkelijk) nieuw krediet wenst te verstrekken, dan doet de bank er goed aan de te verkrijgen zekerheden in tweeën te knippen. Met een beroep op artikel 26 (voormalig artikel 20) Algemene Bankvoorwaarden¹⁶⁸ zal zij voor het oude verstrekte krediet zekerheden kunnen bedingen, welke dan nog slechts op grond van artikel 47 Fw aantastbaar zijn.¹⁶⁹ Voor het nieuwe krediet zal zij dan een tweede zekerheidsrecht vestigen. De beoordeling van de vestiging van het tweede zekerheidsrecht wordt dan ook niet vertroebeld door de vraag in hoeverre het zekerheidsrecht ook tot zekerheid voor oud krediet strekt. Als men nu de casus neemt waarbij een bank zonder opstaande ongedekte vorderingen nieuw krediet verschaft tegen nieuwe zekerheden, blijft de vraag hoe de wetenschap van benadeling ingevuld moet worden wil deze voldoende zijn voor het invoeren van de pauliana.

Een succesvolle pauliana-actie heeft hier zeer ingrijpende gevolgen voor de bank. Men dient hier de situatie van de bank zonder de paulianeuze transactie te vergelijken met de situatie zoals deze is na het invoeren van de pauliana. De bank verstrekt geld tegen zekerheid. Zij stopt dus iets in de onderneming van de schuldenaar waartegenover zij zekerheidsrechten verkrijgt. Indien men de situatie van de bank voor en na de paulianeuze transactie vergelijkt, pakt deze zeer negatief uit voor de bank. Zij zal in de regel haar volledige prestatie kwijt zijn.

Ik meen dat de kritiek van Verdaas wel een pijnpunt blootlegt, maar onjuist is ingepast in het Nederlandse recht. De oplossing dient niet gevonden te worden in de benadeling, en het benadelingsvereiste. De oplossing dient gevonden te worden in de invulling van de wetenschap van benadeling.¹⁷⁰ Een aantal omstandigheden rechtvaardigt dat hier zware eisen aan de wetenschap van benadeling worden gesteld, welke dan voornamelijk betrekking hebben op de voorzienbaarheid van een faillissement van de schuldenaar.

In de eerste plaats kan genoemd worden de omstandigheid dat sprake is van een *arm's length* transactie die op zich niet meteen voordeel voor de bank oplevert buiten de gebruikelijke marktvergoeding van rente. Anders dan het geval is bij rechtshandelingen met een discrepantie tussen de waarde van de prestaties over en weer en de rechtshandelingen die een incongruente voldoening vormen, is er op zich niets verdachts of ongewoons aan het verstrekken van krediet tegen het verkrijgen van zekerheden. Ten tweede kan de omstandigheid genoemd worden dat de benadeling middellijk plaatsvindt. Na het enkel verstrekken van het krediet en het ves-

krediet in rekening-courant van negen miljoen gulden, derhalve met inbegrip van het oude krediet van acht miljoen gulden.

168 Zie uitgebreider § 4.2.3.2.1.

169 Zie echter voor een beperkte, m.i. onjuiste, interpretatie van artikel 20 ABV, Rechtbank Rotterdam 19 juli 2006 en 1 oktober 2008, *JOR* 2009/115. Zie hierboven § 4.2.3.2.1.

170 Zie voor een kritiek op Verdaas langs deze lijn W.J.B. van Nielen en S.E. Bartels, 'Kroniek van 5 jaar Insolventierecht', *NTBR* 2006, p. 182 en A. van Hees, 'Reactie op de bespreking van Van Dooren q.q./ABN AMRO II door A.J. Verdaas in *NTBR* 2006', *NTBR* 2006, p. 115.

tigen van het zekerheidsrecht, is van benadeling nog geen sprake. Eerst moet het krediet nog aangewend worden om bepaalde schuldeisers te voldoen. In de derde plaats geldt dat het toepassen van de pauliana in deze gevallen tot zeer ingrijpende gevolgen voor de bank leidt. Deze verliest zijn zekerheidsrecht en behoudt slechts een concurrente vordering voor het bedrag dat hij aan de schuldenaar als krediet heeft verstrekt; veelal een waardeloze vordering dus.

Deze drie omstandigheden brengen m.i. met zich dat er zeer duidelijke tekenen van een naderend faillissement dienen te zijn. M.i. is er slechts ruimte voor vernietiging indien de bank vrijwel zeker wist of behoorde te weten dat een faillissement zou volgen. Slechts onder deze omstandigheid kan men oordelen dat het gerechtvaardigd is om de pauliana toe te passen. Ik meen dan ook dat het criterium zoals voorgestaan door Van den Heuvel te ruim is. Ten aanzien van het vernietigen van de verstrekking van zekerheden, schrijft Van den Heuvel dat van wetenschap van benadeling slechts sprake kan zijn indien de zekerheidsrechten worden gevestigd in de periode wanneer het faillissement of de betalingsonmacht van de schuldenaar is 'te verwachten'.¹⁷¹

Nog los van de precieze invulling van de mate waarin het faillissement van de schuldenaar voor de bank (en de schuldenaar) te voorzien moet zijn geweest, rust er volgens de Hoge Raad in HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III een onderzoeksplicht op de bank naar de financiële toestand van de schuldenaar. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

'3.10. Voorts klaagt onderdeel 3.2 dat het hof in de rov. 17 en 23 van zijn tussenarrest en in de rov. 10, 12 en 13 van zijn eindarrest te zware eisen heeft gesteld aan de in dit verband op de bank rustende onderzoeksplicht, en ten onrechte heeft geoordeeld dat, als in de gegeven omstandigheden een onderzoek niet mogelijk is, de maatstaf voor wetenschap van benadeling inhoudt dat de financierende bank en de schuldenaar er niet aan behoefden te twijfelen dat een faillissement zou uitblijven.

*Het hof heeft in rov. 17 van zijn tussenarrest overwogen dat banken voorafgaande aan aanvullende kredietverlening aan noodlijdende bedrijven tegen het stellen van nieuwe zekerheden, een naar gelang van de omstandigheden toereikend onderzoek moeten doen teneinde vast te stellen of die kredietverlening verantwoord is. Dit uitgangspunt getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof hiermee slechts tot uitdrukking heeft gebracht dat een bank die op verzoek van een in financiële problemen verkerende onderneming overweegt (aanvullend) krediet tegen zekerheid te verschaffen, de beschikbare financiële gegevens dient te analyseren met het oog op de vraag of een faillissement en een tekort daarin, en derhalve benadeling van de schuldeisers, met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien. De hiertegen gerichte klacht faalt derhalve.'*¹⁷²

171 Zie N.W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en Voorrang*, p. 44.

172 HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

De bank kan dus niet het hoofd in het zand steken en er dan van uitgaan dat zij tegen een latere curator zal kunnen volstaan te stellen dat zij niet wist dat de situatie van de schuldenaar dermate slecht was dat het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien was.

De voorgestelde invulling van de vereiste ‘redelijke mate van waarschijnlijkheid dat het faillissement was te voorzien’, namelijk dat er ruimte is voor vernietiging indien de bank vrijwel zeker wist of behoorde te weten dat een faillissement zou volgen, gaat minder ver dan de eis die Verdaas kennelijk wil stellen; dat er voor vernietiging slechts ruimte is indien de wederpartij door de handeling bevoordeeld is of de bevoordeling van derden aan hem kan worden toegerekend. Wel doet dit m.i. voldoende recht aan het eerdere argument van Verdaas dat vernietiging in deze gevallen slechts gerechtvaardigd is als die wederpartij de hand heeft gehad in de benadeling. Een bank die vrijwel zeker weet of behoort te weten dat een faillissement zal volgen en onder die omstandigheden nieuw krediet verschaft tegenover het verkrijgen van zekerheden, kan gezegd ‘de hand in de benadeling hebben gehad’.

4.2.1.4.5 Herstructureringen

Een onderneming in zwaar weer met aanhoudende verliezen, zal in de regel de mogelijkheden bezien om haar activiteiten weer winstgevend te maken. Herstructureringen bestaan veelal uit tal van maatregelen, waarbij verkopen en nieuwe aankopen plaatsvinden, nieuwe financieringsovereenkomsten worden gesloten en nieuwe zekerheidsrechten worden bedongen. Deze herstructureringen zijn in de regel kostbaar. Niet alleen dienen adviseurs zoals advocaten en consultants betaald te worden, maar vaak zijn er ook aanzienlijke eenmalige kosten in de vorm van vertrekregelingen voor personeel en mogelijk contractuele boetes bij het beëindigen van contracten. Niet alleen zijn herstructureringen kostbaar, ook vinden ze veelal plaats op een moment dat de onderneming er slecht voor staat. Veelal worden bij een herstructurering nieuwe zekerheden verschaft voor nieuwe of aangepaste financieringen. Herstructureringen vertonen daarmee het beeld waarbij meerdere rechtshandelingen verricht worden die, *indien* faillissement volgt, benadelend zijn, én er tevens duidelijke signalen zijn dat het zeer wel mogelijk slecht kan aflopen met de onderneming indien de herstructurering niet slaagt.

A. van Hees stelt het volgende ten aanzien van deze problematiek:

‘Vertaald naar het hiervoor gegeven voorbeeld, zal naar ik meen, geen wetenschap van benadeling mogen worden aangenomen zolang als redelijkerwijze rekening gehouden kan worden met het op de ene of andere wijze weer financieel gezond worden van de schuldenaar.’¹⁷³

173 A. van Hees, *Voorwaarden voor het instellen van de pauliana*, p. 9.

De Serière geeft een meer uitgebreide analyse van de paulianarisco's bij herstructureringen. Hij komt tot de conclusie dat ook indien de kredietverschaffers weten dat door het verlangen van additionele zekerheden de verhaalsmogelijkheden voor de concurrente crediteuren aanzienlijk minder worden, dit nog niet de vereiste wetenschap van benadeling oplevert. Wel zullen er volgens hem 'gegronde redenen moeten zijn voor de bank om aan te nemen dat de financiële toestand van de debiteur zal verbeteren'.¹⁷⁴ Ook Abendroth meent dat het antwoord op de vraag of zekerheden verstrekt in het kader van een herstructurering staat of valt met de vraag of er – kort gezegd – een realistisch plan is.

*'De banken plegen in dergelijke gevallen om een doortimmerd business plan en bijbehorend financieringsplan te vragen ter onderbouwing van de gestelde (her)financieringsbehoefte. De banken zullen dat op haalbaarheid willen beoordelen –en bedienen zich daarbij regelmatig ook van externe adviseurs –, omdat zij immers de eersten zijn die door extra of doorgaande kredietverschaffing risico lopen. (...) Zolang de banken maar zorgen dat de beslissing om door te financieren zorgvuldig en dus niet lichtvaardig wordt genomen, kan het voor hen eigenlijk niet mis gaan. De bank die tegen zakelijke zekerheid geld steekt in een bij voorbaat kansloos reddingsplan, zit dus gewoon met zijn vingers tussen de deur.'*¹⁷⁵

Bij herstructureringen treedt in de benadering van Abendroth en Van Hees een perspectiefwisseling op bij de invulling van de wetenschap van benadeling en dan met name ten aanzien van de vraag in hoeverre het faillissement voorzien kon worden. De vraag verandert van in hoeverre het faillissement kon worden verwacht, naar de vraag in hoeverre er reële kansen zijn dat het faillissement kan worden afgewend.

De benadering waarbij een perspectiefwisseling plaatsvindt van kijken naar de voorzienbaarheid van insolventie naar het bezien naar de kansen op het vermijden ervan, wordt ook gevolgd door A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR Van Emden q.q./Rabo. Hij schrijft:

*'Suggereren de omstandigheden daarentegen dat partijen een bonafide "reddingspoging" voor ogen stond, dan hoeft slechts bij in het oog springende onaannemelijkheid van het reddingsplan te worden gedacht aan een minder betamelijke opzet (van partijen).'*¹⁷⁶

174 Zie uitgebreid De Serière, *Enige opmerkingen omtrent financiële herstructurering en (faillissements)pauliana*, p. 79.

175 Abendroth, *Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen*, p. 56.

176 Conclusie Huydecoper voor HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo). In een voetnoot kwalificeert Huydecoper nog het door hem gebezigde woord opzet. *'Het door mij hier gebruikte woord "opzet" kan verkeerd worden begrepen. Het is niet nodig dat partijen het er opzettelijk op toe leggen, crediteuren te benadelen. Het is voldoende dat zij handelen met de (geobjectieerde) wetenschap dat hun handelwijze tot benadeling van crediteuren strekt.'* Hier vult Huydecoper het begrip opzet in door te verwijzen naar 'wetenschap' en zou de wetenschap voldoende zijn om opzet aan te kunnen nemen. Elders hanteert Huydecoper →

Huydecoper lijkt te veronderstellen dat de partijen iets hebben uit te leggen, met name of er een bonafide reddingspoging was. Indien de omstandigheden dit suggereren, dan zal in de visie van Huydecoper waarschijnlijk een zware bewijslast op de curator rusten, namelijk dat hij aantoont dat de onaannemelijkheid in het oog springt. Zolang maar aannemelijk is dat de reddingspoging bonafide is, mogen partijen aanzienlijke risico's nemen indien de door Huydecoper uitgezette lijn gevolgd zou worden.

Ook de Hoge Raad volgde deze benadering met een perspectiefwisseling in het arrest HR Muurmans q.q./Lückers.¹⁷⁷ In het hoger beroep had het hof overwogen dat niet was voldaan aan de door art. 42 Fw gestelde eis van wetenschap van benadeling van de schuldeisers, nu niet was komen vast te staan dat schuldenaar en wederpartij 'hadden kunnen voorzien, dat de door hen beoogde reddingsoperatie op het moment, dat de meergenoemde afspraken zouden zijn gemaakt, reeds niet meer tot succes kon leiden'. De Hoge Raad sanctioneerde het oordeel van het hof.¹⁷⁸

De Hoge Raad lijkt echter toch een stap terug te zetten in het arrest HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III. De Hoge Raad oordeelt uiteindelijk als volgt over de aan te leggen maatstaf bij zekerheden voor nieuw krediet bij schuldenaren in zwaar weer:

'3.9. Onderdeel 3.2 betoogt in de eerste plaats dat in een geval als het onderhavige, dat zich kenmerkt door de (onverplichte toezegging tot) zekerheidstelling als dekking voor aanvullende bancaire kredietverlening aan een in problemen verkerende onderneming, de vereiste redelijke mate van waarschijnlijkheid slechts valt aan te nemen indien en voor zover de bank ten tijde van de

echter juist weer het begrip opzet om de wetenschap in te vullen. Huydecoper meent dat het verbindende argument tussen wetenschap en benadeling door het element van onbetamelijkheid wordt gevormd. Hij stelt daartoe uiteindelijk zelfs dat het er om moet gaan dat 'het doel' van de handeling de benadeling moet zijn. Huydecoper: *'Daarvan is sprake bij het aangaan van rechtshandelingen waarvan men weet dat die (andere) crediteuren zullen benadelen, maar alleen wanneer dat inderdaad het doel is dat de betrokkenen op het oog hebben (te weten: benadeling, meestal natuurlijk: tot eigen voordeel, van crediteuren).'*

¹⁷⁷ HR 12 november 1999, JOR 2000/86.

¹⁷⁸ Hoewel erg verweven met de feiten, is het arrest HR Van Emden q.q./Rabo (HR 2 februari 2007, JOR 2007/102) in dit verband ook een interessant, zij het enigszins merkwaardig, arrest. In cassatie betoogt de curator onder meer dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat er geen sprake is geweest van benadeling. De Hoge Raad verwerpt dit middel door te overwegen dat de curator hier geen belang bij heeft nu reeds het middel dat het hof ten onrechte had geoordeeld dat de bank geen wetenschap van benadeling had, was verworpen. De Hoge Raad meent kennelijk dat het hof op goede gronden heeft kunnen aannemen dat een dergelijke wetenschap niet bestond. De overweging van de Hoge Raad zijn m.i. echter onvoldoende voor dit oordeel. De argumenten die de Hoge Raad aandraagt geven maar zeer beperkt inzicht in de vraag in hoeverre partijen wel of geen wetenschap van benadeling hadden. Met name het argument (r.o. 3.4) dat de schuldenaar CBS bij de herstructurering 'een in de kern gezonde onderneming verkreeg en dat een en ander daarom niet tot benadeling van de crediteuren van CBS zou leiden' is niet sluitend. De vraag of de eigen onderneming gezond is, ook wanneer deze bij een herstructurering verkregen wordt, zegt weinig over de vraag of de herstructurering als geheel succesvol zal zijn. Indien de herstructurering als geheel gedoemd is te mislukken, dan kan de te verkrijgen onderneming wel gezond zijn, maar daarmee is geenszins gezegd dat de herstructurering als geheel en het toetreden tot financieringsovereenkomsten in dat verband niet voorzienbaar tot benadeling zal leiden. Zie over de vele onduidelijkheden in de procedure ook de conclusie van A-G Huydecoper.

aanvullende kredietverlening beschikt over (voldoende) dwingende aanwijzingen dat de onderneming desondanks zal failleren, althans dat zij redelijkerwijs niet meer mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn. Dit betoog is echter onjuist omdat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de hiervoor in 3.7 vermelde¹⁷⁹ (en door de onderdelen 3.1 en 3.2 met juistheid tot uitgangspunt genomen) maatstaf voor wetenschap van benadeling, welke maatstaf evenzeer geldt bij kredietverschaffing tegen zekerheid aan noodlijdende ondernemingen.’

De Hoge Raad verwerpt in één zin twee verschillende toetsen, die in het cassatiemiddel waren voorgesteld. De Hoge Raad oordeelt dat onjuist is zowel de toets i) dat ‘de vereiste redelijke mate van waarschijnlijkheid slechts valt aan te nemen indien en voor zover de bank ten tijde van de aanvullende kredietverlening beschikt over (voldoende) dwingende aanwijzingen dat de onderneming desondanks zal failleren’ als de toets ii) dat de bank ‘redelijkerwijs niet meer mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn’. Het eerste onderdeel is reeds risico-avers.¹⁸⁰ Het tweede onderdeel gaat echter verder en m.i. te ver. De Hoge Raad zegt hier eigenlijk dat ook wanneer de bank redelijkerwijs wél mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn, de bank toch licht kan handelen met de vereiste wetenschap van benadeling. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat de bank ook wanneer zij ‘redelijkerwijs mocht aannemen dat continuering van de onderneming mogelijk zou zijn’, voor haar het faillissement van de schuldenaar tegelijkertijd met een redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorzien kan zijn geweest. De Hoge Raad stelt hier dus in wezen als toets dat er bij herstructurerings geen daadwerkelijke risico’s genomen mogen worden, op straffe van paulianus handelen.

De invulling die de Hoge Raad hier bij de toetsing van herstructurerings lijkt te geven aan het eigen geformuleerde criterium, ‘dat het faillissement met een redelijke mate waarschijnlijkheid te voorzien’ moet zijn geweest, is m.i. ongelukkig.

¹⁷⁹ Hierboven weergegeven in § 4.2.1.3.2.

¹⁸⁰ Mogelijk heeft de Hoge Raad zich laten leiden door de toelichting van de commissie bij het Voorontwerp. De commissie noemt herstructurerings als een geval dat volgens haar weliswaar binnen het toepassingsgebied van artikel 3.2.5 VO valt, maar niet aan de norm van artikel 3.2.5 VO voldoet (Toelichting Voorontwerp, p. 223). ‘*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. Ingeval van een – op zichzelf als onverplicht aan te merken – aanvullende financiering met bijbehorende additionele zekerheden, moet die getoetst worden aan artikel 3.2.3. De onderhavige pauliana komt pas in beeld als de reddingsactie niet slaagt en een insolventverklaring volgt. Blijkt nu de financier te optimistisch te zijn geweest en bij de reddingsactie de insolventverklaring redelijkerwijze niet te hebben kunnen voorzien, dan hoeft hij niet bang te zijn voor een succesvolle actie door de bewindvoerder. Bovendien zal er in dergelijke gevallen van een benadeling van schuldeisers geen sprake zijn, indien er een proportionaliteit is en de aanvullende zekerheden niet dienen om een onderdekking voor de reeds bestaande financiering weg te nemen of een feitelijk overstand van het bestaande krediet slechts op papier wordt gesanctioneerd zonder terbeschikkingstelling van nieuw krediet.*’ Zie voor uitgebreide kritiek op deze passage en artikel 3.2.5 VO meer algemeen, hieronder § 4.2.4. Opmerking verdient hier reeds dat de opmerking dat er van benadeling geen sprake is indien er nieuw krediet wordt verschaft, haaks staat op de rechtspraak van de Hoge Raad. Zonder deze loze, geruuststellende toevoeging van de commissie over de benadeling, ontstaat toch een m.i. alarmerend beeld.

De invulling die de Hoge Raad geeft als toets voor herstructurerings, is in elk geval een geheel andere toets dan voorgestaan door A-G Huydecoper. Waar A-G Huydecoper de vraag naar de mogelijkheden van succes centraal stelt (wetenschap ‘*slechts bij in het oog springende onaannemelijkheid van het reddingsplan*’), ziet de Hoge Raad de wereld door een sombere bril, en stelt de mogelijkheden van mislukken centraal bij de beoordeling.

De toets die in het Duitse recht wordt aangelegd lijkt gepaster te zijn. Om (onderdelen van) een mislukte herstructurering buiten het bereik van de Insolvenzanfechtung te houden, is daar van belang dat een reorganisatieplan is opgesteld waarbij het doel van de redding van de onderneming vooropstond en dat het plan op basis van concrete prognoses haalbaar scheen. In het Duitse recht staan daarmee ook veel meer de mogelijkheden van succes centraal. Niet vereist is dat de schuldenaar overtuigd was dat de herstructurering zou slagen.¹⁸¹ Kirchhof:

‘Reicht, wie für § 133 Abs. 1, eine bloß mittelbare Gläubigerbenachteiligung aus, kann ein ernsthaftes, wenngleich letztlich erfolgloses Sanierungsbemühen im Einzelfall – nicht generell – den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausschließen. Dieser kann nach der Lebenserfahrung (§ 286 ZPO) insbesondere fehlen, wenn der Sanierungsversuch für den Schuldner zwar erkennbar mit Risiken belastet ist, die Bemühungen um eine Rettung des Unternehmens jedoch ganz im Vordergrund stehen und auf Grund konkret benennbarer Umstände eine positive Prognose nachvollziehbar und vertretbar erscheint. Nicht nötig ist, dass der Schuldner bereits der sicheren Überzeugung sein durfte, der Sanierungsversuch werde gelingen.’¹⁸²

De invulling van de *redelijke mate* van voorzienbaarheid van het faillissement, gegeven door de Hoge Raad ten aanzien van herstructurerings, onderkent onvoldoende dat ook andere belangen dan die van de schuldeisers in het voorliggende faillissement moeten worden meegewogen. Met name miskent het het algemene belang dat de faillissementspauliana niet onnodig het reorganiserend vermogen van schuldenaren in financiële problemen dient te belemmeren.¹⁸³

De m.i. juiste toets, en daarmee ook de m.i. juiste invulling van wanneer partijen hebben gehandeld terwijl met een *redelijke mate* van waarschijnlijkheid het faillissement was te voorzien, is de toets als geformuleerd door Abendroth, A. van Hees en A-G Huydecoper, die ook in het Duitse recht wordt aangelegd en in het

181 Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 864, ten aanzien van handelingen die anders als een incongruente voldoening zouden kwalificeren: ‘*Auch inkongruente Leistungen, die im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsplanes erfolgen, haben keinerlei Beweiswert. Voraussetzung ist freilich, daß der Sanierungsplan mindestens ein in sich schlüssiges Konzept aufweist, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist. Ob der Sanierungsplan dann gleichwohl scheitert, ist irrelevant.*’ Zie ook Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 157.

182 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 572.

183 Zie hierover hoofdstuk 1 (§ 1.5.4).

verleden ook door de Hoge Raad in HR Muurmans q.q./Lückers¹⁸⁴ is gehanteerd. Leidend dient de vraag te zijn of er reële kansen waren dat het faillissement kon worden afgewend en de handelingen daar ook op gericht waren. Op de bank rust daarbij een onderzoeksplicht.¹⁸⁵ Zij dient zich een onderbouwd oordeel te vormen over de vraag of de situatie en de reorganisatiepogingen van dien aard zijn dat het faillissement kan worden afgewend.

4.2.1.4.6 Over het graf-rechtshandelingen

In faillissement dienen schuldeisers in beginsel de rechtshandelingen van de gefailleerde te respecteren. De rechtshandeling is verricht tussen de schuldenaar en zijn wederpartij, waar de schuldeisers in principe buiten staan. Slechts indien de schuldenaar en diens wederpartij wisten dat schuldeisers benadeeld zouden worden door de rechtshandeling, is er ruimte voor vernietiging. Deze wetenschap van benadeling veronderstelt, zoals gezien, in principe een zekere bekendheid van partijen met het naderende faillissement, of zoals de Hoge Raad het stelt ‘dat het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien’.¹⁸⁶

De schuldenaar kan echter ook rechtshandelingen verrichten waarmee deze als het ware over zijn graf tracht heen te regeren. Zo kan men denken aan boetes afhankelijk van het faillissement, waarbij de schuldenaar met het uitspreken van het faillissement een aanzienlijk bedrag verschuldigd wordt. Ook is het mogelijk dat de schuldenaar het spiegelbeeld daarvan overeenkomt, namelijk dat bepaalde vermogensrechtelijke aanspraken komen te vervallen met het uitspreken van het faillissement. A leent bijvoorbeeld een bedrag aan B, maar komt overeen met B dat deze het bedrag mag houden indien A zou failleren. Hoewel de spiegelbeeldige handelingen beide benadelend uitwerken voor schuldeisers in het faillissement, dienen ze onderscheiden te worden, omdat de handelingen een inbreuk maken op uiteenlopende principes. Handelingen waarmee nieuwe aanspraken worden gecreëerd, botsen met het beginsel van de *paritas creditorum* als vastgelegd in artikel 3:277 BW, dat bepaalt dat alle schuldeisers met dezelfde rang *pro rata* hun vordering delen. Een afspraak waarbij de schuldenaar overeenkomt dat een bepaalde vermogensrechtelijke aanspraak komt te vervallen, botst met artikel 3:276 BW. Dit artikel bepaalt dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. De schuldenaar kan, behoudens de door de wetgever geboden mogelijkheid van het vestigen van zekerheidsrechten, niet zijn vermogen zo inrichten dat bepaalde goederen buiten verhaal blijven of bij voorrang aan een bepaalde persoon toekomen. Dit geldt ook voor afspraken die juist beogen dat bepaalde aanspraken komen te vervallen.

184 HR 12 november 1999, *JOR* 2000/86.

185 Zie expliciet HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO). Deze onderzoeksplicht is ook reeds besproken in § 4.2.1.4.4.

186 HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

De negatief geformuleerde regel uit HR Bakker q.q./Katko, gelijk de thans positief geformuleerde regel uit HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III, leidt tot ongerijmdheden indien deze ook wordt toegepast op rechtshandelingen waarbij de schuldenaar als het ware over zijn graf heen tracht te regeren. In zijn preadvies 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement' bestrijdt Verstijlen de gedachte dat de regel uit Bakker q.q./Katko (en naar ik aanneem thans ook de positief geformuleerde regel uit HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III) ook zou gelden voor boetebedingen afhankelijk van faillissement. Hij schrijft het volgende:

*'Getransponeerd naar de onderhavige casus zou dit betekenen dat (de overeenkomst met daarin) het boetebeding "paulianabestendig" is. Naar ik meen is dit onterecht en kunnen ook benadelende rechtshandelingen worden vernietigd die worden verricht op een moment dat het faillissement nog niet zeker is, maar die ertoe strekken de schuldeisers te benadelen voor het geval dat het faillissement wordt uitgesproken. (...) Een boetebeding gekoppeld aan het faillissement is geen normale transactie met een reële economische betekenis, maar dient er slechts toe de positie van de wederpartij in een faillissement te verbeteren. Ik zou juist willen aannemen dat hier uit de aard der zaak sprake is van wetenschap van benadeling.'*¹⁸⁷

Zie voor een vergelijkbare analyse De Liagre Böhl ten aanzien van paulianeuze verblijvens- of overnemingsbedingen (geschreven voor het wijzen van HR Bakker q.q./Katko).

*'Veelal is in het vennootschapscontract geregeld, dat na ontbinding de overige vennoten gerechtigd zijn de vennootschap voort te zetten met het recht van overneming der activa. Soms bevat een dergelijk beding de bepaling, dat in geval van faillissement op minder gunstige wijze met de uittreedende vennoot wordt afgerekend, dan in gevallen van ontbinding uit anderen hoofde. Dergelijke clausules dienen van geval tot geval te worden beoordeeld. Onevenredige bevoordeling van de overblijvende vennoten kan door middel van de faillissementspauliana worden aangetast. Weliswaar moet, ingevolge HR 23 december 1949 (NJ 1950, 262, m.nt. Ph.A.N.H.), de wetenschap van benadeling reeds hebben bestaan ten tijde van het maken van het beding, maar deze wetenschap staat per definitie vast, indien de minder gunstige wijze van afrekenen nu juist is overeengekomen voor het geval van faillissement.'*¹⁸⁸

Het Nederlandse recht is echter vooralsnog onduidelijk over de grenzen die de pauliana stelt, evenals de grenzen die andere rechtsfiguren stellen, aan handelingen waarmee de schuldenaar over zijn graf tracht te regeren. Zo meent Van Dijk

187 F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 141.

188 E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en Faillissement*, Deventer: Kluwer 1991, p. 73.

dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat als vereiste voor de pauliana geldt dat met een redelijke mate van waarschijnlijkheid voorzien dient te worden dat bij de schuldenaar financiële problemen dreigen of er al zijn en dat de werking van de pauliana daarom beperkt zou zijn tot de fase waarin de schuldenaar in financiële problemen verkeert of door de gedraging raakt. Hij meent vervolgens wel dat het een gebrek is dat de pauliana niet de belangen van de schuldeisers beschermt tegen handelingen met de schuldenaar die niet in het zicht van, maar wel met het oog op een faillissement plaatsvinden.¹⁸⁹ Van Dijck meent vervolgens dat het hele instrument van de pauliana revisie behoeft. Zijn lezing van het Nederlandse recht lijkt dan ook mede ingegeven te zijn om zijn pleidooi van een algehele revisie van ‘het relict de pauliana’ kracht bij te zetten. Deze lezing van Van Dijck op dit gebied komt mij echter onjuist voor. Ik zou, net als Verstijlen en De Liagre Böhl, menen dat de pauliana wel degelijk ruimte biedt om bescherming te bieden, niet alleen tegen rechtshandelingen in het zicht van faillissement, maar ook tegen rechtshandelingen met het oog op faillissement. Revisie van de pauliana is dan in elk geval niet nodig vanwege de hier besproken problematiek.

Verstijlen geeft aan dat, indien men meent dat de pauliana niet gegeven is voor de bestrijding van over het graf-rechtshandelingen,¹⁹⁰ andere rechtsfiguren soulaas kunnen bieden. Men zou volgens hem kunnen aannemen dat het in strijd is met het beginsel van de gelijke behandeling van de schuldeisers, of in strijd is met de tussen hen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid of dat het zelfs onrechtmatig is om vervolg te geven aan de rechtshandeling door de boetevordering in te dienen.¹⁹¹ Hieraan kan het fixatiebeginsel toegevoegd worden.¹⁹²

189 Van Dijck, *De Faillissementspauliana. Revisie van een relict*, p. 72.

190 Hij noemt twee argumenten die tegen toepasselijkheid zouden kunnen pleiten. Mogelijk zou men kunnen oordelen dat ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling niet gezegd kan worden dat de rechtshandeling in haar totaliteit beschouwd benadelend is of dat partijen dat behoren te weten. (Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, p. 142). De pauliana kan in beginsel slechts tegen een rechtshandeling als geheel worden ingeroepen. In hoeverre de pauliana ook tegen onderdelen ingeroepen kan worden is geen uitgemaakte zaak onder Nederlands recht. Zie voor een verwijzing naar het Duitse recht waar de pauliana wel ingeroepen kan worden tegen specifiek benadelende clausules waarvan de werking afhankelijk is van het faillissement, Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, p. 141.

191 Elders noemt Verstijlen (*Materieel faillissementsrecht: de betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement*, p. 138) nog als mogelijke rechtsgrond om tegen dergelijke rechtshandelingen op te komen, art. 35 b Fw.

192 De rechtspraak laat zien dat ten aanzien van deze materie verschillende rechtsfiguren ingezet worden. Rechtbank Amsterdam (25 januari 2006, *JOR* 2006/220) moest over een geval oordelen dat de hier besproken problematiek van ‘over het graf-rechtshandelingen’ raakt, maar niet rechtstreeks betreft. Het betrof een renvooiprocedure. Hier had een schuldeiser na de surseanceverlening maar voor de faillietverklaring een contractuele bepaling ingeroepen, waardoor deze, kort gezegd, gerechtigd zou worden tot 120% van het bedrag waartoe hij zonder het invoeren gerechtigd zou zijn. De rechtbank wees de vordering voor het verhoogde gedeelte af met een beroep op het fixatiebeginsel. De rechtbank oordeelde dat indien een faillissement wordt voorafgegaan door een surseance, het fixatiebeginsel reeds werkt vanaf de surseanceverlening. De rechtbank is kritisch ten aanzien van het feit dat de bepaling beoogt de opeisbare som in geval van faillissement te verhogen. De rechtbank kon de zaak afdoen op grond van het fixatiebeginsel omdat de schuldeiser nog een handeling moest verrichten om aanspraak te kunnen maken op de contractuele verhoging van de opeisbare som. Nu deze handeling na datum surseance had plaatsgevonden, stond het fixatiebeginsel eraan in de weg dat de rechten die hieruit voortvloeiden tegen de boedel konden worden ingeroepen. De rechtbank hoefde niet te oordelen over de vraag wat rechtens zou zijn geweest indien was opgenomen in de overeenkomst dat zonder verdere →

Voor zover het benadelende rechtshandelingen van de schuldenaar betreft, ten aanzien waarvan met de aard van de rechtshandeling reeds gegeven is dat het doel benadeling is, althans het bevoordelen van een bepaalde partij in faillissement ten koste van de gezamenlijke schuldeisers, is er geen (behoudens de wettelijk geregelde mogelijkheid van het vestigen van een zekerheidsrecht) goede reden om de pauliana niet toe te passen en de toevlucht tot andere rechtsfiguren met open normen te moeten nemen. Het probleem dat voorligt is juist het probleem waar de pauliana tegen waakt: onverplichte benadelende rechtshandelingen verricht door de schuldenaar voor faillissement terwijl deze en diens wederpartij wisten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. De pauliana dient een antwoord te blijven geven op benadelende rechtshandelingen verricht door de schuldenaar, ook als nieuwe, benadelende clausules of overeenkomsten ontwikkeld en in praktijk gebracht worden.¹⁹³

4.2.2 *Artikel 42 lid 1 Fw: aantasting van onverplichte rechtshandelingen om niet*

In de vorige paragraaf is de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet geanalyseerd. Artikel 42 Fw geeft ook een regeling voor rechtshandelingen om niet. Het grote verschil met onverplichte rechtshandelingen om niet is dat bij een rechtshandeling om niet slechts de schuldenaar moet hebben gehandeld met wetenschap van benadeling en niet tevens de wederpartij (zie voor een weergave van het volledige artikel 42 Fw hierboven, § 4.2.1).

4.2.2.1 *Doel en rechtvaardiging artikel 42 Fw (om niet)*

Ten aanzien van de onverplicht verrichte rechtshandeling om niet, concludeert de wetgever kort dat deze steeds een eigenaardige plaats heeft ingenomen en dat reeds in het Romeinse recht schuldeisers een gift van de begiftigde konden opvorderen indien slechts de ‘schuldenaar-schenker te kwader trouw gehandeld had’.¹⁹⁴ Het is dus andermaal het handelen en de subjectieve gesteldheid van de schuldenaar die het aangrijppingspunt vormen voor het invoeren van de pauliana en deze rechtvaardigen.

handeling van de wederpartij het verschuldigde bedrag met 20% zou toenemen. Verstijlen schrijft dat een beding dat wordt ingericht als een boete die wordt verbeurd bij het uitspreken van het faillissement niet vatbaar is voor verificatie omdat deze vordering ‘technisch-juridisch’ op het moment van faillietverklaring nog toekomstig is. Verificatie stuit dan dus ook af op het fixatiebeginsel. Met kleine aanpassingen – een vordering onder opschortende voorwaarde of een boete gekoppeld aan een faillissementsaanvraag – is niet duidelijk of het fixatiebeginsel dan ook aan verificatie in de weg zou staan, zodat dan ook naar andere rechtsfiguren gekeken moet worden. Voor zover het fixatiebeginsel niet toegepast kan worden, kan de pauliana een rechtsgrond bieden tegen het effectueren van onwenselijke aanspraken, gecreëerd om te werken in faillissement, maar tot stand gebracht buiten het vooruitzicht van een faillissement. Ook in het Engelse recht wordt wel betoogd dat over het graf-rechtshandelingen alle stranden op het fixatiebeginsel. Zie hierover hoofdstuk 3 (§ 3.2.6).

¹⁹³ Zie ten aanzien van de grenzen die pauliana mogelijk stelt aan het relatief nieuwe figuur van het overwaardearrangement R.J. de Weijts, ‘Overwaardearrangementen, de actio pauliana en de verdeling van zure vruchten’, *WPNR* 2006/6652.

¹⁹⁴ Memorie van toelichting bij art. 42 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 434.

De wetgever zegt er in de memorie van toelichting het volgende over:

‘Den begiftigde, die onder bepaalde omstandigheden verplicht wordt aan de schuldeischers des schenkers het ontvangene te restitueren, wordt dus niet zozeer een nadeel toegebracht, maar hem wordt veeleer een ongedachte winst weer onttrokken. Het is deze omstandigheid, dat de begiftigde niet benadeeld wordt, die de hier bedoelde uitbreiding der Pauliana rechtvaardigt: het verleenen van een rechtsmiddel aan de schuldeischers des schenkers tot terugering van een gift, waardoor zij opzettelijk zijn benadeeld, ook van hem die haar geheel te goeder trouw ontving.’¹⁹⁵

4.2.2.2 Objectieve vereisten artikel 42 Fw (om niet)

Vereist is een onverplichte rechtshandeling verricht door de schuldenaar voor faillissement. De vereisten zijn verder dezelfde als de vereisten voor het aantasten van een onverplichte rechtshandeling als hierboven besproken. Het enige onderscheid is dat het hier gaat om rechtshandelingen om niet. Op het onderscheid tussen ‘om niet’ en ‘anders dan om niet’ is hiervoor in § 4.2.1.2.3 ingegaan.

4.2.2.3 Subjectieve vereisten artikel 42 Fw (om niet)

Bij rechtshandelingen om niet dient, ingevolge artikel 42 Fw, de schuldenaar zelf nog wel wetenschap van benadeling te hebben. De artikelen 42 en 45 Fw spreken, anders dan de parlementaire geschiedenis, niet van opzet maar van weten of behoren te weten. Het betreft hier dus de wetenschap aan de zijde van de *schuldenaar*. Deze wetenschap van benadeling wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed aanwezig te zijn indien de rechtshandeling binnen een jaar voor de faillietverklaring heeft plaatsgevonden (artikel 45 Fw).

Het Nederlandse recht wijkt hiermee af van artikel 134 InsO, het Duitse recht waar dit vereiste niet gesteld wordt.¹⁹⁶ Ook het Engelse recht stelt bij rechtshandelingen om niet in artikel 238 IA geen subjectief vereiste voor ingrijpen.¹⁹⁷ Dat het Nederlandse recht toch dit vereiste stelt kan gezien worden als een uitwerking van de gedachte dat schuldeisers het vermogen van de schuldenaar in principe op de meest volstreekte wijze dienen te respecteren. Weliswaar is een bewijsvermoeden opgenomen in artikel 45 Fw, maar dit ziet slechts op de periode van één jaar voor het faillissement. Aangezien het een bewijsvermoeden betreft is het daarmee nog vatbaar voor tegenbewijs.

Een rechtshandeling om niet kan dus vernietigd worden terwijl de wederpartij geheel te goeder trouw de prestatie van de schuldenaar in ontvangst heeft genomen. Om de wederpartij te goeder trouw te beschermen, bepaalt lid 3 van artikel 42 Fw dat de vernietiging geen werking heeft voor zover deze derde te goeder

¹⁹⁵ Memorie van toelichting bij de artikelen 44 tot en met 46 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 446.

¹⁹⁶ Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.5).

¹⁹⁷ Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.1).

trouw aantoonde dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet gebaat was door de rechtshandeling.

4.2.3 Artikel 47 Fw: aantasting van verplichte rechtshandelingen

De mogelijkheid om onverplichte rechtshandelingen te vernietigen als geregeld in artikel 42 Fw heeft een tegenhanger in het BW in artikel 3:45 BW. De Faillissementswet voorziet in artikel 47 Fw daarnaast, anders dan het Burgerlijk Wetboek, tevens in de mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen te vernietigen. De mogelijkheden om verplichte rechtshandelingen te vernietigen zijn echter zeer beperkt.

Artikel 47 Fw luidt als volgt:

De voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld kan alleen dan worden vernietigd, wanneer wordt aangetoond, hetzij dat hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was, hetzij dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.

4.2.3.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 47 Fw

De Nederlandse paulianaregeling voorziet voor twee beperkte gevallen in de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen: er is sprake geweest van ‘overleg’ dat ten doel had een schuldeiser boven de andere schuldeisers te begunstigen of de schuldeiser die betaling ontving wist dat het faillissement reeds was aangevraagd. De memorie van toelichting geeft de volgende rechtvaardiging voor het ingrijpen in deze gevallen:

‘De schuldeischer, die niet bloot een faillissement ducht, maar de zekerheid heeft verkregen dat daartoe aanvraag is gedaan, mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeisers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan den concursus onttrekt. Dezelfde overweging heeft ertoe geleid ook de tweede uitzondering voor te stellen. Zij laat al die gevallen onaangetast, waarin eene schuld op regelmatige wijze wordt geïnd, waarin de betaling verkregen wordt door daarop aan te dringen, vonnis te vragen, beslag te leggen of te executeren. De bedoeling is veeleer uitsluitend de betalingen te treffen, welke hetzij op een afspraak berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, den schuldeischer buiten den concursus te houden, hetzij – en dat dikwijls op initiatief van den schuldenaar – gedaan worden in den vooravond van het faillis-

*sement, omdat dit zal worden aangevraagd, en terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar verkeert.*¹⁹⁸

De mogelijkheden om verplichte rechtshandelingen te vernietigen zijn, als gezegd, zeer beperkt. In de parlementaire geschiedenis wordt de beperktheid van de mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen aan te tasten in de eerste plaats gemotiveerd met de stelling dat het een 'logische tegenstrijdigheid' oplevert indien de wet enerzijds de schuldenaar verplicht een schuld te voldoen en de wet anderzijds de curator de bevoegdheid verleent de betaling te vernietigen.¹⁹⁹ Belangrijker lijkt de tweede overweging, dat een ruime vernietigingsmogelijkheid van verplicht verrichte rechtshandelingen in strijd is met de behoeften van het verkeer waarbij schuldeisers voor hun eigen belangen dienen te waken (*sibi vigilare*) en er overeenkomstig op moeten kunnen vertrouwen dat ontvangen betalingen onaantastbaar zijn.²⁰⁰ De wetgever heeft dus gemeend dat slechts in uitzonderingsgevallen verplichte rechtshandelingen vernietigd zouden moeten kunnen worden.²⁰¹

Bij het analyseren van de rechtvaardiging van de pauliana ten aanzien van verplichte rechtshandelingen dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de vernietiging van rechtshandelingen in het geval reeds een faillissementsaanvraag ahangig was, en de gevallen waarin er geen faillissementsaanvraag is en sprake is van overleg.

In het geval waarin de wederpartij wetenschap had van de faillissementsaanvraag is het handelen en de wetenschap van de *schuldenaar* irrelevant. De wetgever stelt dat de schuldeiser die weet dat een faillissement is aangevraagd in strijd handelt 'met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeisers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt.'²⁰² Er wordt dus geen aanknopng gezocht bij het handelen en de wetenschap van de schuldenaar. Hier rechtvaardigt de wetgever de pauliana *geheel* met een beroep op de goede trouw die de relatie tussen de schuldeisers onderling beheerst en heeft daarom alleen oog voor het handelen van de wederpartij.

198 Memorie van toelichting bij art. 47 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 449.

199 Memorie van toelichting bij art. 42 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 434.

200 Memorie van toelichting bij art. 42 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 436, 437.

201 Zie verder uitgebreid over de achtergrond van de beperkte mogelijkheden om verplichte rechtshandelingen te vernietigen Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 121-128.

202 Memorie van toelichting bij art. 47 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 449.

Voor de gevallen waarin de betaling het gevolg is van overleg, is de redenering van en de rechtvaardiging door de wetgever minder duidelijk. De vraag die speelt is of in dit geval de wetgever de pauliana in de eerste plaats rechtvaardigt met een beroep op het handelen van de *schuldenaar* of dat hier de rechtvaardiging van het ingrijpen in de rechtsverhouding in de eerste plaats gevonden wordt in het handelen van de *wederpartij*.

De frase (uit citaat hierboven) ‘dezelfde overweging heeft ertoe geleid ook de tweede uitzondering voor te stellen.’ lijkt erop te wijzen dat ook de vernietigingsmogelijkheid wegens ‘overleg’ haar rechtvaardiging in de eerste plaats vindt in het handelen in strijd met de goede trouw door de wederpartij, dus in de eerste plaats in het handelen van de *wederpartij*. Het tweede gedeelte van het citaat biedt echter steun voor de lezing waarbij de wetgever de vernietiging in de eerste plaats rechtvaardigt aan de hand van een handelen te kwader trouw van de *schuldenaar*. De wetgever accepteert het als gegeven dat een schuldeiser aanzienlijke druk zal uitoefenen om betaling te verkrijgen. De wetgever overweegt immers met zoveel woorden dat de pauliana al die gevallen onaangetast laat, ‘waarin eene schuld op regelmatige wijze wordt geïnd, waarin de betaling verkregen wordt door daarop aan te dringen, vonnis te vragen, beslag te leggen of te executeren.’ De schuldeiser mag dus met alle rechtsmiddelen dreigen om betaling te krijgen. De aangehaalde passage zou dan ook zo gelezen kunnen worden dat de wetgever de rechtvaardiging van het ingrijpen hier niet in de eerste plaats vindt in het handelen van de wederpartij, maar in het handelen van de *schuldenaar* zelf. Slechts als de *schuldenaar* onoirbaar handelt is er immers ruimte om de toestand waarin hij zijn vermogen heeft gebracht niet op de meest volstrekte wijze te eerbiedigen. De wetgever overweegt dat de bedoeling veeleer is ‘uitsluitend de betalingen te treffen, welke op een *afsprake* berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, den schuldeischer buiten den concursus te houden.’

Ik zou dan ook menen dat de aangehaalde passage zo moet worden gelezen dat de wetgever heeft willen aangeven dat slechts indien aan de zijde van de schuldenaar de wens tot bevoordeling bestond, vernietiging gerechtvaardigd is. Het is niet zozeer de wens van de schuldeiser buiten de *concurfus* te blijven die de vernietiging rechtvaardigt, maar het gegeven dat deze wens het handelen van de *schuldenaar* heeft bepaald. In deze lezing is de betrokkenheid van de wederpartij een belangrijke en noodzakelijke voorwaarde, maar vormt deze niet de grondslag voor de pauliana van artikel 47 Fw voor zover sprake is van samenspanning. Bedacht dient hierbij te worden dat de wetgever met zoveel woorden aangeeft dat de vernietigbaarheid niet gebaseerd wordt op de ingetreden betalingsonmacht. Dit systeem dat in Duitsland reeds meer dan een eeuw gevolgd wordt, wordt door de Nederlandse wetgever in 1896 uitdrukkelijk van de hand gewezen.²⁰³

203 Memorie van toelichting bij art. 47 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 436: ‘Op den regel: geen nietigheid van verplichte handelingen, kent het Ontwerp slechts twee uitzonderingen, in artikel 47 aangewezen en bij dat artikel nader toe te lichten. Reeds hier →

4.2.3.2 Objectieve vereisten

4.2.3.2.1 Verplicht

Artikel 47 Fw biedt in uitzonderingsgevallen de mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen van de schuldenaar te vernietigen. Hoewel het gemeengoed is geworden om ten aanzien van artikel 47 Fw over verplichte rechtshandelingen te spreken, hanteert het artikel zelf een geheel eigen terminologie. Artikel 47 Fw spreekt niet van een verplichte rechtshandeling, en zelfs niet van rechtshandeling, maar van de 'voldoening van een opeisbare schuld' en van 'betaling'. Aangenomen wordt dat artikel 47 Fw ruim dient te worden geïnterpreteerd en op alle verplichte rechtshandelingen van de schuldenaar ziet. Zo valt ook het vestigen van een zekerheidsrecht en het opstellen van een lijst van te verpanden vorderingen en registratie daarvan onder het bereik van artikel 47 Fw. Belangrijk is te onderkennen dat, anders dan artikel 42 Fw, artikel 47 Fw terecht geen onderscheid maakt tussen rechtshandelingen om niet en rechtshandelingen anders dan om niet.

Gezien de, *grosso modo*,²⁰⁴ aanzienlijk ruimere mogelijkheden onverplichte rechtshandelingen te vernietigen vergeleken met verplichte rechtshandelingen, zullen partijen veelal trachten hun rechtshandeling als een verplichte rechtshandeling te construeren. Zodra de financiële problemen zich aandienen zijn de mogelijkheden hiervoor veelal beperkt. Daarom zullen partijen reeds vroeg in hun relatie willen opnemen welke verplichtingen mogelijk uit hun relatie kunnen voortvloeien.²⁰⁵ Een bekend voorbeeld hiervan betreft artikel 26 (voormalig artikel 20) van de Algemene Bankvoorwaarden.²⁰⁶ Indien de bank op basis van deze

dient echter uitdrukkelijk geconstateerd te worden, dat het geenszins de bedoeling is daarmede te huldigen de theorie van den Konkursanspruch, die in de Motiven tot de Konkursord. f. d. Deutsche Reich wordt voorgesteld als de juridieke basis voor de nietigheid van door den schuldenaar gedane betalingen en in navolging der Motiven ook hier te lande door enkele schrijvers is verdedigd. De zg. Konkursanspruch, een op het onvermogen van de schuldenaar gegrond objectief recht van de schuldeischers jegens een ieder (zoowel den schuldenaar als jegens elkander) op door faillissement te verwezenlijken uitsluitende en gemeenschappelijke bevrediging uit den boedel huns schuldenaars), staat lijnrecht tegenover het stelsel van het Ontwerp dat aan het onvermogen als zodanig geen enkel rechtsgevolg verbindt, en is buitendien ook wetenschappelijk niet verdedigbaar.'

²⁰⁴ Zie over de gecompliceerde verhouding van artikel 42 en 47 Fw hieronder § 4.2.3.5.

²⁰⁵ Van Dijck, *De Faillissementspauliana. Revisie van een relic*, p. 25-39. Vooral in reactie op de werking van de Algemene Bankvoorwaarden, heeft Van Dijck erop gewezen dat het onderscheid verplicht-onverplicht wel erg manipuleerbaar wordt voor partijen. Hij pleit voor een geheel andere benadering van de pauliana waarbij met gezichtspunten wordt gewerkt. Binnen de door hem voorgestane benadering van een 'gereveerde pauliana' zou het onderscheid tussen verplicht en onverplicht dan ook de status van gezichtspunt moeten krijgen.

²⁰⁶ Zie over de algemene bankvoorwaarden en de relatie van artikel 20 ABV tot de actio pauliana, W.H.G.A. Filott, *Algemene Bankvoorwaarden*, serie Bank- en Effectenrecht, deel 3, Deventer: Kluwer 2000. Artikel 20 Algemene Bankvoorwaarden luidde als volgt: 'De cliënt is verplicht desgevraagd voldoende zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn bestaande verplichtingen jegens de bank. Is een gestelde zekerheid onvoldoende geworden, dan is de cliënt verplicht desgevraagd die zekerheid aan te vullen of te vervangen. Een verzoek als hiervoor bedoeld dient schriftelijk te geschieden en de reden van het verzoek te vermelden. De omvang van de gevraagde zekerheid dient in redelijke verhouding te staan tot het beloop van de desbetreffende verplichtingen van de cliënt.' Per 1 november 2009 gelden nieuwe algemene bankvoorwaarden. Thans luidt het eerste lid van artikel 26 als volgt: 'Door het van toepassing worden van deze algemene bankvoorwaarden heeft de cliënt zich jegens de bank verbonden om voor alle bestaande en alle toekomstige vorderingen van de bank op de cliënt, uit welken hoofde ook, op eerste verzoek van de bank, ten genoegen van de bank, (aanvullende) zekerheid te stellen. Deze dient steeds zodanig te zijn, en daartoe zo nodig door de cliënt ten genoegen van de →

bepaling extra zekerheden verzoekt omdat de gestelde zekerheid onvoldoende is of is geworden, en de cliënt ertoe overgaat zekerheden te verschaffen, dan heeft dit als een verplichte rechtshandeling te gelden.²⁰⁷ Ook al volgt surseance en faillissement vlak daarop, dan is de vestiging van deze zekerheden in de regel niet paulianeus.²⁰⁸

4.2.3.2.2 Rechtshandeling van de schuldenaar

Mede naar aanleiding van het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I²⁰⁹ is de vraag opgekomen in hoeverre vereist is dat de schuldenaar *zelf* een rechtshandeling heeft verricht. Gezien het principiële belang van de vraag zal nader op dit arrest ingegaan worden. In de feiten die aanleiding tot het arrest gaven had Meerhuys B.V. een rekening-courant bij de bank. Voorafgaand aan het faillissement van Meerhuys B.V. vertoonde deze rekening-courant een aanzienlijke debetstand, van ruim f 850.000, welk bedrag opeisbaar was. Op 12 maart 1982, terwijl het faillissement al was aangevraagd, had een zustersvennootschap van Meerhuys, APO B.V., het door haar aan Meerhuys verschuldigde bedrag van f 750.000 overgemaakt op de rekening die Meerhuys aanhield bij de bank. Op 17 maart 1982 werd Meerhuys in staat van faillissement verklaard. Door de storting in rekening-courant verminderde de debetstand van de rekening van Meerhuys en daarmee de schuld die Meerhuys had aan de bank. Deze vermindering geschiedde van rechtswege zonder dat daar een (rechts)handeling van Meerhuys of de bank voor nodig was.

bank te worden vervangen en / of aangevuld, dat de bank gelet op het risicoprofiel van de cliënt, de dekkingswaarde van de zekerheden en eventuele andere voor de bank relevante factoren, doorlopend voldoende zekerheid heeft en zal hebben. De bank zal op verzoek van de cliënt de reden van die zekerheidstelling, of de vervanging of aanvulling daarvan, meedelen. De omvang van de gevraagde zekerheid moet in een redelijke verhouding staan tot de verplichtingen van de cliënt.

207 Rechtbank Rotterdam 19 juli 2006 en 1 oktober 2008, *JOR* 2009/115 probeerde hier een nieuwe draai aan te geven door te overwegen dat artikel 20 ABV (zie vorige noot) zo geïnterpreteerd diende te worden dat slechts indien aanvankelijk wel zekerheid was gesteld en deze later te weinig was geworden, sprake was van een verplichting. De eerste zin van artikel 20 ABV wordt dan niet zelfstandig gelezen, maar slechts in samenhang met het tweede lid. Hoewel ik zelf meen dat het Duitse recht hier een goede oplossing biedt door de zekerheidsverschaffing als een incongruente voldoening te kwalificeren, meen ik dat de interpretatie van artikel 20 ABV door de Rechtbank Rotterdam naar Nederlands recht niet de juiste was. De hoofdregel stond mijns inziens in de eerste zin, namelijk dat een kredietnemer verplicht was zekerheid te stellen. De tweede regel gaf een regel wat tussen partijen rechtens was indien een gestelde zekerheid onvoldoende was geworden. Zie ook kritisch over de uitspraak van Rechtbank Rotterdam Verdaas in zijn noot bij de uitspraak. Inmiddels is artikel 20 ABV zo aangepast dat een dergelijke onduidelijkheid zich niet meer voordoet. In de toelichting op het nieuwe artikel 26 ABV wordt nog het volgende opgemerkt: *'Zoals gezegd geschiedt kredietverlening vaak tegen zekerheidstelling. Nu is het denkbaar dat een zekerheid die aanvankelijk voldoende was, naderhand onvoldoende wordt of dreigt te worden. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een daling van de koers van de onder het pandrecht van de bank vallende effecten. De bank kan dan volgens artikel 26 aan de cliënt verzoeken die zekerheid aan te vullen. Een verzoek tot zekerheidstelling kan in ieder geval altijd worden gedaan wanneer het gaat om geheel ongedekte of naar het oordeel van de bank onvoldoende gedekte debetstanden. Kortom: de cliënt dient er op elk door de bank gewenst moment voor te zorgen dat zijn schulden aan de bank door voldoende zekerheid zijn gedekt.'*

208 Zie de arresten HR 16 juni 2000, *JOR* 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I) en HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

209 HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees Hope I), m.nt. G.

De vraag die in Loeffen q.q./Mees & Hope I aan de Hoge Raad werd voorgelegd was of de vermindering van het debetsaldo valt aan te merken als ‘de voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld’ als omschreven in artikel 47 Fw. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend. Volgens de Hoge Raad pleit daarvoor in de eerste plaats dat niet goed valt in te zien waarom een dergelijke vermindering van het debetsaldo wanneer zij het gevolg is van storting door de schuldenaar zelf wel, maar wanneer zij het gevolg is van storting door diens debiteur niet onder de werking van artikel 47 Fw zou vallen. Ten aanzien van het verweer van de bank dat de pauliana een rechtshandeling van de schuldenaar te kwader trouw veronderstelt overweegt de Hoge Raad het volgende:

‘Weliswaar maakt artikel 47 Fw deel uit van die serie bepalingen die schuldeisers – tot verhaal van wier vorderingen in beginsel enkel dat vermogen van de schuldenaar strekt, dat voorhanden is bij de faillietverklaring – in staat stellen “zich onder bepaalde omstandigheden nog bovendien te verhalen op zaken, die reeds uit dat vermogen gegaan zijn, door aan de handeling huns schuldenaars, waardoor die vervreemding bewerkstelligd werd, te hunnen bate hare rechtskracht te ontnemen” (Van der Feltz, I, p. 433), maar aan de omstandigheid dat bedoelde bepalingen, mede blijkens de daarop gegeven toelichting, telkens een te kwader trouw handelen van de schuldenaar veronderstellen, komt – anders dan de Bank betoogt – doorslaggevende betekenis niet meer toe. Beslissend is veeleer de betekenis welke aan de hand van de eisen van het huidige rechtsverkeer valt toe te kennen aan de strekking van artikel 47 Fw “betalingen te treffen” waardoor een crediteur, in strijd “met de goede trouw door hem ook jegens zijn mede-schuldeisers in acht te nemen”, zich “aan den concursus onttrekt.’²¹⁰

De Hoge Raad overweegt ten onrechte dat de paulianabepalingen telkens een te kwader trouw handelen van de schuldenaar veronderstellen. Zoals hierboven in § 4.2.3.1 reeds uiteen is gezet wordt aan de subjectieve gesteldheid van de schuldenaar geheel voorbijgegaan in het geval sprake is van een rechtshandeling van de schuldenaar terwijl het faillissement reeds is aangevraagd en de wederpartij daar wetenschap van heeft. In het geval van Loeffen q.q./Mees & Hope I was sprake van een dergelijke situatie, omdat de bank wist dat het faillissement van Meerhuys reeds was aangevraagd. Het belangwekkende punt van dit arrest is ook niet zozeer dat geen belang wordt gehecht aan subjectieve elementen aan de zijde van schuldenaar, maar dat de Hoge Raad in het geheel geen rechtshandeling aan de zijde van de schuldenaar als vereiste stelt voor het toepassen van de pauliana.

De vraag is nu in hoeverre algemene regels uit het arrest kunnen worden afgeleid. De vraag is niet alleen van belang voor het bepalen van de reikwijdte van artikel 47 Fw, maar ook voor de reikwijdte van artikel 42 Fw, welk artikel immers ook

210 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees Hope I), m.nt. G.

‘een rechtshandeling van de schuldenaar’ veronderstelt. Faber meent dat de ruime uitleg van het begrip voldoening als gegeven in het arrest ook geldt voor de uitleg van het begrip ‘rechtshandeling’ in artikel 42 Fw.²¹¹

Een element dat niet over het hoofd gezien mag worden bij het bepalen van de reikwijdte van het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I, is dat ten tijde van het wijzen van het arrest nog niet duidelijk was of artikel 54 Fw, welk artikel misbruik van verrekening tegengaat, pré-faillissementswerking toekomt. De storting in rekening-courant gevolgd door verrekening door de bank wordt gezien als een geval dat onder artikel 54 Fw valt. De vraag of, indien de verrekening reeds voor faillissement plaatsvindt, artikel 54 Fw ook van toepassing is, is lang onduidelijk geweest. Pas met het wijzen van het arrest HR ING/Gunning q.q.²¹² in 2004 is een einde aan de onduidelijkheid gekomen en heeft de Hoge Raad de vraag bevestigend beantwoord.²¹³ Het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I was echter 17 jaar eerder geweest. De curator Loeffen baseerde zijn vordering dan ook niet op artikel 54 Fw, zoals een curator dat nu mogelijk primair zou doen, maar op artikel 47 Fw.

Ik deel de opvatting van Faber, dat de uitleg die onder artikel 47 Fw aan rechtshandeling, dan wel voldoening, wordt gegeven, in principe ook geldt voor artikel 42 Fw. Wel dient daarbij opgemerkt te worden dat de pauliana, als vernietigingsgrond van een rechtshandeling van de schuldenaar, slechts bij uitzondering toegepast kan worden indien geen rechtshandeling van de schuldenaar is te identificeren.²¹⁴ Ten aanzien van de vraag of de pauliana altijd een rechtshandeling van de schuldenaar veronderstelt, blijkt dus uit het arrest HR Loeffen q.q./Mees Hope I dat dit niet het geval is. Bedacht dient echter te worden dat de motivering van de Hoge Raad rammelt, in de zin dat de Hoge Raad het ten onrechte doet voorkomen alsof de pauliana altijd een handeling te kwader trouw van de schuldenaar zou veronderstellen en daar met arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I, afstand van zou nemen. Ten tweede ziet de casus op een geval dat nu waarschijnlijk niet meer onder artikel 47 Fw, maar onder artikel 54 Fw gebracht zou worden.

In het arrest Slijm/Brouwer²¹⁵ kwam een enigszins vergelijkbaar geval aan de orde waarbij de pauliana van artikel 47 Fw ook van toepassing werd geacht op een geval waarbij niet meteen een rechtshandeling van de schuldenaar werd vernietigd. Vereenvoudigd weergegeven deed het volgende zich voor. De schuldenaar Brouwer Accomodations verkocht haar inventaris aan een zustervennootschap Stukro. Stukro betaalde de koopprijs niet aan Brouwer Accomodations, maar aan

211 Faber, *Verrekening*, p. 320.

212 HR 19 november 2004, *JOR* 2005/19 (ING/Gunning q.q.), m.nt. AS.

213 Zie over dit arrest en de rechtspraak in aanloop naar dit arrest Faber, *Verrekening*, p. 408-411.

214 Faber geeft ook duidelijk aan dat het uitgangspunt van de pauliana is dat alleen rechtshandelingen die door de schuldenaar *zelf* zijn verricht, met een beroep op art. 42 e.v. Fw kunnen worden bestreden (Faber, *Verrekening*, p. 319).

215 HR 18 januari 2008, *JOR* 2008/83 (Slijm/Brouwer), *NJ* 2008, 335, m.nt. PvS. Zie over dit arrest verder W.H. van Boom, ‘Een juridisch advies over paulianeus handelen’, *AA* 2008, p. 726 e.v.

de moedervenootschap van Brouwer Accomodations, Brouwer Beheer. Brouwer Beheer verrekende vervolgens het ontvangen bedrag met een openstaande schuld van Accomodations aan Beheer. In het latere faillissement van Brouwer Accomodations vernietigde de curator niet de verkoopovereenkomst en overdracht, maar de betaling van Stukro aan Beheer. De Hoge Raad oordeelde als volgt ten aanzien van het standpunt dat geen sprake kon zijn van paulianeus handelen, omdat de betaling niet een rechtshandeling van Accomodations betrof:

‘Een betaling van een aan de schuldenaar verschuldigde geldsom, met diens goedvinden niet aan hem maar aan een van zijn schuldeisers in mindering op het door hem aan die schuldeiser verschuldigde, kan wel degelijk gelden als een voldoening door de schuldenaar als bedoeld in art. 47 Fw.’

Hoewel de Hoge Raad dus bereid is geweest om in twee specifieke gevallen de pauliana toe passen op een geval waar geen rechtshandeling van de schuldenaar aan te wijzen is of slechts indirect, meen ik dat het uitzonderlijke gevallen betreft. Uitgangspunt van de faillissementspauliana in artikel 47 Fw en ook in artikel 42 Fw is dat het moet gaan om een rechtshandeling van de schuldenaar.

De zaak in Loeffen q.q./Mees & Hope I werd verwezen naar een ander hof en kwam vervolgens nog een keer voor de Hoge Raad, hetgeen uitmondde in het arrest HR Loeffen q.q./Mees & Hope II.²¹⁶ De vragen die in dat arrest speelden betroffen de mogelijkheden van tegenbewijs onder artikel 47 Fw en een aantal complicaties in verband met het beoordelen van de vraag of sprake was van benadeling. Deze punten worden in de volgende paragraaf behandeld.

4.2.3.2.3 Benadeling van de schuldeisers

De kern van de pauliana is benadeling van schuldeisers. Indien er geen benadeling van schuldeisers is, is er ook geen reden voor de curator om de pauliana in te stellen. Hoewel artikel 47 Fw niet met zoveel woorden stelt dat sprake moet zijn van benadeling van schuldeisers is dit een belangrijke voorwaarde.²¹⁷

Een aansprekend geval waarin aan de overige vereisten van artikel 47 Fw voldaan was, zonder dat sprake was van benadeling van de schuldeisers, levert het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope II op. De casus is reeds in de vorige paragraaf ter sprake gekomen, maar dient hier met enige nadere feiten te worden uitgebreid. Terwijl het faillissement al was aangevraagd, betaalde de zustervenootschap APO B.V., het door haar aan Meerhuys verschuldigde bedrag van f 750.000 op de bankrekening. APO kon deze betaling verrichten doordat de bank, waar ook APO een rekening-courant aanhield, APO's kredietlimiet verhoogde en daarmee de betaling van APO aan Meerhuys mogelijk maakte. APO failleerde vervolgens anderhalf jaar

²¹⁶ HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214 (Loeffen q.q./Mees & Hope II).

²¹⁷ Zie in deze zin ook Faber, *Verrekening*, p. 352.

nadat Meerhuys failliet was verklaard. Het hof had vastgesteld dat de vordering die Meerhuys op APO had oninbaar was, omdat APO zelf niet over de middelen beschikte om de vordering te voldoen. De Hoge Raad oordeelde vervolgens in Loeffen q.q./Mees & Hope II dat de curator de pauliana niet kon inroepen omdat dit in strijd zou komen met de strekking van artikel 47 Fw. De strekking is schuldeisers te beschermen tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden. Daaraan is volgens de Hoge Raad niet voldaan in het voorgelegde geval waarin de schuldeisers, zonder dat hun enig nadeel wordt toegebracht, alleen een voordeel ontgaat.²¹⁸

4.2.3.3 Subjectieve vereisten

4.2.3.3.1 Wetenschap van faillissementsaanvraag

De eerste mogelijkheid om op grond van artikel 47 Fw verplichte rechtshandelingen te vernietigen is dat de schuldeiser op het moment dat deze voldaan werd wist dat het faillissement reeds was aangevraagd. Opvallend is dat in dit geval geen rol is weggelegd voor subjectieve elementen aan de zijde van de *schuldenaar*. De enkele wetenschap van de wederpartij van de faillissementsaanvraag is voldoende. Artikel 47 Fw kent niet de mogelijkheid van tegenbewijs, in de zin dat de wederpartij te goeder trouw heeft gehandeld²¹⁹ of dat deze goede gronden zou hebben gehad om te menen dat de faillissementsaanvraag ofwel zou worden ingetrokken ofwel zou worden afgewezen. Vereist is dat de wederpartij wetenschap had van een aanvraag die aanhangig was op het moment dat de wederpartij betaling ontving. In het geval van meerdere aanvragen is het niet vereist dat het faillissement ook is uitgesproken op die aanvraag.²²⁰

De Hoge Raad past deze vernietigingsgrond zeer restrictief toe. Uit het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO (I) volgt dat onvoldoende is dat de wederpartij weet dat een faillissement is te verwachten.²²¹ De Hoge Raad bevestigde de regel uit Van Dooren q.q./ABN AMRO (I) in het arrest Meijs q.q./Bank of Tokyo Mitsubishi.²²² In dit laatste arrest oordeelde de Hoge Raad nog dat artikel 47 Fw ook niet van

218 Van Schilfgaarde is kritisch over de formulering dat de schuldeisers alleen 'een voordeel' ontgaat. Hij stelt dat de toevoeging verwarrend is. Beslissend volgens hem is dat door de betalingshandeling in haar geheel genomen aan de schuldeisers geen nadeel is toegebracht. Zie Van Schilfgaarde in zijn noot onder Loeffen q.q./Mees & Hope II (HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214).

219 Zie hierover HR Loeffen q.q./Mees & Hope II. In dit arrest stelt de Hoge Raad dat artikel 47 Fw een onweerlegbaar vermoeden van kwader trouw bevat. Zie terecht kritisch over deze toevoeging Van Schilfgaarde in zijn *NJ*-noot onder dit arrest. Voldoende is hem om te stellen dat er geen tegenbewijs mogelijk is. Er bestaat geen reden waarom geoordeeld zou moeten worden dat daarmee ook gegeven zou zijn dat de wederpartij *te kwader trouw* heeft gehandeld. Voldoende is dat hij *niet te goeder trouw* heeft gehandeld in zijn relatie tot de medeschuldeisers.

220 Rechtbank Roermond 20 juni 1991, *NJ* 1992, 242 overwoog dat het niet vereist is dat de wederpartij bekend was met de aanvraag die uiteindelijk tot het faillissement heft geleid. Zie verder Faber, *Verrekening*, p. 339.

221 HR 16 juni 2000, *JOR* 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I). '*Hetgeen hiervoor is overwogen brengt met zich mee dat er geen grond is om de voldoening aan een opeisbare verbintenis tot het verstrekken van hypotheek buiten de aan artikel 47 Fw ontleende gronden nietig te verklaren op de in artikel 54 Fw vervatte grond dat de hypotheekhouder niet te goeder trouw heeft gehandeld.*'

222 HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

toepassing is in gevallen waarin de wederpartij wist dat het faillissement ‘onontkoombaar’ was.

4.2.3.3.2 ‘Samenspanning’

De tweede vernietigingsgrond is dat de voldoening van de schuldeiser het gevolg is van ‘overleg’ tussen de schuldenaar en zijn wederpartij teneinde de wederpartij boven de andere schuldeisers te bevoordelen. De Hoge Raad heeft laten weten dat onder overleg ‘samenspanning’ dient te worden verstaan. Notoir in dit verband zijn de arresten *Gispen q.q./IFN*, *Verkerk/Tiethoff q.q.* en *Meijs q.q./Bank of Tokyo*.²²³

De feiten die aanleiding gaven tot het arrest *Gispen q.q./IFN* waren als volgt. De schuldenaar had al haar vorderingen verpand aan IFN en was met IFN overeengekomen dat alle betalingen die op deze vorderingen zouden plaatsvinden zouden geschieden op de rekening die de schuldenaar aanhield bij IFN. In strijd met deze afspraak leidde de schuldenaar een aantal betalingen naar een andere rekening die de schuldenaar aanhield bij een andere bank. IFN, die volledig op de hoogte was van de dreigende insolventie, dreigde de kredietfaciliteit te beëindigen en tevens met een strafklacht²²⁴ tegen de bestuurders. Na het uiten van deze dreigementen, maakte de schuldenaar het bedrag dat nog over was bij de andere bank over aan IFN. Faillissement volgde kort daarop. De Hoge Raad overwoog het volgende:

*‘In het licht hiervan, brengt een redelijke, ook met de huidige eisen van zekerheid van het betalingsverkeer strokende, uitleg van art. 47 mee, dat voor de aanwezigheid van overleg als in dat artikel bedoeld, is vereist dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezeten, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven andere te begunstigen.’*²²⁵

Niet duidelijk is in hoeverre het van belang is dat de schuldenaar haar eerdere, expliciete afspraken met IFN heeft geschonden.

De Hoge Raad bevestigde de regel van *Gispen q.q./IFN* in het arrest *Verkerk/Tiethoff q.q.*²²⁶ In dit arrest overwoog de Hoge Raad verder dat voor samenspanning onvoldoende is dat de wederpartij ‘weet dat de gezamenlijke schuldeisers benadeeld zullen worden’.²²⁷ Hiermee bevestigde de Hoge Raad dat

223 HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*), m.nt. PvS en HR 20 november 1998, *JOR* 1999/19 (*Verkerk/Tiethoff q.q.*), m.nt. NEDE.

224 IFN stelde zich op het standpunt dat de bestuurders zich schuldig hadden gemaakt aan ‘een frauduleuze inning van facturen’.

225 HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*), m.nt. PvS.

226 HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611.

227 Dit is in overeenstemming met lagere jurisprudentie, waar de wetenschap van bevoordeling van een schuldeiser boven andere schuldeisers onvoldoende was om samenspanning aan te nemen. Rechtbank Amsterdam 8 november 1995, *JOR* 1996/10; Rechtbank Amsterdam 17 april 1996, *JOR* 1996/72; Rechtbank Amsterdam 24 april 1996, *JOR* 1996/73; Hof Amsterdam 25 juli 1996, *JOR* 1996/123; Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 1997, *JOR* 1997/130; Hof 's-Hertogenbosch 17 september 1997, *JOR* 1997/132. Zie voor lagere rechtspraak na

de subjectieve criteria voor de vernietiging van verplichte rechtshandelingen (*grosso modo*) strenger zijn dan die voor de vernietiging van onverplichte rechtshandelingen. Dit is in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis waarin gesteld wordt dat het bewijs van de subjectieve criteria van artikel 42 Fw gemakkelijker te leveren zal zijn dan het bewijs van overleg als in artikel 47 Fw.²²⁸

Een derde arrest in deze lijn wordt gevormd door het arrest Meijs q.q./Bank of Tokyo. Het arrest is van belang vanwege het tijdspad tot aan het faillissement. Verder was in dit geval, anders dan in Gispén q.q./IFN, niet sprake van een omstandigheid waarin de schuldenaar eerdere overeenkomsten met de schuldeiser had geschonden. Evenmin was er een dreiging van de bank aan de schuldenaar om het krediet op te zeggen of een dreiging van een strafklacht tegen de bestuurders. De feiten die leidden tot het arrest Meijs q.q./Bank of Tokyo waren als volgt. Kuron BV, een dochter van het Japanse Kuron Corporation, had een kredietfaciliteit bij Bank of Tokyo (Holland) BV. Bestuurder van Kuron BV was de heer Takano. Kuron BV was overeengekomen met Bank of Tokyo een pandrecht te vestigen op bestaande en toekomstige vorderingen. In toevoeging hierop, had Kuron Japan zich borg gesteld voor Kuron BV jegens de Bank. Op 27 december 1993 vernam de bank dat aan Kuron Corporation surseance van betaling was verleend in Japan. Naar aanleiding daarvan beëindigde de bank de kredietfaciliteit met Kuron Holland. Per fax van 28 december 1993 stuurde Takano een overzicht van de te verpanden vorderingen. Op 7 januari 1994 stuurt de boekhouder van Kuron een overzicht van nieuwe vorderingen die voortvloeiden uit acht orders die in de eerste week van januari 1994 waren uitgevoerd. De faxen werden geregistreerd op 29 en 30 december 1993 en de tweede fax op 13 januari 1994. Kuron BV werd vervolgens op 27 januari 1994 failliet verklaard. De curator riep de pauliana in. Hij betoogde ten eerste dat ten gevolge van de beëindiging van de kredietfaciliteit Kuron BV niet langer verplicht was additionele zekerheid aan de bank te verstrekken, en zo vervolgde de curator, dat de verstrekking van zekerheidsrechten na 27 december 1993 daarmee als onverplicht had te gelden en daarom onder artikel 42 Fw viel. In drie instanties werd geoordeeld dat het beëindigen van de kredietfaciliteit niet de verplichting deed eindigen om op verzoek additionele zekerheid te verschaffen. In de tweede plaats betoogde de curator dat sprake was van ‘overleg’, omdat ten tijde van het vestigen van de nieuwe zekerheidsrechten zowel de schuldenaar als diens schuldeiser wisten dat het faillissement onontkoombaar was. De Hoge Raad verwierp het cassatiemiddel met die strekking als volgt:

‘Deze regel laat geen ruimte om de in art. 47 vermelde gronden voor vernietigbaarheid uit te breiden en de voldoening aan een opeisbare verbintenis tot het vestigen van pandrecht die is geschied voordat het faillissement is aangevraagd, vernietigbaar te achten enkel omdat de pandhouder en de pandgever

het wijzen van het arrest Verkerk/Tiethoff, Rechtbank Utrecht 13 juni 2001, *JOR* 2001/167; Rechtbank 's-Gravenhage 30 januari 2002, *JOR* 2002/120 en Rechtbank Arnhem 21 februari 2002, *JOR* 2002/169.
228 Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en surséance van betaling*, p. 450.

*ten tijde van het vestigen van het pandrecht wisten dat het faillissement van de laatste onontkoombaar is.*²²⁹

In het licht van deze jurisprudentie is het moeilijk een aansprekend geval te bedenken waar wel aan de voorwaarden voor samenspanning is voldaan. Dit verklaart waarom ook wel gesproken werd over de geamputeerde tentakel van artikel 47 Fw.²³⁰ In elk geval is het duidelijk dat het criterium 'samenspanning' strenger is dan het criterium van wetenschap van benadeling in artikel 42 Fw. Aan de vereiste samenspanning zal in de regel ook niet voldaan zijn indien andere motieven hebben geleid tot de rechtshandeling.²³¹

Tot op heden heeft de Hoge Raad slechts in één geval ten voordele van de curator beslist in een geval waarin de curator stelde dat sprake was van samenspanning en dat was in het Cikam/Siemon q.q.-arrest.²³² In dit arrest heeft de Hoge Raad de deur op een kier gezet. In dit geval liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand waarbij het hof, behoudens tegenbewijs, samenspanning had aangenomen op grond van de zeer nauwe verbondenheid tussen schuldeiser en schuldenaar alsmede de kennis van beide partijen van de slechte financiële positie van de schuldenaar.²³³ Het arrest Cikam/Siemon q.q. ligt in het verlengde van eerdere lagere rechtspraak waarin ook de bewijslast werd omgekeerd.²³⁴ De weg ingeslagen in HR Cikam wordt steeds meer gevolgd. Inmiddels kan men constateren dat de geamputeerde tentakel van artikel 47 Fw reeds weer aardig is aangegroeid.²³⁵

229 HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

230 Deze metafoor heeft Vriesendorp geïntroduceerd in R.D. Vriesendorp, 'Art. 47 FW: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 65-79.

231 Zie de conclusie van A-G Hartkamp voor HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611 (Verkerk/Tiethoff), zie ook Hof Amsterdam 25 Juli 1996, *JOR* 1996/123 en zie in deze zin J.J. van Hees, 'Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?', *JORplus* 2002, p. 67.

232 HR 7 maart 2003, *JOR* 2003/102 (Cikam/Siemon q.q.). Zie over dit arrest ook G. van Dijk, 'Worstelen met de pauliana', *WPNR* 2003/6536, p. 431-432 en I. Spinath, 'De 'samenspanning' en enkele andere paulianaperikelen', *O&F* 2004, p. 59-62.

233 Faber, *Verrekening*, p. 350 schrijft hierover dat uit het arrest 'niet mag worden afgeleid dat de Hoge Raad in gevallen als hiervoor bedoeld van een minder strikt criterium uitgaat, c.q. dat de Hoge Raad voor het aannemen van samenspanning reeds voldoende zou achten dat de bestreden rechtshandeling is verricht tussen twee vennootschappen met hetzelfde bestuur, of dat een dergelijke omstandigheid steeds behoort te leiden tot een omkering van de bewijslast op de voet van art. 150 Rv.'

234 Zie Hof Arnhem 9 januari 1996, *JOR* 1996/26, m.nt. SCJJK en Rechtbank Amsterdam 14 mei 1997, *JOR* 1997/87. Zie ook Rechtbank Arnhem 7 maart 2002, *JOR* 2002/158, waar de rechtbank uit de omstandigheden afleidt dat er sprake was van samenspanning en een van de relevante omstandigheden was dat de schuldenaar en diens wederpartij gerelateerde partijen waren als in artikel 43 lid 1 sub 5 Fw.

235 Zie o.a. Rechtbank Rotterdam 4 april 2007, *JOR* 2007/251 (Transforwarding). De betaling vond plaats aan een gerelateerde vennootschap. In dit geval was duidelijk dat het faillissement spoedig zou volgen (het AVA-besluit voor een eigen aangifte was reeds genomen) en waren dezelfde bestuurder/werknemers bij betalingsopdracht betrokken bij betaling en ontvangst. Zie ook Rechtbank Utrecht 15 augustus 2007 *JOR* 2007/284. Het betrof hier de verkoop van de exploitatie van een café (30 januari 2003) met betaling op rekening advocaat gevolgd door verrekening (3 februari 2003). De schuldenaar faillieert vervolgens op 30 juni 2003. De rechtbank oordeelt zowel artikel 47 Fw als artikel 42 Fw van toepassing (zie kritische noot Faber). Voor artikel 47 Fw hanteert de rechtbank niet eens de Cikam-route. Dit kon de rechtbank doen doordat de schuldenaar in een faillissementsverhoor met zoveel woorden had verklaard: 'Ik had niets met de andere schuldeisers' en 'we hebben hier naar toe gewerkt'. De toepasselijkheid van artikel 47 Fw is opvallend, omdat er geen sprake was van gerelateerde partijen en de betaling bijna vijf maanden voor faillietverklaring had plaatsgevonden.

Voor toepassing van artikel 47 Fw geldt geen limitering in tijd in de zin dat slechts verplichte rechtshandelingen in een bepaalde periode voorafgaand aan het faillissement vernietigbaar zijn. De parlementaire geschiedenis verwerpt uitdrukkelijk een dergelijke beperking.²³⁶ De vraag rijst dan in hoeverre onder artikel 47 Fw vereist is dat partijen het faillissement konden voorzien. Deze vraag krijgt noch in de literatuur noch in de rechtspraak veel aandacht. In een zaak berecht door de Rechtbank Utrecht in 1925 oordeelde de rechtbank dat *niet* vereist is dat partijen weten dat het faillissement zal volgen. Gezien de omstandigheid dat, volgens de parlementaire geschiedenis en de Hoge Raad in het arrest Verkerk q.q./Tiethoff, de samenspanning verder gaat dan wetenschap van benadeling, zullen strenge eisen gesteld worden aan de mate waarin de partijen de insolventie konden voorzien. In meer recente rechtspraak waarin artikel 47 Fw van toepassing werd geacht, was er onveranderlijk sprake van zeer ernstige financiële problemen.²³⁷

4.2.3.4 *Waarom samenspannen?*

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat vereist is dat zowel aan de zijde van de schuldenaar als aan de zijde van de schuldeiser het oogmerk heeft voorgezetten, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven andere te begunstigen.²³⁸ Dit is mijns inziens een vreemde benadering van de problematiek. Het zal de schuldeiser weinig uitmaken wat met de andere schuldeisers gebeurt, zolang hij zelf maar betaald krijgt. Het is ook niet verwonderlijk dat de schuldeiser juist op het moment dat het faillissement dreigt, alles in het werk zal stellen om de schuldenaar te bewegen juist hem nog te betalen. Civielrechtelijk bestaan er in beginsel ook geen risico's voor de schuldeiser. In het ergste geval dient hij, afgezien van proceskosten, slechts dat af te staan wat hij heeft ontvangen.

Interessanter is de vraag waarom de bestuurder nog op de valreep bepaalde schuldeisers voldoet. Waarom betaalt een schuldenaar nog net die ene schuldeiser, zelfs als hij weet dat het faillissement van de rechtspersoon-schuldenaar onvermijdelijk is? De vraag wordt des te prangender omdat de bestuurder ook persoonlijke aansprakelijkheid riskeert. Waar de wederpartij civielrechtelijk in beginsel slechts riskeert te moeten teruggeven aan de boedel wat hij heeft ontvangen, riskeert de bestuurder persoonlijke aansprakelijkheid. Omdat hij niet zelf ontvanger van de betaling is, zal hij dit uit eigen middelen moeten betalen. Twee motieven

236 Rapport aan de Koningin-Regentes, in: Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 450. 'Het stellen van een termijn, gelijk de Raad van State wenschelijk acht, ware naar de meening van den ondergetekende, in strijd met het wezen van deze bepaling.'

237 Zie Hof Arnhem 9 januari 1996, *JOR* 1996/26 (Rokla/Keijser q.q.), m.nt. SCJJK. Ten tijde van het verrichten van de gewraakte handeling wisten partijen dat er onvoldoende was om alle crediteuren volledig te voldoen. Rechtbank Rotterdam (19 november 1998, *TvI-N* 2000, p. 32) oordeelde dat de enkele omstandigheid dat de schuldenaar en diens wederpartij dezelfde bestuurder hebben onvoldoende is om aan te nemen dat er sprake was van samenspanning. De rechtbank voegde daaraan toe dat samenspanning zou kunnen worden aangenomen indien de situatie van de schuldenaar zo was dat op het moment dat de betaling verricht wordt, de situatie zo slecht is dat de betaling noodzakelijkerwijze ten gevolg heeft dat de overige crediteuren niet betaald kunnen worden.

238 HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628 (Gispén q.q./IFN), m.nt. PvS.

worden hier nader besproken, waarbij wordt aangegeven in hoeverre dit voor de beoordeling van een beroep op samenspanning een rol speelt. Ten eerste het reeds aan de orde gekomen geval waarin een nauwe band bestaat tussen de schuldenaar, bestuurder en schuldeiser. Ten tweede het geval waarin de bestuurder zich persoonlijk heeft borg gesteld jegens de schuldeiser.

4.2.3.4.1 Nauwe band tussen schuldenaar, bestuurder en schuldeiser

Een duidelijke reden waarom de bestuurder een betaling verricht terwijl hij weet dat faillissement reeds onvermijdelijk is, is dat hij niet alleen een belang heeft in de schuldenaar, maar ook belangen heeft in de schuldeiser. Dit was bijvoorbeeld het geval in HR Cikam, waar min of meer een personele unie bestond tussen de schuldenaar en de schuldeiser. Deze gevallen liggen voor de hand en zijn niet moeilijk in te passen. De Cikam-jurisprudentie is in die zin flexibel en voorziet in de mogelijkheid onder omstandigheden de bewijslast om te keren.

4.2.3.4.2 Borgstelling door bestuurder

Nu zijn er ook gevallen waarin de schuldenaar op het allerlaatste moment een schuldeiser voldoet zonder dat de bestuurder van de schuldenaar een belang heeft in de schuldeiser. Hoe valt dan te verklaren dat bestuurders op het laatste moment bepaalde schuldeisers voldoen? Onvoldoende onderkend is hier de omstandigheid dat bestuurders zich vaak persoonlijk borg stellen jegens schuldeisers. Door een borgstelling van de bestuurder loopt deze zelf een risico als de vennootschap niet haar schulden kan voldoen. De bestuurder zal proberen te zorgen dat in elk geval de schuldeisers jegens wie hij zich borg heeft gesteld voldaan worden of op zijn minst zekerheidsrechten voor hun vorderingen krijgen.

Vooral in het midden- en kleinbedrijf is een borgstelling jegens de bank veel voorkomend. De gekozen constructie van een borgstelling door de bestuurder leidt ertoe dat een bank veel minder toezicht hoeft te houden op haar kredietnemer. Ook hoeft een bank, zodra betalingsonmacht dreigt, zich veel minder dreigend en agressief op te stellen. In de regel zal een bestuurder die de (dreigende) problemen onderkent, zelf tijdig aan de bel trekken. De bank zal in de regel een zeer bereidwillige bestuurder tegenover zich treffen voor zover zij nog extra zekerheden verzoekt. De borgstelling van de bestuurder jegens de bank werkt daarbij als een hefboom. Een bestuurder die zich voor € 200.000 persoonlijk borg stelt zal eenvoudig bewogen kunnen worden om nog voor € 2 miljoen aan zekerheidsrechten te vestigen.

De aandacht voor het eigenbelang van de bestuurder bij betalingen door de vennootschap is in het Nederlandse recht zeer beperkt. De Liagre Böhl bespreekt wel de garanties afgegeven door bestuurders als een verklaring waarom bestuurders nog op het laatste moment zekerheden aan banken verstrekken.²³⁹ Abendroth

²³⁹ De Liagre Böhl, *Sanering en faillissement*, p. 228. De Liagre Böhl ziet mogelijkheden voor nog verdergaande gevolgen, namelijk dat wanneer bij een versnelling van het cessietempo het initiatief van de schuldenaar uitgaat, de cessie onverplicht is. *‘Wel dient een curator zich af te vragen of een versnelling van het cessietempo*

werpt de terechte vraag op in hoeverre het leerstuk van tegenstrijdig belang²⁴⁰ hier grenzen stelt.²⁴¹

Een duidelijk voorbeeld voor hoe het handelen van bestuurders wordt beïnvloed voorafgaand aan de insolventverklaring biedt het geval Aerts q.q./Rabobank en FGH. Hier had de bestuurder van Fort Kruiwagens B.V., de heer Beuzekom, zich borg gesteld jegens FGH.²⁴² Op het moment dat partijen bezig waren met een bodemverhuurconstructie, waren de bestuurder en diens advocaat druk in de weer om te zorgen dat de bank zoveel mogelijk zekerheden zou krijgen om zodoende het *exposure* van de bestuurder zo beperkt mogelijk te houden. De rechtbank komt als volgt tot het oordeel dat sprake is van samenspanning in de zin van artikel 47 Fw.

‘4.27. Het handelen van FGH dat tot de tweede verpanding ten gunste van haar heeft geleid was aldus ingegeven door de ernst van de situatie van Fort in die dagen en de wetenschap dat met faillissement op korte termijn zeer ernstig rekening moest worden gehouden. Daaraan kan niet afdoen dat FGH niet vóór 7 oktober 2005 is overgegaan tot de opzegging van haar eigen financiering en tot die tijd de hoop koesterde dat zulks kon worden vermeden.

4.28. Ook het handelen van Van Beuzekom heeft in het teken gestaan van het naderende faillissement van Fort. Hij wist immers al in de middag van 5 oktober 2005 dat ING het verzoek om herfinanciering had afgewezen, waardoor het faillissement onvermijdelijk was geworden, en heeft niettemin op 6 oktober 2005 ingestemd met de tweede verpanding ten behoeve van FGH nadat hem door FGH was toegezegd dat er op zijn persoonlijke borgstelling van “1 op 1” aftrek zou worden toegepast waar het de opbrengsten uit die verpanding betrof. Daargelaten de verklaring van Van Beuzekom dat hij op 5 oktober 2005, toen IJst hem om de tweede verpanding verzocht, niet kon overzien wat dit voor de overige schuldeisers betekende, dat hij die gevolgen ook op 6 oktober 2005 en na overleg met zijn raadsman nog niet tot zich had laten doordringen, acht de rechtbank, wat er ook zij van zijn persoonlijke omstandigheden in die tijd, niet aannemelijk. FGH, die tot dan toe voor haar onderdekking met een concurrente vordering op de boedel zou blijven zitten, bedong aldus een recht als separatist. Dat dit ten koste zou gaan van de overige concurrente schuldeisers, ligt zo voor de hand dat van een bestuurder in de positie van Van Beuzekom kan worden aangenomen dat dit bekend zou zijn. (...)

4.29. Tegen deze achtergrond moet het overleg dat is gevoerd tussen FGH en Van Beuzekom dat heeft geleid tot de door FGH gewenste verpanding enerzijds en tot het persoonlijke voordeel van Van Beuzekom aangaande de uitwinning

in het zicht van een faillissement spontaan – dat wil zeggen niet op verzoek van de bank – heeft plaatsgevonden. Dit kan voorkomen indien met de debiteur gelieerde (rechts)personen, die de debiteur besturen, borg staan voor het bankkrediet en aldus belang hebben bij een goede dekkingpositie van de bank. Kan het spontane karakter worden aangetoond, dan is de cessie onverplicht en dus aantastbaar.’

²⁴⁰ Zie artikel 2:146 BW en artikel 2:256 BW.

²⁴¹ Abendroth, *Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen*, p. 59-65.

*door FGH van zijn borgstelling anderzijds, worden gekwalificeerd als samenspanning in de zin van artikel 47 Fw met het doel om FGH ten gunste van andere schuldeisers te bevoordelen.*²⁴³

Opvallend is dat de rechtbank niet overweegt dat FGH wist dat het faillissement aangevraagd zou worden of onvermijdbaar was, maar ‘slechts’ oordeelt dat zij handelende met de wetenschap dat met faillissement op korte termijn zeer ernstig rekening moest worden gehouden. Waar op grond van de Hoge Raad-jurisprudentie²⁴⁴ dus in beginsel onvoldoende aanknopingspunten zouden zijn om tot samenspanning te komen, komt de rechtbank hier wel tot dit oordeel. Cruciaal in het oordeel van de rechtbank lijkt dan ook de overweging dat Beuzekom alleen zichzelf kon bevoordelen door FGH te bevoordelen. Indien men de lijn ingezet door de Rechtbank Utrecht zou volgen, zou dit het enigszins paradoxale gevolg hebben dat hoe meer zekerheden de bank bedingt (naast de verplichting tot zekerheidstelling door de schuldenaar een borgstelling door de bestuurder), hoe minder zeker zij kan zijn van haar zekerheden.

Faber meent dat de rechtbank te makkelijk tot haar oordeel ten aanzien van samenspanning komt. Hij schrijft in zijn noot, zonder nadere toelichting, het volgende:

*‘Het lijkt erop dat de rechtbank uiteindelijk uit het feit dat de bestuurder van Fort in het zicht van het faillissement van Fort bij de genoemde verpanding voor zichzelf een voordeel heeft bedongen (te weten een één-op-één vermindering van zijn verplichtingen uit hoofde van de met FGH gesloten borgtocht-overeenkomst), afleidt dat Fort het oogmerk heeft gehad FGH boven andere schuldeisers te begunstigen (zie r.o. 4.22, 4.24, 4.25, 4.28 en 4.29). Dat is net iets te kort door de bocht.’*²⁴⁵

De vraag is zeer principieel van aard. Kan een beroep op samenspanning gevonden worden in de omstandigheid dat door een bepaalde schuldeiser te bevoordelen de bestuurder zichzelf tracht te bevoordelen? Het Nederlandse recht terzake is onduidelijk en kent hier nog nauwelijks enige rechtsontwikkeling.²⁴⁶

242 Verder was J.L. Beuzekom Holding B.V. hoofdelijk verbonden voor de schuld.

243 Rechtbank Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, m.nt. Faber (Aerts q.q./Rabobank en FGH).

244 Zie hierboven § 4.2.3.3.2.

245 Rechtbank Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, m.nt. Faber (Aerts q.q./Rabobank en FGH).

246 In het Engelse en het Amerikaanse recht kan de curator in deze gevallen een rechtstreekse vordering instellen tegen de bestuurder. Zie hierover hoofdstuk 3 (§ 3.2.2 en § 3.3.2).

247 Hiermee is niet gezegd dat de bestuurder vrijuit gaat in de relatie tot de bank. Met de vernietiging van de betaling herleeft de vordering van de bank. De bank kan deze vordering ook gewoon ter verificatie indienen in het faillissement. In beginsel kan de bank m.i. ook gewoon de bestuurder onder de borg aanspreken. Banken doen er in elk geval goed aan ter bewaking van hun rechten slechts kwijting te verlenen onder voorwaarde dat betalingen en zekerheden niet worden bestreden en kunnen ook reeds bij het opstellen van de borgstelling rekening houden met de complicaties als hier beschreven. Voordeel van deze benadering is dat de curator de besmette transactie zelf kan aantasten en niet slechts aangewezen is op de (vaak niet of weinig solvabele) bestuurder. Waarmee ik overigens niet wil zeggen dat, indien hier onder deze omstandigheden samenspanning zou worden aangenomen, automatisch gegeven zou zijn dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt gemaakt zou kunnen worden.

Bedacht dient te worden dat de rechtbank de samenspanning niet enkel baseert op de wens van Van Beuzekom om zijn eigen belang veilig te stellen. Ik meen dan ook dat er geen principieel bezwaar bestaat om artikel 47 Fw in die zin te interpreteren dat samenspanning kan worden aangenomen indien de situatie van de schuldenaar vrijwel uitzichtloos is en de schuldenaar nog die schuldeisers voldoet waarvoor de bestuurder zichzelf heeft borg gesteld. Het gevolg van een dergelijke interpretatie is dat de bank niet te veel kan vertrouwen op de verplichting van de schuldenaar om op eerste verzoek zekerheden te stellen indien nakoming van deze verplichting afgedwongen wordt over de band van een persoonlijke borgstelling door de bestuurder.²⁴⁷

Ik kom hier dus tot de conclusie dat de borgstelling door een bestuurder, wel degelijk van belang kan zijn voor het beoordelen of van samenspanning tussen schuldenaar en wederpartij sprake is. De borgstelling van de bestuurder jegens de financier heeft dan rechtstreeks effect op de relatie van curator tot wederpartij. Voor zover sprake is van samenspanning kan de curator de wederpartij aanspreken. Hiermee is nog niets gezegd over de verhouding van curator tot bestuurder. Of de curator ook ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering tot schadevergoeding jegens de bestuurder kan instellen, hangt af van de separate vraag of de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden.²⁴⁸

Verder zal de bestuurder die zich borg stelt vaak ook, al dan niet middellijk, grootaandeelhouder zijn. Deze omstandigheid is bij het voorgaande buiten beschouwing gelaten. In het inleidende hoofdstuk is reeds aandacht besteed aan benadeling van schuldeisers doordat aandeelhouders de vennootschap niet met kapitaal, maar met leningen of met garanties financieren. Ik meen, vooruitlopend op de aanbeveling om te komen tot een rechtstreekse vordering van de curator op de (groot)aandeelhouder die zich borg stelt (zie § 4.3.2 in samenhang met § 4.5.4.3.4), dat het volgende recht zou doen aan de complicaties die ontstaan indien betrokkenen bij de vennootschap zich borg stellen jegens financiers en juist deze financiers in de aanloop naar het faillissement nog voldaan worden dan wel nieuwe zekerheidsrechten krijgen.

Indien de aandeelhouder, niet tevens bestuurder, zich borg stelt jegens een schuldeiser, en juist die schuldeiser op de valreep voldaan wordt dan wel nieuwe zekerheidsrechten verkrijgt, vormt dit een vermindering van het *exposure* van de aandeelhouder. De curator zou tot het bedrag van de afname van dit *exposure* een rechtstreekse vordering op de aandeelhouder dienen te krijgen. De gedachte hierachter dient niet zozeer te zijn dat partijen onrechtmatig hebben gehandeld, maar dat de facto een onttrekking van risicodragend vermogen heeft plaatsgevonden. In dat verband zou deze regel kunnen gelden voor alle voldoeningen door de schul-

248 Zie hierover verder § 4.4.2.

denaar verricht binnen een jaar voor faillissement voor welke schulden de aandeelhouder zich heeft borggesteld. Nu de bestuurder niet zelf in de tang van de schuldeiser zit, past het niet hier snel samenspanning aan te nemen, ook al oefent de aandeelhouder aanzienlijke druk op de bestuurder uit. De positie van de financier zou dan te veel afhankelijk worden van de verhouding aandeelhouder tot bestuurder.

Indien de bestuurder, niet aandeelhouder, zich borg stelt jegens de financier en deze financier, als in het geval van Fort/Van Beuzekom, op de valreep nog voldaan wordt of nieuwe zekerheidsrechten verkrijgt, past het hier om, indien de situatie vrijwel uitzichtloos is, relatief snel samenspanning aan te nemen. De gehele voldoening of de gehele zekerheidstelling wordt hiermee vernietigd, ongeacht de hoogte van de borg. Hiermee wordt ook het hefboomeffect van de borgstelling door de bestuurder verdisconteerd. Het past deze sanctie te beperken in tijd, tot bijvoorbeeld drie maanden voor de aanvraag tot faillietverklaring.

Indien de bestuurder tevens aandeelhouder is, komen deze twee benaderingen samen. Voor zover de wederpartij is voldaan of zekerheidsrechten heeft verkregen in de periode van drie maanden voor de aanvraag tot faillietverklaring, kan hier snel samenspanning worden aangenomen. De gehele voldoening of borgstelling kan dan worden vernietigd. Indien de voldoening of de zekerheidsverstrekking langer voor de aanvraag tot faillietverklaring heeft plaatsgevonden, past het niet om de pauliana tegen de wederpartij in te roepen. Voor de betalingen en zekerheidstelling in het jaar voorafgaand aan het faillissement, past echter nog wel een vordering op de aandeelhouder. Deze vordering zal in omvang beperkt zijn tot de vermindering van het *exposure* oftewel de omvang van de borgstelling.

4.2.3.5 *Verhouding van artikel 47 Fw tot artikel 42 Fw*

De verhouding tussen artikel 47 Fw en artikel 42 Fw is aanzienlijk gecompliceerder dan veelal lijkt te worden aangenomen. De stilzwijgende premisse lijkt te zijn dat de norm van artikel 47 Fw ten aanzien van de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen *altijd* zwaardere eisen stelt dan de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen. Oftewel, men lijkt in het algemeen ervan uit te gaan dat indien aan één van de twee gronden voor aantastbaarheid van artikel 47 Fw voldaan zou zijn (samenspanning of de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag), partijen ook *altijd* wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw hebben gehad. Dat deze impliciete aanname onjuist is, vormt onderwerp van deze paragraaf. Het gaat dan vooral om de verhouding tussen de norm van artikel 42 Fw en de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag.

Waar artikel 47 Fw ziet op de verplichte voldoening van een opeisbare schuld, komt de vraag op of artikel 47 Fw ook ziet op die gevallen waarbij partijen over en weer nog verplichtingen aangaan en ook beiden meteen presteren. Het betreft hier een veelheid van mogelijke overeenkomsten die gesloten en uitgevoerd kunnen worden terwijl reeds een faillissementsaanvraag aanhangig is. Te denken valt aan de cateraar die nog maaltijden verzorgt voor het personeel, dat overwerkt om

te bezien of de financiële crisis en de faillissementsaanvraag het hoofd geboden kunnen worden. Valt de contante betaling aan de cateraar die weet van de faillissementsaanvraag onder artikel 47 Fw? Of dient geoordeeld te worden dat, hoewel hier juridisch sprake is van de voldoening van een opeisbare schuld, deze eigenlijk helemaal niet aan artikel 47 Fw getoetst dient te worden, maar aan artikel 42 Fw?²⁴⁹ Nu zal de curator zich in de regel niet voor deze relatief kleine betalingen interesseren. Het probleem speelt echter ook bij leveranciers die onderdelen (door)leveren noodzakelijk voor het productieproces en die weten van een aanhangige faillissementsaanvraag.²⁵⁰ Indien deze leveranciers meteen betaald krijgen, is dan artikel 47 Fw van toepassing of dient het handelen, inclusief de betaling, getoetst te worden aan artikel 42 Fw? Dezelfde vraag komt op bij de advocaat die ingeschakeld wordt om verweer te voeren tegen een aanhangige faillissementsaanvraag en bij een financier die weet van de aanhangige faillissementsaanvraag maar nog wel nieuw krediet tegen zekerheden verschaft. Op goede gronden kan betoogd worden dat niet alleen op het aangaan van deze overeenkomsten, maar ook op de onmiddellijke betaling slechts artikel 42 Fw van toepassing is en niet tevens artikel 47 Fw.

De vraag welke bepaling in deze gevallen het toetsingskader biedt, is uiteraard slechts relevant indien men aanneemt dat de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag in de zin van artikel 47 Fw niet per se betekent dat de wederpartij die een prestatie ontvangt ook wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw heeft. Indien men aan zou nemen dat een wederpartij met de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag *altijd* de wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw zou hebben, dan is verder niet van belang te bezien of artikel 42 Fw of artikel 47 Fw van toepassing is zodra de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag vaststaat.

Ten aanzien van de verhouding van de norm van artikel 47 Fw tot artikel 42 Fw noemt Wessels als belangrijk verschil dat artikel 47 Fw niet de mogelijkheid van tegenbewijs kent en dat de wetenschap van benadeling in artikel 47 Fw in het geheel geen rol speelt.²⁵¹ Waar binnen artikel 47 Fw ten aanzien van ‘betalingen’ en ‘voldoening van een opeisbare schuld’ dus geen ruimte bestaat om aan te voeren dat er omstandigheden waren die met zich brachten dat de betaling verricht hangende de faillissementsaanvraag toch onaantastbaar verricht zou kunnen worden, heeft artikel 42 Fw een meer open systeem. Daar gaat het om wetenschap van benadeling, waarbij de aanhangige faillissementsaanvraag uiteraard wel van groot

249 Uitgangspunt van de pauliana is m.i. dat een *rechtshandeling* van de schuldenaar altijd getoetst moet kunnen worden aan ofwel artikel 42 Fw of artikel 47 Fw. Indien een rechtshandeling niet onder artikel 47 Fw zou vallen, dan zou deze daarmee onder artikel 42 Fw vallen.

250 Voor zover de goederen al dan niet in verwerkte vorm nog voorhanden zijn, speelt de vraag of er wel sprake is van benadeling. Indien de goederen en de producten niet meer voorhanden zijn, zal er echter in de regel sprake van benadeling zijn.

251 Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 121.

belang is, maar waar mijns inziens nog wel tegenbewijs mogelijk is. De wederpartij die goederen heeft geleverd en contant betaald heeft gekregen kan bijvoorbeeld op goede gronden betogen dat hij er niet van uit hoefde te gaan dat de waarde van zijn prestatie, indien het tot een faillissement zou komen, niet voor de schuldeisers beschikbaar zou zijn. De ingeschakelde advocaat om verweer te voeren tegen een faillissementsaanvraag zal veelal op goede gronden kunnen betogen dat hij bij aanvang van zijn werkzaamheden nog niet kon weten dat zijn werkzaamheden niet tot het gewenste resultaat zouden leiden. De enkele wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag brengt dan ook niet mee dat de wederpartij reeds daarmee de wetenschap van benadeling als bedoeld in artikel 42 Fw heeft.

Een belangrijk argument tegen toepasselijkheid van artikel 47 Fw op gevallen waarin de schuldenaar en wederpartij een nieuwe wederkerige overeenkomst aangaan en terstond presteren, is dat toepasselijkheid zich slechts zou verhouden tot de achtergrond van deze bepaling. Artikel 47 Fw is volgens de wetgever in de eerste plaats gebaseerd op de goeder trouw die schuldeisers onderling jegens elkaar in acht dienen te nemen.²⁵² Wil een wederpartij gebonden zijn aan de redelijkheid en billijkheid die de verhouding van schuldeisers *onderling* beheerst, dan dient deze wederpartij in principe de hoedanigheid van schuldeiser te hebben. Het past m.i. niet de werking van artikel 47 Fw uit te breiden tot die gevallen waarin de wederpartij deze hoedanigheid pas verkrijgt met het verrichten van een nieuwe rechtshandeling waarbij terstond gepresteerd wordt.

Een benadering waarbij artikel 47 Fw ook op deze rechtshandelingen van toepassing zou zijn, zou verder het risico met zich brengen dat de schuldenaar buiten het commerciële verkeer wordt geplaatst doordat een faillissementsverzoek tegen hem is ingediend. Elke rechtshandeling die de schuldenaar verricht hangende de faillissementsaanvraag zou vernietigbaar worden indien later blijkt dat deze benadelend uitwerkt. Wetenschap van benadeling speelt immers geen rol onder artikel 47 Fw. Een aanhangige faillissementsaanvraag zou daarmee een *selffulfilling request* kunnen worden.

Nu de reikwijdte van artikel 47 Fw zeer beperkt is, leidt de afbakening van het toepassingsgebied van artikel 47 Fw tot dat van artikel 42 Fw zelden tot problemen en is de kwestie nog niet aan de Hoge Raad voorgelegd. Ook in de lagere rechtspraak komt de vraag of bepaalde rechtshandelingen verricht hangende de aanvraag mogelijk aan artikel 42 Fw en niet aan artikel 47 Fw getoetst dienen te worden, slechts sporadisch naar voren. Hierbij wordt dan niet de oplossing gevolgd dat de rechtshandeling als geheel genomen onverplicht is, maar wordt een andere weg bewandeld. In de regel wordt het geschil afgedaan met de constatering dat het

²⁵² Memorie van toelichting bij art. 47 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 449.

ofwel helemaal niet om een nieuwe onverplichte rechtshandeling gaat,²⁵³ ofwel dat van benadeling geen sprake is.²⁵⁴ Bij onenigheid ten aanzien van de declaraties van de advocaat die verweer heeft gevoerd tegen de faillissementsaanvraag, wordt veelal een beroep gedaan op een recht op juridische bijstand.²⁵⁵ De paulianabepaling wordt daarmee als het ware overruled door een geheel ander recht.

M.i. zou men binnen de pauliana-regeling zelf in deze kwesties tot een juiste balans moeten kunnen komen. Dit kan in deze gevallen uitstekend binnen artikel 42 Fw.²⁵⁶ Hier past m.i. een vergelijkbare toets zoals aangelegd in HR Muurmans q.q./Lückers, het arrest van de Hoge Raad ten aanzien van de inschakeling van adviseurs bij een saneringspoging.²⁵⁷ In het hoger beroep had het hof overwogen dat niet was voldaan aan de door artikel 42 Fw gestelde eis van wetenschap van benadeling van de schuldeisers, nu niet was komen vast te staan dat schuldenaar en wederpartij ‘hadden kunnen voorzien, dat de door hen beoogde reddingsoperatie op het moment, dat de meergenoemde afspraken zouden zijn gemaakt, reeds niet meer tot succes kon leiden’. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.

Hoe zou men een exclusieve toepasselijkheid van artikel 42 Fw op de hier besproken gevallen vorm kunnen geven? Het gaat er dan om zowel het aangaan van de wederkerige overeenkomst als de gelijktijdige uitvoering daarvan enkel en alleen aan artikel 42 Fw te toetsen en buiten toepasselijkheid van artikel 47 Fw te hou-

253 Zie Hof Arnhem 2 augustus 1988, *NJ* 1989, 890. De advocaat die verweer had gevoerd tegen de faillissementsaanvraag stelde zich op het standpunt dat de betaling zag op een voorschot, kennelijk ter zake van nog uit te voeren werkzaamheden in verband met de aanvraag. Het hof stelde echter vast dat er geen sprake was van de betaling van een voorschot, maar van het betalen van een einddeclaratie. Vervolgens oordeelde het hof: ‘*De vraag wat rechtens geweest zou zijn in geval het er voor gehouden zou moeten worden dat in werkelijkheid een voorschotdeclaratie zou zijn voldaan speelt verder geen rol.*’

254 In 1934 diende de Rechtbank Amsterdam (Rechtbank Amsterdam 4 mei 1934, *NJ* 1934, p. 822) te oordelen over de terugbetaling van daggelden verstrekt aan de schuldenaar teneinde deze in staat te stellen zijn bedrijf hangende de faillissementsaanvraag voort te zetten. De rechtbank overwoog als volgt: ‘*O. toch dat, daargelaten of de wetgever met de woorden: “opeisbare schuld” niet alleen het oog heeft gehad op schulden reeds bestaande, toen het faillissement dreigde, en niet op schulden, die toen nog moesten ontstaan, hij laatstgenoemde schulden niet kan hebben bedoeld, indien deze worden aangegaan om als het ware van dag tot dag te worden afgelost en met het doel de mogelijkheid te scheppen het den aanstaanden failliet mogelijk te maken, zonder verandering overigens van zijn bestaanden staat van baten en schulden, zijn bedrijf inmiddels niet te laten verlopen, vermits in een zoodanig geval van een zich onttrekken aan den concursus creditorum, hetgeen de uitzonderingsregel van art. 47 Fw. beoogt te voorkomen, geen sprake is.*’

255 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 17 april 2007, *LJN* BC9717. De rechtbank wees een vordering van de curator af voorzover deze zag op de betaling van een voorschot in verband met aanhangige faillissementsaanvraag en juridische begeleiding bij een doorstart. De rechtbank overwoog als volgt: ‘*Een ander oordeel zou tot gevolg hebben dat een bedrijf waarvan het faillissement is aangevraagd, zonder financiële bijstand van derden geen juridische bijstand meer zou kunnen verkrijgen terzake van die aanvraag en bij een mogelijke doorstart om de eenvoudige reden dat haar adviseurs niet betaald zouden kunnen worden c.q. alleen betaald zouden kunnen worden indien vast komt te staan dat de crediteuren uiteindelijk zijn gebaat door de verrichte werkzaamheden. Een dergelijke uitkomst zou maatschappelijk ongewenst zijn.*’ Zie verder over de problematiek ook Gispen (G.H. Gispen, ‘Betaling aan een advocaat vlak voor het faillissement van zijn cliënt voor werkzaamheden in het kader van het voeren van verweer tegen de faillissementsaanvraag: paulianeus of niet?’, noot bij Rechtbank Zwolle 13 mei 1998 (Mr. M./Mr. B q.q.), *TvJ* 1998, 10, p. 223) die het probleem wil oplossen over de band van benadeling met als uitgangspunt dat er van benadeling geen sprake zou zijn. Dit standpunt lijkt na het wijzen van het arrest HR 5 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II) niet meer mogelijk.

256 HR 12 november 1999, *JOR* 2000/86.

257 Zie hierover hierboven § 4.2.1.4.5.

den. Men kan hiervoor aansluiting zoeken bij hetgeen bij de totstandkoming van Boek 6 BW ten aanzien van o.a. artikel 3:45 lid 2 BW (de BW-pauliana) is opgemerkt.²⁵⁸ Hier neemt de wetgever het standpunt in dat aanbod en aanvaarding niet als afzonderlijke rechtshandelingen mogen worden opgevat, ‘maar als onzelfstandige onderdelen van een als eenheid opgevatte meerzijdige rechtshandeling’.²⁵⁹ Een gelijke benadering zou mijns inziens gevolgd kunnen en dienen te worden bij het bepalen of een rechtshandeling verplicht of onverplicht is verricht. Bij een koop tegen contante betaling past het m.i. niet om de betaling onder de verder onverplichte koopovereenkomst te scheiden en als een alleenstaande verplichte rechtshandeling te beschouwen en onder de werking van artikel 47 Fw te brengen. In § 4.5.1.1.1 wordt een voorstel gedaan voor een wettelijke regeling terzake.

4.2.4 Artikel 3.2.5 VO: Verplichte rechtshandelingen in het Voorontwerp

Het Voorontwerp voor een nieuwe insolventiewet voorziet in een uitbreiding van de mogelijkheden om verplichte²⁶⁰ rechtshandelingen te vernietigen.²⁶¹ Het Voorontwerp bepaalt het volgende in artikel 3.2.5:

Artikel 3.2.5 Verplicht verrichte rechtshandelingen

De bewindvoerder kan een rechtshandeling die de schuldenaar binnen drie maanden voor het verzoek tot insolventverklaring verplicht heeft verricht, vernietigen, indien degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht, wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was en dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, tenzij er onder de gegeven omstandigheden voor het verrichten van de rechtshandeling een rechtvaardiging bestond.

Het voorgestelde artikel 3.2.5 stelt hiermee vijf vereisten. De eerste twee vereisten zijn objectief (§ 4.2.4.2). Vereist is i) dat het gaat om een verplichte rechtshandeling die de schuldenaar heeft verricht in de drie maanden voor de aanvraag en ii) dat benadeling van schuldeisers het gevolg is geweest. Het derde en vierde vereiste zijn subjectieve vereisten (zie § 4.2.4.3). Vereist is iii) dat de wederpartij

258 Zie hierover in het kader van de vraag naar benadeling ook Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 29, 30.

259 MvA Afdeling 6.5.2 (Het tot stand komen van overeenkomsten), in: C.J. van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis Boek 6 Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1981, p. 878.

260 De aanpassingen ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet zijn enkel redactioneel van aard en zullen hier niet besproken worden.

261 Zie over de nieuwe regeling uitgebreid N.E.D. Faber, ‘Actio Pauliana en verrekening’, in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen en J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 167-201. G. van Dijk, ‘Wat te doen met de faillissementspauliana?’, *TvI* 2008, 11 en L.J. van Eeghen, ‘De actio Pauliana in het voorontwerp voor een Insolventiewet’, *TvI* 2008, 27. Zie vanuit een bancaire perspectief R.H.W.A. Verhoeven, ‘Verhaalsbenadeling in het voorontwerp Insolventiewet’, *Bb* 2008, p. 261-266.

wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring onvermijdelijk was en iv) dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat benadeling van een of meer schuldeisers het gevolg zou zijn. Ten slotte is er nog een vijfde, negatief vereiste, namelijk iv) dat geen rechtvaardiging bestond. Dit vijfde vereiste is niet eenvoudig als een objectief of een subjectief vereiste te kwalificeren.

4.2.4.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 3.2.5 VO

De commissie Kortmann zoekt de rechtvaardiging van artikel 3.2.5 VO in de *paritas creditorum*. De toelichting op het Voorontwerp vermeldt het volgende:

‘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 orderlijke 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.’²⁶²

4.2.4.2 Objectieve vereisten: een onduidelijk werkingsgebied

De commissie heeft met artikel 3.2.5 VO, blijkens de Toelichting, een bepaling willen opstellen die in principe ontworpen is voor de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen. Zij heeft een regel willen geven voor de verhouding van schuldeisers *onderling* wanneer zij geconfronteerd worden met het onvermijdbare faillissement van hun debiteur. Voorkomen dient te worden, aldus de commissie, dat de schuldeiser zichzelf nog ‘even vlak voor het verzoek tot insolventverklaring in een betere positie manoeuvreert’.

Zeer opvallend is dat de commissie in de Toelichting ter verduidelijking van de criteria van de nieuwe bepaling enkel en alleen voorbeelden (behoudens één enkele opmerking over opeisbare betalingen en zekerheidstellingen²⁶³) bespreekt die onder het huidige recht niet of slechts in uitzonderingsgevallen aan artikel 47 Fw getoetst worden, maar in de regel aan artikel 42 Fw. Zo bespreekt de commissie drie voorbeelden die kennelijk volgens haar wel binnen het toepassingsgebied van artikel 3.2.5 VO zouden vallen, maar vervolgens niet aan de criteria zouden voldoen: i) het verstrekken van nieuw krediet tegen nieuwe zekerheden, ii) leveranties of dienstverleningen tegen (contante) betaling door leveranciers en dienstverleners en iii) de inschakeling van een advocaat om verweer te voeren tegen een

262 Toelichting Voorontwerp, p. 222.

263 Zie Toelichting Voorontwerp, p. 222, 223: ‘De voorgestelde bepaling wijkt af van het huidige artikel 47 Fw en biedt enerzijds ruimere en anderzijds beperktere mogelijkheden tot het vernietigen van verplicht verrichte rechtshandelingen, zoals opeisbare betalingen en zekerheidstellingen.’

faillissementsaanvraag.²⁶⁴ Kennelijk heeft de commissie niet enkel de *norm* van artikel 47 Fw opgerekt, maar heeft de commissie daarmee ook het *toepassingsgebied* van artikel 47 Fw uitgebreid. Dat deze uitbreiding zich slecht verhoudt met de strekking van de bepaling, bespreek ik aan de hand van de voorbeelden die de commissie geeft.

De commissie noemt herstructureringen als eerste geval dat volgens haar weliswaar binnen het toepassingsgebied van artikel 3.2.5 VO valt, maar niet aan de norm van artikel 3.2.5 VO voldoet. De commissie stelt het volgende:

‘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. Ingeval van een – op zichzelf als onverplicht aan te merken – aanvullende financiering met bijbehorende additionele zekerheden, moet die getoetst worden aan artikel 3.2.3.²⁶⁵ De onderhavige pauliana komt pas in beeld als de reddingsactie niet slaagt en een insolventverklaring volgt. Blijkt nu de financier te optimistisch te zijn geweest en bij de reddingsactie de insolventverklaring redelijkerwijze niet te hebben kunnen voorzien, dan hoeft hij niet bang te zijn voor een succesvolle actie door de bewindvoerder. Bovendien zal er in dergelijke gevallen van een benadeling van schuldeisers geen sprake zijn, indien er een proportionaliteit is en de aanvullende zekerheden niet dienen om een onderdekking voor de reeds bestaande financiering weg te nemen of een feitelijk overstand van het bestaande krediet slechts op papier wordt gesanctioneerd zonder terbeschikkingstelling van nieuw krediet.’²⁶⁶

Hoe de commissie een en aander ziet is niet goed te volgen.²⁶⁷ De commissie doet het nu voorkomen alsof de herstructurering zonder formele insolventie toch getoetst moet worden aan artikel 3.2.3 VO. Voor een toetsing aan artikel 3.2.3 VO is uiteraard geen plaats indien er geen insolventverklaring ligt. Mogelijk wil de

264 Zie hierover ook R.J. de Weijs, ‘De Pauliana in het Voorontwerp: over het verschil tussen één- en tweerichtingsverkeer op de valreep’, *Tvl* 2008, p. 245-257. Zie ook kritisch hierover Faber, *Actio Pauliana en verrekening*, p. 182: ‘Zo dient men zich te realiseren dat artikel 3.2.5 van het Voorontwerp, met inbegrip van de tenzij-clausule, alleen betrekking heeft op verplicht verrichte rechtshandelingen. Bij de door de Commissie gegeven voorbeelden, die te algemeen zijn geformuleerd, behoeft dat geenszins het geval te zijn.’ In de toelichting geeft de commissie nog het volgende aan (Toelichting Voorontwerp, p. 223): ‘De mogelijkheid om op basis van deze bepaling te vernietigen ziet op alle rechtshandelingen die zijn verricht in de periode tot drie maanden voorafgaand aan het verzoek tot insolventverklaring.’ Hiermee weer suggererend dat het artikel niet beperkt zou zijn tot verplichte rechtshandelingen.

265 Artikel 3.2.3 VO luidt als volgt: Artikel 3.2.3 – Onverplicht verrichte rechtshandelingen anders dan om niet. Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wist of behoorde te weten dat benadeling daarvan het gevolg zou zijn.

266 Toelichting Voorontwerp, p. 223.

267 De opmerking van de commissie dat in geval van ‘aanvullende financiering met bijbehorende additionele zekerheden’ geen sprake van benadeling zou zijn, staat daarbij haaks op het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO II, waarin juist deze benadering door de Hoge Raad is verworpen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat bij het verstrekken van zekerheden tegen nieuw krediet in een opvolgend faillissement sprake zal zijn →

commissie zeggen dat, wanneer een reddingsoperatie binnen drie maanden voor het verzoek tot insolventverklaring is ondernomen maar alsnog in die periode faalt, deze getoetst dient te worden aan artikel 3.2.5 VO. Waarom dit het geval zou zijn wordt niet duidelijk. Artikel 3.2.5 VO lijkt hiervoor niet de aangewezen bepaling, omdat een nieuwe financier niet gezegd kan worden te proberen zich aan ‘*de concursus creditorum te onttrekken*’ of ‘*zich nog even in een betere positie te manoeuvreren*’. De toets die de commissie en passant formuleert past m.i. ook niet bij herstructureringen. De commissie stelt als norm of de financier de insolventverklaring redelijkerwijze heeft kunnen voorzien. Betrokkenen stellen juist alles in het werk om de insolventverklaring te voorkomen, waarmee vooral achteraf als de poging mislukt is, bezwaarlijk eenvoudig geoordeeld zou kunnen worden dat de betrokkenen de insolventverklaring redelijkerwijze hadden kunnen voorzien. De toets voor bonafide herstructureringen, zoals aangelegd door A. van Hees, Abendroth en A-G Huydecoper bij toepassing van artikel 42 Fw, gaat m.i. terecht uit van een geheel ander perspectief. Namelijk, kort gezegd, of er reële kansen zijn dat het faillissement kan worden afgewend.²⁶⁸ Waar herstructureringen thans in de regel aan artikel 42 Fw getoetst worden, dient dat m.i. in het Voorontwerp ook aan artikel 3.2.3 VO en niet aan artikel 3.2.5 VO te gebeuren. Beide artikelen zullen echter een rol kunnen spelen. Voor zover de bank extra zekerheden bedingt voor oud krediet op grond van de algemene bankvoorwaarden, zal dit nog wel getoetst moeten worden aan artikel 3.2.5 VO. En voor zover de bank nieuw krediet verschaft en nieuwe zekerheden bedingt, zal dit getoetst dienen te worden aan artikel 3.2.3 VO. Dat de bank in het kader van een herstructurering beide zal doen, het bedingen van zekerheden op grond van de algemene bankvoorwaarden en het bedingen van zekerheden voor het nieuwe krediet, ligt voor de hand. De bank zal dan, om zich te verweren tegen een beroep van de bewindvoerder op artikel 3.2.5 VO ten aanzien van de zekerheden voor oud krediet, kunnen wijzen op het feit dat zij ook nog daadwerkelijk nieuw krediet tegen nieuwe zekerheden heeft verschaft.²⁶⁹ De bank doet er m.i. verstandig aan om de zekerheden op te knippen; dus een eerste pand- of hypotheekrecht voor het oude krediet en een tweede pand- of hypotheekrecht voor het nieuwe krediet.

van benadeling, tenzij de bank de zekerheden niet hoeft aan te spreken. De overweging van de Hoge Raad maakt geen uitzondering, en biedt daartoe ook geen ruimte, voor zekerheden verstrekt tegen volledig nieuw krediet. Zie HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457, m.nt. PvS (Van Dooren q.q./ABN AMRO II). Zie hierover § 4.2.1.2.4.

²⁶⁸ Zie hierover § 4.2.1.4.5.

²⁶⁹ Het door banken wel geuite bezwaar dat reorganiseren, en het verstrekken van extra krediet, voor banken bedrijfseconomisch slechts interessant zou zijn als zij ook onaantastbaar zekerheden kunnen verkrijgen voor reeds verstrekt krediet en dat dit onder het Voorontwerp niet mogelijk zou zijn, gaat dan ook niet op. De zekerheden bedongen op grond van artikel 26 (voormalig artikel 20) ABV worden getoetst aan artikel 3.2.5 VO en zullen juist bij een reorganisatie standhouden. Het enige dat de nieuwe bepaling van artikel 3.2.5 VO voorkomt is dat een bank die verder niets doet en weet dat het faillissement onvermijdbaar is, nog wel zekerheden bedingt en verkrijgt. Het nieuwe artikel 3.2.5 VO zal dus mogelijk banken juist niet afschrikken om extra te financieren, maar een *incentive* vormen voor banken te bezien of er nog gereorganiseerd kan worden.

De commissie vervolgt met het voorbeeld van leveranciers en dienstverleners die hun prestatie tegen contante betaling leveren:

‘Er is echter ruimte voor uitzonderingen. Bepaalde rechtshandelingen kunnen in concreto gerechtvaardigd zijn. Het is aan de “wederpartij” aannemelijk te maken dat voor een bepaalde rechtshandeling onder de gegeven omstandigheden een (voldoende) rechtvaardiging bestond. Dit doet zich voor bij transacties die tot de normale bedrijfsuitoefening behoren of die anderszins gebruikelijk zijn, zodat deze buiten het bereik van deze bepaling vallen. In dit verband kan worden gedacht aan normale leveranties of dienstverleningen tegen (contante) betaling door leveranciers en dienstverleners die van de penibele situatie op de hoogte zijn en dus weten dat een betaling aan hen technisch gesproken tot benadeling van de schuldeisers leidt.’²⁷⁰

Onder de uitzondering van de voorgestelde regeling vallen kennelijk ook transacties verricht tegen de marktprijs. Ten eerste is niet duidelijk waarom een contante betaling aan een leverancier die goederen aflevert ‘technisch tot benadeling’ leidt indien de goederen of daarmee vervaardigde producten nog in het vermogen van de schuldenaar aanwezig zouden zijn. Pas indien deze goederen niet meer in het vermogen aanwezig zijn, zal sprake kunnen zijn van benadeling. Ook dan is echter nog niet duidelijk waarom dergelijke transacties, vooral wanneer deze uit een nieuwe overeenkomst voortvloeien, überhaupt aan 3.2.5 VO getoetst moeten worden en niet aan 3.2.3 VO. Ook hier kan niet gezegd worden dat de leverancier zich met de leverantie tegen contante betaling aan de *concursum creditorum* probeert te onttrekken of zich in een betere positie probeert te manoeuvreren.

De commissie noemt ook nog de inschakeling van de advocaat om verweer te voeren tegen een aanhangige faillissementsaanvraag als voorbeeld van een geval dat binnen het toepassingsgebied van artikel 3.2.5 VO zou vallen, maar toch niet aan vernietiging bloot zou moeten staan. De commissie stelt:

‘Voorts valt te denken aan de advocaat die de schuldenaar bijstaat in zijn verweer tegen een verzoek tot insolventverklaring en daarvoor betaald wordt. In al deze gevallen is voor de pauliana geen plaats, mits en voor zover de prestatie van de schuldenaar gelijkwaardig is aan de daar tegenover staande prestatie van de wederpartij.’²⁷¹

Ook de inschakeling van de advocaat, evenals de betaling van het voorschot, vormt mijns inziens een (onverplichte) rechtshandeling die in het geheel niet onder de werking van artikel 3.2.5 VO gebracht zou moeten worden.²⁷²

270 Toelichting Voorontwerp, p. 223.

271 Toelichting Voorontwerp, p. 223.

272 Zie § 4.2.3.5 ten aanzien van de inpassing van deze gevallen in het huidige recht.

4.2.4.3 *Subjectieve vereisten*

De voorgestelde regeling kent twee subjectieve vereisten, namelijk i) dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring onvermijdelijk was en ii) dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat schuldeisers benadeeld zouden worden. Dan is er nog een additioneel vereiste, namelijk dat geen rechtvaardiging bestond. Dit laatste vereiste is als gezegd niet eenvoudig als een objectief of een subjectief vereiste te kwalificeren, maar moet kennelijk een correctie bieden op het subjectieve vereiste. De gedachte van de commissie is dus dat hoewel de wederpartij weet dat het faillissement niet te vermijden is én weet dat de schuldeisers benadeeld zullen worden, er toch nog een rechtvaardiging voor de rechtshandeling kan bestaan. In deze paragraaf wordt het samenstel van deze drie vereisten besproken. § 4.2.4.3.1 bespreekt vervolgens het ontbreken van objectieve criteria. § 4.2.4.3.2 bespreekt het ontbreken van bewijsvermoedens en § 4.2.4.3.4 de ongelukkige keuze om de norm ten aanzien van de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen gelijk te schakelen met de norm ten aanzien van het verrekenningsverbod.

4.2.4.3.1 Een driedubbele, open norm

De kennelijke, impliciete keuze van de commissie om zowel het aangaan als de uitvoering van wederkerige overeenkomsten onder de werking van artikel 3.2.5 VO te brengen heeft ook gevolgen voor de te hanteren norm. Voor zover de commissie de werking van artikel 3.2.5 VO beperkt zou hebben tot daadwerkelijk verplichte rechtshandelingen, had de commissie kunnen volstaan met het bepalen van een criterium waaronder een bestaande schuldeiser niet meer onaantastbaar betalingen in ontvangst kan nemen of zekerheidsrechten kan verkrijgen. Het Duitse recht heeft hiervoor in artikel 130 InsO als criterium genomen de periode van drie maanden voor de faillissementsaanvraag gecombineerd met de wetenschap dat op dat moment de schuldenaar reeds niet al zijn schuldeisers kon voldoen (*zahlungsunfähig*). In artikel 130 InsO is niet als vereiste opgenomen dat de schuldeiser wetenschap van benadeling moet hebben gehad. Voor zover de regeling van artikel 130 InsO alleen ziet op het voldoen van bestaande schuldeisers, is een dergelijk vereiste ook overbodig in het licht van de twee andere eisen. De wetenschap van benadeling vloeit dan reeds voort uit deze twee vereisten.

De commissie heeft door de gekozen aanpak niet kunnen volstaan met het vereiste dat de ‘verplichte rechtshandeling’ is verricht in de drie maanden voor het verzoek tot insolventverklaring en dat de wederpartij toen reeds wist dat insolventverklaring niet te vermijden was. Anders dan het Duitse recht heeft de commissie namelijk artikel 3.2.5 VO niet afgesloten voor rechtshandelingen waarbij partijen nog wederkerige overeenkomsten aangaan en daarbij nog over en weer prestaties verrichten. In plaats daarvan heeft de commissie gekozen voor een uitbreiding van de norm. De commissie heeft zodoende niet anders gekund dan als extra vereiste op te nemen dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

Wellicht verklaart het ruime toepassingsgebied van artikel 3.2.5 VO ook waarom de wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag als thans opgenomen in artikel 47 Fw niet terugkeert als vernietigingsgrond. De commissie zelf geeft geen toelichting.²⁷³ Hoewel deze vernietigingsgrond zich inderdaad slecht leent voor toepassing op rechtshandelingen waarbij partijen over en weer verplichtingen aangaan en terstond presteren (zie hierboven § 4.2.3.5), biedt de vernietigingsgrond een helder toepasbaar criterium in de gevallen waarin sprake is van enkel een verplichte voldoening door de schuldenaar.

Al met al is artikel 3.2.5 VO, mede gezien de Toelichting, vooralsnog een vrij gecompliceerde bepaling geworden die veel ruimte biedt voor interpretatie en dus procedures. Het verdient m.i. de voorkeur eerst duidelijk het toepassingsgebied van artikel 3.2.5 VO af te bakenen alvorens tot een nieuwe norm te komen. Het artikel zou m.i. slechts moeten zien op die gevallen waarop de commissie kennelijk zelf ook in de eerste plaats het oog heeft gehad. Namelijk die gevallen waarin een bestaande schuldeiser zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de *concursum creditorum* probeert te onttrekken en zich in een betere positie manoeuvreert. Het artikel zou daarmee slechts op rechtshandelingen moeten zien waarbij enkel een prestatie uit het vermogen van de schuldenaar plaatsvindt en niet tevens op rechtshandelingen waarbij partijen over en weer nieuwe verplichtingen aangaan en uitvoeren.

4.2.4.3.2 Enkel subjectieve criteria en geen objectieve criteria

De norm als besloten in artikel 3.2.5 VO verdient mijns inziens ook heroverweging omdat zij te veel aanhaakt bij enkel subjectieve criteria en geen objectieve criteria hanteert. Anders dan het Duitse recht (in artikel 130 en 131 InsO) en het Engelse recht (artikel 239 IA) is geen vereiste dat de schuldenaar reeds materieel insolvent was. Een dergelijk objectief criterium, gecombineerd met de wetenschap van de wederpartij daarvan, ligt voor de hand om aan te geven dat slechts in uitzonderingssituaties verplichte rechtshandelingen vernietigbaar zijn.

Vaak zal enige en soms zelfs geruime tijd verstrijken tussen het moment waarop betrokkenen bij de te failleren onderneming onderkennen dat een faillissement uiteindelijk onvermijdbaar is en het moment dat wordt overgegaan tot een daadwerkelijke aanvraag of aangifte daartoe. Indien de enkele wetenschap dat insolventverklaring onvermijdbaar is zou volstaan om een verplichte rechtshandeling te vernietigen, zou artikel 47 Fw/artikel 3.2.5 VO een zeer ruim werkingsgebied kunnen krijgen. Dit is niet in overeenstemming met de gedachte dat verplichte rechtshandelingen slechts in uitzonderingsgevallen vernietigd moeten kun-

273 De commissie stelt zelf zonder daarover uit te wijden (Toelichting Voorontwerp, p. 222): 'De voorgestelde bepaling wijkt af van het huidige artikel 47 Fw en biedt enerzijds ruimere en anderzijds beperktere mogelijkheden tot het vernietigen van verplicht verrichte rechtshandelingen, zoals opeisbare betalingen en zekerheidsstellingen.'

nen worden. Het criterium ‘weten dat een faillissement onvermijdbaar is’ lijkt dan ook te ruim om als algemeen criterium hanteerbaar te zijn voor het vernietigen van alle verplichte rechtshandelingen.

4.2.4.3.3 Ontbreken van bewijsvermoedens: geen codificatie van HR Cikam
 Zeer opvallend is dat artikel 3.2.5 VO geen bewijsvermoedens kent. Het had voor de hand gelegen om de Cikam-jurisprudentie te codificeren. Bepaald had bijvoorbeeld kunnen worden dat ten aanzien van de gerelateerde partijen de subjectieve vereisten vermoed worden te zijn vervuld. Een dergelijke verlichting van de bewijslast ten aanzien van verplichte rechtshandelingen verricht met gerelateerde partijen ziet men zowel in het Duitse²⁷⁴ als het Engelse recht,²⁷⁵ ook bij de bepalingen die waken tegen een doorbreking van de *paritas creditorum*.

4.2.4.3.4 Verrekeningsverbod & pauliana: één norm, een enorme vergissing
 Hierboven is reeds uitvoerig kritiek geleverd op het voorgestelde artikel 3.2.5 VO. De kritiek betreft zowel het toepassingsgebied van de regeling (§ 4.2.4.2) als de inhoud van de norm (§ 4.2.4.3.2. en § 4.2.4.3.3). Nog een laatste punt van kritiek dient te worden toegevoegd en dit betreft de verhouding van artikel 3.2.5 VO tot het verrekeningsverbod.²⁷⁶ Het Voorontwerp komt namelijk tot een gelijkschakeling van de norm in artikel 3.2.5 VO en de norm van het verrekeningsverbod opgenomen in een nieuw artikel 3.3.2 VO.²⁷⁷ De gelijkschakeling²⁷⁸ van de norm in arti-

274 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.1 en § 2.2.2).

275 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.2).

276 Artikel 3.3.2 VO (thans artikel 54 Fw) beoogt misbruik van verrekening tegen te gaan. Zonder een dergelijke bepaling zou misbruik eenvoudig mogelijk zijn. Een voorbeeld ter verduidelijking. Schuldenaar S dreigt failliet te gaan. Crediteur C heeft nog 100.000 van schuldenaar – latere failliet – S te vorderen. Debiteur D is nog een bedrag van 100.000 aan S verschuldigd. C weet dat hij in een faillissement van S als concurrente crediteur vrijwel niets zal krijgen. D weet dat hij eenvoudigweg zijn gehele schuld zal moeten voldoen. D zou nu voor een gering bedrag de, voor C praktisch waardeloze, vordering van C kunnen overnemen en daarmee crediteur van S kunnen worden. In het opvolgende faillissement van S kan D een vordering van de curator tot betaling eenvoudig afweren met een beroep op verrekening. Tegenover de schuld van D aan S staat nu immers de overgenomen vordering van D op S. In een opvolgend faillissement werkt de opzet van C en D benadelend voor de gezamenlijke schuldeisers van de failliete S. Zonder de opzet zou debiteur D het volledige bedrag aan de curator moeten voldoen waarna alle schuldeisers, C inclusief indien voldoende vrij actief resteert, pro rata meedelen. Met het creëren van de mogelijkheid van verrekening anticiperen debiteur en crediteur dus ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers op een mogelijk faillissement.

277 Het nieuwe artikel 3.3.2 VO moet het huidige artikel 54 Fw gaan vervangen en luidt als volgt: Artikel 3.3.2 – Geen verrekening: 1. *Niettemin is degene die een schuld aan de schuldenaar of een vordering op de schuldenaar voor de insolventverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was en dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, tenzij er onder de gegeven omstandigheden voor de verrekening een rechtvaardiging bestond.* 2. *Na de insolventverklaring overgenomen vorderingen of schulden kunnen niet worden verrekend.*

278 De gelijkschakeling is echter nog niet volledig, omdat de werking van artikel 3.3.2 VO niet beperkt is tot handelingen verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring. Faber pleit de gelijkschakeling volledig te maken door ook de werking van artikel 3.3.2 VO te beperken tot drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring. Faber, *Actio Pauliana en verrekening*, p. 199: ‘*Wat niet kan worden bestreden met een beroep op artikel 3.2.5, dient mijns inziens evenmin te kunnen worden bestreden met een beroep op artikel 3.3.2. Nu het in beide artikelen gaat om bescherming van dezelfde norm, ligt ook een zelfde beperking in tijd voor de hand.*’

kel 3.2.5 VO met artikel 3.2.3 VO is geen toeval, maar een bewuste keuze.²⁷⁹ Het Voorontwerp volgt daarmee de voorstellen van Vriesendorp en Faber.²⁸⁰

Vriesendorp en Faber hebben voorgesteld de reikwijdte van artikel 47 Fw uit te breiden en daarin dezelfde norm op te nemen als geldt voor het verrekeningsverbod in artikel 54 Fw. Zij hebben daarbij betoogd dat het vreemd is om de *normen* van artikel 54 Fw en artikel 47 Fw uiteen te laten lopen. Zij betogen dan ook dat de norm in artikel 47 Fw dezelfde zou dienen te zijn als de norm in artikel 54 Fw. Faber heeft hierbij het volgende geval op het oog. Indien schuldenaar – latere failliet – S een debetsaldo heeft op zijn rekening bij de bank, dan kan deze schuld op twee wijzen worden voldaan. In het eerste geval betaalt een debiteur van S een bedrag op de rekening die S aanhoudt bij de bank. De bank kan dan vervolgens verrekenen. Indien dit geschiedt op een tijdstip waarop de bank ‘wist dat het faillissement is te verwachten’, is verrekening niet toegestaan op grond van artikel 54 Fw.²⁸¹ Indien de debiteur van S echter contant aan S zou hebben betaald, of op een rekening van S bij een andere bank, en S zou met de ontvangen betaling vervolgens zijn schuld aan de bank afbetalen, dan is van verrekening geen sprake. De betaling van S aan de bank zou dan ook slechts aantastbaar zijn op grond van artikel 47 Fw en niet op grond van het ruimere artikel 54 Fw. In die zin zou artikel 54 Fw dan ook omzeild kunnen worden.

Tegen het voorstel zoals gedaan door Faber en Vriesendorp en overgenomen in het Voorontwerp kunnen in elk geval drie bezwaren aangevoerd worden.²⁸²

Een eerste bezwaar tegen het voorstel is dat het onvoldoende de reikwijdte van het verrekeningsverbod onderkent. Het betoog van Faber en Vriesendorp om de norm in artikel 47 Fw/artikel 3.2.5 VO gelijk te trekken met de norm in artikel 54 Fw/artikel 3.3.2 VO lijkt zeer sterk te zijn ingegeven door één type van gevallen onder artikel 54 Fw/artikel 3.3.2 VO, namelijk de storting in rekening-courant gevolgd door verrekening. Van alle gevallen die onder artikel 54 Fw/artikel 3.3.2 VO vallen, zoals het opkopen van vorderingen om deze te verrekenen of het opkopen van vorderingen om deze onder bestaande zekerheden te brengen, is die vorm ‘het minst verdacht’. Ten aanzien van de meer verdachte vormen van het creëren van een verrekeningsmogelijkheid, zoals het voor een fractie van de waarde overnemen van een vordering op de schuldenaar teneinde deze te kunnen verrekenen,

279 Zie ook Toelichting Voorontwerp ten aanzien van artikel 3.3.2 ‘geen verrekening’, p. 224: ‘*Het toetsingscriterium is hetzelfde als bij artikel 3.2.5 (pauliana bij verplicht verrichte rechtshandelingen).*’

280 Vriesendorp, *Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?*, p. 65-79, R.D. Vriesendorp, ‘Een van de grenzen van artikel 47 Fw nader verkend’, *TvI* 1999/10, p. 172-180 en Faber, *Verrekening*, p. 342-345, 349-351 en 441. Vriesendorp bepleitte daarbij in zijn bijdragen in 1996 en 1999 niet zozeer een wetswijziging, maar veeleer de toepassing door de rechter van de norm van artikel 54 Fw bij de interpretatie van het vereiste van samenspanning. Vriesendorp (1999): ‘*Hoewel de koninklijke weg van wetgeving op zich te prefereren is, acht ik de Hoge Raad zeer goed in staat om op dit punt de rol van wetgever-plaatsvervanger te vervullen.*’

281 Een uitzondering wordt gemaakt indien de bank een zekerheidsrecht had op de vordering die voldaan wordt. Zie hierover, met uitgebreide verwijzingen naar rechtspraak, Faber, *Verrekening*, p. 384-392.

ligt het niet in de rede om deze hetzelfde te behandelen als de verplichte voldoening van een schuld door de schuldenaar zelf. Mijns inziens vertonen deze verdachte gevallen meer gelijkenis met de gevallen onder artikel 42 Fw en dienen dergelijke rechtshandelingen dan ook eerder aan een vergelijkbare norm²⁸³ als in artikel 42 Fw onderworpen te worden.

Het tweede bezwaar is dat het vrijwel geen gewicht toekent aan de omstandigheid dat, willen partijen buiten bereik van artikel 54 Fw komen, zij de medewerking van de schuldenaar – latere failliet – zelf dienen te hebben. Faber en Vriesendorp hebben uiteraard gelijk indien zij betogen dat partijen het in hun macht hebben om hun handelingen binnen het bereik van ofwel artikel 47 Fw of artikel 54 Fw te brengen. Faber en Vriesendorp gaan er erg makkelijk vanuit dat een ondernemer wiens faillissement is te verwachten dan ook maar eenvoudig meewerkt aan een opzette om bepaalde schuldeisers buiten de *concurfus* te houden. Ten onrechte. Het is zeer gebruikelijk dat een schuldenaar bij wie het water aan de lippen staat, bepaalde vorderingen int, teneinde een aanhoudende schuldeiser te voldoen. Hij zal dit veelal doen met hoop op betere tijden. Zolang de schuldenaar nog niet failliet is, komt hem hier in beginsel vrijheid toe en dient de wederpartij er overeenkomstig op te kunnen vertrouwen dat deze betaling definitief is. Waar de schuldenaar geconfronteerd met financiële problemen handelt met continuïteit als doel, kan dat niet gezegd worden van diens crediteur en debiteur die achter de rug van de schuldenaar om, ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers, de mogelijkheid van verrekening creëren. Met het creëren van de mogelijkheid van verrekening anticiperen zij op een mogelijk faillissement en bespoedigen dit mogelijk zelfs.²⁸⁴ Door het tenietgaan van de vordering van de schuldenaar op diens debiteur, kan de waarde van deze vordering niet meer betrokken worden bij een mogelijk akkoord. Een van de kwalijke gevolgen van het overnemen van vorderingen op een schuldenaar in zwaar weer teneinde deze met een schuld te verrekenen, is dan ook dat de mogelijkheden voor deze schuldenaar om een akkoord te bereiken met zijn (resterende) schuldeisers worden beperkt. Het ligt voor de hand om de schuldenaar – latere failliet – hier een grotere vrijheid te geven om verplichte rechtshandelingen te blijven verrichten dan diens debiteuren en crediteuren om onderling een voorschot te nemen op een dreigend faillissement. Geoordeeld zal moe-

282 Zie uitgebreider, met een vergelijking met het Duitse recht, R.J. de Weijs en N.J. Huurdeman, 'Kortsluiting in schuldeisersbescherming: Over de onwenselijkheid van gelijkschakeling van de criteria van art. 47 Fw en art. 54 Fw', *WPNR* 2007/6713, p. 511-518.

283 Rijckenberg (C. Rijckenberg, 'Selectieve betalingen tijdens de verdachte periode voor faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008, p. 256) stelt het volgende ten aanzien van de discussie over de gelijkschakeling van artikel 47 en 54 Fw. 'Het argument dat het bij art. 54 Fw om een geheel andere norm gaat, is door Faber overtuigend weerlegd.' Mijns inziens gaat aan de vraag naar de norm vooraf de vraag voor welke gevallen een wetsbepaling een norm wil geven. De variëteit van handelingen onder artikel 54 Fw is zeer aanzienlijk, waarbij de gevallen bestreken door artikel 54 Fw soms wel en soms niet grote gelijkenis met de gevallen bestreken door artikel 47 Fw vertonen. De vraag is dus niet zozeer of de norm hetzelfde zou zijn, maar of *alle gevallen* voldoende gelijksoortig zijn om onder één norm te brengen.

284 Hoewel het eigen vermogen van de schuldenaar – latere failliet – door de opzet niet verandert, zal de solvabiliteit bij een negatieve solvabiliteit verder verslechteren.

ten worden dat een verplichte betaling van een schuldenaar een grotere bescherming geniet dan het buiten de schuldenaar om creëren van een verrekeningsmogelijkheid. Dit vormt dan ook een principiële bezwaar tegen het gelijktrekken van de criteria van artikel 47 Fw en artikel 54 Fw.

Los van de meer principiële bezwaren ten aanzien van de samenhang tussen het verrekeningsverbod en de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen, vormt het voorgestelde artikel 3.3.2 VO een inperking van het verrekeningsverbod ten opzichte van het huidige artikel 54 Fw. In 1953 heeft de Hoge Raad in het arrest Doyer/Kalff²⁸⁵ uitgemaakt, dat het begrip ‘niet te goeder trouw’ dient te worden verstaan in de zin dat de verkrijgende partij wist dat ‘het faillissement te verwachten was’. Deze norm is aanzienlijk ruimer dan het beperkte toepassingsgebied van artikel 47 Fw. Waar artikel 47 Fw vereist dat de wederpartij wist dat het faillissement reeds was aangevraagd of dat sprake is geweest van samenspanning met de latere failliet, is het voor een beroep op artikel 54 Fw voldoende dat de verkrijger wist dat ‘het faillissement te verwachten was’. Artikel 3.3.2 VO beperkt het verrekeningsverbod nu tot die gevallen waarin de verrekeningsmogelijkheid werd gecreëerd op een moment waarop partijen ‘wisten of behoorden te weten dat de insolventverklaring onvermijdbaar was’. Zonder nadere motivering worden daarmee de mogelijkheden om misbruik van verrekening tegen te gaan ingeperkt.²⁸⁶ Of iets te verwachten is, is immers een ruimere toets dan of partijen weten dat iets onvermijdbaar is. Ten aanzien van een te ruime werking van het huidige artikel 54 Fw wordt niets gesteld en is ook niets gebleken.

4.3 Nederlands recht en een dubbele opstelling van aandeelhouders

In hoofdstuk 1 is uiteengezet hoe schuldeisers benadeeld kunnen worden door een dubbele opstelling van aandeelhouders.²⁸⁷ § 4.3.1 bespreekt de positie van leningen van aandeelhouders rond faillissement van de vennootschap²⁸⁸ en § 4.3.2 het probleem van de aandeelhoudersgaranties.

285 HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578 (Doyer/Kalff), m.nt. PhANH.

286 In de Toelichting op artikel 3.2.5 VO (Toelichting Voorontwerp, p. 223) stelt de commissie nog wel het volgende: ‘*degene met of jegens wie de rechtshandeling is verricht moet niet te goeder trouw zijn, dat wil zeggen dat die persoon wist of behoorde te weten dat die insolventie redelijkerwijs niet te vermijden was (vgl. HR 7 oktober 1988, NJ 1989 (Amro/Curatoren THB))*’. Voor zover de commissie hier ook de betekenis van het begrip ‘te goeder trouw’ uit artikel 54 Fw nader duidt, is dit standpunt onjuist. De commissie gaat hiermee helaas de discussie uit de weg over de vraag waarom de werking van artikel 54 Fw zou moeten worden ingeperkt.

287 Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de dubbele opstelling van aandeelhouders en hoe benadeling van schuldeisers daarbij plaatsvindt, hoofdstuk 1 (§ 1.4.3).

288 Zie hierover ook R.J. de Weijjs, ‘Vooruit met de achterstelling: over de positie van aandeelhoudersleningen in én voor faillissement’, *WPNR* 2008/6751, p. 313-320.

4.3.1 *Positie van aandeelhoudersleningen rond faillissement*

In het Nederlandse recht ontbreekt binnen de faillissementspauliana een met het Duitse recht vergelijkbare regeling ten aanzien van leningen verstrekt door aandeelhouders. De problematiek is daarmee, behoudens het algemene onrechtmatigedaadsrecht, in het Nederlandse recht grotendeels ongeregeld. De regels van kapitaalbescherming in Boek 2 BW beogen weliswaar een zekere bescherming te geven aan crediteuren tegen bepaalde betalingen aan aandeelhouders, maar deze bieden enerzijds onvoldoende bescherming en brengen anderzijds, naar wel wordt betoogd, onnodige kosten voor de vennootschap met zich.²⁸⁹ De regels van kapitaalbescherming worden daarbij op dit moment herzien. In de onderliggende rapporten inzake de flexibilisering van het BV-recht wordt de kwestie van leningen verstrekt door aandeelhouders wel als probleem gesignaleerd. Zie Lennarts en Schutte-Veenstra:

‘In Nederland bestaan geen specifieke wettelijke regels die verhinderen dat een aandeelhouder die in plaats van kapitaal een lening aan de vennootschap heeft verstrekt deze lening kan opeisen op het moment dat de vennootschap in moeilijkheden raakt.’

en

‘Naar onze mening kan het als een lacune in het Nederlandse vennootschapsrecht worden beschouwd, dat dit geen regels bevat die de vrijheid van (groot)aandeelhouders om naar believen eigen dan wel vreemd vermogen aan de vennootschap te verschaffen aan banden leggen.’²⁹⁰

Hoewel het probleem wordt gesignaleerd zijn de voorstellen in het kader van de flexibilisering van het BV-recht en de bescherming van schuldeisers beperkt tot ‘uitkeringen’ aan aandeelhouders en raken dus niet het probleem van terugbetalingen van aandeelhoudersleningen.²⁹¹

In deze paragraaf wordt eerst gekeken naar de positie van de lening van een aandeelhouder in faillissement van de vennootschap, waarbij bezien zal worden of deze lening als concurrente vordering geverifieerd dient te worden of als achtergestelde vordering (§ 4.3.1.1). Vervolgens zal bezien worden hoe een nieuw regi-

²⁸⁹ Zie H.E. Boschma, M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Alternatieve systemen voor kapitaalbescherming*, eindrapport d.d. 18 augustus 2005, Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, p. 4: ‘Op de wettelijke bepalingen van kapitaalbescherming is veel kritiek geuit. (...) Bepalingen van kapitaalbescherming zijn niet altijd eenduidig te interpreteren, ze zijn soms te stringent (veel dwingend, weinig regelend recht), soms innerlijk tegenstrijdig en sommige bepalingen zijn eenvoudig te ontwijken. Van meer principiële aard is de kritiek dat het systeem van vermogensbescherming crediteuren geen adequate bescherming biedt en NV/BV’s onnodig belemmert in de wijze van het besturen van een onderneming.’

²⁹⁰ Zie M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, eindrapport, d.d. 31 maart 2004, Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen, p. 127 en 132.

me ten aanzien van de terugbetalingen van aandeelhoudersleningen voor faillissement gecreëerd kan worden (§ 4.3.1.2). § 4.3.1.3 beziet in hoeverre het Nederlandse recht regels kent die aandeelhouders verbieden zekerheden te bedingen voor verstrekte leningen.

4.3.1.1 *Achterstelling van aandeelhoudersleningen in faillissement*

De status van leningen van aandeelhouders in het faillissement van een vennootschap is onduidelijk. De belangrijkste vraag is of leningen verstrekt door een aandeelhouder concurrent of achtergesteld zijn, althans onder omstandigheden zonder instemming van de aandeelhouder achtergesteld kunnen worden.

Het BW wijdt slechts één bepaling aan de achterstelling. Artikel 3:277 lid 2 BW bepaalt dat een schuldenaar met zijn schuldeiser bij overeenkomst kan bepalen dat zijn vordering jegens alle of bepaalde andere schuldeisers een lagere rang inneemt dan de wet hem toekent.

Schimmelpenninck heeft betoogd dat (bepaalde) leningen van aandeelhouders in faillissement als achtergesteld zouden moeten worden behandeld,²⁹² en dat op dezelfde wijze als reeds in het belastingrecht²⁹³ geschiedt, ook in het faillissementsrecht meer naar de functie van de lening dan naar de vorm van de lening gekeken moet worden (*substance over form*). In het belastingrecht hanteert de Hoge Raad een grote vrijheid om de civielrechtelijke vorm van een lening in bepaalde gevallen te herclassificeren als kapitaal. Indien een lening in het faillissementsrecht als kapitaal gekwalificeerd zou worden, dan zou dit met zich brengen dat deze in het faillissement ook de rang van de vordering van een kapitaalverschaffer (lees aandeelhouder) krijgt. De consequentie zou zijn dat deze vordering wordt achtergesteld bij vorderingen van concurrente crediteuren.

Schimmelpenninck betoogt dat leningen verstrekt door een controlerend aandeelhouder op een moment waarop een niet verbonden financier geen lening (meer) zou verstrekken, als achtergesteld dient te worden behandeld. De argumenten die Schimmelpenninck daartoe aandraagt zijn reeds in het inleidende hoofdstuk geïntroduceerd en worden hier kort herhaald. 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, als belangrijkste argument,

291 Zie H.J. de Kluiver, 'Vermogensbescherming bij de BV: modernisering in internationaal perspectief', *WPNR* 2006/6676, p. 571-580. Zie p. 574 en 575 over 'uitkeringen' die alle 'uitkeringen' aan aandeelhouders betreffen en niet terugbetalingen op leningen.

292 R.J. Schimmelpenninck, 'Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?', *TvI* 2003, p. 239.

293 Zie voor rechtspraak HR 27 januari 1988, *BNB* 188, 217, Hof Arnhem 15 mei 2002, *V-N* 2002/34.2.11 en Hof Amsterdam 26 juni, *V-N* 2002/33.2.6. Zie voor een overzicht van de belangrijkste fiscale rechtspraak vanaf 1957 tot 1988, J.T. Warnaar, 'Civielrechtelijke vragen ten aanzien van het informeel kapitaal', in: *De Marisbundel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 231-241.

aandeelhouders hebben een aandeel in de *upside* van de schuldenaar, hetgeen gewone crediteuren niet hebben.²⁹⁴

Aan de argumenten van Schimmelpenninck kan nog een geheel ander type argument worden toegevoegd, namelijk hoe de financieringspraktijk zelf met de problematiek omgaat. In de praktijk komen aandeelhouders veelal met banken en externe financiers achterstelling overeen. Dit betreft dan echter geen algemene achterstelling, maar slechts jegens deze professionele crediteuren. Indien en zodra partijen de vraag naar de positie van leningen van aandeelhouders onderwerp van hun verhouding laten zijn, dan ziet men dus dat veelal achterstelling overeengekomen wordt. Dit vormt een argument om dezelfde regel van toepassing te laten zijn indien partijen, met name vanwege ongelijke machtsposities, niet over de vraag onderhandelen.

Schimmelpenninck volgt in zijn pleidooi in 2003 om bepaalde leningen van aandeelhouders achter te stellen het Duitse recht zoals dat gold tot de invoering van MoMiG. Zijn betoog ziet op leningen die verstrekt zijn op een moment waarop *arm's length* financiers geen krediet meer zouden verschaffen.²⁹⁵ De strekking van zijn betoog is dus niet om alle leningen van aandeelhouders altijd achter te stellen, maar slechts die leningen die verstrekt zijn op een moment van onderkapitalisatie.²⁹⁶ Schimmelpenninck bespreekt echter niet een wettelijke grondslag voor achterstelling.²⁹⁷ In 1989 schreef A. van Hees dat achterstelling een inbreuk is op de *paritas creditorum* en daarom een wettelijke basis behoeft.²⁹⁸ Men zou dan ook op goede gronden kunnen betogen dat achterstelling door een rechter zonder partijafpraak daartoe in principe niet mogelijk is. Vergeleken met het belang van het leerstuk van *'equitable subordination'* in de Verenigde Staten²⁹⁹ en het grote belang van het leerstuk van achterstelling in het Duitse faillissementsrecht,³⁰⁰ krijgt de vraag naar achterstelling in handen van de rechter in Nederland maar beperkt aandacht. Eerder hebben Santen³⁰¹ en Warnaar³⁰² betoogd dat de rechter

294 Zie instemmend ten aanzien van dit argument B.F. Louwerier, 'Over het achtergestelde karakter van aandeelhoudersleningen in faillissement', *JurID* 2008, 21, p. 24-28.

295 Zie over het Duitse recht terzake, hoofdstuk 2 (§ 2.3).

296 Schimmelpenninck, *Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?*, p. 240 e.v.

297 Schimmelpenninck bespreekt in hetzelfde artikel de problematiek van een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van de moeder in het faillissement van de dochter. Ook een dergelijke vordering wil Schimmelpenninck achtergesteld zien. Ten aanzien van de mogelijkheid om deze vordering achter te stellen wijst Schimmelpenninck wel op artikel 6:2 BW als wettelijke grondslag.

298 A. van Hees, *Achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 4.

299 Zie voor Nederlandse literatuur hierover A. van Hees, *Achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening*, hfdst 7, Schimmelpenninck, *Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?*, p. 243 en B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 18.

300 Zie uitgebreid hoofdstuk 2 (§ 2.3). Zie Nederlandse literatuur o.a. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, p. 16, 17 en Schimmelpenninck, *Leningen of schadeclaims van aandeelhouders concurrent?*, p. 243, 244.

301 A.H.M. Santen, 'Bescherming van kapitaal of van vermogen?', in: G. van der Burght e.a. (red.), *Met recht verenigd, notariële en privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan Prof. P.L. Dijk*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 226. Santen is voorstander van achterstelling overeenkomstig art. 32a GmbHG (oud). Reeds in 1986 meent Santen dat de rechter mogelijk niet zou hoeven te wachten op de wetgever om een vordering achter te stellen omdat deze is verstrekt terwijl kapitaal nodig was.

302 Warnaar benadert de vraag naar de wenselijkheid van achterstelling in het civiele recht vanuit het fiscale recht. Warnaar stelt dat in bepaalde gevallen waar de fiscale rechter leningen achterstelt, dit ook civiel zou dienen→

ook buiten overeenkomst tot een achterstelling moet kunnen komen. Afwijzend ten aanzien van achterstelling zijn Timmerman in zijn Groningse oratie in 1990³⁰³ en Hoff.³⁰⁴ Spinath behandelt in zijn monografie in 2005 in het geheel niet de vraag naar de mogelijkheden voor een rechter om, ofwel op grond van artikel 6:103 BW ofwel op andere gronden een vordering in faillissement achter te stellen.³⁰⁵ Wessels wijdt een korte beschouwing aan de vraag of de rechter een vordering kan achterstellen en meent dat in voorkomende gevallen achterstelling wel uitkomst kan bieden.³⁰⁶ Lennarts en Schutte-Veenstra concluderen naar aanleiding van het Nimox-arrest dat er naar het huidige recht 'een zekere basis aanwezig is voor achterstelling van leningen verstrekt door aandeelhouders, maar dat het nog niet geheel duidelijk is onder welke omstandigheden hier ruimte voor is.'³⁰⁷

te geschieden. Hiertoe zijn volgens Warnaar gronden aanwezig indien de geldlening verstrekt is door een aandeelhouder en aan de vordering geheel of gedeeltelijk geen waarde toekomt, omdat het geleende bedrag niet of niet volledig zal kunnen worden terugbetaald (met verwijzing naar HR 27 januari 1998, *VN* 17 mei 1988). Warnaar, *Civielrechtelijke vragen ten aanzien van het informeel kapitaal*, p. 240.

- 303 Zie L. Timmerman, *'De stand van het vennootschapsrecht'*, Rede Rijksuniversiteit Groningen, 1990, p. 14 e.v. Timmerman bespreekt hier de vraag naar de verhouding tussen het algemene privaatrecht en het NV- en BV-recht en met name de vraag in hoeverre bijzondere, vennootschappelijke normen gecreëerd zouden moeten worden. Zijns inziens is het Nederlandse leerstuk van de doorbraak van aansprakelijkheid onder de onrechtmatige daad 'een toonbeeld van genuanceerdheid' in vergelijking met de Duitse leer van het gekwalificeerde concern. Ter verduidelijking stelt hij dat de Duitse leer van de achterstelling van aandeelhoudersleningen niet overgenomen dient te worden. Hij meent dat de onrechtmatige daad voldoende bescherming biedt voor *nieuwe* crediteuren (crediteuren wier vordering is ontstaan op een moment waarop deze aandeelhouder redelijkerwijs moest voorzien, dat hun vorderingen door de vennootschap niet meer betaald konden worden) voor de gevallen waarin de moeder verzuimt nieuw kapitaal te verstrekken. Voor zover men mocht menen dat de benadeelde crediteur gezien de bewijslast onder de onrechtmatige daad te slecht af is, stelt Timmerman dat dit belang moet worden afgezet tegen het nadeel van de invoering van een nieuwe gecompliceerde regeling. Een probleem van deze benadering van Timmerman is dat deze slechts een oplossing zou bieden aan nieuwe crediteuren en niet aan alle crediteuren. Los van de vraag in hoeverre het realistisch is dat kleine crediteuren een grote moedervennootschap aanspreken, doet de door Timmerman voorgestane oplossing onvoldoende recht aan het collectieve karakter van een faillissementsprocedure, waarin nieuwe en oude crediteuren tot elkaar veroordeeld zijn.
- 304 J. Hoff, 'De aandeelhouder als schuldeiser: een ongenode gast?', in: I. Spinath, J.E. Stadig en M. Windt (red.), *Curator en Crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 19-37. Hoff meent dat achterstelling van aandeelhoudersleningen in strijd zou zijn met contractsvrijheid en de regel dat een aandeelhouder nadat hij het aandeel heeft verkregen geen extra verplichtingen kunnen worden opgelegd (artikel 2:81 BW en artikel 2:192 BW). Het laatste argument miskent dat achterstelling van aandeelhoudersleningen geenszins een extra verplichting op aandeelhouders legt. Het enige dat gebeurt is dat *voor zover* aandeelhouders zelf geheel vrijwillig nog boven hun storting op aandelen extra financieren, dat de vorderingen die daaruit voortvloeien als kapitaal behandeld worden. Een extra verplichting voor aandeelhouders wordt hier niet voorgestaan. Van strijd met artikel 2:81 BW en artikel 2:192 BW is dan ook geen sprake.
- 305 I. Spinath, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer 2005.
- 306 Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, p. 11: 'In de jurisprudentie ben ik het, voor zover ik kan nagaan niet tegengekomen, maar een achterstelling zou ook in handen van de burgerlijke rechter een instrument kunnen zijn. In enkele in de wet aangegeven gevallen kan de rechter voorwaarden aan het verder voortbestaan van een rechtsverhouding c.q. de wijziging of ontbinding van een overeenkomst stellen, vergelijk bijvoorbeeld art. 6:258 BW. In voorkomende gevallen kan dan een achterstelling uitkomst bieden. Ook acht ik achterstelling als matigingsvariant (bijvoorbeeld bij matiging van schadevergoeding, zie art. 6:109 BW) voorstelbaar.'
- 307 Lennarts en Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, p. 127.

4.3.1.1.1 Grondslagen voor inbreuk op de *paritas*: Nimox en Ontvanger/Hamm

Er is een tweetal mogelijke gronden waarop achterstelling gebaseerd zou kunnen worden zonder dat een ingrijpen van de wetgever hoeft te worden afgewacht. Dit zou kunnen op grond van het leerstuk van onrechtmatige daad overeenkomstig de Nimox-jurisprudentie en op grond van ‘de redelijkheid’ overeenkomstig de Ontvanger/Hamm-jurisprudentie.

In navolging van het Nimox-arrest³⁰⁸ zou onder omstandigheden geoordeeld kunnen worden dat het niet achterstellen van een lening onrechtmatig is jegens de gezamenlijke schuldeisers. Over de band van de onrechtmatige daad en artikel 6:103 BW zou een rechter mogelijk tot achterstelling kunnen komen. Het hof had in de Nimox-procedure als volgt geoordeeld:

‘De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat in de gegeven omstandigheden Nimox door het dividendbesluit te nemen slechts dan niet onrechtmatig jegens crediteuren zou hebben gehandeld indien zij dit had omgezet in een achtergestelde lening. In de thans ontstane situatie van het faillissement wordt de door Nimox teweeggebrachte schade inderdaad goedge maakt door haar niet als concurrent-crediteur toe te laten.’³⁰⁹

Het geval beslecht in het Nimox-arrest was echter dermate specifiek dat hier m.i. geen algemene regels uit afgeleid kunnen worden. In de feiten die aanleiding gaven tot het arrest had de aandeelhouder eerst een dividendbesluit genomen en werd de dividendverplichting vervolgens middels een overeenkomst omgezet in een gewone geldlening. Hierna cedeerde de aandeelhouder deze vordering aan een bank die over een surplus aan zekerheden beschikte. In het geval berecht in Nimox lag het voor de hand dat de rechtbank zou oordelen dat de vordering voortvloeiend uit het dividendbesluit een achtergesteld karakter behoorde te hebben. Hier was het juist de promotie van een vordering met een achtergesteld karakter die tot benadeling leidde en diende dus deze promotie ongedaan gemaakt te worden. Het is een stap verder om leningen daadwerkelijk verstrekt door een aandeelhouder achter te stellen.

Verder zijn grote beperkingen verbonden aan achterstelling op grond van onrechtmatige daad, namelijk dat de aandeelhouder een zekere wetenschap van benadeling moet hebben gehad. Achterstelling van aandeelhoudersleningen zou juist veel meer op de gedachte kunnen, en m.i. moeten, berusten dat aandeelhouders de onderneming, zeker tijdens een financiële crisis, met kapitaal dienen te financieren en niet op de gedachte dat aandeelhouders onrechtmatig hebben gehandeld.

308 HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox).

309 HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox) onder 2.8.

Doordat aandeelhouders een aandeel hebben in het *upside* potentieel³¹⁰ van de vennootschap, is het gerechtvaardigd dat zij, ook zonder dat zij een onrechtmatige daad hebben gepleegd,³¹¹ tevens ten aanzien van hun positie als schuldeiser in voorkomende gevallen een achtergestelde positie innemen. De benadering waarbij achterstelling slechts gebaseerd zou kunnen worden op de onrechtmatige daad, wordt verder beperkt door het nog immer grote belang dat in de onrechtmatige daadsjurisprudentie wordt gehecht aan de mate waarin de aandeelhouder zich met het beleid van de vennootschap heeft bemoeid.³¹²

De vraag is dus of leningen van aandeelhouders op een andere grond achtergesteld kunnen worden, met name wanneer de aandeelhouder geen onrechtmatige daad kan worden verweten. In het arrest Ontvanger/Hamm q.q.³¹³ heeft de Hoge Raad zich bereid getoond om op basis van ‘de maatschappelijke betamelijkheid’ en ‘de redelijkheid’ de rangorde van crediteuren te wijzigen.³¹⁴ In dit arrest kende de Hoge Raad namelijk een soort recht van voorrang toe aan een boedelcrediteur die een vordering had wegens onverschuldigde betaling ten gevolge van een betaling die als een onmiskenbare vergissing gekwalificeerd dient te worden.³¹⁵ Een expli-

310 Dit wezenskenmerk van het zijn van aandeelhouder wordt door Buijn (F.K. Buijn, ‘Onzekere winstuitkeringen’, *Ondernemingsrecht* 2007, 108) veronachtzaamd waar hij ten aanzien van het voorgestelde artikel 2:216 BW (Flexibilisering van de BV) schrijft dat aan aandeelhouders in beginsel altijd een redelijke vergoeding voor het vermogen uitgekeerd zou moeten worden en dat zij hiervoor als crediteuren van de vennootschap aangemerkt zouden moeten worden. Geheel haaks op een ontwikkeling van achterstelling van leningen van aandeelhouders bepleit Buijn een promotie van aandeelhouders tot gewone schuldeisers, zelfs ten dele voor het aandelenbezit. Dit staat ook haaks op de beginselen van het vennootschapsrecht volgens L. Timmerman, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2009, 6: ‘In ons vennootschapsrecht en dat van andere landen berust de ultieme macht over inrichting van de vennootschap, de aanwijzing van bestuurders (en van commissarissen) en de besteding van winst bij de aandeelhouders. De grond hiervoor is dat het een regel van dwingend recht is dat er geen winstgaranties aan aandeelhouders mogen worden gegeven (dit staat merkwaardig genoeg niet met zoveel woorden in de Nederlandse wet) en bij ontbinding de aandeelhouders slechts recht hebben op het overschietende deel van het vermogen (art. 2:23b lid 1 BW).’

311 De onrechtmatige daad zal in deze gevallen bestaan uit ongeoorloofde vermogensonttrekkingen of selectieve betalingen. Ten aanzien van dit type van onrechtmatige daad worden vrij zware subjectieve vereisten gehanteerd, namelijk dat de aandeelhouder ernstig rekening diende te houden met de mogelijkheden van een tekort. Zie hiervoor de reeks arresten HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/BLG*), HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox*), HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215 (*Roco/Staat*), HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (*Coral/Stalt*) en HR 8 juli 2005, *JOR* 2005/236 (*Lunderstädt/de Kok II*).

312 Zie over dit belang en mogelijke ontwikkelingslijnen voor de toekomst S.M. Bartman en F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 291.

313 HR 5 september 1997, *JOR* 1997/102 (Otvanger/Hamm q.q.).

314 Er zijn nog een aantal andere argumenten aan het arrest te ontleen waarop de Hoge Raad zijn oordeel heeft gebaseerd, waarbij echter niet geheel duidelijk is in hoeverre deze mede dragend zijn. Zie kritisch Kortmann, (S.C.J.J. Kortmann, ‘De onbegrijpelijke, onbillijke en onbruikbare Ontvanger/Hamm q.q.-regel’, in: *10 jaar <<JOR>> alsnog geannoteerd*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 161. Voor de argumenten dan wel grondslagen wordt verwezen naar het arrest zelf. Opvallend is dat in HR Ontvanger/Hamm q.q. de Hoge Raad ook nog ongerechtvaardigde verrijking als grondslag voor zijn beslissing aanvoert, maar daar in latere arresten afstand van lijkt te nemen. Zie hierover Van Schilfgaarde in zijn noot bij HR 8 juni 2007, *NJ* 2007, 419 (Van der Werff q.q./BLG) die concludeert dat de grondslag die overblijft de maatschappelijke betamelijkheid is.

315 De inpassing van het arrest in het vermogensrecht blijft problematisch. Vriesendorp benadert de problematiek vanuit een goederenrechtelijk perspectief en concludeert dat de zienswijze van de Hoge Raad de facto leidt tot de vorming van een quasi-goederenrechtelijke vordering. In deze benadering valt het bedrag buiten de boedel en is er volgens Vriesendorp van een inbreuk op de *paritas creditorum* dan ook geen sprake (R.D. Vriesendorp, ‘Annotatie HR Van der Werff q.q./BLG (HR 8 juni 2007)’, *AA* 2008, 128-132). Hiermee zou ook geen sprake zijn van een recht van voorrang of van een, ook wel gebezigde term, ‘super-prioriteit’.

ciete wettelijke grondslag ontbrak echter. Met name de voorzitter van de commissie Insolventierecht, Kortmann, heeft zich sterk gekeerd tegen het arrest, onder andere vanwege het ontbreken van een wettelijke grondslag.³¹⁶ De Hoge Raad heeft echter met het arrest Van der Werff q.q./BLG³¹⁷ duidelijk aangegeven dat hij de koers ingezet in Ontvanger/Hamm q.q. zal doorzetten en daarmee bevestigt dat ook zonder specifieke wettelijke grondslag kan worden ingegrepen in de onderlinge rangorde van crediteuren. Het zonder expliciete grondslag verlenen van voorrang aan een vordering is het spiegelbeeld van het achterstellen van een vordering buiten artikel 3:277 lid 2 BW.³¹⁸ Voor de achterstelling buiten expliciete wettelijke grondslag zou m.i. dan ook aansluiting gezocht kunnen worden bij de Ontvanger/Hamm q.q.-jurisprudentie.³¹⁹ Het achterstellen zal dan gerechtvaardigd moeten worden door ‘de maatschappelijke betamelijkheid’ en de ‘redelijkheid’.

4.3.1.1.2 Voorontwerp nieuwe Insolventiewet

De commissie Kortmann stelt het volgende in haar toelichting op het Voorontwerp van een nieuwe Insolventiewet ten aanzien van achterstelling van leningen van aandeelhouders:

‘Anders dan in andere rechtsstelsels (onder meer Duitsland en Spanje), worden geen specifieke criteria in de Insolventiewet opgenomen voor de achtergestelde vordering. Een achterstelling van een vordering in een insolventie ten opzichte van een of meer andere schuldeisers zal primair het gevolg zijn van een afspraak tussen de schuldenaar en de betreffende schuldeiser. In de Nederlandse fiscale rechtspraak wordt onder omstandigheden aangenomen dat een vordering, ondanks het ontbreken van een afspraak tot achterstelling, toch als achtergestelde vordering wordt beschouwd. Het gaat dan veelal om leningen in concernverband, die worden verstrekt op een moment en onder voorwaarden die een willekeurige derde (geldverstrekker) niet zou aanvaarden. Het wordt aan de rechtsontwikkeling overgelaten of en in hoeverre dit fiscale leerstuk ook civielrechtelijk een rol kan spelen. In het onderhavige voorstel wordt wel geregeld op welke wijze er bij verificatie en uitdeling in insolventie met een achterstelling op een vordering dient te worden omgegaan. Zie

316 Kortmann, *De onbegrijpelijke, onbillijke en onbruikbare Ontvanger/Hamm q.q.-regel*, p. 161: ‘Voorrang vloeit voort uit de wet. In casu is dat niet het geval. Noch de wet, noch het stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen geven voldoende aanknopingspunten voor de aan de Ontvanger toegekende voorrang. De door de Hoge Raad gegeven voorrangregel mist een behoorlijke dogmatische grondslag.’ Zie voor een overzicht van eerdere literatuur met bezwaren tegen het arrest, Kortmann, *De onbegrijpelijke, onbillijke en onbruikbare Ontvanger/Hamm q.q.-regel*, p. 162.

317 HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (Van der Werff q.q./BLG), m.nt. PvS.

318 Zie kritisch ten aanzien van deze benadering als algemeen uitgangspunt Van Schilfgaarde in zijn noot bij HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 467: ‘De eerste is dat de achtergestelde vordering alleen in vrijmoedige beeldspraak als het spiegelbeeld van de vordering met recht van voorrang kan worden aangemerkt. Preferenties ontstaan uit de wet, achterstelling berust op een contractuele regeling, die in veel varianten voorkomt. Het kan gaan om achterstelling bij een bepaalde crediteur of bij alle crediteuren. Soms zijn de medecrediteuren met de achterstelling bekend, soms niet.’

319 Zie overeenkomstig B.F. Louwerier, *Over het achtergestelde karakter van aandeelhoudersleningen in faillissement*, p. 24-28.

*de artikelen 5.1.2 sub c, 5.3.7 en 5.3.12 lid 3. Deze regels zijn in belangrijke mate een vastlegging van thans bestaande jurisprudentie.*³²⁰

De commissie ziet dus wel ruimte om leningen van aandeelhouders achter te stellen, maar lijkt zelf slechts voorstander te zijn van achterstelling in een beperkt aantal gevallen. Zij overweegt immers dat het gaat om i) leningen in concernverband ii) die worden verstrekt op een moment en onder voorwaarden die een willekeurige derde (geldverstrekker) niet zou aanvaarden. De commissie ziet echter af van een regeling en laat het probleem over aan de 'rechtsontwikkeling'. Opvallend is dat de commissie Kortmann zich niet bekommert om een mogelijke wettelijke grondslag van de achterstelling.³²¹ Kennelijk heeft de commissie geen principiële dogmatische bezwaren tegen achterstelling door de rechter. Niet goed voorstelbaar is dat zij meent dat de ontwikkeling van een leerstuk aan de rechtsontwikkeling wordt overgelaten waarbij zij tegelijkertijd zou menen dat de ontwikkeling ertoe beperkt zou zijn dat de rechter zou moeten oordelen dat hier geen wettelijke grondslag voor bestaat.

4.3.1.1.3 Carrier 1 en One.Tel

De Hoge Raad heeft zich, buiten het specifieke geval van Nimox, nog niet uitgelaten over de vraag of achterstelling door de rechter mogelijk is. Wel hebben Rechtbank Amsterdam en later Hof Amsterdam deze vrijheid genomen in de Carrier 1-beschikking.

In het geval van Carrier 1 B.V. werd de vordering van een aandeelhouder materieel ten dele achtergesteld. Het betrof hier een akkoord en de concurrente crediteuren kregen 33% uitgekeerd. De aandeelhouder Carrier 1 International SA zou, zonder daarmee zelf te hebben ingestemd, daarentegen 5,6% op haar vordering krijgen.³²² De rechter-commissaris rapporteerde in zijn schriftelijke rapport tot homologatie van het akkoord. Carrier SA 1 bestreed homologatie van het akkoord onder andere op de grond dat zij, zonder daarmee te hebben ingestemd, anders werd behandeld dan de andere crediteuren nu zij in plaats van 33% slechts 5,6% van haar vordering zou ontvangen. Carrier 1 International SA voerde daartoe aan dat slechts

³²⁰ Toelichting Voorontwerp, p. 311.

³²¹ Ook de artikelen waar de commissie in de aangehaalde Toelichting naar verwijst, bepalen slechts hoe er met achterstelling of een beroep op achterstelling moet worden omgegaan, zonder aan te geven wanneer en op welke gronden dit mogelijk zou zijn.

³²² Een bijkomende omstandigheid was dat er discussie bestond over de hoogte van de vordering van Carrier 1 SA. Carrier 1 SA had een vordering ingediend van € 34.612.714 welke vordering door de bewindvoerder aanvankelijk was erkend voor € 1.950.000, maar deze werd ter vergadering alsnog betwist. De vordering werd vervolgens door de rechter-commissaris voor een bedrag van € 975.000 toegelaten tot de stemming. Dit geschil over de omvang van de vordering werd echter gescheiden van de vraag naar de rang van de vordering, dan wel het uitkeringspercentage op die vordering. De rechtbank overwoog als volgt: *'Naar het oordeel van de rechtbank kan de vraag of er daadwerkelijk een vordering is van de SA op de BV en hoe groot die vordering dan wel niet is, geen rol spelen bij de beoordeling of het aangeboden akkoord een aanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van schuldeisers inhoudt. Te zijner tijd zal, zonedig in rechte, bestaan en omvang van de schuld moeten worden vastgesteld. Onzekerheid daaromtrent kan op zichzelf geen aanleiding zijn het toe te kennen percentage lager te stellen.'*

in zeer uitzonderlijke gevallen de jurisprudentie een doorbreking van de *paritas creditorum* toelaat, en dat een dergelijke uitzondering zich niet voordeed. De rechtbank overwoog als volgt:

‘Het tweede argument dat is aangevoerd waarom de SA met een lager percentage genoeg zou moeten nemen betreft de omstandigheid dat de BV een 100% dochter is van de SA en dat de eventuele lening als intercompany verplichting min of meer het karakter heeft van een kapitaalsinjectie, zodat deze als (deels) achtergesteld moet worden aangemerkt.

In beginsel zal een lening van een moeder aan een dochter niet als achtergesteld worden aangemerkt. Onder omstandigheden kan daartoe echter wel aanleiding zijn, in het bijzonder indien de lening moet worden aangemerkt als een informele kapitaalverschaffing van de moeder aan de dochter. Daarvan kan sprake zijn indien de lening wordt verstrekt op een moment dat en onder voorwaarden die een willekeurige derde niet zou aanvaarden.

De lening komt in de jaarverslagen van de BV voor, aanvankelijk voor een lager bedrag, later voor het bedrag dat de BV thans heeft aangemeld. Namens de SA is ter terechtzitting erkend dat van de lening geen schriftelijke bescheiden bestaan en dat niet kan worden aangetoond welke voorwaarden aan de lening zijn verbonden, anders dan het in het jaarverslag vermelde rentepercentage. Op de lening is nimmer enige aflossing gedaan. Uit de jaarverslagen vanaf de oprichting in 1999 blijkt dat de BV steeds een negatief resultaat heeft geboekt. Onder die omstandigheden is er aanleiding te veronderstellen dat de lening, indien zij bestaat, in ieder geval deels het karakter heeft van een aan de dochter verstrekte kapitaalsinjectie, die aanleiding kan zijn de vordering als gedeeltelijk achtergesteld aan te merken.

Kennelijk is door de BV er voor gekozen – en is door de andere crediteuren bij de stemming over het akkoord aanvaard – in het aangeboden akkoord die gedeeltelijke achterstelling tot uitdrukking te brengen door het percentage dat voor de SA wordt gereserveerd lager te stellen dan het percentage voor de overige concurrente crediteuren. Een eenduidige verklaring waarom het percentage van de SA dan precies 5,6% zou moeten zijn, is niet gegeven, maar uit hetgeen ter terechtzitting naar voren is gekomen begrijpt de rechtbank dat een percentage van 33% voor de gewone crediteuren als minimaal aanvaardbaar werd beschouwd en het percentage van 5,6% voor de SA alsdan uit de voor een akkoord beschikbare gelden overschiet.

Gezien de bijzondere relaties tussen moeder- en dochtervennootschap acht de rechtbank een dergelijke verdeling van de voor een akkoord beschikbare penningen niet onaanvaardbaar.’³²³

323 Rechtbank Amsterdam 26 juli 2005, Homologatie akkoord Carrier 1. Zie uitgebreid over deze zaak A.J. Tekstra, ‘De praktische afwikkeling van intercompany verhoudingen bij insolventies’, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2009, p. 26-29. Tekstra schrijft instemmend ten aanzien van deze beschikking: ‘De overwegingen van de rechtbank in de Carrier 1-zaak lijken goede aanknopingspunten te bieden om onder omstandigheden intercompany schulden, ondanks dat zij contractueel niet zijn achtergesteld ten opzichte van andere (concurrente) crediteuren, toch een – gehele of gedeeltelijke – “achtergestelde behandeling” te geven.’

Carrier 1 International SA ging in hoger beroep en stelde ook in hoger beroep dat de doorbreking van de *paritas creditorum* aan homologatie in de weg zou staan. Het hof verwerpt het beroep ten aanzien van de doorbreking van de *paritas creditorum*. Het hof besteedt daarbij echter veel minder aandacht aan de principiële vraag of achterstelling door de rechter mogelijk is, en hanteert een meer algemene benadering toegesneden op de problematiek van een akkoord en oordeelt dat, gelet op de omstandigheden en de belangen van de overige schuldeisers, van Carrier 1 International SA verwacht mocht worden dat zij genoeg zou nemen met het lagere percentage van 5,6%.³²⁴

Bedacht dient te worden dat ook Carrier 1 weer een specifiek geval is, zodat voorzichtigheid geboden is bij het destilleren van algemene regels. De vordering van de aandeelhouder werd niet geheel achtergesteld. Ook is het bij een akkoord niet ongebruikelijk dat grote crediteuren een ander en lager percentage op hun vordering krijgen uitbetaald dan kleine handelscrediteuren. Verder speelde ook een rol dat de vordering niet eens schriftelijk was vastgelegd. Hierbij komt het beeld op van de Amerikaanse rechtsfiguur van *recharacterisation*, waarbij de gedachte centraal staat dat indien leningen van de moeder aan de dochter niet de uiterlijke kenmerken van een lening hebben, deze als kapitaal worden geherkarakteriseerd.³²⁵

Recenter heeft de Rechtbank Amsterdam (in geheel andere samenstelling) in het faillissement van Leteno B.V. (het One.Tel faillissement) met zoveel woorden een beroep op achterstelling afgewezen. Het argument van de curator en de verwerping daarvan door de Rechtbank Amsterdam worden volledig weergegeven:

‘4.3. Voorts stelt mr. Bink dat One.Tel niet behoort te worden toegelaten in het faillissement van Leteno omdat het (gestorte) aandelenkapitaal van fl. 40.000,- absoluut onvoldoende was voor de grootse plannen en activiteiten die zij in Nederland ontplooiden en die zij bovendien zelf dicteerde of initieerde. Mr. Bink beroept zich in dit verband op het bepaalde in de artikelen 2:8 en 6:162 lid 2 BW.

4.4. Dit betoog faalt eveneens. Naar Nederlands recht geldt – anders dan bijvoorbeeld naar Duits recht – niet een regel op grond waarvan een lening door een aandeelhouder of moedervenootschap, verstrekt op een moment dat het eigen vermogen van de vennootschap eigenlijk uitgebreid had moeten worden volgens de regels van goed koopmansgebruik, rechtens wordt behandeld als ware het kapitaal. Een dergelijke regel vloeit naar de heersende rechtsopvatting ook niet voort uit de door de aandeelhouder jegens de vennootschap in acht te nemen redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW of uit de maatschappelijke zorgvuldigheid als bedoeld in artikel 6:162 BW. Het bovenstaande neemt niet weg dat het verschaffen van een niet door zekerheden

³²⁴ Hof Amsterdam 5 november 2005, *JOR* 2007/51, m.nt. Bartman.

³²⁵ Zie hierover hoofdstuk 3 (§ 3.3).

*gedekte lening door een moedervenootschap aan haar dochter naar Nederlands recht onder bijzondere omstandigheden wel onrechtmatig jegens de gezamenlijke crediteuren kan zijn. Zowel het passief toelaten dat de verliesgevende exploitatie van de dochter wordt voortgezet als het actief bevorderen dat de exploitatie wordt voortgezet door een nieuw krediet aan de dochter te verstrekken kan onrechtmatig jegens de crediteuren van de dochter zijn, als de moeder wist of behoorde te weten dat er geen gereede kans meer bestond dat de dochter haar faillissement zou ontlopen en het tekort in het faillissement door de voortzetting van de exploitatie zou toenemen. Mr. Bink stelt echter niet dat One.Tel in deze zin onrechtmatig heeft gehandeld.*³²⁶

De impact en het belang van achterstelling wordt ook duidelijk aan de hand van de feiten in One.Tel. De geverifieerde concurrente schuldvorderingen op Leteno bedragen € 11.134.398,91. Het voor uitdeling aan concurrente crediteuren beschikbare actief bedraagt ruim € 7 miljoen. Hiermee zouden de concurrente schuldeisers dus voor ruim 60% voldaan kunnen worden. De vordering van de moeder bedraagt echter € 64.535.503,76.³²⁷ Indien de gehele vordering van de moeder als concurrente vordering zou worden toegelaten, zou het uitkeringspercentage terugvallen tot ongeveer 9%.³²⁸

Bij het lezen van het vonnis van de Rechtbank Amsterdam in One.Tel komt de vraag op waarom een aandeelhouder überhaupt nog risicodragend vermogen in de vorm van kapitaal zou verstrekken. Het volgen van het vonnis van de rechtbank in One.Tel zou betekenen dat aandeelhouders bij het financieren van Nederlandse vennootschappen er verstandiger aan doen met leningen te financieren. In een *upside scenario* krijgen zij nog steeds alle winsten en in een *downside scenario* krijgen zij ook nog wat. Vooral aan het begin van een ambitieus project bestaat er voor de aandeelhouder, indien men de visie van de Rechtbank Amsterdam in One.Tel zou volgen, geen dwingende reden om de vennootschap met kapitaal uit te rusten en dient de aandeelhouder, indien hij verstandig is, te opteren voor het financieren met leningen.

³²⁶ Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, *JOR* 2009/171.

³²⁷ Blijkens het vonnis is de vordering van de moeder als volgt opgebouwd: (i) een bedrag van € 8.450.209,44, zijnde het bedrag waarvoor One.Tel Leteno tot 1 januari 2000 financieel zou hebben ondersteund; (ii) een bedrag van € 18.170.053,13, zijnde het bedrag waarvoor One.Tel Leteno na 1 januari 2000 financieel zou hebben ondersteund, door enerzijds gelden op haar bankrekening over te boeken en anderzijds rechtstreeks betalingen aan crediteuren van Leteno te verrichten; (iii) een bedrag van € 37.915.214,76, volgens One.Tel het equivalent in euro's van de koopprijs van FRF 266.000.000 voor de vordering op SARL. Opmerkelijk is nog dat voor de posten i) en ii) kennelijk in het geheel geen leningdocumentatie is opgesteld, zodat de betalingen niet eens de vorm van een lening hadden. De grootste post, de vordering van € 37.915.214,76 wordt door de curator succesvol bestreden met een beroep op artikel 42 Fw, zodat deze vordering komt te vervallen.

³²⁸ Nu de curator in elk geval succesvol is in de bestrijding van de derde post, de vordering van € 37.915.214,76 (zie vorige noot) zou daarmee het uitkeringspercentage uitkomen op ongeveer 20%.

De Rechtbank Amsterdam neemt in One.Tel de uitnodiging van de commissie Kortmann dus niet aan. Dit is zeer te betreuren. Benadeling van schuldeisers door een dubbele opstelling van aandeelhouders is een onderkend probleem en wordt bij nieuwe wetgevingstrajecten bij herhaling gesignaleerd, maar telkens wordt de wetgevingsinspanning op andere onderwerpen gericht. De wetgever wacht dus op de rechter en de rechter lijkt in One.Tel, anders dan in Carrier 1, toch weer op de wetgever te wachten of (erger) geeft niet thuis.

4.3.1.1.4 Conclusie: achterstelling reeds mogelijk

Kunnen de argumenten zoals genoemd door onder andere Schimmelpenninck, een ingrijpen door de rechter rechtvaardigen en dragen? De argumenten vóór zijn overtuigend, maar mogelijk dient geoordeeld te worden dat het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag een te grote hobbel vormt. Mede op basis van de hierboven aangehaalde Toelichting van de commissie Kortmann op haar Voorontwerp,³²⁹ en de rechtelijke uitspraken inzake Carrier 1, meen ik echter dat de rechter nu reeds deze bevoegdheid heeft. Bijkomend argument is de aanhoudende inertie van de wetgever op dit gebied. In de voorbereidende stukken van de twee besproken wetgevingsprojecten wordt het probleem gesignaleerd, maar komt men niet met een wettelijke regeling. Ik vermoed, maar kan slechts gissen, dat dit mede komt doordat betrokkenen vrezen dat hun project vertraging oploopt indien men deze materie ook nog zou willen regelen.

Hoewel mijn conclusie is dat achterstelling van aandeelhoudersleningen buiten partijafpraak nu reeds mogelijk is, verdient het leerstuk een wettelijke basis. Achterstelling vormt een inbreuk op de *paritas creditorum* en dergelijke inbreuken behoeven in principe een wettelijke grondslag. Mijns inziens is de Faillissementswet/Insolventiewet daartoe de aangewezen plaats omdat de problemen die hier besproken zijn, bovenal faillissementsrechtelijk van aard zijn. Een voorstel daartoe wordt gedaan in § 4.5.4.3.1.

4.3.1.2 Betalingen op aandeelhoudersleningen vóór faillissement

In de vorige paragraaf is ingegaan op de vraag naar de positie van leningen van aandeelhouders *in* faillissement. Indien de mogelijkheid geaccepteerd zou worden dat bepaalde leningen van aandeelhouders *in* faillissement als achtergesteld zou hebben te gelden, dan dienen ook nieuwe gedachten ontwikkeld te worden ten aanzien van de terugbetaling op dergelijke leningen *voor* faillissement. Een regeling die bepaalde vorderingen in faillissement achterstelt, is incompleet indien niet

329 Hoewel het voorontwerp nog verre van wet is, meen ik dat gezien de samenstelling van de commissie (S.C.J.J. Kortmann (voorzitter), M.P. van Achterberg, J.C. van Apeldoorn, O. Couwenberg, B.F.M. Knüppe, A.J. Tekstra, R.D. Vriesendorp, M.B. Werkhoven, B. Wessels, J.W. Winter, F.R. Salomons (secretaris) en P.M. Veder (secretaris)), de Toelichting op het Voorontwerp toch als gezaghebbend heeft te gelden en nu reeds een belangrijke invloed zal hebben op het geldende recht, vooral op de gebieden waar de commissie het geldende recht 'inventariseert'.

een separaat regime van toepassing is op de betalingen verricht op deze vorderingen voor faillissement.³³⁰

De faillissementspauliana maakt een strikt onderscheid tussen verplichte en onverplichte rechtshandelingen. De mogelijkheden om onverplicht verrichte rechtshandelingen overeenkomstig artikel 42 Fw te vernietigen zijn (*grosso modo*) aanzienlijk ruimer dan de mogelijkheden om verplicht verrichte rechtshandelingen overeenkomstig artikel 47 Fw te vernietigen. De wetgever motiveerde de beperkte mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen te vernietigen o.a. met het volgende argument:

‘De vernietiging van verplichte rechtshandelingen is in strijd met de behoeften van het verkeer: immers, zij is gericht tegen het sibi vigilare; zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest noodig heeft; nl. als hij een déconfiture van zijn schuldenaar vreest.’³³¹

Mijns inziens komt dit argument weinig of geen waarde toe in de verhouding tussen een vennootschap en haar (groot)aandeelhouder. Van Dijck heeft in zijn analyse van de pauliana betoogd dat het onderscheid tussen verplicht en onverplicht zich, afgezet tegen de verstrekkende gevolgen, relatief eenvoudig voor manipulatie leent.³³² Dit zal in elk geval zo zijn bij nauw verbonden partijen, zoals de vennootschap met haar (groot)aandeelhouder. Indien het onderscheid verplicht/onverplicht ook onverkort van toepassing wordt geacht op leningen van aandeelhouders, zal de terugbetaling van een lening veelal niet met een beroep op de pauliana aangetast kunnen worden.

Dezelfde argumenten als zijn aangedragen om te oordelen dat een bepaalde lening in faillissement achtergesteld zou moeten worden, kunnen gebruikt worden om te betogen dat betalingen op leningen aan aandeelhouders voor faillissement als onverplicht hebben te gelden, ook al brengen de contractuele bepalingen van toepassing op de leningen met zich dat de lening opeisbaar is en dat betalingen daarmee verplicht zouden zijn.³³³ Als men accepteert dat deze argumenten rechtvaardig

330 Zie inzake het Duitse recht De Bra (*Insolvenzordnung, Kommentar*, E. Braun (red.), München: C.H. Beck, 2007, p. 876). Hij merkt het volgende op over de noodzaak van een apart regime onder de pauliana (Anfechtung) ten aanzien van de vorderingen van aandeelhouders die in faillissement achtergesteld zijn: *‘Könnten die Gesellschafter in diesem Falle die zurückgezählten Gelder behalten (...), so würde dies die Einstufung der durch den Gesellschafter gewährten Leistungen als kapitalersetzend und die daraus folgende, allenfalls nachrangige Befriedigung im Insolvenzverfahren gem. § 39 Abs 1 Ziff. 5 in der Praxis leerlaufen lassen. § 135 gibt daher dem Insolvenzverwalter das Recht, solche Rückzahlungen bzw. Sicherstellungen anzufechten.’*

331 Memorie van toelichting bij artikel 42 Fw: G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, deel I, Haarlem 1896, p. 436.

332 Van Dijck, *De Faillissementspauliana, revisie van een relic*, p. 33 e.v.

333 De argumenten zijn i) dat de aandeelhouder een zekere mate van controle over de dochter kan uitoefenen, ii) dat de aandeelhouder een betere kennis van de gang van zaken binnen de dochter heeft, iii) dat de aandeelhouder deelt in het *upside* potentieel van de dochter en iv) dat in de praktijk achterstelling in de regel wordt overeengekomen indien dit onderwerp van onderhandeling is met *arm's length* financiers.

digen dat bepaalde leningen verstrekt door de aandeelhouder in faillissement als achtergesteld hebben te gelden omdat deze als informeel kapitaal hebben te gelden, dient men deze leningen voor datum faillissement ook als informeel kapitaal te beschouwen. De terugbetaling van een dergelijke lening, kwalificeert dan ook de facto als het uit de vennootschap halen van informeel kapitaal. Dan is het ook gerechtvaardigd dat niet meer naar de leningovereenkomst wordt gekeken om te bepalen of de betaling aan de aandeelhouder als verplicht of onverplicht heeft te gelden. Men kan dan eenvoudig oordelen dat het terugbetalen van de lening, de facto het onverplicht retourneren van informeel verschaft kapitaal vormt.

Indien de betalingen op leningen verstrekt door een aandeelhouder als onverplicht worden gekwalificeerd, komen de betalingen binnen het bereik van artikel 42 Fw. Hiermee zouden de mogelijkheden voor de curator om betalingen onder de leningen aan te tasten aanzienlijk toenemen. Ook artikel 43 lid 1 sub 5 en 6 Fw zou van toepassing kunnen worden geacht, waarmee het aan de aandeelhouder zou zijn om aan te tonen dat deze geen wetenschap van benadeling had.³³⁴

Er dienen in elk geval nog twee vragen bezien te worden ten aanzien van de mogelijkheid om betalingen op leningen verstrekt door aandeelhouders als onverplicht te bestempelen. Ten eerste de vraag of dit de leningen van alle aandeelhouders zou moeten betreffen. M.i. zou hier aangesloten kunnen worden bij het Duitse recht, en zou bepaald kunnen worden dat het aandeelhouders dient te betreffen die meer dan 10% van de aandelen houden.³³⁵ De tweede vraag is of elke lening van de meer dan 10% aandeelhouder onder het voorgestelde regime dient te vallen. Hierboven is aangegeven dat het betoog van Schimmelpenninck, in navolging van het Duitse leerstuk van *kapitalersatzendes Darlehen* zoals dat gold tot invoering van MoMiG, ziet op die leningen die *verstrek*t zijn op een moment dat een *arm's length* financier dat niet meer zou doen. M.i. is deze laatste nuancering niet op zijn plaats voor de pauliana. De terugbetaling van (omvangrijke) leningen aan aandeelhouders in het jaar voor faillissement verdient het mijns inziens, gezien de bestaande banden tussen aandeelhouder en vennootschap, om als onverplicht gekwalificeerd te worden.

4.3.1.3 Zekerheden voor aandeelhoudersleningen

Het Nederlandse recht kent geen regeling inhoudende dat aandeelhouders geen zekerheden kunnen bedingen of dat zekerheden verstrekt aan aandeelhouders niet afdwingbaar zouden zijn. In de arresten Osby en Coral/Stalt gaat de Hoge Raad er ook van uit dat groepsmaatschappijen en moedervennootschappen zekerheden

³³⁴ Zie voor de toepasselijkheid van deze bepaling ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen, Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 112-116.

³³⁵ Zie over dit percentage in het Duitse recht § 2.3. Artikel 43 Fw zou dan ook uitgebreid kunnen worden met de bepaling dat de omkering van de bewijslast reeds plaatsvindt indien de wederpartij, direct of indirect, 10% of meer van de aandelen in de schuldenaar houdt.

kunnen bedingen.³³⁶ Voor zover dit zou gaan om een eigendomsvoorbehoud bij intra-groeptransacties met een pandrecht op verwerkte goederen, bestaan hier relatief weinig bezwaren. Voor zover een aandeelhouder de vennootschap niet financiert met kapitaal, maar met leningen, bestaan hier echter wel grote bezwaren. De aandeelhouder krijgt dan immers zowel betaald als het goed gaat, als wanneer het slecht gaat. De concurrente schuldeisers moeten dan toezien hoe de aandeelhouder, die bij een positief resultaat alle winsten zou hebben genoten, in faillissement ook nog de waarde van de activa naar zich toe zou kunnen trekken. Ter vergelijking kan op het Duitse recht gewezen worden, waarin in artikel 135 InsO bepaald wordt dat alle zekerheden die in de tien jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring gevestigd zijn voor leningen van aandeelhouders, aangetast kunnen worden met de *Insolvenzanfechtung*.

Bij gebreke van een speciale regel kan niet geoordeeld worden dat het Nederlandse recht categorisch het vestigen van zekerheden ten behoeve van aandeelhouders verbiedt. De begrenzing van de toelaatbaarheid van het vestigen dient bovenal in de pauliana en de onrechtmatige daad gevonden te worden. Deze bescherming schiet echter tekort.

De pauliana schiet tekort vanwege het nog immer strenge vereiste van wetenschap van benadeling. De zekerheidsverschaffing zal altijd terug te voeren zijn op een onverplichte rechtshandeling. Voor zover de onverplichte zekerheidsverschaffing geschiedt in het jaar voor faillissement, zal de curator bij een aandeelhouder die meer dan 50% van de aandelen houdt een beroep kunnen doen op het bewijsvermoeden van artikel 43 Fw ten aanzien van gerelateerde partijen.³³⁷ Het zal dan aan de aandeelhouder zijn om te bewijzen dat deze geen wetenschap van benadeling

336 Zie Hoge Raad 12 juni 1998, NJ 1998, 727 (Coral/Stalt), m.nt. PvS, JOR 1998/107, m.nt. Van den Ingh. De Hoge Raad overwoog als volgt: 'Subonderdeel 3.3 klaagt dat het Hof zijn oordeel dat Stalt als moedervennootschap niet gehouden was erop toe te zien dat Forsythe haar crediteuren gelijk zou behandelen, onjuist althans onvoldoende heeft gemotiveerd door het hierop te baseren dat "geen rechtsregel er zich tegen verzet dat de schuldenaar onder omstandigheden als waarvan te dezen sprake is schuldeisers ongelijk behandelt". Deze klacht treft doel. In het midden kan blijven welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen. In ieder geval kan met betrekking tot een vennootschap die, zoals Forsythe, tot een groep van vennootschappen behoort, niet de regel worden aanvaard dat deze vennootschap, wanneer zij heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, in beginsel de vrijheid zou hebben om de tot haar groep behorende crediteuren – anders dan op grond van door de wet erkende redenen van voorrang (vet toegevoegd, RdW) – te voldoen met voorrang boven niet tot haar groep behorende crediteuren. In het hier omschreven geval handelt die vennootschap slechts dan niet in strijd met hetgeen haar naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien de voorkeursbehandeling van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.'

337 Opvallend is dat artikel 43 Fw niet met zoveel woorden de aandeelhouder met meer dan 50% van de aandelen zelf noemt, terwijl het wel een zustervenootschap noemt indien de aandeelhouder in beide vennootschappen meer dan 50% van de aandelen heeft (lid 1 sub 5). Volgens de MvT moet de grootaandeelhouder wel onder de werking van de bewijsvermoedens worden begrepen (zie Kortmann en Faber, *Wetswijzigingen*, p. 135). Hoewel artikel 43 lid 1 sub 5° en 6° Fw dit niet met zoveel woorden bepaalt, dienen de bepalingen zo gelezen te worden dat de curator een beroep kan doen op een bewijsvermoeden indien de aandeelhouder meer dan 50% van de aandelen houdt.

had. Indien de zekerheidsverschaffing maar ver genoeg van tevoren plaatsvindt op een moment dat de vennootschap nog niet in financiële problemen verkeert, zal een beroep op artikel 42 Fw naar hoogst waarschijnlijk aangenomen moet worden, niet slagen.³³⁸

De aandeelhouder kan ook aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad. Ook de onrechtmatige daad schiet als toetsingskader tekort. Relevant is hier nog immer het Osby-arrest. De Hoge Raad overwoog hier als volgt.

*‘Indien een moedermaatschappij alle aandelen in een dochtermaatschappij bezit en aan de dochter krediet heeft verstrekt en vervolgens de activa van de dochter, toekomstige inbegrepen, volledig of nagenoeg volledig van deze in zekerheidseigendom verwerft, aldus dat de dochter aan nieuwe schuldeisers die haar na de zekerheidsoverdracht krediet geven praktisch geen verhaal meer biedt, kan er, indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers (vet toegevoegd, RdW) aan te trekken, onder omstandigheden sprake zijn van een onrechtmatige daad van haar jegens dezen. Met name zal dit zo zijn, indien de moeder een zodanig **inzicht in en zeggenschap** (vet toegevoegd, RdW) over het beleid van de dochter heeft, dat zij, gelet op de omvang van haar vordering en van de zekerheidsoverdracht en het verloop van zaken in het bedrijf van de dochter, ten tijde van gedragingen als voormeld **wist of behoorde te voorzien** (vet toegevoegd, RdW) dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.’³³⁹*

Ook de onrechtmatige daad stelt geen harde uniforme grenzen aan de mogelijkheden van een aandeelhouder om zekerheden te bedingen. Het Osby-arrest kan dan ook niet gelezen worden als een principieel antwoord op de vraag in hoeverre aandeelhouders voor hun vorderingen zekerheden kunnen bedingen. Het is veeleer slechts een nadere uitwerking van de Erba-rechtspraak, waarbij aansprakelijkheid van een crediteur (een bank) jegens andere crediteuren werd aangenomen.³⁴⁰

338 Een uitzondering zou mogelijk aangenomen kunnen worden indien de vennootschap met dermate weinig eigen vermogen en met omvangrijk vreemd vermogen in de vorm van leningen is uitgerust (*over leveraged*) dat de vennootschap geen enkel relevant weerstandsvermogen heeft, en dat daarin toch geobjectieerde wetenschap van benadeling gevonden zou kunnen worden. Vooral als de vennootschap slechts gefinancierd is met leningen van aandeelhouders en deze leningen verstrekt zijn met zekerheidsrechten, zou ik een geobjectieerde wetenschap van benadeling niet op voorhand willen uitsluiten, ook al heeft de vennootschap op dat moment een positief eigen vermogen en maakt zij winst.

339 HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby), m.nt. Ma.

340 Zie Maeijer in zijn noot bij het arrest: ‘De kernvraag die naar aanleiding van dit arrest rijst, kan als volgt worden geformuleerd. Geeft de HR hiermee in afwachting van een wettelijke regeling dienaangaande een principiële aanzet tot de jurisprudentiële ontwikkeling van wat men zou kunnen noemen: specifiek concernrecht, of behelst dit arrest slechts een toepassing en uitwerking van de leer ontwikkeld in de Erba-arresten, HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (zie ook AA 1957-1958, p. 80 e.v.), en HR 20 maart 1959, NJ 1959, 581, wanneer het gaat over concernverhoudingen, en waarbij het gewraakte handelen van de moeder treedt in plaats van dat van de Bank? Ik zou menen: het laatste.’

De Hoge Raad noemt in het Osby-arrest twee omstandigheden die niets te maken hebben met het meer principiële pijnpunt dat de aandeelhouder door op deze wijze (leningen met zekerheden) te financieren, zowel betaald krijgt als het goed gaat als wanneer het slecht gaat. Dit betreffen de zeggenschap over de vennootschap en belangrijker nog, de voorzienbaarheid van benadeling van schuldeisers (beide vet weergegeven in passage). Het Osby-arrest geeft bijvoorbeeld geen uitkomst wanneer de aandeelhouder grotendeels financiert met leningen tegen zekerheden op een moment dat er nog voldoende vrij actief is om alle schuldeisers te voldoen. Een aandeelhouder kan binnen de grenzen van het Osby-arrest bij aanvang van een nieuw project ervoor kiezen bijvoorbeeld € 180.000 te storten op aandelen en voor de rest de onderneming financieren met een langlopende rentedragende lening van bijvoorbeeld € 18 miljoen, welke opeisbaar wordt met het faillissement. Indien de vennootschap dan na 4 jaren zou failleren, dan kan (waarschijnlijk) niet gezegd worden dat de aandeelhouder reeds bij aanvang wist dat crediteuren zouden worden benadeeld. Het effect is wel dat de aandeelhouder het ondernemersrisico de facto heeft afgewenteld op de gewone crediteuren. Mijns inziens is dit afwentelen van het ondernemersrisico reeds voldoende reden om de aandeelhouder niet toe te staan zekerheden te bedingen voor leningen die de facto de rol van kapitaal vervullen. Niet of veel minder van belang is dan in hoeverre de aandeelhouder op het moment van het verstrekken van de lening wist of behoorde te weten dat de vennootschap zou failleren en dat daardoor crediteuren benadeeld zouden worden. De hele constructie van het financieren met leningen tegen zekerheden is immers juist gericht op het geval dat het mis mocht gaan. In die zin is het logisch gezien vreemd om voor de beoordeling van die handeling doorslaggevend te laten zijn in hoeverre toen reeds te voorzien was dat deze situatie zich zou voordoen.³⁴¹ De onrechtmatige daad biedt m.i. een onvoldoende geschikt toetsingskader omdat het te veel aanhaakt bij de voorzienbaarheid van benadeling en de zeggenschap over de vennootschap.

³⁴¹ Men zou hier tegenin kunnen brengen dat hetzelfde geldt voor *arm's length* schuldeisers die financieren tegen zekerheid. De gevallen verschillen echter fundamenteel van elkaar. Een aandeelhouder heeft kennelijk de keuze gemaakt om een bepaald bedrag te investeren in de onderneming en staat nu voor de keuze hoe dit vorm te geven. De keuze om geen kapitaal maar een lening te verstrekken wordt bepaald door het *downside* scenario en hoeveel de aandeelhouder er dan beter uit springt. De keuze van de *arm's length* financier is niet tussen kapitaal en leningen, maar tussen wel en geen lening verstrekken. In die zin is de keuze om een lening te verstrekken, anders dan bij de aandeelhouder, niet ingegeven door de mogelijkheid van een *downside* scenario. Deze lening zal een *arm's length* financier veelal alleen willen verstrekken indien hij zekerheid krijgt. Men zou verder tegen het hier ingenomen standpunt kunnen betogen dat de uitkomst voor de concurrente schuldeisers hetzelfde zou zijn indien een bank de € 5 miljoen had geleend. Daarbij dient bedacht te worden dat een bank in de regel niet omvangrijk vreemd vermogen zal verstrekken indien daar niet ook een zeker percentage van eigen vermogen tegenover staat. Immers een kleine tegenvaller zal reeds betekenen dat de vennootschap materieel insolvent wordt. In het voorbeeld hier gegeven, eigen vermogen € 180.000 en vreemd vermogen € 18 miljoen, zal de solvabiliteit slechts 0,99% bedragen. Banken zullen onder deze omstandigheden in de regel geen financiering verstrekken (behoudens uitgebreide garanties van de aandeelhouder, welke garanties het probleem slechts verplaatsen, zie § 4.3.2). Dat een aandeelhouder onder deze omstandigheden wel een lening verstrekt en daarvoor zekerheden bedingt, dient m.i. nog niet te betekenen dat deze zekerheden dan ook afdwingbaar zijn.

Een tweede tekortkoming van de onrechtmatige daad als toetsingskader is dat zij, net als in het Osby-arrest, de verantwoordelijkheid van de aandeelhouder te veel beperkt tot nieuwe schuldeisers, schuldeisers wier vordering is ontstaan na een bepaalde peildatum.³⁴² Oude schuldeisers worden echter ook benadeeld indien zij in insolventie de aandeelhouder voor zien gaan met een beroep op zekerheidsrechten. Voor zover men zou moeten beoordelen of de aandeelhouder door de gekozen wijze van financieren ook onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers (en niet alleen jegens ‘nieuwe schuldeisers’), komt men al snel voor de vraag te staan of de aandeelhouder aansprakelijk is voor het gehele tekort of niet. In die zin vormt de onrechtmatige daad te veel een botte bijl. Indien men, overeenkomstig het Duitse recht, ook slechts de zekerheidsrechten met een beroep op de pauliana zou kunnen vernietigen, levert dit veel meer maatwerk op. In dat geval is er ook geen (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid waarbij de aandeelhouder aansprakelijk is voor schulden van de vennootschap, maar hoeft de aandeelhouder slechts dat terug te geven wat hij van de vennootschap heeft gekregen, hier de zekerheidsrechten.

Waar het Nederlandse recht, vergeleken met het Duitse en het Amerikaanse, al zeer weinig aandacht besteedt aan de vraag hoe moet worden omgegaan met concurrente leningen van aandeelhouders in faillissement van de vennootschap, is voor de vraag in hoeverre een aandeelhouder voor leningen zekerheden kan bedingen, vrijwel geen aandacht. Dit vormt m.i. een grote tekortkoming van het Nederlandse recht. Een gevolgtrekking hiervan dient m.i. *niet* te zijn dat zekerheidsrechten verstrekt aan aandeelhouders in ruime mate afdwingbaar zouden zijn. De gevolgtrekking dient m.i. te zijn dat de wetgever hier een regeling dient op te nemen en dat tot die tijd de bestaande open normen in de onrechtmatige daad en de pauliana ruim moeten worden geïnterpreteerd. Zie voor de aanbeveling van een wettelijke regeling § 4.5.4.3.2 in samenhang met de Appendix (§ 6.5.1.3).

³⁴² Zie in dit verband bijvoorbeeld de conclusie van A-G Timmerman bij HR 12 september 2008, *JOR* 2008/297 (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holding Limited), m.nt. Van Maanen, ten aanzien van de vraag in hoeverre de aandeelhouder aansprakelijk is jegens de schuldeisers van de dochter omdat zij de dochter door middel van leningen lange tijd heeft gefinancierd en op een zeker moment de financiering heeft gestaakt, de surseance heeft laten aanvragen en daarmee een aantal onbetaald gebleven crediteuren in de kou heeft laten staan (zie ook de noot van M.H.J. van Maanen bij dit arrest). Timmerman plaatst de problematiek van zekerheden verstrekt aan aandeelhouders grotendeels in de sleutel van aansprakelijkheid jegens nieuwe schuldeisers, wier vorderingen zijn ontstaan na een bepaalde peildatum. Timmerman schrijft: ‘*Naar mijn inzicht is in dit verband het Osby-arrest van belang. Ik leid uit dit arrest af dat de vraag of zekerheden zijn verstrekt aan de moeder wel degelijk een relevant gezichtspunt kan zijn bij de beoordeling of de moeder aansprakelijk is jegens crediteuren van de dochter. Immers beïnvloedt het verstrekken van zekerheden ten behoeve van de ene crediteur de verhoudingspositie van de andere crediteuren. Juist in geval van financiële afhankelijkheid van de dochter lijkt mij dit gezichtspunt aan belang te winnen. Indien de in financieel opzicht afhankelijke dochter failliet is, is de positie van (overige) concurrente crediteuren immers in veel gevallen minder onverkieslijk ingeval aan de moeder geen zekerheden zijn verschaft (zoals in het onderhavige geval) dan wanneer wel zekerheden zijn verschaft (zoals in Osby). Omgekeerd is de positie van de moeder die geen zekerheden heeft verkregen zwakker dan die van de moeder die wel zekerheden heeft bedongen. Voorts kan de vraag of zekerheden zijn verstrekt van belang zijn bij het bepalen van een peildatum. Ik acht denkbaar dat onder omstandigheden een peildatum op een eerder moment wordt vastgesteld indien ten behoeve van de moeder zekerheden zijn verstrekt dan wanneer – ceteris paribus – geen zekerheden zijn verstrekt. Het hof heeft de omstandigheid dat geen zekerheden zijn verschaft mede relevant geacht bij de beoordeling van de vraag of Coutts gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van CED meer aan te trekken dan zij heeft gedaan. Dit oordeel lijkt mij juist.*’

4.3.2 *Vermindering exposure aandeelhouder: wel verdacht, veelal niet paulianeus*

Het klassieke uitgangspunt is dat aandeelhouders de vennootschap met risicodragend vermogen uitrusten. In de vorige paragraaf (§ 4.3.1) is de complicatie besproken van gevallen waarin de aandeelhouder geen kapitaal stort, maar leningen verstrekt. Er is nog een andere manier waarop aandeelhouders de vennootschap financieel kunnen steunen zonder kapitaal te storten. De aandeelhouder kan zich sterk maken jegens één of meerdere schuldeisers van de vennootschap.

Vanuit het perspectief van schuldeisersbescherming is deze vorm van steun van de aandeelhouder problematisch, omdat het risico bestaat dat indien de vennootschap in financiële problemen raakt, de vennootschap eerst die schulden betaalt waar de aandeelhouder zich sterk voor heeft gemaakt. Het *exposure* van de aandeelhouder in verband met de insolventie van de vennootschap wordt daarmee teruggebracht. Resultaat is uiteraard dat minder overblijft voor de gezamenlijke schuldeisers. Het is daarbij aannemelijk dat dit verschijnsel zich eerder voordoet wanneer de bestuurders de mogelijkheid hebben om na een deconfiture van de vennootschap bij de aandeelhouder (moedervenootschap), of mogelijk elders in een bestaande groep, in dienst te treden. De toekomstperspectieven van de bestuurders van de vennootschap, kunnen mede een verklaring vormen voor de vraag waarom bestuurders op een moment waarop het faillissement reeds onvermijdelijk is, nog gehoor geven aan een beroep van een bank op artikel 26 (voormalig artikel 20) Algemene Bankvoorwaarden.³⁴³

Voor zover de aandeelhouder zelf nog rechtshandelingen verricht met de dochter die het verminderen van het *exposure* mogelijk maken, past hier een ruime toepassing van de pauliana. Het geval berecht in HR Montana (I)³⁴⁴ (al kort besproken in § 4.2.1.2.1) biedt hier een voorbeeld. De feiten waren als volgt. Een dochter (Montana) verkocht grotendeels haar activa (caravans) aan de moeder (Interniber), waarbij de marktprijs werd betaald. De koopprijs werd vervolgens betaald op een rekening van de dochter met een aanzienlijke debetstand. De bank kon vervolgens verrekenen waardoor de opbrengst van de activa niet meer voor de schuldeisers aanwezig was. De curator riep de pauliana in tegen de moeder als wederpartij bij de verkoop. Het uitzonderlijke van dit geval is, dat aangenomen werd dat sprake was van benadeling hoewel de marktprijs was betaald. Dit wordt echter minder uitzonderlijk wanneer men daarbij betreft dat de moeder zich jegens de bank sterk had gemaakt voor de schulden van de dochter aan de bank. Opvallend is dat de Hoge Raad in zijn arrest niet de borgstelling door Interniber

³⁴³ Het verschijnsel dat de bestuurders juist die schulden voldoen waarvoor de aandeelhouder zich sterk heeft gemaakt zal zich nog veel sterker manifesteren indien de bestuurder tevens de (groot)aandeelhouder is en zich in die (dubbele) hoedanigheid sterk heeft gemaakt. Hierbij dient dan vooral gedacht te worden aan een borgstelling richting de bank. De complicatie dat de bestuurder zich borg heeft gesteld jegens schuldeisers is hierboven in § 4.2.3.4.2 besproken. Hier ga ik ervan uit dat de aandeelhouder niet tevens bestuurder is.

³⁴⁴ HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (Montana).

bij zijn oordeel betreft. Verdaas signaleert dit ook, en onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad, maar wel juist omdat Interniber door het samenstel van handelingen was bevoordeeld ten detrimente van de andere schuldeisers van Montana.³⁴⁵ Na verwijzing oordeelde het Hof Den Haag echter dat de verkoop aan de moeder plaats had gevonden binnen een bestaande raamovereenkomst, op grond waarvan de rechtshandeling als verplicht kwalificeerde. De Hoge Raad liet het oordeel in stand waardoor de vordering van de curator alsnog strandde.³⁴⁶ Voor zover de rechtshandeling niet op grond van een bestaande overeenkomst zou hebben plaatsgevonden, zou het voor de hand hebben gelegen niet alleen de benadeling ruim te interpreteren, maar ook de vereiste wetenschap van benadeling.

In Montana was de moeder, die zich borg had gesteld jegens een bestaande schuldeiser, zelf partij bij een rechtshandeling van de schuldenaar. Hierdoor kon de pauliana relatief eenvoudig in stelling worden gebracht, in elk geval ten aanzien van het vereiste dat sprake moest zijn geweest van een rechtshandeling die tot benadeling leidt. Hoe dient het probleem echter benaderd te worden indien de moeder/aandeelhouder niet zelf partij is geweest bij de rechtshandeling die haar *exposure* beoogt te verminderen? In Engeland en Duitsland bestaat een aparte wettelijke regeling voor deze gevallen. In het Engelse recht heeft de bewindvoerder onder omstandigheden een rechtstreekse aanspraak jegens een derde die zich borg heeft gesteld of anderszins sterk heeft gemaakt en de schuldenaar juist die schuld heeft voldaan waarvoor deze derde zich had sterk gemaakt. Vereist is dat de schuldenaar ‘*was influenced by a desire to prefer*’ en ten tijde van of door de rechtshandeling insolvent was of werd.³⁴⁷ In het Duitse recht is ook een dergelijke regeling opgenomen,³⁴⁸ zij het dat deze beperkt is tot aandeelhouders die zich sterk hebben gemaakt voor schulden van de vennootschap. Artikel 135 InsO geeft hiervoor een regeling. Voor zover de aandeelhouder zich heeft sterk gemaakt jegens een derde en de derde wordt betaald in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring, verkrijgt de Duitse *Insolvenzverwalter* een rechtstreekse vordering op de aandeelhouder. Anders dan het Engelse recht is hier niet vereist dat de schuldenaar met een bepaalde subjectieve gesteldheid heeft gehandeld.

Het Nederlandse recht kent niet een dergelijke regeling als in artikel 239 IA (Engeland) of artikel 135 InsO (Duitsland) waarbij in insolventie van de schuldenaar de curator onder omstandigheden een rechtstreekse aanspraak uit de wet krijgt op de aandeelhouder voor het bedrag waarmee diens *exposure* in de aanloop naar de insolventverklaring is afgebouwd. Wel kent het Nederlandse recht het leerstuk van selectieve betaling. Onder omstandigheden kan dit leerstuk toegepast worden. Bij aansprakelijkheid wegens selectieve betaling van bestuurders en ook

345 Zie hierover A.J. Verdaas, ‘Reactie op de bespreking van het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO door F.P. van Koppen, *TvI* 2005, 43’, *TvI* 2006, 6, p. 35.

346 HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 448.

347 Zie meer uitgebreid hoofdstuk 3 (§ 3.3.2).

348 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.3.2).

van aandeelhouders wordt daarbij steeds meer gekeken naar de reden van de betaling. Indien de reden van de betaling niet gelegen is in de wens om de wederpartij te bevoordelen, maar veeleer in de wens om het *exposure* van overlevende groepsmaatschappijen te beperken, dan speelt dit mee bij de beoordeling of sprake is van onrechtmatig handelen van de betrokkenen.³⁴⁹ Het leerstuk van selectieve betaling en de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders plaatst de eventuele aanspraken van de curator in de sleutel van de onrechtmatige daad. Belangrijke elementen daarbij zijn bemoeienis en wetenschap van degene die wordt aangesproken.

De Nederlandse pauliana biedt eigenlijk geen goed antwoord op deze problematiek omdat zij geschoeid is op de leest van twee-partijverhoudingen, van schuldeaar en wederpartij. In de gevallen hier aan de orde zal de betaling die de dochter aan de derde verricht in de regel als een verplichte rechtshandeling hebben te gelden zodat deze alleen op grond van artikel 47 Fw vernietigbaar zou zijn. Ook wanneer de aandeelhouder op die betaling aanstuurt, is het maar zeer de vraag in hoeverre in een dergelijk geval van samenspanning met de derde sprake zal zijn. Opmerkelijk in dit verband is het vonnis van Rechtbank Utrecht inzake het faillissement van Fort Kruiwagens. Deze uitspraak is ook reeds besproken in § 4.2.3.3.2 ten aanzien van de werking van artikel 47 Fw. In dit geval had de bestuurder van Fort Kruiwagens, Van Beuzekom, zich borg gesteld voor een gedeelte van de schuld. Op een gegeven moment ging het slecht met Fort en de financier beriep zich op artikel 20 (inmiddels artikel 26) van de Algemene Bankvoorwaarden. Tegelijkertijd werd de bodemverhuurconstructie toegepast. Van Beuzekom wilde wel meewerken met de extra zekerheidsverstrekking, maar slechts voor zover dit in mindering op zijn borgstelling zou worden gebracht. De curator riep vervolgens de pauliana van artikel 47 Fw in tegen FGH. De rechtbank oordeelt dat inderdaad sprake is geweest van samenspanning. De rechtbank komt kennelijk mede tot dit oordeel met de redenering dat alleen door de financier te bevoordelen, Van Beuzekom zichzelf kon bevoordelen.³⁵⁰ Deze uitspraak heeft vooralsnog maar weinig aandacht gekregen. In zijn noot bij de uitspraak stelt Faber slechts, zonder verdere uitwijding of toelichting dat het oordeel van de rechtbank 'net iets te kort door de bocht is'.³⁵¹

349 Een goed voorbeeld hiervan vormt Rechtbank Arnhem 4 juli 2007, *JOR* 2008/170 (Beck q.q./Beijer), m.nt. Van Andel. Hierin werden een groot aantal betalingen geanalyseerd, onder andere aan advocaten en de verzekeraar. Bij de betalingen werd ook de vraag bezien in hoeverre andere groepsvennootschappen ook belang hadden bij de betaling van de schuld. De rechtbank overweegt als volgt: 'Het ontbreken van een valide reden voor een betaling acht zij echter onvoldoende grond om tot onrechtmatigheid ervan te concluderen. Daarvan zou bijvoorbeeld wel sprake kunnen zijn als de betaling, zoals de curator impliceert, plaatsvond omdat TVM ook verzekeraar van andere groepsvennootschappen was.'

350 Rechtbank Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, m.nt. Faber.

351 Rechtbank Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, m.nt. Faber.

In het geval van Fort Kruiwagens had de *bestuurder* meegetekend. Ik meen dat in dat geval eerder samenspanning met de wederpartij aangenomen kan worden dan wanneer enkel de aandeelhouder niet zijnde bestuurder zich borg heeft gesteld. De bevoordeling van een ander dan de vertegenwoordiger van de schuldenaar (hier de bestuurder) is een stap verder en daarmee indirecter. Indien de bestuurder zich jegens de bank heeft borg gesteld, heeft de bank door de bestuurder in de tang te hebben, de facto de schuldenaar in de tang. Indien 'slechts' de aandeelhouder zich heeft borggesteld, is dit minder het geval. De borgstelling door de *aandeelhouder* en diens indirecte bevoordeling kan minder aan de schuldeiser worden tegengehouden indien deze schuldeiser nog op de valreep betaling krijgt.

De aandeelhouder heeft door de borgstelling een risico genomen ten aanzien van het gezonde voortbestaan van de vennootschap. Door de betaling aan de derde wordt dit risico afgebouwd en verdwijnt dit uit de boeken van de aandeelhouder. In die zin vormt de betaling van schuldeisers jegens wie de aandeelhouder zich heeft sterk gemaakt een desinvestering door de aandeelhouder. Mijns inziens dient het probleem door de wetgever te worden opgelost door een met het Engelse en Duitse recht vergelijkbare rechtstreekse aanspraak op de aandeelhouder op te nemen. Zie verder voor een aanbeveling voor het Nederlandse recht hieronder § 4.5.4.3.4.

4.4 De verhouding tussen pauliana en onrechtmatige daad

De verhouding van de actio pauliana tot de onrechtmatige daad is gecompliceerd. De vraag naar de verhouding van deze twee rechtsfiguren is van belang om het werkingsgebied van beide rechtsfiguren te kunnen bepalen, om vragen naar eventuele samenloop te kunnen beantwoorden en om te bepalen wanneer welke sanctie kan worden toegepast. Een van de belangrijkste vragen in dit verband is of de actio pauliana een *lex specialis* vormt van de onrechtmatige daad. Er is sprake van een *lex specialis* als het toepassingsgebied van een rechtsregel geheel valt binnen het toepassingsgebied van een andere rechtsregel.³⁵² De vraag is dan ook of het werkingsgebied van de actio pauliana geheel binnen dat van de onrechtmatige daad valt. Indien er gevallen zijn waarbij het verrichten van een paulianeuze rechtshandeling niet tevens een onrechtmatige daad oplevert, en het werkingsgebied van de pauliana daarmee in voorkomende gevallen ruimer is dan dat van de onrechtmatige daad, is de pauliana geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad.

De volgende analyse ten aanzien van de verhouding tussen de pauliana en de onrechtmatige daad richt zich in de eerste plaats op de pauliana ten aanzien van 'onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet' ex artikel 42 Fw. In die zin

³⁵² Zie hierover C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 9. Niet vereist is dat in geval van een *lex specialis* alleen de sanctie van de *lex specialis* kan worden ingeroepen.

volg ik de analyse van Van Koppen die bij het beantwoorden van de vraag of de actio pauliana een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad, de verschillende vernietigingsgronden in artikel 42 Fw en artikel 47 Fw *niet* als één *lex* beschouwt.³⁵³

§ 4.4.1 bespreekt in hoeverre de wederpartij met het verrichten van een paulianeuze rechtshandeling per se een onrechtmatige daad pleegt. § 4.4.2 bespreekt vervolgens in hoeverre de bestuurder van de schuldenaar/rechtspersoon een onrechtmatige daad pleegt reeds met het enkele gegeven dat de handeling vernietigbaar is op grond van de pauliana.

4.4.1 De positie van de wederpartij

4.4.1.1 De literatuur is verdeeld

Van Koppen heeft betoogd dat de actio pauliana een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad voor zover deze ziet op de onverplichte rechtshandeling anders dan om niet en deze wetenschap van benadeling bij beide partijen vereist.³⁵⁴ Hij stelt daartoe het volgende:

‘Wanneer bij een dergelijke rechtshandeling de pauliana slaagt, dan is er stelling ook sprake van een onrechtmatige daad gepleegd door de wederpartij. Immers, ook de wederpartij heeft wetenschap van benadeling als gevolg waarvan is voldaan aan de vereisten van onrechtmatigheid en toerekenbaarheid en ook door zijn toedoen heeft de crediteur van zijn contractspartij schade geleden.’

Ook andere schrijvers, zoals A. van Hees en Schoordijk,³⁵⁵ hebben betoogd dat de actio pauliana een *lex specialis* van de onrechtmatige daad is. Ook A-G Huydecoper, daarin gevolgd door A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III,³⁵⁶ zoekt aansluiting bij de gedachte dat het ingrijpen van de wetgever met de pauliana wordt gerechtvaardigd door onrechtmatig dan wel onbetamelijk handelen van de wederpartij.

353 Van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*.

354 Van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, p. 11 en p. 169.

355 A. van Hees, *Losbladige Faillissementswet*, aantekeningen 1 en 5 bij art. 42 Fw en A. van Hees, *Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana*, p. 2 en 3 en, doch minder absoluut, H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het NBW*, Deventer: Kluwer 1986, p. 154 en 155.

356 A-G Strikwerda brengt in zijn conclusie voor HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III) het element van onbetamelijkheid in verband met de wetenschap van benadeling. ‘Zowel bij de algemene pauliana als de faillissementspauliana fungeert het vereiste van wetenschap van benadeling als maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen: hun handelwijze wordt als onbetamelijk (paulianeus) aangemerkt wanneer in de omstandigheden van het concrete geval met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers daardoor benadeeld zouden worden en betrokkenen zich dus van hun handelwijze hadden behoren te onthouden. Vgl. de conclusie onder 19 van A-G Huydecoper voor HR 2 februari 2007, *JOR* 2007, 102.’ Hiermee volgt A-G Strikwerda expliciet een eerdere conclusie van A-G Huydecoper. Anders dan Huydecoper gaat Strikwerda echter niet zover als te stellen dat het doel van de handeling benadeling dient te zijn (hieronder in deze paragraaf weergegeven). De positie van Strikwerda is opmerkelijk omdat hij in zijn conclusie voor HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I), nog ruimte leek te creëren tussen de pauliana en de onrechtmatige daad, door te overwegen: ‘Nu de faillissementspauliana een vordering uit onrechtmatige daad niet uitsluit, had het Hof, na tot het oordeel te zijn gekomen dat de primaire vordering niet kan worden toegewezen, behoren te onderzoeken of de door de curator gestelde feiten een vordering uit onrechtmatige daad kunnen dragen.’

‘gaat het bijvoorbeeld om een transactie tussen echtgenoten, waaraan de uitgesproken bedoeling ten grondslag ligt om verhaal voor één crediteur (de fiscus) te verijdelen of bemoeilijken, dan lijkt mij aannemelijk dat ook bij een (beduidend) minder dan 100%-ige kans dat de desbetreffende crediteur uiteindelijk geen verhaal zal kunnen vinden, toch de onbetamelijkheid die volgens mij voor het “paulianeus” handelen beslissend is, mag worden aangenomen. Suggesteren de omstandigheden daarentegen dat partijen een bona-fide “reddingspoging” voor ogen stond, dan hoeft slechts bij in het oog springende onaannemelijkheid van het reddingsplan te worden gedacht aan een minder betamelijke opzet (van partijen).’³⁵⁷

De hier weergegeven passage uit de conclusie van Huydecoper is in § 4.2.1.3 en § 4.2.1.4 door mij instemmend aangehaald bij het bepalen hoe de wetenschap van benadeling verder kan worden ingevuld. Het ging hier om de vraag in hoeverre vereist was dat partijen bekend waren met het naderende faillissement om wetenschap van benadeling te kunnen aannemen. Mede op grond van de hier aangehaalde passage is in § 4.2.1.4 betoogd dat niet één criterium of één moment in tijd gehanteerd kan worden ten aanzien van de voorzienbaarheid van het faillissement waarvoor alles zou zijn toegestaan en waarna niets meer zou mogen. De omstandigheid dat ik de analyse van Huydecoper ten aanzien van de subvraag naar de mate waarin faillissement van de schuldenaar te voorzien moet zijn geweest volg, betekent niet dat ik de verdere analyse van Huydecoper ook deel. Het verband dat Huydecoper legt tussen de onrechtmatige daad, en de invulling van de wetenschap van benadeling, dient naar mijn overtuiging te worden verworpen. Huydecoper stelt hierover het volgende.

‘Volgens een door meerdere schrijvers en andere bronnen gesteunde – en ook door mij voor juist gehouden – leer, wordt de verbindende schakel tussen de niet altijd met elkaar in harmonie verkerende elementen die ik hiervóór beschreef, gevormd door het gegeven dat het gedrag van de betrokkenen (in het geval van een meezijdige rechtshandeling om baat dus beide handelende partijen) per saldo als onbehoorlijk moet worden aangemerkt (of, in een vergelijkbare benadering: als strijdig met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waar die de rechtsverhouding in kwestie beheersen). Een handelwijze is, aan de hand van die maatstaf, als “paulianeus” te beoordelen wanneer de betrokkenen, met het oog op wat zij wisten of behoorden te weten van de gevolgen die van die handelwijze voor de (verhaals)rechten van andere betrokkenen te verwachten waren, zich daarvan hadden behoren te onthouden. Daarom mag de eis gesteld worden dat betrokkenen “wetenschap” hebben van de bedoelde gevolgen, en dat die gevolgen niet slechts potentieel zijn, maar “werkelijk” (dat betekent, volgens mij, in dit verband: met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid te verwachten). Wie handelt met een dergelijke weten-

357 Conclusie A-G Huydecoper voor HR 2 februari 2007, JOR 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo).

schap van reëel te verwachten nadeel voor andere crediteuren bevoordeelt zich op onbehoorlijke wijze en/of brengt anderen op een onbehoorlijke wijze nadeel toe; en dat is wat het onderhavige rechtsinstituut beoogt tegen te gaan. Vandaar de nauwe samenhang – men zou kunnen spreken van “communicerende vaten” – tussen de vereisten van “benadeling” en “wetenschap”. In wezen gaat het om één gegeven, namelijk dat de handelende partijen in het licht van de te verwachten consequenties én van wat zij zich daaromtrent behoorden te realiseren, zodanig onzorgvuldig met de belangen van andere crediteuren zijn omgesprongen, dat dat als onbetamelijk moet worden gekwalificeerd.’

Huydecoper meent dat het verbindende argument door dit element van onbetamelijkheid wordt gevormd. Huydecoper stelt uiteindelijk zelfs dat het er om moet gaan dat ‘het doel’ (NB!) van de handeling de benadeling moet zijn. Huydecoper:

*‘Daarvan is sprake bij het aangaan van rechtshandelingen waarvan men weet dat die (andere) crediteuren zullen benadelen, maar alleen wanneer dát inderdaad **het doel is dat de betrokkenen op het oog hebben** (vet toegevoegd, RdW) (te weten: benadeling, meestal natuurlijk: tot eigen voordeel, van crediteuren). Als aan de handelwijze andere, honorabele bedoelingen ten grondslag liggen – men denkt dan allicht aan: het benutten van de kansen om de in financiële moeilijkheden verkerende partij er bovenop te helpen – behoeft het enkele feit dat de transactie óók de aanzienlijke kans in zich bergt dat crediteuren daar per saldo nadeel van zullen ondervinden (wanneer de reddingspoging geen succes heeft), niet tot de slotsom te voeren dat de transactie “paulianus” was.’*

Een dergelijke beperkte interpretatie, waarbij slechts handelen dat als *doel* heeft te benadelen bestreden zou kunnen worden met de pauliana, vindt geen steun in het recht en staat haaks op de parlementaire geschiedenis. Een dergelijke beperkte visie op de werking van de pauliana als voorgestaan door Huydecoper werd door de wetgever reeds in 1896 expliciet van de hand gewezen. Ook ten aanzien van de vraag in hoeverre andere motieven in de weg zouden staan aan het aannemen van de wetenschap van benadeling, neemt Huydecoper een afwijkend en achterhaald (zo ooit al juist geweest) standpunt in. De wetgever overwoog het volgende ten aanzien van de wetenschap van benadeling en de vraag of benadeling al dan niet het doel van de handeling moest zijn:

‘Het Romeinsche recht, in deze materie de bron, waaruit men later steeds putte, vordert eene handeling in fraudem creditorum verricht. Het is echter herhaaldelijk en overtuigend aangetoond, dat hiermede niet bedoeld wordt het oogmerk om te benadeelen, maar dat veeleer de wil om te benadeelen, het bewustzijn der benadeeling, voldoende is. Het oogmerk om te benadeelen is alleen dan aanwezig, als de benadeeling het einddoel der handeling is; de wil om te benadeelen bestaat reeds daar, waar de wetenschap is, dat men door zijne handeling benadeelt. Wat

*men weet, dat volgen zal, wil men, indien men ondanks die wetenschap de handeling toch verricht, welke overigens het motief voor dit handelen moge zijn.*³⁵⁸

Een aantal schrijvers betoogt daarentegen min of meer expliciet dat de pauliana geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad is. Zie bijvoorbeeld Boukema,³⁵⁹ Faber³⁶⁰ en J.J. van Hees.³⁶¹ In een latere publicatie lijkt J.J. van Hees hier echter weer op terug te komen, en lijkt hij ervan uit te gaan dat slechts sprake kan zijn van paulianeus handelen, wanneer ook sprake is van onrechtmatig handelen van partijen in de zin van artikel 6:162 BW.³⁶²

Opvallend is dat de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over de vraag of de norm als opgenomen in de pauliana dezelfde is als de norm van de onrechtmatige daad.³⁶³ Wel bestaat binnen de rechtspraak van de Hoge Raad de neiging om beide normen naar elkaar toe te interpreteren. A. van Hees merkt het volgende op:

*‘Uit de arresten Ontvanger/Gerritse II en Van Dooren/ABN Amro I kan dan worden afgeleid dat de Hoge Raad de pauliana en onrechtmatige daad vrijwel volledig parallel schakelt. Is niet voldaan aan de op zich duidelijke criteria van de pauliana, dan is er in beginsel ook van een onrechtmatige daad geen sprake. Het omgekeerde geldt ook: is aan die paulianacriteria wel voldaan, dan zal het handelen in beginsel onrechtmatig zijn.’*³⁶⁴

Hoewel in veel gevallen waarin sprake is van paulianeus handelen sprake zal zijn van onrechtmatig handelen en andersom, zijn er belangrijke verschillen tussen de twee rechtsfiguren, en dienen de rechtsfiguren goed gescheiden te worden.

358 Memorie van toelichting bij art. 42 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 439.

359 Boukema, *Samenloop*, p. 46.

360 Faber, *Verrekening*, p. 367.

361 Zie J.J. van Hees, ‘Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?’, *JORplus* 2002, p. 69.

362 J.J. van Hees, *De wetenschap van de pauliana*, p. 147.

363 Men zou ter onderbouwing van een ander standpunt een beroep kunnen doen op het UPC-arrest (HR 26 augustus, 2003, *JOR* 2003/211, m.nt. J.J. van Hees). Hierin heeft de Hoge Raad geoordeeld: ‘Bij de beoordeling van het onderdeel moet worden vooropgesteld dat het bij benadeling in de zin van 3:45 BW gaat om daadwerkelijke benadeling. Van onrechtmatig handelen kan te dezer zake slechts sprake zijn indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden.’ Ik meen dat het gebruik van het woord ‘onrechtmatig’ hier door de Hoge Raad dient te worden verstaan in de zin van ‘in strijd met art. 3:45 BW’ en niet als ‘onrechtmatig’ in de zin van artikel 6:162 BW. De Hoge Raad is waarschijnlijk tot deze formulering gekomen door de conclusie van A-G Timmerman. Timmerman schrijft in 3.19 van zijn conclusie: ‘Vooropgesteld zij dat het bij benadeling in de zin van art. 3:45 BW gaat om daadwerkelijke benadeling; de kans op benadeling is onvoldoende voor een geslaagd beroep op art. 3:45 BW. Ook voor onrechtmatigheid is een enkele kans op benadeling onvoldoende en moet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien dat de crediteuren benadeeld zullen worden.’ Hiermee is echter niet gezegd dat beide normen hetzelfde zijn, hetgeen m.i. niet het geval is.

364 A. van Hees, ‘Bankbreuk als aansprakelijkheidsnorm’, *Tvl* 2008, 38, p. 243.

4.4.1.2 *Argumenten tegen een lex specialis/lex generalis verhouding*

Hieronder zullen achtereenvolgens in § 4.4.1.2.1 tot en met § 4.4.1.2.7 zeven gronden behandeld worden welke mijns inziens met zich brengen dat de pauliana geen *lex specialis* is van de onrechtmatige daad voor zover het de positie van de wederpartij betreft bij het aangaan van een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet.

4.4.1.2.1 Grondslagen van de pauliana en de onrechtmatige daad

De eerste reden waarom de pauliana geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad vormt, is gelegen in de omstandigheid dat de norm die in de twee onderscheiden rechtsfiguren besloten ligt, zich gedeeltelijk tot andere partijen richt.

De pauliana waakt tegen rechtshandelingen van de schuldenaar die schuldeisers benadelen. De norm van de onrechtmatige daad richt zich primair tot de derde die mogelijk op onrechtmatige wijze schade aan de gezamenlijke crediteuren heeft toegebracht. Hierboven is in § 4.2 reeds uitgebreid ingegaan op de grondslagen en de rechtvaardiging van de pauliana. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis is daar bezien tot wie de pauliananorm zich richt. In § 4.2.1.1 is geconcludeerd dat de pauliana zich bij onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet, primair richt tot de *schuldenaar* zelf. Weliswaar is tevens vereist dat de wederpartij ook een verwijt kan worden gemaakt, maar de betrokkenheid van de wederpartij is vergeleken met die van de schuldenaar onder de pauliana secundair. Zie in deze zin ook Van den Heuvel³⁶⁵ en in deze richting Van Nielen en Bartels.³⁶⁶

365 Van den Heuvel, *Actio pauliana, onrechtmatige daad en het arrest Van Dooren q.q./ABNAMRO*, p. 80: 'Wanneer de betreffende schuldeiser weet van de benadeling, is hij niet te goeder trouw. Dit rechtvaardigt de gevolgen voor deze schuldeiser van de vernietiging van de handeling van de schuldenaar, maar is niet de grondslag voor toepassing van de actio pauliana.' (Het citaat is hierboven in § 4.2.1.4 reeds instemmend aangehaald bij de analyse van de grondslagen van de pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet). Van den Heuvel laat zich verder niet uit over de vraag of de pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad.

366 Van Nielen en Bartels, *Kroniek van 5 jaar insolventierecht*, p. 184. 'De pauliana richt zijn pijlen op ongeoorloofde rechtshandelingen van de schuldenaar waardoor het verhaal op de boedel is verminderd. Het handelen van de wederpartij van de schuldenaar wordt dan slechts getoetst in het kader van de vraag of de negatieve gevolgen van de pauliana ook jegens hem gerechtvaardigd zijn. Dit is anders in het geval het handelen van de wederpartij van de schuldenaar wordt getoetst in het kader van de vraag of hij daarbij (zelfstandig) onrechtmatig heeft gehandeld jegens een of meerdere schuldeiser(s).' Ook (zie Van den Heuvel vorige noot) Nielen en Bartels laten zich verder niet uit over de vraag of de pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad. Wel vervolgen zij bovenstaande passage met de opmerking dat het gevolg van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW is dat de wederpartij schadevergoeding moet betalen, in plaats van het 'verdergaande gevolg van vernietiging bij de pauliana'. Hieronder in § 4.4.1.4 wordt duidelijk dat het onjuist is de sanctie van vernietiging in haar algemeenheid als zwaarder dan de sanctie van schadevergoeding te presenteren. Ten eerste zijn er gevallen waarbij met de vernietiging niet de gehele benadeling ongedaan wordt gemaakt en ten tweede zijn er gevallen mogelijk waarbij een partij liever de tegenprestatie zelf retourneert dan de waarde ervan vergoed. Zie voor een geval waarin dit aan de orde was Hof Den Haag 1 februari 2005, *JOR* 2005/197.

De omstandigheid dat, anders dan onder de onrechtmatige daad, de pauliana zich primair richt op de schuldenaar, brengt met zich dat voor het invoeren van de pauliana onder omstandigheden aan het handelen van de derde, hier de wederpartij, minder zware eisen gesteld hoeven te worden dan het geval is voor het invoeren van de onrechtmatige daad.

Ter verduidelijking van het betoog dat de wederpartij die de vernietiging tegen zich moet laten werken omdat hij de vereiste wetenschap van benadeling had, niet per se een onrechtmatige daad heeft gepleegd, kan een vergelijking getrokken worden met het leerstuk van derdenbescherming bij de verkrijging van roerende goederen. Artikel 3:86 BW beschermt onder omstandigheden een derde die een roerende zaak van een beschikkingsonbevoegde verkrijgt. Een van de vereisten is dat de derdeverkrijger te goeder trouw is. Artikel 3:11 BW geeft regels hoe dient te worden vastgesteld of de derde te goeder trouw is. Om de derdeverkrijger een beroep op kwader trouw te ontzeggen, is niet vereist dat komt vast te staan dat de derde te kwader trouw heeft gehandeld. Voldoende is dat hij niet te goeder trouw is geweest. Tussen 'niet te goeder trouw' en 'te kwader trouw' bestaat een bepaalde ruimte, zodat niet geoordeeld kan worden dat degene die niet te goeder trouw is daarmee ook automatisch te kwader trouw is.³⁶⁷ Evenmin kan geoordeeld worden dat de derde, indien deze niet te goeder trouw is in de zin van artikel 3:86 BW jo. artikel 3:11 BW, daarmee ook per se een onrechtmatige daad jegens de eigenlijke rechthebbende heeft gepleegd. De gedeposseeerde eigenaar heeft ook niet eenvoudig de keuze of hij het goed terugvordert of dat hij schadevergoeding vordert indien de derde niet te goeder trouw is. Onder omstandigheden zal de verkrijger ook een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Het enkel ontbreken van goede trouw in de zin van artikel 3:86 BW jo. artikel 3:11 BW is daarvoor echter onvoldoende.

Voor zover het handelen van de wederpartij onder de pauliana onder omstandigheden voldoende is dat deze niet te goeder trouw is, en voor een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad veel meer kwader trouw aan de zijde van de wederpartij vereist is, levert dit een eerste grond op om te oordelen dat de actio pauliana geen *lex specialis* is van de onrechtmatige daad.

367 Zie hierover H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 1994: 'Goede trouw van een persoon wordt door art. 3:11 negatief omschreven. Zij ontbreekt indien die persoon de feiten of het recht waar zijn goede trouw betrekking op moet hebben, kende of behoorde te kennen. Positief omschreven laat goede trouw zich aanduiden als een niet weten en ook niet behoren te weten. Uit beide omschrijvingen blijkt dat de goede trouw van art. 3:11 dan wel als subjectief mag worden aangeduid, maar dat het toch gaat om een geobjectiveerd begrip. Tevens laat zich vaststellen dat er een soort niemandsland is tussen goede en kwade trouw: wie niet wist, maar wel behoorde te weten is niet te goeder trouw, maar zal in het algemeen ook niet te kwader trouw zijn, uitgaande van de diffamerende lading van deze laatste term. Kwade trouw wordt dus door de wetgever geassocieerd met wel kennen (zoals in art. 5:54 lid 3). Bedoelt de wetgever goede trouw bij wijze van uitzondering uitsluitend in de zin van een niet kennen, dan geeft hij dat ook aan (zoals in art. 3:24 lid 1).'

4.4.1.2.2 Bewijsvermoedens verruimen pauliana buiten onrechtmatige daad
Een tweede argument om te oordelen dat de pauliana geen *lex specialis* vormt van de onrechtmatige daad, kan gevonden worden in de werking van de bewijsvermoedens ex artikel 43 Fw.

In de gevallen opgesomd in artikel 43 Fw heeft de wetgever een omkering van de bewijslast op haar plaats geacht ten aanzien van het vereiste dat de schuldenaar en diens wederpartij wisten of behoorden te weten dat benadeling van de gezamenlijke crediteuren het gevolg zou zijn. Indien de wederpartij niet slaagt in het tegenbewijs, zal de actio pauliana slagen. Het is echter een stap te ver om te oordelen dat met het niet slagen in het leveren van het tegenbewijs tegen de wettelijke bewijsvermoedens, daarmee automatisch vaststaat dat de wederpartij een onrechtmatige daad heeft gepleegd. In de rechtspraak is bijvoorbeeld aangenomen dat in een geval waarin een auto voor 70% van de waarde werd verkocht, het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1 sub 1 Fw van toepassing was.³⁶⁸ Het prijsverschil mag dan een omkering in de bewijslast ten aanzien van de vereiste wetenschap van benadeling rechtvaardigen, maar biedt onvoldoende rechtvaardiging om, indien de wederpartij niet in het tegenbewijs slaagt, aan te nemen dat die wederpartij *dus* een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Boukema³⁶⁹ en J.J. van Hees³⁷⁰ hebben dan ook terecht aangevoerd dat (reeds) de bewijsvermoedens verhinderen om aan te nemen dat het verrichten van een paulianeuze rechtshandeling met zich brengt dat de wederpartij een onrechtmatige daad heeft gepleegd.³⁷¹

De werking van de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw vormt daarmee een tweede grond om te oordelen dat de pauliana, ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet, geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad vormt.

4.4.1.2.3 Subjectieve elementen pauliana en onrechtmatige daad

De twee voorgaande argumenten tegen het aannemen van een *lex specialis* van de pauliana tot de onrechtmatige daad, zijn in de eerste plaats wetsystematisch van aard. Nu zal een meer inhoudelijke vergelijking gemaakt worden tussen de norm van de onrechtmatige daad en de pauliana. De focus blijft op de pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet. Daartoe zal eerst uit-

368 Zie Vznr. Rechtbank Groningen 21 juni 2002, *KG* 2002, 184.

369 Zie Boukema, *Samenloop*, p. 46.

370 J.J. van Hees, *Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?*, p. 70.

371 Zie daarentegen positief over de toepasbaarheid van de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw in het onrechtmatigedaadsrecht, S.O.H. Bakkerus, *Bancaire Aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 202. Het Hof Den Haag 1 februari 2005, *JOR* 2005/197 heeft (m.i. ten onrechte) deze lijn gevolgd. Het hof moest oordelen over transacties die de gefailleerde onderneming voor faillissement met haar bestuurder had gesloten: 'Indien de onderhavige koopovereenkomsten op goede gronden met toepassing van artikel 42 Fw door de curator vernietigd konden worden, moet worden geoordeeld dat Sijnja (bestuurder) bij het aangaan van die overeenkomsten onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van Netwide heeft gehandeld.' Om te concluderen dat er sprake is geweest van een 'paulianeuze' rechtshandeling hanteert het hof ook nog eens de bewijsvermoedens uit artikel 43 Fw. Met dit oordeel, transplanteert het hof de bewijsvermoedens uit de pauliana rechtstreeks in het onrechtmatigedaadsrecht.

eengezeten worden in welke mate het vereist is voor het plegen van een onrechtmatige daad in de onderhavige gevallen – aansprakelijkheid jegens een derde wegens onvoldoende verhaal – vereist is dat voldaan is aan bepaalde subjectieve vereisten.³⁷²

In geval van aansprakelijkheid jegens schuldeisers in faillissement op grond van onrechtmatige daad kunnen twee typen casus worden onderscheiden.³⁷³ De eerste groep wordt gevormd door de gevallen waarin de aansprakelijk gestelde persoon een verwijt gemaakt wordt dat de vordering van een schuldeiser in het faillissement is ontstaan, veelal wegens een ‘gewekte schijn van kredietwaardigheid’. Het tweede type van gevallen van aansprakelijkheid jegens faillissementsschuldeisers wordt gevormd door de gevallen waarin de verhaalsmogelijkheden van de faillissementsschuldeisers door toedoen van de aansprakelijk gestelde persoon beperkt zijn, ook wel aangeduid met de term ‘ongeoorloofde vermogensonttrekkingen’.³⁷⁴

Het wetenschaps criterium zoals dat in de rechtspraak aangelegd wordt voor het aannemen van een onrechtmatige daad voor de gevallen waarin sprake is van een verwijt dat een vordering op de failliet is ontstaan, luidt dat de derde moest ‘*weten c.q. voorzien of behoren te voorzien dat nadeel zou worden toegebracht*’.³⁷⁵ De rechtspraak ten aanzien van casus van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen stelt voor aansprakelijkheid ook het vereiste van wetenschap van benadeling, maar

372 In Asser-Hartkamp, 4-III, hfdst. 3, wordt meer in het algemeen ten aanzien van de onrechtmatige daad betoogd dat subjectieve criteria niets van doen hebben met de vraag of een daad als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd, maar dat deze slechts van belang zijn voor de toerekening van een onrechtmatige daad. Ik meen dat in deze specifieke gevallen, waarbij de onrechtmatige daad loopt via het vermogen van een derde en de schade toebrengende gedraging bestaat uit het verrichten van een rechtshandeling met die derde, de onrechtmatigheid niet vastgesteld kan worden zonder subjectieve criteria en dat de rechtspraak deze ook stelt om tot het oordeel te komen dat de gedraging onrechtmatig is.

373 Zie voor dit onderscheid o.a. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 841. Zij maken daarbij een nader onderscheid tussen ongeoorloofde vermogensonttrekkingen door de moeder als crediteur van de dochter en ongeoorloofde vermogensonttrekkingen door de moeder als aandeelhouder door de dochter. Het is niet altijd eenvoudig of zelfs mogelijk om de verschillende typen goed te onderscheiden. Getuige ook HR 8 juli 2005, *JOR* 2005/236 (Lunderstädt/de Kok II) en dan met name de conclusie van A-G Huydecoper. Daarnaast lijkt zich een derde categorie te vormen, waarbij sprake is van misbruik of onverantwoord gebruik van rechtspersoonlijkheid. Zie in dit verband twee recente arresten van de Hoge Raad, HR 27 februari 2009, *NJ* 2009, 318 (Stichting Waaldijk 8), m.nt. PvS, *JOR* 2009/104, m.nt. J.S. Kortmann en HR 11 september 2009, *JOR* 2009/309 (Van den End q.q./Comsys), m.nt. Spinath.

374 Deze twee vormen van onrechtmatige daad worden in de literatuur veelal samengebracht onder de noemer ‘doorbraak van aansprakelijkheid’. Zie terecht kritisch over deze terminologie J. Barneveld, ‘Flexibele regels inzake uitkeringen’, *WPNR* 2009/6809, p. 693-701. Barneveld schrijft het volgende: ‘*Het is mijns inziens echter onjuist en verwarrend om de hiervoor aangeduide tweede categorie (de ongeoorloofde vermogensonttrekkingen) als een vorm van indirecte doorbraak aan te merken. Het verwijt aan de aandeelhouder is hier niet dat hij had moeten voorkomen dat na een bepaalde peildatum nog vorderingen op de vennootschap ontstonden. De aandeelhouder wordt verweten vermogen aan de vennootschap te hebben onttrokken op een moment waarop haar financiële positie dit niet toeliet. De in faillissement achtergestelde positie van de aandeelhouder werpt haar schaduw vooruit en derhalve dient de aandeelhouder zich onder bepaalde omstandigheden te onthouden van onttrekking. Indien hij onder deze omstandigheden toch heeft besloten over te gaan tot een vermogensonttrekking, dan kan hij worden aangesproken om hetgeen hij ongeoorloofd heeft onttrokken aan de vennootschap te restitueren. Indirecte doorbraak, oftewel aansprakelijkheid voor de vorderingen van de crediteuren op de vennootschap, is hier (in beginsel) helemaal niet aan de orde. Het betreft hier een restitutieverplichting.*’

375 Zie volgende noot.

hanteert een ander criterium. In deze gevallen wordt het wetenschaps criterium geformuleerd in de zin dat de derde ‘*ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort*’.³⁷⁶ Belangrijk is te onderkennen dat het subjectieve criterium voor aansprakelijkheid in de tweede groep van gevallen, vermogensonttrekkingen, minder streng is (dus voor gedupeerde schuldeiser makkelijker te bewijzen) dan in het eerste geval.³⁷⁷ Oftewel, aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens het ontstaan van een faillissementsvordering vereist (onder meer) de vervulling van het criterium van ‘weten c.q. voorzien of behoren te voorzien dat nadeel zou worden toegebracht’, terwijl aansprakelijkheid wegens vermogensonttrekking de vervulling van het lichtere subjectieve criterium vereist, te weten ‘*ernstig rekening hebben te houden met de mogelijkheden van een tekort*’.³⁷⁸

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad valt dus te destilleren dat vereist is voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, dat degene die aangesproken wordt, ten tijde van de gewraakte handeling in geval van vermogensonttrekkingen, ‘*ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort*’. Dit element ziet in de eerste plaats op de economische vooruitzichten en de toekomstverwachtingen ten aanzien van de schuldenaar – latere failliet.

Hierboven is onder § 4.2.1.3 en § 4.2.1.4 ingegaan op de vraag in hoeverre onder de pauliana ook in zekere mate vereist is dat het faillissement door partijen voorzien diende te worden. De conclusie was dat, behoudens zogenoemde ‘over het graf-rechtshandelingen’, inderdaad vereist is dat in bepaalde mate het naderende faillissement voorzien dient te worden. De Hoge Raad heeft in het arrest HR Van Dooren q.q./ABN AMRO III³⁷⁹ aangegeven dat vereist is dat ten tijde van de handeling ‘*het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte*’. Betoogd is dat hier geen scherp, voor alle gevallen toepasbaar positief geformuleerd uniform criterium uit kan worden afgeleid. In § 4.2.1.4 is vervolgens uiteengezet hoe dit criterium nader ingevuld zou kunnen worden al naar gelang de aard en inhoud van de gewraakte rechtshandeling.

376 Zie ten aanzien van deze gevallen samenvattend in deze zin Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 844. Zie verder ten aanzien van deze rechtspraak M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999. Zie ten aanzien van het belang van het arrest Sobi-Hurks II, o.a. annotatie van M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 109 e.v.

377 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 844. ‘*Ook hier wordt niet zoals in de categorie gevallen van het type Osby en Albada Jelgersma, gewerkt met het criterium “weten c.q. voorzien of behoren te voorzien dat nadeel zou worden toegebracht”, maar met het minder strenge criterium “(ernstig) rekening houden met de mogelijkheid van een tekort op grond van de financiële positie van de dochter.*’

378 Mogelijk dient geoordeeld te worden dat inmiddels minder betekenis aan de subjectieve gesteldheid van de moeder toekomt, dit vooral in het licht van het arrest Sobi-Hurks (II). Zie in dit kader met name Bartman, die spreekt over een inbreng van een risico-element. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 291. De relativisering van de vereiste wetenschap van benadeling aan de zijde van de moedervennootschap betreft dan bovenal de *toerekening* van wetenschap. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan niet worden afgeleid dat de *inhoudelijke* eisen die aan die wetenschap worden gesteld ook versoepeld zouden zijn.

379 HR 22 december 2009 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

Ten aanzien van een aantal rechtshandelingen is beargumenteerd waarom een ‘sterke’ wetenschap van een naderend faillissement vereist zou zijn onder de pauliana.³⁸⁰ Dit betroffen i) *arm's length sales* benadelend voor de crediteuren terwijl de wederpartij zelf geen onmiddellijk voordeel bij de transacties heeft, ii) zekerheden verstrekt voor nieuw krediet en iii) herstructureringen. Ten aanzien van deze rechtshandelingen is betoogd dat deze slechts bij wijze van uitzondering vernietigd moeten kunnen worden. Betoogd is dan ook dat, voor het aannemen van de vereiste wetenschap van benadeling, in geval van *arm's length sales* en zekerheden verstrekt voor nieuw krediet,³⁸¹ vereist is dat partijen ‘vrijwel zeker weten dat een faillissement zal volgen’.³⁸² Indien men deze voorzienbaarheid van het faillissement onder de pauliana, vergelijkt met de voorzienbaarheid van het tekort voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad, ziet men dat de pauliana *in deze gevallen* op z'n minst even zware subjectieve vereisten stelt als de onrechtmatige daad. In deze gevallen zou men dan ook als uitgangspunt kunnen nemen dat het subjectieve vereiste onder de pauliana – de wetenschap van benadeling met als onderdeel de voorzienbaarheid van faillissement – even zwaar is als onder de onrechtmatige daad. De wederpartij bij deze paulianeuze handelingen zal *in de regel* dan ook tevens een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers plegen. Evenzeer wordt de pauliana in deze gevallen hoofdzakelijk verklaard door de omstandigheid dat de wederpartij van de schuldenaar zich onbehoorlijk heeft gedragen jegens de gezamenlijke schuldeisers, althans hun belangen op onbehoorlijke wijze heeft veronachtzaamd.³⁸³

Ten aanzien van een aantal rechtshandelingen is betoogd dat geen sterke wetenschap van een naderend faillissement vereist is. Dit betroffen i) rechtshandelingen met een groot waardeverschil van de prestaties over en weer en ii) incongruente voldoeningen.³⁸⁴ Weliswaar is vereist dat er tekenen van een naderend faillissement zijn, maar niet vereist is dat deze zo sterk zijn dat gezegd kan worden dat de wetenschap van benadeling slechts aangenomen kan worden indien de wederpartij ‘vrijwel zeker wist dat het faillissement zou volgen’. Indien men de vereiste voorzienbaarheid van het faillissement onder de pauliana *in deze gevallen* vergelijkt met die van de onrechtmatige daad, kan men *niet* stellen dat de enkele wetenschap van benadeling, met als onderdeel de voorzienbaarheid van faillissement, even zwaar is als het subjectieve verwijt dat de wederpartij onder de onrechtmatige daad gemaakt moet kunnen worden. Er kunnen zich m.i. dus gevallen voor doen waarbij weliswaar sprake is van paulianeus handelen, maar waarbij de wederpartij onvoldoende een subjectief verwijt gemaakt kan worden voor het oor-

380 Onder sterke wetenschap van een naderend faillissement wordt hier begrepen dat partijen ‘vrijwel zeker wisten dat een faillissement zou volgen’.

381 Zie § 4.2.1.4.2 en § 4.2.1.4.4.

382 Ten aanzien van herstructureringen is een perspectiefwisseling bepleit, waarbij een beroep op de pauliana dient te worden afgewezen indien er reële kansen waren dat het faillissement kon worden afgewend en de handelingen daar ook op gericht waren (zie § 4.2.1.4.5).

383 Zie hierover ook § 4.2.1.4.2, § 4.2.1.4.4 en § 4.2.1.4.5.

384 Zie § 4.2.1.4.1 en § 4.2.1.4.3.

deel dat deze ook per se een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft gepleegd. De paulianeuze handelingen in kwestie – i) rechtshandelingen met een groot waardeverschil van de prestaties over en weer en ii) incongruente voldoeningen – zijn typische paulianagevallen die m.i. niet hoofdzakelijk worden verklaard door een ‘onbehoorlijke gedraging’ van de wederpartij. In deze gevallen is ook een sterk element van ongewenste verrijking ten koste van de gezamenlijke schuldeisers aanwezig (verkoop tegen een te lage waarde) of een element dat de schuldeiser ten onrechte de dans zou ontspringen en daarom weer in de concursus betrokken wordt (de incongruente voldoeningen).

Er zijn dus paulianagevallen waarbij weliswaar geoordeeld kan worden dat de wederpartij wetenschap van benadeling als vereist onder de pauliana heeft, maar deze niet per se een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Dit zal zich met name voordoen bij die gevallen waarbij weliswaar bekendheid met tekenen van een naderend faillissement vereist is, maar deze tekenen niet sterk hoeven te zijn, in de zin dat de wederpartij vrijwel zeker moet zijn geweest dat het faillissement van de schuldenaar zou volgen. Dit zal het geval zijn bij rechtshandelingen met een groot waardeverschil en bij incongruente voldoeningen. Hiermee is een derde grond gegeven om aan te nemen dat de pauliana geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad is.

4.4.1.2.4 ‘Controle’ onder de onrechtmatige daad en onder de pauliana

Wanneer gesproken wordt over aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad jegens schuldeisers, spelen in de regel twee factoren een hoofdrol: wetenschap van benadeling en controle over de schuldenaar. In de vorige paragraaf is reeds betoogd dat gevallen mogelijk zijn waarbij de wederpartij weliswaar paulianeus heeft gehandeld, maar niet tevens een onrechtmatige daad heeft gepleegd omdat de wetenschap van benadeling onder de pauliana niet sterk hoeft te zijn. Dit beeld wordt nog versterkt indien men bedenkt dat de wederpartij bij de paulianeuze handeling ook regelmatig niet een speciale hoedanigheid gerelateerd aan de schuldenaar heeft.

Vooraf bij incongruente voldoeningen is de wederpartij veelal eenvoudigweg een vasthoudende schuldeiser die aandringt op een wijze van voldoening en deze vervolgens op incongruente wijze krijgt. Bij de jurisprudentie ten aanzien van onrechtmatig handelen jegens derden, omdat deze derden onvoldoende verhaal vinden, ligt dat vaak anders. Hier ziet men juist dat vaak het handelen van een moedermaatschappij wordt getoetst.³⁸⁵ De aangesproken partij voldoet daarom in

385 De rechtspraak ten aanzien van zowel de eerste gevallen van gewekte schijn van kredietwaardigheid (zie hiervoor de reeks arresten HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (*Erba*), HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby*), HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (*Alberda Jelgersma*), HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170 (*NBM/Securicor*) en HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38, *NJ* 2005, 96 (*Sobi-Hurks II*) als de tweede gevallen van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen (zie hiervoor de reeks arresten HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/BLG*), HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox*), HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215 (*Roco/Staat*), HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (*Coral/Stalt*) en HR 8 juli 2005, *JOR* 2005/236 (*Lunderstädt/de Kok II*)), ziet veelal op de vraag naar onrechtmatig handelen van een moedermaatschappij. In beide gevallen wordt voor aansprakelijkheid een zekere wetenschap van benadeling geëist.

de gevallen waarin aansprakelijkheid wordt aangenomen in de regel niet alleen aan het criterium dat deze ‘ernstig rekening heeft moeten houden met de mogelijkheden van een tekort’, maar heeft veelal tevens een nauwe band met de schuldenaar, vaak zelfs de hoedanigheid van moedermaatschappij.³⁸⁶

Volgens Bartman is weliswaar, in de sterk casuïstische rechtspraak van de Hoge Raad, een accentverschuiving waar te nemen waarbij de moedermaatschappij in toenemende mate wordt aangesproken op haar nalaten, zodat de beleidsbemoeienis meer naar de achtergrond lijkt te verdwijnen.³⁸⁷ De bemoeienis is nog niet verdwenen als constituerend element van de onrechtmatigheid. Bij de aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad bij schuldeisersbenadeling, lijkt dus de onrechtmatigheid gevonden te worden in het samenstel van de factoren i) hoedanigheid van de aangesproken partij, ii) de wetenschap dat schuldeisers benadeeld zouden worden en iii) de mate waarin de aangesproken partij zich bemoeit heeft met het beleid van de latere failliet. De hoedanigheid van de aangesproken derde speelt daarbij een belangrijke rol bij de invulling van de onrechtmatigheid, waarbij deze hoedanigheid ook nog aan gewicht lijkt te winnen. Gezien de betrokkenheid bij en vooral de macht over de schuldenaar van deze aandeelhouder, kan deze wetenschap niet los gezien worden van de machtspositie en het gebruik daarvan in concreto.

De norm van de pauliana dient bovenal gevonden te worden in de subjectieve vereisten. Het onrechtmatigedaadsrecht ten aanzien van schuldeisersbenadeling mixt deze subjectieve elementen met zeggenschap over de schuldenaar. Een dergelijk extra element is in de pauliana veelal afwezig. In die zin worden onder omstandigheden minder zware eisen gesteld aan het invoeren van de pauliana dan aan het invoeren van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

Het relatief grote belang bij de onrechtmatige daad van de hoedanigheid van de aangesproken partij en de controle die deze over de failliete schuldenaar heeft uitgeoefend, vormt een vierde grond om te oordelen dat de *actio pauliana*, ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet, geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad vormt.

386 In HR Keulen/BLG liet een publiekrechtelijk lichaam (Bouwfonds voor Limburgse Gemeenten), dat een vordering had op een stichting waarmee het ‘een grote mate van verwevenheid had’, zich die vordering door de stichting volledig voldoen. De vordering tegen BLG werd overigens afgewezen. In HR Rocco/Staat was de derde aangesprokene (Rocco) een nieuwe rechtspersoon waarin alle activiteiten van de failliet waren ondergebracht met het kennelijke doel om mogelijke aanspraken van derden, zoals hier de Staat, te ontlopen. In HR Coral/Stalt was de derde aangesprokene (Stalt), de moedervennootschap van de gefailleerde. En in HR Lunderstädt/de Kok II was de derde aangesprokene (De Kok) bestuurder van HYS en was Familie de Kok Beheer B.V. de aandeelhouder van HYS. De vordering tegen De Kok werd overigens afgewezen.

387 Bartman, *Van het Concern*, p. 276.

4.4.1.2.5 Onrechtmatige daad verwijt beperkt effectiviteit pauliana

In discussies over de interpretatie van artikel 42 Fw wordt onvoldoende onderkend dat subjectieve verwijten van onrechtmatig en laakbaar handelen de effectiviteit van de pauliana ernstig schaden. Ten aanzien van de positie van de wederpartij kan hier gewezen worden op hetgeen de commissie Cork overwoog ten aanzien van dergelijke effecten. Bij het citaat dient bedacht te worden dat het Engelse recht terzake geen eisen stelt of stelde aan de subjectieve gesteldheid van de wederpartij:

‘In our view the word “fraudulent” in this context is inaccurate and misleading, and we are satisfied that its use has unfortunate consequences. We believe that many creditors who have been unfairly preferred, and who would otherwise readily agree to repay moneys paid to them shortly before the bankruptcy, may be reluctant to do so when they mistakenly suppose to be a charge of fraud against them is involved. We recommend that in future the word “fraudulent” should no longer be used in this context and that it should be replaced by the word “voidable”.’

De commissie Cork komt dus tot de conclusie dat zelfs de onjuiste gedachte dat frauduleus moet zijn gehandeld voor het kunnen aantasten van een *preference*, reeds een reden zal vormen voor de *wederpartij* om zich te verdedigen en dat terwijl de ontvanger van de prestatie naar Engelse recht zelf geen verwijt wordt gemaakt.

Zodra men de faillissementspauliana als een *lex specialis* van een onrechtmatige daad gaat beschouwen, verwijt men, door een beroep op de pauliana te doen, dat de wederpartij zich onrechtmatig heeft gedragen jegens de gezamenlijke schuldeisers. In deze benadering zit een element van kwade trouw en een beroep op de pauliana heeft daarmee een diffamerend karakter. Deze benadering is onnodig conflictueus en zet verhoudingen onnodig op scherp. Licht kan de juridische strijd om een door de schuldenaar geleverde prestatie ongedaan te maken, ontvlammen in een strijd in rechte ten aanzien van de morele integriteit van de wederpartij. De schuldeisers zullen er echter meer baat bij hebben dat de wederpartij de ontvangen prestatie aan de curator afstaat, dan dat de curator en wederpartij in een procedure verwickeld raken waarin voor de wederpartij de inzet mede diens reputatie is.

Ook heeft de benadering waarin men het verrichten van een paulianeuze handeling als een onrechtmatige daad ziet, repercussies voor de posities van derden. De vraag komt namelijk ook op in hoeverre derden die betrokken zijn bij een paulianeuze handeling zelfstandig onrechtmatig handelen. Wat bijvoorbeeld te denken van een notaris die een transportakte of een hypotheekakte passeert en de overdracht van het pand of de vestiging van het hypotheekrecht later succesvol bestreden wordt met de *actio pauliana*. Is deze derde (de notaris) dan betrokken bij een onrechtmatige daad van partijen en riskeert deze daarmee daarom reeds persoonlijke aansprakelijkheid? Uitgangspunt is dat de pauliana voorziet in de vernietigbaarheid van de rechtshandeling. Ook al zou de rechtshandeling vernietigbaar

zijn, dan is daarmee geenszins gezegd dat schuldenaar en wederpartij een onrechtmatige daad hebben gepleegd. Dit geldt *a fortiori* ten aanzien van derden die bij de rechtshandeling betrokken zijn geweest, ook al kende deze derde alle achtergronden van de transactie. Voor onjuist en onwenselijk houd ik dan ook de redenering van Van Boom, die ervan lijkt uit te gaan dat ook betrokken partijen aansprakelijk zullen zijn op grond van onrechtmatige daad indien zij wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw zouden hebben. Van Boom schrijft:

‘Bijzonder is dat in de loop der tijd buiten de Faillissementswet om, het leerstuk van de onrechtmatige daad een belangrijke aanvulling is gaan geven op – sommigen zullen met recht zeggen: verbetering van – de faillissementspauliana. De norm die artikel 6:162 BW in abstracto geeft, is: gij zult in het zicht van naderend faillissement geen medewerking verlenen aan transacties waarvan u weet of behoort te weten dat deze benadeling van een of meer crediteuren zal kunnen opleveren. Zo uitgekristalliseerd is die norm overigens in werkelijkheid niet, maar ik denk dat de verzameling rechtspraak terzake van artikel 6:162 BW en faillissementspauliana in essentie wel neerkomt op deze algemene norm.’³⁸⁸

De norm door Van Boom geformuleerd is veel te ruim. De norm is namelijk reeds aanzienlijk ruimer dan thans besloten in de pauliana. Van Boom spreekt immers van ‘weet of behoort te weten dat deze benadeling van een of meer crediteuren zal kunnen opleveren’. Voor het aannemen van de wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw is volgens vaste jurisprudentie een ‘kans op benadeling’ niet voldoende.³⁸⁹ Van Boom betoogt dus impliciet dat derden eerder aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad, dan dat de curator zal slagen om de wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw aan te tonen aan de zijde van de betrokken partijen zelf. De norm als geformuleerd door Van Boom past daarmee niet. Echter, ook indien de ingeschakelde derde (notaris of bank) handelde met dezelfde kennis als de schuldenaar en diens wederpartij, dan is deze wetenschap aan de zijde van de derde nog niet voldoende om dan ook een onrechtmatige daad en aansprakelijkheid van de derde jegens de schuldeisers aan te nemen, ook al zou in rechte komen vast te staan dat de curator terecht een beroep op artikel 42 Fw ten aanzien van de transactie heeft gedaan. In het huidige economische verkeer kan men veelal slechts handelen door het inschakelen van derden. Deze derden zijn niet op dezelfde wijze verantwoordelijk voor handelingen als de partijen zelf. Het verwijt dat contractspartijen paulianeus hebben gehandeld kan daarmee niet vertaald worden in een onrechtmatige daad van betrokken derden. De sanctie is ook geheel anders. Bij de pauliana wordt een handeling teruggedraaid. Veelal zal de ontvanger de prestatie of de waarde daarvan nog in zijn vermogen hebben. De der-

388 Van Boom, *Een juridisch advies over paulianeus handelen*, p. 732.

389 Zie HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257 (Ontvanger/Pelicaan) en HR 17 november 2000 (Bakker q.q./Katko), *NJ* 2001, 272. Zie hierover § 4.2.1.3.

den zijn slechts betaald voor hun diensten en hebben niet zelf de prestatie ontvangen. Omdat de gevolgen voor de derden vrijwel altijd aanzienlijk ingrijpender zijn dan voor de betrokken partijen, past hier een norm die minder snel tot aansprakelijkheid leidt. In die zin verdient het aanbeveling om aansprakelijkheid van betrokkenen op grond van onrechtmatige daad en de vraag of de handeling vernietigbaar is op grond van de pauliana duidelijk van elkaar te scheiden.

De gedachte om de actio pauliana als een *lex specialis* van de onrechtmatige daad te zien is mogelijk verleidelijk. Men kan eenvoudig denken dat hiermee de belangen van de *schuldeisers* gediend zijn. Immers, ook al zou de benadeling van de schuldeisers niet geheel ongedaan gemaakt kunnen worden door vernietiging van de rechtshandeling, de curator kan nog een vordering instellen op grond van onrechtmatige daad tegen de contractspartij en mogelijk ook tegen derden. Het resultaat is echter dat men, mogelijk met de beste bedoelingen en gericht op de belangen van de gedupeerde schuldeisers, ongemerkt een extra vereiste stelt, dat ook nog eens tot geheel nieuwe conflicten aanleiding geeft, waarmee de effectiviteit van de faillissementspauliana wordt beperkt.

4.4.1.2.6 Regeren over het graf: niet per se onrechtmatig, wel paulianeus
Hierboven in § 4.2.1.4.6 is reeds uiteengezet dat ‘over het graf-rechtshandelingen’ een aparte categorie vormen binnen de pauliana. Het betreft hier rechtshandelingen door de schuldenaar verricht, die slechts beogen te werken in geval van insolventie van de schuldenaar. Hiermee beoogt de schuldenaar dan ook niet zozeer zijn eigen positie vorm te geven, maar bovenal de verhouding van zijn wederpartij tot zijn schuldeisers. Betoogd is dat ten aanzien van deze benadelende rechtshandelingen niet de regel behoort te gelden dat partijen bekend waren met tekenen van een naderend faillissement. De inhoud van dergelijke rechtshandelingen heeft per se als gebrekkig te gelden. Daarom is vernietigbaarheid als sanctie gepaster dan schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad.

Het relevante toetsingskader ten aanzien van inherent nadelige rechtshandelingen van de schuldenaar zal dan de pauliana zijn en blijven. De onrechtmatige daad verliest dan geenszins haar werking. Voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad blijft wel vereist, volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, de vervulling van het criterium ‘weten c.q. voorzien of behoren te voorzien dat nadeel zou worden toegebracht’ voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens het ontstaan van een faillissementsvordering en de vervulling van het criterium ‘ernstig rekening hebben te houden met de mogelijkheden van een tekort’ voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens ongeoorloofde vermogensonttrekkingen.³⁹⁰ Het werkingsgebied van de pauliana komt daarmee ten dele (verder) buiten dat van de onrechtmatige daad te liggen. Hiermee is een zesde grond gegeven om te oordelen dat de actio pauliana geen *lex specialis* van de onrechtmatige daad vormt.

390 Zie over deze normen en hun onderlinge verhouding § 4.4.1.2.3.

4.4.1.2.7 Rechtsvergelijkend

Tot slot kan nog een rechtsvergelijkend argument genoemd worden tegen het aannemen van een *lex specialis* verhouding van de pauliana tot de onrechtmatige daad. Het Nederlandse recht zou uit de pas lopen met het Duitse en het Engelse recht waar de pauliana niet als een *lex specialis* van de onrechtmatige daad wordt gezien.³⁹¹

4.4.1.3 Rechtspraak over samenloop tussen onrechtmatige daad en pauliana

Zoals reeds is opgemerkt, heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de vraag of de norm als opgenomen in de pauliana dezelfde is als de norm van de onrechtmatige daad. Wel heeft de Hoge Raad enige vragen ten aanzien van de samenloop tussen onrechtmatige daad en de pauliana beantwoord.

Het is vaste rechtspraak dat de mogelijkheid om de pauliana in te roepen, geenszins de mogelijkheid uitsluit om een vordering op basis van onrechtmatige daad in te stellen. In het Erba-arrest oordeelde de Hoge Raad als volgt:

‘Daar geen grond bestaat om aan te nemen, dat wanneer iemand bij het verrichten van een tweezijdige, een derde schadende, rechtshandeling zodanig heeft gehandeld dat art. 1401 BW voor toepassing in aanmerking komt, de benadeelde niet op grond van dat artikel schadevergoeding zou mogen vorderen omdat hij ook de nietigheid van de handeling zou kunnen inroepen ingevolge art. 1377 BW (voorloper van art. 3:45 BW, RdW).’³⁹²

De regel ten aanzien van wat rechtens is wanneer zowel de pauliana zich voordoet als sprake is van een onrechtmatige daad, zegt nog niets over de vraag wanneer deze samenloop zich voordoet. In dat kader is het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO (I) van belang. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat slechts in uitzonderingsgevallen sprake kan zijn van een onrechtmatige daad, indien vaststaat dat geen sprake is van een paulianeuze rechtshandeling.³⁹³ In Van Dooren q.q./ABN AMRO (I) oordeelde de Hoge Raad als volgt:

‘Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door als uitgangspunt te nemen dat alsdan slechts bijzondere omstandigheden de hypotheekvestiging onrechtmatig zouden kunnen doen zijn. In de bedoelde artikelen (art. 42 en 47 Fw, RdW) liggen immers – naar het Hof terecht tot uit-

³⁹¹ Zie hoofdstuk 2 (§ 2.4.1 en hoofdstuk 3 (§ 3.4.1)).

³⁹² HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (Erba).

³⁹³ De Hoge Raad bouwt hierbij voort op het arrest Ontvanger/Gerritse II (HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472). Het betrof hier echter een zeer specifiek geval waarin de vraag centraal stond of de curator paulianeus en subsidiair onrechtmatig had gehandeld. Hierin overwoog de Hoge Raad: *‘Waar toepassing van art. 1377 op handelingen van de curator als schuldenaar in de zin van dat artikel is uitgesloten, kan op dezelfde handelingen evenmin een aansprakelijkheid van de boedel wegens onrechtmatige daad van de curator worden gegrond.’* Zie hierover uitgebreid N.E.D. Faber, ‘Paulianeus en/of onrechtmatig handelen van de curator?’, *TvI* 1995, p. 57-64 die een beperkte strekking aan de overweging van de Hoge Raad toekende.

*gangspunt heeft genomen – mede regels besloten ten aanzien van hetgeen in de periode voor het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is.*³⁹⁴

Waar het om zal gaan is dat andere omstandigheden buiten de verrichte rechtshandeling *sec* een rol spelen. Het kan dan gaan om de relatie van partijen of de wijze waarop de wederpartij de schuldenaar tot betaling heeft bewogen. Voor zover verder niets anders gesteld is dan dat een benadelende rechtshandeling heeft plaatsgevonden, zal er in principe geen ruimte zijn voor het oordeel dat de wederpartij aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad.

Het arrest dient echter kritisch benaderd te worden en verdient m.i. geen bijval. In een procedure zullen veelal de feiten die van belang zijn voor een onrechtmatige daad, met name de zeggenschap over of invloed op de schuldenaar, ook worden aangevoerd ter adstructie van een beroep op de pauliana om de wetenschap van benadeling dan wel het gestelde overleg in te vullen. In dat licht zal een rechter, indien hij een beroep op de pauliana afwijst, toch separaat moeten onderzoeken of een vordering op basis van onrechtmatige daad wel of niet voor toewijzing in aanmerking komt. Anders zou men een curator welhaast dwingen om bij het gelijktijdig instellen van een vordering op basis van de pauliana en de onrechtmatige daad zijn kruit nog enigszins droog te houden voor een vordering gebaseerd op onrechtmatige daad. Advocaat-generaal Strikwerda concludeerde dan ook:

*‘Nu de faillissementspauliana een vordering uit onrechtmatige daad niet uitsluit, had het Hof, na tot het oordeel te zijn gekomen dat de primaire vordering niet kan worden toegewezen, behoren te onderzoeken of de door de curator gestelde feiten een vordering uit onrechtmatige daad kunnen dragen.’*³⁹⁵

Het arrest Van Dooren q.q./ABN AMRO (I) daarentegen kan tot resultaat hebben dat de werking van de onrechtmatige daad beperkt wordt door de norm van de pauliana, met name voor zover dit de norm van artikel 47 Fw betreft ten aanzien van de aantastbaarheid van verplichte rechtshandelingen. Dit is door de wetgever niet beoogd en dient als een ongewenste³⁹⁶ inperking van de werking van de onrechtmatige daad beschouwd te worden.

394 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I).

395 Conclusie A-G Strikwerda voor HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I).

396 Zie over deze problematiek ook Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, p. 93. ‘Wij kunnen ons echter denken, dat in bepaalde gevallen (bijv. op grond van een voorafgaande verplichting vlak voor faillissement verrichte fiduciaire overdracht) de thans geldende maatschappelijke betamelijkheid verder gaat dan de norm die de wetgever van 1896 heeft gesteld. Wij achten het dan in overeenstemming met de gedachte, dat het recht een evoluerend “open systeem” is, dat een dergelijke norm van in de maatschappij passende zorgvuldigheid via art. 1401 wordt gesanctioneerd.’

4.4.1.4 Sancties pauliana vs. sancties onrechtmatige daad

De vraag naar de verhouding tussen de pauliana en de onrechtmatige daad is niet alleen van belang voor de vraag naar het werkingsgebied van beide rechtsfiguren, maar ook voor de gevolgen verbonden aan een geslaagd beroep op de pauliana. De rechtsgevolgen van de pauliana worden in de eerste plaats bepaald door artikel 42 Fw en artikel 47 Fw in samenhang met artikel 51 Fw.³⁹⁷ Artikel 42 Fw en artikel 47 Fw bepalen dat de sanctie van een geslaagd beroep op de pauliana vernietigbaarheid van de benadelende rechtshandeling is. Voor zover de benadelende rechtshandeling de titel van overdracht van een goed vormde, kan deze overdracht dan ook niet tegen de boedel worden ingeroepen. De vraag is in hoeverre een curator de mogelijkheid heeft om op grond van de pauliana schadevergoeding te vorderen boven of in plaats van vernietiging.

Het moet ervoor gehouden worden dat de curator de pauliana niet kan inroepen, indien de wederpartij aanbiedt de benadeling op te heffen door het betalen van een geldbedrag. Een van de voorwaarden voor het instellen van de pauliana is de benadeling van schuldeisers. Indien deze benadeling niet meer aanwezig is, is er ook geen grond om de rechtshandeling te vernietigen.³⁹⁸

De curator zal vaak de voorkeur geven aan het ontvangen van een geldbedrag in plaats van de vervreemde goederen terug te ontvangen.³⁹⁹ De curator moet echter een keuzebevoegdheid tussen vernietiging en afgifte enerzijds en schadevergoeding anderzijds onder de pauliana worden ontzegd.⁴⁰⁰ De pauliana is een vernietigingsgrond⁴⁰¹ en geen actie tot schadevergoeding.⁴⁰² Hoewel benadeling van de schuldeisers volgens de wet een voorwaarde is voor het instellen van de pauliana, brengen de paulianabepalingen niet met zich dat de curator ook een geldbedrag ten belope van dat nadeel zou kunnen vorderen. Indien de curator de pauliana instelt tegen een rechtshandeling op basis waarvan goederen het vermogen van de

397 Zie meer algemeen over de gevolgen van een geslaagd beroep op de pauliana, Faber, *Verrekening*, 352-370, Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)*, p. 145-167 en B. Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van faillissementspauliana', *WPNR* 2003/6535, p. 415-421.

398 Zie overeenkomstig J.J. van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 575, Van Koppen, a.w., p. 184 en Faber, a.w., p. 363. Zie anders S.C.J.J. Kortmann, 'Schenking en pauliana', *WPNR* 1995, p. 443.

399 Zie G. van Dijck, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana', *TvI* 2006, 26.

400 Faber, *Verrekening*, p. 365 en 366, geeft aan dat het recht terzake niet duidelijk is. Een aantal schrijvers is echter een andere mening toegedaan en lagere rechtspraak laat de curator ook wel eens de keuze, zie Hof Den Haag 1 februari 2005, *JOR* 2005/197.

401 Zie in deze zin Faber, *Verrekening*, p. 366: 'Het uitgangspunt blijft dat een beroep op de actio pauliana leidt tot vernietiging van de bestreden rechtshandeling.' Zie anders Rb. Dordrecht 3 januari 2001, *JOR* 2001/163. Zie eveneens anders Hof Den Haag 1 februari 2005 (*JOR* 2005/197).

402 Verhelderend ten aanzien van de verhouding van de onrechtmatige daad tot de pauliana is het volgende citaat van Van Oven: 'De wetgever wilde in ons 1401 de uitgedijde actio legis Aquiliae neerleggen, in art. 1377 (de voorloper van art. 3:45 BW, RdW) de actio pauliana, de eerste een delictsactie, rechtgevend op vergoeding in geld, de tweede geen delictsactie, maar een tot nietigverklaring van handelingen, en die daarom ook niet achter 1401 werd geplaatst, maar, bij gebreke van een algemeen deel, bij 'het gevolg van overeenkomsten'. Ze was nimmer als *lex specialis* bedoeld en derogeert dus niet aan 1401.' J.C. van Oven, 'Lex specialis derogat legi generali', *NJB* 1961, p. 136.

schuldenaar hebben verlaten, kan hij niet op grond van de pauliana een geldbedrag vorderen indien de goederen nog onder de wederpartij aanwezig zijn.⁴⁰³ De curator zal een separate vordering uit onrechtmatige daad dienen in te stellen.⁴⁰⁴ Hetzelfde geldt indien de vernietiging van de overeenkomst de benadeling niet geheel ongedaan zou maken en de curator ook deze verdere benadeling ongedaan wenst te maken.⁴⁰⁵

Het bestaan van deze gevallen waarin de curator de voorkeur geeft aan betaling van een geldsom en de wederpartij liever ziet dat de rechtshandeling wordt vernietigd, bevestigt het beeld dat vernietiging van rechtshandelingen onder omstandigheden een minder ingrijpende sanctie is dan het aannemen van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Ten onrechte ziet A. van Hees dan ook in de zwaarte van de sanctie van de pauliana, vernietiging, een argument om de actio pauliana als een *lex specialis* van de onrechtmatige te presenteren. Het argument van Van Hees, aangevoerd in 1998, wordt geheel weergegeven omdat de gedachte dat de pauliana een ‘botte bijl’ zou zijn en de onrechtmatige daad daarentegen een precisie-instrument, in Nederland (anders dan in Engeland en Duitsland) ten onrechte breed gedragen lijkt te worden. Het ondersteunende argument dat de sanctie van de pauliana in de regel zwaarder is dan die onder de onrechtmatige daad is daarbij onjuist:

‘Het bijzondere van de Pauliana is echter dat daarmee de rechtshandeling waar het om gaat kan worden vernietigd. Bij de onrechtmatige daad of de actie uit ongerechtvaardigde verrijking is dat niet mogelijk. Het voordeel van de vernietiging van een rechtshandeling boven het instellen van een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, is het goederenrechtelijk effect dat een dergelijke vernietiging kan hebben. Vormt de vernietigde rechtshandeling immers een titel tot overdracht van een vermogensrecht of voor de vestiging van een beperkt recht daarop, dan impliceert de nietigheid van die titel als gevolg van het in ons recht geldende causale stelsel de ongeldigheid van deze overdracht of vestiging. Een ander verschil is dat bij de Pauliana, anders dan bij de acties uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW) eigen schuld aan de zijde van de gelaedeerde (de benadeelde schuldeiser(s)) (artikel 6:101 BW) in beginsel geen enkele rol speelt. De vernietigbaarheid en de uitsluiting van eigen-schuld-verweer maken de Pauliana tot een aanmerkelijk minder verfijnd instrument dan de acties uit onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. De Pauliana zou kunnen worden geduid als de botte bijl van de curator.

403 Indien de goederen niet meer in het vermogen van de wederpartij aanwezig zijn, zal de wederpartij weliswaar veroordeeld worden tot het betalen van een geldbedrag. Dit is echter geen schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad, maar een vordering uit onverschuldigde betaling.

404 Anders B. Wessels, ‘Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van faillissementspauliana’, *WPNR* 2003/6535.

405 Zie voor gevallen waarbij de schade niet ongedaan wordt gemaakt door het vernietigen van de rechtshandeling, Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, p. 194 e.v.

*De ingrijpende gevolgen van de Pauliana maken dat een terughoudende toepassing daarvan in de rede ligt. In de regel worden de eisen waaraan voldaan moet zijn voordat een beroep op de Pauliana kan worden gedaan dan ook strikt geïnterpreteerd. Is niet aan de (streng te hanteren) eisen van de Pauliana voldaan, dan betekent dat overigens niet dat de curator met lege handen staat. De handeling waarom het gaat kan zich nog kwalificeren als een onrechtmatige daad of een ongerechtvaardigde verrijking van degene met wie de schuldenaar handelde, en aldus tot een schadevergoedingsvordering leiden. Is wel aan de vereisten voor een beroep op de Pauliana voldaan, dan zal de curator in de regel in plaats daarvan en soms daarnaast kunnen kiezen voor een actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. De Pauliana is niet meer dan een instrument om bepaalde onrechtmatige gedragingen te bestrijden en bepaalde ongerechtvaardigde verrijkingen ongedaan te maken.*⁴⁰⁶

In de benadering van Van Hees wordt de pauliana gereduceerd tot haar sanctie en blijft er van de norm besloten in de pauliana naast de onrechtmatige daad niets over. De pauliana zou dan slechts zelfstandige relevantie hebben tegen een insolvente wederpartij (of wanneer deze het goed weer heeft doorgeleverd). Immers slechts in dat bijzondere geval toont zich daadwerkelijk de meerwaarde van het goederenrechtelijk effect van de vernietiging.⁴⁰⁷ Deze benadering doet geen recht aan de pauliana. De pauliana is een rechtsfiguur met niet alleen een eigen sanctie, maar ook met een eigen norm. Rechtsvergelijkend kan er daarbij op gewezen worden dat in het Duitse en het Engelse recht ook veel meer de norm voorop staat en dat de vraag in hoeverre een sanctie wel of geen goederenrechtelijke werking heeft (in het bijzondere geval dat ook de wederpartij weer faillieert), daarbij nauwelijks aandacht krijgt.

406 A. van Hees, *Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana*, p. 2, 3.

407 Ook Damsteegt-Molier komt juist op basis van de zwaarte van de sanctie tot het oordeel dat aan de pauliana een zwaardere normschending ten grondslag zou liggen dan het geval is bij de onrechtmatige daad. Zij komt daartoe op grond van een analyse van hoe de sanctie van de onrechtmatige daad uitwerkt in vergelijking met de sanctie van de pauliana, indien niet alleen de schuldenaar (in haar voorbeeld B) failliet is, maar ook de wederpartij (in haar voorbeeld C, waarbij A de benadeelde schuldeiser is). Zij schrijft het volgende (*Relativering van eigendom*, p. 247): ‘Schrijvers die bepleiten dat in zeker opzicht aan het handelen van C onder de pauliana minder strenge eisen (behoren te) worden gesteld dan onder de onrechtmatige daad, verliezen mijns inziens uit het oog dat een geslaagde actio pauliana tot gevolg heeft dat A zijn vordering op B, met uitsluiting van schuldeisers van C, op het paulianeus verkregen goed mag verhalen. De actie heeft dus verdergaande gevolgen dan een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad van A jegens C. In dat laatste geval immers zal A bij verhaal van die vordering wel moeten concurreren met schuldeisers van C. Waar een actie uit onrechtmatige daad niet kan slagen, meen ik dat de actio pauliana ook niet zou moeten kunnen slagen.’ Het argument komt mij veel te ver gezocht voor om enig gewicht in de schaal te leggen. De vraag aan welke normen het handelen van C getoetst moet worden, wordt afhankelijk gemaakt van de vraag tot welk type aanspraak (persoonlijk of goederenrechtelijk) een normschending zou leiden indien C mocht failleren. Verder wordt ten onrechte gesuggereerd dat normschendingen die tot goederenrechtelijke aanspraken leiden, in de regel ernstiger zouden zijn dan normschendingen die tot persoonlijke aanspraken zouden leiden. Zo kan bijvoorbeeld ook niet aangenomen worden dat een derde-verkrijger (hier C), die anders dan om niet maar niet te goeder trouw van een beschikkingsonbevoegde (hier B) heeft verkregen, ook altijd aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad ten opzichte van de eigenaar (hier A). Toch kan A het goed revindiceren indien C niet beschermd wordt op grond van artikel 3:86 BW, en zou A uit hoofde van onrechtmatige daad slechts een persoonlijke aanspraak hebben.

In vergelijking met de onrechtmatige daad zou ik menen dat de onrechtmatige daad eerder de term botte bijl verdient. De pauliana voorziet eenvoudig erin dat een handeling van de schuldenaar wordt teruggedraaid en creëert niet meteen een aansprakelijkheid van de wederpartij uit eigen hoofde op grond van de onrechtmatige daad. Slechts bij de relatief zeldzame gevallen waarbij de wederpartij een goed verkrijgt onder de marktwaarde maar nog wel zelf een prestatie levert, heeft de *pauliana* het effect van een botte bijl. Dit is ongelukkig en de wetgeving verdient hier dan ook aanpassing. Zie hierover uitgebreid § 4.5.2.3.2 hieronder. Dit betreft echter slechts een beperkt aantal gevallen onder de pauliana, die ook tot maar weinig jurisprudentie hebben geleid. Buiten deze gevallen is de pauliana daadwerkelijk een precisie-instrument dat zich tegen bepaalde handelingen richt en deze individueel teruggedraait. Ook bij het redresseren van een opportunistische, dubbele opstelling van aandeelhouders kan de pauliana zoals uiteen is gezet in § 4.3.1 en § 4.3.2 veel meer de rol van precisie-instrument spelen dan de onrechtmatige daad.

Ten aanzien van het ontbreken van een eigen schuld verweer kan nog opgemerkt worden dat de Hoge Raad reeds in 1994 heeft uitgemaakt dat een derde die wordt aangesproken door de curator in een collectieve procedure ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers geen verweermiddelen kan inroepen die hem tegen een individuele schuldeiser ten dienste zouden staan.⁴⁰⁸ In die zin bestaat hier tussen de onrechtmatige daad en de pauliana geen verschil.

Wil de rechter een vordering tot schadevergoeding toewijzen, dan zal hij ook separaat dienen vast te stellen dat een onrechtmatige daad is gepleegd door de wederpartij. Dit zou anders zijn indien geoordeeld zou moeten worden dat de pauliana een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad.⁴⁰⁹ Indien men aanneemt dat het aangaan van een paulianeuze transactie *ipso facto* het plegen van een onrechtmatige daad inhoudt, dan zou een vordering tot schadevergoeding ook toegewezen moeten worden. Aan de vereisten voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad zou immers per definitie voldaan zijn. Zoals hierboven uiteen is gezet, dient echter geoordeeld te worden dat de pauliana geen *lex specialis* is van de onrechtmatige daad.⁴¹⁰

408 HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notaris M/Curatoren THB II): ‘Evenmin kan worden aanvaard dat wanneer de curator een dergelijke vordering instelt, plaats zou zijn voor een onderzoek omtrent de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers: vooreerst gaat het hier om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade en voorts wettigt het collectieve belang dat is betrokken bij de hier besproken bevoegdheid van de curator om op te treden tegen bij benadeling van de gezamenlijke crediteuren betrokken derden, te aanvaarden dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.’

409 Zie anders Hof Den Haag 1 februari 2005, JOR 2005/197. Ook dit geval maakt duidelijk dat de sanctie van de pauliana aanzienlijk milder kan zijn dan een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

410 Zie o.a. W.J.M. van Andel, *Materieel faillissementsrecht: De Peeters/Gatzen-vordering*, Deventer: Kluwer 2006.

4.4.2 *De positie bestuurder van de failliet bij paulianeuze handeling*

In de vorige paragraaf (§ 4.4.1) heb ik uiteengezet waarom het mijns inziens ongewenst is om de actio pauliana ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen te zien als een *lex specialis* van de onrechtmatige daad voor zover het de betrokkenheid van de wederpartij betreft. De vraag kan uiteraard opkomen in hoeverre het aangaan van een paulianeuze rechtshandeling wel altijd een onrechtmatige daad van de bestuurder veronderstelt. Indien de curator de bestuurder wil aanspreken voor de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers, dan zal hij ook tegen de bestuurder een zogenoemde Peeters q.q./Gatzen-vordering moeten instellen.

Ook hier heeft te gelden dat een bestuurder niet per se onrechtmatig handelt zodra komt vast te staan dat hij een paulianeuze handeling heeft verricht. De toets is of de bestuurder een voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden.⁴¹¹ De maatstaf van ‘een voldoende ernstig verwijt’ is ontleend aan de arresten Ontvanger/Roelofsens⁴¹² en het eerdere arrest New Holland Belgium/Oosterhof.⁴¹³ In het arrest Ontvanger/Roelofsens oordeelde de Hoge Raad in het algemeen ten aanzien van de maatstaf voor aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de individuele crediteuren, als volgt:

‘Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (vgl. HR 18 februari 2000, nr. C98/208, NJ 2000, 295).’⁴¹⁴

411 Zie in deze zin expliciet ten aanzien van de werking van artikel 47 Fw Van Andel: ‘Of het initiëren van een (vernietigbare) betaling van een opeisbare verplichting aan de vooravond van een faillissement onrechtmatig is, hangt af van de vraag of de bestuurder ter zake een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. De beoordeling daarvan dient te geschieden op basis van de concrete omstandigheden van het geval.’ Noot Van Andel bij Rechtbank Arnhem 4 juli 2007 en 21 november 2007, JOR 2008/170. Hoewel Van Andel de problematiek enkel bespreekt ten aanzien van de pauliana besloten in artikel 47 Fw bestaat er op dit punt geen fundamenteel verschil tussen artikel 47 Fw en artikel 42 Fw. Zie in het algemeen over externe aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 6:162 BW Y. Borrius, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid’, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, p. 90-92. Zie verder Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders*, p. 181 tot en met 189.

412 HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsens).

413 HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland Belgium/Oosterhof), m.nt. Maeijer.

414 HR 8 december 2006, NJ 2006, 659 (Ontvanger/Roelofsens).

Zowel het arrest New Holland als het arrest Ontvanger/Roelofsen betreffen niet zuivere pauliana-gevallen en ook geen vorderingen van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁴¹⁵ De maatstaf als gehanteerd in deze arresten wordt ook toegepast in lagere rechtspraak voor het beoordelen van de aansprakelijkheid van bestuurders bij paulianeuze of pauliana-achtige handelingen.⁴¹⁶

Bedacht dient te worden dat de bestuurder vermogensrechtelijk geheel geen partij is bij de paulianeuze rechtshandeling. De wederpartij heeft, anders dan de bestuurder, vaak zelf een voordeel gehad bij de transactie.⁴¹⁷ In die zin ligt het ook niet voor de hand om een automatisme aan te nemen waarbij de bestuurder automatisch aansprakelijk is indien hij namens de vennootschap paulianeus heeft gehandeld. Separaat zal bezien moeten worden of de bestuurder een voldoende ernstig verwijt treft. Deze lijn waarbij de pauliana ziet op de rechtsverhouding tussen schuldenaar en wederpartij, en niet automatisch tot aansprakelijkheid van bestuurders leidt, wordt ook in het Duitse⁴¹⁸ en het Engelse recht⁴¹⁹ gevolgd.

4.5 Conclusies en aanbevelingen Nederland

In het inleidende hoofdstuk is een onderverdeling gemaakt naar drie vormen van benadeling van schuldeisers, namelijk benadeling door i) inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen, ii) doorbreking van de *paritas creditorum* en iii) inbreuken op de uitgangspunten van de financiering van kapitaalvennootschappen. In deze concluderende paragraaf wordt per vorm van benadeling bezien in

415 In de New Holland-zaak, had New Holland Belgium (NHB) drie tractors geleverd aan Driespan. Driespan verkocht de tractors door aan derden zonder NHB te betalen. Na het faillissement van Driespan sprak NHB de bestuurder van Driespan in persoon aan op grond van onrechtmatige daad omdat de bestuurder de wanprestatie jegens NHB bewust zou hebben uitgelokt of bevorderd en zich schuldig zou hebben gemaakt aan verduistering. In Ontvanger/Roelofsen stelde het cassatiemiddel de vraag aan de orde in hoeverre 'het herhaaldelijk en opzettelijk doen bewerkstelligen door een bestuurder van een aantal b.v.'s van "het slepen met omzetten" door de fiscale eenheid als een onrechtmatige gedraging van de bestuurder (in privé) jegens de Ontvanger kan worden aangemerkt.' Zie conclusie A-G Timmerman.

416 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 3 december 2008, *JOR* 2009/67, m.nt. Borrius bij het toetsen van de aansprakelijkheid van bestuurders bij een sterfhuisconstructie. Zie voor een geval van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder voor het te niet te goeder trouw creëren van een verrekeningsmogelijkheid, Hof Den Bosch 9 december 2008, *LJN* BH8220, waarin het hof ook de toets van een 'ernstig verwijt' hanteert voor het beoordelen van de vordering van de curator jegens o.a. de bestuurder op grond van artikel 6:162 BW.

417 Gispen (G.H. Gispen, 'De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana*, Deventer: Kluwer 1998, p. 41) merkt hier het volgende over op: 'Zolang de actio Pauliana ten dienste staat aan de crediteur of aan de curator, lijdt de crediteur c.q. de curator mijns inziens geen schade als bedoeld in artikel 6:162 BW. Immers tot zijn vermogen behoort de vordering op het verhaalsvermogen, waartoe door de actio Pauliana ook vermogensbestanddelen van of aanspraken op derden behoren. (...) Indien aan de curator of aan de schuldeiser de actio Pauliana ten dienste staat, maar hij deze niet instelt, is dat mijns inziens een omstandigheid die voor zijn risico moet blijven; in dat geval kan niet gezegd worden dat de schade is veroorzaakt door de aantasting van het verhaalsvermogen. De schade is dan het gevolg van het feit dat de curator of de schuldeiser niet een verhaalsrecht hebben uitgeoefend.' De stelling van Gispen lijkt me in haar algemeenheid te ver gaan. Wel zal er onder omstandigheden rekening gehouden moeten worden met de vraag waarom de curator de bestuurder aansprekt en niet de wederpartij van een benadelende transactie.

418 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.4.2).

419 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.4.2).

hoeverre het Nederlandse recht objectieve dan wel subjectieve criteria hanteert en in hoeverre hier knelpunten te identificeren zijn (§ 4.5.2 tot en met § 4.5.4). Eerst wordt echter nog bezien in hoeverre het Nederlandse recht een helder onderscheid maakt tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen enerzijds en handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken anderzijds (§ 4.5.1).

Voor zover geconcludeerd wordt dat knelpunten bestaan, worden aanbevelingen gedaan. Dit leidt tot een dertiental doorlopend genummerde aanbevelingen voor het Nederlandse recht. Deze aanbevelingen putten mede uit inzichten ontleend aan het Duitse en het Engelse recht, het hoofdstuk *Rechtsvergelijking en Conclusies* (hoofdstuk 5) en de nadere invulling van de *European Principles of Insolvency Law* (Appendix). Omdat de aanbevelingen enkel gedaan worden voor het Nederlandse recht is er echter voor gekozen deze in het onderhavige hoofdstuk op te nemen en niet pas na de rechtsvergelijkende conclusies.

4.5.1 *Onderscheid inbreuk integriteit verhaalsvermogen en doorbreking paritas*

In het inleidende hoofdstuk is uiteengezet waarom het van belang is een onderscheid te maken tussen de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk vormen op de integriteit van het verhaalsvermogen en handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen.⁴²⁰ Dit onderscheid is in Nederland slechts in beperkte mate doorgevoerd. Het recht kent in artikel 42 Fw enerzijds en artikel 47 Fw anderzijds het onderscheid tussen onverplichte en verplichte rechtshandelingen. In opzet volgt het recht daarmee ten dele het onderscheid. Artikel 47 Fw ziet daarbij primair op die gevallen waarin een verstoring van de *paritas creditorum* plaatsvindt. Artikel 42 Fw ziet op onverplichte rechtshandelingen, waarbij in de eerste plaats gedacht lijkt te zijn aan rechtshandelingen die de integriteit van het verhaalsvermogen beschermen.⁴²¹ Op twee manieren wordt het onderscheid echter in zeer vergaande mate vertroebeld.

In de eerste plaats wordt het gros van de gevallen in de jurisprudentie waarin artikel 42 Fw van toepassing is, niet gevormd door gevallen waarin sprake is van een inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen, maar door handelingen die de *paritas creditorum* verstoren. Artikel 42 Fw ziet in de praktijk bovenal op de betaling van niet opeisbare schulden, het onverplicht verstrekken van zekerheden en gevallen van inbetalinggeving.⁴²² Dit zijn gevallen waarin de wederpartij reeds een vordering heeft en de benadeling enkel gelegen is in een doorbreking van de *paritas creditorum*.

420 Hoofdstuk 1 (§ 1.4.2.4).

421 Artikel 42 Fw waakt onder andere tegen rechtshandelingen om niet en in artikel 43 Fw is als eerste een bewijsvermoeden opgenomen ten aanzien van transacties met een aanmerkelijk waardeverschil.

422 Zie Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), p. 42-45.

Hiermee wordt duidelijk dat artikel 42 Fw onverplichte rechtshandelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen en onverplichte rechtshandelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* op één hoop gooit. Kwalijk hiervan is dat de verschillende wijzen van benadeling elk hun eigen dynamiek hebben die een eigen toetsingskader vergen. Artikel 42 Fw kent echter maar één norm, namelijk de wetenschap van benadeling. Het veronachtzamen van het verschil tussen de beide wijzen van benadeling in artikel 42 Fw wreekt zich op een aantal manieren. Ten eerste is het een van de belangrijkste redenen waarom de Nederlandse faillissementspauliana als een ondoorgroondelijke en onvoorspelbare rechtsfiguur wordt ervaren. Ten tweede komt het Nederlandse recht niet tot een breed gedragen nadere invulling van het vereiste van wetenschap van benadeling. De nadere invulling van dit vereiste leidt tot zeer uiteenlopende interpretaties in de literatuur.⁴²³ Nu artikel 42 Fw maar één norm kent en deze moet worden toegepast op fundamenteel verschillende gevallen, mag dit eigenlijk geen verbazing wekken. Ten derde is de inpassing van een typisch geval van de doorbreking van de *paritas creditorum*, te weten het onverplicht verschaffen van zekerheden voor een eigen schuld, moeilijk in te passen in het systeem van artikel 42 Fw. Er bestaat geen duidelijkheid of dit een rechtshandeling om niet of anders dan om niet vormt. De kwalificatie is van groot belang omdat bij een handeling anders dan om niet, beide partijen wetenschap van benadeling moeten hebben gehad, en bij handelingen om niet voldoende is dat de schuldenaar de vereiste wetenschap van benadeling heeft gehad.⁴²⁴ Deze discussie en de daarmee samenhangende onduidelijkheid is symptomatisch voor een gebrekkig onderscheid tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen en handelingen die *paritas creditorum* doorbreken.

In de tweede plaats is de toepassing van artikel 47 Fw, dat typisch ziet op handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen, ongewis. Artikel 47 Fw kent twee gronden: de wetenschap van de wederpartij van een aanhangige faillissementsaanvraag en 'samenspanning'. Doordat het Nederlandse recht geen regel kent die het aangaan van en vrijwel onmiddellijk uitvoering geven aan een nieuwe wederkerige overeenkomst buiten het bereik van artikel 47 Fw brengt, is niet duidelijk hoe moet worden omgegaan met een schuldenaar die nog overeenkomsten aangaat en vrijwel onmiddellijk uitvoert terwijl reeds een faillissementsaanvraag aanhangig is. Hoewel op goede gronden betoogd kan worden dat in het Nederlandse recht het aangaan en vrijwel onmiddellijk uitvoeren ervan ook nu reeds, zonder wettelijk ingrijpen, geheel buiten het bereik van artikel 47 Fw valt,⁴²⁵ volgt de rechtspraak deze route nog niet.⁴²⁶ Het gevolg hiervan is rechts-

423 Wessels inventariseert een zevental verschillende interpretaties die in de literatuur in omloop zijn, Wessels, *Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering*, p. 55-78. Zie hierover § 4.2.1.3.

424 Zie hierover § 4.2.1.2.3.

425 Zie § 4.2.3.5.

426 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam (Rechtbank Rotterdam 17 april 2007, *LJN BC9717*) die de inschakeling van een advocaat om verweer te voeren tegen een aanhangige faillissementsaanvraag in principe als paulianus beschouwt, maar een rechtvaardigingsgrond aanneemt. Zie hierover § 4.2.3.5.

onzekerheid die aan het reorganiserend vermogen van ondernemingen in financiële moeilijkheden in de weg kan staan.

4.5.1.1 *Aanbevelingen: onderscheid tussen vormen van benadeling*

Het onderscheid tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar en handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* is zeer slecht doorgevoerd. Dit leidt tot een onduidelijk leerstuk en rechtsonzekerheid. In verband hiermee kom ik tot twee aanbevelingen die zuiver zien op het onderscheid tussen deze twee vormen van benadeling.

4.5.1.1.1 Eerste aanbeveling: regeling *Bargeschäft/new value transactions*

Ten eerste zou in het Nederlandse recht een equivalent van het Duitse *Bargeschäft* c.q. het Engelse leerstuk van *new value transactions* ontwikkeld moeten worden.⁴²⁷ Een dergelijke regeling zou moeten inhouden dat de bepaling die gericht is op de bewaking van de *paritas creditorum* (thans artikel 47 Fw) niet van toepassing is op het aangaan en vrijwel gelijktijdig uitvoeren van wederkerige overeenkomsten. De wederpartij is tot het aangaan van de wederkerige overeenkomst geen schuldeiser⁴²⁸ en is dan ook niet gebonden aan de goede trouw die de verhouding van schuldeisers *onderling* beheerst. Met name bestaat onvoldoende grond om bij een verkoop aan de schuldenaar tegen contante betaling hangende een faillissementsaanvraag, de betaling vernietigbaar te achten omdat de verkoper weet heeft gehad van de faillissementsaanvraag (ook niet indien later zou blijken dat de rechtshandeling tot benadeling heeft geleid).

Een dergelijke regeling krijgt bij voorkeur een wettelijke basis. Zij kan echter eenvoudig in de jurisprudentie tot stand gebracht worden door, anders dan Rechtbank Rotterdam⁴²⁹ (besproken in § 4.2.3.5), het aangaan van en uitvoering geven aan nieuwe wederkerige overeenkomsten niet aan artikel 47 Fw, maar enkel aan artikel 42 Fw te toetsen.

4.5.1.1.2 Tweede aanbeveling: onderscheid verhaalsvermogen/*paritas*

Ten tweede zou een veel ingrijpendere operatie moeten plaatsvinden. Artikel 42 Fw zou opgesplitst moeten worden in een bepaling die het toetsingskader biedt voor handelingen die inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen en een bepaling die een toetsingskader biedt voor handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen. Nu brengt de Nederlandse wetgever deze fundamenteel verschillende gevallen onder één artikel en onder een en dezelfde open norm van wetenschap van benadeling.

427 Zie hierover hoofdstuk 2 (§ 2.2.1 en § 2.2.2) en hoofdstuk 3 (§ 3.2.2.2).

428 Mocht de wederpartij dat wel zijn, dan is deze hoedanigheid voor de nieuwe overeenkomst niet van belang. Zie in dit verband de opmerkingen van Goode (Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, p. 462) ten aanzien van *new value transactions* besproken in hoofdstuk 3 (§ 3.2.2.2).

429 Rechtbank Rotterdam 17 april 2007, *LJN BC9717*.

In de Appendix § 6.3 en § 6.4 wordt uiteengezet hoe een dergelijke regeling, met een scherp onderscheid tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen en handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen (Appendix § 6.4.3), eruit zou kunnen zien.

4.5.2 *Bescherming van integriteit verhaalsvermogen*

In het inleidende hoofdstuk is binnen de gevallen van benadeling doordat een inbreuk wordt gemaakt op de integriteit van het verhaalsvermogen een nadere onderverdeling gemaakt. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

Handelingen om niet of met een waardeverschil.

Handelingen zonder waardeverschil die middellijk ten gevolge hebben dat de verhaalsmogelijkheden worden verminderd.

4.5.2.1 *Handelingen om niet of met een waardeverschil*

Artikel 42 Fw ziet op onverplichte rechtshandelingen. Hieronder vallen zowel onverplichte rechtshandelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen als handelingen die een doorbreking vormen van de *paritas creditorum*. In deze paragraaf staan de inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen centraal.

Artikel 42 Fw maakt een onderscheid tussen onverplichte rechtshandelingen om niet en anders dan om niet. Ten aanzien van verplichte rechtshandelingen anders dan om niet is vereist dat zowel de schuldenaar als diens wederpartij wetenschap van benadeling hebben gehad bij het verrichten van de handeling. Indien de onverplichte rechtshandeling anders dan om niet is verricht in het jaar voorafgaand aan de faillietverklaring wordt deze wetenschap op grond van artikel 43 Fw vermoed te hebben bestaan. Het gaat om i) rechtshandelingen waarbij de waarde van de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die der verbintenis aan de andere zijde overtreft en ii) om rechtshandelingen verricht met een gerelateerde partij als omschreven in het artikel.

Ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen om niet, is volgens artikel 42 Fw slechts vereist dat de schuldenaar handelde met de wetenschap van benadeling. De wetenschap van de *schuldenaar* is dus doorslaggevend en niet die van de wederpartij. Op grond van artikel 45 Fw wordt deze wetenschap vermoed (tegenbewijs mogelijk) indien de rechtshandeling heeft plaatsgevonden in het jaar voor de faillietverklaring.

Het Nederlandse recht hanteert dus in alle gevallen subjectieve criteria ter bescherming van de integriteit van het verhaalsvermogen. Vereist is dat de schuldenaar, en bij rechtshandelingen anders dan om niet tevens de wederpartij, wist of behoorde te weten dat de schuldeisers benadeeld zouden worden. Onder omstandigheden is een bewijsvermoeden van toepassing. Hoe die wetenschap eruit zou

moeten zien is onderwerp van discussie.⁴³⁰ Geconstateerd kan worden dat het open begrip ‘wetenschap van benadeling’ tot veel onduidelijkheid leidt.

4.5.2.2 *Handelingen die middellijk tot benadeling leiden*

Benadeling van schuldeisers door inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen kan ook plaatsvinden door handelingen zonder verschil in waarde van de prestaties over en weer.

Hierbij kan gedacht worden aan de verkoop van een goed tegen de marktprijs waarbij de opbrengst niet voor de schuldeisers aanwezig is. In het arrest Montana I werd benadeling aangenomen hoewel de verkoop tegen de marktprijs was verricht. Hier speelde echter op de achtergrond een rol dat de moeder, tevens koper, zich had borg gesteld voor de schuld die met de opbrengst werd voldaan.⁴³¹ Ook in deze gevallen, mits de gewraakte handeling onverplicht was verricht,⁴³² biedt artikel 42 Fw het toetsingskader. Vereist voor vernietiging van de koop en overdracht is dat beide partijen wetenschap van benadeling hadden. Slechts in uitzonderingsgevallen zal deze wetenschap aangenomen kunnen worden indien de wederpartij de marktprijs betaalt.

Problematisch is de inpassing van zekerheidsverschaffing voor nieuw krediet in het Nederlandse recht.⁴³³ Uit HR Van Dooren q.q./ABN AMRO II⁴³⁴ volgt dat het verschaffen van nieuw krediet tegen zekerheden, in een opvolgend faillissement als benadelend voor de gezamenlijke schuldeisers heeft te gelden (tenzij de zekerheidsnemer de zekerheden niet hoeft aan te spreken). Hier ziet men dat, hoewel de wederpartij een marktconforme prestatie levert, namelijk krediet tegen rente (en voor beide zekerheden), de pauliana toch kan worden ingeroepen. Vereist is wel dat schuldenaar en zekerheidsnemer wetenschap van benadeling hadden. Anders dan Hof Leeuwarden heeft geoordeeld, is er mijns inziens geen grond om hier het bewijsvermoeden van artikel 43 lid 1 sub ii Fw van toepassing te achten indien de zekerheden slechts strekken ter securering van nieuw krediet.⁴³⁵

4.5.2.3 *Aanbevelingen*

Het Nederlandse recht hanteert voor de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen altijd subjectieve criteria. In de Appendix wordt een geobjectieerde regeling uitgewerkt. Een regeling ten aanzien van handelingen met een waardeverschil, waarbij de handeling onder

430 Zie § 4.2.1.3.

431 HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (Montana I).

432 In HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 448 (Montana II) verwierp de Hoge Raad het beroep tegen het oordeel van het verwijzingshof dat de overdracht een verplichte rechtshandeling was.

433 De bank heeft nog niet de hoedanigheid van schuldeiser (in elk geval voor zover het het nieuwe krediet betreft), en de handeling maakt dus geen inbreuk op de *paritas creditorum*. Hooguit kan gezegd worden dat deze handeling een latere inbreuk mogelijk maakt en wordt toegerekend aan de zekerheidsnemer.

434 HR 5 juli 2005, *NJ* 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN AMRO II).

435 Hof Leeuwarden 28 februari 2007, *JOR* 2008/141, m.nt. Faber.

omstandigheden aantastbaar is zonder dat partijen wetenschap van benadeling moeten hebben gehad of gehandeld hebben met een bepaalde subjectieve gesteldheid. Mijns inziens heeft een dergelijke regeling de voorkeur boven de Nederlandse regeling van artikel 42, 43 en 45 Fw voor zover deze ziet op het tegengaan van inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen.

De volgende twee aanbevelingen gaan ervan uit dat het systeem van artikel 42 Fw en artikel 47 Fw vooralsnog gehandhaafd blijft en dat voor de vernietigbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar vereist is dat de schuldenaar, en bij rechtshandelingen anders dan om niet tevens diens wederpartij, wetenschap van benadeling hadden. De vijfde aanbeveling bepleit een veel ingrijpendere aanpassing, namelijk een regeling die in bepaalde gevallen geheel geen subjectieve criteria stelt.

4.5.2.3.1 Derde aanbeveling: flexibele benadering inbreuken op integriteit
De derde aanbeveling is om bij de invulling van de vereiste wetenschap van benadeling een flexibele benadering te hanteren. In § 4.2.1.3 en § 4.2.1.4 is een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling uiteengezet. Het toepassen van een flexibele benadering, waarbij de aard van de rechtshandeling en de gevolgen van de pauliana worden verdisconteerd, leidt ertoe dat in een aantal gevallen een sterke wetenschap van het naderende faillissement vereist is en in aantal gevallen volstaan kan worden met een minder dan ‘sterke wetenschap’. Onder sterke wetenschap wordt hier verstaan, dat partijen ‘vrijwel zeker wisten dat een faillissement zou volgen’.⁴³⁶

Ten aanzien van de gevallen waarin de benadeling gelegen is in een inbreuk op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar is een viertal gevallen behandeld. Betoogd is dat bij rechtshandelingen met een groot verschil in de waarde van de prestaties over en weer (i), voor een succesvol beroep op de pauliana niet vereist is dat partijen ‘vrijwel zeker wisten dat een faillissement zou volgen’. Hoe groter het waardeverschil, hoe minder pregnant de kennis omtrent het naderende faillissement dient te zijn voor het aannemen van de wetenschap van benadeling.⁴³⁷ Bij de gevallen van een ‘*arm’s length sales*’ die toch benadelend zijn (ii) zal m.i. daarentegen wel degelijk slechts van paulianeus handelen gesproken kunnen worden indien partijen vrijwel zeker wisten dat het faillissement zou volgen (waarbij de partijen ook nog wetenschap moeten hebben gehad van het feit dat de opbrengst niet voor de crediteuren beschikbaar zou zijn).⁴³⁸ Bij bonafide herstructureringen (iii) is een perspectiefwisseling bepleit. Niet langer dient de vraag leidend te zijn in hoeverre partijen het faillissement konden of behoorden te voorzien. In deze gevallen gaat het er om of partijen konden en mochten geloven dat de ingezette

436 Zie over de achtergrond van dit criterium § 4.2.1.4.

437 Zie § 4.2.1.4.1.

438 Zie § 4.2.1.4.2.

herstructurering resultaat zou opleveren en daarmee het naderende faillissement afgewend kon worden.⁴³⁹ Dit perspectief dient ook gehanteerd te worden bij de inschakeling van adviseurs, zoals advocaten die verweer voeren tegen een faillissementsaanvraag. Bij zogenoemde ‘over het graf-rechtshandelingen’ (iv) past het niet geconcretiseerde voorzienbaarheid van het faillissement te vergen.⁴⁴⁰

Het toepassen van een flexibele benadering kan eenvoudig in de rechtspraak geschieden door te accepteren dat er een veelheid van onverplichte rechtshandelingen mogelijk is die tot benadeling van schuldeisers leidt.

4.5.2.3.2 Vierde aanbeveling: weg met de boemerang van artikel 51 lid 3 Fw
De vierde aanbeveling ziet op het gegeven dat bij paulianeuze handelingen een onderscheid gemaakt kan worden tussen de *benadeling van schuldeisers* en de *bevoordeling van de wederpartij*. De Nederlandse pauliana maakt hier echter geen onderscheid en mist daardoor nuancering. Het uiteindelijke resultaat van het invoeren van de pauliana tegen rechtshandelingen met een waardeverschil, waarbij de wederpartij nog wel een prestatie heeft geleverd, is dat de wederpartij in de regel aanzienlijk slechter af is. Niet alleen dient hij de ontvangen prestatie af te staan, maar ook van de door hemzelf geleverde prestatie ziet hij in de regel niets terug.

De oorzaak van het rigide karakter van de pauliana op dit gebied is *niet* gelegen in de sanctie van vernietiging. De kern van de rigide benadering huist in artikel 51 lid 3 Fw. Artikel 51 lid 3 Fw combineert van rechtswege een aantal handelingen zonder dat hier rekening wordt gehouden met gebruikelijke vragen ten aanzien van causaal verband en toerekening. De wederpartij die een goed onder de marktprijs koopt heeft, zo bepaalt artikel 51 lid 3 Fw, slechts een boedelvordering voor zover de boedel daar nog bij gebaat is.⁴⁴¹ Indien de schuldenaar de opbrengst reeds verbruikt heeft, dan heeft de wederpartij voor zijn eigen prestatie slechts een concurrente vordering.⁴⁴² Hier wordt dus elke handeling van de schuldenaar ten aanzien van de ontvangen koopprijs toegerekend aan de wederpartij. De vraag of deze wist of behoorde te voorzien dat de schuldenaar de opbrengst zou verbruiken, wordt niet expliciet gesteld maar wel impliciet bevestigend beantwoord.

439 Zie § 4.2.1.4.5.

440 Zie § 4.2.1.4.6.

441 Zie memorie van toelichting bij art. 51 Fw, Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, p. 457: ‘Tegenover de verplichting van hem, die in fraudem creditorum ontving, om het ontvangene te restitueeren, staat de gehoudenheid van den curator om uit den boedel de contraprestatie terug te geven, voor zooverre daardoor het actief vergroot is. Is dit niet het geval, heeft de gefaillieerde haar bijv. voor de faillietverklaring verteerd, dan kan degene, tegen wien de nietigheid werd ingeroepen, niet anders dan als concurrent schuldeischer rechten doen gelden.’

442 Voor zover de wederpartij een boedelvordering heeft kan hij zich jegens de curator op het retentierecht beroepen. Voor zover de boedel niet gebaat is en de wederpartij geen boedelvordering heeft, maar slechts een concurrente faillissementsvordering, komt hem geen beroep op het retentierecht toe. Zie Faber, *Verrekening*, p. 361: ‘De schuldeiser kan de nakoming van zijn schuld ex art. 51 lid 1 Fw niet opschorten totdat hij (volledige) voldoening verkrijgt van een vordering die door hem slechts ter verificatie kan worden ingediend. Ook daaraan staan het doel en de strekking van de actio Pauliana in de weg. In voorkomend geval kan de schuldeiser echter wel de nakoming van zijn schuld ex art. 51 lid 1 Fw opschorten totdat hij voldoening verkrijgt van een boedelvordering.’

Wat zijn argumenten voor een dergelijke rigide benadering? Men kan een bewust afschrikwekkend effect noemen en ook de rechtszekerheid.⁴⁴³ Beide argumenten overtuigen geenszins. De sanctie is extra hard omdat ten aanzien van handelingen met een aanmerkelijk waardeverschil verricht binnen een jaar voor faillissement, de wetenschap ook nog eens vermoed wordt aanwezig te zijn.

Ik meen dat een bewust afschrikwekkend effect geplaatst in de zwaarte van sanctie eerder een boemerang zal zijn die de gezamenlijke schuldeisers raakt dan dat deze hun belangen beschermt. De gedwongen sanctie van artikel 51 lid 3 Fw zal een rechter namelijk afschrikken om in twijfelgevallen de curator in het gelijk te stellen. In het algemeen kan men verwachten dat wanneer een rechter geen vrijheid heeft bij het bepalen van de sanctie en deze sanctie dus niet kan afstemmen op de ernst van het verwijt, de rechter een toepasselijke bepaling restrictief interpreteert indien de sanctie de positie van de wederpartij aanzienlijk verslechtert. Bij de overdracht van een schilderij met een waarde van € 7 miljoen voor € 3 miljoen kan men dan ook verwachten dat een rechter eerder geneigd zal zijn om aan te nemen dat de wederpartij ‘wist of behoorde te weten’ dat van benadeling sprake is indien de wederpartij enkel en alleen het behaalde voordeel zal moeten afstaan dan wanneer de wederpartij zijn eigen prestatie geheel dreigt te verliezen. Vooral bij het invullen van de geobjectieerde toets van het behoren te weten, ligt een restrictieve interpretatie voor de hand indien de gevolgen van een geslaagd beroep voor de wederpartij ingrijpend zijn.

Men zou ook kunnen oordelen dat de rechtszekerheid vergt dat partijen weten wat de sanctie zal zijn bij paulianeus handelen. Dit argument kan maar moeilijk overtuigen gezien de onduidelijkheid die in de regel gepaard gaat met een pauliana-procedure ten aanzien van de vraag of aan de voorwaarden voor een geslaagd beroep überhaupt is voldaan.⁴⁴⁴ Het past niet om rechtszekerheid op detailniveau te vergen ten aanzien van de sanctie, maar de vraag of men überhaupt aan de sanctie toekomt, onderwerp te laten zijn van open normen waarbij de rechter wel veel vrijheid heeft.

443 Men zou ook nog kunnen oordelen dat deze zware sanctie een gevolg is van het uitgangspunt dat de pauliana bij onverplichte rechtshandelingen anders dan om niet een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad. Deze conclusie is in zijn algemeenheid m.i. niet juist. De vraag is of men wil oordelen dat dit bij overdrachten met een waardeverschil anders zou moeten zijn en dat hier wel de vereiste wetenschap dermate zwaar moet zijn, dat men ook een zelfstandige onrechtmatige daad wil aannemen. Ook dit ligt niet voor de hand, reeds omdat bij rechtshandelingen met een aanmerkelijk waardeverschil veelal wordt gewerkt met bewijsvermoedens. Het is een stap te ver om de wetenschap van benadeling die op grond van een bewijsvermoeden wordt aangenomen te transplanteren in het algemene onrechtmatigedaadsrecht. Zie hierover § 4.1.2.b.

444 Zie over deze onzekerheid indien een bewijsvermoeden van toepassing is J.J. van Hees: ‘Omdat veelal niet valt te voorspellen of en zo ja binnen welke termijn een mogelijke *actio pauliana* aan de orde komt, is het *paulianaristico* bij rechtshandelingen die binnen het bereik van de wettelijke regeling voor een omkering van de bewijslast vallen vaak niet of nauwelijks in te schatten.’ J.J. van Hees, ‘Divida et impera’: verdelingsvraagstukken in het zicht van insolventie’, in: M. Holzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 175.

Mijns inziens zou het een verbetering van de faillissementspauliana zijn indien lid 3 van artikel 51 Fw wordt geschrapt. Rechters zijn dan niet langer gedwongen te kiezen tussen het in stand laten van de bevoordeling enerzijds en het voor rekening laten komen van de gehele benadeling voor de wederpartij, hoe ver verwijderd ook, anderzijds.

Hoe zou het Nederlandse recht eruitzien zonder lid 3 van artikel 51 Fw? De eerste stap die bij de beoordeling van een geschil gezet zou moeten worden is de beoordeling of sprake is van benadeling. In geval van een verkoop onder de marktwaarde zal hier in de regel sprake van zijn. De vraag wat moet gebeuren met de prestatie van de wederpartij zal slechts relevant zijn, indien deze de boedel niet langer baat. Anders zal ook zonder een lid 3 kunnen worden aangenomen dat de wederpartij in elk geval een boedelvordering heeft. Voor zover de boedel niet langer gebaat is, kan zich een aantal scenario's voordoen en zijn eveneens een aantal te onderscheiden sancties mogelijk.

Indien de rechter oordeelt dat het verbruiken of doorbetalen van de opbrengst ook aan de wederpartij kan worden toegerekend, zal de uitkomst in de regel dezelfde zijn als onder het huidige artikel 51 lid 3 Fw. Wel zal een rechter dan moeten vaststellen dat de benadeling die verder gaat dan de enkele bevoordeling van de wederpartij, ook aan deze wederpartij kan worden toegerekend. Hier dient dan eenvoudigweg vastgesteld te worden of de wederpartij wist of behoorde te weten dat de schuldeisers benadeeld zouden worden door het niet volledig voorhanden zijn van de opbrengst. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, zal de wederpartij slechts een concurrente faillissementsvordering hebben voor zijn prestatie.

Het is echter ook mogelijk dat een rechter oordeelt dat een wederpartij die een goed (ver) onder de marktprijs koopt weliswaar wist of behoorde te weten dat de schuldeisers van de schuldenaar zouden worden benadeeld, maar niet oordeelt dat de wederpartij wist of behoorde te voorzien dat zijn prestatie de boedel niet zou baten. In dat geval is er onvoldoende grond om de wederpartij voor zijn prestatie slechts met een concurrente faillissementsvordering achter te laten. Hier dienen zich twee mogelijkheden aan. De rechter kan ten eerste oordelen dat de wederpartij een boedelvordering heeft voor de waarde van zijn prestatie. Het goederenrechtelijk effect van de vernietiging blijft gehandhaafd, zij het dat de wederpartij de afgifte kan opschorten totdat de curator aan de boedelverplichting voldoet.⁴⁴⁵ Een tweede mogelijkheid is dat de wederpartij (in subsidiair verband) stelt, dat zo reeds aangenomen moet worden dat deze wetenschap van benadeling had ten aanzien van de overdracht, deze enkel zag op de waardediscrepancie en niet tevens op de omstandigheid dat de boedel niet gebaat zou zijn door zijn prestatie. Hij kan

⁴⁴⁵ Omdat de curator de wederpartij verwijt een goed onder de waarde te hebben verkregen zal de waarde van de boedelvordering lager zijn dan de waarde van het goed in kwestie.

dan aanbieden om de benadeling die het gevolg is van de overdacht onder de marktwaarde *sec* ongedaan te maken door het verschil alsnog te betalen. Indien de rechter oordeelt dat de wederpartij enkel en alleen wetenschap van benadeling had door de overdracht onder de marktwaarde, wordt deze benadeling tenietgedaan, en kan de curator de overdracht niet meer vernietigen.

Indien artikel 51 lid 3 Fw wordt geschrapt, biedt het algemene vermogensrecht voldoende mogelijkheden om een sanctie te bepalen die de belangen van de verschillende partijen verdisconteert alsmede de feiten die aanleiding geven tot het beroep op de pauliana.⁴⁴⁶ De sanctie van de pauliana blijft vernietiging van de rechtshandeling. De onnodig scherpe randen worden dan echter verwijderd.

Ik zou dan ook willen oordelen dat het Nederlandse recht nuancering ontbeert door de rechter voor een alles of niets beslissing te plaatsen. Verwacht mag worden dat deze rigide bepaling zich tegen de schuldeisers keert, wier positie de pauliana juist beoogt te beschermen. Het is moeilijk voor een rechter om aan de dwingende tekst van artikel 51 lid 3 Fw voorbij te gaan. Ingrijpen van de wetgever is dan ook geboden. Ik stel dan ook voor dat de Nederlandse wetgever de boemerang besloten in artikel 51 lid 3 Fw uit het Nederlandse recht gooit.

4.5.2.3.3 Vijfde aanbeveling: een ten dele objectieve regeling

De vijfde aanbeveling is om tot een gedeeltelijk geobjectiveerde regeling te komen ter bescherming van de integriteit van het verhaalsvermogen. Het Nederlandse recht houdt voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana in alle gevallen vast aan subjectieve criteria. In het inleidende hoofdstuk zijn in algemene zin een aantal nadelen van het hanteren van subjectieve criteria genoemd.⁴⁴⁷

De vierde aanbeveling (hiervoor) stelt voor onder omstandigheden de sanctie van een geslaagd beroep te beperken tot het voordeel dat de wederpartij heeft genoten bij de benadelende rechtshandeling. Indien en zodra men de sanctie beperkt tot het ontnemen van dit voordeel, dan kan men een volgende stap zetten. Voor het ont-

446 Zie verder kritisch ten aanzien van de zin en noodzaak van lid 3 van artikel 51 Fw, zij het op geheel andere gronden, R.J. van der Weijden, 'HR 24 april 2009, LJN: BF 3917, CO7/108 HR (Dekker q.q./Lutèce)', *TvI* 2009, 23, p. 138, 139 en Faber, *Actio Pauliana en verrekening*, p. 192 en Faber, *Verrekening*, p. 362, waar Faber schrijft: 'Neemt men met mij aan dat het doel en de strekking van de actio Pauliana met zich brengen dat de vernietiging nimmer verder strekt dan tot wegneming van de benadeling, dan heeft de curator voor het bedrag waarvoor de boedel is gebaat, geen actie, en kan hij zich ten behoeve van de failliete boedel slechts verhalen op hetgeen per saldo als gevolg van de bestreden rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is vervenen. (...) Ook in deze benadering kan de curator het risico van een negatieve boedel niet op de betrokken schuldeiser afwentelen. Gaat men van deze benadering uit, dan bestaat aan de regel van art. 51 lid 3 Fw geen behoefte meer (...)'. Van der Weijden en Faber maken, anders dan hier wordt bepleit, geen onderscheid naar onmiddellijke benadeling door de rechtshandeling en middellijke benadeling door het later verteren van de opbrengst door de schuldenaar.

447 Met name zijn vier belangrijke bezwaren genoemd ten aanzien van het hanteren van subjectieve criteria: i) dat deze moeilijk en kostbaar in rechte vast te stellen zijn, ii) dat de uitkomst van procedures daarmee veelal onzeker is, iii) dat subjectieve criteria de omvang van de benadeling zelf niet veranderen en in die zin voor de benadeelde schuldeisers niet relevant zijn en iv) dat subjectieve criteria een element van moreel verwijtbaar handelen in zich bergen waardoor nieuwe conflicten ontstaan.

nemen van het behaalde voordeel is dan niet noodzakelijk dat men bepaalde subjectieve vereisten stelt.⁴⁴⁸ Het voornaamste belang waar hier voor gewaakt dient te worden is het belang van de wederpartij en wel dat deze niet benadeeld wordt zonder dat deze wederpartij een verwijt gemaakt kan worden. Voor zover men de sanctie beperkt tot het ongedaan maken van de bevoordeling, is van benadeling van de wederpartij geen sprake. Verder kan verwacht worden dat het reorganiserend vermogen van schuldenaren in moeilijkheden door een regel als hier voorgesteld wordt bevorderd. Wederpartijen hoeven minder te vrezen dat zij uiteindelijk aanzienlijk slechter af zijn indien de schuldenaar in financiële problemen met wie zij zaken blijven doen, toch zou failleren.

Hoe een ten dele geobjectiveerde regeling ter bescherming van de integriteit van het verhaalsvermogen eruit zou kunnen zien en welke criteria gehanteerd zouden moeten worden om de belangen te beschermen die haaks staan op die van de benadeelde gezamenlijke schuldeisers, wordt uiteengezet in de Appendix § 6.3.

4.5.3 *Bescherming van paritas creditorum*

In het inleidende hoofdstuk is binnen de gevallen van benadeling doordat een inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum* een nadere onderverdeling gemaakt. 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.

4.5.3.1 *Voldoening anders dan waartoe gehouden*

Artikel 42 Fw is van toepassing als de doorbreking van de *paritas creditorum* plaatsvindt middels een onverplichte rechtshandeling (bijvoorbeeld betaling van of het stellen van zekerheid voor een niet-opeisbare schuld en inbetalinggeving). In dat geval is voor vernietiging vereist dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Indien de rechtshandeling anders dan om niet heeft plaatsgevonden dient tevens de wederpartij deze wetenschap te hebben.

De onverplichte voldoening van een bestaande schuld wordt in het algemeen gezien als een rechtshandeling om baat, zodat in dat geval zowel de schuldenaar als de schuldeiser deze wetenschap moeten hebben. Opmerkelijk genoeg is het

⁴⁴⁸ In § 1.3 is aangegeven dat dwingende redenen voor het hanteren van subjectieve criteria kunnen gevonden worden in ofwel het doel dat men wil bereiken, ofwel de bescherming van botsende belangen. Voor het ongedaan maken van de bevoordeling ten koste van de gezamenlijke schuldeisers (doel), kan men hier eenvoudig volstaan met objectieve criteria. Ook voor de bescherming van botsende belangen bestaat geen doorslaggevende reden vast te houden aan subjectieve criteria. Vier botsende belangen zijn geïdentificeerd: i) respect voor het handelen van de schuldenaar, ii) geen benadeling zonder verwijt, iii) rechtszekerheid en iv) bewaken en zo mogelijk bevorderen van het reorganiserend vermogen van schuldenaren in moeilijkheden.

geen uitgemaakte zaak in het Nederlandse recht of het onverplicht verschaffen van zekerheid aan een bestaande schuldeiser heeft te gelden als een rechtshandeling om niet of anders dan om niet. Voor zover de schuldeiser een prestatie verricht, zoals verlaging van het rentepercentage of verlenging van het krediet, wordt aangenomen dat het een rechtshandeling anders dan om niet is. Indien de schuldeiser geen tegenprestatie verricht, oordeelt Faber dat de zekerheidsverschaffing als een rechtshandeling om niet heeft te gelden.⁴⁴⁹ Van Galen en Van Hees menen dat een dergelijke zekerheidsverschaffing als een rechtshandeling om baat heeft te gelden.⁴⁵⁰ Deze discussie en de bestaande onduidelijkheid is naar mijn mening bovenal tekenend voor de problematische inpassing van de doorbreking van de *paritas creditorum* in artikel 42 Fw. Hoewel het artikel in de eerste plaats lijkt te zijn opgesteld om inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen tegen te gaan, functioneert het artikel bovenal om een doorbreking van de *paritas creditorum* tegen te gaan. Voor zover men de vraag moet beantwoorden of zekerheidsverschaffing voor een eigen schuld een handeling om niet of anders dan om niet is, meen ik dat de zekerheidsverschaffing als een rechtshandeling anders dan om niet heeft te gelden en dat deze daarmee slechts vernietigbaar is indien beide partijen wetenschap van benadeling hadden.⁴⁵¹

Artikel 43 Fw voorziet nog in een tweetal bewijsvermoedens die hier relevant zijn. Indien de doorbreking van de *paritas creditorum* plaatsvindt door de betaling van of zekerheidsstelling voor een niet opeisbare schuld in het jaar voor de faillietverklaring wordt de wetenschap van benadeling aan beide zijden vermoed te hebben bestaan (artikel 43 lid 1 sub 2 Fw). Verder bepaalt artikel 43 Fw dat de wetenschap wordt vermoed te hebben bestaan indien de onverplichte, benadelende rechtshandeling plaatsvond binnen een jaar voor de faillietverklaring en de wederpartij een nader geduide gerelateerde partij is geweest (artikel 43 lid 1 sub 3^o tot en met sub 6^o Fw).

4.5.3.2 *Voldoening waartoe gehouden*

Artikel 47 Fw biedt twee gronden voor de vernietiging van een verplichte rechtshandeling. Ten eerste de grond dat de wederpartij wist van een aanhangige faillissementsaanvraag en ten tweede dat sprake is geweest van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser teneinde deze laatste te bevoordelen boven de andere schuldeisers.

Het tweede criterium dient volgens de Hoge Raad uitgelegd te worden in de zin dat sprake is van 'samenspanning'.⁴⁵² Bij beide partijen (schuldenaar en wederpartij) dient de bedoeling te hebben voorgezeten om deze schuldeiser boven de

449 Faber, *Verrekening*, p. 334.

450 Van Galen (ten aanzien van artikel 44 Fw (oud) dat echter over schenkingen sprak in *Losbladige Faillissementswet*, art. 44 Fw (oud)) en A. van Hees, *Losbladige Faillissementswet*, art. 42 aantekening 8.

451 Zie nader § 4.2.1.2.3.

452 HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, m.nt. PvS (Gispen q.q./IFN).

andere te bevoordelen. Het is vooral de beperkte reikwijdte van de tweede vernietigingsgrond (samenspanning) die tot veel kritiek heeft geleid. Notoir in dit verband zijn de arresten van de Hoge Raad inzake Gispén q.q./IFN, Verkerk/Tiethoff q.q. en Meijs q.q./Bank of Tokyo.⁴⁵³ Uit deze arresten volgt dat, ook al weten partijen dat benadeling van schuldeisers het gevolg van hun handelen zal zijn⁴⁵⁴ en zelfs weten dat een faillissement onontkoombaar is,⁴⁵⁵ daarmee nog niet voldoende grond bestaat om samenspanning aan te nemen. Weliswaar heeft de Hoge Raad in HR Cikam/Siemon q.q.⁴⁵⁶ de deur op een kier gezet, maar meer ook niet. In dit geval liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand waarbij, behoudens tegenbewijs, samenspanning werd aangenomen op grond van de zeer nauwe verbondenheid tussen schuldeiser en schuldenaar alsmede de kennis van beide partijen van de slechte financiële positie van de schuldenaar.

4.5.3.3 Aanbevelingen

De zesde aanbeveling (§ 4.5.3.3.1) voor het Nederlandse recht bepleit een separate regeling ten aanzien van onverplichte rechtshandelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum*. De overige aanbevelingen (§ 4.5.3.3.2-§ 4.5.3.3.4) gaan ervan uit dat het huidige systeem van artikel 42 Fw en artikel 47 Fw in hoofdlijnen blijft bestaan.

4.5.3.3.1 Zesde aanbeveling: separate en gedeeltelijk objectieve regeling

Het Nederlandse recht zou ermee gebaat zijn indien een artikel wordt opgesteld dat exclusief van toepassing zou zijn op onverplichte rechtshandelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum*. Nu worden deze handelingen onder de werking van artikel 42 Fw gebracht, welk artikel qua opzet bovenal geschreven is om te waken tegen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen.⁴⁵⁷ De onverplichte handelingen die bestaan uit het voldoen van een bestaande schuldeiser (bijvoorbeeld onverplichte inbetalinggeving) of deze voldoening mogelijk maken (onverplichte zekerheidsverschaffing) zouden uit artikel 42 Fw gelicht moeten worden en in een eigen artikel met een eigen toetsingskader moeten worden ondergebracht.

Naar geldend Nederlands recht is voor het kunnen vernietigen van een rechtshandeling die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormt, *altijd* vereist dat aan bepaalde subjectieve criteria is voldaan.⁴⁵⁸ In het inleidende hoofdstuk is een aan-

453 HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, m.nt. PvS (Gispén q.q./IFN) en HR 20 november 1998, *JOR* 1999/19, m.nt. NEDF (Verkerk/Tiethoff q.q.), HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

454 HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611 (Verkerk/Tiethoff q.q.).

455 HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/220 (Meijs q.q./Bank of Tokyo).

456 HR 7 maart 2003, *JOR* 2003/102 (Cikam/Siemon q.q.).

457 De nadelige gevolgen hiervan zijn in § 4.5.1 geïnventariseerd.

458 De handeling valt ofwel onder artikel 42 Fw in welk geval in elk geval vereist is dat de schuldenaar wetenschap van benadeling heeft en bij rechtshandelingen anders dan om niet tevens de wederpartij (waarbij ik meen dat inbetalinggeving en het verstrekken van zekerheden voor een eigen oude schuld als een rechtshandeling anders dan om niet hebben te gelden). Of de rechtshandeling valt onder artikel 47 Fw in welk geval vereist is dat de wederpartij wist van een aanhangige faillissementsaanvraag of dat er sprake is geweest van samenspanning.

tal belangrijke nadelen aan het hanteren van subjectieve criteria geanalyseerd.⁴⁵⁹ Indien en zodra men de onverplichte rechtshandelingen die de *paritas creditorum* doorbreken onderbrengt in een eigen artikel kan men ook een regeling ontwerpen die ten dele voorziet in de vernietigbaarheid van deze rechtshandelingen zonder subjectieve criteria te stellen. Kort gezegd kan men eenvoudig voorzien in de vernietigbaarheid van alle vormen van inbetalinggeving (en andere afwijkende of vreemde wijzen van voldoening) indien verricht in een korte periode voorafgaand aan het faillissement. De rechtvaardiging wordt dan gevonden enkel in de doorbreking van de *paritas creditorum* en niet langer in een verwerpelijk geachte subjectieve gesteldheid van de schuldenaar en mogelijk de wederpartij. Het temporele toepassingsgebied van een dergelijke bepaling zal naar haar aard beperkt zijn in tijd. Hoe een dergelijke regeling eruit zou kunnen zien wordt nader uitgewerkt in Appendix § 6.4.

Een regeling als hier bepleit, dient door de wetgever tot stand te worden gebracht. Het inzicht dat een regeling tot stand kan worden gebracht die zonder subjectieve criteria voorziet in de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen verricht kort voor faillissement, die tegelijkertijd recht doet aan de botsende belangen, dient m.i. wel invloed te hebben bij het nader invullen van de wetenschap van benadeling in artikel 42 Fw. Aan deze wetenschap dienen niet te hoge eisen gesteld te worden voor zover de onverplichte rechtshandeling in strijd met de *paritas creditorum* is verricht vlak voor faillissement. Hierop ziet ook de volgende aanbeveling.

4.5.3.3.2 Zevende aanbeveling: naar een flexibele benadering

Onverplichte rechtshandelingen in strijd met de *paritas creditorum* worden naar geldend Nederlands recht getoetst aan artikel 42 Fw. Vereist is dat de schuldenaar, en bij rechtshandelingen anders dan om niet, tevens de wederpartij, heeft gehandeld met de wetenschap van benadeling. De nadere invulling van deze wetenschap van benadeling leidt tot veel discussie en daarmee rechtsonzekerheid.

In § 4.2.1.3 en § 4.2.1.4 is een flexibele benadering van de wetenschap van benadeling gepresenteerd. Uiteengezet is hoe bij het toepassen van een flexibele benadering afhankelijk van de aard van de rechtshandeling strengere eisen aan de voorzienbaarheid van het faillissement moeten worden gesteld en dat tevens de gevolgen van de pauliana moeten worden verdisconteerd. Deze benadering leidt ertoe dat in een aantal gevallen een sterke wetenschap van naderend faillissement vereist is en in aantal gevallen volstaan kan worden met een minder dan 'sterke wetenschap'. Onder sterke wetenschap wordt hier verstaan, dat partijen 'vrijwel zeker wisten dat een faillissement zou volgen'.⁴⁶⁰

459 Met name zijn vier belangrijke bezwaren genoemd ten aanzien van het hanteren van subjectieve criteria: i) dat deze moeilijk en kostbaar zijn in rechte vast te stellen, ii) dat de uitkomst van procedures daarmee veelal onzeker is, iii) dat subjectieve criteria de omvang van de benadeling zelf niet veranderen en in die zin voor de benadeelde schuldeisers niet relevant zijn en iv) dat subjectieve criteria een element van moreel verwijtbaar handelen in zich bergen waardoor nieuwe conflicten ontstaan.

460 Zie over de achtergrond van dit criterium § 4.2.1.4.

Toegepast op rechtshandelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen leidt dit tot het volgende beeld. Bij de gevallen van incongruente voldoeningen, dient er, wil sprake zijn van wetenschap van benadeling, een zekere bekendheid te bestaan met een naderend faillissement. De bekendheid van de wederpartij met een naderend faillissement van de schuldenaar hoeft m.i. niet voor alle gevallen 'sterk' te zijn. Hierbij is van belang dat de incongruente voldoening zelf reeds een teken is van financiële problemen aan de zijde van de schuldenaar. Naarmate de handeling meer incongruent is, zullen minder zware eisen aan de voorzienbaarheid van de insolventie gesteld hoeven te worden. Ook speelt hier een temporeel aspect. Hoe korter voor de insolventverklaring de incongruente voldoening heeft plaatsgevonden, hoe minder strenge eisen gesteld hoeven te worden aan de concrete voorzienbaarheid van het faillissement.⁴⁶¹

Ook kan een 'over het graf-rechtshandeling' een inbreuk maken op de *paritas creditorum*. Een voorbeeld daarvan zou zijn een bepaling dat een vordering verdubbelt door de faillietverklaring van de schuldenaar. M.i. kunnen rechtshandelingen die voorzien in het creëren van extra aanspraken in faillissement bestreden worden met de pauliana. In deze gevallen is niet vereist dat de wederpartij een zekere bekendheid had met het naderende faillissement.⁴⁶²

Het toepassen van een flexibele benadering kan eenvoudig in de rechtspraak geschieden door te accepteren dat er een veelheid van onverplichte rechtshandelingen mogelijk is die tot benadeling van schuldeisers leidt.

4.5.3.3.3 Achtste aanbeveling: codificatie van bewijsvermoedens

Opvallend is dat artikel 47 Fw geen enkele omkering van de bewijslast kent. Een dergelijk bewijsvermoeden wordt inmiddels wel in beperkte mate in de rechtspraak toegepast. In HR Cikam liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand waarbij het hof, behoudens tegenbewijs, samenspanning had aangenomen op grond van de zeer nauwe verbondenheid tussen schuldeiser en schuldenaar, alsmede van de kennis van beide partijen van de slechte financiële positie van de schuldenaar.⁴⁶³ Deze aanpak wordt in lagere rechtspraak gevolgd.

De bepalingen ten aanzien van verplichte rechtshandelingen dienen te onderkennen dat niet alle schuldeisers gelijk zijn. Ten aanzien van gerelateerde schuldeisers zou ook bij artikel 47 Fw een bewijsvermoeden moeten worden opgenomen dat bepaalt dat aan de criteria van artikel 47 Fw wordt vermoed voldaan te zijn zover de wederpartij een gerelateerde persoon is en de voldoening plaatsvond in een bepaalde periode voorafgaand aan de insolventverklaring. De rechter heeft hier reeds geopend, zodat de wetgever nu aan zet is.

461 Zie § 4.2.1.4.3.

462 Zie § 4.2.1.4.6.

463 Zie § 4.2.3.3.2.

4.5.3.3.4 Negende aanbeveling: inperking voorrechten

De rechtvaardiging van het ingrijpen in verplichte rechtshandelingen wordt onder meer gevonden in een onwenselijk en onrechtvaardig geachte doorbreking van de *paritas creditorum*.⁴⁶⁴ De schuldeiser die voldaan wordt, kan in *abstracto* tegengeworpen krijgen dat hij geen handelingen dient te verrichten die hij zelf als onacceptabel zou beschouwen indien een andere schuldeiser deze ten nadele van hemzelf zou verrichten. Verder zou de schuldeiser die nog net voldaan is, tegengeworpen kunnen worden dat alle schuldeisers in gelijke mate moeten kunnen delen in het tekortschietende actief. Een uitwerking daarvan zou dan ook in beginsel dienen te zijn dat de schuldeiser het ontvangen bedrag dient terug te betalen aan de boedel waarna alle schuldeisers gelijkelijk kunnen delen, inclusief de aanvankelijk bevoordeelde schuldeiser. De gelijkheid van crediteuren en de regeling van de faillissementspauliana kan dan ook gezien worden als een vorm van gedwongen solidariteit van crediteuren *onderling*. Deze gedwongen solidariteit werkt niet slechts in faillissement, maar door de pauliana ook reeds daarvoor, zij het in beperkte mate.

Voorrechten verstoren nu de gelijkheid van schuldeisers aanzienlijk. In de regel zal het zo zijn dat wanneer een concurrente schuldeiser op de valreep voldaan wordt en gedwongen wordt het bedrag terug te betalen, hij dit bedrag geenszins zal delen met de overige concurrente schuldeisers. Veelal bestaan in insolventie omvangrijke preferente schulden zodat de opbrengst van een geslaagde pauliana-actie in de regel in de eerste plaats ten goede komt (aan de curator, andere boedelschuldeisers en dan) aan de Ontvanger en het UWV als belangrijkste preferente schuldeisers. Pas als dan nog wat over blijft, delen de concurrente schuldeisers mee. Het is moeilijk van concurrente schuldeisers solidariteit te verwachten en af te dwingen, indien deze solidariteit bestaat uit de omstandigheid dat deze in de regel niets ontvangen en al het actief naar een preferente schuldeiser gaat. Voor zover de faillissementspauliana is gegrondvest op een gedwongen solidariteit van schuldeisers onderling, zou men hier een element van wederkerigheid verwachten. In de praktijk ontbreekt deze wederkerigheid echter in het gros van de gevallen. De inbreuken die de wetgever zelf heeft gemaakt op de *paritas creditorum* maakt dat de faillissementspauliana veel minder is gegrondvest in de solidariteit van de schuldeisers onderling. Veelal heeft artikel 47 Fw als effect dat voorrechten ook reeds voor insolventie wordt afgedwongen. Ironisch hierbij is dat onder curatoren het fiscale voorrecht weinig populair is, en dat hun inspanningen in verband met de pauliana juist dit voorrecht voeden.

⁴⁶⁴ Zie hierover hoofdstuk 1 (§ 1.4.2).

De commissie Kortmann heeft de invloed van de fiscus op de positie van concurrente crediteuren ook weer aangekaart. Zij bepleit een afschaffing van het fiscale voorrecht⁴⁶⁵ en daarop vooruitlopend, bepleit zij een uitkering aan preferente crediteuren in de verhouding tot concurrente crediteuren van 2 staat 1. Indien het voorstel van de commissie Kortmann niet integraal wordt overgenomen, maar wel op onderdelen, dient goed de samenhang van de verschillende onderdelen bezien te worden. Indien men de werking van artikel 47 Fw wel zou uitbreiden, maar niet de positie van de fiscus zou terugdringen, zal de uitbreiding van artikel 47 Fw resulteren in een belangrijke versterking van de positie van de fiscus. Hierbij past goed het citaat van Mokal ten aanzien van de werking van *preference law* ten aanzien van het wettelijke systeem van voorrechten.

*'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.'*⁴⁶⁶

Ik zou dan ook menen dat van een algehele⁴⁶⁷ oprekking van de werking van artikel 47 Fw alleen sprake kan zijn indien dit daadwerkelijk ten goede komt aan de concurrente crediteuren. Vereist daarvoor is dat het voorrecht van de fiscus wordt afgeschaft of in elk geval ingeperkt. Een enkele oprekking van artikel 47 Fw zonder dergelijke maatregel leidt in totaal tot een verdere verzwakking van de positie van concurrente crediteuren ten gunste van de fiscus.

4.5.4 Bescherming tegen dubbele opstelling van aandeelhouders

Aandeelhouders kunnen door inbreuk te maken op de uitgangspunten van het financieren van kapitaalvennootschappen 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 schuldeisers van de vennootschap en de schuldenaar voldoet (juist) de schulden waar de aandeelhouder zich sterk voor heeft gemaakt.

465 Toelichting Voorontwerp, p. 152: *'In het voorontwerp worden de gewone schuldeisers reeds – vooruitlopend op de bepleite afschaffing – tegemoetgekomen, doordat preferente vorderingen niet langer volledig zullen voorgaan boven concurrente vorderingen. In plaats daarvan zullen uitdelingen steeds ook aan concurrente schuldeisers ten goede komen, met dien verstande dat preferente schuldeisers een tweemaal zo groot percentage van hun vordering ontvangen als concurrente schuldeisers.'*

466 Mokal, *Corporate Insolvency Law*, p. 328.

467 Een uitzondering zou dienen te gelden voor zover artikel 47 Fw wordt opgerekt ten aanzien van gerelateerde partijen, waarbij m.i. een bewijsvermoeden op zijn plaats is. Zie vorige subparagraaf.

4.5.4.1 Leningen en zekerheden

Het Nederlandse recht kent noch in de Faillissementswet noch in het vennootschapsrecht regels die een hybride opstelling van aandeelhouders als kapitaalverschaffer en schuldeiser reguleert. Het gebrek aan regelgeving op dit terrein wordt in het kader van de flexibilisering van de BV weliswaar als lacune gezien,⁴⁶⁸ maar het onderwerp blijft in het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht verder onaangeroerd.

Achterstelling vormt een inbreuk op de *paritas creditorum* en is daarom in beginsel slechts mogelijk indien een wettelijke grondslag bestaat. Toch lijkt de deur voor achterstelling buiten partijafpraak niet geheel gesloten. De commissie Kortmann ziet blijkens de Toelichting op haar Voorontwerp wel ruimte voor ontwikkeling van het leerstuk van achterstelling van aandeelhoudersleningen, maar laat dit over aan de 'rechtsontwikkeling'.⁴⁶⁹ De commissie Kortmann ziet kennelijk geen onoverkomelijke dogmatische bezwaren tegen achterstelling door de rechter buiten partijafpraak. Rechtbank en Hof Amsterdam hebben inzake de homologatie van het akkoord in de zaak Carrier 1,⁴⁷⁰ ook reeds geoordeeld dat achterstelling buiten partijafpraak mogelijk is. Het betrof hier echter een specifiek geval waarbij een akkoord werd aangeboden. In een latere uitspraak van Rechtbank Amsterdam inzake One.Tel⁴⁷¹ wordt geoordeeld dat leningen van aandeelhouders niet achtergesteld kunnen worden. Ik zou echter, mede op grond van de Toelichting van de commissie Kortmann, en de beschikkingen inzake Carrier 1, willen concluderen dat ongeacht het verdere traject van het Voorontwerp, schuldeisers en curatoren nu reeds de verificatie van bepaalde aandeelhoudersleningen als concurrente vordering kunnen betwisten. Het is echter aan de wetgever of de Hoge Raad een einde te maken aan de bestaande onzekerheid.

Het Nederlandse recht kent verder geen speciaal regime ten aanzien van de terugbetaling van leningen verstrekt door aandeelhouders in de aanloop naar de faillietverklaring van de schuldenaar. Terugbetalingen worden getoetst aan artikel 42 Fw en artikel 47 Fw. In de regel zullen terugbetalingen van leningen als verplichte rechtshandeling kwalificeren. Hoewel de rechtspraak wel bereid is om onder omstandigheden te komen tot een omkering van de bewijslast onder artikel 47 Fw, is deze regel niet gecodificeerd.

Het Nederlandse recht kent ook geen specifieke regels ten aanzien van afdwingbaarheid van zekerheidsrechten verstrekt aan aandeelhouders ter meerdere zekerheid van terugbetaling van hun vordering. Onder omstandigheden kan de aandeelhouder onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers, waarbij de onrechtmatige daad mede wordt ingevuld door de verstrekte zekerheden.

468 Zie M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, Eindrapport, d.d. 31 maart 2004, p. 127 en 132.

469 Toelichting Voorontwerp, p. 311.

470 Rechtbank Amsterdam 26 juli 2005, Homologatie akkoord Carrier 1 en Hof Amsterdam 5 november 2005, *JOR* 2007/51, m.nt. Bartman.

471 Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, *LJN* BI2613.

4.5.4.2 *Garanties*

Het Nederlandse recht kent binnen de *faillissementspauliana* geen regeling die de curator een rechtstreekse vordering geeft voor het geval de schuldenaar een vordering betaalt waarvoor een aandeelhouder zich garant heeft gesteld. Hoewel de betaling van de schuldenaar aan de schuldeiser de aansprakelijkheid van de aandeelhouder jegens de schuldeiser teniet doet gaan en de aandeelhouder daarmee een rechtstreeks voordeel heeft bij de betaling, bestaat er geen wettelijke bepaling die de curator de mogelijkheid biedt deze bevoordeling ongedaan te maken.

De Nederlandse faillissementspauliana houdt vast aan de tweepartijenverhouding van schuldenaar tot wederpartij. Mogelijk zou men kunnen oordelen dat de complicatie van de bewuste bevoordeling van een derde (de borg), in de relatie van de schuldenaar tot schuldeiser verdisconteerd dient te worden. Zo heeft Rechtbank Utrecht gronden gezien om een betaling aan de derde paulianeus te achten door samenspanning aan te nemen, mede omdat de bestuurder zich jegens deze schuldeiser borg had gesteld.⁴⁷² Hier komt de curator echter nog steeds niet rechtstreeks bij de aandeelhouder uit. De vraag daarbij is of het wenselijk is om de garantstelling door een derde (bestuurder of aandeelhouder) op deze wijze te laten doorwerken in de relatie schuldenaar-schuldeiser.

4.5.4.3 *Aanbevelingen*

Het Nederlandse insolventierecht (en ook het vennootschapsrecht) is vrijwel blind voor een dubbele, opportunistische opstelling van aandeelhouders. Handelingen met aandeelhouders die leiden tot benadeling van schuldeisers worden getoetst aan de bepalingen van artikel 42 Fw en artikel 47 Fw, waarbij de hoedanigheid van het zijn van aandeelhouder hooguit een verdachte bijkomende omstandigheid is. Drie aanbevelingen kunnen hierin verbetering brengen.

4.5.4.3.1 Tiende aanbeveling: vooruit met de achterstelling!

De belangrijkste aanbeveling ten aanzien van de positie van aandeelhouders is dat leningen van aandeelhouders als kapitaal moeten worden behandeld. De rechtspraak heeft hier met de uitspraken in Carrier 1 reeds belangrijke stappen gezet, en het woord is nu aan de wetgever.

Bij de bepalingen in het Voorontwerp ten aanzien van de verificatie van vorderingen zou bepaald kunnen worden dat de rechter bevoegd is om zonder partijafspraken een vordering van een aandeelhouder achter te stellen. Het Voorontwerp bepaalt in afdeling 5.1 wat boedelvorderingen zijn en in afdeling 5.2 welke vorderingen in faillissement kunnen worden geverifieerd. Aan de voorgestelde afdeling 5.2 kan dan een artikel toegevoegd worden dat een wettelijke grondslag biedt voor de achterstelling van vorderingen van aandeelhouders. Een nieuw artikel 5.2.3 Voorontwerp⁴⁷³ zou als volgt kunnen luiden:

⁴⁷² Rechtbank Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19.

⁴⁷³ In het huidige recht zou een dergelijke regel aan artikel 3:277 BW zelf toegevoegd kunnen worden.

‘Vorderingen van aandeelhouders van de schuldenaar kunnen in de insolventie van de schuldenaar als achtergesteld worden geverifieerd op grond van artikel 3:277 lid 2 BW en de redelijkheid.’

De hier door mij voorgestelde wettelijke regeling geeft de rechter zeer veel vrijheid. Bij het nader invullen van het leerstuk van achterstelling moeten nog belangrijke keuzes gemaakt worden. De belangrijkste vraag is welke leningen van aandeelhouders nu precies moeten worden achtergesteld. Zijn dit enkel de leningen die verstrekt zijn op een moment van onderkapitalisatie, oftewel op een moment dat een *arm's length* financier niet meer tegen marktvoorwaarden krediet zou verschaffen? Een dergelijke regel wordt gehanteerd in de fiscale rechtspraak⁴⁷⁴ en was tot voor kort het geldende recht in Duitsland.⁴⁷⁵ Of gaat men verder en bepaalt men dat alle leningen verstrekt door een aandeelhouder achtergesteld moeten worden in faillissement? Dit is de regel die in het nieuwe Duitse recht is opgenomen.⁴⁷⁶ Een tweede vraag is of de achterstelling van aandeelhoudersvorderingen zal gelden voor alle aandeelhouders, of slechts voor aandeelhouders met een meerderheidsbelang of een belang boven een bepaald percentage, zoals 10%. Deze aanbeveling doet geen afbreuk aan de eerdere conclusie, dat achterstelling door de rechter onder omstandigheden als toegestaan moet worden beschouwd en reeds heeft plaatsgevonden.

4.5.4.3.2 Elfde aanbeveling: terugbetaling aandeelhouders onverplicht

Een regeling die bepaalde vorderingen in faillissement achterstelt, is echter incompleet indien niet een separaat regime van toepassing is op de betalingen verricht op deze vorderingen voor faillissement. De paulianaregeling dient daarom ook aangepast te worden.⁴⁷⁷

Waar de aandeelhouder in voorkomende gevallen in faillissement een stapje terug moet doen, moet hij dat m.i. in dezelfde gevallen ook voor faillissement doen. Dit kan men eenvoudig vormgeven door terugbetalingen van leningen die buiten de verhouding schuldenaar-aandeelhouder als verplicht zouden hebben te gelden, als onverplicht te bestempelen. Terugbetalingen van leningen zijn dan vernietigbaar indien de schuldenaar en de aandeelhouder wisten of behoorden te weten dat schuldeisers hierdoor benadeeld zouden worden. Eveneens kunnen de bewijsvermoedens ex artikel 3.2.4 VO/artikel 43 Fw van toepassing geacht worden.⁴⁷⁸

474 Zie § 4.3.1.

475 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.3.1).

476 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.3.1).

477 Zie § 4.3.1.2.

478 Zie § 4.3.1.2.

4.5.4.3.3 Twaalfde aanbeveling: zekerheden aandeelhouder niet afdwingbaar
Het Nederlandse recht kent geen regeling die het verstrekken van zekerheden aan aandeelhouders verbiedt. Zekerheden verstrekt aan aandeelhouders verstoren echter in vergaande mate een evenwichtige verdeling van risico's in verband met financiering van de vennootschap. In het Nederlandse recht zou mijns inziens een regeling moeten worden opgenomen die eenvoudigweg zekerheden verstrekt aan aandeelhouders tot zekerheid van de terugbetaling van een lening niet afdwingbaar maakt. Een voorstel daartoe is uitgewerkt in de Appendix § 6.6. Ingrijpen van de wetgever is hier op zijn plaats. Tot die tijd dienen de open normen van de pauliana en de onrechtmatige daad ruimhartig in het voordeel van de benadeelde schuldeisers te worden geïnterpreteerd.⁴⁷⁹

4.5.4.3.4 Dertiende aanbeveling: directe vordering jegens aandeelhouder
Indien in de aanloop naar faillissement (juist) die schuldeisers worden betaald waarvoor de aandeelhouder zich sterk had gemaakt, staat dat in economische zin gelijk aan het onttrekken van risicodragend kapitaal. Waar een daadwerkelijke onttrekking in de aanloop naar de insolventverklaring nimmer onaantastbaar zou kunnen geschieden en in de regel ook een onrechtmatige daad van de aandeelhouder zou vormen, zou de aandeelhouder die zich niet actief mengt in de betalingen vrijuit gaan. De bestuurders die bij naderende insolventie juist de belangen van de schuldeisers zouden moeten dienen, zouden op deze manier toch nog het belang van de aandeelhouder kunnen dienen.

Mijns inziens verdient de problematiek, net als in Duitsland en Engeland, een wettelijke regeling. De regeling dient erin te voorzien dat de curator een rechtstreekse vordering krijgt op de aandeelhouder ten belopen van de vermindering van diens *exposure*. Hoe een dergelijke regeling eruit zou moeten zien is uitgewerkt in de Appendix § 6.6.

479 Zie § 4.3.1.3.