



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.

6 Appendix: nadere invulling European Principles of Insolvency Law

6.1 Inleiding

De centrale vraag in dit onderzoek is in hoeverre het *mogelijk* en *wenselijk* is tot een regeling van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling te komen met enkel objectieve criteria. In de landenhoofdstukken is bezien in hoeverre het Duitse, Engelse en Nederlandse recht subjectieve of objectieve criteria hanteren. In het slothoofdstuk zijn de verschillende stelsels vergeleken en is de conclusie onderbouwd dat, indien men een helder onderscheid hanteert tussen verschillende vormen van benadeling, het telkens per vorm van benadeling mogelijk en wenselijk is tot een ten dele objectieve regeling te komen. In principe is daarmee de onderzoeksvraag beantwoord.

Om de conclusie kracht bij te zetten, wordt in deze Appendix uitgewerkt hoe per vorm van benadeling een gedeeltelijk objectieve regeling er op hoofdlijnen uit zou kunnen zien en hoe de verschillende bepalingen zich tot elkaar zouden moeten verhouden. Deze regeling wordt gepresenteerd als een nadere invulling van de *Principles of European Insolvency Law* voor zover deze zien op het leerstuk van aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling. Bij het opstellen van de regeling is geput uit het recht van de verschillende, onderzochte landen en wordt getracht gesignaleerde tekortkomingen in de verschillende landen zoveel mogelijk te vermijden. De regeling beperkt zich tot het geven van criteria wanneer handelingen verricht voor formele insolventie kunnen worden aangetast. Niet gepoogd is tot een volledige, wettelijke regeling te komen.

De uitgewerkte regeling hanteert het in het inleidende hoofdstuk geïntroduceerde onderscheid naar drie vormen van schuldeisersbenadeling:¹

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

1 Zie hoofdstuk 1 (§ 1.4).

Alvorens in § 6.3 tot en met § 6.5 aan de hand van deze dieldeling tot een nadere regeling te komen, zie ik in § 6.2 welke uitgangspunten ten grondslag liggen aan de *Principles of European Insolvency Law* voor zover deze betrekking hebben op de aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling en welke vormen van benadeling daarbij onderscheiden worden.

6.2 Principles of European Insolvency Law; Juridical acts subject to reversal

Ten aanzien van het leerstuk van aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling formuleert de *Working Group* het volgende als *Principle of European Insolvency Law*:

§ 8.1. Reversal of juridical acts

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

Ten aanzien van het vereiste dat het moet gaan om een *unfaire* benadeling merkt het commentaar het volgende op:

‘The benefit must be (1) to the detriment of creditors and (2) under unfair circumstances. There are two conditions because any transfer or payment from the debtor may diminish the debtor’s estate and to that extent is to the detriment of the general body of creditors. But, prior to insolvency proceedings, the debtor is usually allowed to continue to trade and to pay debts that are due. Transactions that merely replace one asset with another, as when money is replaced by goods or conversely, may not diminish the value of the estate. It is the unfair nature of the transaction which is the hallmark of the challengeable transaction. It is the intention, or deemed intention, to prejudice the general body of creditors that is objectionable.’²

Voor zover de opstellers een gemene deler van het insolventierecht van de verschillende Europese landen menen te geven,³ hanteren zij hier te veel een Engelsrechtelijke benadering. Bij de toelichting wanneer sprake zou zijn van een

² *Principles of European Insolvency Law*, p. 55.

³ Over de status en het tot stand komen van de principes zeggen de auteurs zelf het volgende (*Principles of European Insolvency Law*, p. 2): ‘Even though the idea of establishing in the short term one single universal insolvency proceeding for the entire European Union may perhaps seem illusive, this does not mean that national insolvency laws do not share common characteristics. On the contrary, when looking beyond the differences in structure and formulation, the insolvency laws of the various countries appear to have many common elements. The Principles of European Insolvency law try to capture these common elements. They can be seen as the essence of insolvency proceedings in Europe as they reflect, on a more abstract level, the common characteristics of the insolvency laws of the European Member States.’

‘unfaire benadeling’ stellen zij: ‘*It is the intention, or deemed intention, to prejudice the general body of creditors that is objectionable.*’ Deze insteek doet in elk geval onvoldoende recht aan bijvoorbeeld de Duitse regeling van de *Deckungsanfechtung*. Gezien is hoe bij de *Deckungsanfechtung* de wettelijke *Krise* zelf de grondslag vormt van de aantastbaarheid van handelingen en van intenties of veronderstelde intenties geen sprake hoeft te zijn.⁴ Ook houdt de toelichting onvoldoende rekening met de ruime mate waarin handelingen om niet aantastbaar zijn. Bij handelingen om niet wordt de grondslag van de aantastbaarheid in de regel niet zozeer in een subjectief element gevonden, maar in de onwenselijk geachte bevoordeling van de wederpartij ten koste van de gezamenlijke schuldeisers.⁵

Een tweede punt van kritiek betreft de formulering van de sanctie. De tweede zin luidt: ‘*The administrator can recover or seek annulment of any benefit which has been obtained from the debtor.*’ Ook hier hanteren de opstellers te veel een Engelsrechtelijke benadering waarin de aandacht in belangrijke mate op de bevoordeling van de wederpartij gericht is en de sanctie op de ongedaanmaking daarvan. Het Duitse en het Nederlandse recht stellen niet zozeer de bevoordeling van de wederpartij centraal, maar de benadeling van de schuldeisers.⁶ In de sanctie kan dit verschil in benadering grote gevolgen hebben.

6.2.1 *Onderscheid naar vormen van benadeling*

In de inleiding is een onderscheid geïntroduceerd tussen drie vormen van benadeling, waarbij ten aanzien van elke vorm weer twee subvormen zijn geïdentificeerd. Binnen de *Principles of European Insolvency Law* wordt niet zozeer een nader onderscheid tussen gevaltypen van benadeling gehanteerd, maar worden voorbeelden gegeven. § 8.2 luidt als volgt:

§ 8.2 *Examples*

Juridical acts subject to reversal include:

- a) *a transaction with the intent of defrauding creditors;*
- b) *a transaction for inadequate counter value;*
- c) *a transaction with a creditor for which no enforceable obligation existed;*
- d) *a transaction with a creditor after the filing of the insolvency application or in a situation of imminent insolvency;*
- e) *the creation of a security right to secure a pre-existing obligation.*

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

5 Zie ten aanzien van het Duitse recht hoofdstuk 2 (§ 2.2.5). Zie ten aanzien van het Engelse recht hoofdstuk 3 (§ 3.2.1).

6 Zie hierover hoofdstuk 2 (§ 2.1.2.3) en hoofdstuk 4 (§ 4.5.2.3.2).

Indien men hier een onderscheid aanbrengt tussen b enerzijds en c, d en e anderzijds, dan kan het onderscheid gelezen worden in de zin dat een onderscheid gemaakt wordt tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar (b) enerzijds en handelingen die een inbreuk vormen op de *paritas creditorum* (c, d en e) anderzijds. Niet geheel goed in het onderscheid past a) ‘*a transaction with the intent of defrauding creditors*’. Het betreft hier niet zozeer een vorm van benadeling maar een norm; handelingen verricht met de intentie crediteuren te benadelen zijn aantastbaar. Ik ga ervan uit dat met het geval onder a) in de eerste plaats bedoeld wordt op gevallen waarin verhaalsobjecten aan het vermogen van de schuldenaar onttrokken worden en in die zin ook nadelig zijn voor de schuldenaar zelf en daarmee (gelijk het geval onder b) ook kwalificeren als gevallen waarin de integriteit van het vermogen van de schuldenaar wordt aangetast.⁷

Opgemerkt dient nog te worden dat de *Principles of European Insolvency Law* de problematiek van aandeelhoudersleningen en garanties verstrekt door aandeelhouders niet noemen als een voorbeeld en het ook in de toelichting niet onder het leerstuk brengen. In de inleiding is uiteengezet hoe deze dubbele opstelling van aandeelhouders tot benadeling van schuldeisers kan leiden. In het concluderende hoofdstuk is uitgewerkt dat het mogelijk en wenselijk is terzake een objectieve regeling op te nemen binnen het leerstuk van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling.

6.3 Inbreuken integriteit verhaalsvermogen

De eerste vorm van benadeling betreft handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen. Hierbij gaat het om handelingen die, al dan niet samengenomen, nadelig zijn voor de schuldenaar zelf. Hier zijn twee subvormen te identificeren, namelijk:

- a. handelingen om niet of met een significant waardeverschil,
- b. handelingen zonder waardeverschil die middellijk als gevolg hebben dat de verhaalsmogelijkheden worden verminderd.

Kenmerkend voor deze gevallen is dat de wederpartij zonder het verrichten van de gewraakte handeling niet de hoedanigheid van schuldeiser heeft, in elk geval dat deze niet relevant is bij de gewraakte handeling.

⁷ Een argument voor deze lezing is dat de hele regeling en formulering een (te) sterk Engels karakter heeft. In het Engelse recht is de term ‘*transactions defrauding creditors*’ opgenomen in artikel 423 IA (zie § 3.2.5). Opvallend is dat deze bepaling als vereiste hanteert dat er sprake is van een handeling met een waardeverschil. Handelingen met een waardeverschil worden hier steeds begrepen als handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen omdat de handeling ook voor de schuldenaar zelf benadelend is.

In hoofdstuk 5 (§ 5.4) is uitgewerkt dat ten aanzien van de inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen, zowel ten aanzien van handelingen om niet als van handelingen anders dan om niet, een objectieve regeling mogelijk en wenselijk is. In deze paragraaf wordt een dergelijke, objectieve regeling uitgewerkt.

6.3.1 *Handelingen om niet of met een waardeverschil*

Het schoolvoorbeeld van benadeling van schuldeisers wordt gevormd door de verkoop van een auto voor de helft van de prijs aan een familielid in de aanloop naar de insolventverklaring. In deze gevallen zijn er, afhankelijk van de sanctie, wel of geen dwingende redenen om voor het aantasten van de transactie te eisen dat de bewindvoerder stelt en bewijst dat de partijen handelden met een bepaalde subjectieve gesteldheid.

De vraag die in samenhang met de te hanteren criteria moet worden gesteld, is wat de gevolgen zijn van een geslaagd beroep op aantasting wegens schuldeisersbenadeling. De vraag die hierbij centraal staat is wat gebeurt met de prestatie geleverd door de wederpartij. Indien de wederpartij een auto van € 10.000 heeft gekocht voor € 4.000, heeft de wederpartij dan recht op restitutie van de € 4.000? Of kan hij de auto behouden indien hij aanbiedt het verschil van € 6.000 tussen de marktprijs en de koopprijs te betalen? Wat heeft daarbij te gelden indien de € 4.000 reeds door de schuldenaar verbruikt is en niet meer traceerbaar in het vermogen aanwezig is en ook niet indirect tot vermogensvermeerdering heeft geleid? De vraag wat gebeurt met de prestatie geleverd door de wederpartij is cruciaal voor het beantwoorden van de vraag welke criteria men dient te hanteren. In het Engelse recht is de insteek bij handelingen met een waardeverschil (artikel 238 IA)⁸ dat de bevoordeling die heeft plaatsgevonden ongedaan gemaakt moet worden. De discussie is dan ook of de wederpartij in het voorbeeld veroordeeld zou moeten worden het waardeverschil bij te betalen,⁹ of dat hij het goed moet teruggeven onder restitutie van de koopprijs.¹⁰ In het Nederlandse en het Duitse recht wordt een geheel andere benadering gevolgd. Artikel 144 InsO (Duits recht) en artikel 51 Fw (Nederlands recht) bepalen beide dat de wederpartij voor zijn prestatie slechts een boedelvordering heeft *‘soweit sie (...) noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist’* respectievelijk *‘voor zover de boedel is gebaat’*. Voor zover dit niet het geval is, heeft de wederpartij in beide landen slechts een veelal waardeloze concurrente faillissementsvordering. Het uiteindelijke resultaat van het aantasten van handelingen met een waardeverschil waarbij de wederpartij nog wel een prestatie heeft geleverd, is dat de wederpartij in de regel aanzienlijk slechter af zal zijn.

⁸ Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.1).

⁹ Parry, *Transaction Avoidance in Insolvency*, p. 109.

¹⁰ Armour, *Transactions at an Undervalue*, p. 85.

6.3.1.1 Ongedaan maken van bevoordeling

De Engelse bepaling van artikel 238 IA toont dat, voor zover men enkel de *bevoordeling* van de wederpartij ongedaan wenst te maken, er geen dwingende argumenten zijn met subjectieve criteria te werken.¹¹ Men kan dus een regeling hanteren met daarin in de eerste plaats zuiver objectieve criteria. Een regeling die zowel verdisconteert dat handelingen dichter bij de insolventverklaring in ruimere mate aantastbaar zouden moeten zijn en die tegelijkertijd die handelingen met aantasting bedreigt die verder voor de insolventverklaring zijn verricht indien de partijen wisten van de benadeling, ziet er als volgt uit:

Artikel 1: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Handelingen om niet of waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft:

- i) In geval van een handeling van de schuldenaar, waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft, of in geval van een handeling van de schuldenaar om niet, die leidt tot benadeling van schuldeisers, kan de bevoordeling van de wederpartij ongedaan gemaakt worden indien de handeling plaatsvond:

 - a) in het jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.*
 - b) in de twee jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de wederpartij een gerelateerde partij was, of indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was of door de handeling insolvent werd.*
 - c) in de drie jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de handeling zou leiden tot benadeling van schuldeisers.**

6.3.1.2 Ongedaan maken van benadeling die de bevoordeling overstijgt

Het is uiteraard mogelijk dat de benadeling van de schuldeisers groter is dan de bevoordeling van de wederpartij. De opbrengst van het goed dat onder de waarde is verkocht, is bijvoorbeeld niet voorhanden. Men zou dit nadeel van de gezamenlijke schuldeisers voor rekening van de wederpartij kunnen laten komen. Het ingrijpen heeft dan niet meer enkel als doel de bevoordeling van de wederpartij ten koste van de gezamenlijke schuldeisers terug te draaien, maar gaat verder. De aantastbaarheid van deze handelingen beoogt te garanderen dat schuldeisers hun aanspraken kunnen effectueren en beoogt daarmee het vertrouwen in het handelsverkeer te stimuleren.

¹¹ Artikel 238 lid 5 IA bevat slechts een uitzondering voor zover de schuldenaar te goeder trouw handelde. Artikel 238 IA kent in lid 5 een subjectief element. Een transactie die voldoet aan de hiervoor besproken objectieve vereisten, is namelijk niet aantastbaar indien de schuldenaar de transactie subjectief te goeder trouw heeft gesloten om de onderneming voort te zetten (lid 5 sub a) en er tevens goede gronden waren om aan te nemen dat de transactie positief zou uitwerken voor de schuldenaar (lid 5 sub b).

Voor zover de sanctie verder gaat dan het ongedaan maken van de bevoordeling, zou een volledig objectieve regel te zeer inbreuk maken op het uitgangspunt dat men geen nadeel op een derde behoort af te wentelen zonder dat deze derde een verwijt gemaakt kan worden. Hier past dan ook dat de wederpartij wist of behoorde te weten van de benadeling van schuldeisers. De wetenschap dient dan niet enkel betrekking te hebben op het waardeverschil, maar ook op de omstandigheid dat de prestatie niet voor de boedel aanwezig zou zijn. Het waardeverschil is zelf uiteraard wel een indicatie dat er iets vreemds is. Om te verdisconteren dat de benadeling van schuldeisers groter kan zijn dan de bevoordeling van de wederpartij, dient de regeling te worden uitgebreid.

Artikel 1: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Handelingen waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft

ii) De wederpartij bij een handeling van de schuldenaar waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft, heeft een boedelvordering voor de waarde van zijn prestatie, behalve voor zover hij wist of behoorde te weten dat de waarde van zijn prestatie niet ten gunste van de boedel zou komen. Voor zover de wederpartij voor de waarde van zijn prestatie geen boedelvordering heeft, heeft hij een insolventievordering.

6.3.2 *Handelingen zonder waardeverschil*

Een van de moeilijkste vragen ten aanzien van het leerstuk van de aantastbaarheid van handelingen wegens benadeling van schuldeisers, is hoe moet worden omgegaan met handelingen waarbij over en weer een marktconforme prestatie wordt geleverd, maar de handeling toch tot benadeling van schuldeisers leidt. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om gevallen waarin een schuldenaar een actief vervreemdt tegen de marktwaarde en de opbrengst vervolgens niet voor verhaal vatbaar is. De opbrengst kan verbrast of verduisterd zijn, maar kan ook gebruikt zijn om een bepaalde schuldeiser, mogelijk een gerelateerde persoon zoals een groepsmaatschappij, te voldoen of om een aandeelhouder nog een dividend te betalen. In deze gevallen zal sprake zijn van benadeling van schuldeisers. De benadeling wordt echter veroorzaakt door twee handelingen. De eerste handeling is de overdracht tegen betaling. De tweede handeling is de aanwending door de schuldenaar van de verkregen middelen. Andere gevallen waarbij de wederpartij een marktconforme prestatie levert die toch tot benadeling leidt, worden gevormd door het inschakelen van adviseurs en advocaten in het kader van een reorganisatiepoging die strandt en door herfinancieringen in het kader van een reorganisatie. Het uitgangspunt bij deze handelingen is dat zolang partijen geloven en mogen geloven dat er nog een reële kans van slagen is en de handelingen gericht zijn op continuïteit, de handelingen overeind dienen te blijven.

De inpassing van deze handelingen in het leerstuk is om een aantal redenen gecompliceerd. Ten eerste past de handeling niet goed in de tweedeling tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen enerzijds en handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* anderzijds. De marktconforme handeling met de wederpartij zelf maakt nog geen inbreuk op de integriteit van het vermogen en vormt ook geen doorbreking van de *paritas creditorum*. Om de overdracht van het goed voor de marktprijs of een andere, in beginsel marktconforme prestatie te kunnen aantasten, moet een aantal handelingen samen genomen worden. Het verbindende element zal vooral gevonden worden in de wetenschap en bedoelingen van de betrokken partijen. Degene die als wederpartij bij een transactie bewust meewerkt aan het teniet doen gaan van deze verhaalsmogelijkheden, zal onder omstandigheden ook terecht geconfronteerd kunnen worden met een bewindvoerder die de transactie ongedaan maakt. Het zal hier wel om uitzonderingsgevallen gaan. Immers, waar geen bevoordeling plaatsvindt, is ook de benadeling moeilijker toe te rekenen aan de wederpartij. De regeling dient beperkt te zijn tot gevallen waarin duidelijk is dat insolventverklaring onvermijdbaar is. Een regeling die de verschillende belangen verdisconteert, luidt als volgt.

Artikel 2: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Middellijke benadeling

- i) Een handeling die in samenhang met een of meer andere handelingen of bijkomende omstandigheden leidt tot benadeling van schuldeisers, is aantastbaar indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar redelijkerwijs niet te vermijden was en wist of behoorde te weten dat de handeling in samenhang met een of meer andere handelingen of bijkomende omstandigheden benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben.*
- ii) Voor zover de wederpartij in verband met een handeling die op grond van lid 1 is aangetast, zelf een prestatie heeft verricht en deze prestatie ten gunste van de boedel is gekomen, heeft de wederpartij een boedelvordering. Voor zover de wederpartij voor de waarde van zijn prestatie geen boedelvordering heeft, heeft hij een insolventievordering.*

Het tweede lid ziet erop dat voor zover de benadeling ongedaan wordt gemaakt, de gezamenlijke schuldeisers geen voordeel hebben van de gewraakte transactie.

6.3.3 *Handelingen die opzettelijk integriteit verhaalsvermogen aantasten*

Ten aanzien van handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar, geeft artikel 1 een in vergaande mate geobjectiveerde regeling waarbij de sanctie bovenal gericht is op het ongedaan maken van de bevoordeling. Artikel 2 waakt tegen handelingen waarbij partijen over en weer marktconforme prestaties leveren, maar die toch leiden tot benadeling van schuld-

eisers. Artikel 2 heeft een beperkt temporeel werkingsgebied doordat het slechts ziet op handelingen verricht terwijl partijen wisten dat insolventverklaring redelijkerwijs niet te vermijden was. Er zullen echter altijd handelingen te bedenken zijn en plaatsvinden, waarbij men met enkel objectieve criteria (artikel 1) onvoldoende uit de voeten kan én waar een beperking in tijd (artikel 2) niet op haar plaats is. Hierbij dient bovenal gedacht te worden aan handelingen met een bedrieglijke opzet.

Een rechtsstelsel dient te voorzien in de aantastbaarheid van die rechtshandelingen waarbij beide partijen opzettelijk schuldeisers benadelen door de integriteit van het vermogen van de schuldenaar aan te tasten. In die zin ligt een bepaling die aansluit bij subjectieve criteria voor de hand en waarbij het temporele werkingsgebied in elk geval meerdere jaren dient te bestrijken.¹² Het doel van een dergelijke bepaling is het garanderen van verhaalsmogelijkheden. Hierbij past een regel waarbij de intentie van partijen voorop staat.

Artikel 3: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Handelingen met de strekking of verricht met het doel schuldeisers te benadelen

- i) Een handeling met de strekking of verricht door schuldenaar en wederpartij met het doel schuldeisers te benadelen is aantastbaar.*
- ii) De wederpartij die zelf een prestatie heeft verricht in verband met een handeling die op grond van lid 1 is aangetast, heeft voor zover deze prestatie ten gunste van de boedel is gekomen, een boedelvordering. Voor zover de wederpartij voor de waarde van zijn prestatie geen boedelvordering heeft, heeft hij een insolventievordering.*
- iii) Dit artikel is niet van toepassing op een voldoening of het verstrekken van zekerheid in de zin van artikel 4, 5 en 6.*

Artikel 3 lid 1 is ook van toepassing op zogenoemde ‘over het graf-rechtshandelingen’. Dit zijn handelingen en afspraken die slechts beogen te werken in geval van een formele insolventieprocedure. Dergelijke bepalingen hebben de *strekking* schuldeisers te benadelen. Hierbij kan een nadere onderverdeling gehanteerd worden; namelijk tussen gevallen waarbij vermogensrechten van de schuldenaar met insolventverklaring komen te *ontvallen aan een derde c.q. vervallen* enerzijds en afspraken die nieuwe aanspraken beogen te *creëren* anderzijds. Hoewel deze

12 In het Engelse recht is hiervoor artikel 423 1A (*transactions defrauding creditors*) opgenomen, welke regeling niet beperkt is in tijd (zie § 3.2.5). In het Duitse recht biedt artikel 133 InsO de mogelijkheid om alle handelingen aan te tasten verricht in de tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring waarbij de schuldenaar met het opzet handelende zijn schuldeisers te benadelen, terwijl de wederpartij daarvan wist (zie § 2.2.4). In het Nederlandse recht voorziet artikel 42 Fw zeer algemeen in de vernietigbaarheid van onverplichte rechtshandelingen indien de schuldenaar en de wederpartij wisten of behoorden te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn (zie hoofdstuk § 4.2.1).

gevallen veel met elkaar gemeen hebben, botsen deze gevallen elk met een ander beginsel. Afspraken waarbij vermogensrechten van de schuldenaar komen te *ontvallen aan een derde c.q. vervallen* botsen met het beginsel dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden. Hierop ziet artikel 3. Ten aanzien van afspraken waarbij men overeenkomt dat nieuwe aanspraken ontstaan door de insolventverklaring valt te denken aan een boete van 50% op de hoofdsom indien de schuldenaar insolvent wordt verklaard. Dergelijke afspraken botsen niet zozeer met het beginsel dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden, maar veeleer met het beginsel van de *paritas creditorum*. Zie hiervoor artikel 5 lid 4 hieronder.

De vraag zou kunnen opkomen of het verschaffen van zekerheden niet altijd onder deze bepaling zou vallen. Dat is geenszins het geval. Voor zover zekerheden worden verschaft voor nieuw krediet, zullen deze zekerheden in samenhang met het nieuwe krediet beoordeeld moeten worden en zal, behoudens extreme gevallen, niet geoordeeld kunnen worden dat de zekerheidsverschaffing tegen krediet de strekking heeft, of is geschied met het doel schuldeisers te benadelen. Voor zover zekerheden worden verschaft voor oude schulden, vormt de zekerheidsverschaffing een doorbreking van de *paritas creditorum* en dient deze getoetst te worden aan de artikelen 4 tot en met 6. Om dit laatste duidelijk te maken is lid 3 opgenomen.

6.4 Doorbreking van *paritas creditorum*

Van de handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar dienen onderscheiden te worden handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum*. Ten aanzien van de gevallen waarin een inbreuk op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar wordt gemaakt, is aangegeven dat de wederpartij zonder het verrichten van de gewraakte handeling niet de hoedanigheid van schuldeiser heeft, in elk geval dat deze niet relevant is bij de gewraakte handeling. Bij de gevallen waarin een inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum* staat deze hoedanigheid juist centraal en vormt deze hoedanigheid het karakteristieke element van de handeling.

Handelingen waarbij de schuldenaar een bestaande schuld inlost of daartoe zekerheid stelt, of meer in algemene zin mogelijk maakt, zijn onder te verdelen in:

- a. Onverplichte voldoeningen; voldoeningen of zekerheidsstellingen op een andere wijze of een ander tijdstip dan waartoe de schuldenaar is gehouden.
- b. Verplichte voldoeningen; voldoeningen of zekerheidsstellingen op een wijze en tijdstip als waartoe de schuldenaar is gehouden.

Een belangrijk kenmerk van handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* is dat deze handelingen voor de *schuldenaar* in principe vermogens-neutraal zijn.

De voorbeelden gegeven in de *Principles of European Insolvency Law* tonen dat een onderscheid wordt gemaakt binnen verschillende wijzen waarop schuldeisers worden voldaan. Zo wordt als voorbeeld onder § 8.2 genoemd ‘*a transaction with a creditor for which no enforceable obligation existed*’. Dit voorbeeld komt terug in wat hier mede onder ‘onverplichte voldoeningen’ wordt begrepen.

In hoofdstuk 5 (§ 5.5) is uitgewerkt dat ten aanzien van de doorbreking van de *paritas creditorum* een objectieve regeling mogelijk en wenselijk is. In deze paragraaf wordt een dergelijke, objectieve regeling uitgewerkt die een onderscheid maakt tussen verplichte en onverplichte voldoeningen. Voor zover hieronder in de uitgewerkte regeling een regel voor voldoening wordt gegeven, geldt deze telkens ook voor gevallen waarin de voldoening mogelijk wordt gemaakt door het verschaffen van zekerheden.

6.4.1 Onverplichte voldoening

Voor zover de doorbreking van de *paritas creditorum* evident is en deze ook nog buiten het normale handelsverkeer plaatsvindt, bestaat geen noodzaak subjectieve criteria te hanteren. Vooral indien men bedenkt dat de bevoordeelde schuldeiser uiteindelijk niet slechter af is, indien men zijn positie vergelijkt na aantasting met de positie waarin deze zou hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling, valt veel te zeggen voor het hanteren van objectieve criteria. Het Duitse¹³ en ook het Amerikaanse¹⁴ recht tonen dat een ten dele objectieve regeling mogelijk is. Een dergelijke regeling zal noodzakelijkerwijs beperkt in tijd zijn, de betrokkenheid van gerelateerde partijen willen verdisconteren en primair gericht zijn op handelingen die een voldoening van een bestaande vordering vormen op een afwijkende, onverplichte wijze. Een open ‘*ordinary course of business*’ regel, zoals in het Amerikaanse recht,¹⁵ lijkt echter slecht te passen in verband met de rechtszekerheid. Beter kan worden aangesloten bij het Duitse onderscheid tussen *kongruente Deckung* en *inkongruente Deckung*¹⁶ en het Nederlandse onderscheid tussen verplichte en onverplichte voldoening.¹⁷

Een regeling met enkel objectieve criteria ten aanzien van handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* waarbij de schuldenaar een handeling verricht op een wijze of een tijdstip waartoe hij rechtens niet gehouden was, ziet er als volgt uit.

13 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.2.3).

14 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.2.4).

15 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.2.4).

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

17 Zie hoofdstuk 4 (§ 4.2.1.2.2 en § 4.2.3.2.1).

Artikel 4: Doorbreking van paritas creditorum: Onverplichte voldoening van een schuldeiser en onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna

- i) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, verricht binnen een maand voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar.*
- ii) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, verricht binnen drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldeiser een gerelateerde partij was of de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was.*
- iii) Het verstrekken van zekerheden aan een schuldeiser op grond van algemene voorwaarden of gelijke bepalingen in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna geldt als onverplicht, tenzij dit geschiedt in het kader van een reorganisatie waarbij nieuw krediet aan de schuldenaar wordt verstrekt.*

De regeling in tweede zin van lid 2 komt erop neer dat alle onverplichte voldoeningen van (evenals elke onverplichte verstrekking van zekerheid aan) gerelateerde schuldeisers verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna aantastbaar zijn.

Op lid 3 past een korte toelichting. Het artikel ziet op zekerheden verstrekt op grond van algemene bankvoorwaarden en ziet daarmee op zekerheden voor oud krediet. De bepaling in lid 3 zoekt aansluiting bij het Duitse recht waar een zekerheidsverstrekking op grond van dergelijke bepalingen als een incongruente voldoening wordt gezien.¹⁸ In het Nederlandse Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet heeft men ook getracht dergelijke zekerheidsverstrekkingen in ruimere mate aantastbaar te laten zijn dan de gewone voldoening van een opeisbare schuld.¹⁹ Deze worden in de hier voorgestelde regeling in lid 3 dan ook als een onverplichte handeling gekwalificeerd. De regeling is echter beperkt tot drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.

Ten aanzien van niet gerelateerde partijen dient de regeling in aantastbaarheid te voorzien buiten de driemaandsperiode opgenomen in artikel 4. Hierbij zullen subjectieve criteria gehanteerd moeten worden om de contractuele finaliteit geen geweld aan te doen (artikel 5 lid 1). Verder zal een regeling wenselijk zijn ten aanzien van gerelateerde partijen waarbij langere termijnen gelden. Langere termijnen zijn onder meer geboden omdat gerelateerde partijen het veelal in hun macht

¹⁸ Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.2.2).

¹⁹ Zie Toelichting Voorontwerp, p. 222 en 223. Zie hierover hoofdstuk 4 (§ 4.2.4).

hebben om samen met de schuldenaar het leven van de schuldenaar kunstmatig te rekken, waardoor zij hun handelen buiten bereik van artikel 4 kunnen brengen. Hier is ervoor gekozen onverplichte voldoeningen van gerelateerde schuldeisers binnen een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna aantastbaar te laten zijn indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was (artikel 5 lid 2).

Een regeling met ten dele subjectieve criteria vult de geobjectieerde regeling van artikel 4 als volgt aan. Artikel 5 is daarbij van toepassing naast artikel 4, waarbij artikel 4 minder eisen voor aantastbaarheid stelt. Indien een handeling op grond van artikel 4 aantastbaar is, hoeft dus niet meer bezien te worden of aan de strengere eisen van artikel 5 voldaan is.

Artikel 5: Doorbreking van paritas creditorum: Onverplichte voldoening van een schuldeiser en onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser algemeen

- i) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, verricht binnen zes maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was en de schuldeiser wist of behoorde te weten van deze insolventie.*
- ii) Een onverplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, verricht binnen een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was.*
- iii) Een onverplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, verricht binnen twee jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldeiser ten tijde van de handeling wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.*
- iv) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser wiens vordering pas met of na de insolventverklaring opeisbaar is geworden, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser voor een dergelijke vordering, is aantastbaar, indien de handeling plaatsvond in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring of daarna.*
- v) Een bepaling welke door verhoging van aanspraken de strekking heeft in geval van insolventie van de schuldenaar de positie van een schuldeiser te versterken ten nadele van de overige schuldeisers kan niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen.*

Op lid 4 en lid 5 van artikel 5 past een korte toelichting.

Een objectieve regeling zal beperkt in tijd zijn om niet te veel afbreuk te doen aan het beschermenswaardige uitgangspunt van finaliteit van rechtshandelingen. Daarom is de regeling in artikel 4 beperkt tot onverplichte handelingen verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna. Een dergelijke beperking in tijd past echter niet ten aanzien van onverplichte betalingen en onverplichte zekerheidsstellingen voor vorderingen die ten tijde van de voldoening niet opeisbaar waren en pas met of na de datum van de insolventverklaring opeisbaar werden. Hier past een regeling als voorgesteld in lid 4.

De regeling opgenomen in lid 5 geeft een algemene regel voor ‘over het grafrechtshandelingen’ voor zover deze beogen met de insolventverklaring additionele aanspraken ten gunste van een bepaalde schuldeiser te creëren. Hierbij kan gedacht worden aan boetes afhankelijk van het faillissement. Waar artikel 3 lid 1 onder andere ziet op ‘over het grafrechtshandelingen’ die beogen dat bepaalde aanspraken van de schuldenaar komen te ontvallen aan een derde c.q. vervallen en in die zin zien op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar, ziet artikel 5 lid 4 op de passiefzijde van het vermogen van de schuldenaar en waakt dit tegen het ontstaan van nieuwe aanspraken dan wel verhoging van bestaande aanspraken.

6.4.2 *Verplichte voldoening*

Zolang de schuldeiser niet een gerelateerde partij is en de schuldenaar de schuldeiser voldoet op een ogenblik en een wijze waarop deze gehouden was, dient slechts in uitzonderingsgevallen de mogelijkheid te bestaan de voldoening terug te draaien. Het past hier dan ook niet met ruime objectieve criteria te werken. Voor zover met subjectieve criteria gewerkt wordt, dient de regeling een beperkt bereik te hebben, met name in verband met het beginsel van finaliteit van overeenkomsten en rechtshandelingen. Een passend criterium is om eenvoudig aan te sluiten bij een helder criterium als de wetenschap van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring en (enigszins minder helder) de wetenschap van concrete stappen daartoe.

Artikel 6: Doorbreking van paritas creditorum: Verplichte voldoeningen van een schuldeiser en verplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser

- i) Een verplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een verplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, is aantastbaar indien de schuldeiser wist of behoorde te weten van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring of wist of behoorde te weten dat deze aanvraag gedaan zou worden.*

Bij het opstellen van een regeling en het formuleren van criteria, kan men niet de ogen sluiten voor wat er gebeurt indien een schuldeiser de hem toekomende en geleverde prestatie dient af te staan aan de boedel. Indien het geld gelijk over de gezamenlijke crediteuren zou worden verdeeld, de bevoordeelde schuldeiser inclusief, zou mogelijk met een ruimere maatstaf dan hier gegeven gewerkt kunnen worden. In een dergelijk geval zou men kunnen oordelen dat elke verplichte voldoening aantastbaar is, indien deze is verricht in een korte periode voor de insolventverklaring wanneer de schuldenaar reeds insolvent was. De aantasting van voldoeningen werkt in de regel echter enkel ten voordele van preferente schuldeisers. De gedwongen solidariteit van schuldeisers onderling ontbeert daarmee in belangrijke mate het element van wederkerigheid. Indien de *paritas creditorum* en de bewaking daarvan door het leerstuk van schuldeisersbescherming een ruime pre-insolventiewerking wordt toegekend, zou dit erin resulteren dat de concurrente crediteuren nog meer verworpen tot een rechteloze kaste van schuldeisers in en ook reeds voor insolventie. De regels van de *paritas creditorum* leiden er dan toe dat de concurrente crediteuren verworpen tot de *paria's creditorum*. Zolang nog geen aanvraag is gedaan of stappen daartoe genomen worden, bestaan tegen deze achtergrond geen overtuigende redenen verplichte voldoeningen aan niet gerelateerde schuldeisers terug te draaien.

Wel zal men een tweetal uitzonderingen willen maken op de regel dat verplichte voldoeningen niet aantastbaar zijn, behoudens de wetenschap van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring of de wetenschap van concrete stappen daartoe. Dit betreft de als ongewenst ervaren situatie dat banken hun volledige, openstaande krediet kunnen laten verzekeren door het bedingen van zekerheidsrechten op grond van algemene bankvoorwaarden. Om recht te doen aan dit geval dient niet de gehele regeling ten aanzien van 'verplichte voldoeningen' aangepast en uitgebreid te worden,²⁰ maar dient dit specifieke geval buiten de regeling gebracht te worden. Dit is gedaan door dergelijke zekerheidsverschaffingen op grond van algemene bankvoorwaarden, voor zover verricht in de periode van drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, als een onverplichte voldoening te beschouwen (zie artikel 4 lid 3 hierboven).

Een tweede beperking betreft de voldoening van gerelateerde partijen. Juist deze betalingen worden als onwenselijk beschouwd en niet zozeer de verplichte voldoeningen aan niet gerelateerde schuldeisers. Voor zover de schuldenaar nog in de aanloop naar de insolventverklaring gerelateerde schuldeisers voldoet, ligt het voor de hand hier een ruimere regeling te hanteren. Hierbij past het om in elk geval die handelingen aantastbaar te laten zijn waarbij nog slechts een gerelateerde partij wordt voldaan, terwijl duidelijk was dat de insolventverklaring niet kon

²⁰ Indien men deze weg zou bewandelen, zou de volgende stap zijn dat weer allerlei uitzonderingen voor wenselijk geachte transacties moeten worden geformuleerd. Het Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet is wel deze weg ingeslagen. Zie voor de complicaties waar dit toe heeft geleid, hoofdstuk 4 (§ 4.2.4).

worden vermeden. Voor zover de betaling in een korte periode voor de aanvraag tot insolventverklaring is verricht, past hier een ruimer regime, waarbij voldoende zou dienen te zijn dat de schuldeiser wist of behoorde te weten van de bestaande insolventie. Ten aanzien van gerelateerde partijen sluit deze regeling dan ook in belangrijke mate aan bij het Duitse recht²¹ en eveneens bij het Nederlandse recht als ontwikkeld in de rechtspraak.²² Een regeling die deze overwegingen verdisconteert, ziet er als volgt uit.

Artikel 6: Doorbreking van paritas creditorum: Verplichte voldoening van een schuldeiser en verplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser

- ii) Een verplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een verplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, is aantastbaar indien verricht binnen drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was en de schuldeiser wist of behoorde te weten van deze insolventie.*
- iii) Een verplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een verplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, is aantastbaar indien verricht binnen zes maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was en de schuldeiser wist of behoorde te weten dat insolventverklaring onvermijdbaar was.*

Lid 3 hanteert het criterium van wetenschap dat insolventverklaring onvermijdbaar is. Dit is een ruimer criterium (voor de bewindvoerder makkelijker te bewijzen) dan het criterium in lid 1. Lid 1 hanteert als criterium dat de schuldeiser wist van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring of de wetenschap dat *deze aanvraag* gedaan zou worden. In lid 1 gaat het om de wetenschap van de voorbereiding van een concrete aanvraag. Hierbij dient onder meer gedacht te worden aan de opdracht aan een advocaat om een dergelijke aanvraag voor te bereiden of het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders om een dergelijke aanvraag te doen. Lid 3 vergt niet de wetenschap van stappen naar een concrete aanvraag, maar stelt het lichtere vereiste dat de schuldeiser wist of behoorde te weten dat insolventverklaring op termijn onvermijdbaar is.

Ten aanzien van de inpassing van druk op de schuldenaar hanteren het Duitse recht²³ enerzijds en het Engelse²⁴ en het Nederlandse²⁵ recht anderzijds een geheel andere benadering. Aan de hand van de *creditor's bargain theory* kan worden

21 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.1).

22 Zie hoofdstuk 4 (§ 4.2.3.3.2).

23 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.2.2).

24 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.2).

25 Zie hoofdstuk 4 (§ 4.2.3.3.2).

betoogd dat een van de doelen van de bewaking van de *paritas creditorum* is behoud van de onderneming.²⁶ De gedachte is dat men wil voorkomen dat een schuldenaar belangrijke activa liquideert teneinde nog een agressieve schuldeiser te voldoen. Duidelijk is dat de Nederlandse en de Engelse bepalingen niet gezegd kunnen worden dit doel na te streven voor zover het gaat om de verplichte voldoening van opeisbare schulden.²⁷ De vraag is of men dit in een Europese benadering anders zou willen zien. Men kan dit eenvoudig doen door handelingen waarbij de schuldenaar dermate onder druk gezet is dat deze geen vrije wil meer had, als een onverplichte voldoening te kwalificeren indien verricht in de drie maanden voor insolventverklaring. Dit is de Duitse oplossing.²⁸ Deze Duitse regeling wordt hier niet overgenomen. Het onderscheid tussen ‘verplicht’ en ‘onverplicht’ dient niet zelf weer afhankelijk te zijn van overwegend subjectieve criteria omdat dit de toepassing van het leerstuk ongewis maakt.

Bedacht dient te worden dat de regeling in artikel 6 van toepassing is op alle verplichte voldoeningen van (en zekerheidsvertrekkingen aan) gerelateerde partijen. Voor zover de vordering van de gerelateerde wederpartij moet worden beschouwd als een lening van een gekwalificeerde aandeelhouder, is daarnaast ook het veel strengere regime van artikel 8 en 9 van toepassing. Voor zover een handeling onder artikel 8 of 9 valt, zal een bewindvoerder dan ook een beroep op die bepalingen doen.

6.4.3 *Regeling van quid pro quo handelingen*

De regeling die hiervoor in artikel 4 tot en met 6 uiteen is gezet, ziet exclusief op die gevallen waarin een bestaande schuldeiser voldaan wordt of zijn positie verbeterd wordt ten nadele van de overige achterblijvende schuldeisers. Men zou de betaling door de schuldenaar voor geleverde goederen als een voldoening kunnen beschouwen en deze kunnen toetsen aan de hiervoor voorgestelde artikelen 4, 5 en 6. Deze regelingen zien echter op de bescherming van de *paritas creditorum* en zijn gebaseerd op de normen die schuldeisers *onderling* in acht dienen te nemen. De wederpartij bij geheel nieuwe transacties, waarbij partijen over en weer nog nieuwe verplichtingen aangaan en deze vrijwel onmiddellijk en gelijktijdig uitvoeren, is zonder de gewraakte transactie geen schuldeiser. Deze gevallen dienen dan ook in het geheel niet aan de artikelen 4, 5 en 6 getoetst te worden. In het Duitse recht is een dergelijke uitzondering gecodificeerd in artikel 142 InsO²⁹ en in het Engelse recht wordt in de literatuur aangenomen dat er een uitzondering bestaat ten aanzien van *new value transactions*.³⁰

26 Zie hoofdstuk 1 (§ 1.4.2.3.2).

27 Indien de schuldenaar onder druk op afwijkende wijze een verder opeisbare vordering voldoet, zal de voldoening naar Nederlands recht in de regel als een onverplichte rechtshandeling kwalificeren die op grond van artikel 42 Fw in veel verdergaande mate aantastbaar is.

28 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.2.2.2).

29 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.5.1).

30 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.5.1).

Bij de nadere invulling van de *Principles of European Insolvency Law* hoort een regeling die de verschillende vormen van benadeling met elk hun eigen criteria helder scheidt. Een dergelijke bepaling ziet er als volgt uit.

Artikel 7: Quid pro quo handelingen

Een prestatie van de schuldenaar, waarbij de wederpartij vrijwel gelijktijdig een prestatie ten behoeve van de schuldenaar verricht, is slechts aantastbaar op grond van artikel 1, 2 en 3.

6.5 Dubbele opstelling aandeelhouders

Benadelende transacties zijn in de regel extra verdacht wanneer de schuldenaar deze met een gerelateerde partij verricht. Zo is een verkoop onder de marktwaarde verdacht wanneer de wederpartij een groepsmaatschappij is, dan wanneer de koper een van de vele vaste afnemers van de schuldenaar is. Ook de terugbetaling van een vordering van een gerelateerde partij in de aanloop naar de insolventverklaring is verdacht dan de terugbetaling van een niet gerelateerde schuldeiser. Het Duitse, Engelse en Nederlandse recht onderkennen het extra verdachte karakter van handelingen met gerelateerde personen. De nauwe betrokkenheid wordt veelal verdisconteerd doordat langere verdachte periodes en bewijsvermoedens worden gehanteerd. In de hiervoor voorgestelde artikelen 1 tot en met 6 is ook steeds een strengere (vanuit het perspectief van de wederpartij) regeling gegeven voor handelingen met gerelateerde partijen.

Speciale aandacht vergen handelingen met aandeelhouders. In voorkomende gevallen is het zijn van aandeelhouder niet een bijkomstige omstandigheid bij een algemeen ‘*unfair*’ geachte handeling, maar vormt deze hoedanigheid de kern van het probleem. Twee gevallen dienen hier onderscheiden te worden:

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

In hoofdstuk 5 is uitgewerkt dat ten aanzien van benadeling van schuldeisers door een dubbele opstelling van aandeelhouders een objectieve regeling mogelijk en wenselijk is.

6.5.1 De positie van leningen van aandeelhouders

6.5.1.1 *De positie van leningen van aandeelhouders in formele insolventie*
 Het Duitse, Engelse en Nederlandse recht verschillen aanzienlijk ten aanzien van de inpassing van aandeelhoudersleningen. Het Duitse recht kent een uitgebreide regeling.³¹ Het Engelse recht zwijgt over het onderwerp, hoewel reeds de commissie Cork het ontbreken van een bepaling als een belangrijke tekortkoming zag.³² Het Nederlandse recht lijkt zich langzaam open te stellen voor achterstelling.³³

Er kunnen goede argumenten aangedragen worden voor achterstelling van aandeelhoudersleningen. De aandeelhouder heeft, anders dan gewone crediteuren, een zekere macht over de schuldenaar. Tevens heeft de aandeelhouder betere kennis ten aanzien van de stand van zaken van de schuldenaar. Verder geldt dat schuldeisers nooit meer krijgen dan hun vordering en, anders dan aandeelhouders, niet delen in behaalde winsten (de *upside*) van de vennootschap. Waar de aandeelhouder als het goed gaat het *upside* potentieel krijgt, ligt voor de hand dat in een *downside* scenario de aandeelhouder ook als eerste de nadelige gevolgen ondervindt. Een ondersteunend argument voor achterstelling van leningen van aandeelhouders is het gedrag van professionele crediteuren. Banken bedingen vaak niet alleen bepaalde garanties van moedervenootschappen, zij bedingen vaak ook dat alle vorderingen van aandeelhouders bij die van de banken dienen te worden achtergesteld. Hier ziet men dat indien crediteuren de vraag onderdeel van hun contractuele verhouding laten zijn, in de regel achterstelling overeengekomen wordt. Deze argumenten rechtvaardigen achterstelling, zonder dat het *gedrag* van de aandeelhouder getoetst hoeft te worden.

Artikel 8: Leningen van aandeelhouders

i) *Een vordering van een aandeelhouder voortvloeiend uit een lening wordt achtergesteld geverifieerd.*

(...)

v) *Deze regeling is beperkt tot een aandeelhouder die 10% of meer van de geplaatste aandelen houdt of betrokken is bij de leiding over de vennootschap.*

Het doel van deze regeling is niet zozeer het tegengaan van '*inequitable conduct*' of onbehoorlijk gedrag van de aandeelhouder, zoals in het Amerikaanse recht.³⁴ Het doel is het verzekeren van een rechtvaardige verdeling van risico's in verband

31 Zie hoofdstuk 2 (§ 2.3.1).

32 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.3.1).

33 Zie hoofdstuk 4 (§ 4.3.1).

34 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.3.1.1.1).

met investeringen in kapitaalvennootschappen. Om tot een rechtvaardige verdeling van risico's samenhangend met de financiering van de vennootschap te komen, zijn geen dwingende redenen om voor achterstelling aansluiting te zoeken bij het voldaan zijn aan subjectieve criteria aan de zijde van de aandeelhouder of als vereiste te stellen dat de aandeelhouder zich schuldig heeft gemaakt aan onbehoorlijk gedrag jegens de schuldenaar of diens schuldeisers.

6.5.1.2 De positie van leningen van aandeelhouders voor formele insolventie

Een regeling die bepaalde vorderingen *in* formele insolventie achterstelt, is incompleet indien niet een separaat regime van toepassing is op de betalingen verricht op deze vorderingen *voor* insolventverklaring. Een nadere regeling ziet er als volgt uit.

Artikel 8: Leningen van aandeelhouders

ii) De terugbetaling van een lening van een aandeelhouder binnen het jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar.

iii) De terugbetaling van een aandeelhouderslening verricht meer dan een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring, geldt als een onverplichte voldoening.

De regel in artikel 8 lid 3 vormt een verwijzing naar artikel 5 lid 3. Hierdoor is ook de terugbetaling van aandeelhoudersleningen aantastbaar indien deze meer dan een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring heeft plaatsgevonden en de aandeelhouder ten tijde van de voldoening wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

6.5.1.3 Zekerheden ten behoeve van leningen van aandeelhouders

Een aandeelhouder geniet de voordelen van beperkte aansprakelijkheid. Traditioneel wordt de aandeelhouder als verschaffer van risicodragend vermogen gezien. Hoewel de aandeelhouder in het algemeen niet verplicht is een bepaald percentage (van het balanstotaal) als risicodragend vermogen te verschaffen, is anderzijds de aandeelhouder niet geheel vrij om te kiezen hoe hij wenst te financieren. Leningen in insolventie worden achtergesteld. Een uitvloeisel hiervan is ook dat zekerheidsrechten gevestigd ten gunste van aandeelhouders niet afdwingbaar zijn.

Artikel 8: Leningen verstrekt door aandeelhouders

- iv) *Een zekerheidsrecht verstrekt door de vennootschap aan een aandeelhouder tot zekerheid van terugbetaling van een lening kan niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen.*

6.5.2 Vermindering van exposure van aandeelhouder

Schuldeisers kunnen ook benadeeld worden doordat aandeelhouders in plaats van kapitaal te verschaffen, zich sterk maken jegens bepaalde schuldeisers. Voor de schuldenaar bestaat veelal een prikkel juist deze leningen nog te voldoen of deze voldoening mogelijk te maken door het verstrekken van zekerheden. Indien juist die vorderingen voldaan worden waarvoor de aandeelhouder zich heeft sterk gemaakt, blijft uiteindelijk minder over voor de achterblijvende schuldeisers. Het probleem is dat de aandeelhouder weliswaar zijn *exposure* ziet afnemen en in die zin voordeel heeft bij de betalingen of zekerheidsverschaffing door de schuldenaar, maar niet zelf rechtstreeks een prestatie ontvangt. Hier past een regeling die onderkent dat aandeelhouders op verschillende wijzen een vennootschap kunnen financieren. Overeenkomstig het Duitse recht,³⁵ en daarmee anders dan het Engelse recht,³⁶ voorziet artikel 9 in een regeling zonder subjectieve criteria.

Artikel 9: Krediethulp door aandeelhouder en vermindering exposure

Indien een aandeelhouder zich sterk heeft gemaakt jegens een schuldeiser van de vennootschap en deze schuldeiser in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring of daarna is voldaan of aan deze schuldeiser nieuwe zekerheden zijn verstrekt, heeft de boedel een vordering op de aandeelhouder ten belope van het bedrag waarvoor de schuldeiser de aandeelhouder zou hebben kunnen aanspreken zonder deze voldoening of verschaffing van zekerheidsrechten.

Artikel 9 tast niet de betaling of de zekerheidsverschaffing door de schuldenaar aan de schuldeiser zelf aan. De betaling of zekerheidsverschaffing wordt *ex lege* geconstrueerd als een prestatie van de schuldenaar aan de aandeelhouder, welke de aandeelhouder dient te restitueren, althans waarvan de aandeelhouder de waarde dient te vergoeden aan de boedel.

³⁵ Zie hoofdstuk 2 (§ 2.3.2).

³⁶ Zie hoofdstuk 3 (§ 3.3.2).

6.6 *Reversal of Juridical acts nader ingevuld*

Indien de afzonderlijke bepalingen achter elkaar worden geplaatst leidt dit tot de volgende regeling ter nadere invulling van de *Principles of European Insolvency Law* inzake *Reversal of juridical acts*.³⁷ Per vorm van benadeling voorziet de regeling gedeeltelijk in de aantastbaarheid van benadelende handelingen zonder subjectieve criteria te hanteren.

Artikel 1: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Handelingen om niet of waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft

- i) *Een handeling van de schuldenaar leidend tot benadeling van schuldeisers om niet of waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft, is aantastbaar indien de handeling plaatsvond*
 - a) *in het jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.*
 - b) *in de twee jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de wederpartij een gerelateerde partij was, of indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was of door de handeling insolvent werd.*
 - c) *in de drie jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de handeling zou leiden tot benadeling van schuldeisers.*
- ii) *De wederpartij bij een handeling van de schuldenaar, waarbij de waarde van de prestatie aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de prestatie aan de andere zijde overtreft, heeft indien de handeling op grond van lid 1 is aangetast een boedelvordering voor de waarde van zijn prestatie, behalve voor zover hij wist of behoorde te weten dat de waarde van zijn prestatie niet ten gunste van de boedel zou komen. Voor zover de wederpartij voor de waarde van zijn prestatie geen boedelvordering heeft, heeft hij een insolventievordering.*

Artikel 2: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Middellijke benadeling

- i) *Een handeling die in samenhang met een of meer andere handelingen of bijkomende omstandigheden leidt tot benadeling van schuldeisers, is aantastbaar indien de wederpartij wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar redelijkerwijs niet te vermijden was en wist of behoorde te weten dat de handeling in samenhang met een of meer andere*

³⁷ Doordat de bepalingen nu in hun onderling verband kunnen worden gepresenteerd, wijken de bewoordingen in artikel 1 enigszins af van de eerdere bewoordingen.

handelingen of bijkomende omstandigheden benadeling van schuldeisers tot gevolg zou hebben.

- ii) Voor zover de wederpartij in verband met een handeling die op grond van lid 1 is aangetast, zelf een prestatie heeft verricht en deze prestatie ten gunste van de boedel is gekomen, heeft de wederpartij een boedelvordering. Voor zover de wederpartij voor de waarde van zijn prestatie geen boedelvordering heeft, heeft hij een insolventievordering.*

Artikel 3: Inbreuk integriteit verhaalsvermogen: Opzettelijke benadeling

- i) Een handeling met de strekking of verricht door schuldenaar en wederpartij met het doel schuldeisers te benadelen is aantastbaar.*
- ii) De wederpartij die zelf een prestatie heeft verricht in verband met een handeling die op grond van lid 1 is aangetast, heeft voor zover deze prestatie ten gunste van de boedel is gekomen, een boedelvordering. Voor zover de wederpartij voor de waarde van zijn prestatie geen boedelvordering heeft, heeft hij een insolventievordering.*
- iii) Dit artikel is niet van toepassing op een voldoening of het verstrekken van zekerheid in de zin van artikel 4, 5 en 6.*

Artikel 4: Doorbreking van paritas creditorum: Onverplichte voldoening van een schuldeiser en onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna

- i) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, verricht binnen een maand voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar.*
- ii) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, verricht binnen drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldeiser een gerelateerde partij was of de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was.*
- iii) Het verstrekken van zekerheden aan een schuldeiser op grond van algemene voorwaarden of gelijke bepalingen in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna geldt als onverplicht, tenzij dit geschiedt in het kader van een reorganisatie waarbij nieuw krediet aan de schuldenaar wordt verstrekt.*

Artikel 5: Doorbreking van paritas creditorum: Onverplichte voldoening van een schuldeiser en onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser algemeen

- i) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, verricht binnen zes maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar,*

indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was en de schuldeiser wist of behoorde te weten van deze insolventie.

- ii) Een onverplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, verricht binnen een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was.*
- iii) Een onverplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, verricht binnen twee jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar, indien de schuldeiser ten tijde van de handeling wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.*
- iv) Een onverplichte voldoening van een schuldeiser wiens vordering pas met of na de insolventverklaring opeisbaar is geworden, evenals een onverplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser voor een dergelijke vordering, is aantastbaar, indien de handeling plaatsvond in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring of daarna.*
- v) Een bepaling welke door verhoging van aanspraken de strekking heeft in geval van insolventie van de schuldenaar de positie van een schuldeiser te versterken ten nadele van de overige schuldeisers kan niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen.*

Artikel 6: Doorbreking van paritas creditorum: Verplichte voldoeningen van een schuldeiser en verplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser

- i) Een verplichte voldoening van een schuldeiser, evenals een verplichte verstrekking van zekerheid aan een schuldeiser, is aantastbaar indien de schuldeiser wist of behoorde te weten van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring of wist of behoorde te weten dat deze aanvraag gedaan zou worden.*
- ii) Een verplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een verplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, is aantastbaar indien verricht binnen drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was en de schuldeiser wist of behoorde te weten van deze insolventie.*
- iii) Een verplichte voldoening van een gerelateerde schuldeiser, evenals een verplichte verstrekking van zekerheid aan een gerelateerde schuldeiser, is aantastbaar indien verricht binnen zes maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna, indien de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds insolvent was en de schuldeiser wist of behoorde te weten dat insolventverklaring onvermijdbaar was.*

Artikel 7: Quid pro quo handelingen

Een prestatie van de schuldenaar, waarbij de wederpartij vrijwel gelijktijdig een prestatie ten behoeve van de schuldenaar verricht, is slechts aantastbaar op grond van artikel 1, 2 en 3.

Artikel 8: Leningen van aandeelhouders

- i) Een vordering van een aandeelhouder voortvloeiend uit een lening wordt achtergesteld geverifieerd.*
- ii) De terugbetaling van een lening van een aandeelhouder binnen het jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna is aantastbaar.*
- iii) De terugbetaling van een aandeelhouderslening verricht meer dan een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring, geldt als een onverplichte voldoening.*
- iv) Een zekerheidsrecht verstrekt door de vennootschap aan een aandeelhouder tot zekerheid van terugbetaling van een lening kan niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen.*
- v) Deze regeling is beperkt tot een aandeelhouder die 10% of meer van de geplaatste aandelen houdt of betrokken is bij de leiding over de vennootschap.*

Artikel 9: Krediethulp door aandeelhouder en vermindering exposure

Indien een aandeelhouder zich sterk heeft gemaakt jegens een schuldeiser van de vennootschap en deze schuldeiser in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring of daarna is voldaan of aan deze schuldeiser nieuwe zekerheden zijn verstrekt, heeft de boedel een vordering op de aandeelhouder ten belope van het bedrag waarvoor de schuldeiser de aandeelhouder zou hebben kunnen aanspreken zonder deze voldoening of verschaffing van zekerheidsrechten.