

**De vernietiging van verplichte  
rechtshandelingen in het  
Voorontwerp Insolventiewet**

**Een ruimere jas voor de paritas**

**Masterthesis in het kader van de opleiding  
Nederlands Recht aan de Open Universiteit  
Nederland**

Student : D. Spreeuwers  
Studentnummer : 830393948  
Scriptiebegeleider : de heer mr. Th.A. Pouw  
Examinator : de heer Prof. mr. J.G.J. Rinkes  
Datum : 17 augustus 2009

<b>Inhoud.....</b>	<b>I</b>
<b>Voorwoord.....</b>	<b>III</b>
<b>1. Inleiding.....</b>	<b>1</b>
<b>2. De curator en de faillissementspauliana.....</b>	<b>5</b>
<b>3. Het onderscheid tussen verplicht en onverplicht verrichte rechtshandelingen.....</b>	<b>7</b>
<b>3.1 Manipuleerbaarheid verplicht-onverplicht.....</b>	<b>8</b>
<b>4. Artikel 47 Fw.....</b>	<b>12</b>
<b>4.1 Algemeen.....</b>	<b>12</b>
<b>4.1.1 Pacta sunt servanda versus paritas creditorum.....</b>	<b>14</b>
<b>4.2 Wetenschap van de faillissementsaanvraag.....</b>	<b>15</b>
<b>4.2.1 Een uitstapje naar het strafrecht.....</b>	<b>18</b>
<b>4.2.2 Restrictieve uitleg wetenschapsvereiste: rechtszekerheid?.....</b>	<b>20</b>
<b>4.2.3 Een ruimere toepassing van het wetenschapsvereiste?.....</b>	<b>21</b>
<b>4.3 Overleg.....</b>	<b>23</b>
<b>4.3.1 Het overlegcriterium: een half ei of een lege dop?.....</b>	<b>25</b>
<b>4.4 De kritiek op artikel 47 Fw.....</b>	<b>27</b>

<b>5.</b>	<b>Het Voorontwerp Insolventiewet.....</b>	<b>30</b>
<b>5.1</b>	<b>Algemeen.....</b>	<b>30</b>
<b>5.2</b>	<b>Objectivering wetenschapsvereiste: goede trouw?.....</b>	<b>31</b>
<b>5.3</b>	<b>De verdachte periode.....</b>	<b>34</b>
<b>5.3.1</b>	<b>De periode tussen aanvraag en insolventverklaring.....</b>	<b>37</b>
<b>5.4</b>	<b>Rechtvaardigingsgrond.....</b>	<b>38</b>
<b>6.</b>	<b>De paritas creditorum naar Duits recht.....</b>	<b>42</b>
<b>6.1</b>	<b>Algemeen.....</b>	<b>42</b>
<b>6.2</b>	<b>De Duitse Anfechtung in de Insolvenzordnung.....</b>	<b>42</b>
<b>6.3</b>	<b>De kongruente Deckung.....</b>	<b>43</b>
<b>6.4</b>	<b>Criteria.....</b>	<b>44</b>
<b>6.4.1</b>	<b>Wetenschap van de Zahlungsunfähigkeit.....</b>	<b>45</b>
<b>6.4.2</b>	<b>De verdachte periode.....</b>	<b>48</b>
<b>7.</b>	<b>Conclusie .....</b>	<b>50</b>
	<b>Literatuurlijst.....</b>	<b>i</b>
	<b>Jurisprudentieregister.....</b>	<b>v</b>

## Voorwoord

Na twaalf jaar komt er een einde aan mijn studie Nederlands Recht aan de Open Universiteit Nederland met de voltooiing van deze thesis over de faillissementspauliana. Het is een onderwerp dat ik in mijn werk als faillissementscoördinator bij de Belastingdienst/Noord regelmatig tegenkom. Dat –en uiteraard mijn interesse in het onderwerp- is ook mede de reden geweest voor het schrijven van deze thesis.

Om te beginnen is een prima begeleiding bij het schrijven erg belangrijk en zonder de hulp van mijn begeleider de heer Pouw had ik er niet de vorm aan kunnen geven die het uiteindelijk heeft gekregen. Met hem heb ik op uiterst plezierige wijze mijn thesis geanalyseerd en geredigeerd. Onze besprekingen waren zeer interessant, maar bovenal leerzaam. Door hem heb ik uiteindelijk de goede weg kunnen bewandelen. Mijn bijzondere dank gaat dan ook naar hem uit. Met grote waardering gaat ook uit naar Hanneke de Coninck van het kantoor van de Rijksadvocaat te Amsterdam, en mijn collega's Gerard Weenink en Jolien Teeuwissen van de Belastingdienst te Groningen, van wie ik prima tips en suggesties heb gekregen. Ook onze oosterburen hebben hun steentje bijgedragen in de persoon van Mario Kapfenstein, werkzaam bij de Oberfinanzdirektion Hannover in Oldenburg. Het door hem aangeleverde materiaal bleek zeer bruikbaar.

Mijn speciale dank gaat uit naar mijn vrouw, die mij vaak en veel heeft voorzien van de nodige catering, wanneer ik vanwege de tijddruk weer eens vergat te eten en te drinken, en mijn twee zonen Ruben en Michel, die het allemaal maar toelieten dat hun vader niet altijd tijd voor hen had: heel erg bedankt.

Het was een lange weg, maar het uiteindelijke resultaat mag er volgens mij zijn.

Allen zeer bedankt!

Winsum, 17 augustus 2009

## 1. Inleiding

Een fundamenteel beginsel van het verhaalsrecht en in het bijzonder van het faillissementsrecht is de gelijkheid van schuldeisers (ook genoemd de 'paritas creditorum'). Dit beginsel komt er kort gezegd op neer dat schuldeisers onderling gelijkgerechtigd zijn om -met inachtneming van ieders voorrang- naar evenredigheid van ieders vordering te worden voldaan uit de netto opbrengst van de goederen van de schuldenaar. Uit deze omschrijving kan worden afgeleid dat dit gelijkheidsbeginsel twee begrippen in zich draagt. Enerzijds is daar het verhaalsbegrip: schuldeisers hebben onderling gelijke rechten om zich te verhalen op goederen van de schuldenaar. Anderzijds is er het verdelingsbegrip, dat is omschreven in art. 3:277 lid 1 BW: schuldeisers worden uit de netto opbrengst voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens voorrecht of voorrang. Het faillissementsrecht is feitelijk een toepassing van het genoemde gelijkheidsbeginsel. Het Nederlandse recht kent sinds de inwerkingtreding in 1896 van de Faillissementswet de faillissementspauliana. Zij geeft de curator in faillissement de bevoegdheid om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers rechtshandelingen van de gefailleerde, aangegaan met anderen aan te tasten, onverschillig of deze nu verplicht of onverplicht zijn verricht.<sup>1</sup> De toepassingsvoorwaarden ten aanzien van de vernietiging van verplichte rechtshandelingen op grond van artikel 47 Fw zijn dermate streng dat verplichte handelingen zelden met succes kunnen worden aangetast.<sup>2</sup> Recent empirisch onderzoek op basis van een curatorenenquête en deskundigenbijeenkomsten heeft opgeleverd dat er aanzienlijke praktische problemen zijn blootgelegd bij de toepassing van art. 47 Fw.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> art. 42 – 51 Fw

<sup>2</sup> o.a. Van Dijck 2005, p. 393 - 410, par. 2 en de aldaar genoemde voetnoot 11

<sup>3</sup> Van Dijck 2006 (2), p. 112.

Mede onder invloed van ontwikkelingen in ons vermogensrecht en die op het gebied van het Europese recht is sinds een aantal jaren in de literatuur kritiek waar te nemen van rechtsgeleerde schrijvers op de toepassing van de faillissementspauliana in het algemeen en ten aanzien van de interpretatie van de criteria van art. 47 Fw in het bijzonder. De toegenomen kritiek, die zich overigens mede richtte tegen het ontbreken van reorganiserend vermogen van de Faillissementswet, heeft uiteindelijk geleid tot de instelling van een ambtelijke (MDW) werkgroep die als opdracht meekreeg met een advies te komen ten aanzien van een herijking van de Faillissementswet.<sup>4</sup> Het advies van de MDW werkgroep was voor de regering aanleiding tot het installeren van een Adviescollege Insolventierecht, ook wel de 'Commissie Kortmann' genoemd (hierna: 'Commissie'), die de taak had voorstellen te formuleren voor aanpassing van het bestaande insolventierecht.<sup>5</sup>

Op 1 november 2007 heeft de Commissie een Voorontwerp voor een Insolventiewet (hierna: 'Voorontwerp') aan de Minister van Justitie aangeboden. Het Voorontwerp gaat uit van één procedure die in de plaats komt van de thans naast elkaar bestaande procedures ten aanzien van de surseance, het faillissement en de schuldsanering natuurlijke personen. Deze uniforme procedure is van toepassing op zowel rechtspersonen als natuurlijke personen. Het Voorontwerp vervangt de huidige curator in faillissement en bewindvoerders in surseance en schuldsanering natuurlijke personen door een bewindvoerder. In het Voorontwerp is de Actio Pauliana ten aanzien van de onverplicht verrichte rechtshandelingen geregeld in de artikelen 3.2.1 tot en met 4.2.4. Ten aanzien daarvan verschilt de huidige regeling nauwelijks met het Ontwerp. Ten aanzien van verplicht verrichte rechtshandelingen echter wijkt het Voorontwerp ingrijpend af van de huidige regeling. De Commissie schrijft op 29 juni 2006 aan de Minister van Justitie dat

---

<sup>4</sup> Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit-project 'Modernisering Faillissementswet'.

<sup>5</sup> Besluit van 3 april 2003, Stcrt. 76

zij overeenkomstig de visie van verschillende rechtsgeleerde schrijvers ruimere gronden voor vernietiging van kort voor de insolventverklaring verplicht verrichte rechtshandelingen dan art. 47 Fw voorstaat, waardoor volgens haar meer recht wordt gedaan aan de gelijkheid van de schuldeisers.<sup>6</sup> Kortom, het Voorontwerp pretendeert op dit punt een versterking van de positie van de bewindvoerder na te streven teneinde meer baten in de boedel te verkrijgen dan op grond van het huidige recht mogelijk is. De Commissie lijkt daarbij overigens te zijn geïnspireerd door het Duitse insolventierecht.

In deze bijdrage zal ik onderzoeken of ten aanzien van de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen het Voorontwerp inderdaad een verbetering inhoudt ten opzichte van het huidige recht. Een korte rechtsvergelijking met het Duitse insolventierecht zal - nu dit kennelijk als inspiratiebron heeft gefungeerd ten aanzien van het Voorontwerp - niet ontbreken.

De centrale onderzoeksvraag luidt:

*Biedt het Voorontwerp Insolventiewet betere instrumenten om met succes verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen dan naar huidig recht mogelijk is?*

De hoofdstukken 2 en 3 zijn meer algemeen georiënteerd en handelen achtereenvolgens over de faillissementscurator in relatie tot de faillissementspauliana (2), en het onderscheid tussen verplichte en onverplichte rechtshandelingen (3). In de hoofdstukken 4 en 5 zullen achtereenvolgens worden besproken de (toepassing van) de criteria naar huidig recht (4) respectievelijk die naar het Voorontwerp (5), waarna in hoofdstuk 6 het Duitse insolventierecht ten aanzien van de vernietiging van verplichte handelingen nader zal worden beschouwd in

---

<sup>6</sup> Brief van 29 juni 2006, [http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over\\_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/commissie-insolventierecht.aspx](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/commissie-insolventierecht.aspx)



samenhang met het Voorontwerp. Tot slot sluit ik in hoofdstuk 7 af met een conclusie.

Een bespreking van de rechtsgevolgen van de vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen zal, hoe interessant ook, met het oog op de beperkt beschikbare ruimte in het kader van deze thesis, helaas achterwege moeten blijven. Om dezelfde reden blijft het benadelingsvereiste eveneens onbesproken.

## 2. De curator en de faillissementspauliana

Het faillissement omvat in beginsel het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring en al hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw.).<sup>7</sup> De boedel kan echter meer vermogen omvatten dan zo op het oog aanwezig is op het moment van de faillietverklaring. De schuldenaar kan namelijk alleen of in overleg met een of meer derden voorafgaand aan het faillissement goederen hebben onttrokken aan zijn vermogen. Daardoor kunnen schuldeisers zijn benadeeld. De curator staan daarom diverse instrumenten ter beschikking om alle rechtshandelingen ten gevolge waarvan de gezamenlijke schuldeisers zijn benadeeld, aan te tasten en het onttrokken vermogensbestanddeel terug te brengen in het vermogen in de staat waarin dit rechtens had moeten zijn zonder de gewraakte handelingen.<sup>8</sup> Ik noem er enkele: het vernietigen van een verplichte en/of onverplichte rechtshandeling van de schuldenaar op grond van art. 42 e.v. Fw (de zogenaamde faillissementspauliana), het instellen van een rechtsvordering op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en/of op grond van de bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:138/248 of art. 2:9 BW).

De faillissementspauliana houdt in de bevoegdheid van de curator om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers rechtshandelingen van de schuldenaar, in de periode voorafgaand aan het faillissement, te vernietigen. De art. 42 - 45 Fw e.v. handelen over de vernietigbaarheid van onverplicht verrichte rechtshandelingen, art. 47 Fw scheidt de bevoegdheid om verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen. De gevolgen van de vernietiging, die hier verder onbesproken blijven, zijn overigens geregeld in art. 51 Fw.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Uitgezonderd hetgeen genoemd onder art. 21 Fw

<sup>8</sup> HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Montana I*) en onder meer Verstijlen 1998, p. 43 e.v.

<sup>9</sup> zie hierover onder meer Vriesendorp 1996, p. 65-81 en Vriesendorp 1999, p. 172-181

De curator oefent ten aanzien van vernietiging van onverplicht verrichte rechtshandelingen de bevoegdheid uit die ook elke andere crediteur heeft buiten faillissement. In faillissement echter oefent hij exclusief die bevoegdheid uit namens de gezamenlijke crediteuren. Art. 42 Fw regelt dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij het verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtelijke verklaring kan vernietigen. Buiten faillissement kan ook elke schuldeiser onverplicht verrichte rechtshandelingen vernietigen (art. 3:45 e.v. BW). Dat geldt echter niet voor verplichte rechtshandelingen, daartoe is slechts de curator in faillissement bevoegd.

De voldoening door de schuldenaar van een opeisbare schuld kan in faillissement in beginsel niet worden vernietigd, tenzij hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd dan wel 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 (art. 47 Fw).

### 3. Het onderscheid tussen verplicht en onverplicht verrichte rechtshandelingen

Het wettelijke kader maakt onderscheid tussen de mogelijkheid tot vernietiging van onverplicht (art. 42 - 45 Fw) en verplicht verrichte rechtshandelingen (art. 47 Fw). Of een rechtshandeling verplicht of onverplicht is verricht hangt af van de vraag of er een rechtsgrond (geldige titel) aan ten grondslag lag en of de daaruit voortvloeiende verplichting opeisbaar was op het moment dat de rechtshandeling tot stand kwam. Ontbreekt een geldige titel, of de opeisbaarheid, dan is sprake van een onverplichte rechtshandeling.<sup>10</sup>

Een rechtshandeling is aan te merken als verplicht wanneer er een rechtsplicht voor de schuldenaar aanwezig was om deze te verrichten.<sup>11</sup> Kenmerkend voor een verplichte rechtshandeling is echter ook dat deze vrijwel altijd voortvloeit uit een reeds eerder verrichte, onverplicht verrichte rechtshandeling, zoals het sluiten van een koopovereenkomst en het aangaan van een overeenkomst van geldlening. Uit dergelijke onverplichte rechtshandelingen kunnen verplichtingen blijken, zoals de betaling van de koopprijs, de levering van een goed, of het stellen van (een of andere vorm van) zekerheid.<sup>12</sup>

Waar de vernietiging van een onverplicht verrichte rechtshandeling niet vaak op grote problemen stuit, ligt dat bij de verplicht verrichte rechtshandeling toch aanzienlijk minder gemakkelijk. In art. 47 Fw zijn namelijk twee strenge eisen opgenomen ten aanzien van de vernietiging van rechtshandelingen door de curator. De eerste vernietigingsgrond bestaat er uit dat degene die de betaling ontving wetenschap heeft gehad van het feit dat het faillissement van degene met wie hij handelde was

---

<sup>10</sup> HR 8 januari 1937, NJ 1937, 431 (*Van der Feltz q.q./N.V. Hoornsche Crediet-en Effectenbank*) en HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (*Eneca/BCAM*), overwegingen m.b.t. het eerste middel.

<sup>11</sup> Faber 2005, p. 316 e.v.

<sup>12</sup> Bijvoorbeeld HR 12 april 1996, NJ 1996, 488 (*Montana II*)

aangevraagd. In de tweede plaats kan de vernietiging worden ingeroepen indien blijkt dat de betaling het gevolg was van overleg tussen schuldenaar en schuldeiser, ten doel hebbende de laatstgenoemde daardoor boven de andere schuldeisers te begunstigen. Hoewel art. 47 Fw daar niet over rept, geldt in beide gevallen wel degelijk dat de vernietigingsgrond alleen kan worden ingeroepen indien sprake is van benadeling.<sup>13</sup> Volgens de Hoge Raad dient de laatstgenoemde vernietigingsgrond in die zin uitgelegd worden dat sprake is van 'samenspanning'.<sup>14</sup> Vooral de beperkt uitgelegde reikwijdte van de laatstgenoemde vernietigingsgrond (samenspanning) heeft tot veel kritiek geleid.<sup>15</sup>

Bekende arresten van de Hoge Raad zijn wat dat betreft vooral *Verkerk/Tiethoff q.q.*, *Bank of Tokyo/Meijs q.q.* en het al aangehaalde arrest *Gispen q.q./IFN*.<sup>16</sup> Uit deze arresten valt namelijk af te leiden dat, ook al weten partijen dat hun handelen benadeling van schuldeisers tot gevolg heeft (*Verkerk/Tiethoff q.q.*) en zelfs weten dat een faillissement onontkoombaar is (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*), desondanks nog geen grond bestaat om samenspanning aan te nemen. Het onderscheid verplicht-onverplicht is dus vooral van belang voor de bewijsmiddelen die de curator moet aanvoeren ten behoeve van een succesvolle vernietiging.

### **3.1 Manipuleerbaarheid verplicht-onverplicht**

Aan de vooravond van een faillissement zijn allerlei partijen doende om hun vorderingen en/of zekerheden veilig te stellen. Zij trachten dat op allerlei -geoorloofde en ongeoorloofde- manieren te bewerkstelligen. Het valt niet moeilijk in te zien dat vooral financiers, zoals banken en lease- en factormaatschappijen van ondernemingen zich in een comfortabele positie bevinden. Immers, zij zijn vrijwel

---

<sup>13</sup> Faber 2005, p. 352

<sup>14</sup> HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628 m.nt. PvS (*Gispen q.q./IFN*)

<sup>15</sup> Onder meer Vriesendorp 1996, p. 65-79

<sup>16</sup> 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*)

altijd op de hoogte van de financiële omstandigheden van hun schuldenaar, en zien vaak al in een vroeg stadium de betalingsonmacht naderen. Zij trachten dan ook veelal -op grond van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV)- door middel van het verschaffen van aanvullend krediet hun zekerheden, in de vorm van bijvoorbeeld (stil) pand en hypotheek, veilig te stellen. De schuldenaar is daartoe op grond van art. 20 ABV verplicht. Zo bezien valt voor een curator niet veel eer te behalen aan een actie op grond van art. 47 Fw. Zelfs indien de kredietverstrekker niet te goeder trouw is volgens de norm van art. 54 Fw, lijkt deze volgens de Hoge Raad vrij spel te hebben om allerlei zekerheden in het zicht van het faillissement naar zich toe te trekken.<sup>17</sup> De verstrekking van zekerheid op grond van art. 20 ABV is daarmee een verplichte rechtshandeling geworden, die zijn oorsprong vindt in een onverplichte rechtshandeling, namelijk het aangaan van de overeenkomst van geldlening, waarvoor de ABV gelden. Aldus beperkt de bank het risico dat overeengekomen zekerheidstellingen in een later faillissement aantastbaar worden.<sup>18</sup> Zo kan de ongeoorloofdheid bijvoorbeeld ook worden omzeild doordat feitelijk onverplichte rechtshandelingen als verplicht worden gepresenteerd. Een mooi voorbeeld van een - overigens niet geslaagde - poging daartoe is een zaak waarin de Hoge Raad begin 2008 uitspraak heeft gedaan.<sup>19</sup> De Hoge Raad overwoog dat de dwingendrechtelijke bepalingen van art. 47 en 51 lid 1 Fw niet kunnen worden ontkracht door het bedingen van een ontbindende voorwaarde, inhoudende dat de overeenkomst waaruit de betaling voortvloeit, wordt ontbonden indien deze door een beroep op de faillissementspauliana rechtsgevolg ontbeert. Samengevat gaat het om het volgende. Voor Brouwer Accomodaties BV (hierna: Accomodaties), dochter van Brouwer Nijkerk Holding BV (hierna: Holding),

---

<sup>17</sup> HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO*), met name r.o. 3.5.2

<sup>18</sup> Vgl. HR 13 januari 1938, NJ 1938, 566 (*Kok/Okma q.q.*), waarin een beding als art. 20 ABV is aanvaard

<sup>19</sup> HR 18 januari 2008, NJ 2008, 335 (*Slijm/Brouwer*) m.nt. PvS

dreigt een faillissement. G. Brouwer (hierna: Brouwer) is van beide vennootschappen de bestuurder/aandeelhouder. De vordering van Holding op Accomodaties zou daarbij onbetaald blijven. De advocaat van Brouwer (hierna: S) werd gevraagd om een oplossing te bedenken die ertoe zou dienen te leiden dat enerzijds de onderneming van Accomodaties zou worden voortgezet en anderzijds de vordering van Holding zou worden geïnd. In een drie-partijenovereenkomst werd vastgelegd dat Accomodaties haar inventaris verkoopt en levert aan Beheers- en Beleggingsmaatschappij Stukro (eveneens een vennootschap van Brouwer, hierna: Stukro), dat Stukro de door haar verschuldigde koopsom rechtstreeks aan Holding zal betalen, dat Accomodaties aan Stukro voor de betaling kwijting zou verlenen en dat Holding het van Stukro ontvangen bedrag zou verrekenen met de vordering die zij op Accomodaties had. Om de interventie van de curator in een mogelijk faillissement van Accomodaties doordat deze de overeenkomst zou vernietigen, te voorkomen, was in de overeenkomst de ontbindende voorwaarde opgenomen die strekte tot ontbinding -met ongedaanmakingsverbintenissen met zakelijke werking tot op het moment van het ondertekenen van de overeenkomst- daarvan indien een of meer bepalingen hun werking zouden verliezen. Accomodaties gaat vervolgens failliet en de curator doet iets dat partijen nu net niet hebben verwacht. Hij vernietigt op grond van art. 47 Fw de betaling van de koopsom door Stukro aan Holding. Deze betaling werd namelijk door hem aangemerkt als voldoening van een opeisbare schuld van Accomodaties aan Holding. De curator stelde voorts dat Holding, Stukro en Brouwer onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Accomodaties doordat zij hebben samengespannen teneinde Holding te bevoordelen boven de andere crediteuren. Bovendien zijn Brouwer en Stukro door hem aansprakelijk gesteld op grond van de omstandigheid dat zij hebben meegewerkt aan de totstandkoming van een overeenkomst waarbij zaken van de later gefailleerde Accomodaties tegen een te lage prijs

zijn verkocht. Ook daardoor hebben zij onrechtmatig gehandeld. De rechtbank Zwolle oordeelt dat de betaling paulianeus was en dat de inventaris meer waard was dan het bedrag van de betaalde koopsom. Holding, Brouwer en Stukro worden veroordeeld tot de betaling van de oorspronkelijke koopsom aan de curator. Holding op grond van art. 47 Fw. en Brouwer en Stukro op grond van onrechtmatige daad.

Bovendien worden Stukro en Brouwer wegens onrechtmatig handelen veroordeeld tot vergoeding van de meerwaarde van de inventaris. Zonder succes wordt beroep ingesteld, waarna het vonnis kracht van gewijsde krijgt. Stukro betaalt vervolgens aan de curator zowel het bedrag van de koopprijs als de meerwaarde van de inventaris. Stukro heeft dan feitelijk twee keer betaald: eerst aan Holding en vervolgens aan de curator van Accomodaties.

Uiteindelijk belandt deze zaak voor de Hoge Raad, die onder meer moet beoordelen of de betaling van de koopsom door Stukro aan Holding is aan te merken als voldoening door Accomodaties aan Holding van een opeisbare schuld in de zin van art. 47 Fw. De Hoge Raad vond van wel en oordeelde dat een betaling van een aan de schuldenaar verschuldigde geldsom, met diens goedvinden niet aan hem maar aan een van zijn schuldeisers, wel degelijk kan gelden als een voldoening door de schuldenaar als bedoeld in art. 47 Fw. (r.o. 3.4.2).

Naar huidig recht is het voor de beoordeling van de (on)geoorloofdheid van belang of een rechtshandeling als verplicht of onverplicht heeft te gelden. In het eerste geval rust op de curator de bijna onmogelijke taak overleg of wetenschap van de faillissementsaanvraag te bewijzen, terwijl hij in het tweede geval slechts de wetenschap van benadeling hoeft aan te tonen. Overigens blijkt uit empirisch onderzoek niet dat het onderscheid in de praktijk tot wezenlijke problemen leidt.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 39-40



## 4. Artikel 47 Fw

### 4.1 Algemeen

Onverplichte rechtshandelingen om niet verricht, zijn vernietigbaar indien de schuldenaar bij het verrichten daarvan wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.<sup>21</sup> In geval de rechtshandeling anders dan om niet is verricht, is vernietiging daarvan slechts mogelijk indien ook degene met wie de schuldenaar handelde wist of behoorde te weten, dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.<sup>22</sup> Hoewel de wetenschap van benadeling daarin niet als vernietigingsgrond is opgenomen, moet blijkens het door Faber besproken arrest Loeffen II worden aangenomen dat ook verplichte rechtshandelingen op grond van art. 47 Fw slechts vernietigbaar zijn indien sprake is van benadeling.<sup>23</sup>

Ten aanzien van de verplichte rechtshandeling gelden twee criteria waaraan de vernietiging dient te worden getoetst. Óf de wederpartij van de schuldenaar moet hebben geweten dat het faillissement van de schuldenaar was aangevraagd, óf er moet sprake zijn geweest van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, met als doel de laatste te bevoordelen boven de andere schuldeisers. Het tweede criterium dient volgens de Hoge Raad uitgelegd te worden in die zin dat sprake is van samenspanning.<sup>24</sup>

Artikel 47 Fw ziet volgens de parlementaire geschiedenis niet slechts op betaling van een opeisbare geldschuld, maar werkt ook tegen alle vormen van opeisbare verplichtingen.<sup>25</sup> Niettemin zijn de mogelijkheden die de wetgever biedt om dergelijke voldoeningen ongedaan te maken zeer beperkt. De gedachte daarachter was dat aantasting van verplicht

---

<sup>21</sup> art. 42 lid 1 Fw

<sup>22</sup> art. 42 lid 2 Fw

<sup>23</sup> zie o.a. Faber 2005, p. 352 en HR 22 maart 1991, *NJ* 1992, 214 (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*)

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

<sup>25</sup> Van der Feltz I, p. 451

verrichte rechtshandelingen niet juist werd geacht, omdat men vond dat dit in strijd zou zijn met het pacta sunt servanda. Partijen dienen er immers op te kunnen vertrouwen dat de over en weer te verrichten prestaties worden nagekomen en -indien opeisbaar- onaantastbaar zijn. Juist op het moment dat zijdens de schuldenaar een rechtsplicht bestaat om -al of niet onder druk van een faillissementsaanvraag- gevolg te geven aan de overeenkomst, zou hem - met het oog op het pacta sunt servanda- daarvan geen verwijt mogen worden gemaakt. Immers, een schuldeiser die vreest dat ten aanzien van zijn schuldenaar een faillissement dreigt, gaat juist dan over tot het uitoefenen van alle mogelijke drukmiddelen om deze tot betaling te bewegen.<sup>26</sup> In zoverre is (het dreigen met) een faillissementsaanvraag sinds jaar en dag een probaat incassomiddel gebleken. Deze - in mijn ogen beperkte - zienswijze heeft er toe geleid dat de strekking van art. 47 Fw uiteindelijk in de rechtspraak behoorlijk is ingeperkt. Curatoren kiezen er - zo is uit empirisch onderzoek gebleken- vanwege de beroerde bewijsrechtelijke positie die zij innemen, vrijwel nooit voor om met een beroep op art. 47 Fw verplicht verrichte rechtshandelingen aan te tasten.<sup>27</sup> Daarom is in de literatuur veel en vaak gepleit voor een verruiming van de strekking van art. 47 Fw, en dit artikel meer aan te laten sluiten bij de 'goede trouw norm' van art. 54 Fw (lid 1): *"Niettemin is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde voor de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld"*.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Van der Feltz I, p. 434-437 en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I)

<sup>27</sup> Van Dijck 2006 (2), p. 112-123

<sup>28</sup> zie hierover onder meer Faber 2005, p. 342-343; Verstijlen 1998, p. 69-71; Vriesendorp 1996, p. 65-79 en ook Van Dijck 2006 (1), p. 84

### 4.1.1 Pacta sunt servanda versus paritas creditorum

Een overeenkomst brengt in de regel met zich mee dat de schuldenaar de factuur van zijn schuldeiser moet betalen zodra de vervaldag is verstreken. Iedereen dient verbintenissen met zijn schuldeisers na te komen. Al in het Romeinse recht was dit een grondbeginsel (het 'pacta sunt servanda'). Echter, onder omstandigheden staat dit uitgangspunt op gespannen voet met een ander grondbeginsel: de gelijkheid van crediteuren (de paritas creditorum). De schuldenaar kan dan ook in beginsel niet worden verweten dat hij datgene doet waartoe voor hem een rechtsplicht bestaat, namelijk betalen van een opeisbare schuld dan wel voldoen aan de overeengekomen -verplichte- verbintenis.<sup>29</sup> Dat is ook niet helemaal onbegrijpelijk: indien enerzijds de wet verlangt dat de schuldenaar zijn vordering dient te voldoen, en anderzijds de crediteur het recht heeft om de vordering die hij heeft op zijn debiteur met alle wettelijke hem ten dienste staande middelen in te vorderen, waaronder het aanvragen van diens faillissement, dan doet het zo op het eerste gezicht vreemd aan dat de wet de faillissementscurator vervolgens het recht geeft om de betaling, al is deze ook gedaan in het zicht van het faillissement, ongedaan te maken. Men moet overigens wel bedenken dat de tekst van art. 47 Fw is geschreven in een tijd waarin rechtsregels nog vrijwel geheel aan de letter der wet werden getoetst, en voor de term 'onrechtmatig' werd gelezen 'onwetmatig', anders dan tegenwoordig, waar de rechtspraak sinds decennia veelvuldig gebruik maakt van allerlei hulpmiddelen, zoals gezichtspunten, zorgplichten en de objectivering van normen.<sup>30</sup> Zo wordt bijvoorbeeld het handelen van de curator getoetst aan de norm dat deze behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende

---

<sup>29</sup> Van der Feltz I, p. 434

<sup>30</sup> Van Dijck 2008, p. 6-7

inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.<sup>31</sup>

Het beginsel van de *paritas creditorum* wordt in faillissement door art. 26 Fw, en buiten faillissement door art. 3:277 lid BW tot uitdrukking gebracht. Buiten faillissement brengt dit beginsel tot uitdrukking dat alle crediteuren onderling een gelijk recht hebben om uit de netto-opbrengst van het vermogen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, met inachtneming van door de wet erkende voorrechten. In faillissement wordt door art. 26 Fw dit beginsel tot uitdrukking gebracht doordat elke crediteur zijn vordering vanaf de faillietverklaring nog slechts geldend kan maken door deze ter verificatie in te dienen bij de curator (behoudens zogenaamde separatisten zoals pand- en hypotheekhouders). De curator gaat vervolgens over tot de liquidatie van alle tot de failliete boedel behorende vermogensbestanddelen en verdeelt de netto opbrengst over alle bij hem aangemelde crediteuren, met inachtneming van ieders rang. Het gaat er bij een faillissement dus om dat alle inkomens- en vermogensbestanddelen van de schuldenaar tot verhaal strekken ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren.

Zo beschouwd kan het *pacta sunt servanda* als een inbreuk op de *paritas creditorum* in faillissement worden aangemerkt en dient art. 47 Fw als een correctie op die inbreuk.

## **4.2 Wetenschap van de faillissementsaanvraag**

Zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis moet dit criterium zo worden uitgelegd dat de schuldeiser die de gewraakte handeling met de schuldenaar verrichtte, in strijd handelde met de goede trouw waartoe hij ten opzichte van de andere schuldeisers van de schuldenaar is gehouden, indien hij handelde in weerwil van de omstandigheid dat hij afwist van

---

<sup>31</sup> HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Maclou/Prouvost-Van Schuppen*) en recent bevestigd door Hof Arnhem 31 maart 2009, *LJN*: BI2394

een aanhangige faillissementsaanvraag.<sup>32</sup> Het criterium van de goede trouw speelt in casu aldus een niet te onderschatten rol. Niettemin verklaart de wetsgeschiedenis niet waarom de schuldeiser die wetenschap heeft van de faillissementsaanvraag zich wel in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus onttrekt en de schuldeiser die weet van een aanstaande faillissementsaanvraag niet. Bovendien wordt niet verklaard waarom de eerstgenoemde schuldeiser handelt in strijd met de rechtszekerheid in het betalings- en kredietverkeer, en de andere schuldeiser niet.

Enerzijds heeft de Hoge Raad het criterium "wetenschap van de faillissementsaanvraag" zeer strikt uitgelegd.

Anderzijds heeft hij dit criterium ingepast in het goede trouw criterium van art. 54 Fw. Zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 16 juni 2000 dat er geen ruimte bestaat om de in art. 47 Fw vermelde gronden voor vernietigbaarheid uit te breiden enkel omdat schuldenaar en schuldeiser ten tijde van de totstandkoming van de rechtshandeling wisten dat het faillissement onontkoombaar was<sup>33</sup>, en in zijn arrest Ciekam/Siemon q.q. dat het verrichten van handelingen in de wetenschap dat een faillissement onvermijdelijk was, nog niet als oogmerk diende te worden gekwalificeerd.<sup>34</sup> Ik acht de beperkte uitleg van de Hoge Raad ten aanzien van het wetenschaps criterium feitelijk niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Uit de door de Hoge Raad geciteerde passages uit de Toelichting op art. 47 Fw blijkt geenszins dat de wetgever een dergelijke beperkte uitleg heeft voorgestaan. Integendeel, ik lees uit die passages dat daar waar de schuldeiser de zekerheid heeft dat het faillissement zal volgen, hij niet meer de vrijheid heeft om betaling in ontvangst te nemen.

Een bevestiging daarvan is overigens te lezen in een bijna vijftig jaar eerder gewezen arrest, waarin de Hoge Raad van

---

<sup>32</sup> Van der Feltz I, p. 449

<sup>33</sup> HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (*Van Dooren/ABN AMRO I*), r.o. 3.4.2 en 3.5.2

<sup>34</sup> HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429

mening was dat van goede trouw geen sprake was toen de wederpartij op het moment van de schuldoverneming wist dat het faillissement van de schuldenaar te *verwachten* was.<sup>35</sup> In het laatstgenoemde geval was sprake van een aantasting door de curator van een verrekening op grond van art. 54 Fw. Op grond van art. 54 Fw is degene die een schuld aan of vordering op de gefailleerde voor de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening indien hij bij die overneming niet te goeder trouw was. Het merkwaardige nu is, dat de Hoge Raad in een geval waarbij een beroep werd gedaan op het ontbreken van de goede trouw, niet bereid bleek om ook de 'wetenschap dan wel het behoren te weten van een onontkoombaar faillissement', onder de werking van art. 47 Fw te brengen.<sup>36</sup> Het ontgaat mij welk fundamenteel onderscheid bestaat tussen verrekening enerzijds en betaling anderzijds. Immers, verrekening is niet anders dan een bijzondere wijze van betaling, en evenals betaling een wijze van het tenietgaan van verbintenissen. Huizink<sup>37</sup> bijvoorbeeld is, met verwijzing naar de bedoeling van de wetgever, evenals Van Koppen<sup>38</sup> van oordeel dat -ondanks het feit dat de Hoge Raad het goede trouw criterium niet wenst te koppelen aan de wetenschap van de faillissementsaanvraag- het begrip 'wetenschap' wel degelijk mede mag worden geobjectiveerd tot een 'behoren te weten'. Ook Van Dijck heeft de nodige kritiek geuit op de strenge uitleg van het wetenschaps criterium.<sup>39</sup> Er zijn uitspraken van lagere rechters, die het wetenschaps criterium wel in meer objectieve zin hebben uitgelegd (Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992, 243 en Hof Amsterdam 3 februari 1994, NJ 1994, 695). Het Hof was in deze casus van oordeel dat met wetenschap van de faillissementsaanvraag op één lijn moet worden gesteld de situatie dat kort voor de betaling aan de schuldeiser door

---

<sup>35</sup> HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (*Doyer en Kalff/Bouman q.q.*); zie ook de noot bij HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (*Amro Bank/curatoren THB*)

<sup>36</sup> HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo-Mitsubishi*), r.o. 3.8.2

<sup>37</sup> Huizink 2001, p. 33-34

<sup>38</sup> Van Koppen 2001, p. 708-711

<sup>39</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 57 e.v., met name p. 83-84

de latere gefailleerde werd meegedeeld dat de schuldenaar zijn faillissement zou aanvragen en die aanvraag op de dag van de betaling ook daadwerkelijk werd ingediend. Deze casus is jammer genoeg niet aan de Hoge Raad voorgelegd. Jurisprudentie van latere datum gaat niet van een extensieve uitleg uit, zodat Hof Amsterdam voorlopig nog als een roepende in de woestijn moet worden aangemerkt, maar het geeft wel aan dat er sprake is van haarscheurtjes in de interpretatie van het wetenschaps criterium. Door het strikt vasthouden van de Hoge Raad aan de subjectieve wetenschap dat het faillissement is aangevraagd, is het vooral aan toeval te danken als het de curator lukt om het wetenschapsvereiste aan te tonen.<sup>40</sup> Een uitspraak van de Rechtbank Utrecht illustreert dat mooi. In deze casus vroeg een werknemer het faillissement aan van zijn werkgever wegens achterstalling loon. Tijdens de zitting waarop de aanvraag werd behandeld, bleek dat de werkgever al een deelbetaling had verricht en dat de rest zou volgen. De rechter hield vervolgens de behandeling van de faillissementsaanvraag aan en ging er vanuit dat binnen de termijn van aanhouding de aanvraag wel zou worden ingetrokken. Dat gebeurde echter niet en de werkgever ging alsnog failliet. De curator vorderde -uiteraard- met succes de loonbetaling terug met een beroep op art. 47 Fw (wetenschap van de faillissementsaanvraag).<sup>41</sup>

#### **4.2.1 Een uitstapje naar het strafrecht**

Hoewel het strafrecht een geheel eigen wijze van benadering kent van de te bewijzen (strafbare) feiten, wil ik toch een enkele opmerking plaatsen bij een bepaling uit het strafrecht die ziet op een meer geobjectiveerde wetenschap van een aanstaand faillissement.

Zo nu en dan wordt een curator geconfronteerd met het strafbare feit van bedrieglijke bankbreuk van art. 341 aanhef en sub 3 Sr. In dit artikel is strafbaar gesteld de

---

<sup>40</sup> zie ook Van Dijck 2008, p. 44-45

<sup>41</sup> Rb. Utrecht 13 augustus 2003, *JOR* 2003 m.nt. RA

bedrieglijke verkorting van de rechten van de schuldeisers van de gefailleerde. Kort gezegd komt het er op neer dat de gefailleerde op een tijdstip waarop hij wist dat het faillissement *niet kon worden voorkomen*, een van zijn schuldeisers heeft bevoordeeld, en zodoende de schuldeiser de gelegenheid biedt zich aan de concursus te onttrekken en de paritas creditorum te doorbreken. Voor de strafbaarheid van de gefailleerde is de wetenschap van de schuldeiser dat het faillissement niet kon worden voorkomen daarbij niet noodzakelijk.

Het geobjectiveerde onderdeel van de wetenschap wordt gevormd door de te bewijzen onderdelen 'bedrieglijke' en 'verkorting' van de strafbepaling.<sup>42</sup> Zo ook in een recente uitspraak van de Rechtbank Utrecht, waarin deze overwoog dat (...) 'Uit de stukken en het verhandelde ter terechtzitting is gebleken dat begin 2000 al sprake was van een slechte financiële situatie binnen de ondernemingen van verdachte (...). Naar het oordeel van de rechtbank moet de verdachte op dat moment in ieder geval bekend zijn geworden met het feit dat een faillissement van de Stichting in het vooruitzicht lag.<sup>43</sup> Artikel 344 aanhef en sub 1° Sr stelt strafbaar de schuldeiser die - in de wetenschap dat het faillissement van zijn schuldenaar is aangevraagd, en ook daadwerkelijk is gevolgd door het faillissement - betaling van een opeisbare schuld accepteert. De vraag is waarom bij de schuldenaar slechts voldoende is de onvermijdbaarheid van het faillissement, terwijl de bewijsopdracht ten aanzien van de schuldeiser veel zwaarder is, namelijk de subjectieve wetenschap van de faillissementsaanvraag. Overigens is over dit wetenschaps criterium in de strafrechtelijke literatuur niets van belang te vinden. Ook in de Toelichting op het Voorontwerp ontbreekt een verwijzing naar deze bepaling. In ieder geval blijkt wel dat het wetenschaps criterium van art. 341 sub 3 Sr in het strafrecht een ruimere toepassing krijgt dan in art. 47 Fw.

---

<sup>42</sup> Vgl. HR 1 juni 1891, *W* 6044

<sup>43</sup> Rb Utrecht 21 februari 2008, *LJN*: BC4923, overwegingen ten aanzien van het onder 1 en 2 ten laste gelegde



#### 4.2.2 Restrictieve uitleg wetenschapsvereiste: rechtszekerheid?

De rechtspraak van de Hoge Raad blokkeert tot nu toe een relativering van het wetenschapsvereiste door veelvuldig te verwijzen naar de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt dat vooral de rechtszekerheid het belangrijkste argument is voor een restrictieve toepassing. Vooral ter bescherming van het krediet- en betalingsverkeer. Ook de voorstanders van een restrictieve toepassing wijzen op die argumenten.<sup>44</sup> Op andere gebieden, zoals verrekening en onrechtmatige daad, is de Hoge Raad echter veel minder terughoudend om verplicht verrichte rechtshandelingen aan te tasten: geschiedt de voldoening bijvoorbeeld door een girale betaling gevolgd door verrekening, dan heeft de curator de mogelijkheid van art. 54 Fw<sup>45</sup>, en aan de andere kant kan de -verplichte- betaling onder omstandigheden worden vernietigd doordat de curator gebruik maakt van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW).<sup>46</sup> In al dergelijke gevallen speelt het argument van de rechtszekerheid in het krediet- en betalingsverkeer kennelijk geen of een zeer ondergeschikte rol. Overigens blijkt uit de wetsgeschiedenis van art. 47 Fw mijns inziens niet dat bij de wetgever een uiterst restrictieve toepassing van het wetenschapsvereiste heeft voorgestaan. De toelichting lezende, gaat het er vooral om 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 faillissement, omdat dit zal worden aangevraagd, en terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar

---

<sup>44</sup> o.a. Van Koppen 1995, p. 87 en Winter 1998, p. 45, 156/157

<sup>45</sup> Vgl. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt) m.nt. PvS

<sup>46</sup> Zie bijvoorbeeld HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (*AMRO/Curatoren THB*)

verkeert' (...).<sup>47</sup> Deze toelichting laat mijns inziens een iets ruimere toepassing toe dan uit de letterlijke wettekst blijkt. Dat betekent mijns inziens dat niet slechts betalingen, gedaan in de wetenschap dat het faillissement is aangevraagd, maar tevens betalingen die zijn gedaan voordat het faillissement is aangevraagd aantastbaar worden geacht op grond van art. 47 Fw, indien althans de schuldeiser van de financiële toestand van zijn schuldenaar op de hoogte is.

Hoewel dit punt in hoofdstuk 5.3 uitgebreid aan de orde komt, merk ik terzijde nog op dat het vrij eenvoudig is om het tijdstip van de faillissementsaanvraag te manipuleren, vooral indien het faillissement door de schuldenaar zelf wordt aangevraagd. Vriesendorp schetst mijns inziens daarbij een beeld dat in de praktijk wel voorkomt. Waar het kort gezegd op neerkomt, is dat financiers vanwege hun invloed op de onderneming van de schuldenaar in staat zijn om alle mogelijke zekerheden op de activa te eisen en te verkrijgen. De andere schuldeisers hebben vervolgens het nakijken.<sup>48</sup> Bovendien is het (on)verplichte karakter van de rechtshandeling vrij eenvoudig manipuleerbaar. Het argument van de rechtszekerheid overtuigt – gezien het voorgaande – mijns inziens dan ook niet. Een ruimere toepassing van het wetenschaps criterium van art. 47 Fw lijkt me dan ook verdedigbaar.

### **4.2.3 Een ruimere toepassing van het wetenschapsvereiste?**

De in § 4.1.1 genoemde ontwikkelingen in het vermogensrecht rechtvaardigen op zich mijns inziens een objectivering van het begrip “wetenschap van de faillissementsaanvraag”. Ook een behoren te weten en het besef van de schuldeiser van de slechte financiële positie van de schuldenaar dient mijns inziens even zwaar te wegen als de blote wetenschap dat het faillissement is aangevraagd. Argumenten voor een ruimere toepassing zijn enerzijds de argumenten die de wetgever

---

<sup>47</sup> Van der Feltz I, p. 449

<sup>48</sup> Vriesendorp 1999, p. 178

zelf heeft geformuleerd, en anderzijds de ambivalentie waarmee de jurisprudentie omgaat met het begrip wetenschap van de faillissementsaanvraag en de verplichtheid van de rechtshandeling in verschillende situaties. Ook de merkwaardige situatie dat in het strafrecht en privaatrecht ten aanzien van de schuldenaar verschillende wetenschapscriteria worden gehanteerd, rechtvaardigt mijns inziens een zekere objectivering van het wetenschapsvereiste. Dat geldt vooral in situaties waarin de schuldenaar een min of meer van de schuldeiser afhankelijke positie inneemt. Te denken valt bijvoorbeeld aan de financier van de schuldenaar zoals een bank, aan de moeder-dochter relatie in concernverhoudingen, enz. Daarom verdient het mijns inziens aanbeveling om het criterium 'wetenschap van de faillissementsaanvraag' zodanig op te rekken dat mede wordt uitgegaan van een behoren te weten dat een faillissement onvermijdelijk was. Daarbij zou dan tevens gekeken dienen te worden naar de hoedanigheid van de schuldeiser, diens relatie tot de schuldenaar, en de (on)gebruikelijkheid van de rechtshandeling. Een moedervenootschap is bijvoorbeeld eerder op de hoogte van een naderend faillissement van haar dochter dan een andere schuldeiser zoals een leverancier van grondstoffen. Ook een bank als kredietverstrekker zal in de regel veel eerder van de betalingsonmacht van haar schuldenaar op de hoogte zijn dan een leverancier. Zoals eerder al bleek sluit een dergelijke objectivering van het wetenschaps criterium veel meer aan bij de huidige ontwikkelingen in het vermogensrecht, waarbij gebruik wordt gemaakt van objectieve normen en gezichtspunten. Ook in het Duitse insolventierecht (waarover meer in hoofdstuk 6) vindt bij de beoordeling van de vernietigbaarheid van verplichte rechtshandelingen toetsing plaats waarbij mede naar de hoedanigheid van de schuldeiser wordt gekeken.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> zie Van Dijk 2006 (1), p. 57-85

### 4.3 Overleg

Aan het overlegcriterium van artikel 47 Fw vallen vier onderdelen te onderscheiden: de verplichtheid van de rechtshandeling (1), er moet sprake zijn van bevoordeling van de crediteur met wie de schuldenaar handelde (2), er moet verband zijn tussen de handeling en de bevoordeling (3) en er moet sprake zijn van een oogmerk om deze ene crediteur boven anderen te bevoordelen (4). 'Overleg' in de zin van art. 47 Fw moet volgens de Hoge Raad voorts worden uitgelegd als 'samenspanning'. Dat wil zeggen dat zowel bij de schuldeiser als ook de schuldenaar het oogmerk aanwezig was om door de betaling deze ene schuldeiser te begunstigen boven alle andere schuldeisers, welke handeling dan vervolgens benadeling van de andere schuldeisers tot gevolg heeft gehad.<sup>50</sup> Het zwichten voor pressie van de crediteur, doordat bijvoorbeeld wordt gedreigd met het onmiddellijk beëindigen van het krediet of het aanvragen van het faillissement, is niet als overleg aan te merken, omdat in een dergelijk geval bij voldoening de debiteur niet beoogt de crediteur boven de andere creditoren te begunstigen, maar tracht de beëindiging van het krediet, of de faillissementsaanvraag, te voorkomen. Overigens doet het er niet toe, op welk moment het overleg heeft plaatsgevonden.<sup>51</sup> Daarom is een termijn in art. 47 Fw achterwege gelaten. Dat het uitermate moeilijk, en veelal onmogelijk, is om een dergelijk overleg aan te tonen, spreekt wel voor zich. Dat blijkt ook uit onderzoek naar de praktijk die vrijwel niet uit de voeten kan met deze strikte interpretatie van het overlegcriterium.<sup>52</sup> Ondanks die moeilijkheden om samenspanning aan te tonen, weigert de Hoge Raad "om" te gaan. Zo herhaalde hij nog eens in zijn arrest van 20 november 1998 dat aan het overleg zeer zware eisen dienen te worden gesteld.<sup>53</sup> Zo nu en dan dient zich wel eens een casus aan waarin de curator met succes een betaling

---

<sup>50</sup> HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628 (Gispen q.q./IFN), m. nt. PvS

<sup>51</sup> Van der Feltz I, p. 451

<sup>52</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 54-55 en Van Dijck 2008, p. 46 e.v.

<sup>53</sup> HR 20 november 1998, *NJ* 1999, 611, *JOR* 1999, 19 m.nt. NEDF (*Verkerk/Tiethoff q.q.*)

vernietigt, zoals in het in hoofdstuk 3.1 besproken arrest Slijm/Brouwer.<sup>54</sup>

Uit de wetsgeschiedenis bleek al dat het de *schuldeiser* is die zich niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus mag onttrekken. Daarom doet het wonderlijk aan dat art. 47 Fw ook bij de *schuldenaar* het oogmerk van begunstiging eist om de rechtshandeling te kunnen vernietigen. Uit de Toelichting op art. 47 Fw blijkt dat de toenmalige wetgever uitging van de omstandigheid dat de begunstiging van de schuldeiser dikwijls op initiatief van de schuldenaar werd uitgevoerd. Daargelaten of die aanname juist was, in het huidige economische verkeer blijkt het initiatief juist veelal uit te gaan van de schuldeiser, die ziet dat zijn vordering geheel of gedeeltelijk dreigt te verdampen doordat hij ziet dat zijn schuldenaar onafwendbaar afstevent op een faillissement. Banken zijn bijvoorbeeld vanuit hun positie bij uitstek in de gelegenheid om in een vroeg stadium te kunnen beoordelen of hun schuldenaar onafwendbaar op een faillissement afstevent. Niet zelden wordt de schuldenaar in een dergelijke situatie gedwongen tot het aangaan van nieuwe overeenkomsten van geldlening en het verschaffen van additionele zekerheden. Een andere situatie die zich kan voordoen is dat binnen een concern van vennootschappen, waarin de bestuurders van de onderscheidene vennootschappen veelal dezelfde zijn, en waardoor aldus de bedrijfsvoering van zowel schuldeiser als schuldenaar in dezelfde handen zijn, in het zicht van een naderend faillissement van een dochtervennootschap de activa van de laatstgenoemde overgaan naar een andere vennootschap binnen hetzelfde concern. In een dergelijke situatie oordeelde de Hoge Raad dat van samenspanning sprake was - behoudens tegenbewijs - nu de schuldenaar en de schuldeiser tot hetzelfde concern behoorden en de bedrijfsvoering van beiden in dezelfde handen lag.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> HR 18 januari 2008, C06/111HR, m.nt. PvS (*Slijm/Brouwer*) en ook Hoofdstuk 3.1

<sup>55</sup> HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (*Cikam/Siemon q.q.*)

Met het laatstgenoemde arrest is de Hoge Raad mijns inziens opgeschoven naar een meer geobjectiveerde wetenschap. Dit arrest maakt het wat gemakkelijker voor de curator om 'samenspanning' in stelling brengen bij een speciale band tussen de schuldeiser en de gefailleerde. Mijns inziens valt ook niet goed in te zien dat de situatie waarin een bank -aan wie een onderneming voor haar bedrijfsvoering veelal volkomen is overgeleverd- de schuldeiser is, anders dient te worden beoordeeld dan de situatie waarin binnen concernverhoudingen een moeder de schuldeiser is. Daarom is het laatstgenoemde arrest opmerkelijk te noemen. Kennelijk hoeven in de door de Hoge Raad gegeven situaties aan het te leveren bewijs van overleg in de zin van samenspanning niet al te zware eisen worden gesteld als tot dan het geval was. Overigens zou dezelfde redenering die de Hoge Raad hier toepaste mijns inziens eveneens kunnen worden toegepast bij de relatie tussen de bank als kredietverstrekker en haar schuldenaar. Banken zijn immers vrijwel altijd als eerste exclusief bekend met de slechte financiële omstandigheden van de schuldenaar. Ik zou er daarom voor willen pleiten om uit te gaan van een verder opgerekt overlegvereiste, door met 'overleg' in de zin van art. 47 Fw gelijk te stellen de situatie, niet slechts dat sprake is van samenspanning, maar eveneens het feit *dat de schuldenaar in de gegeven omstandigheden, gezien de relatie tussen de schuldeiser en de schuldenaar, mede gelet op in het handels- en betalingsverkeer algemeen aanvaarde opvattingen, niet anders had kunnen handelen.'*

#### **4.3.1 Het overlegcriterium: een half ei of een lege dop?**

Niettegenstaande de kleine stap voorwaarts die de Hoge Raad in het arrest Cikam/Siemon heeft gezet in de richting van een meer rekbaar begrip 'overleg', ligt het uiteraard voor de hand dat sindsdien de kredietwereld daarop heeft geanticipeerd, en dat dergelijke casus zich wel nauwelijks meer zullen voordoen. Door de nog steeds enge interpretatie van het overlegcriterium is een succesvol beroep daarop

veelal bij voorbaat gedoemd te mislukken. Curatoren maken, zoals is gebleken uit empirisch onderzoek, daarom nauwelijks gebruik van deze mogelijkheid om een verplichte rechtshandeling te vernietigen.<sup>56</sup> Slechts onder bepaalde omstandigheden, zoals de bijzondere relatie tussen schuldeiser en schuldenaar in concernverhoudingen, biedt de Hoge Raad een mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen aan te tasten met een beroep op het overlegcriterium. Nog onlangs heeft een uitspraak van het Hof Leeuwarden aangetoond dat een beroep op overleg uiterst moeilijk is te bewijzen. In die zaak stelde het Hof dat het enkele feit dat de schuldeiser dezelfde is als de persoon die zeggenschap heeft over de vennootschap die de schuldenaar is, onvoldoende is om overleg ik de zin van art. 47 Fw aan te nemen. Daarvoor dienen er volgens het Hof bijkomende omstandigheden te zijn. Welke dat zijn, wordt overigens in het midden gelaten.<sup>57</sup>

Het lijkt er op dat het overlegcriterium door de jaren heen geen gelijke tred heeft gehouden met de in het vermogensrecht ontwikkelde objectivering van normen. Het overlegcriterium blijkt dan ook feitelijk tot een dode letter geworden.<sup>58</sup> Daardoor blijft voor curatoren niet veel anders over dan vooral te zoeken naar ingrediënten die hen handvaten verschaffen om een verplichte rechtshandeling ofwel door middel van het stellen van een onrechtmatige daad dan wel in geval van verrekening waar het gaat om de voldoening aan een opeisbare schuld, de goede trouw te betwisten. Als zodanig blijkt het overlegcriterium meer een lege dop dan een half ei. Overigens is het goed om op te merken dat de in hoofdstuk 4.2.3 voorgestelde objectivering van het wetenschapsvereiste gekoppeld aan het goede trouw criterium van art. 54 Fw aan het overlegcriterium zijn belang ontnemt.

---

<sup>56</sup> Van Dijck 2006 (2), p. 112-123

<sup>57</sup> Hof Leeuwarden 23 juli 2008, *LJN* BD8794

<sup>58</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 56

Immers, het overlegcriterium veronderstelt een ontbreken van goede trouw, waardoor dit criterium als het ware opgaat in het voorgestelde wetenschaps criterium.

#### **4.4 De kritiek op artikel 47 Fw**

Naast de invulling van het criterium 'wetenschap van de faillissementsaanvraag' heeft vooral de beperkte reikwijdte van de tweede vernietigingsgrond (de samenspanning) in de literatuur tot veel kritiek geleid. Enkele al eerder aangehaalde arresten van de Hoge Raad die in dit verband een rol spelen zijn die betreffende Gispén q.q./IFN, Verkerk/Tiethoff q.q. en Bank of Tokyo/Meijs q.q.<sup>59</sup> Zelfs al weten partijen dat een faillissement onontkoombaar is (Meijs q.q./Bank of Tokyo), en dat benadeling van schuldeisers het gevolg is van hun handelwijze (Verkerk/Tiethoff q.q.), dan nog bestaat niet voldoende grond om samenspanning aan te nemen. Voorts heeft een aantal auteurs, vooral Faber en Vriesendorp<sup>60</sup>, betoogd dat de norm van art. 47 Fw dezelfde zou moeten zijn als die van art. 54 Fw (lid 1):

*"Niettemin is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde voor de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld".*

Die norm is veel ruimer gesteld dan die van art. 47 Fw. Door de genoemde auteurs wordt die norm zodanig uitgelegd dat hieronder tevens is te verstaan de wetenschap dat een faillissement onvermijdelijk was.<sup>61</sup> Van der Feltz meent zelfs dat aansluiting bij de goede trouw norm van art. 54 Fw meer recht zou doen aan de strekking van art. 47 Fw om selectieve betalingen in het zicht van een faillissement te

---

<sup>59</sup> resp. HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 m.nt. PvS, HR 20 november 1998, JOR 1999/19 m.nt. NEDF en HR 29 juni 2001, JOR 2001/220

<sup>60</sup> Vriesendorp 1996, p. 65-79, Vriesendorp 1999, p. 172-180 en Faber 2005, p. 342-351 en p. 341

<sup>61</sup> zie ook HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 (Doyer/Kalff) m.nt. PhANH



treffen.<sup>62</sup> Argumenten van tegenstanders van deze opvatting zijn door Faber op uiterst overtuigende wijze weerlegd.<sup>63</sup> Huizink is van mening dat niet uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om objectivering van de wetenschap uit te sluiten. Hij vindt bovendien dat de huidige subjectieve interpretatie van de wetenschap van de faillissementsaanvraag, in het bijzonder waar het gaat om banken en andere financiers, niet meer strookt met de tegenwoordige economische en maatschappelijke verhoudingen en gewijzigde verkeersopvattingen.<sup>64</sup> Curatoren menen dat banken bijvoorbeeld een draaiboek hebben, waarmee al lang – soms een jaar – van tevoren acties in gang worden gezet die er voor zorgen dat de curator de toepassing van art. 47 Fw onmogelijk wordt gemaakt.<sup>65</sup> Ook Van Koppen meent dat een crediteur zonder meer in strijd met de goede trouw handelt wanneer hij een betaling in ontvangst neemt terwijl hij behoort te weten dat het faillissement van zijn debiteur aanstaande is.<sup>66</sup> Van Dijck concludeert dat de oorzaak voor het geringe succes ten aanzien van de toepassing van het overlegcriterium vooral is gelegen in de geringe mate waarin dit is geobjectiveerd.<sup>67</sup> De wijze waarop dit criterium thans wordt toegepast in de rechtspraak sluit volgens Van Dijck dan ook niet aan bij de objectivering die op verschillende plaatsen in het privaatrecht heeft plaatsgevonden en erop neerkomt dat steeds minder vaak de daadwerkelijke bedoelingen en steeds vaker de (objectieve) verwijtbaarheid van het bestreden gedrag centraal is komen te staan.

Volgens Kortmann is de strekking van de paulianabepalingen dat schuldeisers zich niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus creditorum dienen te onttrekken. Dat impliceert volgens hem dat –indien de

---

<sup>62</sup> Van der Feltz I, p. 449 en ook HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G (*Loeffen q.q./BMH I*)

<sup>63</sup> Faber 2005, p. 342-345

<sup>64</sup> Huizink 2001, p. 33-34

<sup>65</sup> zie in dit verband bijvoorbeeld Van Dijck 2006 (1), p. 82

<sup>66</sup> Van Koppen 2001, p. 708-711

<sup>67</sup> Van Dijck 2008, p. 46

schuldeiser weet of behoort te weten dat een faillissement is te verwachten en ook daadwerkelijk wordt uitgesproken—een verplicht verrichte rechtshandeling in het zicht van het faillissement vernietigbaar dient te zijn.<sup>68</sup>

Kortom, de kritiek op de toepassing van art. 47 Fw is alleen maar toegenomen, waarbij Van Dijck een alternatief aanreikt dat vooral aansluit bij de ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.<sup>69</sup> Kort samengevat komt het er op neer dat bij de toepassing van het door hem voorgestelde alternatief onder meer de hoedanigheid van partijen, het hebben als schuldeiser van een informatievoorsprong, alsmede de rechtvaardiging en de gebruikelijkheid van de rechtshandeling worden betrokken.<sup>70</sup> Of de kritiek doorklinkt in art. 3.2.5. Voorontwerp, zal nader worden beschouwd in het volgende hoofdstuk.

---

<sup>68</sup> Kortmann 2001, p. 901

<sup>69</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 239

<sup>70</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 147 e.v.

## 5. Het Voorontwerp Insolventiewet

### 5.1 Algemeen

Het Voorontwerp introduceert in art. 3.2.5 vier nieuwe criteria in plaats van de criteria van art. 47 Fw.

Voldoende voor vernietiging van een verplicht verrichte rechtshandeling is als:

- a. deze binnen drie maanden voor indiening van het verzoek tot insolventverklaring verricht is;
- b. degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht, wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was;
- c. sprake is van benadeling van schuldeisers en
- d. er voor het verrichten van de rechtshandeling in de gegeven omstandigheden geen rechtvaardiging bestond, waarbij de wederpartij van de schuldenaar dient aan te tonen dat een rechtvaardigingsgrond aanwezig was.<sup>71</sup>

Het Voorontwerp lijkt zo op het eerste gezicht op het punt van de normstelling ten aanzien van art. 47 Fw aan de kritiek tegemoet te zijn gekomen, door het loslaten van het criterium "overleg" (in de betekenis van samenspanning) en de objectivering van de wetenschap (van een onvermijdbare insolventverklaring).

Opvallend is dat, waar voor de beoordeling van het overlegcriterium ex art. 47 Fw nog nodig was dat ten aanzien van zowel schuldeiser als schuldenaar werd vereist dat beiden begunstiging voor ogen hadden van de schuldeiser, de rol van de schuldenaar in het Voorontwerp is uitgespeeld. Mijns inziens terecht. Immers, het gaat bij de faillissementspauliana om het voorkomen van 'voordringen' van *schuldeisers* en daarmee de bewaking van de *paritas creditorum*. De *schuldeiser* diende immers niet de

---

<sup>71</sup> zie de Toelichting op het Voorontwerp, p. 56-57

gelegenheid te krijgen om zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid te onttrekken aan de concursus creditorum? In zoverre meen ik dat het Voorontwerp op dit punt een flinke stap voorwaarts heeft gezet op de weg naar een betere bescherming van de paritas creditorum. Ook van Dijck vindt dat het Voorontwerp aansluit bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.<sup>72</sup> De in het Ontwerp genoemde termijn van drie maanden komt wat het Nederlandse recht betreft uit de lucht vallen, maar hier heeft de Commissie zich kennelijk laten leiden door de Duitse Insolvenzordnung (hierna ook: InsO), die eveneens ten aanzien van verplichte rechtshandelingen bepaalde termijnen als toepassingsbereik kennen.<sup>73</sup> De Toelichting op het Voorontwerp (Toelichting) vermeldt overigens niet meer dan dat hierdoor eventueel strategisch gedrag in de aanloop naar de insolventieprocedure onder de reikwijdte van de bepaling (art. 3.2.5 Ontwerp) wordt gebracht. Anders dan in het huidige recht, waarbij het niet uitmaakt op welk tijdstip de aangevallen rechtshandeling heeft plaatsgehad. In de volgende paragrafen zal ik dieper ingaan op de criteria van art. 3.2.5 Voorontwerp.

## **5.2 Objectivering wetenschapsvereiste: goede trouw?**

Om verplicht verrichte rechtshandelingen met succes te kunnen vernietigen moet onder meer voldaan zijn aan het vereiste dat degene met of jegens wie de rechtshandeling is verricht niet te goeder trouw was. Dat wil zeggen dat deze persoon wist of behoorde te weten dat de insolventie redelijkerwijs niet te vermijden was, dat er geen rechtvaardigingsgrond was voor de rechtshandeling en dat deze tot benadeling van een of meer schuldeisers zou leiden. Het uitgangspunt van art. 47 Fw, de subjectieve wetenschap dat het faillissement is aangevraagd, wordt daarmee verlaten. De Commissie vindt -met diverse

---

<sup>72</sup> Van Dijck 2008, p. 62

<sup>73</sup> § 130 InsO

rechtsgeleerde schrijvers- dat in de jurisprudentie van de Hoge Raad het oogmerk criterium te strikt wordt uitgelegd, en acht voldoende dat sprake is van een objectieve wetenschap bij zowel schuldenaar als schuldeiser met betrekking tot de begunstiging van de laatste boven de andere schuldeisers. De Toelichting vermeldt voorts nog dat niet gevreesd hoeft te worden dat het normale betalings- en handelsverkeer zal worden belemmerd.

Wanneer de schuldenaar gewoon doet, waartoe hij verplicht is, namelijk zijn normale verplichtingen nakomen, zal volgens de Commissie de bewindvoerder in het bewijs van de wetenschap van zowel de onvermijdbaarheid van de insolventverklaring van de schuldenaar als de benadeling van een of meer schuldeisers doorgaans niet slagen. Ook normale leveranties of dienstverleningen tegen (contante) betaling door leveranciers en dienstverleners die van de insolvente situatie op de hoogte zijn en aldus wel moeten weten dat een betaling aan hen in beginsel tot benadeling van een of meer andere crediteuren zal leiden, zijn door de Commissie van acties door de bewindvoerder gevrijwaard.<sup>74</sup> Uit de reacties van de Nederlandse Vereniging van Banken, Leasemaatschappijen en de belangrijkste factormaatschappijen, blijkt dat zij -indien art. 3.2.5 Voorontwerp onverkort wordt ingevoerd- minder geneigd zullen zijn tot aanvullende financiering, dan wel een financiering eerder zullen beëindigen. Bovendien zou het risico van geschillen tussen banken en bewindvoerders over de interpretatie van de onvermijdelijkheid van de insolventverklaring en de rechtvaardigingsgrond toenemen, met als gevolg vertraging van de afwikkeling van insolventies en hogere kosten voor banken en boedels. Kortom, de NVB is mordicus tegen de introductie van de geobjectiveerde wetenschap in het Voorontwerp, en ziet veel meer in de restrictieve uitleg van art. 47 Fw.<sup>75</sup> Volgens Kortmann is de kritiek van de NVB niet gerechtvaardigd en

---

<sup>74</sup> Toelichting voorontwerp Insolventiewet, p. 55-56

<sup>75</sup> zie de aan de Minister van Justitie gerichte brieven, <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>,

moet de in art. 3.2.5 Voorontwerp geformuleerde norm niet als een open norm worden aangemerkt. Volgens hem sluit deze norm aan bij die van art. 54 Fw.<sup>76</sup> De schuldeiser mag zich derhalve niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus onttrekken.

Het zijn mijns inziens dan ook vooral banken, andere kredietverschaffers, en ook de fiscus, gezien hun bijzondere positie enerzijds als 'commercieel' kredietverschaffer, anderzijds als 'fiscaal' kredietverschaffer, die beducht zullen moeten zijn voor acties van de bewindvoerder. Immers, zij zijn het die bij uitstek zicht kunnen en - in bepaalde situaties behoren te - hebben op de financiële situatie van hun schuldenaren. Niet mag worden vergeten de positie van het personeel dat nog vlak voor het faillissement van de werkgever achterstallige loonbetalingen krijgt (zie ook hoofdstuk 6.4.1).

Opvallend is overigens dat een meerderheid van de Orde van Advocaten (Adviescommissie) zich -volgens haar advies zoals dat is aangeboden aan de Minister van Justitie- schaart achter de vigerende praktijk van de Hoge Raad van de strikte hantering van het overleg- en wetenschaps criterium.<sup>77</sup> Kennelijk wordt de kritiek op art. 47 Fw binnen de kring van advocaten niet breed gedragen. De Adviescommissie vindt dat het te ver gaat om aan te knopen bij het bewustzijns criterium van art. 54 Fw en beveelt aan de Toelichting op art. 3.2.5 Voorontwerp op dit punt te herschrijven, omdat deze in haar huidige vorm verwarring oproept. Opvallend, omdat nu juist uit de hoek van de curatoren is gebleken<sup>78</sup> dat men grote moeite heeft om met de huidige -strikte- toepassing van het wetenschaps criterium van art. 47 Fw rechtshandelingen aan te tasten, en het aan de curatoren vooral aan toeval ligt wanneer het toepasbaar wordt.

---

<sup>76</sup> Kortmann 2008, p. 31

<sup>77</sup> <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>, brief van 2 oktober 2008, Deel I

<sup>78</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 84

Ondanks de geruststellende woorden van de Commissie vermoed ik dat in voorkomende gevallen vooral discussie zal ontstaan over de rechtvaardigingsgrond(en), die in hoofdstuk 5.4 nader worden besproken.

### **5.3 De verdachte periode**

Om eventueel strategisch gedrag in de aanloop naar een insolventieprocedure onder de reikwijdte van art. 3.2.5 Ontwerp te brengen, acht de Commissie een termijn van drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring voldoende. Waarom dat drie maanden moet zijn, en niet bijvoorbeeld vier of zes, motiveert de Commissie verder niet. Overigens hanteert ook het Duitse recht een termijn van drie maanden.<sup>79</sup> Mogelijk heeft de Commissie zich bij de keus voor de driemaandstermijn dan ook laten leiden door het Duitse recht.<sup>80</sup>

De Commissie motiveert evenmin waarom gekozen is voor een termijn van drie maanden voorafgaande aan de aanvraag tot insolventverklaring en niet voorafgaande aan de insolventverklaring zelf. Mogelijk houdt dat verband met het feit dat de termijn tussen de aanvraag en de feitelijke insolventverklaring manipuleerbaar is. Zo kunnen de schuldenaar en de aanvragende schuldeiser bijvoorbeeld een betalingsregeling treffen waarbij de behandeling van de aanvraag op verzoek van partijen wordt aangehouden. Nu valt het met dat aanhouden sinds 1 april 2009 nog wel mee. Met ingang van die datum kan de behandeling ten hoogste vier keer worden aangehouden met een maximum van acht weken.<sup>81</sup> Niet onaannemelijk is dat strategisch gedrag bij bepaalde partijen, zoals banken en lease- en factoormaatschappijen, al in een veel eerder stadium, soms zelfs een jaar eerder wordt voorbereid. Zij zijn immers bij uitstek in staat om in een zeer vroeg stadium financiële problemen te zien aankomen. Een bank als kredietverschaffer van een

---

<sup>79</sup> zie Hoofdstuk 6.4.2

<sup>80</sup> §130 Insolvenzordnung

<sup>81</sup> Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken van 31 maart 2009, nr. 1.1.4.10, in werking getreden op 1 april 2009

onderneming bijvoorbeeld is er alles aan gelegen om zich zodanige zekerheden te verschaffen dat andere schuldeisers en daarmee de curator, wanneer het uiteindelijk uitdraait op een faillissement, het nakijken hebben. Overigens hanteert ook het Duitse recht een termijn van drie maanden.<sup>82</sup>

Alleen gedrag dat zich heeft gemanifesteerd binnen de verdachte periode van drie maanden voorafgaande aan het verzoek tot insolventverklaring en dat er op gericht is zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid aan de concursus creditorum te onttrekken zal in de visie van de Commissie gecorrigeerd kunnen worden door een vernietigingsactie van de bewindvoerder. De Toelichting verwijst daarbij expliciet naar het arrest AMRO/curatoren THB.<sup>83</sup> Lezing van het arrest leert echter dat de Hoge Raad overwoog dat voldoende was dat de betrokken "overnemer" op het ogenblik van de verkrijging wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement, onderscheidenlijk zijn surseance van betaling was te verwachten. Waar het Voorontwerp spreekt over een "onvermijdbare" insolventie, acht de Hoge Raad blijkens voornoemd arrest al voldoende dat sprake is van een "te verwachten" insolventie.

Gekoppeld aan de eis van de onvermijdelijkheid van de insolventverklaring is die termijn naar mijn mening dan ook op te vatten als een termijn ten dienste van de rechtszekerheid. De schuldeiser van de schuldenaar weet zich immers veilig tegen acties van de bewindvoerder indien de rechtshandeling zich buiten de termijn van drie maanden heeft voorgedaan, zelfs indien de rechtshandeling ziet op het zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid onttrekken aan de concursus creditorum. Een vernietiging op grond van art. 3.5.2 Voorontwerp is dan uigesloten. De curator zou dan bijvoorbeeld onder omstandigheden wel - evenals naar huidig recht het geval is - gebruik kunnen

---

<sup>82</sup> zie Hoofdstuk 6.4.2

<sup>83</sup> HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (*AMRO/Curatoren THB*)



maken van een actie op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Er is mijns inziens weinig verbeeldingskracht voor nodig om zich voor te stellen dat er situaties zijn waarin de schuldenaar en diens wederpartij, voordat de verdachte periode aanvangt, transacties met elkaar kunnen aangaan met een verplicht karakter, die er op zijn gericht de wederpartij boven andere schuldeisers te begunstigen en zodoende de overige crediteuren het nakijken te geven. Bovendien blijkt uit empirisch onderzoek dat de manipuleerbaarheid van het onderscheid verplicht-onverplicht gemakkelijk is te manipuleren.<sup>84</sup> Een selecte groep schuldeisers, zoals grote en zeer grote ondernemingen en banken, hebben de beschikking over voldoende middelen en tijd om de aanvraag tot insolventverklaring tot een zodanig door hen gewenst tijdstip uit te stellen dat eventuele verplichte rechtshandelingen voor de driemaandtermijn vallen en daarmee dus onaantastbaar zijn geworden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de verplichting tot het verstrekken van aanvullende zekerheden, voor zover deze dienen voor het 'egaliseren' van een onderdekking, de verplichting tot het meewerken aan een zogenaamde 'bodemverhuurconstructie', etc. Waar het Voorontwerp geen antwoord op geeft is de vraag wanneer de termijn begint te lopen als meerdere aanvragen zijn ontvangen. Het lijkt me niet al te moeilijk om voorafgaande aan de termijn van drie maanden rechtsgronden te creëren voor rechtshandelingen ten aanzien waarvan de verplichting om deze te verrichten pas ontstaat binnen de termijn van drie maanden. Naar mijn mening is de periode van drie maanden veel te kort, omdat in verreweg de meeste gevallen een mogelijke insolventie zich veel eerder aandient, soms een half jaar tot een jaar voorafgaande aan de uiteindelijke insolventverklaring. Gelet op de mogelijkheden die de hiervoor in het bijzonder genoemde schuldeisers ten dienste staan om al lang van tevoren een situatie te creëren waarbij de andere

---

<sup>84</sup> Van Dijk, 2006 (2), p. 112-123

schuldeisers -en dus de curator namens hen- het nakijken hebben, acht ik het verdedigbaar om de termijn te verlengen tot een jaar, en aldus te laten aansluiten bij de termijn van art. 3:42 e.v. BW.

### **5.3.1 De periode tussen aanvraag en insolventverklaring**

Wat vreemd aandoet in art. 3.2.5 Voorontwerp, is het feit dat niets is geregeld ten aanzien van rechtshandelingen of betalingen, verricht in de periode tussen de aanvraag tot insolventverklaring en de insolventverklaring zelf. Anders dan het Duitse recht, dat aan deze periode een aparte bepaling heeft gewijd.<sup>85</sup> Volgens mij dienen (verplicht verrichte) rechtshandelingen, verricht in deze periode, ook vernietigbaar te zijn. Kennelijk heeft de Commissie deze periode geheel over het hoofd gezien. Uitgaande van de idee dat de Commissie mede is geïnspireerd door het Duitse insolventierecht, is het op zijn minst frappant dat zij de regeling in het Duitse insolventierecht met betrekking tot de periode tussen aanvraag en daadwerkelijke insolventverklaring geheel over het hoofd heeft gezien. Ik zou denken dat hier overigens dezelfde criteria dienen te gelden, zoals wetenschap van de aanvraag of de wetenschap van de betalingsonmacht. Als de feitelijke betalingsonmacht echter pas na de aanvraag tot insolventverklaring is ingetreden, zou mijns inziens een rechtshandeling die na de aanvraag daartoe is verricht, slechts vernietigbaar behoren te zijn indien de schuldeiser wist of behoorde te weten van de aanvraag tot insolventverklaring of als hij wist of behoorde te weten van de betalingsonmacht. Denkbaar is voorts dat de (verdenking van) betalingsonmacht eerst na het verrichten van de rechtshandeling is ingetreden. Het komt immers wel voor dat sprake is van een tijdelijk betalingsprobleem op het moment dat een aanvraag tot insolventverklaring is ingediend, en dat er strikt gesproken geen sprake was van een toestand van betalingsonmacht. In dat geval zou de

---

<sup>85</sup> §130 lid 1 sub 2 Insolvenzordnung

rechtshandeling niet vernietigbaar zijn. Hier manifesteert zich voor de bewindvoerder eenzelfde bewijsprobleem als dat voor de curator bij de wetenschap van de faillissementsaanvraag van art. 47 Fw. Overigens til ik daar niet zwaar aan, omdat overigens de eis geldt dat de schuldeiser wist van de betalingsonmacht. Wetenschap van de betalingsonmacht is mijns inziens in dit verband synoniem met de wetenschap van een onvermijdelijke insolventverklaring. In zoverre kan de eis van de wetenschap van de insolventieaanvraag in casu worden opgevat als een uitbreiding van de vernietigingsgronden.

#### **5.4 Rechtvaardigingsgrond**

Het ontbreken van een voldoende rechtvaardigingsgrond voor de betaling of rechtshandeling is een voorwaarde om met succes een selectieve betaling dan wel een verplicht verrichte rechtshandeling te vernietigen. Of een rechtvaardigingsgrond al of niet aanwezig is zal onder meer moeten blijken uit de *omstandigheden* waaronder de betaling is gedaan resp. de rechtshandeling is verricht, de *redenen* daarvoor, de *relatie tussen partijen* en de *wetenschap bij de wederpartij* ten aanzien van de financiële situatie van diens schuldenaar. Uit de tekst van art. 3.5.2 leid ik af dat de bewindvoerder niet gehouden is de rechtvaardiging van de te vernietigen betaling of rechtshandeling aan te tonen, maar dat de bewijsopdracht daartoe ligt bij de schuldeiser van degene die insolvent is verklaard. De Toelichting laat zich feitelijk niet over een nadere definitie of omschrijving van de uitdrukking 'rechtvaardigingsgrond' uit. Een mogelijke aanwijzing voor de richting waarin te zoeken geeft de reactie van Kortmann op de kritiek van en de angst in bancaire kringen ten aanzien van de 'open norm' van art. 3.5.2 Voorontwerp. Ik leid uit Kortmanns reactie af dat die angst ongegrond is en dat de hoofdregel van art. 3.5.2 niet kan worden aangemerkt

als een open norm en aansluit bij de norm van art. 54 Fw.<sup>86</sup> Een rechtvaardigingsgrond kan dan bijvoorbeeld aanwezig zijn indien een bank onder dreiging van intrekking van een krediet betaling dan wel aanvullende zekerheden verkrijgt van de schuldenaar. Aldus beschouwd ligt de vraag naar de rechtvaardigingsgrond opgesloten in de vraag waarom een schuldeiser zich vóór de andere schuldeisers mag laten betalen, dan wel waarom hij zich voorrang mag toedelen door het nemen van zekerheden. Veelal doen dit soort vragen zich voor bij constructies tussen ondernemingen en banken, en in concernverhoudingen, tussen moeder- en dochtermaatschappijen.

De Toelichting op het Voorontwerp noemt een aantal voorbeelden van rechtshandelingen waarvoor een rechtvaardigingsgrond heeft te gelden. Zij verwijst naar transacties die tot de normale bedrijfsvoering behoren of die anderszins gebruikelijk zijn, zoals normale leveranties en dienstverleningen tegen (contante) betaling aan leveranciers en dienstverleners die weliswaar van de financiële problemen op de hoogte zijn en daarom kunnen weten dat een betaling aan hen formeel gesproken tot benadeling van de schuldeisers leidt. Voorts valt te denken aan de financiële adviseur die de schuldenaar begeleidt in een traject dat de financiële situatie weer gezond moet maken en de advocaat die de schuldenaar bijstaat in zijn verweer tegen een verzoek tot insolventverklaring. Vanuit het gezichtspunt van de relatie zijn echter ook voorbeelden te noemen waarvan het mijns inziens niet bij voorbaat vaststaat of de rechtshandeling gerechtvaardigd is. Wat te denken van personeel dat binnen de termijn van drie maanden nog achterstallig loon ontvangt? In Duitsland heeft de hoogste rechter zich hierover recent uitgelaten. Het betrof een geval waarin sprake was van een dreigende insolventie van een onderneming, waarover het personeel werd ingelicht op een aparte bijeenkomst met de voltallige bedrijfstop. Vervolgens werd door de werkgever alle

---

<sup>86</sup> Kortmann 2008, p. 27-31

achterstallig loon uitbetaald enkele weken voor de insolventverklaring. De bewindvoerder vorderde vervolgens het betaalde achterstallige loon van de ex-werknemers terug op grond van § 130 InsO. Tot in hoogste instantie werd beslist dat een werknemer die vanwege zijn positie bij de werkgever geen inzage heeft in de liquiditeit- en betalingspositie van de onderneming, geen onderzoeksplicht heeft.<sup>87</sup> Dat betekent dan dat werknemers welke die inzage beroepshalve wel hebben, zoals boekhouders, financiële managers, etc., wel een onderzoeksplicht kunnen hebben. In de genoemde zaak werd overigens de vernietigingsactie van de bewindvoerder door het BGH teruggedraaid. De reden daarvan was dat de betreffende werknemer niet wist, noch behoorde te weten van de betalingsonmacht van de (ex)werkgever. Voorts overwoog het Hof dat geen omstandigheden aanwezig waren die de wetenschap van betalingsonmacht veronderstelden als bedoeld in § 130 lid 2 InsO. De relatie tussen of de hoedanigheid van partijen waarover de Commissie spreekt, zou wel eens een belangrijk gezichtspunt kunnen gaan worden indien het Voorontwerp tot wet wordt verheven, meer nog dan de omstandigheden waaronder de rechtshandeling plaatsvond en de redenen daarvoor. Immers, de gebruikelijkheid van de rechtshandeling, evenals de invloed die een wederpartij op zijn schuldenaar kan uitoefenen, zijn beide afhankelijk van de relatie tussen beiden. Het maakt bijvoorbeeld wel wat uit of nog vlak voor de insolventie een extra betaling wordt gedaan of aanvullende zekerheid wordt verstrekt aan de huisbankier of dat de keurslager wordt betaald voor een pondje vlees. De betaling aan de bank zal, gelet op de onderlinge relatie, meer dan de betaling aan de slager als ongebruikelijk kunnen worden aangemerkt, omdat de bank in zijn hoedanigheid van kredietverstrekker - met het oog op zijn financiële belangen - volledig op de hoogte is (of hoort te zijn) van de (slechte) financiële positie van haar schuldenaar.

---

<sup>87</sup> BGH 19 februari 2009,(Az: IX ZR 62/08)

## **6. De paritas creditorum naar Duits recht**

### **6.1 Algemeen**

Zoals gezegd lijkt de Commissie de voorgestelde regeling ten aanzien van de vernietiging van verplichte rechtshandelingen (art. 3.2.5 Voorontwerp) goeddeels te hebben ontleend aan het Duitse recht. Ook de Duitse wetgever heeft getracht de gelijkheid van schuldeisers beter te waarborgen door introductie van wettelijke instrumenten ten behoeve van de bewindvoerder (Verwalter). Bij de vernieuwing van het insolventierecht werd daarom de regeling van de Insolvenzanfechtung<sup>88</sup> aangescherpt en verruimd. Omdat in Duitsland dezelfde problemen een rol speelden waarmee de praktijk en onze rechtspraak thans bij de toepassing van art. 47 Fw worstelen, acht ik een vergelijking met het Duitse recht op dat punt op zijn plaats ten aanzien van de centrale vraag van deze thesis. Ter wille van de leesbaarheid en de beschikbare ruimte het kader van deze thesis zal ik mij bij de bespreking van het Duitse insolventierecht beperken tot § 130 Insolvenzordnung<sup>89</sup>, en hier en daar waar strikt noodzakelijk, verwijzen naar andere bepalingen.

### **6.2 De Duitse Anfechtung in de Insolvenzordnung**

De Insolvenzordnung is per 1 januari 1999 in werking getreden. Daarmee zijn de Konkursordnung en de Vergleichsordnung komen te vervallen.<sup>90</sup> Die twee procedures zijn daarmee teruggebracht tot een uniforme procedure, evenals thans wordt voorgesteld in het Voorontwerp. Tegelijkertijd werd een aangescherpte en verruimde regeling van de Insolvenzanfechtung geïntroduceerd,

---

<sup>88</sup> in grote lijnen overeenkomend met onze faillissementspauliana, en eveneens ontleend aan de Romeinse Actio Pauliana

<sup>89</sup> zie verder Hoofdstuk 6.3

<sup>90</sup> Resp. de regelingen ten aanzien van het faillissement en de surseance van betaling

met als primaire doel de bevordering van de *paritas creditorum* (de gelijkheid van de schuldeisers).<sup>91</sup> Evenals dat in het Nederlandse faillissementsrecht het geval is, gaat het ook in de InsO om (rechts)handelingen, verricht voor datum faillissement, en die benadelend zijn voor de andere schuldeisers.<sup>92</sup> Een verschil met ons recht is dat *Unterlassungen* met rechtshandelingen worden gelijkgesteld.<sup>93</sup> Een "*Unterlassung*" is vrij vertaald op te vatten als een nalaten om iets te doen waar een handelen geboden is. Bijvoorbeeld het niet stuiten van een verjaring, het niet inroepen van een verrekening, etc. Ten aanzien van de aantasting van rechtshandelingen kent de InsO de "*kongruente Deckung*" en de "*inkongruente Deckung*".<sup>94</sup> Bij de *kongruente Deckung* gaat het om verplicht verrichte rechtshandelingen, dat wil zeggen dat bij de schuldenaar een - door de schuldeiser afdwingbare- rechtsplicht bestaat tot het verrichten van de rechtshandeling, bij de *inkongruente Deckung* gaat het om gevallen waarin de schuldeiser (nog) geen recht had op een door de schuldenaar te verrichten prestatie, dan wel om een rechtshandeling waarop de schuldeiser geen recht had. Zo beschouwd zijn beide regelingen goed te vergelijken met het onderscheid dat de Faillissementswet maakt tussen de vernietiging van verplicht dan wel onverplicht verrichte rechtshandelingen. Gelet op het onderwerp van deze thesis zal ik hierna alleen de *kongruente Deckung* nader bespreken.

### **6.3 De kongruente Deckung**

"Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat,

---

<sup>91</sup> De regeling van de Insolvenzanfechtung is opgenomen in § 129-147 InsO en is vergelijkbaar met onze faillissementspauliana.

<sup>92</sup> § 129 Abs. 1 InsO

<sup>93</sup> § 129, abs. 2 InsO

<sup>94</sup> § 130 resp. § 131 InsO

1. wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte oder
2. wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte“.

Aldus de tekst -voor zover hier van belang- van § 130 InsO, waaruit zo op het eerste gezicht blijkt dat deze veel verder gaat dan ons huidige art. 47 Fw en veel lijkt op de tekst van art. 3.2.5. Voorontwerp, met uitzondering van lid 2 van § 130 InsO, dat gaat over rechtshandelingen die zijn verricht na het verzoek tot insolventverklaring. Een hiermee overeenkomende bepaling ontbreekt in het Voorontwerp (zie ook hoofdstuk 5.3.1). Hierna zal ik de in § 130 InsO geformuleerde criteria nader beschouwen.

## **6.4 Criteria**

Los van het benadelingsvereiste, dat hier verder onbesproken zal blijven om al genoemde redenen, is een verplichte rechtshandeling die is verricht binnen drie maanden voorafgaande aan het verzoek om insolventverklaring aantastbaar,

1. wanneer de schuldenaar op het moment van het aangaan van de rechtshandeling verkeerde in de toestand van betalingsonmacht (*Zahlungsunfähigkeit*) en
2. de schuldeiser van dat laatste op de hoogte was.

Een verplichte rechtshandeling die is verricht in de periode tussen het verzoek tot insolventverklaring en de daadwerkelijke insolventverklaring is slechts vernietigbaar indien:

1. de schuldeiser ten tijde van de rechtshandeling op de hoogte was van de betalingsonmacht of



2. bekend was met het verzoek tot insolventverklaring

Opvallend is dat hier de uitzonderingsclausule 'behoudens een rechtvaardigingsgrond' ontbreekt. Dat komt meen ik doordat de 'Rechtfertigung' al ten tijde van het oude recht in de Duitse jurisprudentie is uitgekristalliseerd in gezichtspunten zoals de omstandigheden, de relatie schuldenaar/schuldeiser, de hoedanigheid van de schuldeiser/wederpartij van de schuldenaar, etc.<sup>95</sup>

Dat een rechtshandeling is *vorgenommen*, moet overigens niet worden verward met ons begrip van een voornemen om iets te doen of na te laten. Wat daaronder rechtens moet worden verstaan, is te lezen in § 140 InsO: "Eine Rechtshandlung gilt als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten". Het gaat hier dus om het intreden van het *rechtsgevolg* van de rechtshandeling. Hoewel de tekst anders doet vermoeden, is het voor een beroep op § 130 InsO voldoende dat aan een van de daarin genoemde criteria is voldaan.<sup>96</sup>

#### **6.4.1 Wetenschap van de Zahlungsunfähigkeit**

De term *Zahlungsunfähig* valt het beste te vergelijken met de in ons faillissementsrecht gehanteerde term "verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen", of de "betalingsonmacht". Hierna zal ik voor *Zahlungsunfähigkeit* dan ook de Nederlandse term betalingsonmacht gebruiken. In de praktijk wordt betalingsonmacht aangenomen in de situatie dat de schuldenaar een wezenlijk deel van zijn verplichtingen niet meer kan nakomen.<sup>97</sup>

Een liquiditeitstekort van bijvoorbeeld 10% is al voldoende om aan te nemen dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeert.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> zie ook Hess/Weis/Wienberg 2001, p. 1493-1510

<sup>96</sup> Hess/Weis/Wienberg 2001, p. 1495

<sup>97</sup> Hess/Weis/Wienberg 2001, p. 1498

<sup>98</sup> BGH 24 mei 2005, ZIP 2005, 1426

Zelfs is het zo dat het leggen van een executoriaal beslag omdat de schuldenaar niet (vrijwillig) betaalt, een sterke aanwijzing oplevert voor de betalingsonmacht van de schuldenaar.<sup>99</sup> De Duitse wetgever heeft niet gekozen voor een subjectieve wetenschap ten aanzien van de betalingsonmacht. Deze wetenschap is geobjectiveerd in § 130 lid 2 onder 2 InsO: omstandigheden die "...zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder der Eröffnungsantrag schliessen lassen" en waarvan kan worden aangetoond dat de schuldeiser daarvan op de hoogte was, zijn daartoe voldoende. Dus ook ten aanzien van de Eröffnungsantrag (het verzoek tot insolventverklaring) geldt een geobjectiveerd wetenschapsvereiste, evenals dat het geval is in het Voorontwerp.

Wanneer dus de schuldeiser, (in objectieve zin) wetende dat zijn schuldenaar niet (meer) in staat is zijn schuldeisers te betalen, desondanks zijn vordering opeist en betaald krijgt binnen drie maanden voorafgaande aan het verzoek tot insolventverklaring, kan hij zich geconfronteerd zien met een bewindvoerder die de betaling teruggeist met een beroep op § 130 InsO j°. § 140 InsO.

Van belang is op te merken dat het bij de kennis van de betalingsonmacht moet gaan om positieve wetenschap. Een 'behoren te weten' is niet voldoende. Echter, kennis van omstandigheden is voldoende, als die *dwingend* wijzen op de betalingsonmacht.<sup>100</sup> Daartoe kan de relatie tussen schuldenaar en schuldeiser uitkomst bieden. Uitgangspunt van de InsO is dat in beginsel geen enkele schuldeiser in een ten opzichte van zijn medeschuldeisers betere positie dient te verkeren.

Dat geldt met name voor diegenen die uit hoofde van hun hoedanigheid dan wel hun relatie tot de schuldenaar bijzondere kennis hebben over diens financiële situatie. De ervaring leert dat lang voor de aanvraag tot een insolventverklaring, schuldeisers die in een bijzondere

---

<sup>99</sup> Hess/Weis/Wienberg 2001, p. 1498

<sup>100</sup> Hess/Weis/Wienberg 2001, p. 1499

relatie staan tot de schuldenaar, dan wel uitstekend op de hoogte zijn van diens maatschappelijke en financiële positie, zeer goed in staat zijn om onder toepassing van druk hun vordering nog voor de andere schuldeisers geheel of gedeeltelijk veilig te stellen, waardoor de laatsten het nakijken hebben in een later uitgesproken insolventie.<sup>101</sup>

Voor bepaalde schuldeisers (Grossgläubiger), zoals Belastingdienst (Finanzamt) en Sociale verzekeringsinstellingen (Sozialkasse) geldt daarom een ruimere toerekening van de kennis van de betalingsonmacht, en hebben zij zelfs een onderzoeksplicht ten aanzien daarvan.<sup>102</sup>

De rechtvaardiging voor deze zeer ruime mogelijkheden om vóór de insolventverklaring verrichte rechtshandelingen aan te tasten wordt volgens Kirchhof gezocht in de gedachte dat het door die rechtshandeling ten onrechte verminderde vermogen van de schuldenaar door de bewindvoerder moet kunnen worden hersteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>103</sup> De regeling van de Duitse faillissementspauliana is er dus op gericht om ten behoeve van de paritas creditorum het fixatiemoment, evenals de Faillissementswet en het Voorontwerp dat doen, op een eerder tijdstip te kunnen laten ontstaan.

Dat de tekst van § 130 InsO nogal wat ruimte laat voor de aantasting van uiteenlopende soorten rechtshandelingen, spreekt voor zich. Zelfs ex-werknemers kunnen zo onder omstandigheden worden geconfronteerd met een terugvordering van uitbetaald achterstallig loon door hun insolvente werkgever, als dat loon is uitbetaald binnen drie maanden voorafgaande aan de aanvraag tot insolventverklaring.<sup>104</sup>

Gezien de overwegingen van het Bundesgerichtshof in de hiervoor genoemde procedure is de deur wijd open gezet voor terugvordering van uitbetaald achterstallig loon van personen die vanwege hun bijzondere positie binnen de

---

<sup>101</sup> Kirchhof, Llwowski, Stürner 2002, p. 466-467

<sup>102</sup> BGH, Urt. V. 19 juli 2001 –IX ZR 36/99, aaO S. 1643

<sup>103</sup> Kirchhof 2002, p. 467

<sup>104</sup> BGH 19 februari 2009 (Az: IX ZR 62/08)

onderneming op de hoogte geacht konden zijn van de betalingsonmacht van hun werkgever op het moment van de loonuitbetaling.

Het Duitse recht kent aldus een sterk geobjectiveerd begrip van het wetenschaps criterium ten aanzien van de betalingsonmacht, evenals het Voorontwerp. Wat opvalt, is dat § 130 InsO de wetenschap van benadeling van schuldeisers in het geheel niet vereist.

Het enkele feit van de wetenschap van de betalingsonmacht impliceert kennelijk ook de wetenschap van de benadeling.

#### **6.4.2 De verdachte periode**

Evenals het Voorontwerp kent de InsO een fatale termijn van drie maanden voorafgaande aan het verzoek tot insolventverklaring. Elke binnen die periode verplicht verrichte rechtshandeling dan wel betaling van een opeisbare schuld kan in beginsel door de bewindvoerder worden vernietigd.

Anders dan Van Dijck overigens meent, gaat de periode van drie maanden in de InsO terug tot drie maanden voorafgaande aan de *aanvraag* tot insolventverklaring, en niet tot aan de *opening* van de insolventieprocedure.<sup>105</sup> Ik neem aan dat hij zich heeft verschreven, omdat hij eerder wel juist aangeeft dat sprake moet zijn van drie maanden vóór de *Eröffnungsantrag*.<sup>106</sup>

Onder vigeur van het oude recht gold als aanknopingspunt de insolventverklaring. Het nadeel van de oude regeling was dat schuldeiser en schuldenaar de termijn tussen verzoek en daadwerkelijke insolventverklaring net zolang konden oprekken totdat de termijn binnen welke een rechtshandeling kon worden vernietigd, was verlopen. Dit was onbevredigend, omdat daardoor de andere schuldeisers risicoloos konden worden benadeeld. Dat heeft de wetgever voorkomen door aan te knopen bij het verzoek tot insolventverklaring.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 138

<sup>106</sup> Van Dijck 2006 (1), p. 132

<sup>107</sup> Uhlenbruck e.a. 2003, p. 1956 en ook Kirchhof, Lwowski, Stürner 2002, p. 466-467

Tegelijkertijd heeft de Duitse wetgever -anders dan de Commissie (zie hoofdstuk 5.3.1)- zich gerealiseerd dat ook gedurende de periode tussen verzoek en daadwerkelijke insolventverklaring verplichte rechtshandelingen kunnen worden aangegaan die vernietigbaar kunnen zijn. In § 130 lid 2, sub 2 InsO is daarom een bepaling opgenomen die de bewindvoerder een instrument aanreikt om rechtshandelingen, verricht in deze periode, aan te tasten. Vernietiging is dan mogelijk indien de schuldeiser ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling ófwel op de hoogte was van de betalingsonmacht van de schuldenaar, ófwel bekend was met het verzoek tot insolventverklaring.

## 7. Conclusie

De vernietiging van verplichte rechtshandelingen is naar huidig recht slechts mogelijk indien de curator aantoont dat de schuldeiser subjectief weet dat het faillissement was aangevraagd, dan wel indien schuldeiser en schuldenaar hebben samengespannen om deze schuldeiser boven de andere schuldeisers te begunstigen. De Hoge Raad heeft het criterium 'wetenschap van de faillissementsaanvraag' tot nu toe zeer strikt uitgelegd in de zin, dat sprake moet zijn van subjectieve wetenschap. Niet voldoende dus is een behoren te weten dat het faillissement onvermijdbaar is. Ten aanzien van het overlegcriterium geldt dat sprake moet zijn van samenspanning.

Niet voldoende is dat de rechtshandeling tot stand komt onder dreiging of druk van de schuldeiser.

In de literatuur is de laatste jaren veel kritiek geuit op deze strikte benadering van de Hoge Raad. Vaststaat dat de toepassing van art. 47 Fw aansluiting mist met het vermogensrecht. Veel schrijvers pleiten daarom -onder verwijzing naar sterk gewijzigde opvattingen in het vermogensrecht over de beoordeling van de geoorlooftheid van handelingen- voor een meer geobjectiveerde benadering van het wetenschapsbegrip van art. 47 Fw, zodat het overlegcriterium, dat feitelijk een lege dop blijkt, niet meer nodig is. Uit de huidige praktijk blijkt dat in bepaalde gevallen, zoals in geval van kredietverstrekking en in concernverhoudingen, lang voordat een daadwerkelijk faillissement wordt uitgesproken een zodanige situatie wordt gecreëerd, dat vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen met een beroep op art. 47 Fw daarmee onmogelijk is geworden, doordat mede het(on)verplichte karakter van rechtshandelingen door hen manipuleerbaar is. Ook in Duitsland is dit in de jurisprudentie onderkend. Voor zogenaamde Grossgläubiger, zoals Belastingdienst, geldt daarom een ruimere toerekening van kennis met de betalingsonmacht van de schuldenaar dan voor andere

schuldeisers. Zelfs hebben zij een onderzoeksplicht ter zake.

Het Voorontwerp blijkt de criteria van art. 47 Fw geheel te hebben losgelaten en heeft in plaats daarvan een aantal vernietigingsgronden geschapen die lijken op die uit de Duitse Insolvenzordnung. Wat vooral opvalt, is dat het Voorontwerp vernietiging mogelijk maakt als wetenschap aan de zijde van de schuldeiser bestaat van een onvermijdbare insolventverklaring, waar de Insolvenzordnung spreekt van wetenschap van de Zahlungsunfähigkeit. Daarmee sluit het Voorontwerp aan, zowel bij de ontwikkelingen in het vermogensrecht, als ook bij die in het Duitse recht. Voorts wordt de vernietigingsgrond gekoppeld aan een termijn van drie maanden voorafgaande aan de aanvraag tot insolventverklaring, evenals dit in het Duitse recht geldt. Deze termijn blijkt aantoonbaar gemakkelijk te manipuleren, in het bijzonder door de hiervoor genoemde schuldeisers, zodat een langere termijn, bijvoorbeeld van een jaar voorafgaande aan de aanvraag tot insolventverklaring een nog beter instrument tot vernietiging biedt aan de bewindvoerder en aldus meer recht lijkt gedaan aan de paritas creditorum. Het merkwaardige is dat het Voorontwerp een regeling mist voor de vernietiging van verplichte rechtshandelingen tussen insolventieaanvraag en de insolventverklaring zelf. Ik heb daarom voorgesteld om het Voorontwerp aan te laten sluiten bij het Duitse systeem, door eveneens rechtshandelingen tot stand gekomen binnen die periode vernietigbaar te achten indien de schuldeiser wist dan wel behoorde te weten van de aanvraag tot insolventverklaring of als hij op de hoogte was van de betalingsonmacht van de schuldenaar. Het Voorontwerp sluit vrijwel naadloos aan bij deze regeling van de vernietiging van verplichte rechtshandelingen. Opvallend is dat het Voorontwerp rechtshandelingen alleen vernietigbaar acht, indien daarvoor een rechtvaardigingsgrond ontbreekt. Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Duitse regeling. Ook het Duitse recht gaat uit van een geobjectiveerde

wetenschap van de betalingsonmacht voor zover het rechtshandelingen betreft die tot stand zijn gekomen binnen drie maanden voorafgaande aan de aanvraag tot insolventverklaring, en eveneens ten aanzien van de wetenschap van de aanvraag tot insolventverklaring ten aanzien van rechtshandelingen in de periode tussen de aanvraag tot insolventverklaring en de insolventverklaring zelf. Mijns inziens kan door enerzijds toevoeging van een bepaling die het mogelijk maakt om ook tussen insolventieaanvraag en insolventverklaring tot stand gekomen verplichte rechtshandelingen te vernietigen, anderzijds door oprekking van de vernietigingstermijn van drie maanden naar een termijn van een jaar voorafgaande aan de aanvraag tot insolventverklaring, het ter beschikking staande instrumentarium tot vernietiging van verplichte rechtshandelingen worden vergroot.

Al met al is de conclusie gerechtvaardigd dat het Voorontwerp betere instrumenten biedt aan de bewindvoerder om met succes verplichte rechtshandelingen aan te tasten dan mogelijk is naar huidig recht. Daardoor zal meer recht worden gedaan aan de *paritas creditorum*, met als bijkomstig voordeel dat daardoor de boedel wordt vergroot en de schuldeisers een hogere uitkering op hun vordering kunnen verwachten.



## Literatuurlijst

Van Dijck 2005

G. van Dijck, *De actio Pauliana in Nederland en de wet van de remmende voorsprong*, in: J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen: 2005

Van Dijck 2006 (1)

G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006

Van Dijck 2006 (2)

G. van Dijck, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana', *TvI* 2006, p. 112-123

Van Dijck 2008

G. Van Dijck, *Pauliana*, Deventer: Kluwer 2008 Mon. BW B4

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen 2005), Deventer: Kluwer 2005

Van der Feltz I 1994

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz (I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994

Hess/Weis/Wienberg 2001

H. Hess, M. Weis, R. Wienberg, *Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO: Band I Insolvenzordnung*, Heidelberg: Müller 2001

Huizink 2001

J.B. Huizink, 'Nogmaals artikel 47 Fw', *WPNR* (2001) 6429, p. 33-34

Kirchhof 2002

H.P. Kirchhof, H.J. Lwowski, R. Stürner, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, München: Beck 2002

Van Koppen 1995

F.P. van Koppen, 'Balanceren op het koord van de faillissementspauliana' (bespreking van: G.T.J. Hoff, *Balanceren op het koord van de faillissementspauliana* (Nibe bankjuridische reeks nummer 23), Amsterdam: NIBE 1995), *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995/6, p. 144/146.

Van Koppen 2001

F.P. van Koppen, 'Moet wetenschap van benadeling in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?', *WPNR* 2001 (6454)

Kortmann 2008

S.C.J.J. Kortmann, 'Enkele inleidende opmerkingen', *TvI* 2008, p. 27

Uhlenbruck e.a. 2003

W. Uhlenbruck e.a., *Insolvenzordnung: Kommentar*, München: Vahlen 2003

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De Faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator* (diss. Tilburg), Den Haag Schoordijk Instituut 1998

Vriesendorp 1996

R.D. Vriesendorp, *Art. 47: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*. Deventer: 1996

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van art. 47 Fw nader verkend'. *TvI* 1999-10, p. 172-180

Winter 1998

J.W. Winter in: *Vragen rond de faillissementspauliana*, Insolad-Jaarbundel 1998,  
§5

Commissie Insolventierecht, brief van 29 juni 2006,

[http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over\\_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/commissie-insolventierecht.aspx](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/over_wetgeving/privaatrecht/commissies-privaatrecht/commissie-insolventierecht.aspx)

Nederlandse Vereniging van Banken, brieven van 5 en 12 september 2008,

<http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>

Orde van Advocaten, brief van 2 oktober 2008,

<http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet/>

## **Jurisprudentieregister**

HR 1 juni 1891, *W* 6044

HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, 431 (*Van der Feltz q.q. / N.V. Hoornsche Crediet- en Effectenbank*)

HR 13 januari 1938, *NJ* 1938, 566 (*Kok / Okma q.q.*)

HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578 (*Doyer en Kalff/Bouman q.q.*)

HR 10 december 1976, *NJ* 1977, 617 (*Eneca / MCAM*)

HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 449 (*Amro Bank / curatoren THB*)

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

HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 527 (*Montana I*)

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

HR 12 april 1996, *NJ* 1996, 488 (*Montana II*)

HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (*Maclou/Prouvost-Van Schuppen*)

HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 m. nt. PvS (*Coral / Stalt*)

HR 20 november 1998, *JOR* 1999, 19 m. nt. NEDF (*Verkerk / Tiethoff q.q.*)

HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578 (*Van Dooren q.q. / ABN AMRO I*)

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

HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 654 (*Diepstraten / Gilhuis q.q.*)

HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 429 (*Cikam / Siemon q.q.*)

HR 18 januari 2008, *C06/111HR* m. nt. PvS (*Slijm / Brouwer*)

Gerechtshof Leeuwarden 23 juli 2008, *LJN* BD8794

Gerechtshof Arnhem 31 maart 2009, *LJN* BI2392

Rechtbank Utrecht 21 februari 2008, *LJN* BC4923

Rechtbank Utrecht 13 augustus 2003, *JOR* 2003, m. nt. RA

Bundesgerichtshof, Urt V. 19 juli 2001 (IX ZR 36/99), aaO S. 1643

Bundesgerichtshof 24 mei 2005, *ZIP* 2005, 1426

Bundesgerichtshof 19 februari 2009 (Az: IX ZR 62/08)