Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/170144

File ID	170144
Filename	7: Samenvatting

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolvencies : naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling
Author	R.J. de Weijs
Faculty	Faculty of Law
Year	2010
Pages	XXI, 484

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/336549

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

7 Samenvatting

7.1 Drie vormen van schuldeisersbenadeling

Elk ontwikkeld rechtsstelsel voorziet in de mogelijkheid bepaalde handelingen verricht voor de insolventverklaring aan te tasten op de grond dat de handeling schuldeisers benadeelt. Aangezien de verscheidenheid van schuldeisersbenadelende handelingen praktisch oneindig is, worden in de verschillende rechtstelsels telkens onderverdelingen gemaakt naar verschillende typen van handelingen. Deze onderverdelingen lopen echter langs verschillende lijnen. Om tot een vergelijking van de verschillende landen te komen, heb ik een onderverdeling gemaakt naar drie vormen van benadeling.

1) **Inbreuk op integriteit van verhaalsvermogen**
   Handelingen die, al dan niet samengenomen, nadelig zijn voor de schuldenaar zelf en daarmee in een latere insolventieprocedure nadelig zijn voor diens schuldeisers. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

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

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

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

3) **Benadeling door een dubbele opstelling van aandeelhouders**
Aandeelhouders kunnen door een dubbele opstelling schuldeisers benadelen. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

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

Een onderscheid langs deze lijnen ziet men weliswaar in mindere of meerdere mate terug in de verschillende landen, maar het is nergens consequent doorgevoerd. Zodra men geen helder onderscheid tussen deze vormen van benadeling aanbrengt, is het gevolg telkens dat het recht met vage normen moet gaan werken om een veelheid van ongerelateerde gevallen te bestrijken. De toepassing van het recht wordt daarmee ongewis. In die zin is deze driedeling niet enkel een model om het recht van verschillende landen te vergelijken, maar tevens een onderscheid dat binnen een rechtsstelsel aangehouden zou moeten worden.

7.2 Onderzoeksvraag: mogelijkheid en wenselijkheid van een objectieve regeling

Enkele benadeling van schuldeisers vormt onvoldoende grondslag om een handeling verricht voor formele insolventie aan te tasten. Het belang van de benadeelde schuldeisers botst namelijk met andere belangen, die ook bescherming verdienen. Met name kan hier gedacht worden aan i) het belang van de schuldenaar om onaantastbaar rechtshandelingen te kunnen verrichten, ii) contractuele finaliteit,[1] iii) het belang van de wederpartij om niet in een slechtere positie gebracht te worden en iv) de mogelijkheid voor schuldenaren in financiële mogelijkheden om te reorganiseren. Wil een handeling aantastbaar zijn, dan zal aan nadere criteria voldaan moeten zijn. Deze nadere criteria vormen de weerslag van een weging van de belangen van de benadeelde schuldeisers en de belangen die hier haaks op staan.

Nadere criteria zijn ofwel subjectief ofwel objectief. Subjectief zijn die criteria die betrekking hebben op de geestelijke gesteldheid van partijen, zoals bijvoorbeeld wetenschap van benadeling, opzet tot benadeling, wens tot bevoordeling en samenspanning. Objectieve criteria zijn die criteria die niets van doen hebben met

1 Contractuele finaliteit betreft het beginsel dat partijen bij een overeenkomst er in beginsel op moeten kunnen vertrouwen dat het aangaan van en uitvoering geven aan overeenkomsten onaantastbaar geschiedt. Zie hierover verder hoofdstuk 1 (§ 1.5.2).

de geestelijke gesteldheid van partijen. Onder objectieve criteria wordt ook de hoedanigheid van partijen gebracht, zoals het zijn van aandeelhouder of bestuurder van de schuldenaar.

Aan het hanteren zowel van objectieve als van subjectieve criteria zijn voor- en nadelen verbonden. De nadelen van subjectieve criteria zijn bovenal i) dat het tijdrovend en bewerkelijk is in rechte onderzoek te doen naar wat zich in het hoofd van partijen heeft afgespeeld, ii) dat de uitkomst van procedures veelal onzeker is, iii) dat subjectieve criteria de omvang van de benadeling van de schuldeisers zelf niet veranderen en in die zin voor de benadeelde schuldeisers niet relevant zijn en iv) dat subjectieve criteria een element van moreel verwijtbaar handelen in zich bergen waardoor nieuwe conflicten ontstaan. Objectieve criteria zullen als nadeel kunnen hebben dat i) zij onvoldoende ruimte bieden de bijzondere omstandigheden van het geval te verdisconteren, ii) dat zij het uitgangspunt van contractuele finaliteit minder goed kunnen beschermen en iii) dat met enkel objectieve criteria eenvoudig het nadeel van de benadeelde schuldeisers op de wederpartij kan worden afgewenteld, zonder dat hem een verwijt kan worden gemaakt.

De centrale onderzoeksvraag van deze studie is in hoeverre het *mogelijk* en *wenselijk* is tot een regeling van aantastbaarheid van handelingen wegens schuldeisersbenadeling te komen met enkel objectieve criteria. Daartoe wordt in de eerste plaats bezien of het Duitse, Engelse en/of Nederlandse recht voor een bepaalde vorm van benadeling enkel objectieve criteria hanteert. Indien een dergelijke regeling voorhanden is, wordt bezien of deze objectieve regeling voldoende het doel, dat met de regeling wordt nagestreefd, bereikt en tegelijkertijd voldoende recht doet aan belangen die haaks staan op die van de gezamenlijke schuldeisers. Voor zover een objectieve regeling de nadelen verbonden aan subjectieve criteria wegneemt, zonder zelf nieuwe nadelen te creëren, kan geoordeeld worden dat een objectieve regeling ook *wenselijk* is.

7.3 Ongelukkige, uniforme keuze Nederland, geen uniforme keuze Engeland en Duitsland

Men zou binnen een bepaald rechtsstelsel mogelijk verwachten dat een stelsel in het algemeen een keuze maakt, maar voor meer subjectieve of meer objectieve criteria. Het Nederlandse recht volgt in artikel 42 Fw en artikel 47 Fw een dergelijk uniforme benadering. In het Nederlandse recht is voor aantastbaarheid *altijd* vereist dat aan bepaalde subjectieve criteria is voldaan. Hooguit wordt met een bewijsvermoeden gewerkt. Zelfs ten aanzien van rechtshandelingen om niet, is nog immer vereist dat de *schuldenaar* handelde met de wetenschap van benadeling. Hoewel het Nederlandse recht een eenduidige keuze heeft gemaakt voor subjectieve criteria, is de pauliana naar Nederlands recht een berucht moeilijk leerstuk. De onderverdeling tussen verplichte en onverplichte rechtshandelingen, de vraag wiens subjectieve gesteldheid wanneer van belang is, en hoe de subjectieve criteria nader geïnterpreteerd dienen te worden, maken de Nederlandse pauliana

tot een welhaast ondoorgrondelijk leerstuk. In het hoofdstuk Nederland zijn dertien voorstellen tot aanpassing gedaan.

Het Duitse en het Engelse recht zijn niet zo eenduidig in hun benadering. Het Engelse systeem hangt de bescherming van de *paritas creditorum* in artikel 239 IA vrijwel volledig op aan de subjectieve gesteldheid van de schuldenaar. Deze moet gehandeld hebben met *a desire to prefer*. Bij de bewaking van de integriteit van het verhaalsvermogen in artikel 238 IA, verdwijnt de subjectieve gesteldheid van de schuldenaar echter vrijwel geheel uit beeld en is de subjectieve gesteldheid van de wederpartij irrelevant. Bij de bescherming van de *paritas creditorum* hanteert het Engelse systeem dus een subjectieve benadering, terwijl het bij de bescherming van de integriteit van het verhaalsvermogen een overwegend objectieve benadering volgt.

In het Duitse recht is de situatie juist andersom. In het Duitse recht wordt de bewaking van de integriteit van het vermogen door artikel 133 InsO vrijwel geheel opgehangen aan subjectieve criteria. Vereist is dat komt vast te staan dat de schuldenaar heeft gehandeld met het opzet (*Vorsatz*) te benadelen terwijl de wederpartij hiervan wist. De bescherming van de *paritas creditorum* gaat daarentegen vrijwel geheel voorbij aan de subjectieve gesteldheid van de schuldenaar en gaat ook in belangrijke gevallen voorbij aan de subjectieve gesteldheid van de wederpartij. Bij de bescherming van de *paritas creditorum* hanteert het Duitse systeem dus een overwegend objectieve benadering, terwijl het bij de bescherming van de integriteit van het verhaalsvermogen een overwegend subjectieve benadering toont.

Ten aanzien van de derde vorm van benadeling leidt de rechtsvergelijking tot nog veel opvallender conclusies. Het Duitse recht heeft zowel voor de financiering met aandeelhoudersleningen als voor de financiering met aandeelhoudersgaranties een uitgebreide regeling. Deze regeling maakt een integraal onderdeel uit van de bepalingen die tezamen de *Insolvenzanfechtung* regelen. De regeling hanteert enkel objectieve criteria. Kort gezegd worden aandeelhoudersleningen in de insolventieprocedure achtergesteld (artikel 39 InsO) en kunnen aandeelhouders voor hun leningen geen zekerheden bedingen (artikel 135 lid 1 sub 1 InsO). De terugbetaling van aandeelhoudersleningen in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring is aantastbaar (artikel 135 lid 1 sub 2 InsO). Verder leidt de voldoening in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring van een schuld waarvoor de aandeelhouder zich had sterk gemaakt, tot een rechtstreekse verplichting van de aandeelhouder jegens de boedel voor het bedrag waarvoor de aandeelhouder door de schuldeiser aangesproken had kunnen worden (artikel 135 lid 2 InsO). Het Nederlandse recht is daarentegen vrijwel blind voor de benadeling van schuldeisers die plaatsvindt door financiering met aandeelhoudersleningen en aandeelhoudersgaranties. Ten aanzien van het Nederlandse recht heb ik dan ook gepleit voor een regeling van achterstelling van aandeelhoudersleningen *in* faillissement en een verscherpt regime voor de terugbetaling van aandeelhoudersleningen *voor* faillissement. Daarbij heb ik ook een regeling bepleit die erin voorziet dat aandeelhouders niet afdwingbaar zekerheden kunnen bedin-

gen voor hun leningen. Tevens is een regeling voorgesteld die voorziet in een restitutieplicht van aandeelhouders jegens de boedel, voor zover een aandeelhouder zich jegens een bepaalde schuldeiser heeft sterk gemaakt en de schuldenaar in de aanloop naar de insolventverklaring (juist) deze schuldeisers voldoet. Het Engelse recht kent wel een algemene regeling die onderkent dat met de betaling van een schuldeiser zeer wel beoogd kan zijn een derde (de *garantor*) te bevoordelen (artikel 239 IA). Deze regel hanteert, anders dan het Duitse recht, subjectieve criteria en vereist dat is gehandeld met de wens juist deze derde te bevoordelen. Gelijk het Nederlandse recht, en daarmee anders dan het Duitse recht, ontbreekt in het Engelse recht een regeling die het financieren door een aandeelhouder met leningen aan banden legt.

7.4 Conclusie

De conclusie is dat, indien men een helder onderscheid hanteert tussen verschillende vormen van benadeling van schuldeisers, het telkens per vorm van benadeling mogelijk en wenselijk is tot een ten dele objectieve regeling te komen. Op onderdelen zullen nog steeds subjectieve criteria gehanteerd moeten worden. Een volledig objectieve regeling is dan ook niet mogelijk, maar een vergaand geobjectiveerde regeling wel.

Het Engelse recht toont dat, in afwijking van het Duitse en het Nederlandse recht, ten aanzien van inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen, ook bij handelingen anders dan om niet, in vergaande mate een objectieve regeling mogelijk is. De belangrijkste stap om hier tot een objectieve regeling te kunnen komen, is de sanctie te beperken tot het ongedaan maken van het voordeel dat de wederpartij geniet bij de transactie. Betoogd is dat een dergelijke, objectieve regeling ook wenselijk is. Om echter ook die handelingen die geruime tijd voor de aanvang van de insolventieprocedure hebben plaatsgevonden te kunnen bestrijden, evenals handelingen waarbij de benadeling van schuldeisers groter is dan de bevoordeling van de wederpartij, zal moeten worden teruggegrepen op subjectieve criteria.

Het Duitse recht toont dat, in afwijking van het Engelse en Nederlandse recht, ten aanzien van een doorbreking van de *paritas creditorum* in vergaande mate een objectieve regeling mogelijk is. De mogelijkheden van een objectieve regeling zien voornamelijk op handelingen waarbij een bestaande schuld op een afwijkende wijze wordt voldaan (zoals inbetalinggeving) of voldoening mogelijk wordt gemaakt (zoals het onverplicht verstrekken van zekerheden). Betoogd is dat een dergelijke, objectieve regeling ook wenselijk is. Voor de aantastbaarheid van incongruente inbreuken op de *paritas creditorum* die verder voorafgaand aan de insolventverklaring hebben plaatsgevonden, zal op subjectieve criteria moeten worden teruggegrepen. Hetzelfde geldt voor de aantastbaarheid van voldoeningen waartoe de schuldenaar was gehouden.

Het Duitse recht toont ook, wederom in afwijking van het Engelse en het Nederlandse recht, dat ten aanzien van benadeling van schuldeisers door een dubbele opstelling van aandeelhouders een in vergaande mate objectieve regeling mogelijk is. Bij een dergelijke, objectieve regeling worden i) leningen van aandeelhouders achtergesteld, ii) zekerheden voor aandeelhoudersleningen als niet afdwingbaar beschouwd, iii) terugbetalingen van deze leningen onderworpen aan een speciaal regime en wordt iv) het verminderen van *exposure* onder garanties gezien als een vorm van onttrekking van vermogen. Telkens is irrelevant of partijen handelden met een bepaalde subjectieve gesteldheid indien deze handelingen in een bepaalde periode voor de insolventverklaring hebben plaatsgevonden. Betoogd is dat een dergelijke, objectieve regeling niet alleen mogelijk, maar ook wenselijk is. Ten aanzien van de aantastbaarheid van de terugbetaling van aandeelhoudersleningen en de aantastbaarheid van een vermindering van *exposure* onder garanties zal, buiten een bepaalde periode, dienen te worden teruggegrepen op subjectieve criteria teneinde het uitgangspunt van contractuele finaliteit geen geweld aan te doen.

Om de conclusie, dat een vergaand geobjectiveerde regeling mogelijk is, kracht bij te zetten, heb ik in de Appendix uitgewerkt hoe een dergelijke, geobjectiveerde regeling er op hoofdlijnen uit ziet.