

HC 5A, 10-12-2018, Faillissement en afkoelingsperiode

In geval van een faillissement moet iemand met een gewone vordering zijn vordering indienen in het faillissement, maar iemand met een goederenrechtelijke recht die kan gewoon zijn recht uitoefenen. Die is niet afhankelijk van de curator. Hij kan zelf zijn recht vervolgen. Dat is de aard van het goederenrecht, dat geeft rechten die tegenwerpbaar zijn aan iedereen, ook tegenover de schuldeisers van een bepaalde partij. En ook tegen die partij zelf. En dus ook tegenover de curator als de desbetreffende wederpartij is staat van faillissement verkeert. Daar gaan we het over hebben. Om beter te kunnen begrijpen hoe het werkt in faillissement, is het goed om eerst het faillissement als zodanig te bespreken.

Faillissement en voortzetting van de onderneming

We gaan met name kijken naar de praktijk en de ontwikkelingen die in de rechtspraak hebben plaatsgevonden. Het faillissementsrecht is al oud. De faillissementswet dateert uit 1893. Toen kwam de faillissementswet tot stand, trad in werking in 1896. We hebben over het een van de oudste wetten van ons land. De wereld van 1893 zag er anders uit dan nu. In die tijd hadden we een agrarische maatschappij, tegenwoordig een geïndustrialiseerde partij. Sterker nog, meer een dienstenmaatschappij. Dat verschil nogal van de tijden van het tot stand komen van de faillissementswet. Als je kijkt naar de faillissementswet, dan zie je dat al die artikelen zijn gericht op een ding, en dat is de positie van de **schuldeisers**. Het faillissement is er om de schuldeisers te geven waar ze recht op hebben. De faillissementswet is een paar keer aangepast in de loop der tijd, maar ook in al die aanpassingen ging het toch bijna altijd om nog steeds die rechten van de schuldeisers. Maar vandaag de dag, vinden we andere dingen ook belangrijk. Het faillissement vinden we ook een functie hebben als het gaat om de onderneming als zodanig. Als een onderneming in staat van faillissement geraakt zal vaak de aandacht erop gericht zijn om die onderneming te redden. Te proberen die onderneming levensvatbaar te houden, om die lopende/draaiende te houden. Om de onderneming **going concern** over te dragen, om **werkgelegenheid** te behouden. En als je het zo leest in de kranten en ook als je curatoren erover hoort praten zal je haast denken dat het vooral daarom gaat. Dat is niet alleen een gevoel, maar we zullen zo meteen zien dat de Hoge Raad er ook gevolg aan heeft gegeven. De Hoge Raad heeft daadwerkelijk de curator de taak toebedeeld op het terrein van die maatschappelijke belangen. Het maatschappelijke belang van behoud van de onderneming en van behoud van werkgelegenheid. In het buitenland, als je kijkt wat daar gebeurd is, daar heb je faillissementsregelgeving die veel recenter is. In de afgelopen 10/20/30 jaar is in veel landen de faillissementswetgeving herzien. Het beroemdste voorbeeld daarvan is Chapter 11 in Amerika, waar dat bedoeld is om eigen een akkoord tot stand te brengen en op die manier te proberen de financiële problemen op te lossen zonder dat het komt tot een liquidatie. Zonder dat alles wordt verkocht maar er worden nieuwe afspraken gemaakt, er wordt een reorganisation plan gemaakt. Het wordt vervolgens uitgevoerd als het wordt geaccepteerd en goedgekeurd door de rechter, en dan zijn als het goed is de financiële problemen opgelost zonder dat er iets wordt geliquideerd, dus terwijl die onderneming gewoon blijft draaien. Duitsland ook recente herzieningen. Met name ook met het oog op het behoud van de onderneming, maar dan minder extreem dan in Amerika. Frankrijk is constant in herziening, daar wordt zo ongeveer elke anderhalf jaar de faillissementswet herzien. Dan wordt er een nieuwe procedure uitgevonden. Zodat je nu daar iets van vier procedures hebt, allemaal in meer of mindere mate erop gericht om de onderneming te behouden. De meeste van die procedures die zijn **primair** erop gericht om die onderneming te behouden. Dus de eerste prioriteit is kijken of we die onderneming kunnen redden. **Tweede** prioriteit is kunnen we in ieder geval nog de ondernemingsactiviteiten ten dele behouden met de daaraan verbonden werkgelegenheid. En pas als dat allemaal niet lukt, komt op trede drie het betalen van de schuldeisers. Dat doe je als de rest niet lukt. Schuldeisersbelangen staan daar letterlijk op de laatste plaats. Het belang van de onderneming staat

eerst. Dat is bij ons anders. Bij ons is staan schuldeisers op een. Er zijn wel plannen geweest voor een herziening, in 2007 heeft de commissie insolventierecht zelfs een hele nieuwe insolventiewet het licht doen zien. Die insolventiewet is in een diepe la beland, en is daar nooit meer uitgekomen. Recente tijden is het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht in ontwikkeling. Dat loopt, leidt soms tot wetgeving, tot dusver vooral op het terrein van de fraudebestrijding. Maar, het zit eraan te komen ook wetgeving te maken op het terrein van materieel faillissementsrecht om de procedure efficiënter te maken. We zullen straks daar nog op terugkomen. Tot dusver is de conclusie nog steeds dat de faillissementswet nog primair gericht is op het betalen van de schuldeisers. Dat is waar het nog allemaal om gaat.

Verplaats je eens in de positie van de curator. Stel dat je curator bent en dat het bedrijf betreft. Je komt binnen en in dat bedrijf staan machines, het is een meubelfabriek. Dus er zijn machines en hout. En je treft honderd werknemers aan. Je kijkt in de boeken en je ziet dat de bank een vordering heeft van 25 miljoen, met pandrechten en hypotheekrechten op alles. De fiscus heeft 10 miljoen te vorderen. En een hele verzameling van concurrente schuldeisers hebben samen 40 miljoen te vorderen. En, dat bedrijf dat draait nog. Het is failliet verklaard, maar produceert nog wel meubels op de dag van faillietverklaring. Je komt dan binnen als curator, en dan moet je dus zorgen voor de schuldeisers. Je weet dat het ook veel waard is als je de onderneming kunt redden. Hoe ga je dat aanpakken? Durf je te zeggen dat ze de machines aan moeten zetten? Wetende dat de kans levensgroot is, dat in ieder geval een deel van die schuldeisers een eigendomsvoorbehoud hebben. Als die het niet hebben, dan weet je dat het geheid zo is dat de bank aan pandrecht heeft. Durf je de machines aan te zetten? En het hout om te vormen in meubels? Het hout is dan weg, pandrecht is weg, eigendomsvoorbehoud is weg. Als je dat niet doet, je zet de machines af, dan heb je geen onderneming meer. Dan kun je de klanten niet meer beleveren. Dan is het ook snel afgelopen met die onderneming. Kortom, best lastig. Wat kun je doen en wat moet je doen? Dat zijn eigenlijk de problemen die we vandaag gaan bespreken.

Maatschappelijke belangen in het faillissementsrecht

De Hoge Raad heeft dat niet limitatief gedefinieerd, met welke maatschappelijke belangen de curator allemaal rekening moet houden, waar hij voor moet zorgen. Maar het gaat bijna altijd over de al genoemde belangen; behoud van de onderneming en de daaraan verbonden werkgelegenheid. Zijn er nog andere belangen waarvan je zegt dat het ook maatschappelijke belangen zijn waar rekening mee moet worden gehouden? Veiligheid bij een ziekenhuis dat failliet gaat. Wat zich in de praktijk wel heeft voorgedaan is het belang van het behoud van het Nederlands **cultuur** bezit. Het faillissement van Fokker bijvoorbeeld. In de boedel van Fokker zat een spin, het allereerste vliegtuig waarmee Fokker vloog. Dat is een icoon van de Nederlandse cultuurindustrie. Gooien ze die spin gewoon op de vrije markt met het risico dat er een oliesjeik komt die de hoogste prijs betaalt en onze spin naar een of andere stoffige woestijn slepen. Of moet je zorgen dat je dat in Nederland houdt, ook al beperkt dat je mogelijkheden? Neem je dan genoegen met een mindere prijs? Dat is een probleem waarmee de curatoren hebben geworsteld. Uiteindelijk hebben ze het ding kunnen verkopen aan een Nederlandse partij, het Omniversum, die een prijs betaalde ongeveer in overeenstemming met de getaxeerde waarde waardoor de spin voor Nederland behouden is. Helaas is vervolgens het Omniversum failliet gegaan, maar dat is een ander verhaal. Dat is een ander belang, cultuurbezit. Eigenlijk alles kan in theorie een maatschappelijk belang zijn. In de rechtspraak gaat het tot dusver vooral over de economisch getinte maatschappelijke belangen. Curatoren en rechter-commissarissen, die toezicht houden op curatoren, houden daar in de praktijk rekening mee. Ze moeten dat doen van de Hoge Raad, op straffe van mogelijke aansprakelijkheid.

HR 24 februari 1995, NJ 1995/472 (Sigmacon II)

Het eerste arrest waarin dat tot uiting kwam, en dat is ook nog steeds het duidelijkste arrest, is het arrest Sigmacon II. Sigmacon was een textiel fabriek. De curatoren die probeerden die onderneming te behouden, maar werden daarbij gehinderd door de fiscus. De fiscus had een bodemrecht, en die wilde dat bodemrecht op alle zaken executeren. Maar als je al die machines te gelde gaat maken, heb je geen onderneming meer. Dus, die curatoren verzonnen een wisseltruc. Ze leenden geld van de bank en betaalden alle bankschulden af. Geld was van een nieuwe bank en alle bestaande schuldeisers werden afbetaald, waardoor de eigendom terugviel in de boedel, waardoor de bodembeslagen vervielen, waardoor de curator in staat was om alles in zijn totaliteit over te dragen. De fiscus kwam daartegen in het geweer en zei dat de curatoren het bodemrecht hadden gefrustreerd en stelde de curatoren q.q. aansprakelijk. Dan krijg je een heel ingewikkeld arrest. De Hoge Raad zei dat het Hof gelijk had door hier geen aansprakelijkheid aan te nemen, want terecht dat het Hof geoordeeld dat de curatoren ook rekening hebben te houden met belangen van maatschappelijke aard. Dat werd daar gedefinieerd als de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacon werkzaam waren en van wie 200 in het kader van de overeenkomsten over de doorstart te zamen met het bedrijf van de faillierde door AaBee zijn overgenomen. Dus het oordeel dat de curator ook dit belang in zijn beleidsafwegingen heeft te betrekken, dat is normatief gesteld, dat oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Met andere woorden, hij mocht best dingen doen waarvan de fiscus last had. Dat de positie van de fiscus schaadde. Dat mocht, omdat de curator niet alleen aan de fiscus moet denken, niet alleen aan die schuldeiser moet denken, maar omdat de curator ook moet denken aan het algemene belang. Door die wisseltruc, was de curator in staat de hele onderneming over te dragen en te behouden. Helaas is de doorstarter ook weer failliet verklaard, niet al te lang erna. Maar niettemin is dit de uitkomst van deze procedure. Hij moet dus ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.

Verhouding maatschappelijke belangen en belang gezamenlijke schuldeisers

Volgende vraag, kan het zo zijn dat de curator niet alleen die ene schuldeiser schaadt, maar ervoor kiest om de gezamenlijke schuldeiser op de tweede plek te zetten om de onderneming te behouden? Of om zoveel mogelijk werkgelegenheid te behouden? Stel je vindt twee geïnteresseerde partijen om het bedrijf over te nemen. De ene biedt 10 miljoen en neemt 60 werknemers mee over en de andere partij biedt 9 miljoen maar neemt 80 werknemers mee over. Voor welke partij ga je? Voor de eerste, anders krijg je er alleen maar ellende mee. Je doet anders iets waarvan de Hoge Raad nog nooit heeft gezegd dat het mag. Je schaadt dan het **belang van de gezamenlijke schuldeisers**, waarvan we juist hebben gezegd dat de hele faillissementswet daarop is ingericht. Tot nu toe ging het altijd om individuele schuldeisers die er slechter af kwamen, zoals de fiscus. Over de gezamenlijke schuldeisers heeft de Hoge Raad het nooit gezegd. In de praktijk wordt er groot gewicht aan de maatschappelijke belangen toegekend. Het faillissement van DA bijvoorbeeld, daar is uiteindelijk de hele tent verkocht niet aan de degene die het hoogste bod had uitgebracht. De minder goede bieding is geaccepteerd, omdat dat gepaard ging met een betere deal voor de werknemers. Toch is het niet verstandig om te doen. Het heeft ook geen zin, waarom zou je het doen? Als het nou zo is, dat die ene 10 miljoen biedt, het is kennelijk dan zo dat die onderneming meer waard is met 60 werknemers. Kennelijk is dat de hoeveelheid werknemers die optimaal zijn om deze onderneming te exploiteren. Deze persoon denkt dat hij daarmee meer waarde kan creëren. Die ander accepteert dus meer werknemers dan eigenlijk nodig zijn en wordt daarvoor beloond door een korting. Hij neemt een suboptimaal pakket over, met eigenlijk te veel werknemers, maar dat kan omdat hij ook korting krijgt, namelijk dat miljoen. Als die 80 werknemers te veel zijn, dan zijn er inderdaad 20 te veel. Wat gaat hij dan vervolgens doen? Hij gaat ze ontslaan. Dat kan hij, want hij heeft een miljoen te spenderen om ze te laten afvloeien. Het resultaat is dat je een miljoen heeft afgehaald van de gezamenlijke schuldeisers, die krijgen dus minder. En met dat miljoen heb je gezorgd

dat 20 werknemers 50.000 euro krijgen, terwijl die andere werknemers die sowieso al niet mee overgingen niks hebben gekregen. In het faillissement worden er geen afvloeiingsregelingen betaald. Kortom, het kan leiden tot arbitraire uitkomsten. Uiteindelijk is het niet zo slecht om maar te gaan voor de beste prijs. Dat is kennelijk de partij die die onderneming het meest efficiënt kan voeren met daarmee ook de beste overlevingskansen. Het probleem is vaak dat er te veel werknemers zijn en dan los je het probleem niet op als je te veel werknemers mee laat overgaan. Kortingen om meer werknemers mee te laten nemen is eigenlijk nooit een goed idee. Je loopt ook risico's als je het doet, want waarschijnlijk zal er wel een schuldeiser je aansprakelijk stellen. Die miljoen die je van de gezamenlijke schuldeisers afpakt, die schuldeisers hebben ook ondernemingen met werknemers, en nu gaat er dus minder geld naar de schuldeisers, en misschien is dat net de druppel is voor een van die schuldeisers, die gaat misschien ook wel failliet omdat hij minder geld krijgt uit het faillissement. Dan verplaats je het probleem. Je kunt het beste maar zorgen voor de schuldeisers, en als het binnen de randvoorwaarden zonder hun belang te schaden mogelijk is om de onderneming te redden en werkgelegenheid te behouden, dan moet je het niet nalaten. Maar niet op de portemonnee van de gezamenlijke schuldeisers.

HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou en Prouvost)

De Hoge Raad heeft tot dusver nooit beslist dat de curator het zou mogen, de gezamenlijke schuldeisers achterstellen. Het standaardarrest in dit verband is het arrest Maclou en Prouvost. Daar ging het om een doorstartende curator. Daar was het een textielfabriek. Daar werd de hele onderneming overgedragen aan een doorstarter, de Leidse wolspinnerij. Alles wat in de fabriekshal zat werd ter hand gesteld aan de Leidse wolspinnerij. Inclusief voorraden waarop een eigendomsvoorbehoud rustte. Een deel van die voorraden waren onder eigendomsvoorbehoud toebehorend aan twee Franse schuldeisers: Maclou en Prouvost. Toen de nieuwe doorstarter allang aan het werk was kwamen Maclou en Prouvost hun garens ophalen. Toen zei de curator dat ze naar de Leidse wolspinnerij moesten gaan, want de curator had afgesproken dat ze rechten van derden zouden respecteren. De Leidse wolspinnerij had niet de rechten van derden gerespecteerd en gewoon de machines aangezet. Zo was niet meer duidelijk welke garens van wie waren. Voordat die discussie was uitgevoerd ging de Leidse wolspinnerij zelf failliet en waren de garens weg. Die garen waren verwerkt, en dus tenietgegaan. Ze stelden de curator aansprakelijk. De curatoren die werden niet persoonlijk aansprakelijk gehouden, alweer met de redenering dat de curatoren ook moeten zorgen voor de maatschappelijke belangen en daaraan kan voorrang toekomen. Alleen de Hoge Raad zegt er wel uitdrukkelijk bij, voorrang boven die van de individuele schuldeisers. Hier waren het twee individuele schuldeisers die in hun belangen ter achter werden gesteld. Hier heeft de Hoge Raad dus niet gezegd dat het oké is als de curator de gezamenlijke schuldeisers ter achter stelt bij belangen van maatschappelijke aard. Zoals gezegd, dat heeft de Hoge Raad tot dusver nooit gezegd.

HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (Mobell)

De Hoge Raad heeft wel een keer erbij gezegd, wat niet zo'n maatschappelijk belang is. Toen heeft de Hoge Raad eraan toegevoegd dat het een zwaarwegend maatschappelijk belang moet zijn. Dat was in het arrest Mobell. Eigenlijk was dit een beetje dezelfde casus als in Maclou. Ook daar werd alles wat er was verkocht en ter hand gesteld aan een derde, met de afspraak dat rechten van derden moesten worden gerespecteerd. Het enige verschil was, dat deze derde niet de onderneming ging doorstarten, Mobell was een meubelwinkel, maar deze partij die wilde een opheffingsuitverkoop houden, dus die ging ook liquideren. Er waren eigenlijk geen maatschappelijke belangen van werkgelegenheid aan de orde. Of nou de curator zelf liquideert, of die opkoper doet dat, dat maakt niet uit. Die curatoren probeerden het nog, dat het efficiënter was als de derde het deed. Daarvan zegt de Hoge Raad, het belang van een **efficiënte afwikkeling** van het faillissement dat is **niet zo'n zwaarwegend belang**, waarvoor je de belangen van individuele schuldeisers mag opofferen. Dus deze curatoren die werden uiteindelijk aansprakelijk gehouden. Maclou ging over een persoonlijke aansprakelijkheid. Dit ging om een

aansprakelijkheid in hoedanigheid, q.q. Er is verschil in toets. Er werd alleen niet zo heel goed geprocedeerd in deze procedure, waardoor eigenlijk de Maclou norm van zojuist ook hier werd toegepast.

Problemen bij de doorstart

De curator heeft dus nu de opdracht om ook rekening te houden met mogelijke doorstart, behoud van de onderneming. De faillissementswet geeft eigenlijk heel weinig mogelijkheden om die onderneming door te starten. Dat is juist omdat die faillissementswet daar niet op is toegesneden. Die is gemaakt om ondernemingen te liquideren. Om alles wat er is te gelde te maken en te verdelen onder de schuldeisers. Al die bevoegdheden van de curator zijn niet gericht op behoud van de onderneming. Je zou haast zeggen, in tegendeel. De curator probeert de meubelfabriek overeind te houden, de curator raakt verzeild in een wereld van problemen. Die machines die nodig zijn om meubels te maken, daar rust een pandrecht op. De bank constateert dat het bedrijf failliet is, en gaat executeren. Het is een goederenrechtelijk recht, dus dat kan gewoon. Artikel 57 Fw: separatisten hoeven zich van het faillissement niks aan te trekken. Zonder hout kun je geen meubels maken, maar de leveranciers gaan niet meer beleveren, want het bedrijf is failliet. En als ze gaan leveren willen ze contant betaald krijgen, ze gaan dan echt geen krediet leveren. Sterker nog, de bestaande leveranciers zullen ook eisen dat het oude hout eerst ook betaald moet worden voor ze nieuw hout leveren. Ze schorten hun verplichtingen op, met het oog op de betaling van de oude leveranties. Een ander probleem is dat de werknemers ook gaan rondkijken of ze ergens anders een betere toekomst hebben. De beste werknemers hebben altijd als eerste elders een baan. Het werknemersbestand loopt dan leeg. Sommige zijn essentieel voor de bedrijfsvoering. Je loopt het risico dat ze weglopen. Het bedrijf heeft dingen gehuurd, misschien wel het pand. Artikel 39 Fw zegt dat de verhuurder in faillissement zonder meer de huurovereenkomst kan opzeggen met inachtneming van een termijn van maximaal 3 maanden. Dan is er geen pand meer. Kortom, het is heel erg moeilijk om al deze problemen te overwinnen. Want alle partijen zijn nodig om die doorstart te doen slagen. Als het hierbij zou blijven, is het heel lastig. Als de bank komt voorrijden met vrachtauto's om hun stil pandrecht om te zetten in een vuistpand, wie is de curator dan om te zeggen dat het niet mag.

De afkoelingsperiode

Er is een klein spoortje licht aan de horizon, want in die 125 jaar is de faillissementswet een aantal keren herzien. Er is een klein stukje in de faillissementswet dat de curator van dienst kan zijn. Dan hebben we het over de afkoelingsperiode. Die is ingevoerd toen boek 3, 5 en 6 BW werden ingevoerd in 1992. Met het oog op de invoering van het nieuwe vermogensrecht is er toen meer wetgeving aangepast. In dat proces is op een merkwaardige manier artikel 63a in de faillissementswet ingevoerd. Een soortgelijke bepaling vind je in artikel 241a voor de surseance en sinds 1998 hebben we ook de WSNP, daar is artikel 313 Fw die verwijst naar de bepaling voor faillissement. De rechter-commissaris kan op **verzoek** van elke **belanghebbende** of ambtshalve bij schriftelijke beslissing een **afkoelingsperiode** afkondigen waarin elke bevoegdheid van derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of curator bevinden, die bevoegdheden worden voor een periode van twee maanden **opgeschort**. Die kunnen niet worden uitgeoefend behalve met zijn machtiging. Je kunt je niet verhalen op boedelbestanddelen, je kunt geen goederen opeisen, zonder dat de rechter-commissaris een machtiging daarvoor heeft gegeven. Die periode duurt maximaal 2 maanden en kan 1 keer worden verlengd met nog een keer 2 maanden. Dus in totaliteit kan het 4 maanden duren. Die afkoelingsperiode treft dus ook partijen met een goederenrechtelijk recht. Die treft dus ook de pandhouder en de hypotheekhouder. Waar het op neerkomt is dat in de afkoelingsperiode de situatie zoals je die aantreft als curator wordt bevroren. Vandaar de term afkoelingsperiode. Een faillissement heeft gevolgen voor de gewone schuldeisers. Die kunnen niet meer zelf beslag leggen. Die kunnen zelf niet meer betaling afdwingen. Maar

goederenrechtelijke rechten, die worden door het faillissement als zodanig niet geraakt, artikel 57 Fw voor pand en hypotheek. Maar in de afkoelingsperiode, wordt die bevrozende werking die het faillissement al heeft voor gewone schuldeisers, zo'n soortgelijke werking maar dan heel anders krijg je in de afkoelingsperiode ook voor goederenrechtelijke gerechtigden. Het treft ook **separatisten**. Die kunnen hun recht niet uitoefenen, ze kunnen niet executeren gedurende de periode dat de afkoelingsperiode duurt. Wat nou precies ze niet kunnen uitoefenen hebben we het zo meteen over.

Doel afkoelingsperiode

De afkoelingsperiode is eigenlijk de faillissementswet in gerommeld, er is nauwelijks over gedebatteerd. De memorie van toelichting is niet erg lang. De curator heeft in die eerste tijd na de faillietverklaring tijd nodig om zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen. Hij moet uitzoeken wat onder eigendomsvoorbehoud zit en wat niet. Wat kan worden verkocht, wat behoort toe aan anderen. Hij heeft er tijd voor nodig om dat uit te zoeken. En hij heeft tijd nodig om uit te zoeken welke goederen hij voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in verband met de mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf. De afkoelingsperiode geeft de curator tijd om na te denken. De bank die met de vrachtauto voor de deur staat om bijvoorbeeld het stille pandrecht om te zetten in een vuistpandrecht, kan gewoon weer naar huis. Omdat die spullen niet kunnen worden opgeëist in de afkoelingsperiode. Wat het precies te betekenen heeft komen we zo op terug.

Positie derde in afkoelingsperiode

Als je artikel 63a Fw uitpluist, kom je tot twee types van verboden handelingen. Je kunt geen verhaal nemen op tot de boedel behorende goederen. Een pandrecht dat rust op een boedelbestanddeel, een hypotheekrecht rust op een boedelbestanddeel. Ondanks dat het pandrecht en het hypotheekrecht verhaalsrechten zijn, voorrangrechten, is dat verhaal niet mogelijk gedurende de afkoelingsperiode. Als die afgelopen is kunnen ze weer terugkomen. Tenzij ze een machtiging bij de rechter-commissaris krijgen. Wat ook niet kan, de andere verboden handeling, is **opeising**. Je kunt geen goederen opeisen die zich in de macht van de faillieerde of de curator bevinden. Het omvat bijvoorbeeld het omzetten van een stil pandrecht in een vuistpandrecht. Dat kan niet, dat is opeisen van een goed dat in de macht van een curator zit. Maar ook de leveranciers met een **eigendomsvoorbehoud** kunnen niet revindiceren in de afkoelingsperiode. Die goederen vallen niet in de boedel, want ze behoren toe aan de leverancier. Ze worden dus niet getroffen in het faillissementsbeslag. Maar die spullen zijn doorgaans wel in de macht van de curator of van de schuldenaar en kunnen dus niet worden opgeëist. Tenzij, de rechter-commissaris een machtiging geeft.

Afkoelingsperiode

Op de boedel kun je geen verhaal nemen. Het is dus iets ruimer, omdat ook spullen die niet in de boedel vallen, maar wel in de macht of schuldenaar. Daartoe strekt de afkoelingsperiode zich ook uit. Die goederen, die kan de rechthebbende dus niet opeisen.

Positie curator

Als je dat vanuit de positie van de curator bekijkt, dan geeft hem dat het recht om een goed niet af te geven. Als de ander niet kan opeisen, niet kan executeren, dan kan de curator het onder zich houden. Hij heeft dus een bevoegdheid om die spullen onder zich te houden. Ook al is duidelijk dat die spullen dat die spullen aan een ander toebehoren. Dat is nogal wat. Iemand heeft het eigendomsrecht, het meest omvattende recht dat je op een zaak kunt hebben. En je komt bij de curator om je recht uit te oefenen, en de curator geeft de spullen niet mee. En daar is hij bevoegd toe. Normaal gesproken is het een onrechtmatige daad als je de eigenaar afhoudt van zijn eigendomsrecht. Maar door de afkoelingsperiode heb je een wettelijke bevoegdheid om het weigeren het af te geven. Als je een recht hebt dan pleeg je

geen onrecht als je dat recht uitoefent. Dus die andere kant, de rechthebbende, kan zijn eigendomsrecht niet uitoefenen, maar heeft ook geen vordering uit onrechtmatige daad want er wordt geen onrecht gepleegd. Soms kan dat wat ongelukkig uitwerken. En de afkoelingsperiode is ook helemaal niet zo goed geregeld. Maar wat je precies mag, en of het altijd wel oké is om het niet af te geven is wat onduidelijk. Wat als het duidelijk is dat het bedrijf niet gaat voortzetten. Is het dan nog wel oké als curator om erop te blijven zitten? Dat is dus niet zo netjes wettelijk geregeld. Als dat het geval is, is het vaak zo dat de rechter ad hoc iets moet verzinnen om het weer een beetje in balans te brengen. Misschien gaat een afkoelingsperiode soms te ver. Een mooi voorbeeld daarvan is **Rb. Amsterdam 2 februari 2005**, JOR 2005/81. Dit is een mooi geval in het faillissement van Air Holland. Je kon met Air Holland vliegen, het was een vliegtuigmaatschappij die een paar keer in surseance is komen te verkeren. Ook failliet is gegaan en nu niet meer bestaat. De surseance werd uitgesproken met bepaling van een afkoelingsperiode op 2 november 1999. De rechter-commissaris kan de afkoelingsperiode afkondigen, maar de rechter kan het ook bij het uitspreken van het faillissement zelf. Hier was een afkoelingsperiode afgekondigd. En Air Holland had vliegtuigen in lease, waaronder een vliegtuig geleased bij een partij genaamd Arcturus. Arcturus komt op de hoogte van de surseance van Air Holland en die kozen ervoor om de leaseovereenkomst te ontbinden. Het gebeurde op 17 november 1999. De leaseovereenkomst werd ontbonden, dus het vliegtuig moest terug. Het gebruiksrecht ontleende je als Air Holland aan de leaseovereenkomst, die is ontbonden, dus het vliegtuig moet terug. Maar er was een afkoelingsperiode. Wat doe je dan, je gaat naar de rechter-commissaris en je vraagt machtiging. Die rechter-commissaris moet er even over nadenken, en voor hij beslissing neemt, hoeft de curator het niet terug te geven. Wat de curatoren deden is, ze weigerde af te geven. Niet omdat ze dat vliegtuig nog wilde gebruiken, want de leaseovereenkomst was ontbonden dus ze konden hem niet meer gebruiken, maar bovendien was ook al duidelijk dat ze het niet nodig zouden hebben. Want het vliegtuig paste niet meer in de nieuwe opzet van Air Holland. Er was nog een akkefietje met Arcturus, namelijk de vraag of Arcturus nog geld verschuldigd was aan Air Holland. De curatoren waren weinig geneigd dat vliegtuig uit handen te geven, zolang dat akkefietje niet was geregeld. Dus dat was een pressiemiddel om druk te zetten om die afspraken te maken over dat openstaande bedrag. Die afspraken worden gemaakt op 23 november. Er wordt 67.000 dollar betaald door Arcturus. Arcturus mag het vliegtuig ophalen, hetgeen gebeurt op 24 november. Arcturus was tegen die tijd zo boos, dat hij besloot om de bewindvoerders, inmiddels curatoren, aansprakelijk te stellen voor hun handelswijze. Dat is dus lastig, omdat de curatoren bevoegd waren de spullen niet terug te geven. Dat was de strekking van de afkoelingsperiode. De rechtbank is hier in staat om, om die afkoelingsperiode heen te redeneren en toch aansprakelijkheid q.q. aan te nemen. Want, hier werd de afkoelingsperiode eigenlijk gebruikt voor een doel waarover die afkoelingsperiode niet is gegeven. Dat doel hebben we zojuist gezien, dat is tijd kopen om te beslissen. Bij vliegtuigen is dat geen probleem, dat is een registergoed. Het was heel duidelijk dat het vliegtuig niet van Air Holland was. Bovendien was ook al duidelijk, dat het tweede element, kijken welke goederen je voor de boedel zou behouden, bijvoorbeeld door de koopprijs alsnog te betalen als het gaat om iets dat onder eigendomsvoorbehoud is geleverd of om te betalen als je wil voorkomen dat iets wordt geëxecuteerd, dat deed er allemaal al niet meer toe, omdat het vliegtuig geen betekenis meer had voor Air Holland. Nu dat juist het doel was van de afkoelingsperiode, en eigenlijk die afkoelingsperiode werd ingezet voor een ander doel, was het gebruik maken van die bevoegdheid misbruik. Het gebruik van de bevoegdheid om het niet terug te geven was misbruik van bevoegdheid. Als je in die sferen komt, bleek dat je die bevoegdheid toch niet had, dan kun je dus toch de conclusie bereiken dat je onrechtmatig hebt gehandeld. Die afkoelingsperiode is niet bedoeld om onderhandelingsposities te versterken. Het is fijn dat je dat kunt als curator, maar daar is de afkoelingsperiode niet voor. En dus, werd er toch aansprakelijkheid aangenomen. Dan zie je hoe zo'n wettelijk instrument, dat weinig contouren heeft, toch invulling krijgt in de rechtspraak. In dit geval ten gunste van de getroffen partij, de eigenaar van het vliegtuig.

Gebruiks-, verbruiks-, of vervreemdingsbevoegdheid curator?

Wat mag de curator nu eigenlijk allemaal in die afkoelingsperiode? Denk aan de meubelfabriek. Die afkoelingsperiode die helpt, want dat hout waar een eigendomsvoorbehoud op rust hoeft je niet terug te geven gedurende twee maanden. Die machines waarop een pandrecht rust, die kunnen niet door de bank worden opgehaald. Betekent dat ook dat je het hout mag verbruiken? Betekent dat je de machines mag gebruiken? Of dat je geleasede machines waarvan de leaseovereenkomst is opgezegd nog mag gebruiken? Heeft de curator een gebruiksbevoegdheid? Een verbruiksbevoegdheid? Of een vervreemdingsbevoegdheid als het handelsvoorraad betreft die onder eigendomsvoorbehoud is geleverd? Als je de onderneming wil doorzetten, is het vaak nodig dat je de spullen daadwerkelijk gebruikt, verbruikt of vervreemd. Als je artikel 63a Fw leest zal je niet aantreffen dat de curator dat mag. Er staat alleen maar dat die goederen niet kunnen worden opgeëist, dat je geen verhaal kunt nemen. Waaruit je kunt opmaken dat de curator niet hoeft terug te geven. Maar mag de curator ze ook gebruiken in de afkoelingsperiode? Dat is een vraag waarop geen duidelijk antwoord bestaat. Als het niet voortvloeit uit een tekst, dan kijk je naar de bedoeling van de wetgever. Staat het er niet, maar is het wel de strekking van die bepaling? Wat heeft de wetgever gezegd? Niet zo veel. Er staat niet dat hij het mag gebruiken. Hij mag een oordeel vormen, dus nadenken. Als je je afvraagt welke goederen je wil behouden, betekent het nog niet dat je ze kunt behouden. En nog minder, dat je voordat je ze kunt behouden al kunt gebruiken. Dat staat er ook niet. Enige link die je hebt is dat er ook in die laatste regel staat: 'bijvoorbeeld in verband met een mogelijke voorzetting of verkoop van het bedrijf'. Maar zo'n terloops voorbeeld dat bovendien is gekoppeld aan niet daadwerkelijk gebruik, maar aan alleen maar nadenken of je het wil behouden, dat is een zwakke basis om een conclusie op te gronden dat het oké is dat een curator bijvoorbeeld een eigendomsrecht teniet doet gaan. Er rust niet echt eenstemmigheid over in de literatuur. De heersende leer is ieder geval dat artikel 63a Fw als zodanig **niet** die bevoegdheden geeft. Hetgeen niet betekent, dat ze er niet kunnen zijn. Je moet alleen die bevoegdheid dan ergens anders zoeken. Soms kan die best bestaan. Als bijvoorbeeld die leaseovereenkomst nog niet is ontbonden, dan loopt die nog. Dan geeft de leaseovereenkomst de bevoegdheid om die spullen te gebruiken. Dan is er niks mis mee. Als de schuldenaar ze mocht gebruiken op grond van die overeenkomst, mag de curator het ook. Stel voor dat de leaseovereenkomst wel is beëindigd. Dus dan kan daar niet meer de bevoegdheid aan worden ontleend, om bijvoorbeeld die auto te kunnen gebruiken. Dan is het nog best denkbaar dat je ad hoc een nieuwe **afsprake** maakt met de leasemaatschappij, waar een gebruiksvergoeding wordt betaald voor gebruik tijdens de afkoelingsperiode. Ook in het goederenrecht geldt, als je dingen kunt afspreken, dan is dat een mooie manier om de problemen op te lossen. Als je die afspraken niet hebt, kun je dan nog als curator gebruik maken van die spullen? Is het bijvoorbeeld denkbaar, om een beroep te doen op Maclou en Prouvost? Daar hebben we gezien dat de curator ook voor behoud van de onderneming moet zorgen, voor de maatschappelijke belangen, en dat het soms ten koste kan gaan van de belangen van individuele schuldeisers. Hier is er sprake van een individuele partij die er last van heeft, bijvoorbeeld de leverancier onder eigendomsvoorbehoud. Sterker nog, onder Maclou was het een leverancier onder eigendomsvoorbehoud die er last van had. Kun je die redenering niet ook hier inzetten? Dat de curator toch gewoon de machines kan aanzetten, en de spullen verwerken? En als het handelsvoorraden betreft de spullen verkopen? En dan als blijkt dat het eigendomsvoorbehoud teniet is gegaan zeggen dat hij ook aan de onderneming moest denken. Is het mogelijk om die gedachte hieraan te hangen? Op het eerste gezicht denk je dat het wel een beetje hetzelfde is. Als het daar kon, waarom zou het hier niet kunnen? Het eigendomsrecht is een hoeksteen van ons vermogensrecht. Daar is ons recht op gebouwd. Dat geeft bescherming aan de rechthebbende. Het is het meest omvattende recht dat je op een zaak kunt hebben. Dus als je daarmee aan de haal gaat, dan ben je aan het rotzooien met de oerkrachten van het privaatrecht. Dat is niet iets wat je lichtvaardig moet doen. Daarnaast was in Maclou die inbreuk die gemaakt werd van totaal andere orde dan wanneer je de machines weer aanzet en zelf hout maakt tot meubels. En het eigendomsvoorbehoud vernietigt. De

curator zet de machines aan, dus doet het eigendomsvoorbehoud tenietgaan. In Maclou was juist **afgesproken** dat de doorstarter de rechten van derden zou respecteren. Die wilden helemaal niet dat de doorstarters er truitjes van maakte, die wilden juist dat ze er afbleven. Je moet nog wel een paar stapjes extra zetten om de conclusie te kunnen nemen dat die regel uit Maclou meebrengt dat de curator zelf het eigendomsvoorbehoud teniet mag doen gaan.

In de praktijk wordt het wel gedaan. Mooi voorbeeld daarvan is het faillissement van MS Mode. Daar werd ook geprobeerd door te starten en de curatoren die schreven een brief aan alle leveranciers (staat op nestor), daarin staat dat ze hebben gehoord van de failliet dat er algemene voorwaarden worden gehanteerd die doorgaans meebrengen dat een eigendomsvoorbehoud niet wordt gerespecteerd, maar het kan zo zijn dat de voorwaarden niet van toepassing zijn, maar dat de voorwaarden van de leverancier van toepassing zijn. Een eigendomsvoorbehoud kan het dus soms overleven. Maar, omdat het er zoveel zijn en het allemaal zo druk is in de periode na het faillissement, kunnen de curatoren niet heel snel weten welke eigendomsvoorbehouden er bestaan. En welke kleding toebehoort aan welke partij. De curatoren stellen voor dat zij alles gewoon gaan verkopen. De winkels blijven open. MS Mode heeft een geavanceerd voorraadregistratiesysteem. Wat ze zullen doen is als straks de doorstart is geregeld, of het is duidelijk geworden dat het niet gaat gebeuren, dan zullen ze afrekenen. Dan krijgen de leveranciers alsnog (een deel van de) opbrengst van de kleding waarvan achteraf bleek dat er een eigendomsvoorbehoud op rustte. Kortom, wat de curatoren hier in wezen doen, is zonder dat ze toestemming hebben eigenmachtig spullen van derden verkopen. Binnen de beroepsgroep is er overeenstemming dat dit nog net is wat kan. Als je ervoor zorgt dat die opbrengsten ook **daadwerkelijk** ter beschikking komen van de leverancier. Op een of andere manier zorg je ervoor dat die spullen misschien wel verloren zijn gegaan, maar dat de opbrengsten ervan aan hen toekomt, voor zover dat eigendomsvoorbehoud daadwerkelijk blijft te bestaan. Er wordt wel aangenomen dat je dan nog net binnen de grenzen van Maclou blijft en niet aansprakelijk bent als curator. De Hoge Raad heeft hier nooit over beslist. Je steekt als curator dan toch wel je nek uit.

Gebruiksbevoegdheid curator?

Er zijn een paar arresten waaraan je soms aanwijzingen zou kunnen ontleen dat je wel het zou kunnen **gebruiken** in de afkoelingsperiode. Veel minder vergaand, want je krijgt de spullen uiteindelijk nog terug. HR 13 mei 2005, NJ 2005/406 (**BaByXL**). Hier ging het om computerapparatuur servers. Die waren geleased door de failliet, BaByXL, een internetprovider. Die had notabene de huur, de leasetermijnen, al voorruit betaald toen ze in surseance ging. Desondanks, zei de lessor de leaseovereenkomst op. Die had kennelijk geen zin met een (bijna) failliete partij opgezadeld te zitten. Die had het recht om op te zeggen, stond in het contract. Toen zeiden de curatoren, surseance is bedoeld om de onderneming voort te zetten. Daarmee strookt niet dat zo'n leasemaatschappij de huur kan beëindigen. In surseance kan alleen de schuldenaar opzeggen was het idee. Daarvan zegt de Hoge Raad, het kan zo zijn dat alleen de schuldenaar kan opzeggen in surseance, dat staat inderdaad in de wet. Maar dit is geen opzegging, dit is ontbinding. Dat recht blijft bestaan en het staat in de overeenkomst, dus het kan. Maar zegt de Hoge Raad, de nadelige gevolgen daarvan die kunnen zij het slechts tijdelijk, worden **ondervangen** door de **afkoelingsperiode**. Waardoor opeising kan worden verhinderd. Kortom, de nadelige gevolgen van zo'n opzegging, die worden ondervangen voor een tijdje door de afkoelingsperiode. Staat er niet, maar de suggestie zou dan kunnen zijn dat je het in die afkoelingsperiode dan ook kunt gebruiken. Want als je het niet kunt gebruiken, wat heb je dan aan de servers die je hebt geleased. Kun je nog steeds je onderneming niet drijven. Dan zijn die nadelige gevolgen niet ondervangen. Dus, met enige lenigheid van geest, zou je hierin kunnen lezen dat de afkoelingsperiode wel een gebruiksbevoegdheid geeft. In het stuk van Van der Aa, wat in de klapper is

opgenomen, die je dat zij ook die kant op denkt en redeneert. Het staat er dus niet uitdrukkelijk, je zou het erin kunnen lezen.

Vervreemdingsbevoegdheid?

In **Mobell** kwam de materie ook zijdelings aan de orde. Maar dan niet verbruik, maar vervreemding. Kun je gedurende de afkoelingsperiode vervreemden? Alle spullen werden overgedragen aan een opkoper. Maar hier heeft de Hoge Raad erover beslist, in ieder geval kon hier geen vervreemdingsbevoegdheid worden ontleend aan de afkoelingsperiode, omdat hier al sprake was van een liquidatie. Er was al besloten om die onderneming niet voort te zetten. Het werd verkocht aan een opkoper. Voor zover die afkoelingsperiode inderdaad al een functie zou hebben, wat de Hoge Raad niet beslist heeft, dan geldt dat niet als er al besloten is dat die onderneming niet wordt gehouden, maar juist wordt geliquideerd. Want hier was het een liquidatieverkoop. Als je zou willen zou je hier kunnen zeggen, a contrario als je wel voortzet, mag je wel vervreemden. A contrario is risicovol, gaat bijna altijd fout. Het is wel iets wat je in een betoog zou kunnen meenemen, ten betoge dat je wel vergaande bevoegdheden hebt als curator. Duidelijkheid hierover is hier dus niet. Het is vooral iets wat in de praktijk zoekend en voelend wordt geprobeerd. Tot dusver niet tot de Hoge Raad geprocedeerd, dus nog geen duidelijkheid.

Afkoelingsperiode en stil pandrecht

Sinds de invoering van de afkoelingsperiode is er wel iets van wetgeving gekomen. Vroeger was er alleen artikel 63a Fw. Sommige onduidelijkheden die aanvankelijk bestonden heeft de wetgever willen opheffen door iets nadere invulling te geven voor bepaalde gevallen, onder andere de vraag hoe het werkt met een stil pandrecht. Een stil pandrecht is ook een goederenrechtelijk recht. Artikel 63a Fw zegt dat je geen verhaal kunt nemen, maar betekent dat ook dat je geen **mededeling** kunt doen als stille pandhouder? Heeft de wetgever goed over nagedacht en heeft een bepaling het licht doen zien, artikel 63b Fw. In geval de schuldenaar overeenkomst artikel 3:239 BW een stil pandrecht heeft gevestigd op een vordering op naam, blijft de pandhouder bevoegd de mededeling te doen. Kortom, in de afkoelingsperiode kun je mededeling doen waardoor het geld dus niet meer bij de curator binnenkomt, maar je mag je niet uit die opbrengst verhalen. Het geld komt bij jou binnen als pandhouder, maar je mag nog niet het geld in eigen portemonnee stoppen. Je moet het storten bij een bewaarder, totdat de afkoelingsperiode afgelopen is. Als dat het geval is, dan pas kun je verhalen. Eigenlijk heeft dus niemand daar wat aan, want het geld dat bij de bewaarder staat kun je toch niet gebruiken als curator. De financiële zekerheidsovereenkomst (fzo) heeft ook gevolgen voor de afkoelingsperiode. Want afkoelingsperiode treft alle goederen, voor zover het goederen betreft waarvoor een fzo is gesloten, wordt de toepasselijkheid tijdens de afkoelingsperiode uitgezonderd voor die desbetreffende goederen (artikel 63d Fw). Hiertoe was de Nederlandse wetgever verplicht, omdat de fzo inhoudt dat je op een gemakkelijke manier moest kunnen executeren zonder last te hebben van het faillissement. Dat betekent dat je de afkoelingsperiode moet kunnen uitschakelen. Alleen maar voor die desbetreffende goederen.

Afkoelingsperiode en bodemrecht

Artikel 63c Fw, inmiddels een beetje achterhaald. In de afkoelingsperiode kan een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud zijn spullen dus niet opeisen. Die blijven dus staan op de bodem van de belastingschuldige. Dat zou dus kunnen betekenen dat in die afkoelingsperiode de ontvanger op zijn gemak bodenbeslag kan leggen en daardoor zijn positie zou kunnen verbeteren, terwijl de leverancier zijn spullen niet van de bodem kan afhaken. De remedie daarvoor is artikel 63c Fw. De ontvanger kan wel bodenbeslag leggen. Maar, hij kan dat beslag niet tegenwerpen aan de leverancier als die heeft aanspraak gemaakt op afgifte van de zaak bij deurwaardersexploot. Hij kan het niet daadwerkelijk gaan ophalen, maar als hij een deurwaarder op pad stuurt om te zeggen dat hij aanspraak maakt op afgifte,

komt die afgifte niet maar ben je wel veiliggesteld tegen een bodembeslag van de ontvanger. Maar, artikel 22bis IW blijft ook van toepassing. Hetgeen betekent dat je hier per saldo nog niks aan hebt, want voordat je dat doet, moet je dat even melden. Dus dat blijft van toepassing. Hij moet de ontvanger waarschuwen.

Wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht'

Er is een wetgevingsprogramma gaande, waar tot dusver alleen maar fraudebestrijding uit voortkomt. Maar, in een redelijk oude brief is een contour geschetst van wat er nog aan zou kunnen komen. Het is er tot dusver nog niet. Het zal nog jaren duren voordat het er is. In 2012 dacht de wetgever inderdaad aan de invoering van een gebruiks-, verbruiks- en vervreemdingsrecht voor de curator. Dus wat tot dusver ontbrak in de faillissementswet, misschien dat het er in de toekomst wel komt. Maar, we zijn inmiddels al heel wat jaren verder. Dus het is afwachten of het er komt, en als het er komt hoe het eruit komt te zien. Maar, wat dat betreft gloort er licht aan de horizon voor curatoren.

HC 5B, 12-12-2018, (Faillissements)pauliana

De faillissementspauliana zou beter passen bij het vak Verbintenissenrecht, maar ook weer niet. Vanwege de band van de pauliana met het verhaalsrecht, past het goed bij het vak Goederenrecht. Verhaalsrecht is een rode draad in dit vak. Het is bedoeld om verhaalsrechten van schuldeisers te beschermen. Dat maakt het ook meteen een vreemde eend in de bijt van het verbintenissenrecht. Want bij bedrog, bedreiging, enz, heb je altijd de partij die nietigheid inroept ten aanzien van een overeenkomst bijvoorbeeld, tegenover de andere partij. Want in die relatie is er bedreiging geweest, of bedrog geweest. Maar bij de pauliana is de vreemde situatie dat een buitenstaander buiten de relatie tussen de partijen die betrokken zijn bij die overeenkomst. Het is een buitenstaander die de nietigheid inroept, die die overeenkomst tussen de andere partijen vernietigt. Die buitenstaander is juist de schuldeiser of de curator die opkomt, die probeert zijn eigen belangen te beschermen en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers die door die rechtshandeling zijn geschaad. Vandaar de faillissementspauliana.

(Faillissements)pauliana

Die komt in verschillende soorten en mate. Er is een pauliana geregeld in boek 3, artikel 3:45 e.v. BW. Die kan dus door iedere schuldeiser worden ingeroepen. Er is ook een pauliana in de faillissementswet, artikel 42 e.v. Die regelingen lopen eigenlijk bijna helemaal gelijk op. Dus de waarden voor het inroepen van de pauliana buiten faillissement en de pauliana binnen faillissement zijn bijna helemaal hetzelfde. Dus dat gaan we niet afzonderlijk behandelen. We zullen het gewoon hebben over de pauliana binnen faillissement. Dat is ook de pauliana die het vaakst wordt ingeroepen. Sterker nog, de pauliana wordt buiten faillissement bijna nooit ingeroepen. Bijna altijd is het de curator, heel af en toe de ontvanger, en heel, heel af en toe een bank. In faillissement zit ook een stukje pauliana, die niet in het BW staat. Dat is namelijk artikel 47 Fw. De pauliana ingeroepen tegen verplicht gestelde rechtshandelingen. Dus rechtshandelingen waartoe een verplichting bestond om ze te verrichten. Dat is uniek voor het faillissementsrecht. Beide zullen we gaan behandelen. Je moet de pauliana zien tegen de achtergrond van de beperkingen die het faillissement biedt, of die aan het faillissement zijn gesteld. En in zijn algemeenheid ook beperkingen die aan het verhaal van de schuldeiser zijn gesteld.

Bescherming tegen een benadeling in de verhaalsmogelijkheden

De schuldenaar staat in met zijn gehele vermogen. De opbrengsten worden verdeeld onder alle schuldeisers. Dat is een hoeksteen van ons vermogensrecht, maar die regels, artikel 3:276 of 277 BW, die beperken de schuldeiser niet in de mogelijkheden om over zijn vermogen te beschikken. Hij kan

dingen doen, die een (schadelijke) uitwerking hebben op zijn vermogen. Daardoor worden de mogelijkheden voor de schuldeisers om hun vorderingen te verhalen beperkt en geschaad. Hun verhaalsmogelijkheden kunnen worden benadeeld, doordat de schuldenaar kan doen wat hij wil. Als we bijvoorbeeld hebben schuldeiser X die 10.000 euro te vorderen heeft van partij A. Partij A die heeft een auto van 20.000 euro. X kan als A niet betaalt beslag kan leggen op de auto. Die wordt verkocht en van de opbrengst kan hij zichzelf verhalen. Het restant krijgt A. Maar, als A nou voordat er beslag op ligt, een koopovereenkomst sluit en om wat voor reden dan ook besluit om die auto niet te verkopen voor 20.000, maar voor 5.000. Bijvoorbeeld, omdat hij B toch wel heel erg aardig vindt, of omdat hij een hekel heeft aan X. Het kan nog gekker, het kan ook dat A bijzonder aardig is en de auto schenkt aan B. Artikel 3:276 en 277 staan hieraan niet in de weg. A is gewoon eigenaar van de auto. Eigendom is het meest omvattende recht dat je op een zaak kunt hebben, je kunt ermee doen wat je wil. Maar toch voelen we allemaal dat dit niet helemaal oké is. A is wel vrij om te doen wat hij wil, maar is het wel gerechtvaardigd dat X dat moet accepteren. Want als die auto verkocht is voor 5.000 euro, dan kan X dus beslag leggen op 5.000 euro als hij gelukt heeft dat het geld nog niet is uitgegeven. Dan komt X dus te kort. Hij is geschaad in zijn verhaalsmogelijkheden. Hier komt de pauliana binnen, want die neemt als uitgangspunt dat inderdaad het prima in orde is dat A al die rechtshandelingen stelt, maar die geven de bevoegdheid aan de schuldeiser om op te treden tegen dit soort acties als aan de voorwaarden van de pauliana is voldaan. Dat verklaart waarom een buitenstaander in kan breken in de relatie tussen A en B. Hij kan inbreken, omdat de wetgever heeft gemeend dat dat mag omdat die transactie tussen A en B zijn belangen schaadt, zijn verhaalsmogelijkheden schendt.

Relatieve nietigheid

Dat verklaart ook waarom de nietigheid die het gevolg is van een geslaagd beroep op de pauliana, van andere orde is dan een nietigheid die het gevolg is van bijvoorbeeld zo'n wilsgebrek. Dan is gewoon normaliter de rechtshandeling helemaal van tafel. Maar, het rechtsgevolg van een geslaagd beroep op de pauliana is een relatieve nietigheid. Dat maakt het een stuk gecompliceerder. Want die nietigheid is niet absoluut, die rijkt alleen maar zover als nodig is om de belangen van die schuldeiser te beschermen. Je breekt als het ware in, in de partijautonomie van A en B. Die hebben een contract gesloten waartoe ze volkomen bevoegd waren. En desondanks breekt een buitenstaander daarin in, en dat is dus alleen gerechtvaardigd voor zover dat ook daadwerkelijk nodig is om de belangen van de schuldeiser veilig te stellen. Vandaar dat deze nietigheid van andere orde is. Relatief in de zin van dat slechts ten opzichte van de inroepende schuldeiser die transactie als nietig geldt. Voor de rest van de wereld blijft die transactie in stand en wordt die erkend. Alleen de schuldeiser die hem heeft ingeroepen, moet dus wel aan de voorwaarden zijn voldaan, die kan die rechtshandeling beschouwen als zijnde nietig, als zijnde niet meer bestaand. Als X deze koopovereenkomst vernietigt met een beroep op de pauliana, dan kan hij dus die verkoop wegdenken. Die bestaat wat hem betreft niet. Zodat wat hem betreft er geen titel was voor een overdracht van A en B. Zodat wat hem betreft A nog steeds eigenaar is van de auto. Dan kan hij zich dus beslaan. Hij kan beslagleggen op de auto die wat hem betreft nog steeds in het vermogen van A zit, en A is zijn schuldenaar. Als er nog een schuldeiser Y is, die de pauliana niet heeft ingeroepen. Hij heeft ook een vordering van 10.000 euro. Voor hem is die transactie nog steeds gewoon geldig, dus hij kan zich überhaupt niet verhalen op die auto. Hij moet verhalen op de 5.000 euro die daarvoor in de plaats is gekomen. Of hij moet zelf ook de pauliana inroepen, want dat kan ook. Die transactie is ook geldig ten opzichte van B. Want, in de relatie tussen A en B is dat gewoon een rechtsgeldige overeenkomst. Dus A was echt verplicht om die auto te leveren, tegen betaling van 5.000 euro. Dus het feit dat die pauliana is ingeroepen, betekent ook dat B niet krijgt waarop hij recht heeft. Zijn auto wordt namelijk uitgewonnen voor een schuld die A heeft. Dus dat betekent dat B tegenover A best een beroep op die overeenkomst kan doen. Hij kan dus schadevergoeding vorderen van A. Want hij heeft een auto geleverd gekregen voor 5.000 euro. En die auto mag hij niet houden, die wordt uitgewonnen voor een

schuld van A. Waarvoor A heeft in te staan. Dus in die relatie is die overeenkomst gewoon geldig. Hij is alleen relatief nietig. En ook in andere zin is die relatief nietig. Dat zojuist noemen we de **subjectief-relatieve nietigheid**. Maar die transactie is ook **objectief-relatief nietig**. Die nietigheid strekt alleen maar zover als nodig is, om de benadeling ongedaan te maken. In dit geval als X de pauliana inroept, er ligt beslag op de auto en hij verhaalt zich, er komt een opbrengst 10.000 euro. X is voldaan. Dan valt hij meteen uit beeld. Zijn belangen zijn gewaarborgd. Hij heeft met behulp van de pauliana gekregen waar hij recht op heeft. Maar er is nog 10.000 euro over. Wat moet je met die 10.000 doen? Nu de belangen van X zijn veiliggesteld, kun je gevolg geven aan de oorspronkelijke rechtshandeling en moet die 10.000 euro, het overschot, toekomen aan de eigenaar van die auto en dat is B. Want, zolang X zich nog aan het verhalen was, kon X A als eigenaar beschouwen. Maar X is uit beeld, hij is betaald en dus geen schuldeiser meer, en nu bekijken we het weer met frisse ogen. Dan constateren we dat de auto van B is uitgewonnen en dat er een overwaarde was. Dat moet dus naar B gaan, als zijnde iemand die eigenaar was van de desbetreffende auto. Dus een **tweevoudige relativiteit** van de nietigheid. Het idee van die relativiteit van die nietigheid, dat maakt het toch een lastig concept. Als iets relatief nietig is, voor sommige geldig en voor andere non-existent. Altijd lastig. Pauliana is een lastig leerstuk, niet alleen vanwege de relativiteit, maar ook omdat er heel veel rechtspraak over is die ook niet allemaal gemakkelijker met elkaar te verenigen is. Het is heel erg complex geworden. Er zijn maar bijzonder weinig mensen die er nog alles van snappen. Het is lastig toe te passen in de praktijk, met name als een bedrijf geherstructureerd wordt en er allerlei transacties worden verricht. Terwijl dat faillissement dreigt. Om het nog erger te maken, als een transactie paulianeus is, is hij ook vaak strafbaar. Want de pauliana heeft een strafrechtelijk zusje, de bedrieglijke bankbreuk.

We gaan alle toepassingsvoorwaarden voor de pauliana behandelen. We beginnen bij een gewone, artikel 42 Fw. We eindigen met de bijzondere faillissementspauliana van artikel 47 Fw. Bij de pauliana is in ieder geval overzichtelijk dat je de vijf voorwaarden die je moet afvinken op een presenteerblaadje krijgt uitgereikt. Als je overal een kruisje achter kunt zetten, dan is eraan voldaan.

Vereisten (faillissements)pauliana

Deze vijf vereisten zijn nodig voor een geslaagd beroep op de pauliana. Voor zover het een gewone pauliana betreft, moet sprake zijn van een **rechtshandeling**, die moet **onverplicht** zijn verricht. Die moet **benadeling** tot gevolg hebben gehad. Er moet **wetenschap van die benadeling zijn aan de zijde van de schuldenaar**. En als het een rechtshandeling anders dan om niet betreft moet ook de **wederpartij wetenschap van die benadeling** hebben gehad. Dit moet je kunnen afvinken. En nog meer goed nieuws, sommige hiervan zijn niet ingewikkeld, die zijn redelijk duidelijk. Bijvoorbeeld de eerste, er moet sprake zijn van een rechtshandeling.

Vereiste #1: rechtshandeling

Dat is logisch. De pauliana is een vernietigingsactie. En wat vernietig je? Rechtshandelingen. Andere handelingen, feitelijke handelingen, die kun je niet vernietigen. Als A de auto van 20.000 niet voor 5.000 overdraagt aan B, maar als hij iets anders doet bijvoorbeeld in brand steken, dan is dat erg benadelend voor de schuldeisers. Met de pauliana kan de curator niks doen. De auto zal een smeulende hoop blijven. Als hij verkocht is onder de prijs, dan is dat een rechtshandeling. Daar kun je dus wel wat aan doen met de pauliana. In ons voorbeeld is dat natuurlijk de koopovereenkomst.

Vereiste #2: onverplichtheid

Ook dat is inmiddels wel uitgekristalliseerd in de rechtspraak. We weten dat een rechtshandeling onverplicht is, als er geen verplichting bestaat die rechtshandeling te verrichten. Een verplichting moet je zien als een rechtsplicht. Rechtens verplicht zijn om iets te doen. In ons systeem hebben we eigenlijk

maar twee smaken. Er kan een verplichting ontstaan uit de wet en uit de overeenkomst. Dus je moet vaststellen of er sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Verifiëren of er ergens in de wet of in een overeenkomst die door de schuldenaar is gesloten een verplichting bestaat om de desbetreffende rechtshandeling te verrichten. Is het antwoord ja, dan is het een verplichte rechtshandeling. En dan heb je al verloren, want dan kun je niet meer met artikel 42 Fw uitkomen. Hooguit kun je dan artikel 47 Fw proberen, maar daar zullen we het zo meteen nog over hebben. Dan heb je heel weinig kans bij de huidige stand van de rechtspraak. Maar wat artikel 42 Fw betreft lig je er al uit, want een van de vereiste is dat er sprake is van een onverplichte rechtshandeling. Iets van een complicatie, het moet wel worden betrokken op de rechtshandeling die daadwerkelijk is verricht. Als je iets anders doet om min of meer hetzelfde resultaat te bereiken dan is dat dus niet een verplichte rechtshandeling. Je moet de verplichting betrekken op de rechtshandeling zoals hij daadwerkelijk is gesteld. Als je een schuld hebt die je moet betalen, maar die is nog niet opeisbaar. Dus je hebt bijvoorbeeld afgesproken dat je betaalt over dertig dagen. Als je dan betaalt, ook al ben je verplicht te betalen, maar als je betaalt voor het moment van opeisbaarheid dan geldt dat in het kader van de pauliana als een onverplichte rechtshandeling. Onverplicht is dus niet hetzelfde als onverschuldigd.

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

Een voorbeeld van dat er wel een verplichting was, maar niet tot het verrichten van de desbetreffende rechtshandeling, is het instructieve arrest van **Kin/Emmerig q.q.** Geen verplicht arrest, maar wel illustratief. Hier was sprake van een overeenkomst tussen Kin, leverancier van sanitair, en Probouw, een aannemer. Probouw was de aannemer voor een heel project, en had daarvoor allerlei dingen gekocht van Kin. Daar moet voor betaald worden, 85.000 gulden. Maar Probouw had geen 85.000 gulden. Probouw had wel een perceel grond van 134.000 gulden. Ze spreken af dat Probouw het perceel grond overdraagt voor 134.000 gulden, en dat Kin eigenaar wordt. Dan onder de streep betaalt Kin 49.000. Het economische effect is dat Kin voldaan was. Een van de dingen die hier in geschil was, het is een onverplichte rechtshandeling. Want er was een rechtsplicht hier, die 85.000 verplicht te betalen. Dat was een opeisbare vordering. Als hij dat betaald had was het een verplichte rechtshandeling geweest. En ook al heb je iets gedaan wat uiteindelijk min of meer hetzelfde effect had, het is iets anders dan je had afgesproken. Dat maakt die koopovereenkomst een onverplichte rechtshandeling. En vatbaar van de vernietiging op grond van de pauliana. Mits, aan de andere eisen is voldaan. Een van die andere eisen, is dat er sprake moet zijn van benadeling. Die schuld van 85.000 is weg. Dus als je kijkt naar het vermogen van Probouw, er was een schuld van 85.000 en een perceel ter waarde van 134.000, aan het eind van de rit geen schuld meer plus nog 49.000 op de bank. Dan kom je dus op hetzelfde uit. Is het dan dus niet benadelend? Wat je moet doen om die vraag te beantwoorden, is dit bekijken vanuit de positie van de desbetreffende schuldeiser die de pauliana inroept, bij faillissement dus vanuit de rol van de curator. Want het klopt, bedrijfseconomisch gezien is dit neutraal. Maar, het gaat om de bescherming van verhaalsmogelijkheden. Dus, je moet kijken of de verhaalsmogelijkheden van de desbetreffende schuldeiser die de pauliana inroept, van de gezamenlijke schuldeisers in faillissement, of die zijn geschaad. Dan zou zonder deze transactie er nog een perceel grond ter waarde van 134.000 zijn geweest. Die had de curator dan verkocht en hij had de 134.000 verdeeld onder alle schuldeisers, waaronder Kin. Nu heeft hij geen 134.000, maar 49.000 te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Het is minder, dus benadeling. De bulk van het geld is niet naar de gezamenlijke schuldeisers gegaan, maar naar een bepaalde schuldeiser. In faillissement bekijk je het dus vanuit de gezamenlijke schuldeisers.

HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuven q.q./ING)

Sinds dit arrest is het leerstuk van die onverplichtheid weer een tikkeltje ingewikkelder geworden. We hebben dit arrest eerder bestudeerd in het kader van de verzamelpandakteconstructie. Maar, er zat ook een beslissing in over de faillissementspauliana. Die is toch ook behoorlijk lastig. Het ging dus om de

verzamel pandakteconstructie, maar het was een geval dat nog dateert uit de begintijd, toen de verzamel pandakteconstructie al was uitgevonden maar nog niet zo efficiënt was geïmplementeerd als vandaag de dag het geval is, met automatische volmachten die al ingebakken zijn in de kredietvoorwaarden die banken hanteren. Hier was al wel het idee ontwikkeld, maar het was nog niet over de volle breedte van alle kredietnemers uitgezet. In dit geval had je een kredietnemer die onder de toenmalige algemene voorwaarden, nog geen volmacht had gegeven voor het vestigen van die pandrechten, voor het registreren van de verzamel pandaktes. Wat er toen moest gebeuren is dat ING alle klanten waarop nog niet de nieuwe voorwaarden van toepassing waren, langsgaan om alsnog een volmacht te halen. Waardoor al die verzamel pandaktes na die volmacht ook golden als verzamel pandaktes van die kredietnemer. Na het faillissement van die kredietnemer, Van Leuven, kwam de conclusie dat er allerlei pandrechten waren gevestigd. Het waren verplichte rechtshandelingen, dat stond buiten kijf. Het was verplicht om het pandrecht te vestigen. Dat betekent dat je met artikel 42 Fw al niet terecht kunt en je het met artikel 47 Fw moet doen. Lukt je bijna nooit. Maar, meneer Van Leuven had een listig plan. Helaas voor meneer Van Leuven was het een goed plan dat niet werkte. Dat maakt het niet minder geniaal. Wat zei meneer Van Leuven namelijk. Die vestiging van het pandrecht daar kan hij niet aankomen, want dat was verplicht. Zijn primaire strategie was die volmacht. Want het verstrekken van die volmacht is ook een rechtshandeling. En die rechtshandeling, die was onverplicht. Er stond nergens in de algemene voorwaarden dat je verplicht was een volmacht te geven. Dus, hij richtte zijn artikel 42 Fw kanon op de volmacht en als hij dan die volmacht uit het water blaast, is die volmacht weg. En dan zijn al die verzamel pandaktes die ING elke dag tot het eind der tijde niet langer verzamel pandaktes namens de kredietnemer. Dus, dan komt er geen pandrecht tot stand. Dus in plaats van de vestiging van het pandrecht rechtstreeks aan te vallen werd de volmacht aangevallen vanuit de gedachte dat het tapijt onder die pandrechten vandaan kon worden getrokken. Maar werkt het? Als je ziet hoe de rechter ermee omgaat, is het best een moeilijk geval. Er is moeilijk een vinger te leggen op wat de rechtbank besliste. Als je tussen de regels doorleest, dan lijkt de redenering van de rechtbank te zijn geweest dat er wel nergens stond dat je die volmacht moest verstrekken, maar eigenlijk moest je wel die volmacht verstrekken. Het is niet expliciet overeengekomen, maar het lijkt een soort van stilzwijgend beding te zijn. Als dat zo is, dan wordt het een feitelijke kwestie. Daar kan de Hoge Raad niet aankomen. Dan is de vraag of er is afgesproken, expliciet of stilzwijgend, dat er een volmacht moest worden verstrekt? Is het antwoord ja, dan is het een verplichte rechtshandeling. Dus het was best denkbaar geweest dat de Hoge Raad had gezegd dat het oordeel van de feitenrechter was geweest dat er was overeengekomen dat er een volmacht moest worden gevestigd. Maar dat doet de Hoge Raad niet. In plaats daarvan zegt de Hoge Raad: net zoals je normaliter een pandrecht vestigt door pandaktes te registreren, moet je die volmacht verlening die uitsluitend ertoe strekt die verpandingen tot stand te brengen, dus die verplichte verpandingen die moet je beschouwen als een wijze van uitvoering van de stampandakte neergelegde verplichting tot verpanding. Dus het verlenen van die volmacht is uitvoering geven aan die verplichting tot verpanding. De volmacht verlening kan derhalve niet worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling in de zin van artikel 42 Fw, ook al was deze specifieke wijze van uitvoering van de verplicht tot verpanding niet overeengekomen. Hier staat eigenlijk in het laatste stukje, er is geen verplichting in de overeenkomst, het feit dat die volmacht verlening sterkte tot uitvoering van die wel verplichte verpanding, onttrekt als het ware die volmacht ook aan het regime van artikel 42 Fw. Waardoor het trucje van de curator dus niet werkte. Want, ook al was er geen rechtsplicht, het is toch via deze opmerkelijke redenering onttrokken aan het regime van artikel 42 Fw. Die volmacht verlening bleef dus in stand en het pandrecht dus ook.

Vereiste #3: benadeling

Deze hebben we al een beetje behandeld. Wat je eigenlijk doet, is de situatie vergelijken zoals hij daadwerkelijk is met de rechtshandeling zoals hij is gesteld. Die vergelijk je met de situatie zoals hij

zou zijn, als de rechtshandeling niet zou zijn verricht. We dachten die verkoopovereenkomst weg. Economisch gezien was het nog gelijk, maar vanuit het oogpunt vanuit verhaalsmogelijkheden waren de schuldeisers slechter af met deze verkoop dan zonder. Dus is het benadelend. Eigenlijk is het een heel overzichtelijke eis. Je weet hoe het is, en die situatie vergelijk je dan met hoe het zou zijn, wat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers zouden zijn als die rechtshandeling achterwege was gebleven. De Hoge Raad is erin geslaagd om het een stukje ingewikkelder te maken. Want het toets moment is niet het moment dat je de rechtshandeling verricht. Het toets moment ligt later. Het toets moment is het moment waarop je de pauliana inroept, de vernietigingsverklaring uitbrengt. Als er dan een geschil van mening ontstaat over de vraag of het paulianus is, en je gaat procederen, dan is het toets moment nog later. Namelijk het moment waarop de rechter over het geschil beslist. Dan zitten we jaren verder. Het kan ook fluctueren. Iets dat vandaag benadelend is, hoeft het morgen niet meer te zijn. Of andersom. Aandelen kunnen bijvoorbeeld wijzigen. In het geval van aandelen zal de curator niet kunnen vernietigen, omdat er geen sprake is van wetenschap van benadeling. Je weet niet wat aandelen morgen waard zijn. Wat ook tricky kan zijn, is dat het soms contra-intuïtief uitwerkt. Iets waarvan een normaal mens zegt dat het niet benadelend is, daar kan de Hoge Raad van zeggen dat het wel benadelend is.

HR 22 mei 1992, NJ 1992/526 (Bosselaar q.q./Interniber)

Het standaardarrest is hier het arrest Bosselaar q.q./Interniber, ook wel genoemd het Montana caravan arrest. Hoofdrospelers zijn Interniber en Montana. Interniber is de moedermaatschappij. Montana is een werkmaatschappij. In Montana worden de caravans in elkaar geschroefd. Het idee was dat ze vervolgens werden overgedragen aan Interniber. Die gaat ze vervolgens in de markt zetten. Montana heeft een bankrekening bij de Rabobank en stond negatief, dus had een schuld. Van 241.000 gulden. Montana verkoopt en levert 26 van die in elkaar geschroefde caravans aan Interniber voor een bedrag van 214.000 gulden. In cassatie staat buiten kuif dat dat een redelijke prijs was. Er wordt dus niks geleverd onder de prijs. Interniber maakt het geld over op de bankrekening en dat geld komt dus binnen bij de Rabobank. Rabobank verrekent dat, waardoor het negatieve saldo terugloopt van 241.000 naar 27.000. Vervolgens gaat Montana failliet. De curator tast de verkoop aan. Kan het benadelend zijn als je de prijs overeenkomt die ervoor staat en het ook daadwerkelijk betaalt op een gebruikelijke manier? Je moet de situatie bekijken vanuit de schuldeisers. En je vergelijkt de situatie zoals hij is met hoe hij was geweest zonder deze transactie. Hoe je het ook went of keert, met deze transactie heeft deze curator niets. Hij heeft geen 26 caravans, hij heeft geen 214.000 gulden, hij heeft helemaal niets. Want, die opbrengst is helemaal terechtgekomen bij een schuldeiser, namelijk Rabobank. Dus zonder transactie waren er 26 caravans geweest die hij had kunnen verkopen voor ongeveer 214.000, wat hij had kunnen verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. Nu heeft hij niets. Nu is alles geïncasseerd door Rabobank. Dit is een benadelende rechtshandeling. Rechtsregel is dus, betaling van een redelijke prijs kan nog steeds benadeling opleveren, want je moet bekijken vanuit de verhaalspositie van de gezamenlijke schuldeisers.

HR 19 december 2008, NJ 2009/220 (Pannevis q.q./Air Holland Finance)

Dan nu het leerstuk van samenstel van rechtshandelingen. Dat is enerzijds al een oud leerstuk, waar al in de jaren dertig over nagedacht werd. Toen is het een halve eeuw een beetje uit beeld geraakt, tot afgelopen tien jaar toen de Hoge Raad een aantal arresten wees, waarvan dit er een is. Het leerstuk is weer op de kaart gezet, met een opmerkelijke wending. We hebben het steeds over de pauliana. Je vernietigt een rechtshandeling. Maar soms staan rechtshandelingen niet op zichzelf, maken ze deel uit van een reeks van rechtshandelingen, van een samenstel van rechtshandelingen. Hoe ga je daarmee om? De twee arresten die erover gewezen zijn in de afgelopen tien jaar, daarvan is er een verplicht voorgeschreven, dat is deze. De andere is niet verplicht, maar eigenlijk is beter Smit van Hees q.q., maar

dit is het verplichte arrest. Dit betrof het faillissement van Air Holland. Air Holland zat op een gegeven moment qua structuur zo in elkaar, je had Air Holland charter (AHC), die had een dochter genaamd Air Holland Lease (AHL I). En een moeder, Air Holland (AH) en helemaal bovenaan Air Holland Finance (AHF). Vanwege landingsrechten was het beter dat AHL I een zuster zou zijn van AHC, in plaats van een dochter. Dus er werd een reorganisatie doorgevoerd, reorganisatieovereenkomst I werd gesloten, inhoudende een overdracht van aandelen AHL I door AHC aan AH. Daardoor werd AHL I een zuster en kwam rechtstreeks onder AH te hangen. Daar moet je een koopprijs voor betalen. Hier werd gewoon de boekwaarde gehanteerd, de waarde waarvoor de aandelen in de boeken stonden, 3,5 miljoen. Aldus geschiedt. Er moet 3,5 miljoen worden betaald. Maar, Air Holland is ook de moeder van AHC. Ze nemen een dividendbesluit. Er wordt dividend uitgekeerd, ter hoogte van de koopprijs, waardoor AH een vordering krijgt op AHC tot uitkering van dividend. Dat kun je dan verrekenen met de koopprijs die moet worden betaald aan AHC. En aldus geschiedt. Probleem was, dat de boekwaarde van AHL I minder was dan de werkelijke waarde. In AHL I zat namelijk een vliegtuig. Dat stond in de boeken voor 28,5 miljoen. Dat was in de echte wereld 37,5 miljoen waard. Dus dat vliegtuig was meer waard, dus logischerwijs zijn ook de aandelen meer waard. Uiteindelijk is dat vliegtuig verkocht door AHL I aan een derde, voor 41,6 miljoen. De overwaarde die erin zat, die is uiteindelijk allemaal geleend renteloos aan AHC. Vervolgens gaat AHC failliet. De curatoren die worden aangesteld die zeggen tegen AH: AH dit is paulianeus wat hier gebeurd is. Maar de curator gaat geen pauliana inroepen tegen de overdracht, want hij hoeft de aandelen niet meer. Toen daar nog een vliegtuig in zat, had hij de aandelen graag gehad. Maar als hij nu de transactie vernietigt, krijgt hij waardeloze aandelen in de boedel terug. Die zijn namelijk niks meer waard. Er zat een vliegtuig in, vliegtuig is weg, nu zit er niks meer in behalve een vordering van een lening. Maar die lening is niks waard, want die lening is een vordering op AHC zelf, en AHC is failliet. De curator wil het dividendbesluit vernietigen. Dat is ook een rechtshandeling. Het dividendbesluit van AHC, de aandeelhouders van AHC, dat gaat hij vernietigen. Als die is vernietigd, is er geen dividend verschuldigd. En als er geen dividend is verschuldigd, hoeft hij niet te betalen. Dan kun je ook niet verrekenen. Dan moet de koopprijs van AH door AH alsnog betaald worden. Het ging ze er dus om, om alsnog die koopprijs van 3,5 miljoen te incasseren. Die aandelentransactie zou niet vernietigd worden, maar daar zou worden afgerekend met een onrechtmatige daad vordering. Wat dan vervolgens gebeurt, is een nachtmerrie van elke curator. De Hoge Raad die beslist namelijk dat het dividendbesluit niet op zichzelf staat, maar onderdeel is van een grotere transactie. Waarvan niet alleen het dividendbesluit deel uit maakte, maar ook de aandelenoverdracht. Of de lening er ook onder viel was wat onduidelijker. Maar, in ieder geval staat die dividendumuitkering niet op zichzelf. De vordering van de curator kan niet slagen, want voor succes was nodig dat je alle rechtshandelingen in dat samenstel had aangetast. 'Het was een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld.' Op zichzelf is dat logisch. De consequentie die eraan verbonden wordt is nogal rigoureuus. 'De vorderingen hadden alleen kans van slagen als zij de nietigheid van al deze rechtshandelingen hadden ingeroepen'. Dat hadden ze niet gedaan, daardoor worden ze als het ware niet eens gehoord. De redenering van de Hoge Raad is in de lijn van, omdat je niet al die rechtshandelingen in dat samenstel aantast, kan de pauliana überhaupt al niet slagen, dus de curatoren kunnen weer naar huis gaan. Daardoor is het een prikkel voor curatoren, dat als er rechtshandelingen zijn die deel uitmaken van een samenstel, ervoor te zorgen dat alles wat ook maar een beetje in de buurt zit waarvan je denkt dat het onderdeel van het samenstel kan uitmaken, om dat ook in de vernietiging te betrekken. Dat is niet heel gelukkig, omdat het procedures nodeloos ingewikkeld maakt. Ook allemaal rechtshandelingen waarmee de curator geen probleem heeft, zijn opeens ook onderwerp van debat. Wat dat betreft is dat arrest Smit van Hees q.q. veel overzichtelijker. Daar werd dezelfde benadering gevolgd, tot dit moment. Er werd vervolgens gezegd dat of die ene rechtshandeling vernietigbaar is, daarvoor moet je ook in ogenschouw nemen de positieve effecten van al die andere rechtshandelingen in het samenstel. Dat is veel logischer en helderder. Dan ga je nog steeds

kijken of die rechtshandeling benadelend is. En om dat te beoordelen kijk je ook naar die andere rechtshandelingen. Maar door dit te doen wat in Pannevis q.q./Air Holland Finance gebeurt, kom je aan die beoordeling eigenlijk niet toe. Omdat je als het ware niet eens de deur binnenkomt. Omdat niet al die rechtshandelingen ook in die vernietiging zijn betrokken. Waarschijnlijk is het niet de bedoeling van de Hoge Raad geweest. In voorkomende gevallen zou nog best die Smit van Hees q.q. weg worden bewandeld. Maar dit is wel het laatste arrest dat op deze voet is geweest, over het leerstuk van het samenstel.

Vereiste #4: wetenschap van benadeling schuldenaar

Daarvoor geldt, dat de Hoge Raad daar relatief recentelijk een arrest over heeft geweest die enige duidelijkheid brengt. Het gaat er dus om dat de schuldenaar, en zo gaan we zien dat hetzelfde geldt voor de wederpartij, daadwerkelijk weet of behoort te weten, dat benadeling van de desbetreffende rechtshandeling het gevolg zal zijn. Belangrijk arrest is het arrest **Van Dooren q.q./ABN AMRO III** (HR 22 december 2009, NJ 2010/273). Dit is het arrest waarin een principebeslissing is gegeven over die wetenschap van benadeling eis. Want, hoe werkt dat nou, wetenschap van benadeling? Als je niet weet dat de wederpartij failliet zal gaan, als hij niet failliet gaat dan zal hij iedereen betalen, en als je iedereen betaalt, dan is er geen benadeling. De redenering is dan, als je niet weet dat het failliet gaat, heb je nooit wetenschap van benadeling. Dat is een gedachte. Niet een gedachte die klopt. Alleen al niet, omdat je ook een pauliana hebt buiten de faillissementswet. Dus als een faillissement nodig was voor wetenschap van benadeling, dan heb je ook niet die gemeenrechtelijke pauliana nodig. Niettemin, heeft de Hoge Raad wel beslist dat om aan dit vereiste te kunnen voldoen, je in ieder geval het **faillissement** met een **redelijke mate van waarschijnlijkheid** moet hebben kunnen voorzien. Niet alleen dat, je moet ook hebben kunnen voorzien dat in dat faillissement een **tekort** zou zijn. Zodat niet alle schuldeisers integraal betaald worden. Dat laatste zal doorgaans niet zo'n probleem, omdat in afgrond 100% van de uitgesproken faillissementen, er geen 100% wordt voldaan. Dus dat tekort is er altijd wel. Dat eerste is problematischer. Zolang je niet redelijke mate van waarschijnlijkheid hebt dat het failliet gaat, kun je niet volgens de Hoge Raad aan dat wetenschap van benadeling vereiste voldoen. En dat maakt het soms best wel lastig voor de curator om in te roepen. Vanuit de positie vanuit de financier beschouwd, als je bijvoorbeeld geld leent zoals in dit arrest gebeurde. Geld ter beschikking stelt aan een kredietnemer die probeert met dat nieuwe geld de onderneming te herstructureren, als dat aan de hand is, betekent het dat het geld erin wordt gestopt en de zekerheid wordt gevestigd, als het al nodig is om te herstructureren. Je moet dan herstructureren om het faillissement te voorkomen. Daar zit al eigenlijk ingebakken eens kans dat het failliet gaat. Inherent aan dat soort van transacties is er een zekere mate van waarschijnlijkheid dat het failliet zal gaan. Dan moet je proberen als curator/financier aan de goede kant te blijven. Er is een kans op een faillissement, er is een zekere mate van waarschijnlijkheid, maar is dat ook al een redelijke mate van waarschijnlijkheid? Als er een redelijke mate van waarschijnlijkheid is, dan zit je dus in de gevarenzone. Dan heb je best kans dat het geld dat je verstrekt weg is, en dat de zekerheid die je hebt wordt vernietigd omdat de curator zou kunnen vernietigen. Hier is de **toetsing** niet het moment van inroepen van de pauliana, maar het moment dat je de rechtshandeling zelf verricht. En omdat wetenschap altijd moeilijk te bewijzen is, is er voor sommige rechtshandelingen een **bewijsvermoeden** in het leven geroepen dat de schuldenaar en overigens ook de wederpartij wetenschap van benadeling had (artikel 3:46 BW en 43 Fw en artikel 3:47 en 45 Fw). Bijvoorbeeld als je binnen hetzelfde concern transacties verricht.

Vereiste #5: wetenschap van benadeling wederpartij

Voor de wederpartij geldt eigenlijk hetzelfde. De regel uit Van Dooren q.q./ABN AMRO III geldt ook voor de wederpartij. Het gaat eigenlijk een op een. Met dit verschil dat als de wederpartij betrokken is, en het betreft een rechtshandeling **om niet**, dan is die wetenschap van de wederpartij überhaupt al niet

meer vereist. Die doet er dan niet toe. Die hoeft geen wetenschap van benadeling te hebben. Dus als er sprake is van een schenking, een rechtshandeling om niet, of een koopovereenkomst met een belachelijke lage koopprijs, dan hoeft je dus geen wetenschap van benadeling te hebben aan de wederpartij. En toch vindt de wetgever het dan gerechtvaardigd dat je hem afpakt wat hij gekregen heeft. Omdat hij zelf geen offer heeft gebracht. Hij heeft alleen een voordeel in de schoot geworpen gekregen. Als je dat dan afweegt tegen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dan is dat natuurlijk gerechtvaardigd om daarop in te breken. Als hij **te goeder trouw** is en de baat die hij heeft gekregen is al weg, bijvoorbeeld omdat hij het al heeft uitgegeven, dan heeft hij toch enige bescherming.

Artikel 47 Fw: vernietiging van verplichte rechtshandelingen

We hebben al gehoord dat als je het als curator daarvan moet hebben je niet zo veel kans van slagen hebt. Maar, artikel 47 Fw heeft een enigszins ander karakter. Bij artikel 42 Fw kijk je toch vooral naar wat die schuldenaar heeft gedaan. Die heeft iets misgedaan, en dat maakt dat je erin kunt inbreken. Je grijpt in, in zijn partijautonomie. Bij artikel 47 Fw ligt meer het accent op de positie van de schuldeisers onderling. Deze pauliana is gegrond op de gedachte dat schuldeisers zich onderling te goeder trouw met elkaar moeten verstaan. Tegenwoordig zouden we zeggen dat ze zich redelijk en billijk moeten gedragen ten opzichte van elkaar. En als je daar dingen doet die niet oké zijn, dan moet je soms toch, ook al heb je iets gekregen waar je recht op hebt, het was een verplichte rechtshandeling, moet je toch teruggeven, omdat je het niet kunt maken in de relatie tot je mede schuldeisers. Normaliter is de gedachte als het een verplichte rechtshandeling is, kun je het niet aantasten. Want, als het een verplichte rechtshandeling is krijgt de schuldeiser waar hij recht op heeft. Het is toch helemaal niet rechtvaardig dat je het dan terug moet geven. Het is iets waarop je recht hebt. De schuldenaar doet helemaal niks verkeerd. Hij is verplicht te betalen, het is opeisbaar, verplichte rechtshandeling, hij komt tegemoet aan zijn verplichting, hij doet juist wat hij moet doen. Dat is toch geen reden om daarop terug te komen. Derde reden, als je verplichte rechtshandelingen ook zou kunnen aantasten, dus bijvoorbeeld betalingen van opeisbare vorderingen, dan kun je er nooit zeker van zijn dat je mag houden wat je gekregen hebt. Dan moet je er altijd rekening mee houden dat in de toekomst die partij misschien wel failliet gaat en dat je het alsnog moet teruggeven. Iets wat je gekregen hebt conform jouw rechten. Maar soms zijn er dingen aan de hand, die de wetgever dan zo erg vond, dat ondanks die eisen je toch kunt worden verplicht om wat je ontvangen hebt terug te geven. Maar, dat is heel restrictief neergelegd. Niet een algemene open norm, zoals weten van benadeling of weten dat het faillissement onvermijdelijk is. **Twee specifiek omschreven omstandigheden** moeten aan de hand zijn en moeten door de curator bewezen worden, wil je op die verplichte rechtshandeling kunnen terugkomen. Die twee omstandigheden vind je netjes opgesomd in artikel 47 Fw. Als er al een daadwerkelijke **faillissementsaanvraag** is van de schuldenaar. Het is al aangevraagd, alleen nog niet uitgesproken. En als je dat dan ook nog **weet**, dan vindt de wetgever dat als de schuldenaar je dan komt betalen moet je dat geld niet aannemen. Dat is in strijd met de goede trouw die je als schuldeiser in acht moet nemen. Je mag dan niet gauw nog voor de buit binnen proberen te zijn en dat geld te accepteren. Dat behoort je dan niet te doen. Tweede omstandigheid is, als het een listig plan is. Als je dit samen hebt bekooktoofd. Als je hebt overlegd met de schuldenaar en die betaling is het gevolg van het **overleg** met als doel om jou uit de wind te houden, om jou te begunstigen boven de andere schuldeisers. Is dat aan de hand, dan is dat ook in strijd met de goede trouw. Dat kun je niet maken. De betaling die je als gevolg van zulk overleg ontvangt, moet je teruggeven. Dat is vrij restrictief.

In andere landen om ons heen is het zo dat je vaak geen specifieke omstandigheden moet hebben. Dan is het altijd zo dat de ontvanger van de betaling weet dat het faillissement eraan zit te komen, ongeacht of het nou wel of niet is aangevraagd. Maar in Nederland is het een soort walhalla voor paulianeus betalende partijen. We hebben gezien dat een verplichting heel makkelijk in het leven is te roepen. En dit artikel brengt mee dat het moeilijk is om dit aan te tasten. Dus rechtshandelingen die in Duitsland en

Frankrijk op heel veel plaatsen vernietigbaar zouden zijn omdat ze op de valreep voor het faillissement in de wetenschap dat het eraan zit te komen zijn verricht, die zijn in Nederland toch onaantastbaar op grond van de beperkingen van artikel 47 Fw. Want, die twee omstandigheden worden door de rechtspraak ook nog eens heel restrictief uitgelegd. In twee arresten, waaronder **Van Dooren q.q./ABN AMRO I** (16 juni 2000, NJ 2000/578). Uit dit arrest kun je de casus halen, die ook relevant is voor arrest nummer 3. Hier was het een schuldenaar die in moeilijkheden verkeerde. Er werd onderhandeld, en uiteindelijk op 5 november wordt er een kredietverhoging overeengekomen. Ze hadden 8 miljoen krediet, nu kregen ze 9 miljoen om te proberen met dat extra miljoen alles weer in het gareel te krijgen. Maar dan moet je wel een hypotheek vestigen, op een pand dat nog niet onder de hypotheek lag. Dat gebeurt, de akte wordt opgemaakt op 3 december. Op 6 december wordt die akte geregistreerd, ingeschreven en kwam het hypotheekrecht tot stand. Twee dagen later werd de surseance uitgesproken en een paar dagen later werd het faillissement uitgesproken. In dit arrest werd de hypotheekverlening aan de orde gesteld. De hypotheekverlening was een verplichte rechtshandeling, want het was op 5 november afgesproken dat hij zou worden verstrekt. Dus is het een verplichte rechtshandeling, dus zit je bij artikel 47 Fw. Die curator probeerde het nog, hij zei dat er wel staat dat als je wetenschap hebt dat het faillissement is aangevraagd, maar als je weet dat het faillissement spoedig zal worden aangevraagd, dan is dat toch ook wel genoeg. De Hoge Raad vond van niet. Dus dat ene extra stapje dat de curator probeerde te zetten, dat was de Hoge Raad niet bereid te zetten. Er moet daadwerkelijk een faillissementsaanvraag zijn. Als die er niet is, dan kun je dus nooit vernietigen op deze grond. Dus zolang er geen faillissementsaanvraag is, en de wederpartij er niet van weet, is die transactie veilig. Later is het nog goed gekomen, omdat de curator ook deze overeenkomst aantastte. En dat lukte hem wel. Dat is de strekking van Van Dooren q.q./AMB AMRO III.

Tot slot een tweede arrest: **Gispén q.q./IFN** (HR 24 maart 1995, NJ 1995/628). Het andere criterium was hier aan de orde, het overleg criterium. Hier was sprake van overleg, maar wel in een hele bijzondere situatie. Hier had de kredietnemer dingen gedaan die niet mogen. Er was een wederpartij die had gefinancierd, en een van de voorwaarden was, dat je moet zorgen dat alle betalingen die je ontvangt bij die bank op de bankrekening binnenkomen. Reden daarvan hebben we besproken toen we het hebben gehad over pandrecht op vorderingen. En deze schuldenaar die heeft in strijd met die afspraken gehandeld. Stiekem is dat geld ergens anders binnengekomen. En ze hebben de schuldeiser niet betaald, IFN. Toen IFN erachter kwam, was hij woedend. Hij zei dat als er nu niet werd betaald, hij aangifte ging doen en persoonlijk aansprakelijk ging stellen. Toen heeft de schuldenaar betaald. Toen ging de schuldenaar failliet. En toen zei de curator, hier is overleg geweest, er is samen om tafel gezeten. Het resultaat van het overleg is dat IFN is betaald, en de anderen niet. Dus de curator vernietigt op grond van dat overleg criterium. Dan zegt de Hoge Raad dat het niet zo werkt. Overleggen dat is niet alleen maar overleggen. Daar zit een morele component in. Wat daarvoor nodig is, is daadwerkelijke samenspanning. Je moet echt in de kelder gaan zitten, duivelse plannen, wat er dan op is gericht om die schuldeiser te betalen, dan is dat pas overleg. Dat is samenspanning. Ook de schuldenaar moet het plan hebben gehad, het oogmerk, om die schuldeiser te bevoordelen. Hier was duidelijk daar geen sprake van. Deze schuldenaar had juist het oogmerk om deze schuldeiser een oor aan te naaien. Enige reden waarom hij alsnog betaalde, is omdat hij gezwicht is onder de druk die de schuldeiser zette. Voor de praktijk betekent dat dus dat als je betaalt, ook al is er overleg gepaard gaande met druk die wordt uitgeoefend, en als dat de strekking is van het overleg, dan ontbreekt het oogmerk bij de schuldenaar. En ontbreekt dus ook de mogelijkheid om te vernietigen op deze grond. Onder de streep heeft een curator niet zo heel erg veel aan artikel 47 Fw.