

# Overdracht onder insolventievoorwaarde

Over het in werking treden van een insolventievoorwaarde, waardoor een goed verloren gaat voor de boedel

# Inhoudsopgave

Inhoudsopgave .....	2
Afkortingen.....	4
Inleiding .....	6
Hoofdstuk 1: Overdracht, IE-licenties, Sale-and-lease-back en de insolventievoorwaarde. ....	7
1.1 Overdracht die wordt ontbonden door een ontbindende insolventievoorwaarde of die van rechtswege plaatsvindt door een opschortende insolventievoorwaarde. ....	7
1.2 Licenties.....	10
1.3 Sale-and-lease-back.....	12
1.4 Conclusie .....	14
Hoofdstuk 2: Wat is er volgens theorie en praktijk bezwaarlijk aan insolventievoorwaardes? .....	15
2.1 Wat is er theoretisch bezwaarlijk aan insolventievoorwaardes?.....	15
2.1.1 Bezwaren bij sale-and-lease-back .....	20
2.1.2 Bezwaren bij licenties.....	22
2.2 Insolventievoorwaardes in de rechtspraak.....	22
2.2.1 Slijm versus Brouwer .....	22
2.2.2 BaByXL .....	24
2.2.3 Megapool.....	26
2.3 Conclusie .....	27
Hoofdstuk 3: Het Fiduciaverbod.....	28
3.1 Het fiduciaverbod uitgelegd .....	29
3.1.1 Sogelease.....	31
3.1.2 Sinds Sogelease .....	33
3.2 Argumenten op een rij .....	34
3.2.1 Het fiduciaverbod is van toepassing.....	35
3.2.2 Het fiduciaverbod is niet van toepassing .....	37
3.3 Conclusie – wie heeft er gelijk? .....	39
Hoofdstuk 4: Faillissementspauliana.....	43
4.1 Een onverplichte rechtshandeling.....	43
4.2 Benadeling.....	43
4.2.1 Samenstel van rechtshandelingen .....	44
4.2.2 Benadeling bij licenties en de sale-and-lease-back.....	45

4.3 Wetenschap.....	45
4.3.1 Ruimte binnen het wetenschaps criterium .....	46
4.2.2 Ruimte buiten het wetenschaps criterium van ABN Amro/Van Dooren q.q. ....	48
4.2.3 Kans op benadeling toch onvoldoende op basis van Ontvanger/Pellicaan .....	50
4.2.4 Art. 35b Fw en de wetsgeschiedenis .....	51
4.4 Conclusie .....	52
Hoofdstuk 5: Artikel 3:40 BW .....	53
5.1 Art. 3:40 BW uitgelegd .....	54
5.1.1 Art. 3:40 lid 2 en 3 BW .....	55
5.1.2 Art. 3:40 lid 1 BW.....	56
5.1.3 Varia.....	59
5.2 Toepassing .....	61
5.2.1 Vijf scenario's en de bedrijfseconomische context .....	61
5.2.2 Het fixatiebeginsel en Megapool.....	62
5.2.3 Benadeling van schuldeisers en Boekhold/Haveman .....	71
5.3 Redelijkheid en billijkheid.....	77
Hoofdstuk 6: Conclusie.....	81
Literatuurlijst .....	84
Aangehaalde literatuur.....	84
Geraadpleegde literatuur .....	93
Jurisprudentielijst .....	97
Nederland.....	97
Hoge Raad .....	97
Gerechtshoven .....	99
Rechtbank.....	99
Verenigd Koninkrijk .....	99
Supreme Court .....	99
High Courts .....	99

## Afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
ADR	Anti-deprivation rule
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
AV&S	Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade
BIE	Bijblad Industriële Eigendom
BLI	Business Law International
BR	Bouwrecht
BVIE	Benelux Verordening inzake de Intellectuele Eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek
CMLR	Capital Markets Law Review
Concl	Conclusie
diss.	Dissertatie
ECLI	European Case Law Identifier
e.v.	en verder
Fw	Faillissementswet
GS	Groene Serie
HNW	Handelsnaamwet
HR	Hoge Raad
IE-	Intellectueel Eigendoms-
IER	Intellectueel Eigendom en Reclamerecht
i.h.b.	in het bijzonder
INS-Updates	Insolventierecht Updates
Inv.	Invoeringswet
JBPR	Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht
JGR	Jurisprudentie Geneesmiddelenrecht
JHV	Jurisprudentie Huur & Verhuur
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Ondernemingsrecht
LQR	Law Quarterly Review
L.W.H.	L. Wichers Hoeth
m.b.t.	met betrekking tot
m.i.	mijns inziens
MLR	The Modern Law Review
m.nt.	met annotatie van of met noot
Mon	Monografie
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek, zie BW
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer

NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
o.a.	onder andere
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek (1838)
O&F	Onderneming & Financiering
p.	pagina('s)
Parl. Gesch	Parlementaire Geschiedenis
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
ROW	Rijksoctrooiwet
S.B.	S. Boekman
T&C	Tekst & Commentaar
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
T.M.	Toelichting Meijers
t/m	tot en met
TvCu	Tijdschrift voor Curatoren
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UvA	Universiteit van Amsterdam
VC	Openbare commissievergadering van de vaste Commissie voor Justitie en Tweede Kamer
VV II	Voorlopig Verslag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer
WNR	Wet op de Naburige Rechten
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht Notarieel en Registratie
z.i.	zijns inziens
ZPW 2005	Zaai- en plantgoedwet 2005

## Inleiding

Partijautonomie en contractsvrijheid zijn belangrijke pijlers van ons vermogensrecht. Partijen zijn vrij met wie ze contracteren en in beginsel ook waartoe zij zich over en weer verplichten. In beginsel, want onder andere de goede zeden en openbare orde, strafrechtelijke verboden, dwingend privaatrecht, de werking van de redelijkheid en billijkheid of de (faillissements)pauliana kunnen ertoe leiden dat vrij overeengekomen bedingen ongeldig of nietig zijn of hun uitwerking (uiteindelijk) missen. Dat niet alles is geoorloofd, betekent niet dat de behoefte om ongunstige situaties contractueel te ondervangen of een nadeel zoveel mogelijk bij de wederpartij te leggen illegitiem is. Een zo'n onwenselijke situatie is het faillissement van de wederpartij. Beperkte rechten, zekerheidsrechten of een eigendomsvoorbehoud kunnen dan uitkomst bieden, maar deze juridische arrangementen zijn niet in iedere situatie inzetbaar of kennen ongewenste dwingendrechtelijke implicaties.

Een alternatieve oplossing is een insolventievoorwaarde of insolventieclausule. Daarmee wordt bedoeld een beding in een contract dat ziet op de insolventie van de wederpartij. Is daarvan sprake dan treedt het beding in werking. Dit wordt ook wel een ipso-factoclausule genoemd. Het beding kan direct tot ontbinding van een overeenkomst leiden of geeft een opzeggingsbevoegdheid aan de wederpartij van de failliet. Vaak gaat dat gepaard met het ontstaan van een schadevergoedingsvordering of het verlies van een recht of vordering op de wederpartij. Ook kan zo'n beding betekenen dat er een opschortende of ontbindende voorwaarde in werking treedt waardoor werking wordt gegeven of ontnomen aan een overdracht. Het gevolg is het verlies van een goed voor de boedel. Insolventie kan bij een insolventievoorwaarde breed worden ingevuld. Het kan gaan om het aanvragen of uitspreken van een formele insolventieprocedure, of het besluit van de aandeelhoudersvergadering tot het aanvragen van een formele insolventieprocedure. Het zou ook kunnen slaan op de feitelijke insolventie van een wederpartij, maar de laatste situatie is natuurlijk moeilijk controleerbaar voor de wederpartij van de insolvent.

Hoe legitiem de behoefte van een partij om zich te wapenen tegen de betalingsonmacht en prestatieonmacht van een wederpartij ook is, het is de vraag of een insolventievoorwaarde in alle gevallen een geoorloofde oplossing biedt. In deze scriptie zal ik dat nader gaan onderzoeken. Mijn hoofdvraag is derhalve: in hoeverre is een overdracht onder ontbindende of opschortende insolventievoorwaarde, die door inwerkingtreding bewerkstelligt dat een goed verloren gaat voor de boedel, geldig naar Nederlands recht? Daarbij gaat speciale aandacht uit de intellectueel eigendomslicentie en de sale-and-lease-backconstructie.

In het eerste hoofdstuk zal gekeken worden hoe de overdracht onder insolventievoorwaarde technisch-juridisch in elkaar steekt en hoe deze er bij een sale-and-lease-back of een IE-recht kan uitzien. Daarna zal in hoofdstuk twee uitgebreider worden ingegaan op de vraag waar in deze inleiding al een schot voor de boeg is gegeven: waarom worden insolventievoorwaardes overeengekomen, wat is daar bezwaarlijk aan en hoe wordt in de rechtspraktijk geoordeeld over insolventievoorwaardes? Vervolgens het piéce de résistance, hoofdstukken drie tot en met vijf, waar de weg van insolventievoorwaardes wordt gekruist door verschillende vermogensrechtelijke en insolventierechtelijke leerstukken en getracht wordt om met het toetsingskader dat uit de behandelde leerstukken volgt de hoofdvraag te beantwoorden. Ten slotte leidt dat in hoofdstuk zes tot een conclusie.

# Hoofdstuk 1: Overdracht, IE-licenties, Sale-and-lease-back en de insolventievoorwaarde.

## 1.1 Overdracht die wordt ontbonden door een ontbindende insolventievoorwaarde of die van rechtswege plaatsvindt door een opschortende insolventievoorwaarde.

In de inleiding is al beschreven dat een insolventievoorwaarde moet bewerkstelligen dat bij het aanvragen – of het aandeelhoudersbesluit daartoe – of uitspreken van surseance van betaling of faillissement, of in geval van een feitelijke staat van insolventie er een voorwaarde in werking treedt (hierna: faillissementsvoorwaarde of insolventievoorwaarde). In geval van de insolventievoorwaarde die ziet op de overdracht is het vervolgens de bedoeling dat er van rechtswege een goed uit het vermogen van de insolvent verdwijnt. Een ontbindende voorwaarde doet een goed terugkeren in het vermogen van de oorspronkelijke vervreemder, terwijl een opschortende voorwaarde van rechtswege bewerkstelligt dat een overdracht wordt geëffectueerd.

Het doel van zo'n voorwaarde is bescherming tegen faillissement van de wederpartij. Bescherming tegen wanprestatie is natuurlijk ook wenselijk, maar daarvoor hoeft geen insolventievoorwaarde te worden afgesproken. Gaat wanprestatie gepaard met faillissement dan is een schadevergoedingsvordering materieel weinig waard. Zo'n concurrente vordering kan worden ingediend, maar daarvan zal men doorgaans weinig terugzien. Bovendien is schadevergoeding normaal gesproken niet meer dan een afgeleide van wat werkelijk is beoogd: de originele prestatie. Een overdracht onder voorwaarde bewerkstelligt dat een deel van die prestatie verzekerd blijft, namelijk de beschikbaarheid van het goed. Als bijvoorbeeld het auteursrecht op software is overgedragen onder opschortende voorwaarde van het faillissement van de auteursrechthebbende leidt diens faillissement tot overdracht van het auteursrecht op de licentiehouder. Het gebruik is voor wat betreft het IE-recht verzekerd. Echter, indien onderhoud of een andere service onderdeel was van de licentieovereenkomst zal daar waarschijnlijk nog wel een oplossing voor gevonden moeten worden, maar het auteursrecht zelf levert geen hoofdbrekens op.

Voorafgaand aan de later te beantwoorden vraag of zo'n overdracht onder faillissementsvoorwaarde wel geldig is, eerst de vraag hoe zo'n overdracht technisch-juridisch in elkaar steekt. Voor een geldige overdracht is conform art. 3:84 lid 1 BW nodig dat er krachtens een geldige titel wordt geleverd door een beschikkingsbevoegde. Doordat gedurende het faillissement de failliet beschikkingsonbevoegd is<sup>1</sup> en niet meer geldig leveringshandelingen kan verrichten<sup>2</sup> is het nodig dat een voorwaardelijke overdracht van rechtswege plaatsvindt en goederenrechtelijk effect heeft.

Ter discussie staat niet of er sprake kan zijn van een goederenrechtelijk effect, maar welk element van een voorwaardelijke overdracht voorwaardelijk moet zijn om dat effect te bereiken. Wanneer de voorwaardelijkheid is verbonden aan het verkeerde element ontbreekt het gewenste goederenrechtelijke effect. Er worden over het algemeen drie leren onderscheiden.<sup>3</sup> Allereerst de leer volgens welke de

---

<sup>1</sup> Art. 23 Fw.

<sup>2</sup> Art. 35 Fw.

<sup>3</sup> Olthof, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:38 BW, aant. 4.7 (online: bijgewerkt t/m 1 oktober 2016). Zie bijvoorbeeld ook S.E. Bartels in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/242 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013) of M.M.G.B. van Drunen, 'Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde', *WPNR* 2013/6959, p. 53-55 of F.M.J.

voorwaardelijkheid ziet op de titel, dat betekent dat er sprake is van een voorwaardelijke verbintenis. Er moet onvoorwaardelijk geleverd worden krachtens een verbintenis die verplicht tot een voorwaardelijke overdracht.<sup>4</sup> Het goederenrechtelijk effect volgt uit art. 3:84 lid 4 BW dat bewerkstelligt dat door een levering krachtens een voorwaardelijke verbintenis een recht wordt verkregen dat aan dezelfde voorwaarde is onderworpen.<sup>5</sup> De kritiek op de leer van de voorwaardelijke titel/verbintenis is dat deze slechts opgaat bij een overdracht onder ontbindende voorwaarde.<sup>6</sup> Bij een overdracht onder opschortende voorwaarde ontbreekt er tot het vervullen van de voorwaarde een (geldige) titel, met als gevolg dat op dat moment aan de overdrachtsvereisten moet zijn voldaan en dat de beschikkingsonbevoegdheid van de failliet roet in het eten gooit.<sup>7</sup>

Volgens de tweede leer ziet de voorwaardelijkheid op de levering.<sup>8</sup> De leveringshandelingen zijn reeds gedaan of voltooid, slechts de werking ervan is afhankelijk van de voorwaarde. De kritiek op deze theorie is drieledig, een levering die nog niet werkt omdat de opschortende voorwaarde nog niet is vervuld kan nog niet leiden tot voorwaardelijke overdracht.<sup>9</sup> Daarnaast als er voorwaardelijk geleverd wordt krachtens een verbintenis die verplicht tot onvoorwaardelijke levering is er sprake van wanprestatie.<sup>10</sup> Ten slotte ontbreekt het equivalent van art. 3:84 lid 4 BW voor levering waardoor het gewenste goederenrechtelijke effect ontbreekt.<sup>11</sup> Levering onder ontbindende voorwaarde leidt derhalve direct tot een onvoorwaardelijke overdracht en levering onder opschortende voorwaarde komt helemaal niet meer tot stand wanneer faillissement is ingetreden.

---

Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen, *WPNR* 2007/6725, p. 825. Stolz komt in zijn dissertatie zelfs tot vier leren: Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), 2015, p. 942-951 e.v.

<sup>4</sup> Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in E.H. Hondius e.a., *Quod Licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992, p. 209; R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Serie recht en praktijk, Deventer: Kluwer 1985, p. 24 e.v.; Mon. BW B6c (Reehuis), nr. 13; Reehuis 2013/13; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, Goederenrecht, nr. 121, 125; Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 93-94, 102 en P.H.N. Quist, 'Verkoop en levering aan een rechtspersoon in oprichting', *Ondernemingsrecht* 2012/59, p. 313-315.

<sup>5</sup> T.M., Parl. Gesch. 3, p. 186; Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 94-97, 103-104; F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen, *WPNR* 2007/6725, p. 825; Olthof, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:38 BW, aant. 4.7 (online: bijgewerkt t/m 1 oktober 2016); Peter, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 4.2.2 (bijgewerkt tot 1 juli 2015); S.E. Bartels in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/239, 242 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013).

<sup>6</sup> S.E. Bartels in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/239, 243 (online bijgewerkt t/m 1 april 2013).

<sup>7</sup> Zie o.a. F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen, *WPNR* 2007/6725, p. 825; S.E. Bartels in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/239, 243 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013); Peter, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 4.8 (online: bijgewerkt t/m 1 juli 2015).

<sup>8</sup> L.C.A. Verstappen, 'Financiering door de verkoper: hypotheek of voorwaardelijke levering?', *WPNR* 1993/6083, p. 161, p. 161; J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), 2007, p. 140; Asser/Van Mierlo & Van Velten3-VI\* 2010/139 en 237 p. 145, 238); M.M.G.B. van Drunen, 'Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde', *WPNR* 2013/6959; S.E. Bartels in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/239, 242 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013).

<sup>9</sup> Ik laat de discussie of levering een rechtshandeling is, hier rusten R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde", van Van Drunen, *WPNR* 2013/6972, p. 320; N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 39.

<sup>10</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr.98, 105; N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 39.

<sup>11</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr.98, 105.



Ten slotte de derde leer volgens welke het gaat om een voorwaardelijke overdracht die wordt bewerkstelligd door een onvoorwaardelijke levering krachtens een onvoorwaardelijke verbintenis door een beschikkingsbevoegde.<sup>12</sup> Het punt bij deze theorie is dat overdracht volgens art. 3:84 lid 1 BW het *rechtsgevolg* is van een levering krachtens een geldige titel verricht door een beschikkingsbevoegde.<sup>13</sup> Als de levering en de titel onvoorwaardelijk zijn, kan het gevolg logischerwijs niet voorwaardelijk zijn.<sup>14</sup> En dus kleeft ook aan deze theorie een bezwaar.

Dit is niet de plaats om uitgebreider op de drie leren in te gaan of de knoop definitief te ontwarren. Duidelijk wordt wel dat alle theorieën onvolkomenheden hebben.<sup>15</sup> Verstijlen lost dit op door erop te wijzen dat de verbintenis meerledig is.<sup>16</sup> Er zit een onvoorwaardelijk en een voorwaardelijk element in. De verbintenis onder opschortende faillissementsvoorwaarde zal de vervreemder onmiddellijk verplichten tot onvoorwaardelijke levering van een voorwaardelijk eigendomsrecht. Daarmee is er een geldige titel en is art. 3:84 lid 4 BW van toepassing waardoor deze constructie het gewenste goederenrechtelijk effect heeft. Deze visie past ook goed in het arrest van de Hoge Raad in Rabobank/Reuser waar het voorwaardelijk eigendomsrecht is erkend.<sup>17</sup>

Dat voorwaardelijk eigendomsrecht is meteen een belangrijk kenmerk van de overdracht onder voorwaarde. In geval van een overdracht onder opschortende voorwaarde zijn zowel de vervreemder als verkrijger terstond voorwaardelijk eigenaar; de vervreemder onder ontbindende voorwaarde, de verkrijger onder opschortende voorwaarde.<sup>18</sup> Het betekent dat na de overdracht onder voorwaarde de vervreemder in zijn actief een goed heeft met daaraan een inherent of ingebakken 'gebrek'.<sup>19</sup> Omgekeerd heeft de verkrijger na die overdracht een vermogensbestanddeel met daaraan een inherente optie of groeimogelijkheid. Gaat het om een overdracht onder ontbindende voorwaarde dan betekent dat dat er in het actief van de verkrijger slechts een voorwaardelijk vermogensbestanddeel zit, één met een gebrek. In dat van vervreemder blijft na de overdracht een voorwaardelijke vermogensbestanddeel achter, één met een groeimogelijkheid. De Engelsen zouden voor wat betreft het vermogensbestanddeel met het gebrek zeggen dat er sprake is van een flawed asset. De vraag naar de geldigheid van

---

<sup>12</sup> N.E.D. Faber in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007, p. 38 e.v.; R. Zwitser, 'De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van zakelijke rechten', *WPNR* 1993/6099, p. 524 e.v.; Hijma & Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 133; S.E. Bartels in: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/239, 243 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013) en Olthof, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:38 BW, aant. 4.7 (online: bijgewerkt t/m 1 oktober 2016).

<sup>13</sup> Keirse en Beukers, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 lid 1, aant. 8 (online: bijgewerkt t/m 01-05-2010).

<sup>14</sup> F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007/6725, p. 825 en Verstijlen, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:91 BW, aant. 7 en *GS Vermogensrecht* (bijgewerkt tot 17 augustus 2015), art. 3:92 BW, aant. 11 (bijgewerkt tot 1 augustus 2015).

<sup>15</sup> F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007/6725, p. 825; Verstijlen, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:91 BW, aant. 7 en *GS Vermogensrecht* (bijgewerkt tot 17 augustus 2015), art. 3:92 BW, aant. 11 (bijgewerkt tot 1 augustus 2015) en Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), 2015, p. 1019.

<sup>16</sup> F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007/6725, p. 825 en Verstijlen, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:91 BW, aant. 7 en *GS Vermogensrecht* (bijgewerkt tot 17 augustus 2015), art. 3:92 BW, aant. 11 (bijgewerkt tot 1 augustus 2015).

<sup>17</sup> HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, r.o. 4.2.2, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser).

<sup>18</sup> HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, r.o. 4.2.3, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Reuser).

<sup>19</sup> F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, nr. 7 (Rabobank/Reuser).

faillissementsvoorwaarde is daarmee ook een vraag of de flawed asset(theorie) vooral didactische of ook verklarende waarde heeft.<sup>20</sup> Deze vraag zal verder niet worden behandeld.

Nu duidelijk is waarom partijen van een overdracht onder voorwaarde gebruik zouden willen maken en hoe dat juridisch in elkaar zit, is het tijd om te gaan kijken naar overdracht onder voorwaarde bij twee juridische arrangementen, te beginnen bij IE-licenties.

## 1.2 Licenties

Of het nu gaat om de mobiele telefoon in de broekzak, de software op de computer die deze tekst zichtbaar maakt of hele bedrijven en bedrijfsprocessen, ze zijn tegenwoordig allemaal afhankelijk van licenties. Een wettelijke definitie van een licentie ontbreekt, maar in de kern is een licentie een middel waarmee de rechthebbende van het intellectueel eigendom (IE-rechthebbende) de mogelijkheid geeft aan de licentienemer om een voorwerp van intellectueel eigendom te gebruiken of te exploiteren en daarbij gevrijwaard te zijn van verbodsacties en schadevergoedingsvorderingen van de IE-rechthebbende.<sup>21</sup> Licenties zijn mogelijk met betrekking tot een auteursrecht, een naburige recht, een handelsnaam, een kwekersrecht, een merk, een model of een octrooi.<sup>22</sup> Op grond van de licentie wordt het dus bijvoorbeeld mogelijk dat software van de IE-rechthebbende legaal wordt gebruikt, in ruil daarvoor betaalt de licentienemer eenmalig of periodiek een vergoeding (royalties) ook zou de licentienemer (gedeeltelijk) als vergoeding gebruiksdata kunnen delen. Daarnaast kan de licentieovereenkomst allerlei bijkomende afspraken bevatten zoals dat de IE-rechthebbende zich verplicht om een programma te onderhouden, te updaten en beveiligingslekken te dichten.

Mocht een IE-rechthebbende failleren, wat gebeurt er dan met een licentie of licentieovereenkomst? Dit was een vraag die na het Nebula-arrest in 2006 veel pennen in beweging bracht.<sup>23</sup> De Hoge Raad had in Nebula het faillissementsrechtelijke beginsel dat het faillissement geen invloed uitoefent op een wederkerige overeenkomst gerelativeerd.<sup>24</sup> Dat beginsel gaat niet zover dat een wederpartij uit een duurovereenkomst met de failliet de overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware, want dat zou onder andere in strijd zijn met het beginsel van gelijkheid van

---

<sup>20</sup> Voor de Engelsen is de flaw niet doorslaggevend voor de vraag of een 'soort' faillissementsvoorwaarde is toegestaan, zo blijkt uit: Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38 §89-91, 107. Zie ook R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands Recht mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, p. 625-632, §4-5.

<sup>21</sup> Th.C.J.A van Engelen, 'Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever', *AA* 2015/405, p. 407.

<sup>22</sup> Zie Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht, 11 druk, CH. Gielen, A.C.M. Alkema, P.G.F.A. Geerts, M.M. Groenenboom, R. Hermans, R.C.K. van Oerle, A.M.E. Verschuur nr. 5, 533, 677, 487, 183, 411, 231 en 107. Voor licentie bepalingen in de wet zie respectievelijk: de auteursrechtlicentie is niet in de wet geregeld, net zomin als handelsnaamlicenties, de laatste kan in strijd zijn met de wet in verband met de verknochtheid van een handelsnaam, art. 2 en 3 Handelsnaamwet (HNW). In de rechtspraak is gebruik van een handelsnaamlicentie aanvaard HR 11 febr. 1977, *NJ* 1977/363 m.nt. L.W.H., *BIE* 1978/23 m.nt S.B. (Mosterdmanneke); art. 9 Wet op de Naburige Rechten (WNR) regelt de licentie op de naburige rechten; art. 64 lid 1 Zaai- en plantgoedwet 2005 (ZPW 2005) regelt de licentie op een kwekersrecht; art. 2:32 lid 1 Benelux Verdrag inzake de Intellectueel Eigendom (BVIE) regelt de merkrechtlicentie; art. 3.26 (BVIE) regelt de modelrechtlicentie en art. 56 Rijksoctrooiwet (ROW) regelt de octrooirechtlicentie.

<sup>23</sup> Zie Th.C.J.A van Engelen, 'Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever', *AA* 2015/405, noot 5 voor een aardig overzicht van artikelen.

<sup>24</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 409.

schuldeisers.<sup>25</sup> Aangezien het heersende leer is dat een licentie geen beperkt recht maar een vorderingsrecht is en de licentieovereenkomst – waar de licentie deel van uitmaakt – meestal als een duurovereenkomst kan worden gekwalificeerd, leek de uitkomst problematisch voor licentienemers.<sup>26</sup> Om mogelijke verbodsacties van de curator te voorkomen werden verschillende constructies bedacht. Van Zanten noemt er een viertal van goederenrechtelijke en twee van verbintenisrechtelijke aard waarvan sommige zien op het IE-recht (de licentie) en andere op de hele licentieovereenkomst.<sup>27</sup> Goederenrechtelijk: het vruchtgebruik op een IE-recht; een pandrecht verbinden aan de vordering tot schadevergoeding in geval van wanpresteren met betrekking tot de licentieovereenkomst; overdracht van een IE-recht aan een stichting en overdracht van een IE-recht onder een opschortende insolventievoorwaarde. Verbintenisrechtelijk: in de tijd toenemende royaltyverplichtingen of een bonus aan het einde van de looptijd van het contract, zodat nakoming veel voordeliger wordt dan wanprestatie.

Sinds 2014 lijkt het er echter sterk op dat hier de soep niet zo heet gegeten wordt en veel van die constructies niet nodig zijn. In Berzona kwam de Hoge Raad namelijk terug op Nebula, zij het impliciet.<sup>28</sup> Waar de curator in Nebula de mogelijkheid werd gegeven om actief een verbintenis van economische eigendom niet na te komen door ontruiming te eisen, werd in Berzona geoordeeld dat een curator slechts de bevoegdheid heeft om passief een verbintenis niet na te komen. Hij kan betaling, afgifte van een zaak of de vestiging van een recht weigeren en komt zo door passiviteit niet na.<sup>29</sup> Echter hij kan niet actief een verbintenis niet nakomen.<sup>30</sup> Toegepast op IE-licenties betekent dit dat een curator dus niet de mogelijkheid heeft om door middel van een verbodsactie actief tegen een licentiehouder op te treden.

Desalniettemin heeft na Nebula de geest de fles verlaten en is het waarschijnlijk naïef om aan te nemen dat deze na Berzona in zijn oude woning is teruggekeerd. Bovendien, een aantal van de bovengenoemde constructies wordt waarschijnlijk nog steeds toegepast om (nog) sterker te staan tegenover een curator en om gemakkelijker een alternatief te vinden voor de niet presterende failliet. Een van die constructies is een overdracht van het IE-recht naar de licentiehouder of naar een stichting op het moment dat er een formele insolventieprocedure wordt aangevraagd of uitgesproken. Dat betekent

---

<sup>25</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.5, NJ 2007/155, (Nebula).

<sup>26</sup> Zie voor de vraag of licenties als vorderingsrecht of beperkt recht moeten worden gezien o.a. de volgende auteurs: als vorderingsrecht: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, §5.3.2.4; Mon. BW A32 (Grosheide), 2011, Deventer: Kluwer, *Intellectuele eigendom*, nr. 19; E. D. C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen: de auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden* (diss. Groningen), Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 111; Hof Arnhem 24 Arnhem 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH7545, r.o. 8; J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer, 2005, nr. 9.18; pleitend voor licenties als beperkt recht, maar erkennend dat ‘als vorderingsrecht’ de heersende leer is o.a.: Engelen van, ‘Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven’, IER 2009/75, §6-7; B.C. Wentink, *De licentie in het vermogensrecht*, p. 13 e.v.; vooral beschrijvend: Stein, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:8 BW, aant. 11.7 (online: bijgewerkt t/m 1 januari 2017); Huijgen, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:8 BW (online: bijgewerkt t/m 1 juli 2017); als beperkt recht: Meijers in Parl. Gesch., Boek 3 NBW, p. 93, waar hij de octrooilicentie als voorbeeld van een beperkt recht noemt.

<sup>27</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, §5.3.2.4.

<sup>28</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (ABN AMRO/Berzona; Berzona). In het arrest beweerde de Hoge Raad expliciet dat uit Nebula geen andere conclusie kon worden getrokken dan uit Berzona volgde, r.o. 3.6.5.

<sup>29</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.3, NJ 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (ABN AMRO/Berzona; Berzona).

<sup>30</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, r.o. 3.6.4, NJ 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (ABN AMRO/Berzona; Berzona).

overigens niet dat daarmee alle problemen voor een licentiehouder zijn ondervangen. Als het bijvoorbeeld gaat om een softwarelicentie – inhoudende o.a. een auteursrechtlicentie op de software – dan is het mogelijk dat deze software enkel via de cloud beschikbaar is. Overdracht van het auteursrecht op de software maakt de cloud nog niet beschikbaar. Een mogelijke oplossing voor de beschikbaarheid van de cloud valt buiten het bestek van deze scriptie.<sup>31</sup>

Wanneer niet de licentiegever maar de licentiehouder failleert kan er ook sprake zijn van een werkende insolventievoorwaarde. Aanvraag of uitspreken van een formele insolventieprocedure betekent dan dat de licentieovereenkomst wordt beëindigd of er een opzeggingsbevoegdheid ontstaat voor de licentiegever om de overeenkomst te beëindigen waarschijnlijk gepaard gaande met het ontstaan van een schadevergoedingsvordering in verband met het vroegtijdig eindigen van het contract. Dergelijke insolventievoorwaardes vallen buiten de reikwijdte van de hoofdvraag en zullen daarom niet behandeld worden.

### 1.3 Sale-and-lease-back

Lease is een wijdverbreide term zonder eenduidige juridische betekenis.<sup>32</sup> Lease noch de sale-and-lease-back kunnen in een wet gevonden worden. Nadere juridische kwalificatie van de overeenkomst is dan ook nodig, waarbij de naam die in de overeenkomst aan de leaseconstructie wordt gegeven niet leidend is. Bij lease worden financial lease en operational lease als hoofdvormen onderscheiden. Het gaat in beide vormen in ieder geval om een overeenkomst waarbij één partij, de lessor of leasegever, de andere partij, de lessee of leasenemer, tegen vergoeding een goed voor bepaalde tijd in gebruik geeft.<sup>33</sup> De verschillen zitten er vooral in of de lease slechts een gebruiksbehoefte of ook een financieringsbehoefte vervult en waar het economisch eigendom van het leaseobject zich bevindt.

Bij financial lease staat financiering van het leaseobject centraal.<sup>34</sup> De leasenemer heeft behoefte aan liquiditeit én het gebruik van een goed. Het goed heeft een duurzame gebruikswaarde en is gedurende de looptijd van de lease in gebruik van de lessee.<sup>35</sup> De vergoeding die de lessee daarvoor betaalt moet de investering (inclusief rente en winst) van de lessor dekken. De duur van de lease houdt verband met de economische levensduur van het goed, waardoor de leasenemer in beginsel voor die hele periode van het gebruik verzekerd is. Het economisch risico ligt gedurende de looptijd van de leaseovereenkomst op de leasenemer.<sup>36</sup> De juridische eigendom blijft bij de lessor en daardoor vervult het goed een zekerheidsfunctie. In geval van wanprestatie van de lessee kan de leasegever het goed terugnemen en eventueel de waarde verzilveren. Wat er gebeurt aan het einde van de lease is van belang voor de juridische kwalificatie en de (mogelijke dwingendrechtelijke) rechtsgevolgen van de overeenkomst. Er zijn meerdere mogelijkheden: de lessee wordt van rechtswege rechthebbende, de lessee licht een koopoptie uit de leaseovereenkomst, de leasegever geeft aan zijn eigenaarsbevoegdheden niet te zullen aanwenden<sup>37</sup> of het gebruik eindigt en het goed wordt teruggegeven aan de leasegever.

---

<sup>31</sup> Zie daarvoor: E.J. Louwers en P.M. de Laat, 'Continuïteit in de cloud', *Computerrecht* 2014/113.

<sup>32</sup> Struycken en Heilbron in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 lid 3 BW, aant. 3.4.7.1.

<sup>33</sup> J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 8; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 976.

<sup>34</sup> J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 22-23.

<sup>35</sup> J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 11-12.

<sup>36</sup> Dit heeft vooral bedrijfseconomische (jaarrekening) en fiscale gevolgen, zie J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 10.

<sup>37</sup> J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 39.

Eigendomsovergang is gebruikelijk. Bij de koopoptie is de vraag of de prijs gelijk is aan de werkelijke waarde of dat deze veel lager ligt. In het laatste geval is er sprake van een urgerende koopoptie, waarbij de lessee zichzelf in de vingers snijdt als hij deze niet aanwendt. Als er sprake is van een overgang van rechtswege, een urgerende koopoptie of het niet uitvoeren van de eigenaarsbevoegdheden wordt de lease gekwalificeerd als huurkoop en was art. 7A:1576h BW (oud) van toepassing.<sup>38</sup> Inmiddels zijn de huurkoopbepalingen opgenomen in titel 7.2b (goederenkrediet) BW en valt de overeenkomst die onder de huurkoopbepalingen viel nu onder de definitie van goederenkrediet uit artikel 7:84 BW en houdt de oude huurkooprechtspraak haar gelding.<sup>39</sup> Voor professionele partijen is met de nieuwe regeling vooral van belang dat in geval van ontbinding verrekening moet volgen.<sup>40</sup> Dit kan gevolgen hebben voor de geldigheid van de overdracht bij een sale-and-lease-back.<sup>41</sup>

Bij operational lease staat het gebruik van het leaseobject centraal. De lessor draagt het economisch risico van het goed en de lessee betaalt slechts een gebruiksvergoeding en geen aflossing voor de investering in het leaseobject. Het gaat dan in wezen om huur, art. 7:201 BW e.v. De term lease wordt enerzijds waarschijnlijk gebruikt omdat lease 'beter' klinkt dan huur<sup>42</sup> en anderzijds omdat het vaak zal gaan om een duurovereenkomst.<sup>43</sup> Naar dagelijks spraakgebruik zal bijvoorbeeld het huren van een auto betekenen dat iemand voor een (paar) dagen of een vakantie een auto huurt, terwijl de 'leaseauto' een paar jaar gebruikt wordt. Het is bij operational lease niet gebruikelijk – in tegenstelling tot bij financial lease – dat de eigendom van het leaseobject overgaat, al is een koopoptie wel mogelijk.

De leaseovereenkomst bij een sale-and-lease-back zal waarschijnlijk een financial lease inhouden, al is ook operational lease mogelijk. De lease kenmerkt zich doordat er liquiditeit wordt gezocht en daarom een goed wordt verkocht. De vervreemder levert c.p. en gaat het goed vervolgens leasen van de verkrijger. Er gaat dus een sale aan de lease vooraf. De constructie wordt vaak gebruikt om goederen te kunnen gebruiken voor de bedrijfsvoering zonder over de financiële middelen te beschikken om deze zaken aan te schaffen of te behouden. Stel dat het gaat om een transportbedrijf dan kan deze bijvoorbeeld vrachtwagens (blijven) gebruiken en daarmee inkomsten genereren, voortbestaan en eventueel groeien zonder geremd te worden door het geld in de kas of de kredietruimte die de bank biedt. Het is mogelijk dat er meerdere partijen bij de constructie betrokken zijn. Zo kan het beginnen bij een leverancier die verkoopt en levert aan de latere lessee, welke het goed direct doorverkoopt en c.p. levert aan de latere lessor. Met de ontvangen koopprijs wordt de leverancier betaald, terwijl de lessor zelf misschien weer door een derde wordt gefinancierd.

Hoe de sale-and-lease-back ook precies wordt vormgegeven, interessant is wat er gebeurt in geval van faillissement. Als de lessee failliet is, is dat vervelend voor de leasemaatschappij, maar deze zal vervolgens haar goed terughalen en waarschijnlijk aan een ander in lease geven, dan wel het leaseobject

---

<sup>38</sup> Niet iedereen vindt het vanzelfsprekend om een urgerende koopoptie gelijk te behandelen als een overgang van rechtswege, zie bijvoorbeeld J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 38-39, echter zowel in de rechtspraak als in de memorie van toelichting van titel 7.2b wordt dit wel gedaan: Kamerstukken II 2015/16, 34 442, 3, p. 26. Zie voor een overzicht van de rechtspraak noot 8 bij M. van der Weide, 'Lease en huurkoop onder de nieuwe titel 7.2b (goederenkrediet) van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2017/7158, p. 534-542.

<sup>39</sup> Kamerstukken II 2015/16, 34 442, 3, p. 26.

<sup>40</sup> Art. 7:92 jo. 7:98 BW.

<sup>41</sup> Hierover meer in hoofdstuk 3 waar wordt ingegaan op het fiduciaverbod.

<sup>42</sup> Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 976.

<sup>43</sup> Wat niet wil zeggen dat een huurovereenkomst niet een duurovereenkomst kan zijn, zie verder J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 8.

verkopen en zo de investering terugverdienen. De overgebleven leasetermijnen worden waarschijnlijk als concurrente vordering ingediend in faillissement.<sup>44</sup> Maar wat nu als de lessor faillieert? Kan het bedrijf dan voortgaan met het uitvoeren van haar duurovereenkomst? Kunnen de vrachtwagens blijven rijden?

Ook hier geldt dat een duurovereenkomst als een lease na faillissement gewoon blijft bestaan<sup>45</sup> en de curator niet de mogelijkheid heeft om actief te wanpresteren.<sup>46</sup> Echter als de lessor meer deed dan de goederen beschikbaar stellen aan de lessee en ook actief moest presteren – er was bijvoorbeeld sprake van operational lease, het economisch risico werd gedragen door de leasemaatschappij en derhalve was deze ook verantwoordelijk voor het onderhoud – heeft de curator wel de mogelijkheid om de actief te verrichten prestaties niet meer uit te voeren.<sup>47</sup> Overdracht onder voorwaarde kan dan de bedrijfsvoering van de lessee redden. Dat zou zowel kunnen met een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de lessor of door een ontbindende voorwaarde van het faillissement van de lessor overeen te komen bij de sale aan de latere lessor. Op deze manier wordt een van de curator onafhankelijke positie gecreëerd.

#### 1.4 Conclusie

Nu duidelijk is geworden hoe een overdracht onder faillissementsvoorwaarde technisch-juridisch mogelijk is en hoe die in het bijzonder zou kunnen functioneren bij een sale-and-lease-back of een licentie is het tijd geworden om andere vragen centraal te stellen. De behoefte om zo min mogelijk last te hebben van het faillissement van een wederpartij mag dan legitiem zijn, dat neemt niet weg dat de vraag blijft of de overdracht onder faillissementsvoorwaarde ook een geoorloofde constructie is. Wat zijn de bezwaren van de constructie precies? En, hoe wordt er tot op heden tegen aangekeken? Die vragen staan centraal in het volgende hoofdstuk.

---

<sup>44</sup> Art. 108 Fw e.v.

<sup>45</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 409.

<sup>46</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6.4, NJ 2007/155 (Berzona).

<sup>47</sup> Art. 37 Fw.

## Hoofdstuk 2: Wat is er volgens theorie en praktijk bezwaarlijk aan insolventievoorwaardes?

### 2.1 Wat is er theoretisch bezwaarlijk aan insolventievoorwaardes?

Een faillissementsvoorwaarde heeft geen ander doel dan de nadelen van het faillissement van de wederpartij te ondervangen. De solvabele partij wenst een zoveel mogelijk onafhankelijke positie te creëren van de curator en zo min mogelijk schade op te lopen, en in het geval van een voorwaardelijke overdracht, zo veel mogelijk voort te gaan alsof er niets is gebeurd. Op het altaar van deze belangen worden wel twee belangen geofferd. Enerzijds het (bedrijfseconomische) belang van de gezamenlijke schuldeisers en anderzijds het belang van een mogelijke doorstart van de failliete onderneming. Op de achtergrond spelen ook nog de maatschappelijke belangen als de stabiliteit van de economie of behoud van werkgelegenheid een rol, maar die blijven verder buiten beschouwing.<sup>48</sup>

Door het intreden van de faillissementsvoorwaarde verdwijnt het goed van rechtswege uit de boedel. Daarnaast zal bij een opschortende voorwaarde waarschijnlijk de periodieke gebruiksvergoeding verloren gaan.<sup>49</sup> Het gaat er nu niet om dat het goed nooit onvoorwaardelijk in de boedel heeft gezeten. Het springende punt voor de schuldeisers is dat er zonder ingrijpen minder valt te verdelen. De boedel is een stukje leger geworden. Bij zowel een opschortende als ontbindende faillissementsvoorwaarde zou dit gedeeltelijk ondervangen kunnen worden door de betaling van de koopprijs onder dezelfde voorwaarde overeen te komen. In het eerste geval wordt de betaling dan uitgesteld en in het tweede geval zal de koopprijs teruggegeven moeten worden. Gevolg is dat in beide gevallen de goederen uit de boedel verdwijnen, maar er een (oorspronkelijke) koopprijs voor in de plaats komt. Was die koopprijs reëel dan is er bij een ontbindende voorwaarde geen nadeel voor de gezamenlijke schuldeisers, tenzij het goed in de tussentijd in waarde is gestegen. Als het bijvoorbeeld gaat om vastgoed is dat niet ongebruikelijk. Bij een opschortende voorwaarde gaat bij een reële prijs alsnog de gebruiksvergoeding verloren, maar het is de vraag hoe doorslaggevend dit nadeel is. Ook bij een verkoop door de curator gaat deze vergoeding tenslotte verloren. Alleen ingeval de curator van mening is dat de boedel meer gebaat is bij behoud van het goed gaat er duidelijk een vergoeding verloren. Het tweede geschade belang ligt in het verlengde van zo'n voortzettingssituatie, want voor een succesvolle doorstart is het van belang dat de failliet bijvoorbeeld IE-rechthebbende of eigenaar van de vrachtwagens blijft, anders verwordt de onderneming tot een lege huls en valt er niets voort te zetten. Dit belang van het voortzetten van de onderneming wordt met het verdwijnen van het goed hoe dan ook geschaad en dit kan, in tegenstelling tot de benadeling van schuldeisers, niet met een geldbedrag worden voorkomen. Al kan geld wel verkozen worden boven goederen. Het schaden van het voortzettingsbelang beschouw ik voor het vervolg daarom als een gegeven.

Bij het bezwaar van benadeling van schuldeisers dient de economische realiteit niet uit het oog te worden verloren. Hierboven kwam al aan de orde dat door betaling van een reële koopprijs onder

---

<sup>48</sup> B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032 p. 886. Deze belangen kunnen bovendien zowel als voor- en tegenargument worden gebruikt.

<sup>49</sup> De waarde van het goed houdt wel verband met de gebruiksvergoeding, maar het zal niet zo zijn dat de gebruiksvergoeding volledig in de marktwaarde is verdisconteerd. Het zal per goed en per markt verschillen hoe de waarde van een goed ontwikkelt, waarbij de mogelijkheid om een goed te verhuren of in lease te geven één van de factoren zal zijn die invloed hebben op de marktprijs. Derhalve is het goed om te beseffen dat op het moment dat een goed dat in lease is gegeven de boedel ontvalt er ook een vorderingsrecht wegvalt.

eenzelfde faillissementsvoorwaarde benadeling gedeeltelijk ondervangen kan worden, maar het is de vraag hoe realistisch dit is.

Bij de overdracht onder faillissementsvoorwaarde dient bedacht te worden dat het onzeker is of insolventie zal intreden. Dat heeft gevolgen voor het moment dat betaling voor het goed voor de hand ligt (als er al wordt betaald) en voor de vraag of de prijs marktconform zal zijn. Wordt er overgedragen onder een ontbindende faillissementsvoorwaarde dan is het te verwachten dat om en nabij het moment van overdragen een marktconforme prijs wordt betaald, want de vervreemder zal geld voor zijn waar willen zien. De prijs kan eventueel iets lager liggen omdat de voorwaarde meebrengt dat er een kans bestaat dat de vervreemder het goed weer in zijn vermogen kan terugzien. Tenzij betaling onder eenzelfde ontbindende voorwaarde wordt overeengekomen als de overdracht, zal het intreden van de voorwaarde betekenen dat er een goed verloren gaat voor de boedel, terwijl er voor dat goed in het verleden ook al eens is betaald. Schuldeisersbenadeling is dan een gegeven.

Bij een opschortende voorwaarde ziet het er anders uit, maar is ook benadeling te verwachten zij het in mindere mate. Het is dan juist niet te verwachten dat er een koopprijs wordt betaald voor faillissement. Immers waarom voor iets betalen, wat misschien wel nooit wordt verworven.<sup>50</sup> Wordt toch voorafgaand aan faillissement betaald dan is het vanuit het perspectief van de verkrijger bedrijfseconomisch niet rationeel om een marktconforme vergoeding te betalen voor het goed. Komt het tot insolventie, dan zal de boedel het goed moeten missen en zal de te lage koopprijs wellicht reeds verbruikt zijn. Blijft over de mogelijkheid voor verkrijger om helemaal niet te betalen of te betalen onder dezelfde voorwaarde als de overdracht. In het eerste geval lijkt de constructie op een gift onder opschortende voorwaarde van faillissement en deze loopt waarschijnlijk stuk op art. 35b Fw.<sup>51</sup> In het tweede geval is het reëel om te weinig te betalen. Immers het is doorgaans niet de failliet die die last draagt, zeker als deze een rechtspersoon is, maar diens schuldeisers. De te lage prijs kan het gemis van het goed voor de boedel niet compenseren.

De failliet en de toekomstig rechthebbende worden op basis van economische, rationele en geldelijke motieven dan ook geprikkeld om bij zowel een opschortende als ontbindende overdrachtsvoorwaarde respectievelijk over hun graf heen te regeren of zoveel mogelijk voordeel te behalen. Slechts de regels van moraal en fatsoen (en wellicht het recht) kunnen partijen prikkelen om anders te handelen.

---

<sup>50</sup> Schrijvers schetsen deze situatie wel, en beoordelen ook de geldigheid van de constructie in het geval er direct en marktconform moet worden gepresteerd. Mijs inziens is er geen bedrijfseconomische reden om dat te doen. Zie verder: Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032, p. 879-886; B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 221-227; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p.406.

<sup>51</sup> Zie §4.2.4; Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 138. Hij pleit voor analoge toepassing van art. 35b Fw om een boete die is afgestemd op faillissement tegen te gaan; en zie Van Zanten (wel toegespitst op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde): T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, §8.5.2 i.h.b. p. 389-392 en §8.5.3.3 i.h.b. p. 405-408.



### *Vergelijking en evenwicht*

Ingrijpen dus? Dat zou wellicht kunnen op basis van de in de volgende hoofdstukken te behandelen leerstukken, maar de vraag is wel hoe uitzonderlijk de hierboven geuite bezwaren werkelijk zijn. Is niet bijna iedere rechtshandeling in potentie benadelend voor de gezamenlijke schuldeisers? En kleven niet dezelfde bezwaren aan zekerheidsrechten, welke zijn toegestaan?<sup>52</sup> Het antwoord is natuurlijk dat dat klopt, maar er zijn wel wezenlijke verschillen. Vrijwel iedere rechtshandeling *kan* bij faillissement nadelig uitpakken voor de gezamenlijke schuldeisers, maar dat is iets anders dan dat een rechtshandeling zuiver werkt bij faillissement en dan per definitie benadelend is. Zo ook zekerheidsrechten. Wanneer deze in faillissement worden uitgeoefend zal dat voor de concurrente crediteuren de boedel leger maken, maar zekerheidsrechten hebben ook hun waarde en werking voorafgaand aan faillissement. Bijvoorbeeld bij beslag of wanbetaling. Een overdracht onder faillissementsvoorwaarde daarentegen heeft geen reële betekenis gedurende het leven van de onderneming.<sup>53</sup> Zonder faillissement heeft de voorwaarde geen effect. Zekerheidsrechten daarentegen zullen financiering meebrengen en dat krediet zal ten goede komen aan de onderneming en de relatie met haar schuldeisers gedurende haar solvante bestaan.<sup>54</sup> Ten slotte zijn zekerheidsrechten ook nog eens democratisch gelegitimeerd.<sup>55</sup> Technisch-juridisch biedt de wet wel de mogelijkheid om een overdracht onder faillissementsvoorwaarde overeen te komen, maar als uitzondering op de *paritas creditorum* is de constructie niet te vinden. Zekerheidsrechten daarentegen zijn een erkende reden van voorrang.<sup>56</sup>

Ook al gaat de vergelijking met zekerheidsrechten niet op, er valt wel iets van te leren wat de overdracht onder voorwaarde in ieder geval een rechtvaardigingsgrond kan geven. Net als een zekerheidsrecht zou een overdracht onder voorwaarde een reële bedrijfseconomische betekenis kunnen hebben gedurende het bestaan van de onderneming. Dit kan door de voorwaarde niet alleen te laten werken bij faillissement, maar ook bij een bepaalde mate van wanprestatie door de rechthebbende of schade bij de gebruiker of in geval van ontbinding van de gebruiksovereenkomst. In ruil daarvoor zou de gebruiker dan bijvoorbeeld een hogere gebruiksvergoeding kunnen betalen, andere verplichtingen op zich kunnen nemen of een hoger risico aanvaarden. Het blijft weliswaar een gok of de voorwaarde in werking treedt, maar de kans neemt met een op meerdere gronden te activeren voorwaarde toe en daardoor ook de bereidheid om voor die kans iets terug te geven. Er ontstaat op die manier evenwicht. De relatie wordt

---

<sup>52</sup> B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032 p. 881-885.

<sup>53</sup> Zie ook Verstijlen die hetzelfde concludeert met betrekking tot een boete die ontstaat door een boetebeding wat is afgestemd op het faillissement: F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & Verstijlen (red.), *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 141. Wibier stelt het met betrekking tot een opschortende voorwaarde zelfs dat de rechtshandeling zonder faillissement niet bestaat: sterker nog, hij stelt dat de rechtshandeling zelf nog niet bestaat. Zie: R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, p. 628. M.i. is dat niet juist. De rechtshandeling is reeds tot stand gekomen alleen de werking is daarvan uitgesteld totdat de voorwaarde in werking treedt. Zie o.a. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 121, 125; Olthof, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:38 BW, aant. 4.1 en 4.2 (bijgewerkt tot 1 oktober 2016) en Peter, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 4.2.1 (bijgewerkt tot 1 juli 2015).

<sup>54</sup> B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032 p. 885.

<sup>55</sup> B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032 p. 884-885.

<sup>56</sup> Art. 3:277 lid 1 jo. 3:278 lid 1 BW.

meer ingericht volgens het aloude adagium 'quid pro quo'. De overdrachtsvoorwaarde wordt een potentieel groot voordeel en daarvoor wordt navenant een tegenprestatie verricht. Benadeling van schuldeisers of het verhinderen van de voortzetting in geval van faillissement wordt er niet door voorkomen, net zo min als dat bij een zekerheidsrecht het geval is. Maar net als een zekerheidsrecht heeft de rechthebbende gedurende solventie baat bij de voorwaarde en indirect ook zijn schuldeisers.

#### *Engels voorbeeld*

Een complex, maar goed voorbeeld van een discutabele, maar volgens het Engelse Supreme Court evenwichtige voorwaarde is te vinden in de zaak Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc (hierna Belmont Park Investments).<sup>57</sup> In deze zaak verwerd een eersterangs zekerheidsrecht door de werking van een faillissementsvoorwaarde tot een tweederangs zekerheidsrecht. Het zekerheidsrecht ging weliswaar formeel niet verloren, maar verloor door de rangwisseling praktisch wel haar waarde. Was dit een schending van de Anti-Deprivation Rule (hierna ADR)? Op basis van deze Engelse case law-regel geldt dat een beding in strijd is met de openbare orde als het actief verwijderd uit de boedel dat op het moment van faileren nog in de boedel zat.<sup>58</sup> Een regel dus die een overdracht onder faillissementsvoorwaarde in beginsel zal dwarsbomen.

De raadsheren gingen voornamelijk voorbij aan de technisch-juridische discussie of de rangwisseling nu wel of niet gelijk stond aan het verlies van een goed en of de ADR wel van toepassing was als het beding in werking treedt door het faillissement van een derde (in casu de moedermaatschappij). De zaak werd vooral beslecht op basis van de gedachte dat als er sprake is van een in goede trouw overeengekomen, zakelijk of commercieel verantwoorde voorwaarde die de overeenkomst in evenwicht brengt, er geen schending is van de ADR.<sup>59</sup> Daarnaast werd van belang geacht of de tegenprestatie die vervalt door de faillissementsvoorwaarde een tegenprestatie is voor een prestatie die nog geleverd moet worden of de quid pro quo is van een reeds geleverde prestatie.<sup>60</sup> Volgens Englands hoogste rechtscollege was er sprake van het vereiste evenwicht. Om dat te kunnen begrijpen geef ik hieronder de feiten weer.

Lehman Brothers Special Financing (LBSF), onderdeel van de Lehman Brothers Holding Inc (LBHI), had een Special Purpose Vehicle opgericht (SPV) dat obligaties ging uitgeven aan obligatiehouders (vertegenwoordigd in deze zaak door Belmont Park Investments). Met het opgehaalde geld werden

---

<sup>57</sup> Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38.

<sup>58</sup> "(...) that contractual provisions designed to remove from the estate of a bankrupt or insolvent company assets held at the commencement of the bankruptcy or winding up are void as being contrary to public policy." Uit R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Laws*, Sweet & Maxwell, London 2011, h 7-01. Een aantal andere definities: "... the law is too clearly settled to admit of a shadow of doubt that no person possessed of property can reserve that property to himself until he shall become bankrupt, and then provide that, in the event of his becoming bankrupt, it shall pass to another and not to his creditors." (Whitmore v Mason (1861) 2 J & H 204, 212, per Sir William Page Wood V-C) en "... a simple stipulation that, upon a man's becoming bankrupt, that which was his property up to the date of the bankruptcy should go over to someone else and be taken away from his creditors, is void as being a violation of the policy of the bankrupt law" (Ex p Jay; In re Harrison (1880) 14 Ch D 19, 25, per James LJ).

<sup>59</sup> Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38 §75-79, 103-104, 106, 108-109. De meerderheid van de raadsheren kon zich in het oordeel van Collins LJ vinden, zie §185.

<sup>60</sup> Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38 §100, 130.

staatsobligaties en ‘veilige’ investeringen gekocht (het onderpand, voorzien van triple-A rating). De opbrengst op de obligaties die de SPV periodiek en aan het einde van de looptijd verplicht was te betalen aan de obligatiehouders werd door LBSF betaald in ruil voor de renteopbrengsten van het onderpand. Wanneer er bepaalde gebeurtenissen plaatsvonden (credit events) werd de opbrengst op de obligaties gereduceerd (in extreme omstandigheden tot 0).

Op deze manier speculeerde LBSF dat er credit events zouden plaatsvinden, waardoor zij minder aan de obligatiehouders (via de SPV) moest betalen dan dat de obligatiehouders hadden geïnvesteerd. Daarnaast bood deze constructie LBSF een mogelijke opbrengst zonder zelf een investering te hebben gedaan, terwijl het risico op wanbetaling op de achterliggende leningen bij de investeerders lag. De obligatiehouders speculeerden op hun beurt dat de achterliggende leningen veilig waren (immers triple-A), een mooie opbrengst zouden opleveren en er geen of onvoldoende credit events zouden plaatsvinden. Naast dit speculatieve deel bevatte de overeenkomst ook nog een zekerheidsdeel.

Het onderpand van de SPV was bezwaard. In normale omstandigheden allereerst ten gunste van LBSF, immers zij betaalde feitelijk het door de SPV aan de obligatiehouders verschuldigde bedrag. Echter, dat zou een extra risico meebrengen voor de obligatiehouders indien er aan de zijde van LBSF (of haar kredietverstrekker LBHI) een event of default zou plaatsvinden. In dat geval zouden de obligatiehouders dan ook de eerste aanspraak op het onderpand verkrijgen. Dit was bewerkstelligd met een flip-clausule in de overeenkomst welke dus een prioriteitswisseling (swap) teweeg zou brengen. Een event of default onder de swap-agreement was o.a. het in Chapter 11 geraken van LBSF of haar kredietverstrekker (LBHI). Toen LBHI bescherming onder Chapter 11 aanvroeg trad de swap in werking en zodoende verkregen de obligatiehouders een eersterangs zekerheidsrecht.

Lord Judge Collins (en de meerderheid van het Supreme Court) zag in de swap een beding wat de overeenkomst in balans bracht en liet onder andere daarom alles in stand ook al hadden de schuldeisers van Lehman Brothers hier last van.<sup>61</sup> Op Engelse leest geschoeid zou dan voor Nederlandse rechtspraak betoogd kunnen worden dat een evenwichtige overdracht onder faillissementsvoorwaarde door de beugel kan.<sup>62</sup> De werkelijke waarde wordt weliswaar niet vergoed en in faillissement is de overdracht bezwaarlijk voor de gezamenlijke schuldeisers en voor de kans op een doorstart, maar dit leed is misschien geoorloofd

---

<sup>61</sup> Dit is niet de plaats om op alle nuances van het arrest in te gaan. Het gehele Supreme Court heeft geoordeeld dat de ADR niet van toepassing was, maar de gronden waarop zij tot die beslissing kwamen verschilden. Daarnaast zijn er meer gronden en factoren van belang dan ik hier heb weergegeven. Daarbij moet gezegd worden dat het arrest niet kritiekloos is ontvangen. Allereerst is er kritiek op de lezing van de jurisprudentie door Lord Judge Collins: S. Worthington, ‘Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule’, *MLR* 2012/75(1), p. 116; R. Goode, ‘Flip clauses: the end of the affair?’, *LQR* 2012/128(Apr), p. 3; Cleary komt tot een vergelijkbare conclusie: T. Cleary, ‘Case Note: Belmont Park Investments Pty Limited v BNY corporate Trustee Services Ltd [2011] UKSC 38’, *BLI* 2012, vol 13, no. 1, p. 109-110; ten tweede vindt niet iedereen dat het gegeven criterium nu duidelijk genoeg is: S. Worthington, ‘Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule’, *MLR* 2012/75(1), p. 117. Overigens vindt Cleary goede trouw en commerciële gronden wel een goed startpunt (maar dus geen eindpunt): T. Cleary, ‘Case Note: Belmont Park Investments Pty Limited v BNY corporate Trustee Services Ltd [2011] UKSC 38’, *BLI* 2012, vol 13, no. 1, p. 109-110, 115.; ten slotte zorgt het oordeel ervoor dat schuldeisers van de failliet met het nadeel blijven zitten: S. Worthington, ‘Testing the anti-deprivation rule: a response to Lehman brothers and the anti-deprivation principle: current uncertainties and proposals for reform’, *CMLR* 2011 vol 6, no. 4, p.450-455, 453,454 en S. Worthington, ‘Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule’, *MLR* 2012/75(1), p. 112.

<sup>62</sup> Zie ook Wibier, ‘De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013’, *WPNR* 2013/6985 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)

als er sprake is van een evenwichtige transactie waarbij tijdens solventie de rechthebbende, en door hem diens schuldeisers, voordeel hebben van het bestaan van de voorwaarde. Terwijl voor de toekomstig rechthebbende juist door de faillissementsvoorwaarde een evenwichtige overeenkomst ontstaat.

### *Conclusie*

Alles bij elkaar genomen, kan benadeling van schuldeisers *in* faillissement alleen worden *ondervangen* met een marktconforme prijs onder dezelfde faillissementsvoorwaarde. Het noodzakelijke evenwicht wordt dan *achteraf* (na het verdwijnen van het goed) met de *betaling* hersteld. Benadeling van schuldeisers in faillissement kan misschien wel worden gerechtvaardigd. Niet door de vergelijking met andere rechtshandelingen of zekerheidsrechten, maar wel door op een andere manier te zoeken naar evenwicht. Dat zou dan kunnen met een evenwichtige overeenkomst die *voor* faillissement indirect tot voordeel van de gezamenlijke schuldeisers heeft gestrekt. De evenwichtssituatie wordt dan *voorafgaand* aan het verdwijnen van het goed voorbereid en het evenwicht ontstaat uiteindelijk *met de overgang van het goed* op het moment van faillissement. Daarbij kan het helpen als het voorwaardelijke overdrachtsbeding niet alleen bij faillissement werkt, en dus een meer reële betekenis krijgt. In dat geval is ingrijpen misschien niet nodig. Is er echter geen sprake van evenwicht, vooraf dan wel achteraf, dan wordt de vraag slechts: op welke grond kan worden ingegrepen?

#### 2.1.1 Bezwaren bij sale-and-lease-back

Geldt bovenstaande nu ook onverkort bij een sale-and-lease-back constructie? Allereerst moet worden opgemerkt dat ook hier geldt dat ongeacht in welke juridische constructie een faillissementsvoorwaarde speelt het bezwaar van het belemmeren van een mogelijke doorstart van toepassing is. Dat is inherent aan de faillissementsvoorwaarde omdat deze nu eenmaal automatisch een goed uit de boedel doet verdwijnen.

Blijft over de benadeling van de schuldeisers van de failliet. Bij een sale-and-lease-back zijn dan twee punten van belang. Allereerst of het om een operational of financial lease gaat en ten tweede of er een marktconforme koopprijs wordt betaald. De vragen wanneer deze koopprijs wordt voldaan en of er sprake is van een opschortende of ontbindende voorwaarde zullen in de praktijk niet relevant blijken.

Bij een sale-and-lease-back zorgt de sale voor liquiditeit en de lease voor het kunnen gebruiken van een goed. Het is dan gebruikelijk om voor financial lease (vaak huurkoop) te kiezen, waarbij aan het einde van de lease vaak een overdracht van rechtswege of (urgerende) koopoptie volgt.<sup>63</sup> In zo'n context is een (retro-)overdracht onder faillissementsvoorwaarde misschien niet zo vreemd, omdat overdracht aan het einde van de lease toch al in de lijn der verwachting lag. Anderzijds is zo'n insolventievoorwaarde niet direct nodig. Als de lessee doorgaat met het voldoen van de leasetermijnen dan heeft de curator de overeenkomst te accepteren, want deze wordt niet aangetast door het faillissement<sup>64</sup> en hij heeft niet de bevoegdheid om actief wanprestatie te plegen.<sup>65</sup> Is de lessor echter verantwoordelijk voor (bepaalde vormen) van onderhoud dan zorgt een insolventieclausule ervoor dat de lessee geen last heeft van een wanpresterende curator.

Normaal gesproken is de mate van nadeligheid of bezwaarlijkheid voor de schuldeisers van de failliet erg afhankelijk van de vraag of er wel een reële marktprijs voor het goed wordt betaald, maar in

---

<sup>63</sup> Voor meer informatie over de sale-and-lease-back, zie §1.3.

<sup>64</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 409.

<sup>65</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6.4, NJ 2007/155 (Nebula).

geval van een financial lease ligt dat anders. Het is evenzeer redelijk om de koopprijs gelijk te stellen aan de nog te betalen leasetermijnen indien het contract zou worden uitgediend, eventueel vermeerderd met de koopprijs die was overeengekomen voor het lichten van de koopoptie.<sup>66</sup> Dat resulteert wellicht in een lagere koopprijs dan bij een vrije verkoop door de curator, maar de curator van de failliete lessor zal om die verkoop mogelijk te maken eerst de lease moeten ontbinden en het goed moeten terughalen, terwijl er geen tekortkoming is in de nakoming. Dat wordt een lastig verhaal en daarbij kan de wederpartij zich op een retentierecht beroepen in verband met de vordering tot verrekening.<sup>67</sup> De hele exercitie zal niet meer opleveren dan een koopprijs waarbij de reeds betaalde leasetermijnen in mindering zijn gebracht op de marktprijs. Een overdracht onder faillissementsvoorwaarde zal bij een (veel) lagere koopprijs derhalve niet bezwaarlijk zijn, mits de koopprijs maar wel verband houdt met de nog te betalen leasetermijnen. Gebeurt dat laatste niet, dan is evenwicht alleen mogelijk als de lessee gedurende lease daarvoor een compensatie heeft geboden, bijvoorbeeld door een hogere leasetermijn te betalen. Erg rationeel is dat niet, want de lessee loopt het risico te veel te betalen als de lessor niet faillieert.

In §1.3 is ook gesproken over de mogelijkheid om de sale-and-lease-back in de vorm van een operational lease te gieten. Hiervoor zal slechts worden gekozen als er een sterke behoefte is aan liquiditeit terwijl het goed (nog) maar tijdelijk nodig is. Wordt er een operational lease overeengekomen dan geldt hetzelfde als bij een gewone overdracht onder voorwaarde. Bij huur ontbreekt het aan een plicht tot verrekenen en kan de lessee zich zonder bijkomende contractuele rechten ook niet op een retentierecht beroepen. Dat betekent dat gewoon de algemene regel geldt dat de overdracht bezwaarlijk is voor de schuldeisers als er geen reële tegenprestatie wordt voldaan.

Bij beide leasevormen ligt het nog minder dan bij een 'gewone overdracht' in de lijn der verwachting om een eventuele koopprijs eerder dan bij het intreden van de faillissementsvoorwaarde te voldoen. De hele constructie is immers opgezet om geld te verkrijgen en dus niet om het vroegtijdig weer (deels) terug te geven. Dat in geval van een (urgerende) koopoptie of een overgang van rechtswege het nauwelijks onzeker is of het ooit tot overdracht komt, maakt de uitkomst van die economische logica niet anders.

Of er een ontbindende of opschortende voorwaarde is overeengekomen zal ook weinig uitmaken. In het eerste geval zal aan de oorspronkelijke overdracht bij de sale een ontbindende voorwaarde zijn gekoppeld, terwijl in het tweede geval er naast de sale en overdracht een opschortende voorwaarde is overeengekomen. Hoe ook vormgegeven, het is vooral relevant welke soort sale-and-lease-back is overeengekomen en of en zo ja welke prijs er moet worden betaald of dat er op een andere wijze een evenwicht is gevonden.

---

<sup>66</sup> De koopprijs zou als volgt tot stand kunnen komen: er wordt een vrachtwagen verkocht ter waarde van €200.000,- (de sale). Vervolgens is het de bedoeling dat de lessee vijf jaar lang iedere maand bijna €3700,- betaald. Zijn de 60 maanden voorbij dan wordt hij van rechtswege eigenaar en heeft hij in totaal €222.000,- betaald, oftewel de koopprijs + jaarlijks ongeveer 2,1% rente. Als nu na 45 maanden de lessor zou faillieren en daarmee een faillissementsvoorwaarde overdracht bewerkstelligt zou een prijs die gelijk staat aan de overgebleven leasetermijnen redelijk zijn. Dat betekent een prijs van €55.000,-. Al zou de marktwaarde van de vrachtwagen op dat moment €75.000 zijn, dan lijkt dat een verlies van €20.000,-. Echter, als ontbinding (als dat al lukt) verrekening bewerkstelligt dan zou diezelfde €20.000,- toch bij de lessee terechtkomen.

<sup>67</sup> Art. 3:290 BW e.v.

### 2.1.2 Bezwaren bij licenties

Voor een faillissementsvoorwaarde bij een sale-and-financial-lease-back mogen de kaarten dan anders liggen, voor intellectueel eigendomslicenties gelden dezelfde bezwaren als reeds beschreven in §2.1. In tegenstelling tot bij een financial lease is het bij een licentie namelijk niet gebruikelijk dat de licentiehouder na verloop van tijd IE-rechthebbende wordt en daarnaast speelt er ook geen verrekeningssituatie. Er zal dus simpelweg waarde voor de boedel verloren gaan door het in werking treden van de voorwaarde, tenzij er een reële vergoeding voor het IE-recht wordt betaald. Daarbij zal doorgaans van de huidige en niet de toenmalige waarde moeten worden uitgegaan. Een IE-recht is immers niet aan slijtage onderhevig.<sup>68</sup> Het is zelfs mogelijk dat de waarde van bijvoorbeeld een octrooi, een merkrecht of het auteursrecht exponentieel in waarde toeneemt, zeker ten opzichte van het moment van overdracht of ingebruikneming, maar dat de onderneming die rechthebbende is om een of andere reden toch niet succesvol was.

Wordt er geen waardeconforme vergoeding betaald bij het intreden van de voorwaarde dan zal benadeling van de schuldeisers niet kunnen worden ondervangen. Wel kan misschien voldoende rechtvaardiging worden gevonden in het voorbereiden van een evenwicht *vooraf*. De licentiehouder zal dan bijkomende verplichtingen of risico's op zich moeten nemen, waar op de achtergrond de schuldeisers van de IE-rechthebbende gedurende solventie van profiteren.

## 2.2 Insolventievoorwaardes in de rechtspraak

Indien geoordeeld wordt dat ingrijpen nodig is, dan kan dat op verschillende manieren. De bezwaren zouden kunnen leiden tot een – de facto – verbod op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde of de geldigheid van de voorwaarde afhankelijk maken van de omstandigheden van het geval. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan de hoogte van de koopprijs ten opzichte van de werkelijke waarde en of deze koopprijs nog aanwezig is in de boedel, wat in de praktijk zal betekenen dat de betaling is uitgesteld tot het intreden van de voorwaarde. Een andere relevante omstandigheid zou kunnen zijn dat er op een bepaalde manier voorafgaand aan faillissement een evenwicht is voorbereid. Ook is het natuurlijk mogelijk om iedere overdracht onder faillissementsvoorwaarde toe te staan. Dat is dan jammer voor de achtergebleven crediteuren en in het voordeel van de continuïteit van de wederpartij van de failliet. Daarnaast komt de vraag naar boven wat de grondslag is voor ingrijpen of juist wat de reden is om ondanks de bezwaren de constructie toe te laten. Struikelt de constructie over het fiduciaverbod, is de faillissementspauliana aan de orde, is er een grond voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW of wordt de voorwaarde buiten werking gesteld op grond van de redelijkheid en billijkheid? De rechter heeft er zich nog niet over uitgelaten, dus er is nog niets definitiefs over te concluderen. Andere voorwaardes die werkten op of omstreeks of in faillissement zijn echter wel beoordeeld. Wellicht dat we daar een richting uit kunnen destilleren.

### 2.2.1 Slijm versus Brouwer

Reehuis stelt dat een overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde in strijd is met de openbare orde en verwijst daarbij naar Slijm/Brouwer.<sup>69</sup> Er zijn argumenten te bedenken waarom een overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde in strijd is met de openbare orde, maar de vergelijking met Slijm/Brouwer biedt mijns inziens geen soelaas. Aan het arrest ligt een driepartijenovereenkomst tussen

---

<sup>68</sup> De duur van een IE-recht kan natuurlijk wel beperkt zijn, zo heeft een octrooi een maximale geldigheidsduur van twintig jaar, art. 36 lid 6 jo. Art. 49 ROW. Aan het einde van de looptijd zal het octrooi daarom in waarde dalen. Vergeleken met gebruiksgoederen is twintig jaar echter nog steeds een lange tijd.

<sup>69</sup> Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123; Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100.

Accomodaties, Stukro en Holding ten grondslag die is opgesteld toen Accomodaties in een penibele financiële situatie verkeerde.<sup>70</sup> Accomodaties (met één m) verkocht en leverde machines en inventaris aan Stukro. Stukro betaalde aan Holding die de ontvangen koopprijs verrekende met een vordering op Accomodaties. Het gevaar dat bij een faillissement van Accomodaties de curator de rechtshandeling zou vernietigen werd onderkend en derhalve werd een ontbindende voorwaarde opgenomen.<sup>71</sup> Mocht een van de bepalingen van de overeenkomst haar werking verliezen dan werd de hele overeenkomst van rechtswege ontbonden, zou Holding de onverschuldigd betaalde koopsom teruggeven aan Stukro en kon Stukro hiermee Accomodaties betalen. Binnen zes weken werd Accomodaties, op eigen aangifte, in staat van faillissement verklaard. De curator achtte de betaling van Stukro aan Holding paulianeus en vernietigde deze op grond van art. 47 Fw (samenspanning) met als gevolg dat Holding de van Stukro ontvangen koopprijs op grond van art. 51 Fw moest teruggeven aan de boedel.<sup>72</sup> De curator had zich dus niet bekommerd om de ontbindende voorwaarde in de overeenkomst. Het een en ander leidde ertoe dat er verhaal werd gezocht op de advocaat die tot de overeenkomst had geadviseerd, waarbij o.a. de vraag aan de orde kwam of de curator zich niet iets had moeten aantrekken van de ontbindende voorwaarde. Immers, geredeneerd vanuit de voorwaarde zouden partijen terugkeren in de situatie van voor het sluiten van de overeenkomst of zou de koopprijs alsnog bij Accomodaties terecht komen, zou er zo geen benadeling meer zijn en zou de advocaat dus niets hebben misdaan. De Hoge Raad ging er niet in mee en oordeelde dat een beroep van een curator op de dwingendrechtelijke bepalingen van art. 47 en 51 Fw niet met een beroep op een ontbindende voorwaarde kan worden doorkruist.<sup>73</sup>

Deze uitkomst bekoort veel schrijvers, maar prima facie verbindt niemand daaraan de conclusie dat daarom de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde niet is toegestaan.<sup>74</sup> Reehuis lijkt dat wel te doen. Opgemerkt dient te worden dat er wezenlijke verschillen zijn tussen de voorwaardes. De ontbindende voorwaarde uit het arrest werd geactiveerd doordat met het uitoefenen van de wettelijke bevoegdheden van de curator een bepaling uit de overeenkomst haar werking verloor. De overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde werkt onafhankelijk van de curator. In het arrest kwam het tot vernietiging en was de voorwaarde bedoeld om de schadelijke gevolgen daarvan te voorkomen. Bij een faillissementsvoorwaarde is vernietiging in beginsel niet aan de orde. Wordt de rechtshandeling waarbij de overdracht onder ontbindende voorwaarde is overeengekomen wel vernietigd dan is de voorwaarde juist verdwenen.

---

<sup>70</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 3.1 onder iii, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2008/83 m.nt. W.H. Boom; *JOR* 2008/83, m.nt. I. Spinath, *TvI* 2008/51, m.nt. F.P. van Koppen (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>71</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 3.1 onder iv, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>72</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 3.3.2 onder iv, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>73</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 3.5.2, (concl. A-G Verkade), *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel). P. van Schilfgaarde heeft het in zijn annotatie over: “de curator moet zijn bevoegdheden kunnen uitoefenen in de boedel zoals hij deze aantreft” nr. 8, en A-G Verkade stelt dat de werking van de ontbindende voorwaarde in strijd is met de wet in verband met het fixatiebeginsel, concl. 4.19-4.20.

<sup>74</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde, nr. 8, *AA* 2008/83 m.nt. Boom, p. 733, *TvI* 2008/51, m.nt. Van Koppen, nr. 6 (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

Ogenschijnlijk is er voor het standpunt van Reehuis dan ook geen steun in het arrest te ontdekken. Via de conclusie van A-G Verkade is er echter een link te vinden. Volgens Verkade zou het in strijd zijn met het fixatiebeginsel als de ontbindende voorwaarde na het in werking treden van het faillissement zakelijke werking heeft.<sup>75</sup> Van Schilfgaarde kan zich daar nadrukkelijk vinden.<sup>76</sup> Een ontbindende voorwaarde die wordt geactiveerd met de faillietverklaring en door de zakelijke werking vervolgens een goed uit de boedel doet verdwijnen lijkt dan niet te werken.

Echter, het hof noch de Hoge Raad refereren aan het fixatiebeginsel. Het hof achtte de ontbindende voorwaarde in strijd met het systeem van de faillissementswet, zoals neergelegd in art. 42 e.v. Fw.<sup>77</sup> De Hoge Raad stelt dat een beroep op de dwingendrechtelijke bepalingen van art. 47 en 51 lid 1 Fw niet met een beroep op een ontbindende voorwaarde kan worden tenietgedaan. Daarmee wordt niet de beoogde zakelijke werking, die in strijd zou zijn met de faillissementsrechtelijke fixatie, centraal gezet, maar het beschermen van de ongestoorde uitoefening van de bevoegdheden van de curator.<sup>78</sup> Of zo'n ontbindende voorwaarde in strijd is met het fixatiebeginsel wordt mijns inziens met de gekozen woorden van 's lands hoogste rechtscollege niet bevestigd.<sup>79</sup> Zonder nadere argumenten kan ik dan ook geen grond vinden in Slijm/Brouwer om de toelaatbaarheid van de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde te beperken, maar slechts de regel dat een beroep van de curator op art. 47 en 51 lid 1 Fw niet met beroep op een ontbindende voorwaarde, die door het handelen van de curator is geactiveerd, kan worden doorkruist.<sup>80</sup>

### 2.2.2 BaByXL

Het tweede arrest dat in deze kwestie van belang is, had betrekking op een echte insolventieclausule.<sup>81</sup> Toen BaByXL in financiële moeilijkheden geraakte vroeg het uitstel van betaling aan. Contractueel gaf een surseanceaanvraag de verhuurder (ALM) van computerapparatuur aan BaByXL het recht om de huurovereenkomst zonder ingebrekestelling, per direct te beëindigen.<sup>82</sup> ALM maakte gebruik van deze contractuele mogelijkheid en dat bracht automatisch mee dat alle resterende huurtermijnen als schadevergoeding verschuldigd waren. Deze vordering werd ingediend in het faillissement van BaByXL, dat snel op de surseance was gevolgd. Curatoren betwisten vervolgens zowel de beëindiging van het huurcontract als de schadevergoedingsvordering. In cassatie ging het daarom o.a. over de vraag of het

---

<sup>75</sup> Concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2008:BB5067, concl. 4.19-4.20, bij HR 18 januari 2008, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde; *AA* 2008/83 m.nt. W.H. Boom; *JOR* 2008/83, m.nt. I. Spinath, *TvI* 2008/51, m.nt. F.P. van Koppen (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>76</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 3.5.2., *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde, nr. 8 (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>77</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 16 van het Hof, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde, nr. 8 (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>78</sup> Zo ook Boom, Van Koppen en wederom Van Schilfgaarde (die de voorwaarde dus om twee redenen bezwaarlijk acht) in hun noten. HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, *NJ* 2008/335, r.o. 3.5.2., m.nt. P. van Schilfgaarde nr. 8; *AA* 2008/83 m.nt. W.H. Boom, p. 733; *TvI* 2008/51, nr. 6, m.nt. F.P. Van Koppen (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

<sup>79</sup> In hoofdstuk 5 wordt op het fixatiebeginsel ingegaan.

<sup>80</sup> HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, r.o. 3.5.2, *NJ* 2008/335., m.nt. P. van Schilfgaarde (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel); F.M.J. Verstijlen in: *T&C Insolventierecht*, art. 47, 51 Fw (online: bijgewerkt t/m 1-9-2016) en R.J. van der Weijden in: *GS Faillissementsrecht*, art. 42, aant. 3.5. (online: bijgewerkt t/m 1-10-2012) en art. 47, aant. 3 (online: bijgewerkt t/m 1-10-2012).

<sup>81</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>82</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.1 onder ii, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).



dwingendrechtelijke art. 238 Fw zo'n insolventieclausule als het beëindigingsbeding wel toestond.<sup>83</sup> Art. 238 Fw geeft de schuldenaar-huurder de mogelijkheid een overeenkomst tijdens de surseance te beëindigen, maar betekent dat a contrario nu ook dat de schuldeiser-verhuurder die mogelijkheid niet heeft?

De Hoge Raad kon zich om meerdere redenen niet in de a contrario lezing vinden. Tekst noch strekking van art. 238 Fw noch het feit dat het artikel dwingend recht bevat verzet zich tegen het beëindigen van een huurovereenkomst door een verhuurder gedurende surseance.<sup>84</sup> Daarnaast is de surseance er weliswaar voor bedoeld om de zaken van de schuldenaar gaande te houden, maar daarmee heeft de wetgever een beroep op een contractueel beëindigingsrecht – waardoor zaken stoppen – niet onmogelijk willen maken.<sup>85</sup> Bovendien geldt ook hier het beginsel dat faillissement en surseance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar en dus ook niet op beëindigingsrechten.<sup>86</sup> Ook merkte de Hoge Raad op dat als vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn ook art. 6:80 BW al een buitengerechtelijke ontbindingsgrond geeft en dat als na surseance blijkt dat doorbetaling van de huur niet is verzekerd dit een grond voor omzetting van de surseance in een faillissement is, waarbij de verhuurder vervolgens op grond van art. 39 Fw bevoegd is om de huur tussentijds te doen eindigen.<sup>87</sup> Waarbij ten slotte de opmerking wordt gemaakt dat een beëindigingsbeding als het onderhavige veelvuldig voorkomt, bij voor de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten noodzakelijke overeenkomsten, en deze niet in het algemeen als ontoelaatbare inbreuk op het wettelijk stelsel inzake de surseance van betaling wordt beschouwd.<sup>88</sup>

De Hoge Raad geeft echter wel ruimte voor een uitzondering. Een beëindigingsbeding als het onderhavige *kan* worden tegengegaan met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, vooral in die gevallen waarin doorbetaling van de huur gedurende de surseance is verzekerd.<sup>89</sup> Helaas hebben de curatoren in cassatie geen beroep op deze grond gedaan en zullen we nooit weten of 6:248 lid 2 BW ook van toepassing was.<sup>90</sup> De crux van de uitzondering zit niet in de mogelijke toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid. Dat geldt immers voor iedere overeenkomst. Relevant is dat de Hoge Raad een concreet voorbeeld geeft.<sup>91</sup> Wanneer doorbetaling van de huur verzekerd is, kan de redelijkheid en billijkheid beperkend werken. Veralgemeiseerd, als er geen tekortkoming in de nakoming is en de prestatie verzekerd blijft, *kan* de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een beroep op een beëindigingsbeding niet werkt.<sup>92</sup> Volgens Van Zanten mag in beginsel het woord *kan* wel weggelaten worden en is de wederpartij in zo'n situatie zelfs niet bevoegd tot beëindiging, bijzondere omstandigheden dan uitgezonderd.<sup>93</sup>

---

<sup>83</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.2, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>84</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.1, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>85</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.2, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>86</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.1, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>87</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.3, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>88</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.3, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>89</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.2, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>90</sup> In casu was er geen tekortkoming in de nakoming en leed de verhuurder pas schade door zelf op te zeggen.

<sup>91</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, AA 20050938, p. 941 m.nt. Vriesendorp en T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 318.

<sup>92</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 394.

<sup>93</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 318-319.

De uitzondering die de Hoge Raad noemt, lijkt mij ook toepasbaar op een beding dat een overdracht onder faillissementsvoorwaarde inhoudt. Sterker, zo'n beding gaat nog een stap verder dan het beëindigingsrecht uit BaByXL. Door de aanvraag van de surseance had AML het recht om de overeenkomst te ontbinden, maar hoefde van dat recht niet gebruik te maken. AML koos ervoor om dat wel te doen. In gevallen dat de prestatie verzekerd is, zal zo'n keuze strijdig kunnen zijn met 6:248 lid 2 BW. Als het faillissement intreedt hoeft er bij een faillissementsvoorwaarde geen keuze meer gemaakt te worden en ontvalt van rechtswege een goed aan de boedel, ook als er geen tekortkoming bestaat en nakoming voor de toekomst is verzekerd. Als een beëindigingsclausule die een schadevergoedingsvordering doet ontstaan al te ver kan gaan, dan toch zeker een faillissementsvoorwaarde die van rechtswege overdracht bewerkstelligt of het goed doet terugvallen naar de vervreemder. Op basis van BaByXL kan de curator dan een beroep doen op de redelijkheid en billijkheid om werking van de voorwaarde te voorkomen. Ik kan echter niet met Van Zanten zeggen dat dat beroep op de redelijkheid en billijkheid dan, behoudens bijzondere omstandigheden, moet slagen. Althans niet op basis van de regel uit het arrest. De Hoge Raad houdt met de kan-formulering nu eenmaal een slag om de arm. Zelfs in het geval er geen tekortkoming in de nakoming of schade is en voortzetting kan worden gegarandeerd.

Bovendien blijkt uit het arrest dat de Hoge Raad niet principieel is gekant tegen bedingen die werken op het moment (aanvraag) van surseance. A fortiori, de Hoge Raad geeft aan dat beëindigingsbedingen in de praktijk veelvuldig voorkomen en over het algemeen geoorloofd zijn. Dat is zelfs een aanwijzing om dat wat in de praktijk gebruikelijk is in principe niet met rechterlijk ingrijpen tegen te gaan. Contractsvrijheid heerst. Ook niet als zo'n beëindigingsbeding leidt tot het verlies van een recht of het ontstaan van een recht op schadevergoeding.<sup>94</sup> Dat maakt een beëindigingsbeding dat moet worden ingeroepen nog niet hetzelfde als een faillissementsvoorwaarde die van rechtswege werkt. Desalniettemin komen het initiëren van het verlies van een vordering tot huurgenoet en het ontstaan van een schadevergoedingsvordering materieel wel in de buurt bij het verlies van een goed en, bij een opschortende voorwaarde, het verlies van een gebruiksvergoeding. Hoe dan ook, ingrijpen is op basis van dit arrest in ieder geval niet verzekerd.

### 2.2.3 Megapool

Ook in het arrest Megapool ging er door de werking van een beding een vordering verloren.<sup>95</sup> In hoofdstuk 5 zal uitvoerig bij dit arrest worden stilgestaan, derhalve hier slechts een korte weergave. Het gewraakte beëindigingsbeding gaf, in het geval dat een van de partijen faillissement of surseance had aangevraagd, in staat van faillissement was verklaard, buiten faillissement een akkoord had aangeboden aan zijn schuldeisers of tekortschoot in de nakoming van de overeenkomst en deze tekortkoming niet na sommatie heelde, een bevoegdheid de overeenkomst te beëindigen.<sup>96</sup> Het gevolg was dat er dan een vordering van Megapool op Laser verviel. Na surseance van Megapool beëindigde Laser de overeenkomst en ging derhalve de vordering verloren. De Hoge Raad gaf aan dat als een beding tot gevolg heeft dat door faillissement een vordering, waarvoor de failliet al heeft gepresteerd, verloren gaat dit beding een

---

<sup>94</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.3 laatste volzin, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL).

<sup>95</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.1 (iv en v), *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>96</sup> Rb Amsterdam 22 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6531, *JOR* 2010/46.

onaanvaardbare inbreuk op art. 20 Fw (fixatiebeginsel) kan opleveren en derhalve nietig is dan wel het beroep op zo'n beding onaanvaardbaar kan zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het beding zag echter niet louter op faillissement, de vordering die verviel was verbonden met prestaties die Megapool niet meer kon verrichten en het beding voorkwam schade bij Laser. Het beëindigingsbeding bleef zodoende in stand en de vordering was definitief vervallen.<sup>97</sup>

### 2.3 Conclusie

Met het Megapool-arrest heeft de Hoge Raad zijn oordeel uit BaByXL bevestigd dat beëindigingsclausules die werken vlak voorafgaand of op het moment van faillissement in principe zijn toegestaan.<sup>98</sup> Een beëindigingsvoorwaarde is dus formeel in orde en slechts op materiële gronden kan anders worden besloten.

Dat geeft een richting aan voor de te verwachten behandeling van een faillissementsvoorwaarde, al gaat het dan om iets anders. Een beëindigingsbeding beëindigt de verbintenisrechtelijke relatie tussen partijen. Een overdrachtsvoorwaarde zal in die context werken, maar is goederenrechtelijk van aard. Tegelijkertijd heeft de verbintenisrechtelijk werkende beëindigingsclausule wel een goederenrechtelijk effect. In BaByXL onstond een vordering, in Megapool verviel een vordering. Wat mij betreft gaat de vergelijking tussen de beëindigingsclausules uit Megapool en BaByXL en de overdracht onder faillissementsvoorwaarde op, omdat in beide arresten de Hoge Raad het goederenrechtelijk effect van het beëindigingsbeding in stand laat. De Hoge Raad had ook kunnen beslissen dat een beëindigingsbeding geoorloofd is, maar dat bijvoorbeeld voor het ontstaan van een schadevergoedingsvordering wel schade noodzakelijk is. Bovendien zou gesteld kunnen worden dat een overdracht onder faillissementsvoorwaarde verder gaat dan de behandelde beëindigingsclausules en hun effecten. Als die beëindigingsclausules al kritisch worden bekeken dan toch zeker ook de overdracht onder faillissementsvoorwaarde.

Dat een overdracht onder faillissementsvoorwaarde ziet op faillissement lijkt dus niet zo'n probleem. Relevant is vooral wat het beding materieel bewerkstelligt. Sommige uitkomsten kunnen immers in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid en/of het fixatiebeginsel. In die gevallen kan het beding buiten werking worden gesteld of is het beding zelfs nietig. Daarbij lijkt vooral relevant of er een rechtvaardiging is voor het verlies of ontstaan van een (schadevergoedings)vordering. Als die er niet is, dan lijkt het beding niet te werken (al houdt de Hoge Raad telkens een slag om de arm). Daarmee komen we terug bij een deel van de bezwaren uit §2.1. Voor een overdracht onder faillissementsvoorwaarde lijkt dat te betekenen dat zonder tegenprestatie vooraf (voor faillissement) dan wel een tegenprestatie achteraf (in faillissement) een overdracht onder faillissementsvoorwaarde de toets der kritiek niet kan doorstaan. Maar misschien moet niet alles gehangen worden aan de besproken arresten en moet gezocht worden naar andere gronden wil de overdracht onder faillissementsvoorwaarde die leidt tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers en het bemoeilijken van een doorstart kunnen worden bestreden.

---

<sup>97</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2 - 3.4.4, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>98</sup> Tot dat oordeel kwam ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij Megapool: Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, concl. 2.3, bij HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

## Hoofdstuk 3: Het Fiduciaverbod

In hoofdstuk 1 is duidelijk gemaakt hoe een overdracht onder faillissementsvoorwaarde in elkaar zit. Hieruit bleek dat zo'n voorwaardelijke overdracht technisch-juridisch mogelijk is. In hoofdstuk 2 is vervolgens bekeken wat de bezwaren bij deze constructie zijn en of de rechter deze heeft gesanctioneerd. Daaruit bleek dat de faillissementsvoorwaarde voorshands niet kansloos is, al helemaal niet als er een evenwichtige overeenkomst is gesloten. Er zijn echter auteurs die van mening zijn dat een rechter aan dat oordeel helemaal niet toekomt, omdat zij de overdracht onder ontbindende dan wel opschortende *faillissementsvoorwaarde* ongeldig achten op grond van art. 3:84 lid 3 BW oftewel het fiduciaverbod.<sup>99</sup> Is de titel die aan de overdracht ten grondslag ligt ongeldig dan brengt ons causale stelsel, 3:84 lid 1 BW, met zich dat er geen overdracht heeft plaatsgevonden.<sup>100</sup>

Dat heeft mogelijk verstrekkende gevolgen. Enerzijds zou de faillissementsvoorwaarde voor ongeschreven gehouden kunnen worden, omdat er anders sprake is van een ongeldige titel.<sup>101</sup> Dat betekent bij een ontbindende voorwaarde dat deze niet werkt en het goed blijft waar het voor faillissement al de tijd was. Wordt echter de opschortende voorwaarde voor ongeschreven gehouden dan heeft dat direct goederenrechtelijke gevolgen, want de overdracht wordt dan niet opgeschort. Anderzijds, als het beding wel wordt meegenomen dan zou dit, volgens sommigen, tot een ongeldige overdrachtstitel leiden en dat betekent dat er in het geheel geen overdracht plaatsvindt.<sup>102</sup> In dat geval blijft het goed juist bij een opschortende voorwaarde in faillissement op zijn plek, terwijl de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde nooit plaatsvindt. Wanneer de curator van de failliet zich niet kan vinden in een overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde dan heeft hij dus niet veel aan toepassing van fiduciaverbod. Hij kan slechts een a contrario redenering inzetten: het beding kan niet werken, want anders zou het leiden tot een fiduciaire overdrachtstitel en dat kan niet de bedoeling zijn geweest.<sup>103</sup> Is er sprake van een opschortende voorwaarde dan is het juist aantrekkelijk voor de curator om te betogen dat deze een ongeldige overdrachtstitel oplevert, en het goed zodoende nog tot de boedel behoort. Vervolgens kan hij afgifte vorderen.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 106 m.b.t. de opschortende voorwaarde en uit nr. 100 lijkt hetzelfde te volgen m.b.t. de ontbindende voorwaarde; Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123, 127; Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.5.1.3.C, 3.6.2 en ook uit 3.7.2 lijkt dit te volgen (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016); R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 117.

<sup>100</sup> Art. 3:84 lid 1 BW.

<sup>101</sup> Zie Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100 en het voorbeeld dat Reehuis geeft met betrekking tot een beheersovereenkomst onder ontbindende voorwaarde van faillissement of beslag of vervreemding.

<sup>102</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/279 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013).

<sup>103</sup> Hij kan natuurlijk wel andere argumenten aanvoeren tegen de werking van het beding.

<sup>104</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/279 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013).

Andere schrijvers zien het fiduciaverbod echter niet als hindernis.<sup>105</sup> En dan blijven de zojuist beschreven gevolgen natuurlijk uit.<sup>106</sup> Wie heeft er gelijk? Om die vraag te beantwoorden zal ik hieronder eerst verder moeten ingaan op het fiduciaverbod en hoe het is uitgelegd in de jurisprudentie (§3.1). Aangezien er veel verdeeldheid is onder schrijvers ga ik daarbij ook in op de achtergrond en de totstandkoming van het fiduciaverbod in een poging om te achterhalen waar de meningsverschillen op gebaseerd zijn. Vervolgens zal ik de argumenten van de schrijvers aanhalen die het fiduciaverbod wel of niet van toepassing achten op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde (§3.2). Een en ander overwegende zal dat resulteren in mijn conclusie (§3.3).

### 3.1 Het fiduciaverbod uitgelegd

De fiduciaire overdracht kwam al voor bij de Romeinen.<sup>107</sup> Het was een vertrouwensoverdracht, vandaar het woord fiducia.<sup>108</sup> De overdrager wilde het goed niet (voor altijd) kwijt, maar zag zich genoodzaakt om bijvoorbeeld een ander het goed te laten beheren of om zekerheid te geven aan een financier. Als de wet daarvoor geen bijzondere regelingen bood, werd de overdracht gebruikt en vertrouwd de vervreemder erop dat te zijner tijd het goed weer in zijn vermogen terugkeerde.<sup>109</sup> Sinds de Romeinen is de vertrouwensoverdracht meermalen afgeschaft om later weer tevoorschijn te komen als dat maatschappelijk gezien gewenst was.<sup>110</sup> In 1929 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen waardoor de fiduciaire zekerheidsoverdracht in Nederland mogelijk werd.<sup>111</sup> Daar was behoefte aan, omdat het pandrecht gepaard ging met afgifte van de zaak en het goed daardoor niet meer gebruikt kon worden door de kredietbehoefte. Niet iedereen kon dit buitenwettelijke zekerheidsrecht waarderen. Meijers, als grondlegger van het NBW, formuleerde vier redenen voor afschaffing:<sup>112</sup>

- i. Het voorkomen van ontduiking van dwingendrechtelijke bepalingen van pand en hypotheek en zodoende het gezag van die bepalingen herstellen.<sup>113</sup>

---

<sup>105</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 405; W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 380; B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 623; B.C. Mouthaan, 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?', *WPNR* 2013/6984, p. 608, 609; B.C. Mouthaan, 'Naschrift', naschrift op reactie Abendroth, *WPNR* 2014/7004, p. 119, 120.

<sup>106</sup> Dat wil niet zeggen dat deze auteurs de overdracht onder faillissementsvoorwaarde niet op een ander leerstuk zien stuklopen.

<sup>107</sup> Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.1.4.1 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016) en J.H.A. Lokin en F. Brandsma, *Prota: vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten uitgelegd*, Den Haag: Boom juridisch, 2016, nr. G. 23.

<sup>108</sup> Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 119.

<sup>109</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/564.

<sup>110</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 72 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/564.

<sup>111</sup> HR 25 januari, *NJ* 1929, p. 616 (Bierbrouwerij) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1097 (Luxe autoverhuurondernemer).

<sup>112</sup> Aldus Struycken en Heilbron enerzijds en Rongen anderzijds. Ze maken een verschillende onderverdeling, maar dezelfde elementen komen langs. Zie: Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.1.5 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016); M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 803.

<sup>113</sup> Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 317.

- ii. Het voorkomen van misbruik (het onttrekken van vermogen aan verhaal) door een gebrek aan publiciteit. Bij een zekerheidsoverdracht lijken de goederen naar buiten toe namelijk van de vervreemder te zijn.<sup>114</sup>
- iii. Het beschermen van de schuldenaar of zekerheidsverstrekker en het voorkomen van overbedeling van de schuldeiser.<sup>115</sup>
- iv. Het bewaken van het (half)gesloten goederenrechtelijk systeem en het nastreven van dogmatische zuiverheid, door te voorkomen dat een goederenrechtelijk recht op een niet wettelijke manier wordt gesplitst.<sup>116</sup>

Het alternatief voor de zekerheidsoverdracht moest het stille pandrecht worden. Dat is er met het nieuwe BW ook gekomen, zij het niet in de vorm die door Meijers was gewenst.<sup>117</sup> De zekerheidsoverdracht is vervolgens verbannen door invoering van art. 3:84 lid 3 BW. De vier redenen, met name ii en iii, hebben echter de parlementaire geschiedenis tot de daadwerkelijke invoering van het fiduciaverbod en het hierna volgende Sogelease-arrest niet overleefd.<sup>118</sup>

Het uiteindelijke art. 3:84 lid 3 BW verklaart twee soorten titels ongeldig. Enerzijds is dat de rechtshandeling die tot een overdracht tot zekerheid verplicht, ook wel de fiducia cum creditore genoemd (hierna ook zekerheids criterium), anderzijds de overdracht die de strekking mist om het goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, ook bekend als de fiducia cum amico (hierna ook strekkings criterium). De gevolgen van art. 3:84 lid 3 BW zijn louter goederenrechtelijk.<sup>119</sup> De onderliggende verbintenis levert weliswaar een ongeldige overdrachtstitel op, maar wordt zelf niet aangetast.

Het artikel moet voorkomen dat goederenrechtelijke bevoegdheden worden gesplitst op een wijze die niet door de wet is voorzien en dat een overgedragen goed niet in het voor schuldeisers vatbare vermogen van de verkrijger valt.<sup>120</sup> Het artikel vormt een sluitstuk op ons causale en gesloten stelsel, art. 3:81 BW, en is er tevens een bevestiging van.<sup>121</sup> Het staat daarnaast ook in verbinding met art. 3:276, 3:277 en 3:278 BW.<sup>122</sup> Verhaal moet mogelijk zijn op alle goederen, leert art. 3:276 BW. Daarnaast geldt bij verhaal op hetzelfde goed gelijkheid van schuldeisers, art. 3:277 BW. Deze gelijkheid wordt doorbroken als een schuldeiser een op de wet gebaseerde voorrang heeft, art. 3:278 BW. Een pandrecht is zo'n

---

<sup>114</sup> E.M. Meijers, R. Feenstra, R.P. Cleveringa, *Bibliographie der geschriften van Prof. Mr. E.M. Meijers*, Leiden: Universitaire Pers 1957, p. 250 e.v.

<sup>115</sup> E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.p. 89, 284-286.

<sup>116</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/276

<sup>117</sup> Het 'stille' pandrecht moest een registerpandrecht worden in de ogen van Meijers, om de gewenste mate van publiciteit te bereiken. De Tweede Kamer kon zich er echter niet in vinden, zie VV II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 723.

<sup>118</sup> MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1197.

<sup>119</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 70.

<sup>120</sup> MvA II, Parl. Gesch. Inv 3. p. 318-319 en Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1200 e.v; Zie W. Snijders, 'Nog een duit in de zak van de trust', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 89; Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.2.2 en 3.6.2 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016).

<sup>121</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 71 en 77; Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.2.1 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/567 en 570.

<sup>122</sup> Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.2.1 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016); Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 72.

voorrang.<sup>123</sup> Het is echter niet de bedoeling dat partijen zelf zo'n voorrang ten opzichte van andere schuldeisers kunnen creëren. Art. 3:84 lid 3 BW staat dit in de weg.

Het fiduciaverbod kan niet bepaald iedereen bekoren.<sup>124</sup> Het leidt volgens de tegenstanders van het verbod tot rechtsonzekerheid, het staat de internationale financieringspraktijk in de weg, de behoefte aan een fiduciaire overdracht bestaat nog steeds en de ontwikkeling van het recht wordt erdoor belemmerd.<sup>125</sup> Er zijn echter ook auteurs die meer gecharmeerd zijn van 3:84 lid 3 BW, de dogmatische waarde van de bepaling (sluitstuk op gesloten en causaal stelsel) en in afschaffing net zo goed rechtsonzekerheid zien.<sup>126</sup>

### 3.1.1 Sogelease

Met de invoering van het fiduciaverbod kwam de vraag op wat het verbod precies inhield. Bevat art. 3:84 lid 3 BW twee zelfstandige criteria of is de overdracht tot zekerheid een voorbeeld van een overdracht die de strekking mist het goed volledig in het vermogen van verkrijger te brengen?<sup>127</sup> En hoe zat het met allerlei constructies die in de 'fiduciare jaren' mogelijk waren? De wetgever was van mening dat de rechtspraktijk zich moeiteloos aan de nieuwe werkelijkheid zou kunnen aanpassen.<sup>128</sup> Echter, zou een letterlijke interpretatie van art. 3:84 lid 3 BW bijvoorbeeld een sale-and-lease-back niet in gevaar brengen? Die constructie bevat immers onmiskenbaar een zekerheidselement.

Een deel van de beantwoording is met het arrest Sogelease gegeven.<sup>129</sup> De soep bleek niet zo heet gegeten te worden. De aan de orde zijnde sale-and-lease-back werd niet getorpedeerd en, en passant gaf de Hoge Raad uitleg over 3:84 lid 3 BW. De casus was als volgt. Drukkerij De Zaaiers financierde drukpersen (ter waarde van f 1.550.000) door middel van een sale-and-lease-back-constructie. De Zaaiers kocht de drukpersen en leverde deze c.p. aan Sogelease die de eigendom verkreeg. De drukpersen werden vervolgens door Sogelease aan De Zaaiers voor zeven jaar in lease gegeven. De Zaaiers moest iedere maand een leasetermijn betalen en had aan het einde van de looptijd van de lease de mogelijkheid om de drukpersen voor f 100,- terug te kopen. Ondertussen waren de drukpersen voor rekening en risico van De Zaaiers en stonden op diens balans, maar mocht het komen tot wanprestatie van De Zaaiers, dan kon Sogelease de lease-overeenkomst ontbinden en de drukpersen aan een derde verkopen. Toen De Zaaiers na twee jaar in faillissement geraakte, vorderde de curator een verklaring voor recht dat Sogelease geen

---

<sup>123</sup> Art. 3:279 BW.

<sup>124</sup> Zie Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.10 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016) voor een overzicht van voor en tegenstanders.

<sup>125</sup> Zie voor een overzicht van auteurs Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.10; uitgebreider ); M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 851-863.

<sup>126</sup> Zie voor een overzicht van auteurs Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.10.

<sup>127</sup> Zie bijvoorbeeld Heyman en Rank-Berenschot: H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod. In het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 6-7; E.B. Rank-Berenschot, 'Sale and lease back en het fiduciaverbod', *NTBR* 1994/1, p. 19-21.

<sup>128</sup> Parl. Gesch. Boek 3, blz. 731 en Inv. Boek 3 blz. 1197; zie ook H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod. In het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 1-14.

<sup>129</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

eigenaar was van de drukpersen, maar slechts een stil pandrecht daarop had.<sup>130</sup> Er was bij de sale-and-lease-back in zijn ogen geen werkelijke eigendomsovergang beoogd, maar slechts sprake van een overdracht tot zekerheid.

De Hoge Raad begint met een terugblik.<sup>131</sup> Als eerste wordt opgemerkt dat de oude, inmiddels verboden, zekerheidsoverdracht als alternatief diende voor het pandrecht. Derhalve lag het toen voor de hand om de pandrechtbepalingen zoveel mogelijk daarop toe te passen. De kern van die bepalingen is volgens de Hoge Raad het verhaalsrecht. Daarnaast wordt aangehaald dat de strekking van art. 3:84 lid 3 BW volgens de parlementaire geschiedenis beperkt is.<sup>132</sup>

Tezamen leidt dit tot de conclusie dat er sprake is van een ongeldige overdracht tot zekerheid als de overdracht ertoe dient om de wederpartij in diens voege een zekerheidsrecht op het goed te verschaffen om deze in zijn belangen als schuldeiser ten opzichte van andere schuldeisers te beschermen als ware hij een zekerheidsgerechtigde.<sup>133</sup> Oftewel als zijn verkregen bevoegdheden zijn beperkt tot het nemen van verhaal. Wanneer verkrijger zich slechts met voorrang op het overgedragen goed mag verhalen, het niet mag toe-eigenen en een eventueel overschot aan de vervreemder moet afstaan dan is de overdrachtstitel dus ongeldig. Wanneer partijen echter een werkelijke overdracht beogen, dat wil zeggen dat het goed zonder beperkingen op de verkrijger overgaat, dan staat art. 3:84 lid 3 BW daaraan niet in de weg.<sup>134</sup> Er is dus niet snel sprake van een verboden zekerheidsoverdracht.

Vervolgens geeft de Hoge Raad enkele voorbeelden van factoren die de kwalificatie 'werkelijke overdracht' niet in de weg staan.<sup>135</sup> Daarmee wordt bevestigd dat er niet snel sprake is van een verboden zekerheidsoverdracht. Ook niet als het bieden van enige vorm van zekerheid wel degelijk het belangrijkste motief bij de overdracht was. Uit bijkomende omstandigheden kan echter de bedoeling tot ontduiking van art. 3:84 lid 3 BW blijken en kan er toch sprake zijn van een ongeldige overdracht. De Hoge Raad vult echter niet in wanneer dat het geval is.<sup>136</sup>

---

<sup>130</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.2, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease). Op basis van art. 86 Overgangswet NBW gaat een goed dat vatbaar is voor verpanding en voor invoering van art. 3:84 lid 3 BW tot zekerheid is overgedragen over op vervreemder en verkrijgt de verkrijger onder oud recht een stil pandrecht.

<sup>131</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.2, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>132</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease). De Hoge Raad verwijst naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 319.

<sup>133</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>134</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease). Het is daarbij overigens de vraag of de Hoge Raad daarbij alleen aan goederenrechtelijke of ook aan verbintenisrechtelijke beperkingen denkt. Vegter en Rongen zijn van mening dat ook verbintenisrechtelijke beperkingen tot strijd met art. 3:84 lid 3 BW kunnen leiden: J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële sale-leaseback(II)', *WPNR* 6191 (1995), p. 556; M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 804. Uit de woorden van Snijders valt op te maken dat het z.i. alleen om goederenrechtelijke beperkingen gaat: W. Snijders, 'Nog een duit in de zak van de trust', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 89.

<sup>135</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease). Zie verder Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.3.1.A en B en 3.5.1.A en B (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016).

<sup>136</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.4, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).



De Hoge Raad gaat ten slotte ook nog in op de overdracht die de strekking mist om het goed in het vermogen van de verkrijger te brengen, het tweede criterium uit art. 3:84 lid 3 BW. In lijn met de parlementaire geschiedenis stelt de Hoge Raad dat dit criterium zo moet worden geïnterpreteerd dat het moet voorkomen dat goederenrechtelijke rechten of een niet door de wet voorziene wijze over partijen wordt verdeeld of deze goederenrechtelijke rechten op een niet door de wet voorziene wijze worden opgesplitst.<sup>137</sup> Een verdeling van persoonlijke rechten is daarentegen in orde. Anders gezegd: het criterium staat niet een splitsing van juridisch en economisch eigendom in de weg. Dat betekent dat ook de fiducia cum amico niet snel van toepassing is.

### 3.1.2 Sinds Sogelease

Met Sogelease is de discussie omtrent het fiduciaverbod niet verstomd. Het meest fundamenteel blijft de kritiek op het fiduciaverbod zelf.<sup>138</sup> Daarnaast heeft het arrest zelf ook veel commentaar gekregen.<sup>139</sup> Veel auteurs zijn blij dat een financieringsvorm als de sale-and-lease-back redelijk ongestoord doorgang kan blijven vinden, maar vinden de weg naar dit resultaat niet fraai.<sup>140</sup> Daarnaast zijn er meerdere manieren waarop het arrest geïnterpreteerd kan worden.<sup>141</sup> Ook blijft de vraag open wanneer er bij een sale-and-lease-back bijkomende omstandigheden zijn waaruit de bedoeling tot ontduiking van art. 3:84 lid 3 BW blijkt. Voor de één lijkt dit slechts een gebruikelijke formulering van de Hoge Raad om zichzelf wat ruimte te verschaffen voor de toekomst.<sup>142</sup> Anderen beschrijven specifieke omstandigheden die in hun ogen onder de bijkomende omstandigheden vallen.<sup>143</sup> Daarbij kan de vraag gesteld worden of ook in een andere

<sup>137</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.6, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease); Parl. Gesch. Boek 3, blz. 731 en Inv. Boek 3 blz. 1197.

<sup>138</sup> Zie Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.10 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016) voor een overzicht van voor en tegenstanders.

<sup>139</sup> Zie bijvoorbeeld: R.D. Vriesendorp, 'Sogelease', *AA* 44 (1995) 11, p. 872-879; S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht', Het arrest Keereweër q.q./Sogelease BV', *NJB* 1995, p. 991-996; G.W. Mincke, 'Sale and lease back, art. 3:84 lid 3 BW, eigendomsvoorbehoud en de numerus clausus', *NTBR* 1995, p. 175-179; E.B. Rank-Berenschot, 'Artikel 3:84 lid 3 verbiedt alleen overdracht van verhaal', *NTBR* 1995, p. 207-211; S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPNR* 1995/ 6187, p. 455-457; J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële saleleaseback (I) en (II)', *WPNR* 1995/6190 en 6191, p. 534-536 en p. 555-557; A.F. Salomons, 'Nogmaals sale and lease back: in beginsel geen voordeelsafdracht door de lessor bij ontbinding van de leaseovereenkomst', *WPNR* 1995/6204, p. 820-822; T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde sinds Sogelease', *WPNR* 1996/6215, p. 179-180; T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde: art. 7A:1576t BW geconfronteerd met het Sogelease-arrest', *WPNR* 1996/6237, p. 655-658; J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, §3.3; M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, H7.

<sup>140</sup> Zie bijvoorbeeld: R.D. Vriesendorp, 'Sogelease', *AA* 44 (1995) 11, p. 877; E.B. Rank-Berenschot, 'Artikel 3:84 lid 3 verbiedt alleen overdracht van verhaal', *NTBR* 1995, p. 210; J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 72-73.

<sup>141</sup> Rongen geeft zes mogelijke verschillende interpretaties: M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, H7.

<sup>142</sup> S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht, het arrest Keereweër q.q./Sogelease BV', *NJB* 1995, p. 995; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/568 (online: bijgewerkt t/m 1 april 2013).

<sup>143</sup> Kleijn denkt aan pogingen waarbij via een omweg het gesloten goederenrechtelijke systeem wordt doorbroken door de verkrijger (pseudo)goederenrechtelijke verplichtingen op te leggen: W.M. Kleijn, annotatie bij HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996/119, nr. 6 (Sogelease). Reehuis benoemt vier omstandigheden: Mon. BW

fiduciare verhouding dan de sale-and-lease-back bijkomende omstandigheden een rol spelen. Tevens is er ook na Sogelease nog sprake van rechtsonzekerheid met betrekking tot bepaalde financiële constructies.<sup>144</sup> Het is dan misschien ook niet verrassend dat schrijvers het er niet over eens zijn of de overdracht onder faillissementsvoorwaarde wel of niet strijdig is met art. 3:84 lid 3 BW.

Ten slotte speelt nog een ander arrest een rol: BTL/Van Summeren.<sup>145</sup> In dit arrest kwam de Hoge Raad tot drie belangrijke conclusies. Allereerst, de partij die zich op de ongeldigheid van de overdracht beroept draagt daarvoor de bewijslast.<sup>146</sup> Ten tweede moet de obligatoire overeenkomst die aan de betwiste overdracht ten grondslag ligt – en uitsluitel kan geven of een werkelijke of een zekerheidsoverdracht is beoogd – volgens de Haviltex-maatstaf worden uitgelegd.<sup>147</sup> Ten laatste, bij de vraag of een werkelijke overdracht is beoogd kan de verhouding tussen de werkelijke waarde van de ‘overgedragen’ goederen ten opzichte van de daadwerkelijke hoogte van de vordering een rol spelen.<sup>148</sup> Een wanverhouding betekent niet dat er geen sprake is van een werkelijke overdracht, maar kan wel een aanwijzing zijn dat een zekerheidsoverdracht is bedoeld. Vooral die laatste conclusie lijkt voor de overdracht onder faillissementsvoorwaarde interessant. In §2.1 kwam de prijs ook al aan de orde. Daar bleek dat een wanverhouding de constructie onbetamelijk maakt, tenzij er op een andere manier een evenwichtssituatie is gecreëerd. Mogelijk maakt een wanverhouding de constructie ook fiduciair. Voordat ik daar verder op in ga en op de onduidelijkheden die er sinds Sogelease nog zijn, is het tijd geworden om de argumenten van de betrokken auteurs op een rij te zetten.

### 3.2 Argumenten op een rij

Over het fiduciaverbod is, zoals hierboven bleek, veel geschreven. Dat geldt in mindere mate voor de overdracht onder faillissementsvoorwaarde, laat staan over de overdracht onder faillissementsvoorwaarde in combinatie met het fiduciaverbod. Derhalve heb ik soms ook gekeken of het standpunt van een aantal auteurs met betrekking op een in hun ogen fiduciaire constructie ook van toepassing is op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. De auteurs die zich wel expliciet over de vraag hebben uitgelaten hebben zich vaak beperkt tot of de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde of de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde. Als de argumenten die zij geven ook toepasbaar lijken op de spiegelbeeldige voorwaarde wordt dat hieronder aangegeven.

---

nr. B6a (Reehuis), nr. 81; Rongen onderscheidt zeven bijkomende omstandigheden: M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 842-845.

<sup>144</sup> Onderwerpen die meermaals terugkomen zijn bijvoorbeeld factoring, secularisatie, cessie ter incasso of tot zekerheid, zie o.a.: M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, §7.6 en §7.7; Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 81-89; Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.4 en 3.8 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016).

<sup>145</sup> HR 18-11-2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, r.o. 3.2.2 en 3.5.2, *NJ* 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren).

<sup>146</sup> HR 18-11-2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, r.o. 3.2., *NJ* 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren). In het arrest probeerden de erven Van Summeren zich tegen de vordering uit onrechtmatige daad, wegens verduistering van de overgedragen zaken, van BTL te verweren met een beroep op de ongeldigheid van de overdracht. De Hoge Raad stelde dat dit een bevrijdend verweer was en derhalve Van Summeren c.s. de bewijslast droeg.

<sup>147</sup> HR 18-11-2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, r.o. 3.5.2, *NJ* 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren).

<sup>148</sup> HR 18-11-2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, r.o. 3.5.2, *NJ* 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren).

### 3.2.1 Het fiduciaverbod is van toepassing

In hun aantekeningen bij art. 3:84 lid 3 BW geven Struycken en Heilbron twee voorbeelden van een overdracht met wat hen betreft een ongeldige strekking.<sup>149</sup> In beide gevallen zijn er parallellen met de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Allereerst de overdracht waar bij voorbaat voorzien is in teruglevering met daarbij de opschortende voorwaarde van de uitoefening van een call-optie.<sup>150</sup> Zoals ik deze constructie begrijp, houdt deze in dat de vervreemder het goed kan terugkrijgen door een call-optie, zijnde een wilsrecht, uit te oefenen. Wordt de optie gelicht dan vindt automatisch overdracht plaats, immers er is al geleverd door een beschikkingsbevoegde. Het recht van verkrijger is met de teruglevering bij voorbaat goederenrechtelijk beperkt. De tweede overdracht (de retro-overdracht) onder opschortende voorwaarde tast de eerste overdracht aan. Deze blijkt een fiduciaire strekking te hebben.

Het voorbeeld van Struycken en Heilbron is vergelijkbaar met een overdracht onder faillissementsvoorwaarde, al zijn er natuurlijk verschillen. De call-optie van vervreemder kan in beginsel ieder moment worden uitgeoefend, terwijl bij de faillissementsvoorwaarde de vervreemder afhankelijk is van een externe gebeurtenis. Daarnaast gaat in de constructie van Struycken en Heilbron aan de overdracht onder opschortende voorwaarde een overdracht in omgekeerde richting vooraf, het is die eerste overdracht die fiduciair blijkt. Natuurlijk is een eerdere overdracht bij een overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde ook mogelijk – bijvoorbeeld bij een sale-and-lease-back – maar dat hoeft niet. Of dat het geval is maakt veel uit, want zonder overdracht die aan de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde vooraf gaat is er geen goederenrechtelijk beperkte overdracht te vinden en dus is er niet sprake van een overdracht met een verboden strekking.<sup>151</sup>

Overigens wordt het interessant als partijen pas na de eerste overdracht een overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde overeenkomen. Formeel leidt de eerste overdracht dan tot een onbeperkte eigendomsovergang en kan niet meer gezegd worden dat de strekking ontbrak om het goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Materieel gezien komt de constructie nog op hetzelfde neer en zou zowel gezien kunnen worden als een dubbele overdracht, waarbij de eerste een fiduciair karakter heeft, dan wel zelfs als één overdracht onder ontbindende voorwaarde. Waarbij in beide gevallen geldt dat de strekking ontbreekt om het goed goederenrechtelijk onbeperkt in het vermogen van verkrijger te brengen. Op grond van het arrest BTL Lease/Van Summeren lijkt het mij dat de rechter de mogelijkheid heeft om zelf te kwalificeren wat partijen zijn overeengekomen en hebben beoogd, daarbij de relevante omstandigheden meewegend en zit hij niet vast aan de specifiek gekozen woorden van de overeenkomsten.<sup>152</sup> Al wil ik daarmee niet beweren dat iedere dubbele overdracht op die manier in strijd is met het fiduciaverbod.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.5.1.3.C. (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016) en Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.7.2 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016).

<sup>150</sup> Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.5.1.3.C. (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016).

<sup>151</sup> Wanneer er geen overdracht aan de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde voorafgaat wil dat (nog) niet zeggen dat de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde nog niet gekwalificeerd kan worden als een verboden zekerheidsoverdracht.

<sup>152</sup> HR 18-11-2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT8241, r.o. 3.5.2, NJ 2006/151 (BTL Lease/Van Summeren).

<sup>153</sup> Vegter stelt dat op grond van Sogelease er in plaats van een lease back met koopoptie voor vervreemder het ook mogelijk is om een overdracht onder opschortende voorwaarde (een eigendomsvoorbehoud) overeen te komen. En dat deze laatste situatie zelfs is te prefereren boven de eerste, omdat het goederenrechtelijke positie

Hoe dan ook, de verschillen tussen beiden constructies nemen niet weg dat zowel bij de teruglevering bij voorbaat onder opschortende voorwaarde van de call-optie als de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde de schuldeisers van de verkrijger zich niet op het goed zullen kunnen verhalen, omwille van een goederenrechtelijke beperking. Het fiduciaverbod moest dat juist voorkomen.<sup>154</sup>

Het tweede voorbeeld van Struycken en Heilbron heeft ook betrekking op een overdracht met een verboden strekking: de overdracht ten titel van beheer onder ontbindende faillissementsvoorwaarde.<sup>155</sup> Net zoals bij het eerste voorbeeld brengt deze met zich dat schuldeisers in faillissement zich niet op het goed kunnen verhalen, omdat het goed dan is teruggekeerd naar de vervreemder, dankzij een goederenrechtelijke beperking bij de overdracht. De gelijkenis met de overdracht onder faillissementsvoorwaarde dringt zich op. Ook al hoeft de overdracht dan niet plaats te vinden ten titel van beheer. Het lijkt mij geen gewaagde conclusie om te stellen dat Struycken en Heilbron de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde niet zien zitten.

Hoe anders oordeelt Mouthaan in haar artikel waarin zij een vergelijkbare constructie optuigt.<sup>156</sup> Ze beschrijft de situatie waarin een gebouw dat bestemd is voor verhuur is voorzien van een warmte- en koude-installatie. De huurder zal niet geïnteresseerd zijn in de installatie, maar slechts in het resultaat dat het oplevert: warmte als het koud is en kou als het warm is. Derhalve doet de verhuurder er verstandig aan het gebouw en de installatie goederenrechtelijk te scheiden. Op de installatie wordt een opstalrecht gevestigd en overgedragen aan een exploitant. Om te voorkomen dat het faillissement van de exploitant moeilijkheden meebrengt, stelt ze voor om het opstalrecht over te dragen onder ontbindende faillissementsvoorwaarde. In haar artikel gaat ze verschillende leerstukken langs, waaronder het fiduciaverbod, om te beoordelen of die constructie wel door de beugel kan. In haar ogen blijft de constructie juist overeind.

Uit bovenstaande valt op te maken dat Struycken en Heilbron daar anders over zullen denken. Evenzo Reehuis en Abendroth.<sup>157</sup> Reehuis, omdat hij hetzelfde voorbeeld geeft als Struycken en Heilbron. Wat hem betreft vindt er bij zo'n overdracht ten titel van beheer onder ontbindende

---

oplevert in plaats van een persoonlijk recht. Zie: J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële saleleaseback (II)', *WPNR* 1995/6191, p. 556. Er is overigens in zijn voorbeeld geen sprake van een faillissementsvoorwaarde.

<sup>154</sup> Parl. Gesch. BW Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1273; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1200 e.v.; MvA II, Parl. Gesch. Inv. 3. p. 318-319.

<sup>155</sup> Struycken en Heilbron, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3: 84 BW, aant. 3.7.2 (online: bijgewerkt t/m 12 december 2016); evenzo Reehuis: Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100 en Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123.

<sup>156</sup> B.C. Mouthaan, 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?', *WPNR* 2013/6984, p. 609.

<sup>157</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100; Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123; R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 117.

faillissementsvoorwaarde of geen overdracht plaats dan wel heeft de ontbindende voorwaarde geen goederenrechtelijk effect.<sup>158</sup> Reehuis maakt daarin geen keus, hoewel het resultaat toch sterk verschilt.<sup>159</sup>

Abendroth geeft een vernietigende reactie op het artikel en voorbeeld van Mouthaan.<sup>160</sup> Abendroth ziet in de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde van het opstalrecht zowel een verboden zekerheidsoverdracht als een overdracht die de strekking mist om het goed in het vermogen van de verkrijger te doen vallen.<sup>161</sup> De wens om niet afhankelijk te zijn van verkrijger levert wat hem betreft een ongeldige zekerheidsoverdracht op.<sup>162</sup> Daarnaast ontbreekt volgens Abendroth de noodzakelijke bedoeling bij partijen om het goed zonder beperkingen op de verkrijger te doen overgaan, aangezien het de bedoeling is dat bij een faillissement het goed juist uit het vermogen van de verkrijger verdwijnt. De overdracht heeft daarmee een ongeldige strekking.

Het is niet duidelijk of Abendroth op dezelfde manier tegen een opschortende voorwaarde aankijkt. In ieder geval kan daarbij niet zomaar gezegd worden dat de strekking ontbreekt om het goed uiteindelijk in het vermogen van de verkrijger te doen vallen; dat is juist de bedoeling. Echter, als er een overdracht aan de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde vooraf gaat, zoals bijvoorbeeld bij een sale-and-lease-back, zijn er bij die eerste overdracht dezelfde vraagtekens te stellen.

Reehuis gaat wel expliciet in op zowel de overdracht onder opschortende als ontbindende voorwaarde.<sup>163</sup> In zijn ogen strekt de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde niet tot een werkelijke overdracht en is daarom ongeldig. Het goed wordt namelijk door de voorwaarde aan verhaal door derden onttrokken. Het beding is daarmee in strijd met de openbare orde en ontbeert goederenrechtelijk gevolg. De overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde kwalificeert wat hem betreft als een verboden zekerheidsoverdracht.<sup>164</sup> Hij geeft daar evenwel geen argument voor.

### 3.2.2 Het fiduciaverbod is niet van toepassing

De problemen die Abendroth, Reehuis, Struycken en Heilbron zien, zien andere auteurs niet. Mouthaan kwam al even ter sprake. Zij geeft aan dat het fiduciaverbod geen belemmering vormt voor de overdracht onder ontbindende voorwaarde wanneer we kijken naar de eisen die de Hoge Raad in het arrest Sogelease

---

<sup>158</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100; Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123.

<sup>159</sup> Zonder werking van de overdracht blijft het goed bij de vervreemder, zonder de werking van de voorwaarde is de verkrijger de gelukkige.

<sup>160</sup> R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 115-118. Hij geeft o.a. aan dat Mouthaan art. 3:84 lid 3 BW verkeerd toepast door deze toe te passen op de overgang die het gevolg is van het intreden van de ontbindende voorwaarde en niet op de oorspronkelijke overdracht. Art. 3:84 lid 3 BW is beperkt tot overdracht. Hij stelt verder dat een advocaat die tot een dergelijke overdracht onder ontbindende voorwaarde adviseert, maar beter een goede aansprakelijkheidsverzekering kan hebben.

<sup>161</sup> R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 117.

<sup>162</sup> R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 117.

<sup>163</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100; Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123.

<sup>164</sup> Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 106; Reehuis in: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 127.

aan een geldige overdracht heeft gesteld.<sup>165</sup> Wanneer het beding werkt is er namelijk sprake van een goed dat goederenrechtelijk onbeperkt in het vermogen van de oorspronkelijke vervreemder valt en er volgens haar dan niet sprake van een verkapt zekerheidsrecht.<sup>166</sup> In een naschrift bij haar artikel geeft zij als aanvullend argument dat ook bij andere, toegestane, ontbindende voorwaarden die niet zien op beslag of faillissement het goed aan verhaal door derden wordt onttrokken en de faillissementsvoorwaarde dus hetzelfde behandeld moet worden.<sup>167</sup> Haar argumenten zijn niet overtuigend en ze past ze niet goed toe op de door haar zelf gekozen casus. Zoals Abendroth opmerkt past zij het fiduciaverbod toe op de overgang van het goed van verkrijger naar vervreemder nadat de ontbindende voorwaarde in werking is getreden.<sup>168</sup> Art. 3:84 lid 3 BW is echter beperkt tot overdracht. De referentie aan Sogelease helpt haar daar dus ook niet. Het argument uit het naschrift overtuigt evenmin. Dat de ene ontbindende voorwaarde is toegestaan, betekent niet dat hetzelfde moet gelden voor een andere ontbindende voorwaarde.<sup>169</sup> Helemaal niet als die ontbindende voorwaarde, zoals een faillissementsvoorwaarde, juist werkt als verhaal dreigt. Bovendien, de beperkingen die worden gegeven aan het eigendomsvoorbehoud laten juist zien dat niet iedere vorm van overdracht onder voorwaarde mogelijk is en dus niet iedere voorwaarde is toegestaan.<sup>170</sup>

Keukens en Wibier schrijven dat op grond van het Sogelease-arrest in het overgrote deel van de gevallen geen problemen zijn te verwachten met het fiduciaverbod.<sup>171</sup> Bij de overdracht onder opschortende voorwaarde wordt immers een ‘werkelijke overdracht’ beoogd. Het is de bedoeling dat het goed zonder beperkingen in het vermogen van de verkrijger valt. Dat strookt met de bedoeling van het fiduciaverbod waarmee een ongeoorloofde splitsing van goederenrechtelijke bevoegdheden moet worden tegengegaan. Het recht van de verkrijger is bij vervulling van de faillissementsvoorwaarde niet beperkt tot verhaal. Er is dus geen ongeoorloofde splitsing van goederenrechtelijke bevoegdheden. Dat met de voorwaarde de verkrijger enige zekerheid wordt geboden is daarbij niet erg. Immers een zekerheidsmotief bij een overdracht is geen probleem.<sup>172</sup> Of de conclusie verandert als de overdracht onder opschortende voorwaarde samenhangt met een daaraan voorafgaande overdracht tussen dezelfde partijen wordt niet behandeld. Winters reageert kritisch op het artikel van Keukens en Wibier, maar beaamt hun standpunt met betrekking tot het fiduciaverbod.<sup>173</sup> De visie van Keukens en Wibier is mijns

---

<sup>165</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, 3.4.4 en 3.6, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>166</sup> B.C. Mouthaan, ‘Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?’, *WPNR* 2013/6984, p. 609.

<sup>167</sup> B.C. Mouthaan, ‘Naschrift’, naschrift op reactie Abendroth, *WPNR* 2014/7004, p. 119, 120. Mouthaan geeft geen voorbeeld van zo’n voorwaarde.

<sup>168</sup> R.J. Abendroth, ‘Reactie’, reactie op: “Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?”, van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 117.

<sup>169</sup> In de parlementaire geschiedenis is expliciet vermeld dat een overdracht onder ontbindende voorwaarde niet mag worden gebruikt om art. 3:84 lid 3 BW te ontduiken. Zie: Parl. Gesch. boek 7 (Inv. 3,5 en 6 ) blz.15, naar aanleiding van koop onder ontbindende voorwaarde.

<sup>170</sup> Art. 3:92 lid 2 BW; zie ook Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100.

<sup>171</sup> W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, ‘Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!’, *WPNR* 2011/6884, p. 380.

<sup>172</sup> Keukens en Wibier refereren hierbij aan de laatste alinea van r.o. 3.4.3 van het Sogelease arrest: HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>173</sup> B. Winters, ‘Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus’, reactie op: “Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!”, *WPNR* 2011/6895, p. 623.

inziens niet zomaar toepasbaar op de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde. Het argument van de goederenrechtelijk onbepaalde overdracht gaat namelijk niet op bij de ontbindende voorwaarde. Aan de andere kant is het recht van de verkrijger onder ontbindende voorwaarde eveneens niet beperkt tot verhaal. Het heeft met verhaal zelfs niets te maken.

Van Zanten is het met Keukens en Wibier eens dat art. 3:84 lid 3 BW niet per definitie tot problemen leidt.<sup>174</sup> Hij wijst er daarbij op dat zijns inziens zelfs het vereiste zekerheidsmotief ontbreekt. De overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde dient er namelijk niet toe om de verkrijger als schuldeiser te beschermen door hem een vorm van verhaal te geven, maar om de continuïteit van het gebruik te waarborgen. Voor de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde geldt wat hem betreft *mutatis mutandis* hetzelfde.<sup>175</sup>

### 3.3 Conclusie – wie heeft er gelijk?

Om te komen tot een algemene conclusie is het nodig om enige lijn aan te brengen in de standpunten van de in §3.2 aangehaalde auteurs door te achterhalen waar de verschillen nu in zitten. Degenen die het fiduciaverbod van toepassing achten, zal ik vanaf nu aanduiden als ‘toepassers’, hun opponenten als ‘niet-toepassers’.

#### *Ontbindende of opschortende voorwaarde*

Wat als eerste opvalt, is dat de opschortende en ontbindende faillissementsvoorwaarde soms wel en soms niet hetzelfde worden behandeld. Op zichzelf genomen kan iedere ontbindende voorwaarde ook als een negatieve opschortende voorwaarde worden vormgegeven.<sup>176</sup> Toch kunnen de overdracht onder ontbindende en opschortende faillissementsvoorwaarde niet over één kam worden geschoren. Vanuit het perspectief van de zekerheidsoverdracht is er weliswaar geen verschil. In beide gevallen gaat het goed door werking van de voorwaarde naar een partij die daar al dan niet een zekerheidsmotief bij had. Wanneer echter ook gekeken wordt naar de vraag of de overdracht tot een goederenrechtelijk onbepaalde vermogensovergang heeft geleid, wordt er wel een belangrijk verschil zichtbaar. De overdracht onder ontbindende voorwaarde leidt tot een *goederenrechtelijk beperkte overdracht* die met het werken van de voorwaarde wordt teruggedraaid. De overdracht onder opschortende voorwaarde leidt tot een *goederenrechtelijk onbepaalde overdracht*. Het verschil brengt mee dat bij een overdracht onder ontbindende voorwaarde zowel gekeken kan worden naar het zekerheids criterium als het strekkingscriterium van art. 3:84 lid 3 BW. Bij de opschortende voorwaarde is alleen het zekerheids criterium aan de orde, tenzij er aan de overdracht onder opschortende voorwaarde een samenhangende overdracht in omgekeerde richting vooraf ging, waaruit blijkt dat de eerste overdracht helemaal niet de strekking had om het goed onbepaald in het vermogen van verkrijger te brengen. Het bovenstaande neemt echter niet weg dat schrijvers ook bij dezelfde voorwaarde en hetzelfde criterium tot verschillende conclusies komen. Dat heeft waarschijnlijk te maken met de visie op of lezing van het Sogelease-arrest.

#### *Sogelease en BTL Lease/Van Summeren*

Dat is meteen het tweede twistpunt. De toepassers halen dit arrest bij hun oordeel over de overdracht onder faillissementsvoorwaarde niet aan, maar de niet-toepassers doen dat wel. Gedeeltelijk laat zich dat misschien verklaren doordat Sogelease kritisch is ontvangen en het arrest niet strookt met oorspronkelijke

<sup>174</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 405.

<sup>175</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 408.

<sup>176</sup> J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 58.

aspiraties achter het fiduciaverbod.<sup>177</sup> Hoe ook tegen het arrest wordt aangekeken en welke onduidelijkheden ook nog bestaan, het arrest bevat wel dé uitleg hoe het zekerheids criterium moet worden begrepen en toegepast.<sup>178</sup> Waarom het arrest door de toepassers niet wordt gehanteerd blijft uiteindelijk onduidelijk.

Op grond van Sogelease is er slechts sprake is van een ongeldige zekerheidsoverdracht als er een overdracht ten titel van verhaal plaatsvindt om de verkrijger in zijn schuldeisersbelangen te beschermen.<sup>179</sup> Dat wil zeggen dat de rechten van de verkrijger zijn beperkt tot het nemen van verhaal en een eventueel overschot moet worden teruggegeven. Dit is alleen anders als de gewraakte overdracht onder de uitzondering van de bijkomende omstandigheden kan worden geschaard.<sup>180</sup> Of het nu gaat om een overdracht onder opschortende of ontbindende voorwaarde, duidelijk is dat bij beide overdrachten het niet gaat om het beschermen van de schuldeisersbelangen van degene die het goed uiteindelijk in zijn vermogen (terug)ziet. Het goed hoeft niet te worden verkocht in het kader van verhaal, noch moet een eventueel overschot worden teruggegeven aan de failliet. Niet zekerheid, maar gebruik staat centraal, zoals Van Zanten terecht opmerkt.<sup>181</sup> Anders gezegd: de faillissementsvoorwaarde die respectievelijk de overdracht effectueert of ontbindt dient niet tot zekerheid van verhaal, maar tot zekerheid van gebruik van het goed en dat is toegestaan.<sup>182</sup> Dat de overdracht onder faillissementsvoorwaarde daarbij een nogal radicale maatregel is om het gebruik te verzekeren doet daar niets aan af – immers de overeenkomst wordt niet beïnvloed door het faillissement<sup>183</sup> en de curator heeft niet de bevoegdheid om actief te wanpresteren<sup>184</sup>, dus het gebruik kan in beginsel gewoon voortgaan.

Voor wat betreft het zekerheids criterium blijft dan de vraag over of de overdracht onder faillissementsvoorwaarde onder de bijkomende omstandigheden valt waaruit de bedoeling tot ontduiking van art. 3:84 lid 3 BW blijkt. Daar schrijft niemand over. Het is daarbij niet zeker dat deze omstandigheden ook buiten sale-and-lease-back constructies een rol spelen. De Hoge Raad heeft deze omstandigheden in Sogelease bovendien ook niet gespecificeerd.<sup>185</sup> Auteurs die dat wel doen geven de overdracht onder faillissementsvoorwaarde in ieder geval niet als voorbeeld.<sup>186</sup> Dat geeft te denken, omdat zo'n vage formulering juist alle gelegenheid biedt om een constructie mee te bestrijden. In principe leidt een overdracht onder faillissementsvoorwaarde er wel toe dat schuldeisers van de failliet niet aan het goed kunnen komen. Het fiduciaverbod moet dat volgens de parlementaire geschiedenis voorkomen.<sup>187</sup> In die

---

<sup>177</sup> Zie §3.1.

<sup>178</sup> Voor meer informatie omtrent Sogelease en onduidelijkheden zie §3.1.1 en 3.1.2 en de verwijzingen aldaar.

<sup>179</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>180</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.3 en 3.4.4, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>181</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 405.

<sup>182</sup> Bovendien is een zekerheidsmotief ook toegestaan, als de bevoegdheden van verkrijger maar niet zijn beperkt tot verhaal, zo blijkt uit HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.4, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>183</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 409.

<sup>184</sup> HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, r.o. 3.6.4, *NJ* 2007/155 (Berzona).

<sup>185</sup> HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, r.o. 3.4.4, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease).

<sup>186</sup> Reehuis benoemt vier omstandigheden: Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 81; Rongen onderscheidt zeven bijkomende omstandigheden: M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 842-845.

<sup>187</sup> Parl. Gesch. BW Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1273; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1200 e.v.; MvA II, Parl. Gesch. Inv. 3. p. 318-319.



zin lijkt de voorwaarde inderdaad als doel te hebben om art. 3:84 lid 3 BW te ontduiken. Toch denk ik dat die wens tot ontduiking gelezen moet worden in de sleutel van het Sogelease-arrest. Dat betekent mijns inziens niet dat bijkomende omstandigheden alleen bij een sale-and-lease-back van belang zijn<sup>188</sup>, maar wel dat het slechts gaat om omstandigheden waaronder met behulp van een overdracht er een soort van verhaalsrecht wordt gecreëerd. Dat is echter niet het voorzittende motief van de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Dat is het ongestoord gebruik. Derhalve kan de overdracht onder faillissementsvoorwaarde niet getackeld worden op grond van het zekerheids criterium, ook niet op grond van de uitzondering van de bijkomende omstandigheden.

Overigens wordt er ook niet naar het arrest BTL Lease/Van Summeren verwezen, maar dat is op grond van het bovenstaande niet vreemd. Aangezien niet zekerheid, maar gecontinueerd gebruik centraal staat speelt een eventuele wanverhouding tussen de waarde van het goed en de daadwerkelijk betaalde prijs geen rol meer.

#### *Strekkingcriterium*

Ook bij het strekkingcriterium refereren de toepassers niet aan Sogelease, echter hun conclusie lijkt daarmee ook niet in strijd te zijn. Wat vooral opvalt dat de niet-toepassers geen aandacht lijken te hebben voor het strekkingcriterium.<sup>189</sup> Zoals beschreven kan van zowel de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde als de overdracht onder opschortende voorwaarde waar een eerdere overdracht aan vooraf ging, gesteld worden dat de (eerste) overdracht niet de bedoeling had om het goed onbeperkt in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. Er kleeft een goederenrechtelijke beperking aan het goed, welke bij werking van de voorwaarde er altijd toe leidt dat het goed terugkeert naar de (oorspronkelijke) vervreemder. Dat betekent dat het goed niet vatbaar is voor verhaal. Al meermalen bleek dat dat niet de bedoeling van een ontbindende overdrachtsvoorwaarde mag zijn.<sup>190</sup> Bovendien, is het niet per ongeluk dat het goed in faillissement niet meer voor verhaal beschikbaar is, maar dat is omdat de voorwaarde juist op deze verhaalssituatie is afgestemd. Ik zie de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde dan ook struikelen over het fiduciaverbod op grond van het strekkingcriterium. Hetzelfde geldt voor de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde waar een eerdere overdracht in omgekeerde richting aan vooraf ging, tenzij van de eerste overdracht niet gezegd kan worden dat deze redelijkerwijs in verbinding staat met de retro-overdracht. Als het idee tot een overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde pas later opkomt, kan niet worden gezegd dat bij de eerste overdracht de strekking ontbrak om het goed in het vermogen van de verkrijger te brengen. Stel dat A een goed verkoopt aan B en vervolgens van B gaat leasen. Na verloop van tijd krijgt A het idee dat het niet helemaal goed gaat met B. A stelt voor dat B het goed onder faillissementsvoorwaarde (terug)overdraagt aan A. In zo'n geval was bij de eerste overdracht de strekking er wel om het goed onbeperkt in het vermogen van B te brengen, noch bestond toen de bedoeling om het goed aan verhaal te onttrekken. Het fiduciaverbod is dan dus niet aan de orde.

---

<sup>188</sup> Ook het feit dat in de parlementaire geschiedenis expliciet is vermeld dat een overdracht onder ontbindende voorwaarde niet mag worden gebruikt om art. 3:84 lid 3 BW te ontduiken wijst daar op. Zie: Parl. Gesch. boek 7 (Inv. 3,5 en 6) blz.15, naar aanleiding van koop onder ontbindende voorwaarde.

<sup>189</sup> Keukens en Wibier expliciteren niet welk criterium zij hanteren, zie: W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 380.

<sup>190</sup> Parl. Gesch. BW Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1273; Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 3 1990, p. 1200 e.v.; MvA II, Parl. Gesch. Inv 3. p. 318-319.

### *Conclusie*

Nu het stof is neergedaald blijkt dat zowel de toepassers als de niet-toepassers gelijk hebben. De overdracht onder opschortende dan wel ontbindende faillissementsvoorwaarde leidt niet tot een verboden zekerheidsoverdracht. Daarin hebben de niet-toepassers dus gelijk.<sup>191</sup> Niet zekerheid tot verhaal, maar continuering van gebruik staat centraal. Bijkomende omstandigheden leiden niet tot een andere conclusie.

Het strekkingscriterium is echter wel aan de orde. De overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde heeft helemaal niet de bedoeling om het goed volledig in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. De overdracht die direct gevolgd wordt door een retro-overdracht onder opschortende voorwaarde evenmin. Sterker, de faillissementsvoorwaarde moet verhaal omwille van de schuldeisers juist voorkomen. Dat strookt niet met art. 3:84 lid 3 BW. De toepassers zien dat dan ook juist. Dat betekent dat het weinig zin heeft om de overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde overeen te komen. Desalniettemin pas ik in de volgende hoofdstukken de leerstukken er nog wel op toe. Voor de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde geldt dat deze soms niet kan worden gestuit met een beroep op art. 3:84 lid 3 BW. Wellicht wel op grond van andere leerstukken. Dat zal in de volgende hoofdstukken blijken.

---

<sup>191</sup> Mouthaan uitgezonderd, die overigens ook niet over de overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde schrijft.

## Hoofdstuk 4: Faillissementspauliana

De faillissementspauliana geeft in geval van faillissement de mogelijkheid om een rechtshandeling te vernietigen. De gewraakte rechtshandeling moet dan wel aan een aantal criteria voldoen. Om art. 42 Fw te kunnen hanteren moet er sprake zijn van een onverplichte rechtshandeling, die benadeling van de schuldeisers tot gevolg heeft gehad en er moet sprake zijn van wetenschap van benadeling. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of dat allemaal bij de overdracht onder faillissementsvoorwaarde het geval is.

### 4.1 Een onverplichte rechtshandeling

Wanneer er geen op een wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat is een rechtshandeling onverplicht.<sup>192</sup> De overdracht onder ontbindende of opschortende faillissementsvoorwaarde zal het gevolg zijn van de werking van een overeenkomst of een beding in een overeenkomst dat partijen niet hadden hoeven overeenkomen. Het eerste criterium is dus een overkomelijke horde.<sup>193</sup>

### 4.2 Benadeling

Dan de vraag of er sprake is van benadeling. Daarvan is sprake als een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn beperkt.<sup>194</sup> Om te beoordelen of daarvan sprake is, wordt de situatie vergeleken met de hypothetische situatie dat de rechtshandeling niet was verricht.<sup>195</sup> Winters werpt hier al een probleem op, omdat hij de hypothetische situatie gaat inkleuren. Hij betoogt met betrekking tot de overdracht onder opschortende voorwaarde, dat als deze niet was afgesproken er waarschijnlijk een andere rechtshandeling zou zijn verricht met voor de boedel meer nadelige gevolgen.<sup>196</sup> In de praktijk zal dat waar kunnen zijn, maar zo geredeneerd verwordt de pauliana tot een loos leerstuk, want het is in beginsel altijd mogelijk om een ergere situatie te verzinnen dan de huidige. Gevolg is dat de huidige situatie altijd goed afsteekt ten opzichte van een hypothetisch worstcase-scenario en er ten opzichte van dat scenario geen nadeel is.

Nadeel is er in ieder geval als het goed is verdwenen uit de boedel en er geen marktconforme prijs voor in de plaats is gekomen.<sup>197</sup> Wordt er wel een marktconforme prijs betaald, dan is de vraag wanneer die prijs is betaald. Is dit gebeurd voor faillissement dan is de kans groot dat de koopprijs al is verbruikt. Ook dan is er nadeel leert het Montana I-arrest, want de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers zijn door het verbruik beperkt.<sup>198</sup> In geval van een opschortende voorwaarde zal er overigens ook bij een

---

<sup>192</sup> HR 8 januari 1937, NJ 1937/431 (Van der Feltz q.q./N.V. Hoornsche Crediet- en Effectenbank); F.M.J. Verstijlen, *T&C Insolventierecht*, art. 42 Fw, 2a.

<sup>193</sup> B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 623.

<sup>194</sup> F.M.J. Verstijlen, *T&C Insolventierecht*, art. 42 Fw, 2b.

<sup>195</sup> HR 19 oktober 2001, NJ 2001/654 (Diepstraten/Gilhuis q.q).

<sup>196</sup> B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 624.

<sup>197</sup> Zie §2.1 voor een uitleg of een marktconforme vergoeding is te verwachten en wanneer betaling is te verwachten.

<sup>198</sup> HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615, r.o. 3.2, NJ 1992/526 (Montana I; Bosselaar q.q./Interniber). Er werd een marktconforme prijs betaald, maar deze kwam ten goede aan één schuldeiser. De andere schuldeisers leden dus toch nadeel, omdat er voor hen minder te verdelen was.

marktconforme prijs die betaald wordt bij het intreden van de faillissementsvoorwaarde nog benadeling zijn, omdat er normaal gesproken voor het goed een gebruiksvergoeding werd betaald en deze periodieke vergoeding nu wegvalt. De vergoeding valt echter alleen maar weg als de curator door wenst te gaan met presteren, wat alleen zal gebeuren als de boedel daarbij meer is gebaat dan bij een verkoop. Zou het goed door de curator verkocht worden dan vervalt de gebruiksvergoeding immers ook. Derhalve is de vraag of het wegvallen van de gebruiksvergoeding nadeel oplevert sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Samenvattend is er in ieder geval sprake van benadeling als de tegenprestatie lager is dan de werkelijke waarde of als er marktconform, maar voor faillissement is gepresteerd en deze prestatie uit de boedel is verdwenen.<sup>199</sup>

#### 4.2.1 Samenstel van rechtshandelingen

Het is echter de vraag of alleen naar de overdracht moet worden gekeken of naar de hele constructie waar het overdrachtsbeding deel van uitmaakte. Gaat het alleen om de overdracht onder voorwaarde dan is benadeling van schuldeisers een gegeven, behoudens het geval dat er een marktconforme prijs wordt betaald op het moment van het intreden van de voorwaarde. Is de hele constructie van belang dan wordt het ingewikkelder. Als de overdracht onder faillissementsvoorwaarde een samenstel aan rechtshandelingen evenwichtig maakt dan is het te gemakkelijk om alleen de overdracht onder faillissementsvoorwaarde te vernietigen. Dat zou betekenen dat het voordeel van de wederpartij dat deze verkrijgt in faillissement wordt afgepakt, terwijl hij met de nadelen blijft zitten. Het was echter dat potentiële voordeel wat hem ook alle andere afspraken deed maken. Als deze andere afspraken op het overdrachtsbeding waren afgestemd moeten die worden meegewogen bij de vraag of er sprake is van benadeling.<sup>200</sup> Is er dan nog steeds sprake van benadeling dan lijkt op basis van de huidige stand van de jurisprudentie vernietiging, los van de andere pauliana-eisen, van alle betrokken rechtshandelingen noodzakelijk.<sup>201</sup> Dat is nogal vergaand. Vernietiging van een ontbindende voorwaarde leidt er dan niet toe dat het goed in de faillissementsboedel blijft zitten, want de oorspronkelijke overdracht moet immers ook worden vernietigd. Het betekent wel dat de oorspronkelijke koopprijs moet worden teruggegeven aan de failliet.<sup>202</sup> Bij een opschortende voorwaarde kunnen de gevolgen minder verstrekkend zijn. Door vernietiging gebeurt er juist niets. Er vindt geen overdracht plaats. Echter, was er sprake van een sale-and-lease-back dan leidt vernietiging van alle betrokken rechtshandelingen ook tot vernietiging van de oorspronkelijke overdracht die het gevolg was van de sale. In dat geval verdwijnt het goed wel uit het vermogen van de failliete lessor. Ook dan moet de oorspronkelijke koopprijs, worden teruggegeven. Als het betrokken goed in de tussentijd in waarde is gedaald is dat gunstig voor de boedel. Qua uitkomst aantrekkelijk voor de curator, zij het dat de route er naartoe heel moeilijk zal zijn. Bewijzen dat, de hele constructie bezien, er benadeling heeft plaatsgevonden zal meer moeite vergen dan aantonen dat de overdracht onder faillissementsvoorwaarde op zichzelf nadelig uitwerkt. Of er alleen naar de overdracht moet worden gekeken of naar de hele constructie is uiteindelijk afhankelijk van de vraag of het beding wat overdracht onder faillissementsvoorwaarde bewerkstelligt een extraatje is voor de wederpartij of samenhangt met andere transacties. Oftewel, afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

---

<sup>199</sup> Zoals aangegeven in §2.1 lijkt mij marktconform presteren voor faillissement om bedrijfseconomische redenen onwettelijk.

<sup>200</sup> HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, r.o. 3.4.2 – 3.4.3, *NJ* 2007/21 (Smit/mr. Van Hees q.q.).

<sup>201</sup> HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, r.o. 3.6.2, *NJ* 2009/220 (mrs. Pannevis en Van Apeldoorn q.q./Air Holland Finance).

<sup>202</sup> Art. 51 Fw.

Als er niet alleen moet worden gekeken naar het samenstel van rechtshandelingen, maar ook vernietiging van alle betrokken rechtshandelingen op zich zelf nodig is,<sup>203</sup> dan lijkt mij de faillissementspauliana onhanteerbaar, omdat niet iedere rechtshandeling nadelig zal zijn en zo niet aan de pauliana-eisen zal worden voldaan.

#### 4.2.2 Benadeling bij licenties en de sale-and-lease-back

Het bovenstaande geldt voor de overdracht in het algemeen en voor licenties, maar is niet van toepassing op een sale-and-financial-lease-back.<sup>204</sup> Eerder is aangetoond dat de mate van benadeling in geval van een financial lease ook bij een koopprijs lager dan de werkelijke waarde, nihil is, mits de koopprijs maar wel verband houdt met de nog te betalen leasetermijnen.<sup>205</sup> In het hypothetische geval dat zo'n faillissementsvoorwaarde niet was overeengekomen zou het resultaat nagenoeg hetzelfde zijn en in dat geval worden de gezamenlijke schuldeisers dus niet benadeeld. De faillissementspauliana kan dan sowieso niet worden ingezet.

#### 4.3 Wetenschap

Als benadeling kan worden vastgesteld – en daar ga ik voor deze paragraaf van uit – komt het aan op het derde criterium of er ook wetenschap van benadeling is. Daarvan is sprake “[...] indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een *redelijke* mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.”<sup>206</sup> Dit is anders als er in het geheel geen tegenprestatie wordt verricht, dan heeft het wetenschapsvereiste geen betrekking op de wederpartij.<sup>207</sup> De voorzienbaarheid heeft dus betrekking op (1) het faillissement, (2) het tekort daarin en hoewel niet zichtbaar in de formulering van de Hoge Raad, wordt ook aangenomen (3) de benadeling.<sup>208</sup> Bij de overdracht onder faillissementsvoorwaarde zit de crux in het eerste punt van de wetenschap: de eis dat het faillissement in zicht moet zijn. Als het beding wordt overeengekomen zal het faillissement doorgaans nog ver achter de horizon liggen en zal het bewijsvermoeden van art. 43 lid 1 onder 1 Fw doorgaans niet baten.<sup>209</sup> Een letterlijke toepassing van het

---

<sup>203</sup> HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, r.o. 3.6.2, *NJ* 2009/220 (mrs. Pannevis en Van Apeldoorn q.q./Air Holland Finance).

<sup>204</sup> Zie uitgebreider §2.1.1 en §2.1.2 voor informatie in hoeverre licenties en de sale-and-lease-back afwijken.

<sup>205</sup> Zie uitgebreider §2.1.1.

<sup>206</sup> HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, r.o. 3.7, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (ABN Amro/Van Dooren q.q. III).

<sup>207</sup> Art. 42 lid 2 Fw.

<sup>208</sup> B. Hoops, ‘De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?’, *WPNR* 2015/7052, p. 222, i.h.b. voetnoot 11. Hij betoogt dat de Hoge Raad het vereiste van de voorzienbaarheid van de benadeling per vergissing uit haar formulering heeft gehouden. Het Hof had namelijk wel aangegeven dat ook wetenschap met betrekking tot de benadeling was vereist en de Hoge Raad heeft dat arrest in stand gelaten, zie ook: Hof Leeuwarden, 20 februari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC5059. Ook Vermue blijkt er zo over te denken, B. Vermue, ‘Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III’, *TvI* 2011/9, §2, §3.2.1, §4 en §5; zie ook: R.J. van der Weijden, ‘Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar’, *MvV* 2017/10, p. 287; De Weijs, R. J. (2010). *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling*, p. 249 (noot 123).

<sup>209</sup> Art. 43 lid 1 onder 1 werkt terug tot 1 jaar.

criterium van de Hoge Raad in het geval van een overdracht onder faillissementsvoorwaarde betekent derhalve dat onder normale omstandigheden de faillissementspauliana niet kan worden toegepast.<sup>210</sup>

#### 4.3.1 Ruimte binnen het wetenschaps criterium

Daar kan echter ook anders over worden gedacht. Mouthaan kiest simpelweg voor een belangenafweging.<sup>211</sup> De Weijs blijft bij het criterium van de Hoge Raad, maar ziet daarin ruimte en maakt daar volop gebruik van.<sup>212</sup> Andere auteurs kiezen voor een beperkter toepassingsbereik van het criterium.<sup>213</sup> Hieronder zal op deze visies worden ingegaan.

Bij de belangenafweging van Mouthaan gaat het enerzijds om het belang van de wederpartij van de failliet bij de constructie en anderzijds de benadeling van de schuldeisers. Ze laat de vraag of men omwille van het wetenschapsvereiste nog wel aan zo'n belangenafweging toekomt onbeantwoord. Mijns inziens is deze benadering te summier. Dat er achterliggende belangen zijn is goed om te beseffen, maar de wenselijkheid van de constructie voor degene die uiteindelijk rechthebbende wordt of de onwenselijkheid van de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers op zichzelf zeggen niets over de vraag of aan het wetenschapsvereiste is voldaan. Als een rechtshandeling niet paulianabestendig is dan biedt een belang bij, of beter, een rechtvaardiging voor die rechtshandeling de wederpartij geen soelaas.

De opvatting van De Weijs komt er op neer dat hij aanknoopt bij het woord redelijke en in dat woord ziet hij ruimte voor differentiatie met betrekking tot de vereiste mate van wetenschap per type rechtshandeling. Welke mate van waarschijnlijkheid onder welke omstandigheden en onder welke

---

<sup>210</sup> Zie B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 623-625. Zie ook Hoops die de constructie vaak wel onbetamelijk vindt, maar art. 3:40 lid 1 BW en niet de faillissementspauliana van toepassing acht: B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 221-227 en ook B. Hoops, *WPNR* 2014/7032, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', p. 880; en zie ook Van Dijck die van mening is dat om dergelijke constructies te bestrijden de faillissementspauliana moet worden aangepast (zijn dissertatie titelt niet voor niets revisie van een relict): van Dijck, G. (2006). *De Faillissementspauliana: Revisie van een Relict*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP), p. 71-72.

<sup>211</sup> B.C. Mouthaan, 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?', *WPNR* 2013/6984, p. 609-611.

<sup>212</sup> R.J. de Weijs, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?', *WPNR* 2006/6686, p. 767; R.J. de Weijs, 'Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana', *WPNR* 2007/6726, p. 848-857, De Weijs, R. J. (2010). *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling*, diss. p. 249-250, 251-258, 274-277; Ik zal in het vervolg waar mogelijk verwijzen naar de meest recente publicatie van De Weijs, zijn dissertatie, deze is het meest uitvoerig m.b.t. de materie en deze publicatie is bovendien na het arrest ABN Amro/Van Dooren q.q. verschenen.

<sup>213</sup> Zie W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 380-382; R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, 628; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 390-391 en 405-406; En F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, Kluwer 2006, p. 138-142, overigens voor ABN Amro/Van Dooren q.q. III.

voorwaarden redelijk is, is immers door de Hoge Raad niet gegeven.<sup>214</sup> Hij zoekt steun voor zijn opvatting van differentiatie bij A-G Huydecoper, A-G Strikwerda en bij Wessels en zou die inmiddels vinden bij Van der Weijden.<sup>215</sup> Wat De Weijs betreft moet er ten eerste naar de aard en inhoud van de rechtshandeling worden gekeken en ten tweede naar de gevolgen van een geslaagd beroep op de pauliana.<sup>216</sup> Wat het eerste punt betreft gaat hij verschillende rechtshandelingen langs, waaronder de zogenaamde over-het-graf-rechtshandelingen.<sup>217</sup> Met een over-het-graf-rechtshandeling bedoelt De Weijs bijvoorbeeld een faillissementsvoorwaarde die bij de failliet een boete doet ontstaan of een vordering doet ontvallen omdat hij in faillissement is geraakt. Dergelijke bedingen zijn zijns inziens in strijd met art. 3:277 BW en art. 3:276 BW.<sup>218</sup> Het eerste artikel omdat het niet de bedoeling is dat een schuldeiser zich op een niet in de wet geregelde wijze aan de paritas creditorum onttrekt. En het tweede omdat de failliet met zijn hele vermogen behoort in te staan voor zijn schulden. Het is dan niet de bedoeling dat bepaalde goederen daar buiten blijven omdat ze opeens een ander toebehoren. Een overdracht onder faillissementsvoorwaarde valt logischerwijs ook in de over-het-graf-categorie. De Weijs is van mening dat voor deze groep rechtshandelingen geen wetenschap van naderend faillissement is vereist omdat deze rechtshandelingen alleen worden overeengekomen met het oog op het faillissement.<sup>219</sup> Met het tweede punt van de mogelijke gevolgen van een geslaagd beroep op de pauliana wordt bedoeld een vergelijking tussen de situatie voor de gewraakte rechtshandeling met de situatie na het toepassen van de pauliana.<sup>220</sup> Als die vergelijking meebrengt dat er geen of weinig nadeel is, dan is ingrijpen sneller gerechtvaardigd en is een lagere mate van voorzienbaarheid van het faillissement voldoende. Bij een overdracht onder faillissementsvoorwaarde is er dan dus geen nadeel. Voor de werking van het beding was de wederpartij immers geen rechthebbende en na vernietiging is hij dat ook niet meer.

---

<sup>214</sup> R.J. de Weijs, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?', *WPNR* 2006/6686, p. 767; R.J. de Weijs, 'Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana', *WPNR* 2007/6726, p. 848-857, De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 249-250, 251-258, 274-277;

<sup>215</sup> Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2007:AZ1611, concl. 19, bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo); Concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2009:BI8493, concl. 34, bij HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/19 m.nt. N.E.D. Faber, *TvI* 2010/17 m.nt. H. de Coninck-Smolters en C.J. Jager (ABN Amro/Van Dooren q.q. III); Wessels Insolventierecht III, Deventer, 2007, nr. 3056; R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10, p. 287-289.

<sup>216</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 255.

<sup>217</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 274-277. Hij behandelt ook nog de volgende rechtshandelingen: rechtshandelingen die benadelend zijn voor de schuldenaar zelf vanwege een waardeverschil in de prestaties over en weer; arm's length sales benadelend voor schuldeisers; incongruente voldoeningen; zekerheden voor 'vers krediet' en ten slotte herstructureringen. Zie daarvoor p. 258-274 van dezelfde dissertatie.

<sup>218</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 274.

<sup>219</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 276. Hij zoekt daarvoor steun bij Verstijlen: F.M.J. Verstijlen, Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement, Preadvis 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2006, p. 141.

<sup>220</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 255.

Voor de benadering van De Weijs valt iets te zeggen. Enerzijds knoopt hij aan bij het criterium van de Hoge Raad uit ABN Amro/Van Dooren q.q. III, anderzijds poogt hij de ratio van de faillissementspauliana, het bestrijden van benadeling, te eerbiedigen.<sup>221</sup> Bovendien wordt het door differentiatie mogelijk om fatsoenlijke reddingspogingen waarbij zowel de benadeling als het faillissement voorzienbaar zijn, toe te laten, en rechtshandelingen die geen ander doel hebben dan de wederpartij bevoordelen en daardoor de schuldeisers benadelen te kunnen vernietigen ook al is het faillissement nog in geen velden of wegen te bekennen.<sup>222</sup> Het is echter de vraag of De Weijs de kaders van de Hoge Raad toch niet heeft overschreden door de redelijke mate waarin het faillissement voorzienbaar moet zijn zo op te rekken dat het eigenlijk niet meer voorzienbaar hoeft te zijn, althans dat ook het normale faillissementsrisico er onder valt.<sup>223</sup> En, uit de conclusies van de A-G's die hij aanhaalt is weliswaar steun te vinden voor de opvatting dat de omstandigheden een rol spelen bij de vraag welke mate van wetenschap vereist is, maar dat is iets anders dan dat geen wetenschap vereist is. Bovendien, kun je je afvragen of de vrijheid van de schuldenaar om over zijn vermogen te beschikken dan niet te ver wordt ingeperkt nu hij ook bij het normale faillissementsrisico al moet waken voor het zwaard van de pauliana?<sup>224</sup> Ik zou willen stellen dat het pleidooi voor differentiatie zinnig is en het aantrekkelijk is om ongewenste over-het-graf-handelingen met de pauliana te kunnen bestrijden. Helaas komt het wat gekunsteld over om alles aan het woord redelijke vast te knopen.

#### 4.2.2 Ruimte buiten het wetenschaps criterium van ABN Amro/Van Dooren q.q.

De derde benadering is dan ook anders, omdat auteurs ervoor kiezen om buiten de oever van ABN Amro/Van Dooren q.q. te treden vanuit de veronderstelling dat ook daarbuiten een gebied is wat de pauliana toebehoort. Overigens maken ze daarbij hetzelfde punt als De Weijs.<sup>225</sup> Het bezwaarlijke aan een overdracht onder faillissementsvoorwaarde is dat het zonder fatsoenlijke tegenprestatie een benadelende rechtshandeling is zonder enige economische betekenis gedurende het leven van de onderneming. Het beding ziet louter op en werkt slechts bij het faillissement en moet de wederpartij van de failliet dan bevoordelen met benadeling van de gezamenlijke schuldeisers als onvermijdbaar gevolg. Verschillende auteurs voelen er niets voor dat zo'n constructie loont. Verstijlen spreekt van 'opzet op benadeling is

---

<sup>221</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 433 en 439.

<sup>222</sup> De wens om redelijke reddingspogingen niet te bedreigen met de pauliana is de reden dat veel auteurs de omstandigheden van het geval mee willen laten spelen en dus niet voor een absoluut wetenschapsvereiste zijn. Zie ook: Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2007:AZ1611, concl. 19, bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo); Concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2009:BI8493, concl. 34, bij HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/19 m.nt. N.E.D. Faber, *Tvl* 2010/17 m.nt. H. de Coninck-Smolters en C.J. Jager (ABN Amro/Van Dooren q.q. III); Wessels Insolventierecht III, Deventer, 2007, nr. 3056; R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10, p. 287-289.

<sup>223</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 223.

<sup>224</sup> Zie B. Vermue, 'Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III', *Tvl* 2011/9, voetnoot 48: Vermue brengt o.a. tegen De Weijs in dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de pauliana gegrond is in het beginsel dat een schuldenaar vrij is om over zijn vermogen te beschikken, zelfs als hij schulden heeft. Dan past het eigenlijk niet om bepaalde rechtshandelingen, zoals over-het-graf-rechtshandelingen, bij voorbaat te verdoemen. Deze opmerking kan worden geriposteerd met het feit dat uit dezelfde zin in de wetsgeschiedenis blijkt, maar dan een paar regels verder, dat die schuldenaar tevens de plicht heeft het onderpand van zijn schuldeisers niet te verdonkeremanen. Zie Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 433.

<sup>225</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 274-277.



wetenschap van benadeling', want partijen die benadeling beogen kunnen zich er niet achter verschuilen dat het niet zeker is of het beoogde doel bereikt wordt.<sup>226</sup> Van Zanten denkt langs dezelfde lijn en spreekt over een rechtshandeling die inherent benadelend is.<sup>227</sup> En, ook van Eeghen vindt dat een faillissementsvoorwaarde door de faillissementspauliana kan worden getroffen.<sup>228</sup>

Keukens en Wibier zijn om dezelfde redenen kritisch op een voorwaardelijke overdracht, maar willen niet spreken van opzet, omdat een zekerheidsverschaffing naar aard en oogmerk ook tot benadeling van schuldeisers leidt, derhalve kiezen ze voor het criterium constructive knowledge of voorwaardelijke wetenschap van benadeling.<sup>229</sup> Door bewust de rechtshandeling zo te construeren dat deze pas en slechts bij het failleren werkt, en dus ziet op het faillissement, moeten partijen geacht worden wetenschap van benadeling te hebben gehad bij het verrichten van de rechtshandeling. Het distantiëren van het begrip opzet mislukt wat mij betreft, omdat ook hier weer centraal staat dat partijen weten wat ze overeenkomen, weten dat het tot benadeling zal leiden in geval van faillissement, weten dat het beding alleen werkt bij faillissement en er toch voor kiezen, oftewel opzet hebben om het toch te doen. Bovendien kan bij het overeenkomen van zekerheidsrechten net zo goed worden gesproken over constructive knowledge of voorwaardelijke wetenschap van benadeling, ook al krijgen zekerheidsrechten niet alleen betekenis in faillissement. Het uitwinnen van zekerheden zal inderdaad minder overlaten voor de overgebleven schuldeisers en dat is ook exact de bedoeling. Het verschil zit er bij zekerheidsrechten dan ook vooral in dat er krediet tegenover staat voor faillissement wat juist kan leiden tot bevoordeling van schuldeisers, met andere woorden ze hebben wel een reële economische betekenis, en ze zijn bovendien een wettelijk erkende reden van voorrang.<sup>230</sup> Wibier stelt nog dat een verschil is dat een overdracht onder opschortende voorwaarde per definitie tot benadeling zal leiden, terwijl een zekerheidsrecht slechts leidt tot een kans op benadeling.<sup>231</sup> Dat klopt niet en gaat voorbij aan het volgende punt. Het is waar dat een zekerheidsrecht mogelijk in faillissement niet tot benadeling leidt, terwijl dit zeker is bij een overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde. Het punt is alleen dat het niet zeker is of het faillissement überhaupt ooit zal intreden. Derhalve zal het altijd gaan om een kans op benadeling. Die kans is onvoldoende wanneer we het criterium van de Hoge Raad uit ABN Amro/Van Dooren q.q. III letterlijk toepassen.<sup>232</sup> Wanneer we aan dat criterium voorbij gaan in opzet-situaties is de faillissementspauliana wel toepasbaar. Dat past bij de bedoeling van de pauliana om benadeling te voorkomen.<sup>233</sup> Bovendien komt het overeen met de letterlijke tekst van art. 42 Fw waarin wetenschap slechts betrekking heeft op

---

<sup>226</sup> F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2006, p. 141-142.

<sup>227</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p.390-391 en 405-406.

<sup>228</sup> Eeghen, L. J. (2006). *Het schemergebied vóór faillissement: Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalrisico's van de onderneming vóór faillissement* Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 222.

<sup>229</sup> W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 382.

<sup>230</sup> Uitgebreider hierover §2.1. Overigens benadrukt Wibier in een latere publicatie nog eens dat het hem er vooral om gaat dat een insolventieclausule alleen maar werkt bij faillissement.

<sup>231</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, 628. Technisch-juridisch komen beide rechtshandelingen bij het overeenkomen tot stand, alleen de werking is uitgesteld §1.1.

<sup>232</sup> HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, r.o. 3.7, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (ABN Amro/Van Dooren q.q. III). Zie ook §4.3.

<sup>233</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 433 en 439.

benadeling en niet op een aankomend faillissement.<sup>234</sup> Kortom er valt wat voor te zeggen en het past in de wet en (gedeeltelijk) in de wetsgeschiedenis.

#### 4.2.3 Kans op benadeling toch onvoldoende op basis van Ontvanger/Pellicaan

Op basis van een wat ouder arrest komt Hoops echter tot de conclusie dat een kans op benadeling – en in normale omstandigheden is er slechts een kans op faillissement – toch echt onvoldoende is voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana. In ABN Amro/Van Dooren q.q. III heeft de Hoge Raad een positief criterium geformuleerd met betrekking tot wetenschap van benadeling. Al eerder formuleerde de Hoge Raad een negatief criterium: een kans op benadeling is onvoldoende voor wetenschap van benadeling.<sup>235</sup> Zoals hierboven bleek proberen auteurs over de horde van de kans op benadeling heen te springen door stil te staan bij de opzet op of constructie van benadeling. Ten opzichte van Bakker q.q./Katko is daar iets voor te zeggen, want daar ging het om een volstrekt normale rechtshandeling. Ten opzichte van Ontvanger/Pellicaan wordt dit volgens Hoops lastiger vol te houden.<sup>236</sup> In Ontvanger/Pellicaan was er sprake van een rechtshandeling die wel iets weg heeft van een overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Een stel had een samenlevingsovereenkomst met een verblijfsbeding opgesteld met als gevolg dat bij het overlijden van één van de partijen het gemeenschappelijk vermogen zou verblijven aan de langstlevende.<sup>237</sup> Het gevolg was dat de belastingdienst, schuldeiser van overledene, zich uiteindelijk op de (gewone) pauliana moest beroepen om zijn vordering te kunnen incasseren. Het beroep werd afgewezen omdat werd uitgegaan van een gelijke sterftkans van de partners. Voor mevrouw Pellicaan was er dus slechts een kans op benadeling van de schuldeisers van haar man en dat was onvoldoende. Hoops komt op basis van dit arrest min of meer tot de conclusie dat toepassing van de faillissementspauliana in geval van een overdracht onder faillissementsvoorwaarde er niet in zit, tenzij de kans op faillissement bij het overeenkomen groter is dan 50%. Ik kan mij niet in die conclusie vinden. Om Hoops recht te doen geef ik zijn argumentatie hieronder weer om daar vervolgens op in te kunnen haken.

Er zijn natuurlijk nogal wat verschillen met de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Hoops geeft daar rekenschap van en noemt er drie: (1) in Ontvanger/Pellicaan gaat het om de BW-pauliana en niet om de faillissementspauliana; (2) in Ontvanger/Pellicaan zijn er twee onzekere gebeurtenissen namelijk de dood van de één of die van de ander, waar het bij een faillissementsvoorwaarde gaat om één onzekere gebeurtenis: faillissement van thans rechthebbende; (3) daarop aansluitend kon de vermogensverschuiving in Ontvanger/Pellicaan ook twee kanten op gaan, terwijl bij een faillissementsvoorwaarde het eenrichtingsverkeer is.<sup>238</sup> Reden 2 en 3 lijken een strengere behandeling van de overdracht onder faillissementsvoorwaarde te rechtvaardigen (en dus een milder

---

<sup>234</sup> Zie Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 433 en 439. De tekst van art. 42 Fw heeft het alleen over wetenschap van benadeling en niet die van het faillissement, dat punt maakt Faber ook in zijn annotatie bij het derde Hof-arrest in het Van Dooren q.q./ABN Amro-feuilleton: N.E.D. Faber, annotatie bij, Gerechtshof Leeuwarden, 20 februari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC5059, *JOR* 2008/141, nr. 6.

<sup>235</sup> HR 17 november 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA8357, r.o. 3.3, *NJ* 2001/272, m.nt. P. van Schilfgaarde (Bakker q.q./Katko) en HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, r.o. 3.6, 3.7, *NJ* 1994/257, m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Pellicaan).

<sup>236</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 226-227.

<sup>237</sup> Zie r.o. 3.1 en 3.2 voor een beschrijving van de overeenkomst en gang van zaken: HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, *NJ* 1994/257, m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Pellicaan).

<sup>238</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 226.

wetenschaps criterium toe te passen). Hoops ziet echter drie redenen om dat niet te doen: (1) ook in het arrest was er een bevoordelingsbedoeling; (2) de dood is zeker in het ondermaanse, faillissement niet en (3) ook bij Ontvanger/Pellicaan werd er geen reële tegenprestatie verricht.<sup>239</sup> Daarop komt Hoops tot de conclusie dat de overdracht onder faillissementsvoorwaarde niet aanzienlijk onbetamelijker is dan het verblijvensbeding uit Ontvanger/Pellicaan. De verschillen dwingen wat hem betreft dan ook niet tot een afwijking van de kans op benadeling-regel.<sup>240</sup> Twee overwegingen gaan echter niet op.

Allereerst kwalificeert het verblijvensbeding uit Ontvanger/Pellicaan als een kansovereenkomst *zonder* bevoordelingsbedoeling.<sup>241</sup> Dat strookt niet met de eerste reden. Bij een overdracht onder faillissementsvoorwaarde is er juist een duidelijke bevoordelingsbedoeling en die bevoordeling kan maar één kant op werken. Ten tweede gaan hof en Hoge Raad wel uit van een reële tegenprestatie in Ontvanger/Pellicaan.<sup>242</sup> En dat strookt niet met de derde reden. Daarbij komt nog een ander wezenlijk verschil omtrent de vereiste wetenschap. Pellicaan ging er vanuit dat er geen benadeling zou plaatsvinden. Zover zij wist had haar partner een huis met overwaarde ten opzichte van de hypothecaire schuld. Dus hoewel het verblijvensbeding haar zou bevoordelen, mocht haar partner vooroverlijden, dan hoefde zij er niet vanuit te gaan dat het iemand zou benadelen.<sup>243</sup> Ook dat kan niet worden gezegd van partijen die een overdracht onder faillissementsvoorwaarde overeenkomen. Door de overdrachtsvoorwaarde aan het faillissement te koppelen sorteren zij namelijk bewust voor op een situatie waarin hoogstwaarschijnlijk een tekort zal zijn. Partijen weten dat, maar doen het toch.

Daarom kom ik niet tot dezelfde conclusie als Hoops en zie ik ondanks het arrest nog steeds ruimte om in geval van opzet op benadeling buiten de oever van het wetenschaps criterium van ABN Amro/Van Dooren q.q. III te treden.

#### 4.2.4 Art. 35b Fw en de wetsgeschiedenis

Art. 35b Fw noopt mogelijk tot een andere conclusie.<sup>244</sup> Het artikel torpedeert de gift onder opschortende voorwaarde die na het in faillissement geraken nog moet worden uitgevoerd. Volgens de wetgever is het artikel nodig, omdat art. 42 Fw veelal nog niet zal werken, omdat het faillissement bij het overeenkomen van de gift nog niet in zicht is.<sup>245</sup> Als de wetgever een speciaal wetsartikel nodig acht om een rechtshandeling waartegenover geen prestatie staat te kunnen bestrijden dan ligt het niet voor de hand dat een voorwaardelijke overdracht tegen een te lage prestatie in de ogen van de wetgever wel met de faillissementspauliana kan worden bestreden. Daarbij komt ook dat de geveer bij de gift onder opschortende faillissementsvoorwaarde de last van de gift op zijn schuldeisers in faillissement legt, zoals

---

<sup>239</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 226.

<sup>240</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 227.

<sup>241</sup> HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, *NJ* 1994/257, r.o. 3.6 m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Pellicaan).

<sup>242</sup> HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, *NJ* 1994/257, r.o. 3.2 m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Pellicaan).

<sup>243</sup> HR 1 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1081, *NJ* 1994/257, r.o. 3.9 m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Pellicaan).

<sup>244</sup> Tot die conclusie komt ook Hoops: B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 225. Ook Van Zanten laten ziet de ratio van art. 35b Fw als mogelijk probleem voor toepassing van de Pauliana: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p.390.

<sup>245</sup> Kortmann & Faber (red.), *Geschiedenis van de faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, p. 88.

dat ook bij de overdracht onder faillissementsvoorwaarde het geval is. Maar waar toepassing van de faillissementspauliana er dan niet in zit, is analoge toepassing van art. 35b FW misschien wel mogelijk.<sup>246</sup>

#### 4.4 Conclusie

Als het wetenschapsvereiste zoals positief geformuleerd in ABN Amro/Van Dooren q.q. III tezamen met de negatieve regel dat een kans op benadeling onvoldoende is de heilige graal van de faillissementspauliana vormen, dan zit toepassing tegen een insolventieclausule er niet in. Ook de woorden van de wetgever bij art. 35b Fw wijzen in die richting. Met Hoops kan dan gesteld worden dat de bezwaren tegen de overdracht onder faillissementsvoorwaarde op de akker van art. 3:40 BW moeten worden gezaaid.<sup>247</sup>

Aan de andere kant zit er in het paulianaleerstuk voldoende ruimte om wel tot vernietiging op basis van art. 42 Fw over te gaan. De ratio van de pauliana is immers het bestrijden van benadeling van schuldeisers.<sup>248</sup> Opzet op benadeling is daarbij niet nodig, des te meer reden om de pauliana toe te passen als er wel sprake is van opzet.<sup>249</sup> Sommige schrijvers hebben gepleit voor differentiatie of het rekening houden met de omstandigheden van het geval met betrekking tot de vereiste mate van wetenschap.<sup>250</sup> Een flexibele invulling van het wetenschapsvereiste maakt het mogelijk om bij een degelijke reddingsoperatie de lat heel hoog te leggen, gaat het om een faillissementsvoorwaarde waarbij benadeling van meet af aan de keerzijde van de bevoordelingsbedoeling is, dan ligt de lat laag. Zo laag dat het normale faillissementsrisico afdoende is om wetenschap te hebben, als men althans met kunst en vliegwerk binnen de formulering uit ABN Amro/Van Dooren q.q. III wil blijven. Wordt de ruimte die, indien men dat wil, buiten dat criterium te vinden is benut, dan kan men op grond van de ratio en de letterlijke tekst van art. 42 Fw prima tot de conclusie komen dat in de meest onbetamelijke gevallen wetenschap van het faillissement niet nodig is en wetenschap van benadeling voldoende is. Ook het arrest Ontvanger/Pellicaan hoeft daaraan niet in de weg te staan. Dat neemt niet weg dat ik niet verwacht dat het die kant op gaat en deze ruimte benut wordt.<sup>251</sup> Dat hoeft geen ramp te zijn aangezien er ook andere gronden zijn om een onbetamelijke overdracht onder faillissementsvoorwaarde te ondermijnen en de achtergebleven crediteuren te beschermen. In het volgende hoofdstuk zal ik daarom de toepasbaarheid van art. 3:40 BW onderzoeken.

---

<sup>246</sup> Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 138. Hij pleit voor analoge toepassing van art. 35b Fw om een boete die is afgestemd op faillissement tegen te gaan.

<sup>247</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 227.

<sup>248</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 433 en 439.

<sup>249</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 441.

<sup>250</sup> De Weijs, R. J. (2010). Faillissementspauliana, insolvenzafchtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling, diss. p. 249-277; Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2007:AZ1611, concl. 19, bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo); Concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2009:BI8493, concl. 34, bij HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/19 m.nt. N.E.D. Faber, *Tvl* 2010/17 m.nt. H. de Coninck-Smolters en C.J. Jager (ABN Amro/Van Dooren q.q. III); Wessels Insolventierecht III, Deventer, 2007, nr. 3056; R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10, p. 287-289.

<sup>251</sup> Van Dijck vindt op basis van de bezwaren die hij vindt, o.a. bij rechtshandelingen die zien op het faillissement dat aanpassing (revisie van een relict) van de faillissementspauliana nodig: van Dijck G. (2006). *De Faillissementspauliana: Revisie van een Relict*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP), p. 71-72.

## Hoofdstuk 5: Artikel 3:40 BW

Na het behandelen van enkele arresten, het fiduciaverbod en de faillissementspauliana is het tijd geworden om de overdracht onder faillissementsvoorwaarde naast de maatstaf van art. 3:40 BW te leggen. Zoals uit eerdere hoofdstukken bleek, is er veel verdeeldheid onder auteurs over de toepasbaarheid van de faillissementspauliana of het fiduciaverbod op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Die onenigheid verdwijnt grotendeels als het gaat om art. 3:40 BW. Bijna iedereen vindt de constructie op een of andere manier botsen op het nietigheidsleerstuk. Over hoe die botsing eruitziet wordt door de diverse auteurs verschillend gedacht.

Reehuis en Abendroth zijn van mening dat een overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde in strijd is met de openbare orde, omdat daarmee de verhaalsmogelijkheden voor derden wordt geschaad.<sup>252</sup> De opschortende voorwaarde loopt volgens Reehuis stuk op het fiduciaverbod.<sup>253</sup> Winters, Hoops, Keukens en Wibier schrijven slechts over de opschortende voorwaarde en kiezen voor een andere benadering.<sup>254</sup> Stuk voor stuk is het in hun ogen vooral zaak of er een zakelijke reden aan de voorwaarde ten grondslag ligt. Is dat niet het geval dan denken Winters, Keukens en Wibier aan toepassing van art. 3:40 BW op basis van wetsontduiking.<sup>255</sup> Welke wet wordt ontdoken wordt niet vermeld. Winters denkt ook nog aan strijd met de gelijkheid van schuldeisers of de onderling in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, dan wel aan een onrechtmatige daad.<sup>256</sup> Keukens en Wibier voegen nog 'ongeoorloofde motieven' als grond voor nietigheid toe, omdat partijen de constructie gebruiken om een goed buiten het bereik van de schuldeisers te houden.<sup>257</sup> Wibier voegt er in een later artikel nog een reden aan toe. Zonder commercieel aanvaardbare reden is een insolventiebeding wat actief onthoudt aan de boedel ten koste van de schuldeisers in strijd met de openbare orde, omdat dan de faillissementsrechtelijke fixatie wordt ontlopen en dus het fixatiebeginsel geschonden.<sup>258</sup> Hoops stelt dat

---

<sup>252</sup> Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, *Goederenrecht*, nr. 123; Mon. BW nr. B6a (Reehuis), nr. 100; Abendroth kan zich in de visie van Reehuis vinden. Zie: R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", van B.C. Mouthaan, *WPNR* 2014/7004, p. 116, 118.

<sup>253</sup> Zie daarover §3.2.1 en §3.3.

<sup>254</sup> Een verschil wat moet worden opgemerkt is dat Reehuis de overdracht onder faillissementsvoorwaarde even kort aanstipt in hoofdstukken die verder over andere onderwerpen gaan. Andere auteurs staan met een heel artikel stil bij de faillissementsvoorwaarde en van hen is dus een meer genuanceerde benadering te verwachten. Bovendien schreef Reehuis voor het Megapool-arrest.

<sup>255</sup> B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 625; W.M.T. Keuken & R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 382.

<sup>256</sup> B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 625.

<sup>257</sup> W.M.T. Keuken & R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!'. *WPNR* 2011/6884, p. 382.

<sup>258</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland), p. 629, 632.

wanneer geen reële prijs voor het goed is betaald het fixatiebeginsel<sup>259</sup> en de paritas creditorum<sup>260</sup> worden geschonden.<sup>261</sup> Van Zanten ziet de overdracht onder faillissementsvoorwaarde bij gebrek aan een reële prijs ook niet zitten, maar zoekt zijn heil niet bij art. 3:40 BW. In zijn ogen verhindert de onder schuldeisers onderling in acht te nemen redelijkheid en billijkheid wel de werking van het beding.<sup>262</sup>

Hoewel (indirect) benadeling van schuldeisers vaak terugkomt als reden om een beroep op nietigheid te doen, groeit met bovenstaande veelheid aan meningen het verlangen naar meer duidelijkheid. Om duidelijkheid te krijgen is het handig om net als bij de vorige hoofdstukken eerst meer licht te werpen op het leerstuk zelf (§5.1). Vervolgens is het dan tijd geworden voor de toepassing ervan (§5.2), waarbij achtereenvolgens de bedrijfseconomische context, het fixatiebeginsel en benadeling van schuldeisers langs komen. Tenslotte rest de vraag wat de ruimte is voor de redelijkheid en billijkheid in dit alles (§5.3).

### 5.1 Art. 3:40 BW uitgelegd

Twee uitgangspunten van ons burgerlijk recht zijn contractsvrijheid en partijautonomie. Die vrijheid is natuurlijk niet onbeperkt en ieder rechtsstelsel heeft dan ook wel een artikel dat het mogelijk maakt maatschappelijk onbetamelijke rechtshandelingen ongeldig te verklaren.<sup>263</sup> In het BW is dat art. 3:40 geworden. Het artikel kan ook als verruiming of waarborg van de contractsvrijheid worden gezien, omdat het beperken van de vrijheid van partijen om bijvoorbeeld hun schuldeisers te benadelen de vrijheid van die schuldeisers vergroot.<sup>264</sup> Theoretisch mag dat zo zijn, in concrete zaken werkt art. 3:40 BW natuurlijk wel beperkend.

Met het nieuwe BW heeft de wetgever getracht om het inperken van de vrijheid in concreto terug te dringen.<sup>265</sup> Terughoudendheid blijkt uit de rechtspraak<sup>266</sup> en de redactie van het wetsartikel. De leden 2 en 3 maken duidelijk dat een rechtshandeling in strijd met de wet niet nietig of vernietigbaar is als de overschreden norm niet de bedoeling heeft om de geldigheid van die rechtshandeling aan te tasten. Lid 1

---

<sup>259</sup> B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 227.

<sup>260</sup> B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032, p. 886.

<sup>261</sup> Zie ook B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 442-448.

<sup>262</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, §8.5.2 i.h.b. p. 389-392 en §8.5.3.3 i.h.b. p. 405-408. Van Zanten vindt overigens dat ingeval er wel een reële prijs wordt betaald, maar deze voor faillissement al is verbruikt de constructie om dezelfde reden laakbaar.

<sup>263</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 303 (online: bijgewerkt tot 01-02-2014); Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 2 (bijgewerkt t/m 01-04-2017). Dat betekent niet dat de oude rechtspraak, gebaseerd op art. 1371 en 1373 OBW, haar geldigheid heeft verloren zo blijkt uit: VC II Inv., d.d. 1 juni 1987, Parl. Gesch. Inv., p. 1138, en L.v.Antw. II Inv., Parl. Gesch. Inv., p. 1139; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 310 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>264</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 303 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 2 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>265</sup> Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 314 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 249.

<sup>266</sup> HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, r.o. 3.6.2, *NJ* 2016/90 (Snippers q.q./Rabobank); HR 17 februari 2006, r.o. 4.7, *NJ* 2006/378 (Royal c.s./Universal Pictures).

bevat op zijn beurt een open norm, waardoor er voor de rechter ruimte ligt om de nietigheid niet te snel toe te passen. Voor de beoordeling van de overdracht onder faillissementsvoorwaarde is het nuttig om die wens tot terughoudendheid in gedachten te houden.

Artikel 40 fungeert als een kapstok. Het bevat niet zelf een norm waaraan rechtshandelingen worden beoordeeld, maar ongeschreven normen van openbare orde of goede zeden en dwingendrechtelijke wetsbepalingen kunnen eraan worden opgehangen. Het artikel geeft slechts uitlegregels voor hoe welke *aspecten* of *elementen* van rechtshandelingen op welke *gronden* op hun geoorloofdheid kunnen worden beoordeeld en wat de rechtsgevolgen dan zijn.<sup>267</sup> Er worden drie aspecten en gronden onderscheiden. De aspecten zien op inhoud, strekking of het verrichten van de rechtshandeling. De gronden waarop deze aspecten worden getoetst zijn strijd met de wet, strijd met de goede zeden en strijd met de openbare orde. Het aspect en de grond die van toepassing zijn bepalen welk lid van art. 3:40 BW van aan de orde is. En daaruit voortvloeiend: hoe de beoordeling van de mogelijke strijd met desbetreffende grond eruitziet en wat de rechtsgevolgen van strijd met die grond zijn. Op het eerste gezicht lijkt het artikel meer helderheid te bieden bij de beantwoording van die vragen dan het in werkelijkheid doet.<sup>268</sup> In werkelijkheid is het artikel een van de lelijkste eendjes van het BW,<sup>269</sup> een notoire breinbreker<sup>270</sup> en vaak onderwerp van kritiek.<sup>271</sup> Voor de helderheid is het handig om te beginnen bij de leden 2 en 3.

#### 5.1.1 Art. 3:40 lid 2 en 3 BW

Lid 2 gaat over strijd met de wet en is blijkens de parlementaire geschiedenis beperkt tot het aspect *verrichten* van de rechtshandeling; bij een overeenkomst het sluiten ervan.<sup>272</sup> Het lastige is dat de *inhoud* en het *verrichten* van een rechtshandeling soms moeilijk uit elkaar zijn te houden.<sup>273</sup> De inhoud ziet op datgene wat partijen bij een rechtshandeling verklaren of uit elkaars verklaringen en gedragingen mogen afleiden.<sup>274</sup> Bij een obligatoire overeenkomst gaat het om de prestaties waartoe partijen zich verplichten.<sup>275</sup> De definitie van inhoud van een rechtshandeling ligt daarmee dichtbij de vereisten van een rechtshandeling (en dus het verrichten van een rechtshandeling) volgens art. 3:33 BW en de ingrediënten voor de wils-vertrouwensleer uit art. 3:35 BW. Daarbij komt nog dat een dwingende wetsbepaling toch

---

<sup>267</sup> Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Van Kooten, in: *Restitutierechtelijke gevolgen van ongeoorloofde overeenkomsten*, 2002, p. 11.

<sup>268</sup> Zie Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 5 (bijgewerkt t/m 01-04-2017) en de daar aangehaalde auteurs.

<sup>269</sup> C.C. van Dam, 'Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid', in J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 148.

<sup>270</sup> HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, AA 2012/740, m.nt. S.D. Lindenbergh (Esmilo/Mediq), p. 740

<sup>271</sup> Zie wederom Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 5 (bijgewerkt t/m 01-04-2017) en de daar aangehaalde auteurs. Waaronder J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 108.

<sup>272</sup> J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 3c; T-M en MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 191 en 192.

<sup>273</sup> Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 5 en 6.2 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); De wetgever stelt dat bij verrichten in strijd met een dwingende wetsbepaling er vaak zowel sprake zal zijn van een inhoud in strijd met de goede zeden, zie T-M, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190. Het onderscheid wordt ook sterk bekritiseerd, zie bijvoorbeeld: A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en Nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 241 e.v.; V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 25 e.v.

<sup>274</sup> T-M, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190.

<sup>275</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 333 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

met het oog op de inhoud het verrichten van de rechtshandeling zal verbieden.<sup>276</sup> Duidelijkheid met betrekking tot het aan de orde zijnde aspect is nodig, omdat als het gaat om de inhoud art. 3:40 lid 1 BW aan de orde is en lid 2 niet aan de orde kan zijn, terwijl het verrichten – afhankelijk van het soort dwingende wetsbepaling, zo zal hieronder blijken – onder lid 2 óf lid 1 valt. Aangezien onder andere de rechtsgevolgen van de desbetreffende leden van elkaar verschillen is het maken van onderscheid niet een louter intellectuele exercitie.

Ook de frase ‘dwingende wetsbepaling’ kan niet zonder toelichting. Met de dwingende wetsbepaling uit artikel 40 lid 2 en 3 wordt bedoeld een formele wet of lagere wetgeving die op uitdrukkelijke delegatie van de formele wetgever berust.<sup>277</sup> Overige wetgeving valt niet buiten het bereik van art. 3:40 BW, maar wel buiten dat van lid 2.<sup>278</sup> Strijd met lagere wetgeving moet dus worden beoordeeld op grond van de goede zeden en openbare orde op grond van lid 1.<sup>279</sup> De mogelijke rechtsgevolgen van strijd met de wet op basis van lid 2 zijn nietigheid, vernietigbaarheid of, zo blijkt uit lid 3, geldigheid. Het rechtsgevolg is afhankelijk van de strekking van de geschonden bepaling.<sup>280</sup> Heeft de norm niet de strekking om de geldigheid van rechtshandelingen aan te tasten dan zal dat ook niet gebeuren. Dat is niet altijd makkelijk vast te stellen, want bij veel normen is de strekking niet op voorhand duidelijk.<sup>281</sup> Heeft de norm wel de strekking om de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten rest nog de vraag tot welke bescherming de norm strekt. In beginsel geldt dat nietigheid het rechtsgevolg zal zijn, maar indien de norm alleen strekt tot bescherming van de zwakkere partij bij een meerszijdige rechtshandeling dan ligt vernietigbaarheid voor de hand.<sup>282</sup> Het is dan aan de zwakkere partij of deze zich op vernietiging wil beroepen.<sup>283</sup>

### 5.1.2 Art. 3:40 lid 1 BW

Op grond van de wettekst lijken alleen de aspecten inhoud en strekking onder art. 3:40 lid 1 BW te vallen, maar zoals hierboven beschreven valt het verrichten van een rechtshandeling in strijd met niet-gedelegeerde lagere wetgeving ook onder de reikwijdte van lid 1. De aspecten inhoud en verrichten zijn

---

<sup>276</sup> Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 5 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Nieuwenhuis, AA 1985, p. 215.

<sup>277</sup> J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 3A; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 314 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 4 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>278</sup> MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 192.

<sup>279</sup> Daar is wel een goede reden voor, want het privaatrecht is niet een zaak van lagere wetgevers. Zie: C.C. van Dam, ‘Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid’, in J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 148.

<sup>280</sup> Volgens Van Kooten mag ook naar de *aard* en de *bewoordingen* van de norm worden gekeken (HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/127 (Flora/Van der Kamp) en kan ook de *rechtszekerheid* meespelen (HR 25 november 1966, *NJ* 1967/52), zie Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 6.7 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>281</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 316 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 6.7 (bijgewerkt t/m 01-04-2017). Bij niet privaatrechtelijke normen heeft de wetgever vaak de privaatrechtelijke gevolgen niet voor ogen gehad. Zie Parl. Gesch. Inv. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1138; Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>282</sup> T-M, Parl. Gesch. Boek 3, p. 190; J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 3e; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 320 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014). Overigens kan ook uit een samenstel van wetsbepalingen vernietigbaarheid worden afgeleid, zie HR 9 december 2011, r.o. 3.3., *NJ* 2013/7 (Doornenbal/Van der Spek).

<sup>283</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 320 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).



reeds gedefinieerd dus blijft over strekking. De strekking ziet zowel op de voor anderen voorzienbare gevolgen van de rechtshandeling als de voor anderen kenbare motieven van degene die de rechtshandeling verricht.<sup>284</sup> Bij een overeenkomst duidt ‘anderen’ dan op de wederpartij.<sup>285</sup> Overigens kan volgens Hijma een onoorbaar motief alleen tot nietigheid leiden als het tot uitdrukking komt in de contractsinhoud.<sup>286</sup> Dat strookt echter niet met het voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis van de nietige koop van een mes, indien het motief van de koper om een moord te plegen bij de verkoper bekend was.<sup>287</sup> Een ander voorbeeld van een strekking is benadeling van schuldeisers die het gevolg is van een op zichzelf geoorloofde rechtshandeling.<sup>288</sup>

Zo’n strekking dan wel de inhoud of het verrichten van een rechtshandeling moet vervolgens worden beoordeeld op de *gronden* van lid 1: de goede zeden en/of de openbare orde. Dat is ook het geval als er sprake is van strijd met een dwingende wetsbepaling.<sup>289</sup> Evenzo als een wetsbepaling wordt ontdoken in plaats van geschonden.<sup>290</sup> Die goede zeden en de openbare orde zijn noch in wet of parlementaire geschiedenis gedefinieerd. Dat is ook niet zo gek, want de maatschappij en de opvattingen die er leven zijn aan verandering onderhevig. De inhoud van de openbare orde en goede zeden is dus niet vastomlijnd, maar afhankelijk van tijd en plaats.<sup>291</sup> Het is aan de rechter om er in het concrete geval invulling aan te geven.<sup>292</sup> Volgens Hartkamp en Sieburgh gaat het over “de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt”.<sup>293</sup> Bij de goede zeden denken zij specifiek aan zedelijke normen en bij de openbare orde vooral aan het algemeen belang.<sup>294</sup> Hijma heeft het over “in een bepaalde maatschappelijke constellatie als fundamenteel ervaren normen van ongeschreven recht.”<sup>295</sup> Daarbij is de goede zeden wat hem betreft gericht op moraliteit en de openbare orde gericht op de inrichting van de maatschappij. Ook de Hoge Raad laat zich vergelijkbaar uit over de openbare orde.<sup>296</sup> De definities geven meer een idee of een denkrichting dan dat zij echt duidelijk maken wat er precies onder valt. De gronden zijn ook niet zo goed uit elkaar te houden, want is het niet onzedelijk

---

<sup>284</sup> T-M, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190; Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 4 en 7.6 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 333 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>285</sup> T-M, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190.

<sup>286</sup> J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 105.

<sup>287</sup> T.M., *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190.

<sup>288</sup> J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 2A; HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *NJ* 2015/290 (Boekhold/Haveman).

<sup>289</sup> Het lijkt erop dat in geval van inhoud of strekking van een rechtshandeling in strijd met een dwingende wetsbepaling dit tegenwoordig onder strijd met de openbare orde valt, zie: T-M, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 191/ L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1140. Bij lagere wetgeving heeft de wetgever het dan toch weer over de goede zeden, zie L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1140-1141.

<sup>290</sup> Het gaat erom dat wordt gehandeld in strijd met doel of strekking van de wet. J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 5b; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 328-329 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014). Volgens Hartkamp en Sieburgh gaat het dan om mogelijke strijd met de goede zeden.

<sup>291</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 330 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>292</sup> VC II Inv., d.d. 1 juni 1987, *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1138-1139, en L.v.Antw. II Inv., *Parl. Gesch. Inv.*, p. 1140; Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3 en 7.2 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>293</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 311 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>294</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 330 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>295</sup> J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 2A.

<sup>296</sup> HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, r.o. 3.5.1, *NJ* 2017/59 (Wijnen Bouw/Muller).

om de fundamentele, algemene belangen te schaden?<sup>297</sup> Bovendien, wat onder de oude rechtspraak vaak onder schending van de goede zeden viel, wordt nu vaak onder de openbare orde geschaard.<sup>298</sup> Het rechtsgevolg is bij beide gronden hetzelfde – nietigheid – dus eventuele verwarring is zonder consequentie.<sup>299</sup>

Ten slotte meer over hoe die beoordeling van strijd met de goede zeden of openbare orde eruit ziet. In die gevallen dat inhoud of strekking in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling – of het doel of de strekking van een dwingende wetsbepaling – valt daar meer over te zeggen.<sup>300</sup> In het arrest Esmilo/Mediq geeft de Hoge Raad aan dat een overeenkomst die verplicht tot een verboden prestatie niet per definitie een verboden strekking heeft en nietigheid meebrengt, zelfs niet als beide partijen weten van het wettelijk verbod.<sup>301</sup> De Hoge Raad geeft vervolgens vier uitgangspunten om bij de beoordeling te betrekken en waarvan de rechter in zijn motivering rekenschap moet afleggen: (1) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd, (2) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, (3) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, (4) en of de regel in een sanctie voorziet.<sup>302</sup> Overigens heeft de Hoge Raad het zowel over een verboden prestatie als een verboden strekking. De conclusie van zowel Hijma, als Hartkamp en Sieburgh dat deze uitgangspunten zowel bij de aspecten inhoud als strekking een rol spelen ligt dan ook voor de hand.<sup>303</sup> Het is overigens niet helemaal duidelijk hoe de criteria uit Esmilo/Mediq moeten worden begrepen en toegepast.<sup>304</sup> Ook is niet duidelijk hoe ze zich tot elkaar verhouden.<sup>305</sup> In die gevallen waar er geen dwingende wetsbepaling in het geding is, is er geen stappenplan dat de beoordeling vorm geeft.

---

<sup>297</sup> Volgens Tjong Tjin Tai, vallen de gronden tegenwoordig nagenoeg samen. Zie HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, concl. 2 (Esmilo/Mediq).

<sup>298</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 330 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>299</sup> Veel auteurs pleiten ervoor dat net als bij lid 2 vernietigbaarheid en geldigheid een mogelijkheid zijn. Daarnaast zouden veel schrijvers graag zien dat lid 3 ook op lid 1 van toepassing wordt. Met het arrest Esmilo/Mediq is wel meer ruimte gekomen voor weging van de geschonden norm (HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq)). Zie voor een overzicht van auteurs Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 7.10 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>300</sup> J. Hijma in, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 5; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 325a (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014). De wetgever schaaft de strijd met een dwingende wetsbepaling die onder het bereik van lid 1 valt onder strijd met de openbare orde. T-M, Parl. Gesch. Boek 3, p. 191; L.v.Antw. II Inv., Parl. Gesch. Inv., p. 1140.

<sup>301</sup> HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq).

<sup>302</sup> HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, r.o. 4.4, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq).

<sup>303</sup> J. Hijma in, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 5; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 325a (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); Anders, d.w.z. met enig voorbehoud: HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, AA 2012/740, m.nt. S.D. Lindenbergh (Esmilo/Mediq).

<sup>304</sup> Het lijkt er op dat het vierde punt wat de sanctie betreft alleen op publiekrechtelijke regels ziet. Vervolgens is de vraag of een sanctie erop duidt dat privaatrechtelijk ingrijpen niet meer nodig is zoals Hebly en De Hoogh en Hoops denken of dat juist de vraag is, welk standpunt Den Hollander inneemt. Zie respectievelijk M.R. Hebly en A.N.L. de Hoogh, Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW, *MvV* 2013/3, p. 64; B. Hoops, 'De schending van dwingend recht: de vier traptreden naar nietigheid', in: R.J.C. Flach e.a. (red), *Dwingend privaatrecht op maat*, Den Haag, Boom juridisch 2015, p. 48; P.W. den Hollander, De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad, *NTBR* 2013/4, §5 Een hink-stap-sprong met vier verplichte gezichtspunten, waar Den Hollander zich überhaupt afvraagt hoe de criteria zich tot elkaar verhouden.

<sup>305</sup> P.W. den Hollander, De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad, *NTBR* 2013/4, §6 Toepassing van de gezichtspunten in Esmilo/Mediq.

### 5.1.3 Varia

Nu een aantal dingen duidelijk is geworden, zijn twee dingen nog relevant voordat tot toepassing kan worden overgegaan. Allereerst het toetsmoment bij art. 3:40 BW. Het gaat allemaal om het moment van tot stand komen van de rechtshandeling.<sup>306</sup> Het gaat om de gedragingen en verklaringen, motieven en normschendingen van dat moment. Nu zijn de wettelijke normen waar het hier om gaat niet sterk aan verandering onderhevig, maar wel is het denkbaar dat de intenties van partijen na verloop van tijd veranderen. Voor de beoordeling op basis van art. 3:40 BW is dat niet relevant, evenmin of kwade intenties ook tot een kwaad resultaat hebben geleid.

Ten tweede moet het gaan om een rechtshandeling en dat doet de vraag reizen om welke rechtshandeling het bij de overdracht onder faillissementsvoorwaarde gaat. Is het de overdracht, het beding van overdracht onder faillissementsvoorwaarde, de hele onderliggende overeenkomst of eventueel alle rechtshandelingen die aan de constructie ten grondslag liggen? De overdracht op zichzelf lijkt mij in de hier aan de orde zijnde constructie geen rechtshandeling en is dus überhaupt niet vatbaar voor art. 3:40 BW.<sup>307</sup> Het meest voor de hand liggende doelwit is het faillissementsbeding, want dan wordt precies dat stukje van de overeenkomst gepakt waar het om te doen is. In dat geval kan de rest van de constructie of de hele onderliggende overeenkomst, die wellicht al jaren gefunctioneerd heeft, in stand blijven. Dat past bij een terughoudende toepassing van het nietigheidsleerstuk.<sup>308</sup> Alleen de opgeschorte of ontbindende voorwaarde werkt dan niet. Probleem is echter, dat het beding zelf ook geen rechtshandeling is. Dat zou opgelost kunnen worden door na vaststelling dat er op grond van art. 3:40 BW sprake is van strijd met de wet en/of goede zeden of openbare te opteren voor partiële nietigheid ex art. 3:41 BW.<sup>309</sup> Toepassing van art. 3:41 BW brengt echter nog wel wat haken en ogen met zich.

#### *Partiële nietigheid*

Vereist voor partiële nietigheid is dat de rechtshandeling (i.c. de overeenkomst), gelet op haar inhoud en strekking, niet in onverbreekelijk verband staat met het nietige insolventiebeding. Dat zal afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval of in de woorden van de Hoge Raad: 'uitleg van de

---

<sup>306</sup> J. Hijma in, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 2e; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 327 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 11 (bijgewerkt t/m 01-04-2017).

<sup>307</sup> Soms is overdracht in de wet een rechtsgevolg, soms is het wel een rechtshandeling als in wezen wordt bedoeld op levering als (rechts)handeling die een rechtsovergang moet bewerkstelligen. Zie daarover: Keirse en Beukers, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 lid 1, aant. 8 (online: bijgewerkt t/m 01-05-2010). Bij een overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde is overdracht het rechtsgevolg van het eerder voldoen aan de overdrachtsvereisten van art. 3:84 lid 1 BW in combinatie met het intreden van de voorwaarde. Bij een ontbindende voorwaarde speelt de vraag niet eens, omdat het rechtsgevolg van een ontbonden overdracht hetzelfde is als geen overdracht.

<sup>308</sup> Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 314 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 249. HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, r.o. 3.6.2, *NJ* 2016/90 (Snippers q.q./Rabobank); HR 17 februari 2006, r.o. 4.7, *NJ* 2006/378 (Royal c.s./Universal Pictures).

<sup>309</sup> A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en Nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 288; Zie ook De Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:41 BW, aant. 11.4 (online: bijgewerkt t/m 01-11-2017).

rechtshandeling'.<sup>310</sup> De Hoge Raad kiest daarmee voor de objectiverende benadering,<sup>311</sup> waarbij van belang zijn: "de aard, inhoud en strekking van de rechtshandeling, de mate waarin de onderscheiden onderdelen met elkaar verband houden, en hetgeen partijen met de rechtshandeling hebben beoogd. In het licht daarvan dient de rechter te beoordelen of, mede gelet op de overige omstandigheden van het geval en de belangen van alle betrokken partijen, voor gedeeltelijke instandhouding van de rechtshandeling al dan niet voldoende rechtvaardiging bestaat."<sup>312</sup> Volgens Hijma komen daarnaast ook nog gewicht toe aan de aard, inhoud en strekking van de geschonden regel.<sup>313</sup> Dat alles toegepast op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde leidt dat tot het volgende:

Wanneer het faillissementsbeding is opgenomen als extraatje of bonus voor de wederpartij, omdat de latere failliet er zelf (als rechtspersoon) op het moment van werken toch geen last van heeft, dan zal er geen sprake zijn van een onverbreeklijk verband. Instandhouding van de overeenkomst is dan gerechtvaardigd, tenzij de rechtsregel die (al dan niet) wordt geschonden algehele nietigheid eist omwille van belangen van algemene aard. Zorgt het beding voor evenwicht in de overeenkomst omdat de wederpartij in dat geval bereid is om gedurende de looptijd van de overeenkomst bijvoorbeeld een hogere gebruiksvergoeding te betalen dan zit partiële nietigheid er niet zomaar in. Het vernietigen van de insolventievoorwaarde betekent dan dat de overeenkomst uit balans raakt. Op basis van wat partijen hebben afgesproken is dat niet beoogd en derhalve lijkt instandhouding van de rechtshandeling voor het overige niet zonder meer gerechtvaardigd. Er dienen zich dan twee alternatieven aan.

Enerzijds zou nietigheid achterwege kunnen blijven, maar zou de werking van de faillissementsvoorwaarde kunnen worden beperkt met een beroep op de redelijkheid en billijkheid.<sup>314</sup> Anderzijds zou in het arrest Welgelegen C.S./Industriebonden een grond voor partiële nietigheid kunnen worden gevonden gebaseerd op art. 3:40 BW.<sup>315</sup> Het ging in dat geval om een winstuitkering die gekoppeld was aan een ongeoorloofde ontbindende voorwaarde van niet-staking.<sup>316</sup> Zou het beding in stand blijven, dan zouden werknemers geen recht hebben op de uitkering, want er had wel een staking plaatsgevonden. Zou het worden vernietigd dan zou evenmin een uitkering volgen, want de rechtsgrond daarvoor was dan juist vervallen. De Hoge Raad besloot op basis van de gedachte die tot uitdrukking komt in art. 3:40 lid 2 BW, waardoor er in casu sprake was van vernietigbaarheid indien werknemers daar een beroep op deden, dit niet het gevolg mocht hebben dat er dan ook geen uitkering verschuldigd zou zijn.<sup>317</sup>

---

<sup>310</sup> HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.7.3, *NJ* 2014/347 m.nt. M.R. Mok en m.nt J. Hijma (BP/Benschop).

<sup>311</sup> J. Hijma, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347, nr. 8. Het objectieve criterium staat tegenover het subjectieve criterium waarbij vooral werd gekeken naar wat partijen gedaan zouden hebben indien het beding geen deel van de rechtshandeling zou uitmaken. Zie daarover J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 262 e.v.

<sup>312</sup> HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.7.3, *NJ* 2014/347 m.nt. M.R. Mok en J. Hijma (BP/Benschop).

<sup>313</sup> J. Hijma, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347, nr. 10.

<sup>314</sup> Daarover meer in §5.3.

<sup>315</sup> HR 24 september 1999, *NJ* 1999/737, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden).

<sup>316</sup> Strijdig met art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest.

<sup>317</sup> HR 24 september 1999, r.o. 3.4, *NJ* 1999/737, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden).

Ter discussie staat of de Hoge Raad niet toch, zij het impliciet, art. 3:41 BW heeft toegepast.<sup>318</sup> Het arrest past immers niet goed in het systeem van de wet.<sup>319</sup> De Loos-Wijker suggereert dat de Hoge Raad zich destijds misschien nog niet heeft willen uitspreken in hoeverre objectiviteit bij een toetsing van het onverbrekkelijk verband een rol speelt of met deze beslissing getracht heeft om een lacune in de wet op te vullen.<sup>320</sup> Immers, zoals ook Van Schaick en Hijma concludeerden zijn bepaalde ontbindende voorwaardes denkbaar (en komen ook voor in de praktijk) die in geval dat partiële nietigheid gewenst is, leiden tot algehele nietigheid op grond van een onverbrekkelijk verband.<sup>321</sup> Het gevolg is dat er dan in sommige gevallen van strijd met de wet, goede zeden en/of openbare orde geen bevredigend resultaat voorhanden is en de rechter zal moeten terugrijpen naar de redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid.<sup>322</sup> Gezien de woorden van de Hoge Raad lijkt het erop dat een uitweg is gezocht door partiële nietigheid op art. 3:40 BW te baseren en de eisen van art. 3:41 BW te ontlopen.<sup>323</sup> Sindsdien heeft de Hoge Raad dat standpunt echter nooit meer ingenomen. Los van het arbeidsrechtelijke perspectief wordt het arrest om een andere reden aangehaald: dat een beding met een ongeoorloofde voorwaarde in het kader van de nietigheidsvraag in zijn geheel moet worden beoordeeld, maar wel partieel nietig kan zijn ex art. 3:41 BW.<sup>324</sup> Toepassing van dit arrest bij de overdracht onder faillissementsvoorwaarde in geval van een evenwichtige overeenkomst lijkt mij daarom discutabel.

## 5.2 Toepassing

### 5.2.1 Vijf scenario's en de bedrijfseconomische context

Wetende hoe art. 3:40 en 3:41 BW werken is het tijd geworden voor toepassing op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde, daarvoor zijn vijf mogelijke scenario's van belang die allemaal kunnen spelen in dezelfde context. Steeds gaat het erom dat er twee partijen zijn, waarbij de ene partij de zaak gebruikt, een goed leaset of een IE-recht hanteert door middel van een licentie en de andere partij eigenaar of rechthebbende is. De faillissementsvoorwaarde werkt steeds bij het faillissement van de rechthebbende. In dat geval valt het IE-recht, goed of zaak uit het vermogen van de failliet en komt het in dat van de gebruiker. Tegen die achtergrond schets ik vijf scenario's. Ten eerste het scenario (1) dat er bij een overdracht onder opschortende voorwaarde minder dan de reële waarde van het goed wordt betaald. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat wordt betaald in faillissement, omdat voor het intreden van de voorwaarde verkrijging van het goed onzeker is en het dus ook niet voor de hand ligt om er eerder voor te

---

<sup>318</sup> De Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:41 BW, aant. 11.5 (online: bijgewerkt t/m 01-11-2017).

<sup>319</sup> A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en Nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 288; Zie ook De Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:41 BW, aant. 11.4 en 11.5 (online: bijgewerkt t/m 01-11-2017).

<sup>320</sup> De Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:41 BW, aant. 11.5 (online: bijgewerkt t/m 01-11-2017).

<sup>321</sup> J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 264 e.v.; A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en Nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 285 e.v.

<sup>322</sup> A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en Nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 288-289.

<sup>323</sup> Hoge Raad van 24 september 1999, r.o. 3.4, *NJ* 1999/737, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden): (...)“dat hier overeenkomstig de gedachte die tot uitdrukking komt in art. 3:40 lid 2, sprake is van vernietigbaarheid uitsluitend ingeval een beroep van de werknemers en dat, wanneer van de zijde van de werknemers op deze grond voor vernietiging een beroep wordt gedaan ingeval een staking heeft plaatsgevonden, zulks niet tot het ongerijmde gevolg kan leiden dat, evenals wanneer de voorwaarde wèl als geoorloofd zou zijn aangemerkt, geen uitkering verschuldigd is.”

<sup>324</sup> Zie bijvoorbeeld de conclusie van de A-G L.A.D. Keus, ECLI:NL:PHR:2011:BQ1677, (concl. 2.8 en 2.9) en de annotatie van Verstappen (nr. 7) bij HR 17 juni 2011, *NJ* 2012/334, m.nt. L.C.A. Verstappen (Van Sundert/Gemeente Breda); J. Hijma in, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:40 BW, aant. 1a (online: bijgewerkt t/m 04-12-2017); Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 6.6.2 (online: bijgewerkt t/m 01-04-2017).

betalen.<sup>325</sup> Bovendien, als situatie 1 leidt tot nietigheid dan is daarmee gegeven dat indien betaling voor faillissement geschiedt nietigheid ook het geval zal zijn, omdat dan zowel te weinig wordt betaald als dat het risico bestaat dat de koopprijs op het moment van failleren zich niet meer in de boedel bevindt. Ten tweede het scenario (2) dat er bij een overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde niet geen reële prijs wordt betaald onder eenzelfde ontbindende voorwaarde. Dat brengt mee dat met het werken van de faillissementsvoorwaarde er zowel een goed uit de boedel valt als dat de ooit betaalde prijs, ongeacht hoe hoog die prijs was, niet meer terugkeert. Overigens is het te verwachten dat er in zo'n geval nagenoeg de marktwaarde van het goed wordt betaald, omdat de verkoper, onwetend of het ooit tot insolventie komt, geld voor zijn waar wil zien.<sup>326</sup> Ten derde het scenario (3) dat er voorafgaand aan het faillissement bijkomende voordelen aan de latere failliet zijn toegefallen die bij elkaar genomen gelijk zijn aan de waarde van het goed, waardoor er met de overgang van het goed op het moment van het intreden van het faillissement evenwicht ontstaat,<sup>327</sup> hoewel die waarde niet langer in de boedel aanwezig hoeft te zijn. Het is overigens de vraag hoe snel partijen dit scenario kiezen, want het blijft bij het overeenkomen van de voorwaarde de vraag of de voorwaarde ooit intreedt en dus of er ooit evenwicht ontstaat. Ten vierde een variant op het vorige scenario (4), waarbij de bijkomende voordelen bij elkaar genomen minder waarde vertegenwoordigen dan het goed heeft. Ten slotte nog de situatie (5) dat er een marktconforme prijs onder eenzelfde faillissementsvoorwaarde is overeengekomen. Deze laatste situatie leidt ertoe dat er geen sprake is van benadeling van schuldeisers en alleen het belang van een mogelijke doorstart van de failliete onderneming wordt geschaad. Aangezien met het arrest BaByXL is gegeven – en met Megapool is bevestigd – dat insolventieclausules zijn toegestaan laat ik deze laatste situatie hieronder verder onbesproken.<sup>328</sup> Bedacht dient te worden dat vooral situatie 1, 2 en 4 voor de failliet en de toekomstig rechthebbende aanlokkelijk kunnen zijn.<sup>329</sup>

### 5.2.2 Het fixatiebeginsel en Megapool

Het fixatiebeginsel is volgens de Hoge Raad het (hoofd)beginsel van ons faillissementsrecht: “dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij den boedel betrokkenen onveranderlijk wordt.”<sup>330</sup> Het ligt ten grondslag aan onder andere art. 20, 23, 24, 26, 33 en 35 Fw. De faillissementsrechtelijke fixatie leidt tot bevrozing van de activa, wat betekent dat de schuldenaar niet meer over zijn vermogen kan beschikken en schuldeisers er geen verhaal meer op kunnen uitoefenen, tenzij de handelingen niet ten nadele van de boedel zijn.<sup>331</sup> Ook de passiva worden gefixeerd, wat meebrengt dat er geen nieuwe vorderingen na faillissementsdatum op de failliet kunnen bijkomen, tenzij deze voortvloeien uit een reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser en geen uitbreiding opleveren

---

<sup>325</sup> §2.1

<sup>326</sup> §2.1

<sup>327</sup> §2.1 en §2.2.3.

<sup>328</sup> Zie HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.2, 3.4.3, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL) en §2.2.2. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland). Tot dat oordeel kwam ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij Megapool: Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, concl. 2.3, bij HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>329</sup> Zie §2.1 voor een analyse met betrekking tot de bedrijfseconomische context en wanneer en in welke mate marktconforme betaling is te verwachten.

<sup>330</sup> HR 31 december 1909, W. 8957 (Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.; in vergelijkbare bewoordingen herhaalt: HR 17 februari 1995, r.o. 3.3.1 en 3.3.3, *NJ* 1996/471 (mr. Mulder q.q./CLBN).

<sup>331</sup> F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 43 e.v.

van de aanspraken die de schuldeiser op grond van die positie al had.<sup>332</sup> De fixatie moet een geordende afwikkeling van het faillissement mogelijk maken, waarbij de schuldeisers overeenkomstig hun rang en de hoogte van hun vordering worden voldaan.<sup>333</sup>

Dat de activa worden bevroren betekent niet dat het fixatiebeginsel een belemmering oplevert voor de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Het beding heeft goederenrechtelijke werking en leidt van rechtswege tot het ontbinden van de overdracht of, bij een opschortende voorwaarde, tot het werken van de overdracht.<sup>334</sup> Daar komt geen handeling van de schuldeiser of beschikkingsonbevoegde schuldenaar aan te pas. Van Zanten is dan ook van mening dat het fixatiebeginsel niet van toepassing is, zoals dat ook niet van toepassing is bij een eigendomsvoorbehoud.<sup>335</sup> Misschien heeft hij gelijk voor wat betreft de uitkomst, maar toch niet op grond van zijn argumentatie zo blijkt uit het Megapool-arrest.<sup>336</sup> Om dat duidelijk maken zal nu uitvoerig op dat arrest worden ingegaan.

### *Megapool*

Toen de onderneming Megapool nog draaide konden consumenten daar een aankoop doen en daarbij gebruik maken van een door Laser aangeboden kredietfaciliteit: de MegaCard.<sup>337</sup> Maakte iemand gebruik van deze kaart dan had diegene vervolgens zes maanden de tijd om de koopprijs te betalen. Ondertussen betaalde Laser direct na aankoop de koopprijs aan Megapool minus een transactionfee van 3,25%.<sup>338</sup> Lukte het de klant niet om binnen de tijd de koopprijs te voldoen dan leidde dit automatisch tot een lening bij Laser.<sup>339</sup> In zo'n geval werd Laser Megapool een uitlooppromissie verschuldigd, omdat de lening een renteopbrengst meebracht. Het recht op deze promissie verviel wanneer het contract tussen Megapool en Laser werd beëindigd. Art. 10.2 van de overeenkomst gaf een beëindigingsbevoegdheid indien een van de partijen faillissement of surseance had aangevraagd, in staat van faillissement was verklaard, buiten faillissement een akkoord had aangeboden aan zijn schuldeisers of tekortschoot in de nakoming van de overeenkomst en deze tekortkoming niet na sommatie heelde.<sup>340</sup> Op 5 april sloeg het noodlot toe en vroeg Megapool surseance aan. Laser beëindigde dezelfde dag nog het contract met verval van het vorderingsrecht tot gevolg. Op 8 april 2004 werd Megapool failliet verklaard. Curatoren konden zich niet vinden in het verlies van de uitlooppromissie. Het verval van de vordering was in hun ogen in strijd met de openbare orde of de goede zeden omdat het leidde tot onevenredige benadeling van schuldeisers. Om dezelfde redenen was het ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid.<sup>341</sup> De Hoge Raad begrijpt curatoren aldus dat zij zich op het standpunt stellen dat Megapool het recht op de uitlooppromissie heeft

---

<sup>332</sup> HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, r.o. 3.5.4, *NJ* 2018/290 (Credit Suisse Brazil (Bahamas)/mr. Jongepier q.q.)

<sup>333</sup> Zie ook J.M. van Anken, 'Fixatie in faillissement en vereffening', *WPNR* 2018/7213, p. 820.

<sup>334</sup> Zie voor meer details over het beding §1.1.

<sup>335</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 404.

<sup>336</sup> Van Zanten kon dat overigens niet weten, aangezien ten tijde van het afronden van zijn proefschrift de Hoge Raad nog niet had geoordeeld inzake Megapool.

<sup>337</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.1. (ii), *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>338</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.1. (iii), *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>339</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.1. (iii), *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>340</sup> Rb Amsterdam 22 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6531, *JOR* 2010/46.

<sup>341</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.2, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

verloren enkel en alleen door het in faillissement geraken van Megapool, terwijl Megapool daarvoor al had gepresteerd. Het gevolg is een onevenredige benadeling van schuldeisers.<sup>342</sup>

De Hoge Raad gaf aan dat als een beding inderdaad tot gevolg heeft dat louter door het in faillissement geraken een vordering verloren gaat, waarvoor de failliet al heeft gepresteerd, dit beding een onaanvaardbare inbreuk op art. 20 Fw (fixatiebeginsel) kan opleveren en derhalve nietig is, dan wel het beroep op zo'n beding onaanvaardbaar kan zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.<sup>343</sup> Helaas voor curatoren was de Hoge Raad, op basis van het feitelijk oordeel van het hof, van mening dat er van een dergelijk beding geen sprake was. Immers, het beding werkte niet alleen bij faillissement en er waren prestaties die Megapool nog had te verrichten maar wegens faillissement niet meer kon verrichten waardoor Laser schade lijdt.<sup>344</sup>

Wat betekent deze uitkomst nu voor het fixatiebeginsel enerzijds en de overdracht onder faillissementsvoorwaarde anderzijds? Sinds Megapool weten we dat het fixatiebeginsel niet alleen de boedel fixeert, zodat bepaald kan worden wat er toe behoort, maar ook iets kan zeggen over wat ertoe had moeten behoren.<sup>345</sup> Zodoende omvat het fixatiebeginsel ook de vraag of het wel is geoorloofd om een goed bij voorbaat uit de boedel te halen en leert het ons dat dat in sommige gevallen niet zo is. Aangezien een overdracht onder faillissementsvoorwaarde precies een goed bij voorbaat uit de boedel haalt is het fixatiebeginsel hier relevant en kan de argumentatie van Van Zanten dus niet kloppen.<sup>346</sup> Maar dat betekent nog niet dat een overdracht onder faillissementsvoorwaarde ook met het beginsel in strijd is. Uit Megapool blijkt namelijk dat in sommige gevallen het verval van een vordering is geoorloofd, terwijl dat in andere gevallen nietig is en/of een beroep op een vervalbeding mogelijk in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Wat betekent dat voor de overdracht onder faillissementsvoorwaarde?

#### *Minimumvereisten*

Om te zijn toegestaan moet een vervalbeding in ieder geval aan de door de Hoge Raad in Megapool gegeven minimumeisen voldoen. Vereist voor een werkend beding is in ieder geval of het verlies van de vordering bij ieder einde van de overeenkomst plaatsvindt of slechts bij faillissements(situaties).<sup>347</sup>

---

<sup>342</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.1, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland); Overigens, werkte het beding in werkelijkheid al bij de surseance, maar de Hoge Raad heeft het desalniettemin over faillissement.

<sup>343</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>344</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2-3.4.4, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>345</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland). Zie ook: F.M.J. Verstijlen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB* 2013/1930, §Inhoudelijke ingrijpen in de overeenkomst; J.J. van Hees, annotatie bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *JOR* 2013/193, nr. 8 (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>346</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 404. Opgemerkt moet worden dat zijn proefschrift van voor het einde van de Megapool-saga stamt.

<sup>347</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.4, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland). Instemmend dat dit een relevante omstandigheid is: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 398; F.M.J. Verstijlen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB* 2013/1930, §Inhoudelijke ingrijpen in de overeenkomst; F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 138.



Toegepast op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde: of het beding ook in andere gevallen, buiten faillissement, verlies van het goed bewerkstelligt. Bijvoorbeeld bij ieder einde van de overeenkomst, bij wanprestatie of bij bepaalde door rechthebbende veroorzaakte schade aan het gebruikte goed.

De tweede eis die de Hoge Raad stelt is of dat de vordering de tegenprestatie is van een reeds ontvangen prestatie of dat de failliet gedeeltelijk nog heeft te presteren. Tegenover de vervallen vordering van Megapool stonden prestaties die Megapool niet meer kon doen. Toegepast op een overdracht onder faillissementsvoorwaarde: staat er een prestatie die niet meer kan worden gedaan tegenover het goed wat verdwijnt?

*De vereisten nader onder de loep, geïnterpreteerd, aangevuld en bekritiseerd*

Op het eerste gezicht valt er wel wat voor deze minimumeisen te zeggen. Bij nader inzien zijn er echter onduidelijkheden, worden ze in de literatuur aangevuld of staan ze bloot aan kritiek. Wat de prestatie-eis betreft is het de vraag hoe deze begrepen moet worden. Dat wil zeggen de eis dat het niet de bedoeling is dat het recht op een prestatie (goed) vervalt, terwijl de tegenprestatie al is gedaan. Prima facie gaan de gedachten uit naar het quid-pro-quo-adagium. Als het 'voor wat' is gedaan dan kan het ongeoorloofd zijn om het 'hoort wat' te doen vervallen. Dezelfde quid-pro-quo-gedachte kwam ook naar voren in §2.1 en in het besproken arrest Belmont Park Investments.<sup>348</sup> Echter, nergens in het Megapool-arrest wordt duidelijk hoe de prestaties zich tot elkaar verhouden of moeten verhouden en die duidelijkheid werd door de Hoge Raad ook niet gezocht. Het was namelijk onbekend hoe groot de schade was die Laser had geleden en nog zou leiden. De hoogte van de uitlooppromissie bedroeg daarentegen volgens curatoren tenminste €2 miljoen.<sup>349</sup> Volgens curatoren zou voor de vraag of het vervalbeding in strijd is met de openbare orde daarom in ieder geval de omvang van de schade van Laser moeten worden vastgesteld.<sup>350</sup> Het hof ging daar niet in mee. Laser had voldoende aannemelijk gemaakt dat er schade was geleden (echter niet de omvang) en daarbij is het niet in strijd met de openbare orde als een partij schade lijdt, omdat zij (Megapool i.c.) als professionele partij onvoldoende voor de eigen belangen is opgekomen.<sup>351</sup> Dit oordeel leidde tot cassatieklachten, omdat, wat curatoren betrof, het hof ten onrechte de belangen van de crediteuren niet had meegenomen en de omvang van de schade in het midden had gelaten.<sup>352</sup> A-G Timmerman vond deze klacht gegrond, vooral om het belang van de crediteuren.<sup>353</sup> De Hoge Raad liet het arrest echter in stand. Laser had immers goede redenen voor het beding en het beding werkte niet alleen bij faillissement. Derhalve lijkt quid pro quo niet noodzakelijk aan de orde. Het gaat er om dát er een rechtvaardiging is voor het verlies van het goed, niet dat die rechtvaardiging dezelfde waarde

---

<sup>348</sup> Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38 §100, 130.

<sup>349</sup> Rb Amsterdam 22 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6531, r.o. 4.2.

<sup>350</sup> Zie r.o. 4.15.2 van het Gerechtshof Amsterdam opgenomen HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland). De uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam 13 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:2778, is niet gepubliceerd.

<sup>351</sup> Zie r.o. 4.15.3 van het Gerechtshof Amsterdam opgenomen in HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland). De uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam 13 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:2778, is niet gepubliceerd.

<sup>352</sup> Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, concl. 3.9, bij HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>353</sup> Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, concl. 3.10, bij HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

vertegenwoordigt als dat goed. Het blijft vooralsnog een open vraag wat deze minimumeis precies voor concrete gevolgen heeft.

Uit de andere minimumeis volgt dat een beding niet alleen moet werken bij faillissement. Dat is relevant, want als een goed alleen bij faillissement verloren gaat dan heeft het beding going concern dus geen betekenis.<sup>354</sup> Het dient er dan slechts toe om de wederpartij in faillissement een voordeel te geven. Als datzelfde goed in veel meer gevallen verloren gaat dan verkrijgt het beding wel een reële bedrijfseconomische betekenis, bovendien kan het wijzen op zakelijke, bona fide intenties van partijen. Toch moet de werking van het beding in faillissement apart worden gezet van de werking van het beding daarvoor. Voor faillissement is het de schuldenaar die lijdt onder het verlies van de vordering, terwijl het in faillissement zijn schuldeisers zijn die dat nadeel dragen. Ik zie daarom niet in waarom de redelijkheid van de situatie voor faillissement helend werkt voor de situatie in faillissement. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad deze minimumeis geeft.

Overigens moet worden opgemerkt dat de Hoge Raad in zijn arrest een kan-formulering gebruikt. Als een beding alleen ziet op faillissement dan kan dat leiden tot nietigheid.<sup>355</sup> Enerzijds is dat misschien gewoon des Hogen Raads, zodat er altijd ruimte blijft voor de omstandigheden van het geval. Anderzijds had het cassatiecollege zich steviger kunnen uitdrukken. Het is dus niet zeker of er situaties zijn waarin de minimumvereisten aan de kant worden gezet. Ook kan een beroep op een vervalbeding op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Specifieke omstandigheden wanneer dat het geval is zijn echter niet gegeven.

Wibier rept niet van kritiek en kan zich wel in de benadering van de Hoge Raad vinden.<sup>356</sup> Zijns inziens heeft de Hoge Raad een vergelijkbare benadering gekozen als het Engelse Supreme Court in *Belmont Park Investments*.<sup>357</sup> Als een vervalbeding te goeder trouw, op commercieel aanvaardbare gronden (of met goede reden) is overeengekomen en het beding ziet niet louter op faillissement dan is het in orde.<sup>358</sup> Als voorbeelden van goede redenen noemt hij betere contractvoorwaarden of gunstigere financieringsvoorwaarden.<sup>359</sup> Het lijkt er op dat Wibier de minimumeisen als uitvloeisel van de goede trouw en commercieel aanvaardbare motieven ziet. Zijn visie is dan een soort aanvulling op de redenering van de Hoge Raad. Veel duidelijker wordt het daarmee niet. Voor een onderneming is het vanuit commercieel oogpunt erg verstandig om een voordeel te bemachtigen, ook al hebben andere partijen daar last van. Dat het bemachtigen van zo'n voordeel ethisch-juridisch niet door de beugel kan, is vanuit commercieel perspectief niet zo relevant. Commerciële aanvaardbaarheid is derhalve geen onderscheidende eis. Ook de noodzaak van goede trouw levert weinig op. Ook al stelt Wibier dat partijen

---

<sup>354</sup> F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & Verstijlen (red.), *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 141.

<sup>355</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, *NJ* 2013/224, *JOR* 2013/193 m.nt. Van Hees, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>356</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, p. 625-632.

<sup>357</sup> *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc.* [2011] UKSC 38. Zie voor een bespreking van dit arrest §2.1.

<sup>358</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, p. 632.

<sup>359</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)', *WPNR* 2013/6985, p. 629, 632.

vaak heel goed weten of zij te goeder trouw zijn of niet.<sup>360</sup> Het blijft aan de buitenkant toch moeilijk vast te stellen of aan het handelen van partijen de goede trouw ten grondslag lag. Wordt gekeken naar de specifieke omstandigheden van het geval waarin de vereiste goede trouw zich uit, dan lijkt men toch weer uit te komen bij de minimumeisen die de Hoge Raad heeft gegeven en zijn we terug bij af.

Opgemerkt moet worden dat Wibiers aanvulling die ik hierboven heb bekritiseerd zijns inziens niet van toepassing is op een vervalbeding dat ziet op een zaak (in plaats van een vordering). Gaat het over een overdracht onder faillissementsvoorwaarde dan denkt Wibier heel anders over de materie. Deze kan bij hem geen genade vinden, want deze overdracht is paulianeus en in strijd met de goede zeden en/of openbare orde.<sup>361</sup>

Hoops kan zich vinden in de benadering van Wibier, behalve dat hij geen verschil maakt tussen het verval van een vordering en het verval van een zaak (door overdracht).<sup>362</sup> Hoe meer er een goede, commercieel aanvaardbare reden is voor de rechtshandeling, des te zwaarder weegt het te behartigen belang.<sup>363</sup> Zoals betoogd verschaft dit weinig verheldering. Hoops houdt het daar echter niet bij. Het belang van de goede reden moet namelijk goed worden afgewogen tegen de benadeling van schuldeisers die de rechtshandeling veroorzaakt. Daarnaast geeft hij met behulp van een iets andere woordkeus een ruimere toepasbaarheid aan de tweede minimumeis van de Hoge Raad: hoe meer het nadeel wat door de rechtshandeling wordt veroorzaakt een nadeel aan de kant van de wederpartij compenseert, hoe aanvaardbaarder die benadeling is.<sup>364</sup> Hoops merkt dit op in een artikel waarin hij het Megapool-arrest benadert vanuit het perspectief van benadeling van schuldeisers (en dus niet het fixatiebeginsel). Dat neemt niet weg dat hij het fixatiebeginsel van toepassing acht in die gevallen dat er bij een overdracht onder faillissementsvoorwaarde minder dan de reële waarde van het goed wordt betaald, bovendien kan zijn interpretatie van de tweede minimumeis van de Hoge Raad verhelderend werken. Een rechtshandeling waar er sprake is van een vervalbeding, betere financieringsvoorwaarden en kwade trouw niet bewezen kan worden, blijft op basis van de interpretatie van Wibier in stand. Door daarbij te kijken of de rechtshandeling wel een nadeel compenseert aan de kant van de wederpartij kan diezelfde rechtshandeling toch worden bestreden. Dat neemt niet weg dat ook bij de benadering van Hoops veel zal afhangen van de omstandigheden van het geval en er dus onzekerheid blijft bestaan,<sup>365</sup> maar meer duidelijkheid is op basis van Megapool misschien ook niet te geven.<sup>366</sup>

---

<sup>360</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland),' *WPNR* 2013/6985, p. 632.

<sup>361</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland),' *WPNR* 2013/6985, p. 629, 632; W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!,' *WPNR* 2011/6884, p. 380-382.

<sup>362</sup> B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?,' *WPNR* 2014/7032, p. 886.

<sup>363</sup> B. Hoops, 'Het verbod van opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als sub-norm van de goede zeden,' *WPNR* 2015/7063, p. 447.

<sup>364</sup> B. Hoops, 'Het verbod van opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als sub-norm van de goede zeden,' *WPNR* 2015/7063, p. 447.

<sup>365</sup> Hoops geeft dat zelf ook aan: B. Hoops, 'Het verbod van opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als sub-norm van de goede zeden,' *WPNR* 2015/7063, p. 447.

<sup>366</sup> De Hoge Raad geeft zelfs aan dat als het beding een prestatie doet vervallen terwijl de tegenprestatie al is gedaan nietigheid/redelijkheid & billijkheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval: HR 12 april 2013,

Verscheidene auteurs zijn kritischer op de Megapool-uitspraak dan Wibier en Hoops en zouden graag hogere minimumvereisten zien. Van Hees vindt de benadering van de Hoge Raad te abstract. Als de wederpartij geen nadeel lijdt van het faillissement dan vindt hij het verlies van een vordering onbillijk, ook als er andere beëindigingsgronden waren opgenomen.<sup>367</sup> Verstijlen stelt ook dat het faillissement als zodanig geen schade hoeft te veroorzaken en vindt het bovendien onoorbaar dat een wederpartij een faillissement aangrijpt om zich van een prestatieplicht te ontdoen.<sup>368</sup> Helemaal als daarmee een doorstart wordt bemoeilijkt. Daarnaast verbaast hij zich over het feit dat de nietigheid afhankelijk wordt gemaakt van de context en omstandigheden van het geval.<sup>369</sup> Kennelijk ziet de Hoge Raad ruimte om een beding dat alleen ziet op faillissement, waardoor een prestatieplicht komt te vervallen en waarvoor al is gepresteerd, toch in stand te laten.

Hoe de kritiek of aanvullingen ook luiden, zolang er geen arrest is waar een beëindigingsclausule een rol speelt, blijft de vraag of de Hoge Raad zich er iets van aantrekt en tot een strengere, andere of concretere beoordeling van beëindigingsclausules komt. Ook blijft de vraag open of een vervalbeding dat leidt tot het verlies van een zaak door overdracht, hetzelfde wordt behandeld als een vervalbeding wat het verlies van een vordering bewerkstelligt. Mijns inziens is er geen rechtvaardiging om op basis van technisch-juridische eigenschappen een vergelijkbaar beding, met een vergelijkbaar eindresultaat anders te behandelen.

#### *Toepassing op de scenario's*

Nu Megapool is besproken en bekritiseerd is het tijd om de regels uit het arrest toe te passen op de geschetste scenario's uit §5.2.1. Daarbij moet bedacht worden dat deze plaatsvinden in de context van het faillissement van de rechthebbende niet-gebruiker. In dat geval valt het IE-recht, goed of zaak uit het vermogen van de failliet en komt het in dat van de gebruiker. Voor alle scenario's geldt dat ze zien op het bieden van een bepaalde vergoeding op één moment of bepaalde momenten en niet op de vraag of de ontbindende of opschortende voorwaarde ook in andere gevallen dan faillissement werkt. Voor dit gedeelte ga ik er telkens van uit dat de voorwaarde werkt in meer gevallen dan alleen bij faillissement. Weliswaar is de regel die de Hoge Raad geeft niet absoluut, maar op zijn minst loopt iedere voorwaarde die louter op faillissement ziet en waar minder dan de reële waarde van het goed wordt betaald het risico om nietig verklaard te worden.

Ten eerste het geval dat er bij een overdracht onder opschortende voorwaarde minder dan de reële waarde van het goed wordt betaald op het moment dat de overdrachtsvoorwaarde intreedt. Zonder bijkomende omstandigheden lijkt dit scenario problematisch. Het goed wat vervalt blijft in beginsel, ook in faillissement, gewoon beschikbaar voor de wederpartij. Dat betekent dat er geen prestatie is die de failliet niet meer kan leveren of er nadeel is wat de wederpartij lijdt. De overdracht tegen minder dan de reële waarde leidt slechts tot voordeel bij de wederpartij en nadeel bij de gezamenlijke schuldeisers. Pas als de omstandigheden zo zijn, dat er wel nadelen met de constructie worden ondervangen zou iets anders

---

ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, *NJ* 2013/224, *JOR* 2013/193, m.nt. Van Hees, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>367</sup> J.J. van Hees, annotatie bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *JOR* 2013/193, nr. 6-7 (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>368</sup> F.M.J. Verstijlen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB* 2013/1930, §Inhoudelijke ingrijpen in de overeenkomst.

<sup>369</sup> F.M.J. Verstijlen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB* 2013/1930, §Inhoudelijke ingrijpen in de overeenkomst.

kunnen worden geconcludeerd. De Hoge Raad heeft zich in Megapool niet bekommerd om de verhouding tussen de schade van Laser ten opzichte van de schade voor de gezamenlijke schuldeisers. Dat brengt mee dat als er wel nadeel is aan de zijde van de wederpartij een vergoeding van minder dan de reële waarde in orde kan zijn. Sterker, in Megapool werd de uitlooppromissie niet verminderd (in uitkomst vergelijkbaar met een koopsom van minder dan de reële waarde), maar ging de hele promissie verloren.

Ten tweede het scenario dat er bij een ontbindende voorwaarde niet onder eenzelfde faillissementsvoorwaarde een reële prijs wordt betaald, waardoor op het moment van faileren de boedel dubbel is benadeeld. Er lijkt mij geen twijfel te bestaan dat in dit geval de ontbindende voorwaarde nietig zal zijn op grond van het fixatiebeginsel. Immers, iedere rechtvaardiging ontbreekt.

Ten derde de situatie dat er voorafgaand aan het faillissement bijkomende voordelen aan de latere failliet zijn toegevallen die bij elkaar genomen gelijk zijn aan de waarde van het goed, waardoor er met de overgang van het goed op het moment van het intreden van het faillissement evenwicht ontstaat.<sup>370</sup> Het lijkt mij dat dit met Megapool in het achterhoofd geen probleem oplevert. Het nadeel voor de gezamenlijke schuldeisers is namelijk gecompenseerd. Uiteraard kan de vergoeding voor het goed zich inmiddels niet meer (geheel) in de boedel bevinden en dat is nadelig voor de schuldeisers, maar in Megapool zag het er voor de gezamenlijke schuldeisers niet beter uit. Bovendien, in geval van een eigendomsvoorbehoud waarbij de laatste termijn van de koopsom in faillissement wordt voldaan is het ook niet relevant of de koopsom voor het overige nog in de boedel aanwezig is.

Het laatste en vierde scenario is hetzelfde als het derde, behalve dat de verstrekte bijkomende voordelen bij elkaar minder waarde vertegenwoordigen dan het goed heeft. In principe geldt hier een combinatie van de gedachtes bij de scenario's 1 en 3. De verstrekte voordelen kunnen als afdoende rechtvaardiging dienen, indien er bijkomende omstandigheden zijn waaruit blijkt dat het nadeel voor de gezamenlijke schuldeisers een nadeel voor de wederpartij moet helen.

Bij alle vier de scenario's is het nog wel de vraag hoe het zit met partiële nietigheid en een eventueel onverbreekelijk verband. In scenario 1 en 2 lijkt er geen sprake te zijn van een onverbreekelijk verband en is partiële nietigheid een optie. In scenario 4 is dat anders, omdat er een overduidelijk verband is tussen de voordelen die aan de latere failliet zijn toegevallen en de overdrachtsvoorwaarde. Een beroep op Welgelegen C.S./Industriebonden<sup>371</sup> kan mogelijk uitkomst bieden, maar zoals eerder betoogd is het de vraag of de Hoge Raad die mogelijkheid inderdaad met dat arrest heeft willen geven.<sup>372</sup> Als een creatieve omgang met dit leerstuk niet wordt toegepast<sup>373</sup> biedt wellicht de redelijkheid en billijkheid nog uitkomst.<sup>374</sup>

Alles bij elkaar genomen lijkt het erop dat met de interpretatie die in Megapool aan het fixatiebeginsel is gegeven, het beginsel een onoverkomelijke drempel kan opwerpen voor de overdracht

---

<sup>370</sup> Zie ook voor een uitgebreide bespreking van deze situatie §2.1.

<sup>371</sup> HR 24 september 1999, *NJ* 1999/737, r.o. 3.4, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden).

<sup>372</sup> Zie §5.1.3 voor wat betreft partiële nietigheid.

<sup>373</sup> Dit lijkt het geval in het in §5.1.3 besproken arrest HR 24 september 1999, *NJ* 1999/737, r.o. 3.4, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden).

<sup>374</sup> Uit BaByXL en Megapool blijkt dat een beroep op een insolventievoorwaarde kan worden gestuit door middel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie: HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, *NJ* 2005/406, r.o. 3.4.2, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

onder faillissementsvoorwaarde. Ik ben het wat dat betreft eens met Wibier en Hoops.<sup>375</sup> Bepaalde onzekerheid blijft echter wel bestaan. Allereerst omdat de Hoge Raad een kan-formulering gebruikt. Ten tweede omdat nietigheid, ook indien niet aan de eisen wordt voldaan, toch afhankelijk wordt gemaakt van de omstandigheden van het geval. Ten slotte, omdat het niet zeker is hoe de Hoge Raad oordeelt wanneer er sprake is van een onverbreekelijk verband en partiële nietigheid op grond van art. 3:41 BW geen optie is.

#### *Incorporatie van het fixatiebeginsel in art. 3:40 BW*

Een vraag die helemaal is blijven liggen is hoe het fixatiebeginsel/art. 20 Fw aan de kapstok van art. 3:40 BW kan worden opgehangen. De Hoge Raad rept daar ook niet over. Er worden slechts twee 'minimumvereisten' gegeven. Worden die niet gehaald dan lijkt nietigheid de logische uitkomst. De vraag of art. 3:40 lid 1 of lid 2 BW aan de orde is, wordt dus overgeslagen. De meeste auteurs gaan ervan uit dat het gaat om lid 1.<sup>376</sup> Van Hees denkt dat de Hoge Raad lid 2 heeft toegepast.<sup>377</sup> De Hoge Raad heeft het inderdaad over nietigheid in verband met strijd met art. 20 Fw, terwijl over de goede zeden of openbare orde niets wordt vermeld. Aan de andere kant kan nietigheid in strijd met de wet ook via lid 1 worden gerealiseerd, al gaat het dan uiteindelijk wel om de vraag of strijd met de wet ook strijd met de goede zeden of openbare orde meebrengt. Uit de formulering 'onaanvaardbare inbreuk' zou wel een keuze voor 3:40 lid 1 BW gehaald kunnen worden, omdat dit suggereert dat er ook een aanvaardbare inbreuk mogelijk is.<sup>378</sup> Zo gedacht zou lid 2 niet aan de orde kunnen zijn, omdat in geval van strijd met de wet onder de reikwijdte van lid 2 de vervolgvraag niet is of die aanvaardbaar is, maar of de geschonden bepaling de strekking heeft de rechtshandeling aan te tasten. Die kant ging de Hoge Raad niet op. Echter, net zo goed kan worden gesteld dat dan te veel gewicht wordt gehangen aan het woordje *onaanvaardbare*. Het arrest geeft mijns inziens dus geen uitsluitel. Het komt mij echter voor dat in art. 20 Fw niets kan worden gevonden dat het *sluiten* van een overeenkomst bestrijdt waarmee de fixatie geweld wordt aangedaan. Op basis van de wet is strijd met art. 20 Fw dus een kwestie van een verboden inhoud of strekking. Ik sluit derhalve aan bij de auteurs die lid 1 van toepassing achten.

Dat zou ons brengen bij de vier criteria uit Esmilo/Mediq die dan moeten worden toegepast.<sup>379</sup> Met het Megapool-arrest in de hand zijn deze criteria echter niet meer relevant. De Hoge Raad heeft al duidelijk gemaakt dat schending van de regel kan leiden tot nietigheid of toepassing van de beperkende

---

<sup>375</sup> R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland), p. 629, 632; B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 227.

<sup>376</sup> Zie o.a. F.M.J. Verstijnen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB* 2013/1930, §Inhoudelijke ingrijpen in de overeenkomst; R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland), p. 629, 632; B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 227 en B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 442-448.

<sup>377</sup> J.J. van Hees, annotatie bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, *JOR* 2013/193, nr. 5 (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>378</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 447.

<sup>379</sup> HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, r.o. 4.4, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Esmilo/Mediq). Zie ook het slot van §5.1.2.

werking van de redelijkheid en billijkheid. De vraag die steeds opdoemt is dus niet of schending van art. 20 Fw leidt tot nietigheid, maar of art. 20 Fw wel is geschonden? Toepassing van de ratio uit Megapool leidde in de meeste scenario's tot een schending van de regel. Het is de vraag hoe dat zit bij benadeling van schuldeisers

### 5.2.3 Benadeling van schuldeisers en Boekhold/Haveman

Als het fixatiebeginsel wordt geschonden dan zal er doorgaans ook sprake zijn van benadeling van schuldeisers. Als een goed op het moment van failleren uit de boedel verdwijnt dan is er minder te verdelen voor de schuldeisers als daar te weinig voor terugkomt of de koopsom reeds is verbruikt. Is er in dergelijke gevallen ruimte om de benadeling te bestrijden op grond van strijd met goede zeden in verband met (de strekking tot) benadeling van schuldeisers?

De wetgever heeft in beginsel de (faillissements)pauliana gegeven als middel om moedwillige (bewuste) benadeling van schuldeisers te bestrijden en dat is erkend in de rechtspraak.<sup>380</sup> Dat geeft zo zijn beperkingen. In hoofdstuk 4 bleek dat op basis van de wettekst, de oorspronkelijke wetsgeschiedenis en een ruime uitleg van bepaalde richtinggevendende jurisprudentie toepassing van de faillissementspauliana op de overdracht onder faillissementsvoorwaarde mogelijk zou moeten zijn.<sup>381</sup> Tegelijkertijd werd geconstateerd dat op basis van de huidige uitleg van de faillissementspauliana in de jurisprudentie en de moderne wetsgeschiedenis toepassing er waarschijnlijk niet in zit zolang er bij het verrichten van de rechtshandeling geen zicht was op het naderende faillissement.<sup>382</sup> Dat betekent dat niet iedere rechtshandeling die leidt tot benadeling van schuldeisers of wordt verricht met het oog op benadeling van schuldeisers valt onder het bereik van de (faillissements)pauliana.

Tot voor kort werd gedacht dat er buiten de pauliana weinig ruimte was om benadeling van schuldeisers te bestrijden.<sup>383</sup> Die gedachte was onder andere gestoeld op het arrest Van Dooren q.q./ABN Amro I. Daar werd getracht in een situatie waar niet aan één van de twee restrictieve mogelijkheden van art. 47 Fw werd voldaan toch de verplichte hypotheekvestiging nietig te verklaren. Curatoren deden dat door te bepleiten om in art. 47-situaties – wanneer dus sprake is van een verplichte rechtshandeling – in gevallen kort voor faillissement eenzelfde maatstaf te hanteren als bij aantasting op grond van art. 54 Fw. Dat zou meebrengen dat in zo'n geval de verplichte rechtshandeling vernietigd wordt omdat de schuldeiser niet te goeder trouw was.<sup>384</sup> Hof en Hoge Raad gingen daar niet in mee op basis van de wetsgeschiedenis van het stelsel van art. 42-51 Fw.<sup>385</sup> Bovendien werd geoordeeld dat als een rechtshandeling niet kan worden vernietigd op grond van art. 42 of 47 Fw er slechts onder bijzondere

---

<sup>380</sup> Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, p. 433 en 439; HR 13 maart 1959 (Van Vliet/Amsterdamsche Bank), NJ 1959/579, m.nt. L.E.H.R.; HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234, r.o. 3.5.2 en 3.6, NJ 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro). Zie ook B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', WPNR 2015/7063, p. 442.

<sup>381</sup> Zie §4.3.1 §4.3.2 §4.3.3 en §4.4.

<sup>382</sup> Zie §4.3.4 en §4.4.

<sup>383</sup> De Loos-Wijker, in: *GS Vermogensrecht*, titel 2 Boek 3 BW, aant. 8.3.3 (online: bijgewerkt t/m 01-03-2016); F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2006, p. 131.

<sup>384</sup> HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234, r.o. 3.5.1, NJ 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro).

<sup>385</sup> HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234, r.o. 3.5.2, NJ 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro).

omstandigheden ruimte is om de rechtshandeling onrechtmatig te achten, omdat in de genoemde artikelen mede regels besloten liggen in wat vóór faillissement is geoorloofd.<sup>386</sup> Oftewel, als een beroep op de pauliananormen niet slaagt, omdat (net) niet aan de vereisten wordt voldaan, ligt het niet voor de hand om een vergelijkbaar resultaat te behalen met een beroep op een ander leerstuk – laat staan een verderstrekking tot resultaat, zoals het geval bij art. 3:40 lid 1 BW dat leidt tot nietigheid in plaats van vernietigbaarheid zoals bij de (faillissements)pauliana. Een overdracht onder faillissementsvoorwaarde kan dan niet op grond van benadeling van schuldeisers worden bestreden.

#### *Boekhold/Haveman*

Met Boekhold/Haveman lijkt echter duidelijk te worden dat er meer ruimte buiten art. 42 en 47 Fw ligt dan men dacht.<sup>387</sup> En lijkt er wel ruimte te zijn om de overdracht onder faillissementsvoorwaarde te tackelen als de faillissementspauliana geen soelaas biedt. De casus heeft een hoog soapgehalte.<sup>388</sup> Boekhold leende zijn bestaande en toekomstige liquide middelen uit aan zijn vrouw om het buiten bereik van zijn schuldeisers te brengen, wat bleek uit de considerans van de overeenkomst. De lening werd gedaan onder de opschortende voorwaarde dat de vrouw haar huidige en toekomstige vorderingen zou verpanden ten behoeve van Boekhold, zoals eveneens vermeldt in de overeenkomst. Het huwelijk bleek de tand des tijds niet te doorstaan. Boekhold wilde zijn geld terug en zijn ex werd ook tot betaling veroordeeld (zij het voor een aanzienlijk lager bedrag dan Boekhold vorderde). Het geld was echter door haar op een bankrekening gezet die haar vader (Haveman) op eigen naam ten behoeve van zijn dochter had geopend. Boekhold eiste vervolgens betaling van Haveman ex art. 3:246 BW, op basis van het pandrecht dat hij meende te hebben op de vordering die dochter had op haar vader.<sup>389</sup> De vordering van Boekhold werd afgewezen en in hoger beroep werd het vonnis bekrachtigd. Boekhold had namelijk helemaal geen pandrecht, want de overeenkomst waarop dat pandrecht werd gebaseerd was nietig, omdat deze overeenkomst strekte tot benadeling van schuldeisers en derhalve in strijd was met de goede zeden.<sup>390</sup> Volgens het Hof maakte het voor een overeenkomst met zo'n ongeoorloofde strekking niet uit dat er in werkelijkheid, zoals Boekhold stelde, geen schuldeisers zijn benadeeld.<sup>391</sup> Boekhold komt in cassatie op tegen onder andere dat laatste oordeel. Tevergeefs zo blijkt. Nadelige gevolgen zoals bij paulianus of onrechtmatig handelen zijn niet nodig, een onzedelijke strekking is voldoende voor nietigheid.<sup>392</sup>

#### *Reikwijdte van het arrest*

Met deze laatste zin lijkt het volgens sommigen dat de Hoge Raad terugkomt op zijn oordelen uit onder andere Van Dooren q.q./ABN Amro I, Van Vliet/Amsterdamsche Bank en de wil van de wetgever. Een

---

<sup>386</sup> HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234, r.o. 3.6, *NJ* 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro).

<sup>387</sup> Kortmann lijkt niet van gedachten veranderd in zijn annotatie bij Boekhold/Haveman: HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *JOR* 2015/60, nr. 3-6. Terughoudend over het belang van Boekhold/Haveman is Tjong Tjin Tai in zijn annotatie bij hetzelfde arrest, *NJ* 2015/290, nr. 2.

<sup>388</sup> Zie voor uitgebreide omschrijving HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, r.o. 3.1, *NJ* 2015/290, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Boekhold/Haveman).

<sup>389</sup> Kortmann merkt terecht op dat de gekozen procedure nogal opmerkelijk is, maar dat wordt hier verder niet behandeld. Zie S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *JOR* 2015/60, nr. 7 (Boekhold/Haveman).

<sup>390</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7202, r.o. 6.6 en 6.8.

<sup>391</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7202, r.o. 6.7.

<sup>392</sup> HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, r.o. 3.3.2, *NJ* 2015/290, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Boekhold/Haveman).



overdracht onder faillissementsvoorwaarde waarbij de schuldeisers worden benadeeld kan dan worden bestreden ook als de faillissementspauliana niet beschikbaar is. Echter, moet het arrest inderdaad zo worden begrepen? Meerdere lezingen zijn mogelijk. Kortmann ging aanvankelijk uit van een revolutionair arrest, maar komt uiteindelijk tot een tegenovergestelde conclusie.<sup>393</sup> Hij betoogt dat het cassatiemiddel ook zo gelezen kan worden dat het stelt dat nietigheid slechts mag worden aangenomen als ten tijde van het aangaan van de overeenkomst vaststaat dat crediteuren worden benadeeld. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat die stelling niet juist is. Kortmann komt onder andere tot deze tournure omdat de Hoge Raad niet verwijst naar Van Vliet/Amsterdamsche Bank.<sup>394</sup> In dit oude arrest komt de Hoge Raad tot een vergelijkbare conclusie als in Van Dooren q.q./ABN Amro I. De curator achtte een overdracht tot zekerheid, tezamen met het zich verbinden tot in de toekomst te verwerven zaken te gaan houden voor verkrijger in strijd met de wet, goede zeden of openbare orde, omdat ten tijde van de rechtshandeling de vervreemder geen noemenswaardig ander vermogen bezat. De Hoge Raad ging daar niet in mee. De (faillissements)pauliana-regeling gaat uit van een geldige rechtshandeling, maar geeft benadeelde schuldeisers, via de pauliana, de mogelijkheid dat de rechtshandeling te hunnen aanzien zonder gevolg blijft, oftewel relatieve nietigheid van de rechtshandeling. Daaruit volgt dat er in dat soort gevallen dus geen ruimte is voor een beroep op art. 3:40 BW, want dat leidt tot absolute nietigheid. Kortmann ziet overigens wel enige ruimte voor nietigheid op grond van de goede zeden als een overeenkomst louter de strekking heeft van benadeling van schuldeisers, maar het wordt niet duidelijk of hij dat al vond of grond voor deze opvatting vindt in het door hem geannoteerde arrest.<sup>395</sup> Het lijkt er op dat wat hem betreft de uitspraak Boekhold/Haveman geen of slechts een kleine wijziging heeft gebracht in de wereld van de (faillissements)pauliana en art. 3:40 lid 1 BW.

Kortmanns argumentatie wordt bestreden door Hoops en Tjong Tjin Tai. Volgens Hoops heeft de Hoge Raad duidelijkheid gegeven over een sub-norm van de goede zeden.<sup>396</sup> Een rechtshandeling die strekt tot benadeling van schuldeisers kan op grond van de goede zeden worden bestreden. Dat is wel een wijziging of aanvulling of verduidelijking van de (faillissements)pauliana en art. 3:40 lid 1 BW. Zijns inziens is het wel zaak om bij de toepassing van art. 3:40 lid 1 BW de sub-norm in te kleuren met de pauliana eisen. Zo wordt dicht bij de wil van de wetgever gebleven om benadeling van schuldeisers te bestrijden met behulp van de (faillissements)pauliana. Zo wordt ook strijd met een uitspraak als Van Vliet/Amsterdamsche Bank voorkomen en dat correspondeert met het arrest Van Dooren q.q./ABN Amro I.<sup>397</sup> Tjong Tjin Tai ziet ook weinig in Kortmanns verwijzing naar Van Vliet/Amsterdamsche Bank, omdat het in casu niet ging om een situatie waar er oogmerk tot benadeling van schuldeisers was, anders dan hij leest in Boekhold/Haveman, maar slechts om wetenschap van benadeling. Toch ziet ook hij maar weinig nieuws in het arrest Boekhold/Haveman. Dat heeft te maken met hoe hij de vereiste strekking tot benadeling van schuldeisers uitlegt.

---

<sup>393</sup> S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *JOR* 2015/60, nr. 4-6 (Boekhold/Haveman).

<sup>394</sup> HR 13 maart 1959 (Van Vliet/Amsterdamsche Bank), *NJ* 1959/579, m.nt. L.E.H.R..

<sup>395</sup> S.C.J.J. Kortmann, annotatie bij HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *JOR* 2015/60, nr. 6 (Boekhold/Haveman).

<sup>396</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 443.

<sup>397</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 444.

De Hoge Raad specificceert in Boekhold/Haveman niet wat er voor een onzedelijke strekking vereist is. Als daarbij dezelfde maatstaf zou gelden als bij de pauliana, dan zou Boekhold/Haveman de (faillissements)pauliana in het geheel aan de kant zetten. Benadeling van schuldeisers kan dan eenvoudiger worden bestreden – aan de eisen van het zijn van schuldeiser, of de noodzaak van daadwerkelijke benadeling, of zoals bij de faillissementspauliana de eis van voorzienbaarheid van het faillissement hoeft dan niet meer te worden voldaan – en het gevolg is dan bovendien niet vernietigbaarheid, maar nietigheid. Een dergelijke maatstaf ligt niet voor de hand. Het had dan in de rede gelegen dat de Hoge Raad had aangegeven terug te komen op vroegere uitspraken als Van Dooren q.q./ABN Amro I, Van Vliet/Amsterdamsche Bank en had aangegeven dat werd gebroken met de wetsgeschiedenis van de (faillissements)pauliana of dat deze een nieuwe interpretatie kreeg. Daarnaast past het niet bij de wetsgeschiedenis omtrent het strekkingsbegrip uit art. 3:40 lid 1 BW. De strekking ziet zowel op de voor beide partijen voorzienbare gevolgen van en kenbare motieven bij de rechtshandeling.<sup>398</sup> Dat geeft enige duidelijkheid. Het wetenschapsvereiste van de pauliana vraagt voor wat betreft de geestesgesteldheid van partijen een redelijke mate van waarschijnlijkheid van benadeling van schuldeisers.<sup>399</sup> Voor een onzedelijke strekking tot benadeling van schuldeisers is meer nodig.<sup>400</sup> In de maatstaf van de pauliana liggen de kenbare motieven van partijen immers niet noodzakelijk besloten. Hoops komt op basis van de inkleuringsleer ook tot de conclusie dat er meer voor nodig is dan een redelijke mate van waarschijnlijkheid van benadeling van schuldeisers zoals bij de pauliana.<sup>401</sup> Wanneer art. 3:40 lid 1 BW wordt ingekleurd met de pauliana-eisen dan is toepassing niet mogelijk in dezelfde omstandigheden, maar slechts onder bijzondere omstandigheden, oftewel als er aan hogere eisen wordt voldaan.<sup>402</sup> De lat ligt dan hoger, maar hoe hoog?

Tjong Tjin Tai neemt aan dat een oogmerk tot benadeling nodig is.<sup>403</sup> Dat brengt hem bij de conclusie dat de reikwijdte van het arrest buiten de pauliana gering is, omdat oogmerk lastiger is te bewijzen dan de redelijke mate van waarschijnlijkheid van benadeling van schuldeisers die bij de pauliana nodig is. Doorgaans zal het oogmerk niet uit de considerans van de overeenkomst te halen zijn, zoals in Boekhold/Haveman. De facto betekent dat, dat in samenloopssituaties de pauliana sneller toegepast kan worden dan art. 3:40 lid 1 BW en dus nauwelijks volgehouden kan worden dat de Hoge Raad is teruggekomen op Van Dooren q.q./ABN Amro I. Het arrest brengt dus niet meer dan een kleine wijziging.

Dat Hoops dit anders ziet, komt vooral omdat hij bij de vereiste strekking tot benadeling van schuldeisers de lat lager legt dan Tjong Tjin Tai. Volgens Hoops is niet een oogmerk tot, maar een

---

<sup>398</sup> T-M, *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 190; Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 4 en 7.6 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 333 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014).

<sup>399</sup> HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, r.o. 3.7, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (ABN Amro/Van Dooren q.q. III).

<sup>400</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 445.

<sup>401</sup> HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, r.o. 3.7, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (ABN Amro/Van Dooren q.q. III).

<sup>402</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 445.

<sup>403</sup> HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, r.o. 3.3.2, *NJ* 2015/290, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, nr. 2 (Boekhold/Haveman); Ook A-G Rank-Berenschot heeft het over oogmerk tot benadeling van schuldeisers: HR 19-12-2014, ECLI:NL:PHR:2014:3650, A-G E.B. Rank-Berenschot, concl. 2.9.

zekerheidsbewustzijn van benadeling van schuldeisers voldoende.<sup>404</sup> Daarmee bedoelt hij dat partijen met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zal zijn van de rechtshandeling.<sup>405</sup> Hij doet dat op basis van het in de vorige paragraaf uitvoerig behandelde Megapool-arrest. Dat daar over art. 20 Fw wordt gesproken, terwijl het bij Boekhold/Haveman over de sub-norm van benadeling van schuldeisers gaat, maakt volgens Hoops niet uit. Art. 20 Fw moet immers net als de sub-norm de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers beschermen.<sup>406</sup> Hij bekijkt het arrest dan ook niet vanuit het perspectief van het fixatiebeginsel, maar vanuit het daar achterliggende perspectief van benadeling van schuldeisers of het beschermen van de belangen van de schuldeisers. In Megapool kwam de Hoge Raad tot het standpunt dat als een prestatie door het in faillissement geraken vervalt, terwijl de tegenprestatie al is geleverd, dat een inbreuk kan opleveren op art. 20 Fw en derhalve nietig kan zijn, dan wel dat een beroep op het beding onaanvaardbaar kan zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.<sup>407</sup> Is er sprake van zo'n beding dan hoeft er niet per se sprake te zijn van een benadelingsoogmerk. Het zekerheidsbewustzijn dat als het beding werkt dit tot benadeling van schuldeisers leidt, is voldoende.

Om het zekerheidsbewustzijn aan te nemen moet er volgens Hoops wel een belangenafweging plaatsvinden. Naast het algemeen belang en het belang van de benadeling van schuldeisers moet er gekeken worden of partijen goede redenen hadden voor de tot benadeling van schuldeisers leidende rechtshandeling.<sup>408</sup> Ook dat leidt Hoops af uit Megapool, omdat de Hoge Raad niet alleen keek naar de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook naar de belangen die Laser had bij het vervalbeding. Bovendien, omdat de Hoge Raad daarbij niet specifiek geïnteresseerd was in de hoogte van de schade aan de zijde van Laser ten opzichte van de schade die met het vervallen van de vordering werd veroorzaakt heeft, wat Hoops betreft, de Hoge Raad blijkt gegeven van het ook meewegen van belangen van algemene aard.<sup>409</sup>

#### *Conclusie omtrent de reikwijdte van het arrest*

De manier waarop Hoops het arrest Boekhold/Haveman interpreteert is mijns inziens het meest zinnig. Daar is nog een extra reden voor aan te voeren. Wanneer benadeling is beoogd, maar het faillissement nog achter de horizon ligt, lijkt toepassing van de faillissementspauliana er niet in te zitten.<sup>410</sup> Boekhold/Haveman lijkt die lacune op te vullen voor die gevallen dat er sprake is van een strekking tot benadeling, dan wel bevestigd het arrest dat art. 3:40 lid 1 BW in die gevallen kan worden gehanteerd. Het arrest voegt in die zin echt iets toe. Dat levert niet per definitie een breuk op met Van Vliet/Amsterdamsche Bank en Van Dooren q.q./ABN Amro I. Het arrest brengt geen wijziging aan ten

---

<sup>404</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 445-446.

<sup>405</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 446.

<sup>406</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 446.

<sup>407</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

<sup>408</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 446-447.

<sup>409</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 446.

<sup>410</sup> Zie §4.3.4 en §4.4.

opzichte van die arresten, maar hoogstens ten opzichte van de interpretatie van die arresten. Toepassing van de (faillissements)pauliana blijft gewoon het meest voor de hand liggende instrument bij benadeling van schuldeisers, overeenkomstig de wil van de wetgever.<sup>411</sup> In sommige gevallen is dat instrument alleen niet beschikbaar dan wel spelen bijzondere omstandigheden – waar al naar verwezen werd in Van Dooren q.q./ABN Amro I - een doorslaggevende rol.<sup>412</sup> Een bijzondere omstandigheid zou kunnen zijn dat er niet voldaan wordt aan een formeel vereiste van de pauliana, zoals het geval was bij Haveman. Haveman was geen schuldeiser en kon dus niets met de pauliana. Een ander bijzondere omstandigheid zou kunnen zijn dat er net niet aan de materiële eisen van de faillissementspauliana wordt voldaan, omdat het faillissement nog niet in zicht is, maar er wel sprake is van een strekking tot benadeling. Dat laatste maakt ook meteen duidelijk waarom Boekhold/Haveman niet haaks staat op Van Vliet/Amsterdamsche Bank, omdat er in dat oude arrest slechts sprake was van een veronderstelde wetenschap van benadeling, maar dat is iets anders dan een strekking tot benadeling.<sup>413</sup> Art. 3:40 lid 1 BW biedt in bijzondere gevallen dus soelaas.<sup>414</sup>

Voor wat betreft de eis die aan de strekking wordt gesteld, sluit ik mij ook aan bij Hoops. Naast de bevestiging voor zijn visie die hij vindt in Megapool zou ik nog eens de gedachte willen aanhalen die reeds bij de vraag naar de toepasbaarheid van de faillissementspauliana ter sprake kwam. Verschillende auteurs gaven aan dat het onwenselijk is dat opzettelijke benadeling van schuldeisers, of in de woorden van Hoops: een zekerheidsbewustzijn van benadeling van schuldeisers, niet met de faillissementspauliana kan worden bestreden, omdat ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling het faillissement nog niet in zicht was en derhalve niet aan het wetenschapsvereiste wordt voldaan.<sup>415</sup> Ik ben het met die auteurs eens, maar heb geconcludeerd dat toepassing van de faillissementspauliana in dergelijke omstandigheden niet in de lijn van verwachting ligt. Met de ratio van de arresten Boekhold/Haveman en Megapool wordt het in dergelijke situaties toch mogelijk om benadeling van schuldeisers te bestrijden en zo de belangen van schuldeisers te beschermen.

#### *Toepassing op de scenario's*

Uitgaande van de ruimere interpretatie van Boekhold/Haveman is de vraag tot welke concrete resultaten dat leidt en wat dat betekent voor de scenario's die in §5.2.1 zijn geschetst? Wat Hoops betreft komt het voor de toepassing van art. 3:40 lid 1 BW uiteindelijk aan op de vraag of er sprake is van opzettelijke en

---

<sup>411</sup> Zoals geuit in HR 13 maart 1959 (Van Vliet/Amsterdamsche Bank), NJ 1959/579, m.nt. L.E.H.R.; HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234, r.o. 3.5.2, NJ 2000/578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro).

<sup>412</sup> HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6234, r.o. 3.6, NJ 2000/578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro).

<sup>413</sup> Destijds ging annotator Rutten (L.E.H.R.) ook uit dat bijvoorbeeld in het geval van opzet nietigheid wel een optie was: HR 13 maart 1959 (Van Vliet/Amsterdamsche Bank), NJ 1959/579, m.nt. L.E.H.R., nr. 1.

<sup>414</sup> Daar lijkt ook Hijma vanuit te gaan gezien zijn commentaar op art. 3:45 BW: J. Hijma, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:45 BW, aant. 1 (online: bijgewerkt t/m 04-012-2017).

<sup>415</sup> F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2006, p. 141-142; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p.390-391 en 405-406; Eeghen, L. J. (2006). Het schemergebied vóór faillissement: Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalrisico's van de onderneming vóór faillissement Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 222; Keukens en Wibier hebben het niet over opzet, maar over constructive knowledge: W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', WPNR 2011/6884, p. 382; De Weijs heeft het over over-het-graf-handelingen die zijn afgestemd op faillissement: De Weijs, R. J. (2010). *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectieerde regeling van schuldeisersbenadeling*, diss. p. 276.

onevenredige benadeling van schuldeisers. Of daarvan sprake is, is uiteindelijk een kwestie van de omstandigheden van het geval. Daarmee wordt weinig helderheid verstrekt. Hoops formuleert echter nog twee deelregels, gebaseerd op Megapool en Boekhold/Haveman. Een daarvan ziet op de commerciële aanvaardbaarheid van de rechtshandeling en zoals betoogd bij de behandeling van Megapool vind ik dat geen verduidelijkend criterium.<sup>416</sup> Zijn tweede deelregel doet dat wat mij betreft wel. Deze komt er op neer dat hoe meer de benadeling van schuldeisers een nadeel aan de kant van de wederpartij compenseert, hoe aanvaardbaarder de rechtshandeling is.<sup>417</sup>

Toegepast op de scenario's verschijnt eenzelfde beeld als bij het fixatiebeginsel. Zonder bijkomende omstandigheden is iedere constructie waarbij minder dan een reële vergoeding wordt betaald kwalijk, omdat er geen nadeel is wat de wederpartij lijdt of prestatie die hij door het faillissement niet meer ontvangt, terwijl er wel nadelen op het bord van de gezamenlijke schuldeisers worden gelegd. Daarbij geldt ook dat in al die situaties partijen een zekerheidsbewustzijn tot benadeling van schuldeisers hebben. Zonder bijkomende omstandigheden waaruit blijkt dat de wederpartij ook schade van het faillissement ondervindt – omdat de failliet een prestatie niet meer kan leveren en daardoor het gebruik van het goed wordt bemoeilijkt – kan dat bewustzijn niet worden gerechtvaardigd.

Net als bij het fixatiebeginsel geldt dat in scenario vier (bijkomende voordelen die gedurende het formeel solvete bestaan de latere failliet toevallen, maar minder dan de werkelijke waarde vertegenwoordigen) partiële nietigheid lastig kan worden toegepast omwille van een onverbrekelijk verband. Als een creatieve omgang met dit leerstuk niet wordt toegepast<sup>418</sup> is een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid nog een optie.<sup>419</sup>

Concluderend lijkt het erop dat benadeling van schuldeisers hetzelfde oplevert als het fixatiebeginsel. Toch ligt een beroep op benadeling van schuldeisers meer voor de hand. Omtrent de toepassing van het fixatie bestaan twee onzekerheden, omdat de Hoge Raad een kan-formulering gebruikt en nietigheid afhankelijk maakt van de omstandigheden van het geval. Kan er echter een zekerheidsbewustzijn tot benadeling van schuldeisers worden gevonden en ontbreekt daarvoor een rechtvaardiging, dan twijfel ik er niet aan dat de Hoge Raad, behoudens het probleem van partiële nietigheid, tot de conclusie komt dat de rechtshandeling een strekking heeft die in strijd is met de goede zeden en het insolventiebeding daarom nietig is.

### 5.3 Redelijkheid en billijkheid

In de voorgaande paragrafen is op meerdere manieren gerefereerd aan de redelijkheid en billijkheid. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kwam naar voren bij de arresten Megapool en BaByXL en werd naar voren gebracht als terugvaloptie in het geval partiële nietigheid misschien niet

---

<sup>416</sup> Zie §5.2.2 onder de vereisten onder de loep, geïnterpreteerd, aangevuld en bekritiseerd.

<sup>417</sup> B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 447.

<sup>418</sup> Dit lijkt het geval in het in §5.1.3 besproken arrest HR 24 september 1999, r.o. 3.4, *NJ* 1999/737, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden).

<sup>419</sup> Uit BaByXL en Megapool blijkt dat een beroep op een insolventievoorwaarde kan worden gestuit door middel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zie: HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.2, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaByXL); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

mogelijk was. Daarnaast beheerst de redelijkheid en billijkheid de onderlinge rechtsverhouding tussen schuldeisers in faillissement.

In Megapool stelt de Hoge Raad dat als er sprake is van een beding dat het recht op een prestatie enkel en alleen doet vervallen omdat de schuldeiser in faillissement is geraakt, terwijl de tegenprestatie al is verricht, dit beding nietig kan zijn of een beroep op zo'n beding op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.<sup>420</sup> Of dat het geval is, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als de rechtsoverweging van de Hoge Raad naar de letter wordt toegepast dan heeft deze weinig waarde voor de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. Het zou betekenen dat beroep op het beding onaanvaardbaar is, terwijl het goed in handen van de verkrijger/oorspronkelijk vervreemder is en de goederenrechtelijke overgang van het goed van rechtswege heeft plaatsgevonden. De verkrijger/oorspronkelijk vervreemder hoeft zich derhalve nergens op te beroepen. Het vergt echter niet veel fantasie om tot een ruimere lezing te komen, welke meebrengt dat de redelijkheid en billijkheid beperkend werken ten aanzien van het insolventiebeding zelf. Dat betekent dat het beding simpelweg niet werkt.

Net als bij nietigheid op grond van het fixatiebeginsel zijn dezelfde voorbehouden uit het Megapool-arrest ook van toepassing op de redelijkheid en billijkheid. Er is sprake van een kan-formulering en de omstandigheden van het geval zijn van belang. Tevens is relevant of het beding alleen op faillissement ziet en of het beding nadeel aan de kant van de wederpartij van de failliet moet ondervangen.<sup>421</sup> Daarmee lijkt de redelijkheid en billijkheid alleen van toepassing in die gevallen dat nietigheid in principe ook van toepassing zou zijn en lijkt zo niet veel toe te voegen. Dat is niet helemaal waar. In drie gevallen heeft de redelijkheid en billijkheid wel degelijk toegevoegde waarde. Allereerst als op basis van de terughoudende toepassing van het nietigheidsleerstuk de rechter liever grijpt naar de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>422</sup> Ten tweede als het standpunt wordt ingenomen dat er geen sprake is van bijzondere omstandigheden welke het bestrijden van benadeling van schuldeisers via art. 3:40 lid 1 BW rechtvaardigen, bijvoorbeeld omdat opzet wel noodzakelijk wordt geacht en niet kan worden bewezen.<sup>423</sup> Ten derde wanneer partiële nietigheid de gepaste sanctie zou zijn, ware het niet dat er sprake lijkt van een onverbreekelijk verband tussen het geldige deel van de overeenkomst en het ongeoorloofde deel. Oftewel wat steeds ter sprake kwam bij het vierde scenario.<sup>424</sup>

Uit BaByXL volgt nog een andere mogelijkheid. De Hoge Raad oordeelt dat een beroep op een insolventieclausule in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid als er geen tekortkoming is in de nakoming van de overeenkomst en de prestatie voor de toekomst verzekerd is.<sup>425</sup> Ook hier speelt het feit dat de overdrachtsvoorwaarde goederenrechtelijk werkt en de wederpartij van de failliet geen beroep op het beding hoeft te doen. Wordt dat punt aan de kant geschoven dan kan betoogd worden dat als de curator aangeeft de overeenkomst gestand te doen, daarvoor zekerheid stelt en er ook geen tekortkoming in de nakoming was, de overdrachtsvoorwaarde in strijd is met redelijkheid en billijkheid en het beding

---

<sup>420</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2, NJ 2013/224, (Megapool).

<sup>421</sup> HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, r.o. 3.4.2 - 3.4.4, NJ 2013/224, (Megapool).

<sup>422</sup> Van Kooten, in: *GS Vermogensrecht*, commentaar op art. 3:40 BW, aant. 3 (bijgewerkt t/m 01-04-2017); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 314 (online: bijgewerkt t/m 01-02-2014); MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 249.

<sup>423</sup> Ik ben van mening met Hoops dat een zekerheidsbewustzijn voldoende is, zie §5.2.3.

<sup>424</sup> §5.2.1, §5.2.2, §5.2.3 en §5.2.4.

<sup>425</sup> HR 13 mei 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT2650, r.o. 3.4.2, NJ 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BaBy XL).

niet werkt.<sup>426</sup> De overeenkomst wordt anders immers tegen de wil (het keuzerecht) van de curator beëindigd doordat het goed overgaat en de gebruiksovereenkomst derhalve eindigt.

Ten slotte stellen verschillende auteurs dat partijen omtrent een faillissement in een rechtsverhouding tot elkaar komen te staan en daarbij de redelijkheid en billijkheid in acht behoren te nemen.<sup>427</sup> In dat geval is duidelijk dat het voordeel wat de ene schuldeiser toevalt leidt tot nadeel voor andere schuldeisers. Schuldeisers moeten derhalve rekening houden met elkaar.<sup>428</sup> Er is echter wel een maar. Als die onderling verlangde redelijkheid en billijkheid meebrengt dat zo benadeling van schuldeisers kan worden bestreden dan komt de vraag wederom op of daar buiten de faillissementspauliana wel ruimte voor is.<sup>429</sup> Volgens Verstijlen is dat het geval. Dat baseert hij op het arrest Van der Hel q.q./Edon.<sup>430</sup> Energieleverancier Edon probeerde in de casus die aan het arrest voorafging van zijn machtspositie gebruik te maken door energieleveranties in faillissement afhankelijk te stellen van het betalen van vorderingen van voor faillissement. De Hoge Raad achtte het ten opzichte van de boedel/en of *andere schuldeisers* in strijd met de redelijkheid en billijkheid als de energieleverancier de energielevering zou stoppen.<sup>431</sup> Van Zanten is het met Verstijlen eens en acht de redelijkheid en billijkheid ook van belang bij constructies zonder reële economische betekenis.<sup>432</sup> De overdracht onder faillissementsvoorwaarde kan zo'n constructie zijn, bijvoorbeeld als deze alleen werkt in het geval van faillissement. Echter, ook als de overdrachtsvoorwaarde niet alleen werkt in faillissement en zo wel reële betekenis krijgt lijkt deze mij in strijd met de redelijkheid en billijkheid indien er geen reële prijs is betaald. Het overeenkomen van een overdracht die werkt op het moment van faillissement of dan ongedaan gemaakt wordt is zo gezien een rechtshandeling waarbij al veel eerder rekening moest worden gehouden met de andere schuldeisers in faillissement, omdat deze is afgestemd op een situatie dat dat van schuldeisers verlangd wordt. De redelijkheid en billijkheid belet dus de werking van het overdrachtsbeding in scenario 1, 2 en 4 waar er immers een reële vergoeding ontbreekt.

Er lijkt echter een complicatie te zijn, namelijk is de gebruiker bij een overdracht onder faillissementsvoorwaarde wel schuldeiser? Als dat niet het geval is dan kan hij om bovenstaande redenering heen, want als iemand geen schuldeiser is kan hij natuurlijk ook niet in verhouding komen te staan tot medeschuldeisers. Die redenering gaat echter niet op. Dat wordt duidelijk met een voorbeeld. Stel dat A eigenaar is van een zaak en B dit tegen vergoeding gebruikt. A heeft tevens de zaak onder

---

<sup>426</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 394; T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder. Over schadevergoeding, bankgaranties en het gelijk van Vlieland Hein', *Tvl* 2011/17, p. 91. Zie ook §2.2.2 voor een meer uitgebreide behandeling van BaByXL.

<sup>427</sup> F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2006, p. 129-131, 141-142; R.J. de Weijts, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies*, 2010, p. 276; B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', reactie op: "Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!", *WPNR* 2011/6895, p. 625; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27-30.

<sup>428</sup> F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 69

<sup>429</sup> F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de overeenkomst binnen faillissement*, Preadvies 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer, 2006, p. 131.

<sup>430</sup> HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998/896 (Van der Hel q.q./Edon).

<sup>431</sup> HR 16 oktober 1998, r.o. 3.6, *NJ* 1998/896 (Van der Hel q.q./Edon).

<sup>432</sup> T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 30.

opschortende faillissementsvoorwaarde geleverd aan B. In dit geval lijkt B misschien geen schuldeiser van A, maar slechts een goederenrechtelijk recht heeft wat met het intreden van de faillissementsvoorwaarde volloopt. Toch is hij dat wel, omdat B de zaak van A in gebruik heeft en A dat dus moet toelaten.<sup>433</sup> B zijn schuldeiserschap ziet dus op het gebruik van het goed. De complicatie gaat dus niet op. Door af te stemmen op het faillissement van A heeft B daarom gewoon rekening te houden met de schuldeisers van A in faillissement.

#### *Conclusie*

Alles bij elkaar genomen blijkt dat als nietigheid omwille van een terughoudende toepassing van het nietigheidsleerstuk of een onverbreekelijk verband of omdat opzet op benadeling van schuldeisers noodzakelijk wordt geacht, maar niet kan worden bewezen, een (subsidiar) beroep op de redelijkheid en billijkheid in dezelfde scenario's (1, 2 en 4) een goede optie is.

---

<sup>433</sup> Asser/Sieburgh 6-III 2019, nr. 587 (online: bijgewerkt t/m 02-11-2018).



## Hoofdstuk 6: Conclusie

Het is tijd om de balans op te maken en terug te keren naar de hoofdvraag: in hoeverre is een overdracht onder ontbindende of opschortende insolventievoorwaarde, die door inwerkingtreding bewerkstelligt dat een goed verloren gaat voor de boedel, geldig naar Nederlands recht? Bij de beantwoording is enige aandacht uitgegaan naar het gebruik van de constructie bij een sale-and-lease-back en bij een IE-licentie en de vraag of daar anders naar moet worden gekeken. In de verschillende hoofdstukken is steeds een deel van het antwoord gegeven. Derhalve zal hier niet opnieuw op alle details worden ingegaan, maar wordt slechts een overzicht gegeven.

De overdracht onder ontbindende faillissementsvoorwaarde is niet aan te raden. De overdracht is fiduciair en derhalve ongeldig. Niet omdat er sprake is van een overdracht tot zekerheid, maar omdat de overdracht de strekking mist om het goed onbeperkt in het vermogen van de verkrijger te doen vallen. De faillissementsvoorwaarde moet immers verhaal omwille van de schuldeisers voorkomen. Dat is niet geoorloofd. Hetzelfde geldt voor de overdracht onder opschortende voorwaarde die is verbonden met een eerdere overdracht in omgekeerde richting. Wanneer de tweede overdracht, de overdracht onder opschortende voorwaarde, niet met de eerste overdracht is verbonden, omdat partijen pas later op het idee van de tweede overdracht zijn gekomen, dan vormt het fiduciaverbod geen beletsel.

Blijft over de overdracht onder opschortende voorwaarde, die niet verbonden is met een eerdere overdracht in omgekeerde richting. Onderstaande punten zijn echter net zo goed van toepassing op de overdracht onder ontbindende voorwaarde. Wanneer er geen marktconforme vergoeding wordt betaald voor het goed of deze vergoeding is met het in werking treden van de voorwaarde niet meer in de boedel aanwezig, dan leidt dit tot benadeling van schuldeisers. Toch is deze overdracht onder opschortende insolventievoorwaarde in beginsel dan nog niet paulianeus. Op het moment dat de rechtshandeling met de overdrachtsvoorwaarde tot stand komt zal het faillissement doorgaans nog niet in zicht zijn. Daardoor wordt niet voldaan aan het wetenschapsvereiste zoals de Hoge Raad dat heeft gegeven in ABN Amro/Van Dooren q.q. III en zoals de wetgever dat begrijpt blijkens de wetgeschiedenis bij art. 35b Fw. Er zijn wel goede argumenten voor een andere interpretatie van dat wetenschaps criterium of de faillissementspauliana in situaties dat partijen moedwillig afstemmen op faillissement. Echter, het ligt niet in de lijn der verwachting dat de rechter die interpretatie zal toepassen. Dat is ook niet noodzakelijk omdat er andere gronden zijn om de constructie te bestrijden.

Een van die gronden is het fixatiebeginsel. De Hoge Raad heeft in Megapool besloten dat het verval van een vordering nietig kan zijn op grond van het fixatiebeginsel als het beding louter ziet op faillissement of als er voor de vervallen vordering reeds is gepresteerd. Op dezelfde gronden kan een beroep op het beding in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Het is geen grote stap van het verval van vordering door een beëindigingsbeding naar het verval van een goed door een overdracht onder insolventiebeding. Het is derhalve zinnig om de ratio uit Megapool op die constructie toe te passen. Dat betekent dat de omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen voor de vraag of de constructie geldig is of niet. Relevant is in ieder geval dat de overdrachtsvoorwaarde niet alleen op insolventie ziet. Daarnaast dient bedacht te worden dat het goed dat vervalt in beginsel gewoon, ook in faillissement, beschikbaar blijft voor de wederpartij/gebruiker. Dat betekent dat er zonder bijkomende omstandigheden geen prestatie is die de failliet moet, maar niet meer kan leveren of er een nadeel is wat de wederpartij lijdt. De overdracht tegen minder dan de reële waarde leidt slechts tot voordeel bij de wederpartij en nadeel bij de

gezamenlijke schuldeisers. De kans op nietigheid is dan groot. Dat wordt pas anders als er wel een nadeel is bij de wederpartij dat met het verkrijgen van het goed wordt ondervangen.

Een andere grond is te vinden in het arrest Boekhold/Haveman. Het is mogelijk om benadeling van schuldeisers te bestrijden buiten de pauliana (die is in beginsel niet van toepassing) op grond van 3:40 lid 1 BW. Dat kan als er sprake is van een ongeoorloofde strekking tot benadeling van schuldeisers. Die kan worden aangenomen indien partijen de overdracht onder faillissementsvoorwaarde overeenkomen tegen minder dan de werkelijke waarde en de constructie geen nadeel aan de kant van de wederpartij ondervangt. Partijen weten dan bij voorbaat dat het intreden van de voorwaarde leidt tot benadeling van schuldeisers en dat zij daar geen enkele rechtvaardiging voor hebben.

In sommige gevallen zal, ondanks een ongeoorloofde strekking tot benadeling van schuldeisers of strijd met het fixatiebeginsel, nietigheid niet mogelijk zijn. Waar het hierboven over nietigheid ging, was er steeds sprake van partiële nietigheid. Nietigheid is immers alleen van toepassing op rechtshandelingen en het overdrachtsbeding is dat zelf niet. De gebruiks- sale-and-lease-back- of IE-licentieovereenkomst waarbinnen het beding normaal gesproken werkt is wel een rechtshandeling, maar dient in stand te blijven. Het zou veel te ingrijpend zijn als een, mogelijk al jaren functionerende, duurovereenkomst in zijn geheel nietig wordt verklaard. Het is immers niet de bedoeling om meer nietig te verklaren dan nodig. Partiële nietigheid biedt dan een oplossing. Wanneer het overdrachtsbeding echter in onverbreekelijk verband staat met de rest van de overeenkomst, lijkt partiële nietigheid geen optie. In dat geval is er nog de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

De redelijkheid en billijkheid vormen een laatste horde voor de overdracht onder faillissementsvoorwaarde. De redelijkheid en billijkheid zijn om meerdere redenen aan de orde. Allereerst moeten schuldeisers in faillissement onderling de redelijkheid en billijkheid in acht nemen. Hetzelfde geldt voor schuldeisers die door middel van een overdracht onder faillissementsvoorwaarde afstemmen op het faillissement. Ten tweede blijkt uit Megapool en BaByXL dat de redelijkheid en billijkheid op insolventieclausules van toepassing zijn. De redenen waarom een overdracht onder faillissementsvoorwaarde nietig kan zijn op grond van strijd met het fixatiebeginsel (Megapool) zijn ook de redenen waarom de werking van diezelfde faillissementsvoorwaarde beperkt kan worden op grond van de redelijkheid en billijkheid. Op basis van BaByXL kan daaraan worden toegevoegd dat een overdracht onder faillissementsvoorwaarde in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn, indien er geen tekortkoming is in de nakoming van de onderliggende overeenkomst en nakoming voor de toekomst is verzekerd.

Met het bovenstaande is mijns inziens duidelijk geworden dat alleen een overdracht onder opschortende faillissementsvoorwaarde geldig kan zijn, mits de overdrachtsvoorwaarde ook ziet op andere situaties dan faillissement. Daarnaast is het nodig dat er een reële vergoeding wordt betaald voor het te verkrijgen goed, dan wel dat er in het geval van een lagere vergoeding sprake is van een nadeel dat de wederpartij van de failliet met de overdracht probeert te ondervangen.

Deze conclusie verandert niet wanneer het gaat om een IE-licentie, maar gedeeltelijk wel als het gaat om een sale-and-financial-lease-back. Bij een financial lease is het geoorloofd om in plaats van de marktconforme prijs 'slechts' de resterende leasetermijnen te betalen, eventueel vermeerderd met de koopprijs indien een koopoptie is overeengekomen.

Wordt niet aan deze eisen voldaan dan kan de overdracht ongeldig zijn, nietig zijn of kan de werking van het beding stranden op grond van de redelijkheid en billijkheid. Wordt wel aan de eisen voldaan, maar is er geen sprake van een tekortkoming in de nakoming van de onderliggende overeenkomst en is nakoming voor de toekomst verzekerd dan kan het overdrachtsbeding nog steeds in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Kortom, er is dan weliswaar geen regel die de overdracht onder insolventiewaarde expliciet verbiedt, maar in de meeste gevallen zal de overdrachtsvoorwaarde niet gelden en/of niet werken.

## Literatuurlijst

### Aangehaalde literatuur

#### **Abendroth 2013**

R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde", van Van Drunen, *WPNR* 2013/6972, p. 320-321.

#### **Abendroth 2014**

R.J. Abendroth, 'Reactie', reactie op: "Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/ koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?", *WPNR* 2014/7004, p. 115-118.

#### **Van Anken 2018**

J.M. van Anken, 'Fixatie in faillissement en vereffening', *WPNR* 2018/7213, p. 820-828.

#### **Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013**

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

#### **Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014**

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

#### **Asser/Sieburgh 6-III 2019**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

#### **Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\* 2010**

A.I.M. van Mierlo & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel VI. Zekerheidsrechten*, Deventer: Kluwer 2010.

#### **Van Boom 2008**

W.H. Boom, annotatie bij HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, AA 2008/83 (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

#### **Van den Brink 2002**

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

#### **Cleary 2012**

T. Cleary, 'Case Note: Belmont Park Investments Pty Limited v BNY corporate Trustee Services Ltd [2011] UKSC 38', *BLI* 2012, vol 13, no. 1, p. 105-115.

#### **Van Dam 2010**

C.C. van Dam, 'Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid', in J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2010.

**Van Dijck 2006**

G. van Dijck, *De Faillissementspauliana: Revisie van een Relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

**Van Drunen 2013**

M.M.G.B. van Drunen, 'Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde', *WPNR* 2013/6959, p. 52-55.

**Eeghen 2006**

L.J. Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement: Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalrisico's van de onderneming vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

**Van Engelen 2009**

Engelen van, 'Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven', *IER* 2009/75.

**Van Engelen 2015**

Th.C.J.A van Engelen, 'Analogische rechtsvorming: Nebula, Berzona en het lot van een licentie van een failliete licentiegever', *AA* 2015/405, p. 405-412.

**Faber 2007**

N.E.D. Faber, 'Overdracht van voorwaardelijke eigendom', in: N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2007.

**Faber 2008**

N.E.D. Faber, annotatie bij, Gerechtshof Leeuwarden, 20 februari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC5059, *JOR* 2008/141.

**Van der Feltz, Kortmann & Faber 1994**

G.W. van der Feltz, 'Heruitgave, Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel I', in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994.

**Gielen 2014**

Ch. Gielen (red.), *Kort Begrip van het Intellectuele Eigendomsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Goode 2011**

R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Laws*, Sweet & Maxwell, London 2011.

**Goode 2012**

R. Goode, 'Flip clauses: the end of the affair?', *LQR* 2012/128(Apr).

**Grosheide 2011**

F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom*, Monografieën BW 32a, Deventer: Kluwer 2011.

**Hebly en de Hoogh 2013**

M.R. Hebly en A.N.L. de Hoogh, 'Esmilo/Mediq: toetsingskader voor nietigheid ex art. 3:40 lid 1 BW', *MvV* 2013/3, p. 60-64.

**Van Hees 1997**

J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Van Hees 2013**

J.J. van Hees, annotatie bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *JOR* 2013/193 (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

**Heyman 1994**

H.W. Heyman, 'De reikwijdte van het fiducia-verbod. In het bijzonder in verband met leasing', *WPNR* 1994/6119, p. 1-14.

**Hijma 1988**

J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

**Hijma 2014**

J. Hijma, annotatie bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347.

**Hijma 2017**

J. Hijma, commentaar op art. 3:40 BW in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017 (online: bijgewerkt tot 04-012-2017).

**Hijma 2017**

J. Hijma, commentaar op art. 3:45 BW, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017 (online: bijgewerkt tot 04-012-2017).

**Hijma en Olthof 2014**

J. Hijma & Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

**Den Hollander 2013**

P.W. den Hollander, 'De overeenkomst met een verboden inhoud of strekking en de hindernisbaan van de Hoge Raad', *NTBR* 2013/4.

**Hoops 2014**

B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Zwart schaap of onschuldig lam?', *WPNR* 2014/7032, p. 879-887.

**Hoops 2015a**

B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement van de vervreemder: Een waakhond met muilband?', *WPNR* 2015/7052, p. 221-227.

**Hoops 2015b**

B. Hoops, 'Het verbod van de opzettelijke en onevenredige benadeling van schuldeisers als een sub-norm van de goede zeden: lessen uit het arrest Van Boekhold/Haveman van de Hoge Raad', *WPNR* 2015/7063, p. 442-448.

**Hoops 2015c**

B. Hoops, 'De schending van dwingend recht: de vier traptreden naar nietigheid', in: R.J.C. Flach e.a. (red), *Dwingend privaatrecht op maat*, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 41-58.

**Huijgen 2017**

W.G. Huijgen, commentaar op art. 3:8 BW, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017 (online: bijgewerkt tot 04-012-2017).

**Huydecoper 2007**

Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2007:AZ1611, bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (Van Emden q.q./Rabo).

**Keirse en Beukers**

A.L.M. Keirse, Y.E.M. Beukers, commentaar op art. 3:84 lid 1 en 3, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt t/m 01-05-2010).

**Keukens & Wibier 2011**

W.M.T. Keukens en R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 379-382.

**Keus 2012**

Concl. A-G L.A.D. Keus, ECLI:NL:PHR:2011:BQ1677, bij HR 17 juni 2011, *NJ* 2012/334, m.nt. L.C.E. Verstappen (Van Sundert/Gemeente Breda).

**Kleijn 1996**

W.M. Kleijn, annotatie bij HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, *NJ* 1996/119 (Sogelease).

**Van Kooten 2017**

H.J. van Kooten, commentaar op art. 3:40 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt t/m 01-04-2017)

**Van Koppen 2008**

F.P. van Koppen, annotatie bij HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, *Tvl* 2008/51 (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

**Kortmann & Van Hees 1995**

S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Reïncarnatie in het recht, ofwel: de nieuwe gedaante van de zekerheidsoverdracht, het arrest Keereweer q.q./Sogelease BV', *NJB* 1995, p. 991-996.

**Kortmann & Van Hees 1995**

S.C.J.J. Kortmann & J.J. van Hees, 'Van fiducia-fobie naar fiducia-filie', *WPNR* 6187 (1995), p. 455-457.

**Kortmann 1992**

S.C.J.J. Kortmann, 'Eigendom onder voorwaarde', in E.H. Hondius e.a., *Quod Licet. Kleijn-bundel*, Deventer: Kluwer 1992.

**Kortmann en Faber 1995**

Kortmann & Faber (red.), *Geschiedenis van de faillissementswet, Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995.

**Lindenbergh 2012**

S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *AA* 2012/740 (Esmilo/Mediq).

**Lokin & Brandsma 2016**

J.H.A. Lokin en F. Brandsma, *Prota*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

**Loos-Wijker 2016**

S.A.M. de Loos-Wijker, commentaar op titel 2 boek 3 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt t/m 01-03-2016).

**Loos-Wijker 2017**

S.A.M. de Loos-Wijker, commentaar op art. 3:41 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt t/m 01-11-2017).

**Louwers en De Laat 2014**

E.J. Louwers en P.M. de Laat, 'Continuïteit in de cloud', *Computerrecht* 2014/113.

**Meijers 1947**

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

**Meijers Feenstra en Cleveringa 1957**

E.M. Meijers, R. Feenstra, R.P. Cleveringa, *Bibliographie der geschriften van Prof. Mr. E.M. Meijers*, Leiden: Universitaire Pers 1957.

**Mincke 1995**

G.W. Mincke, 'Sale and lease back, art. 3:84 lid 3 BW, eigendomsvoorbehoud en de numerus clausus', *NTBR* 1995, p. 175-179.

**Mouthaan 2013**

B.C. Mouthaan, 'Hoe komt een installatie voor warmte-/koudeopslag in de macht van de eigenaar van het gebouw waarop de warmte-/koudeopslag is aangesloten als de exploitant tevens opstaller van de warmte-/koudeopslag failliet gaat?', *WPNR* 2013/6984, p. 607-612.

**Mouthaan 2014**

B.C. Mouthaan, 'Naschrift', naschrift op reactie Abendroth, *WPNR* 2014/7004, p. 119-121.

**Neppelenbroek 2012**

E. D. C. Neppelenbroek, *Softwarebetrekkingen: de auteur, de verkrijger en hun vermogensrechtelijke positie jegens derden* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

**Nieuwenhuis 1985**

J.H. Nieuwenhuis, annotatie bij HR 16 november 1984, AA 19850214, p. 214-219 (Buena Vista).

**Olthof 2016**

M.M. Olthof, commentaar op art. 3:38 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 1 oktober 2016).

**Peter 2007**

J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

**Peter 2015**

J.A.J. Peter, commentaar op art. 3:84 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 1 juli 2015).



**Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012**

W.H.M. Reehuis en A.H.T Heisterkamp e.a., *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

**Quist 2012**

P.H.N. Quist, Verkoop en levering aan een rechtspersoon in oprichting, *Ondernemingsrecht* 2012/59.

**Rank-Berenschot 1994**

E.B. Rank-Berenschot, 'Sale and lease back en het fiduciaverbod', *NTBR* 1994/1, p. 18-22.

**Rank-Berenschot 1995**

E.B. Rank-Berenschot, 'Artikel 3:84 lid 3 verbiedt alleen overdracht van verhaal', *NTBR* 1995, p. 207-211.

**Rank-Berenschot 2014**

Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1809, bij HR 19 december 2014, *NJ* 2015/290, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2015/60, m.nt. Kortmann, *Tvl* 2015/40, m.nt. M.K. Breugem & C.M. Harmsen (Boekhold/Haveman).

**Reehuis 2010**

W.H.M. Reehuis, *Overdracht*, Monografieën BW nr. B6a, Deventer: Kluwer 2010.

**Rongen 2012**

M.H.E. Rongen, *Cessie: Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securitisation in het bijzonder* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

**Rutten 1959**

L.E.H. Rutten, annotatie bij HR 13 maart 1959, *NJ* 1959/579 (Van Vliet/Amsterdamsche Bank).

**Salomons 1995**

A.F. Salomons, 'Nogmaals sale and lease back: in beginsel geen voordeelsafdracht door de lessor bij ontbinding van de leaseovereenkomst,' *WPNR* 1995/6204, p. 820-822.

**Van Schaick 1994**

A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en Nietigheid* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.

**Van Schilfgaarde 2008**

P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, *NJ* 2008/335 (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

**Snijders 1997**

W. Snijders, 'Nog een duit in de zak van de trust', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Spoor, Verkade & Visser 2005**

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D. Visser, *Auteursrecht: auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**Stein 2017**

P.A. Stein, commentaar op art. 3:8 BW, in J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 1 januari 2017).

**Stolz 2015**

Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

**Strikwerda 2010**

Concl. A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2009:BI8493, bij HR 22 december 2009, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/19 m.nt. N.E.D. Faber, *Tvl* 2010/17 m.nt. H. de Coninck-Smolders en C.J. Jager (ABN Amro/Van Dooren q.q. III).

**Struycken 1996**

T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde sinds Sogelease', *WPNR* 1996/6215, p. 179-180.

**Struycken 1996**

T.H.D. Struycken, 'Afdracht van overwaarde: art. 7A:1576t BW geconfronteerd met het Sogelease-arrest', *WPNR* 1996/6237, p. 655-658.

**Struycken en Heilbron 2016**

T.H.D. Struycken en M.A. Heilbron, commentaar op art. 3:84 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 12 december 2016).

**Timmerman 2013**

Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, bij HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

**Timmerman 2013**

Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:BY9087, bij HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *NJ* 2013/224, (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland).

**Tjong Tjin Tai 2013**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172 (Esmilo/Mediq).

**Vegter 1995a**

J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële saleleaseback (I)', *WPNR* 1995/6190, p. 534-536.

**Vegter 1995b**

J.B. Vegter, 'Over de strekking van het fiduciaverbod bij een financiële saleleaseback (II)', *WPNR* 1995/6191, p. 555-557.

**Verkade 2008**

Concl. A-G Verkade, ECLI:NL:PHR:2008:BB5067, bij HR 18 januari 2008, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde; *AA* 2008/83 m.nt. W.H. Boom; *JOR* 2008/83, m.nt. I. Spinath, *Tvl* 2008/51, m.nt. F.P. van Koppen (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

**Vermue 2011**

B. Vermue, 'Wetenschap en de pauliana na HR ABN AMRO/Van Dooren q.q. III', *Tvl* 2011/9.

**Verstappen 1993**

L.C.A. Verstappen, 'Financiering door de verkoper: hypotheek of voorwaardelijke levering?', *WPNR* 1993/6083, p. 161-162.

**Verstappen 2012**

L.C.A. Verstappen, annotatie bij HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1677, *NJ* 2012/334 (Van Sundert/Gemeente Breda).

**Verstijlen 1998**

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

**Verstijlen 2006**

F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzenvordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006.

**Verstijlen 2007**

F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007/6725, p. 824-829.

**Verstijlen 2013**

F.M.J. Verstijlen, 'Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas', *NJB* 2013/1930.

**Verstijlen 2015a**

F.M.J. Verstijlen, commentaar op art. 3:92 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 1 augustus 2015).

**Verstijlen 2015b**

F.M.J. Verstijlen, commentaar op art. 3:91 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 17 augustus 2015).

**Verstijlen 2016a**

F.M.J. Verstijlen, commentaar op art. 42, 47, 51 Fw, in: *T&C Insolventierecht* (online: bijgewerkt tot 1-9-2016).

**Verstijlen 2016b**

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290 (Rabobank/Reuser).

**Vriesendorp 1985**

R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Serie recht en praktijk, Deventer: Kluwer 1985.

**Vriesendorp 1995**

R.D. Vriesendorp, annotatie bij HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735, AA 44 (1995) 11, p. 872-879 (Sogelease).

**Van der Weide 2017**

M. van der Weide, 'Lease en huurkoop onder de nieuwe titel 7.2b (goederenkrediet) van het Burgerlijk Wetboek', *WPNR* 2017/7158, p. 534-542.

**Van der Weijden 2012**

R.J. van der Weijden, commentaar op art. 42, 45 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 1-10-2012).

**Van der Weijden 2017**

R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10, p. 287-289.

**De Weijs 2006**

R.J. de Weijs, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?', *WPNR* 2006/6686, p. 761-770.

**De Weijs 2007**

R.J. de Weijs, 'Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana', *WPNR* 2007/6726, p. 848-857

**De Weijs 2010**

R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolventcies: naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2010.

**Wentink**

B.C. Wentink, *De licentie in het vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

**Wessels 2007**

B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring*, Wessels Insolventierecht deel III, Deventer: Kluwer 2007.

**Wibier 2013**

R.M. Wibier, 'De geldigheid van vervalbedingen naar Nederlands recht, mede in het licht van HR 12 april 2013', *WPNR* 2013/6985 (De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland), p. 625-632.

**Winters 2011**

B. Winters, Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianus, *WPNR* 2011/6895, p. 623-625.

**Worthington 2012**

S. Worthington, 'Good Faith, Flawed Assets and the Emasculation of the UK Anti-Deprivation Rule', *MLR* 2012/75(1), p. 112-121.

**Worthington 2012**

S. Worthington, 'Testing the anti-deprivation rule: a response to Lehman brothers and the anti-deprivation principle: current uncertainties and proposals for reform', *CMLR* 2011 vol 6, no. 4, p. 450-455.

**Van Zanten & Verstijlen 2011**

T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder. Over schadevergoeding, bankgaranties en het gelijk van Vlieland Hein', *TvI* 2011/17.

**Van Zanten 2012**

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012.

**Zwitser 1993**

R. Zwitser, 'De betekenis van 'Anwartschaftsrecht' voor de rangorde van zakelijke rechten', *WPNR* 1993/6099, p. 524-530.

## Geraadpleegde literatuur

### **Asser/Houben 7-X 2015**

I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2015.

### **Asser/De Serière 2-IV 2018**

V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

### **Breugem en Harmsen 2015**

M.K. Breugem en C.M. Harmsen, annotatie bij HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *TvI* 2015/40 (Boekhold/Haveman).

### **Cleary 2011**

T. Cleary, 'Lehman Brothers and the anti-deprivation principle: current uncertainties and proposals for reform', *CMLR* 2011 vol 6, no. 4, p. 411-449.

### **Damsteeg-Molier 2018**

F. Damsteegt-Molier, 'Overeenkomst en faillissement', *O&F* 2018 (26) 3, p. 76-90.

### **Drion 2016**

C.E. Drion, 'Rythm or Blues', *NJB* 2016/296, p. 296.

### **Engelen van 2014**

Th.C.J.A. van Engelen, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *Computerrecht* 2015/121 (ABN AMRO/Berzona; Berzona).

### **Engelen en Hustinx 2015**

Th.C.J.A. van Engelen en J.P. Hustinx, 'De licentienemer en de failliete IE-licentiegever', *TvI* 2015/11.

### **Faber & Vermunt 2014**

N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *JOR* 2015/175 (Berzona).

### **Goode 2011**

R. Goode, 'Perpetual trustee and flip clauses in swap transactions', *LQR* 2011, 127(Jan), p. 1-13.

### **De Groot 2013**

E.W.J de Groot, annotatie bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *BR* 2013/42-43 (Esmilo/Mediq).

### **Van den Heuvel 2002**

N.W.M. van den Heuvel, 'Actio Pauliana, onrechtmatige daad en het arrest Van Dooren q.q./ABNAMRO', *TvI* 2002, p. 75-85.

### **Hijma**

J. Hijma, commentaar op art. 3:41 BW, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017 (online: bijgewerkt tot 04-012-2017).

**Houben & Rampersad 2014**

I.S.J. Houben & Y.A. Rampersad, 'Financial lease en de nieuwe regeling van de overeenkomst van goederenkrediet', *WPNR* 2014/7010, p. 238-244.

**Van Hees 2000**

J.J. Van Hees, 'Het fixatiebeginsel in faillissement', in: J.B. Huizink (red.), *A-T-D. Opstellen aangeboden aan Prof.mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000.

**Huizink 2012**

J.B. Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2012.

**Huydecoper 2008**

J.L.R.A. Huydecoper, 'Insolventie en rechten van intellectuele eigendom', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (Serie Onderneming en Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008.

**Keizers 2015**

B.A. Keizers, 'Niet-nakoming van negatieve verplichtingen in faillissement: mission impossible van de curator?', *AA* 20150662, p. 662-672.

**Kemp 2012**

P.C.M. Kemp, annotatie bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *JIN* 2012/140 (Esmilo/Mediq).

**Lisman 2012**

Lisman, annotatie bij HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *JGR* 2012/22 (Esmilo/Mediq).

**Lokin 2008**

J.H.A. Lokin, 'De spagaat van de Hoge Raad: eigendom en zekerheid', in N.E.D. Faber, C.J.H. Jansen en N.S.G.J. Vermunt (red.), *Fiduciaire verhoudingen: Libellus amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Kluwer, Deventer, 2007, p. 137-155.

**Mellema-Kranenburg 2018**

T.J. Mellema-Kranenburg, commentaar op art. 3:45 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt t/m 04-05-2018).

**Neppelenbroek 2012**

E.D.C. Neppelenbroek, 'Digitalisering, auteursrecht en vier waarnemingen over de eigendom', *RMThemis* 2012-5, p. 211-222.

**Oostrom-Streep 2016**

N.C. van Oostrom-Streep, 'Kwalitatieve rechten en verplichtingen in faillissement,' *FIP* 2016/121.

**Van Schilfgaarde 2006**

P. van Schilfgaarde, annotatie bij HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155 (Nebula).

**Van Sint Truiden & Van Wingerden 2018**

Van Sint Truiden/Van Wingerden, commentaar op art. 35, 35b Fw, in: *T&C Insolventierecht* (online: bijgewerkt tot 12-09-2018).

**Snijders & Rank-Berenschot 2012**

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Studiereeks Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2012.

**Spath 2017**

J.B. Spath, 'Is de beslaglegger of de curator een derde?', *NTBR* 2017/22, p. 148-157.

**Verburg 2018**

F.M. Verburg, commentaar op art. 35, 35b Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 2018).

**Verdaas 2018**

A.J. Verdaas, commentaar op art. 20, 23, 24, 53 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt tot 2018).

**Verheul 2015**

E.F. Verheul, 'Volledige verrekening en afdracht van overwaarde in het wetsvoorstel goederenkrediet', *MvV* 2015/9, p. 271-277.

**Verschuur 2019**

A.M.E. Verschuur, commentaar op art. 2.33, 3.27 BVIE, in: *T&C IE* (online: bijgewerkt t/m 01-03-2019).

**Verstijlen 1999**

F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening door schuldeisers', *WPNR* 1999/6355, p. 301-308.

**Verstijlen 2013**

F.M.J. Verstijlen, 'Iedereen pandhouder: door de 'verzamelpancake' naar paritas creditorum', *WPNR* 2013/6983, p. 563-564.

**Verstijlen 2014**

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 (ABN AMRO/Berzona).

**Verstijlen 2017**

F.M.J. Verstijlen, commentaar op art. 3:276, 277, 278 BW, in: J. Hijma (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2017 (online: bijgewerkt tot 01-07-2017).

**Verstijlen 2018**

F.M.J. Verstijlen, commentaar op art. 20, 23, 24, 42, 45, 51, 53 Fw, in: *T&C Insolventierecht* (online: bijgewerkt tot 03-08-2018).

**Vriesendorp 2013**

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Studiereeks Burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2013.

**Van Wechem & Rinkes**

T.H.M. van Wechem & J.G.J. Rinkes, 'Kroniek vermogensrecht', *NJB* 2015/730, p. 937-950.

**De Weijs & Heems 2018**

R.J. de Weijs & D.G.J. Heems, commentaar op art. 42, 45, 51 Fw, A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online: bijgewerkt t/m 2018).

**Van Zanten 2013**

T.T. van Zanten, commentaar op art. 37 Fw, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer (online: actueel t/m 01-09-2013).

**Van Zanten 2014**

T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *Tvl* 2014/36.

**Van Zanten 2018**

T.T. van Zanten, commentaar op art. 37 Fw, in: *T&C Insolventierecht* (online: bijgewerkt tot 15-08-2018).



## Jurisprudentielijst

### Nederland

#### Hoge Raad

HR 31 december 1909, *W.* 8957 (Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.).

HR 25 januari, *NJ* 1929, m.nt. P. Scholten, p. 616 (Bierbrouwerij).

HR 21 juni 1929, *NJ* 1929, p. 1097 (Luxe autoverhuurondernemer).

HR 8 januari 1937, *NJ* 1937, p. 431, m.nt E.M. Meijers (Van der Feltz q.q./N.V. Hoornsche Crediet- en Effectenbank).

HR 11 mei 1951, *NJ* 1952/127, m.nt. Ph.A.N. Houwing (Flora/Van der Kamp)

HR 13 maart 1959, *NJ* 1959/579, m.nt. L.E.H.R. (Van Vliet/Amsterdamsche Bank).

HR 25 november 1966, *NJ* 1967/52.

HR 11 februari 1977, *NJ* 1977/363, m.nt. L.W.H, *BIE* 1978, 102 m.nt S.B. (Mosterdmanneke).

HR 22 mei 1992, *NJ* 1992/526, (Montana I; Bosselaar q.q./Interniber)

HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994/257, m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Pellicaan).

HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn, *AA* 19950604 m.nt. R.D. Vriesendorp (mr. Mulder q.q./CLBN).

HR 19 mei 1995, *NJ* 1996/119, m.nt. W.M. Kleijn (Sogelease; Keereweer/Sogelease).

HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998/896, *AA* 1999/12 m.nt. R.D. Vriesendorp, *Ondernemingsrecht* 1999/54 m.nt. R.J. van Galen (Van der Hel q.q./Edon).

HR 24 september 1999, *NJ* 1999/737, m.nt. P.A. Stein (Welgelegen C.S./Industriebonden).

HR 16 juni 2000, *ECLI:NL:HR:2000:AA6234*, *NJ* 2000/578, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Dooren/ABN Amro).

HR 17 november 2000, *ECLI:NL:HR:2000:AA8357*, *NJ* 2001/272, m.nt. P. van Schilfgaarde (Bakker q.q./Katko).

HR 19 oktober 2001, *ECLI:NL:HR:2001:ZC3654*, *NJ* 2001/654, *JOR* 2001/269 m.nt. N.E.D. Faber (Diepstraten/Gilhuis q.q).

HR 13 mei 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AT2650*, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde, *AA* 2005/0938, m.nt R.D. Vriesendorp (BaByXL).

HR 18 november 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AT8241*, *NJ* 2006/151, *JOR* 2006/60 m.nt. Th.A.L. Kliebisch (BTL Lease/Van Summeren).

HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel, *AA* 2007/4 m.nt. T. Hartlief, *AV&S* 2006/21 m.nt. N. van Tiggele-van der Velde (Royal c.s./Universal Pictures).

HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, *NJ* 2007/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (Smit/mr. Van Hees q.q.).

HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde, AA 2007/3 R.D. Vriesendorp, *JOR* 2007/76 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels, *Ondernemingsrecht* 2007/91 m.nt. R.J. van Galen (Nebula).

HR 18 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5067, *NJ* 2008/335, m.nt. P. van Schilfgaarde; AA 2008/83 m.nt. W.H. Boom; *JOR* 2008/83, m.nt. I. Spinath, *Tvl* 2008/51, m.nt. F.P. van Koppen (S./Brouwer; Slijm/Brouwer of Voorwaardelijke betalingscarrousel).

HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, *NJ* 2009/220, m.nt. P. van Schilfgaarde (mrs. Pannevis en Van Apeldoorn q.q./Air Holland Finance).

HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *NJ* 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2011/19 m.nt. N.E.D. Faber, *Tvl* 2010/17 m.nt. H. de Coninck-Smolders en C.J. Jager (ABN Amro/Van Dooren q.q. III).

HR 17 juni 2011, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK1777, *NJ* 2012/334, m.nt. L.C.A. Verstappen, *Module Ruimtelijke ordening* 2011/5595 m.nt. R. Sieben, *AB* 2011/330 m.nt. F.J. van Ommeren, *TBR* 2011/158 m.nt. H.C.W.M. Moesker (Van Sundert/Gemeente Breda)

HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR2045, *NJ* 2013/7, m.nt. H.J. Snijders, *JBPR* 2012/35, m.nt. B.T.M. van der Wiel, *JIN* 2012/16, m.nt. D.D. Castelijns en M.A.J.G. Janssen (Doornenbal/Van der Spek).

HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, *NJ* 2013/172, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, AA 2012/740, m.nt. S.D. Lindenbergh, *BR* 2013/42 m.nt. E.W.J. de Groot, *JGR* 2012/22 m.nt. Lisman, *JIN* 2012/140 m.nt. P.C.M. Kemp (Esmilo/Mediq).

HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, *NJ* 2013/224, *JOR* 2013/193, m. nt. Van Hees (Megapool; De Bruyn q.q. en Disberg q.q./Laser Nederland)

HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, *NJ* 2014/347 m.nt. M.R. Mok en Jac. Hijma (BP/Benschop).

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen, *Computerrecht* 2015/121 m.nt. Th.C.J.A. van Engelen, *JHV* 2014/134 m.nt. Mr. D. Briedé, *JIN* 2014/159 m.nt. F.M. Guljé, *JOR* 2015/175 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (ABN AMRO/Berzona; Berzona)

HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3460, *NJ* 2016/90, m.nt. H.J. Snijders, *JOR* 2015/26, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Snippers q.q./Rabobank)

HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3650, *NJ* 2015/290, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *JOR* 2015/60, m.nt. Kortmann, *Tvl* 2015/40, m.nt. M.K. Breugem & C.M. Harmsen (Boekhold/Haveman).

HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3568, *NJ* 2017/59 m.nt. Redactie, J. Hijma, *TBR* 2016/75 m.nt. J.O. Berlage, N. Koene, *JOR* 2016/85 m.nt. M.H.S. Berghuijs, *JV* 2016/50 m.nt. T. de Lange, *JAR* 2016/16 m.nt. Y. Konijn (Wijnen Bouw/Muller).

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, *NJ* 2016/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen, *Ondernemingsrecht* 2017/37 m.nt. M.H.E van Rongen, AA 20170417 m.nt. W.H. Boom, *JOR* 2016/287 m.nt. N.E.D. Faber en S.C.J.J. Kortmann, *JIN* 2016/154 m.nt. G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan, *Tvl* 2016/31 m.nt. B.T.M. van der Wiel, S.

Houdijk, *INS-Updates* 2016-0206 m.nt. A.F. Salomons, *TvCu* 2016/3, m.nt. A.W. Jongbloed, (Rabobank vs Reuser).

HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *NJ* 2018/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JIN* 2018/94 m.nt. J.L. Snijders, *JIN* 2018/72 m.nt. E.S. Ebels, G. te Winkel en N.A. van Loon, *AA* 2018/9 m.nt. R.M. Wibier, *JOR* 2018/254 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (Credit Suisse Brazil (Bahamas)/mr. Jongepier q.q.).

#### Gerechtshoven

Hof Leeuwarden 20 februari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC5059, *JOR* 2008/141 m.nt. N.E.D. Faber

Hof Arnhem 24 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH7545.

Hof Amsterdam 13 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:2778 (niet zelfstandig gepubliceerd, maar aangehecht aan arrest Hoge Raad)

Hof Arnhem-Leeuwarden 24 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7202.

#### Rechtbank

Rb. Amsterdam 22 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK6531, *JOR* 2010/46, *RCR* 2010/20

#### Verenigd Koninkrijk

##### Supreme Court

Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc. [2011] UKSC 38

##### High Courts

Whitmore v Mason (1861) 2 J&H 204, 212, per Sir William Page Wood V-C

Ex p Jay; In re Harrison (1880) 14 Ch D 19, 25, per James LJ