

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/129808>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-19 and may be subject to change.

## Reacties

### Reactie op: Verkerk/Tiethoff q.q.

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. N.E.D. Faber\*

*I* In zijn noot in *Ars Aequi* onder HR 20 november 1998, *JOR* 1999/19, nt. NEDF (Verkerk/Tiethoff q.q., *Ars Aequi* maart 1999, pp. 164-169) spreekt prof.mr. R.D. Vriesendorp de hoop uit dat hij zich heeft vergist en dat de Hoge Raad in r.o. 5 van zijn arrest niet geruisloos is omgegaan of op zijn schreden is teruggekeerd, want — zo schrijft Vriesendorp — een overdracht van zaken die in het zicht van een faillissement bij wijze van inbetalinggeving van een opeisbare schuld wordt verricht, is een onverplicht verrichte rechtshandeling.<sup>1</sup> Wij denken dat Vriesendorp zich inderdaad heeft vergist.<sup>2</sup> Uit het arrest van de Hoge Raad valt *niet* af te leiden dat de Hoge Raad voor de toepassing van de pauliana-bepalingen een inbetalinggeving voortaan als een *verplicht* verrichte rechtshandeling aanmerkt. Een inbetalinggeving is een onverplicht verrichte rechtshandeling (of — zo men wil — een voldoening van een verbintenis op een wijze die onverplicht is) en is aantastbaar op de voet van artikel 42 Fw, indien aan de in de wet genoemde vereisten wordt voldaan. De Hoge Raad is niet teruggekomen op zijn eerdere arrest Kin/Emmerig q.q.,<sup>3</sup> maar bevestigt onzes inziens juist hetgeen in dat arrest reeds werd beslist. Wat was in de zaak Verkerk/Tiethoff q.q. het geval?

*2* In het incidentele cassatieberoep dat door de curator tegen het arrest van het Hof 's-Gravenhage<sup>4</sup> was ingesteld, overweegt de Hoge Raad dat het cassatiemiddel in al zijn onderdelen kennelijk berust op het uitgangspunt dat bij de overeenkomst van 4 maart 1994 tussen partijen (Heemskerk en Verkerk) novatie (schuldvernieuwing) heeft

plaatsgevonden, zodat de overdracht van de vrachtauto's door Heemskerk aan Verkerk en de betaling van f 80.000,- door Heemskerk aan Verkerk uitsluitend nog berusten op de overeenkomst van 4 maart 1994. Het Hof heeft dit uitgangspunt niet aanvaard en heeft geoordeeld dat zowel de overdracht van de vrachtauto's — die door het Hof als inbetalinggeving wordt gekwalificeerd<sup>5</sup> — als de betaling van genoemd geldsbedrag nakoming van de oorspronkelijke verbintenis van partijen opleverden. Dit oordeel van het Hof geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Terecht, zo zouden wij menen.

De Hoge Raad zegt niet meer dan dat het Hof tot het oordeel heeft kunnen komen dat in casu van novatie geen sprake was. Niet een nieuwe verbintenis, maar de oorspronkelijke verbintenis tussen partijen is nagekomen. Wat de Hoge Raad echter niet zegt en wat hij onzes inziens evenmin heeft bedoeld, is dat de nakoming van die oorspronkelijke verbintenis een verplicht verrichte rechtshandeling oplevert. Men dient twee vragen te onderscheiden:

- a* de vraag of een verbintenis is nagekomen; en
- b* de vraag of de nakoming van die verbintenis als een verplichte of onverplichte voldoening van die verbintenis moet worden beschouwd.

Inbetalinggeving (met toestemming van de schuldeiser) leidt tot voldoening van de oorspronkelijke verbintenis; na de inbetalinggeving is de schuldenaar dan ook van die verbintenis bevrijd. Artikel 6:45 BW stelt een en ander met zo-

\* Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann is hoogleraar burgerlijk recht aan de KU Nijmegen en voorzitter van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de KU Nijmegen; mr. N.E.D. Faber is directeur van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de KU Nijmegen.

1 Zie zijn noot, onder 4.

2 Hetzelfde geldt voor Van Koppen. Vgl. F.P. van Koppen, *TvI* 1999/4, p. 97 e.v.

3 Zie HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169.

4 Zie Hof 's-Gravenhage 25 februari 1997, *JOR* 1997/44, nt. NEDF.

5 Partijen hebben zelf aanvankelijk over overdracht onder verrekening van de koopprijs gesproken, maar spraken later consequent over 'inbetalinggeving'. De 'innerlijke tegenstrijdigheid' in het oordeel van de Hoge Raad, waarvan Vriesendorp (zie zijn noot, onder 3, sub b) rept, zien wij niet. De Hoge Raad kon niet anders dan zich bij het feitelijke oordeel van het Hof neerleggen.

veel woorden. Dit neemt echter niet weg dat de schuldenaar — ook nadat de schuldeiser te kennen heeft gegeven in een inbetalinggeving toe te stemmen — slechts *verplicht* is tot voldoening van de oorspronkelijke verbintenis door middel van de oorspronkelijk toegezegde prestatie, in casu betaling in (gangbaar) geld. Hij is bovendien *bevoegd* de verbintenis te voldoen door op een andere wijze te presteren. Alleen indien tussen partijen objectieve novatie wordt overeengekomen, hetgeen in casu niet kon worden vastgesteld, wordt de oorspronkelijke verbintenis omgezet in een nieuwe verbintenis. De schuldenaar is dan verplicht om de bij de novatie overeengekomen prestatie te verrichten. Dit kan de overdracht van vrachtauto's zijn. Zou dit het geval zijn, dan neemt dat echter niet weg dat de novatie zelf als een onverplicht verrichte rechtshandeling moet worden getypeerd. De schuldenaar was immers niet verplicht om in te stemmen met de omzetting van de oorspronkelijke verbintenis in een nieuwe verbintenis. Vriesendorp lijkt het onderscheid tussen de hiervóór onder *a* en *b* genoemde vragen uit het oog te hebben verloren.<sup>6</sup>

3 In casu was van novatie — zoals gezegd — geen sprake. De schuldenaar heeft op een onverplichte wijze aan zijn oorspronkelijke verbintenis voldaan. De prestatie is daardoor onverplicht verricht. Het oordeel van de Hoge Raad achten wij helder en begrijpelijk. In wezen heeft de Hoge Raad zijn beslissing uit het arrest Kin/Emmerig q.q. herhaald: 'Onder deze omstandigheden moet het verrichten (...) van die overdracht worden aangemerkt als onverplicht in de zin van art. 42; daaraan kan niet afdoen dat de overdracht ertoe strekte *de openstaande vordering* bij wege van inbetalinggeving te *voldoen*' (cursivering toegevoegd; SCJK en NEDF). Hieruit kan worden afgeleid dat de Hoge Raad (in casu) de voldoening van de verbintenis als een *onverplicht* verrichte rechtshandeling opvatte, ook al werd aan die verbintenis door middel van inbetalinggeving voldaan. Met het arrest Verkerk/Tiethoff q.q. is hierin geen verandering gekomen. De uitspraak van de Hoge Raad in het incidentele cassatieberoep biedt in zoverre weinig nieuws.

## Nawoord bij: Reactie op Verkerk/Tiethoff q.q.

Prof.mr. R.D. Vriesendorp

Het is weer gelukt het Nijmeegse duo Kortmann/Faber tot een reactie te bewegen en dit keer lijken zij gelijk te hebben; vergissen is menselijk. Niettemin ligt de kwestie iets genuanceerder dan zij stellen.

Allereerst ben ik iets minder stellig geweest dan zij doen voorkomen: een zeer nauwgezette lezing van het arrest leidt, zo heb ik onder 3 in mijn noot betoogd (*Ars Aequi*, maart 1999, p. 166), tot de conclusie dat de Hoge Raad zelf eigenlijk niet veel meer zegt dan dat 'kennelijk' het uitgangspunt van het middel niet strookt met het 'klaarblijkelijk' andersluidende feitelijke oordeel van het Hof en dat er voor de Hoge Raad derhalve geen taak is weggelegd. Door de gekozen formulering meende ik echter te bespeuren dat de Hoge Raad impliciet het toepassingsgebied van artikel 42 Fw *lijkt* te hebben willen inperken.

Vandaar mijn slotopmerking dat ik hoopte dat ik mij vergist heb, waarmee ik toch de nodige aarzeling mijnerzijds heb aangegeven.

Dit laatste kan niet gezegd worden van Kortmann en Faber waar zij onder 1 (zie p. 538 hier voor) met de hun bekende stelligheid betogen dat de Hoge Raad niet is teruggekomen op het arrest Kin/Emmerig q.q. en, sterker nog, in hun ogen juist bevestigt hetgeen in dat arrest werd beslist. Kennelijk zijn ook zij van vlees en bloed als zij de Hoge Raad overwegingen in de mond leggen die in het arrest niet zijn terug te vinden. Te stellen dat het oordeel van de Hoge Raad helder en begrijpelijk is, getuigt van gepaste eerbied jegens ons hoogste rechtscollege. Maar om daaraan — onder aanhaling van de kernoverweging uit het arrest Kin/Emmerig q.q. — toe te voegen dat de Hoge Raad in Verkerk/Tiethoff q.q. die

6 Zie zijn noot, onder 3, sub b (slot). Vriesendorp's verwijzing naar de conclusie van A-G Hartkamp is niet terecht. Hartkamp komt niet tot de conclusie dat de voldoening van een verbintenis door middel van inbe-

talinggeving een verplicht verrichte rechtshandeling oplevert. Vgl. ook de conclusie van A-G Hartkamp, onder 4, voor HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.).

oude beslissing in wezen heeft herhaald, valt in mijn ogen — zelfs bij welwillende lezing — niet uit het arrest af te leiden. Dit geldt evenzeer voor de conclusie die Kortmann en Faber daaruit vervolgens aan het slot van hun reactie afleiden, ‘dat de Hoge Raad (in casu) de voldoening van de verbintenis als een *onverplicht* verrichte rechtshandeling opvatte, ook al werd aan die verbintenis door middel van inbetalinggeving voldaan’.

Belangrijker dan het voorgaande is — zeker

voor dit tijdschrift — dat het arrest Verkerk/Tiethoff q.q. voor mij een fraaie kapstok vormde om een onderdeel van het weerbarstige leerstuk van de (faillissements)pauliana aan de hand van een praktijkgeval voor het onderwijs toegankelijk te maken. Dat dit tevens tot een reactie van Kortmann en Faber heeft geleid, is — wat mij betreft — alleen maar meegenomen. Hieruit blijkt overigens, zo merk ik afsluitend op, dat onze opvattingen hoe het geldend recht er op dit punt uit dient te zien, niet verschillen.