

Vragen rondom
de faillissementspauliana

Vragen rondom de faillissementspauliana

Insolad Jaarboek 1998

Mr. A. van Hees
Mr. drs. F.P. van Koppen
Mr. G.H. Gispen
Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
Mr. J.W. Winter
Prof. mr. L. Timmerman

1998

KLUWER - DEVENTER

ISBN 90 268 3404 7

© 1998, A. van Hees, F.P. van Koppen, G.H. Gispen, J.H. Nieuwenhuis, J.W. Winter, L. Timmerman

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Inhoud

Ten geleide	VII
1 Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana	
<i>A. van Hees</i>	
1.1 Inleiding	1
1.2 Doel en strekking van de Pauliana	2
1.3 Het vereiste van de rechtshandeling	3
1.4 Het vereiste van de onverplichtheid	6
1.5 Het vereiste van benadeling	6
1.6 Het vereiste van de wetenschap van benadeling	8
1.7 Art. 47 Fw; de verplichte rechtshandeling	9
2 De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana	
<i>FP van Koppen</i>	
2.1 Inleiding	13
2.2 Het klassieke geval van de vervreemding van een zaak beneden de marktwaarde; subjectief- en objectief-relatieve nietigheid	13
2.3 Art. 51 lid 1 Fw en het leerstuk van de onverschuldigde betaling	17
2.4 Discrepantie tussen de definitie van ‘benadeling’ in de rechtspraak en de regeling in art. 51 lid 1 Fw	17
2.5 Kan art. 51 lid 1 Fw gedeeltelijk analogisch buiten faillissement toegepast worden?	19
2.6 De betekenis van de term ‘gebaat’ in art. 51 lid 3 Fw	19
2.7 Enkele algemene verschillen tussen de rechtsgevolgen van de faillissementspauliana (o.a. wat betreft art. 51 lid 3 Fw) en die van de BW-Pauliana	23
2.8 De derden te goeder trouw van de artt. 51 lid 2 Fw en art. 3:45 lid 5 BW	25
2.9 Relatieve nietigheid en het Kuijsters/Gaalman q.q.-arrest	26
2.10 Conclusie	29
3 De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana	
<i>G.H. Gispen</i>	
3.1 Inleiding	31
3.2 Verhouding tussen de actio Pauliana ex art. 3:45 BW en ex 42 Fw	35

Inhoud

3.3	De vordering uit onrechtmatige daad tot vergoeding van de schade die is ontstaan door de aantasting van het verhaalsvermogen, ingesteld door de individuele schuldeiser en door de curator	38
3.4	Samenloop van de actio Pauliana met de vordering uit onrechtmatige daad	39
3.5	De onrechtmatige daadvordering van de curator en van de individuele schuldeiser	45
3.6	Toepassing	46
3.7	Overdraagbaarheid van de vorderingen	49
4	De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad <i>J.H. Nieuwenhuis</i>	
4.1	Inleiding	51
4.2	Rechtmatige en onrechtmatige doorbreking van de paritas creditorum	53
4.3	Middellijke benadeling	55
4.4	Het doelwit van de actio Pauliana	57
4.5	Verpanding ingevolge art. 20 van de bankvoorwaarden; verplicht dus onaantastbaar?	60
4.6	Ten slotte	63
5	Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen <i>J.W. Winter</i>	
5.1	Inleiding	65
5.2	Artikel 47 Fw	66
5.3	Artikel 54 Fw	74
5.4	Verhaalsonttrekking, selectieve betalingen en de actie uit onrechtmatige daad	79
6	De nietigheidsacties van de curator <i>L. Timmerman</i>	
6.1	Inleiding	85
6.2	Doeloverschrijding	85
6.3	Vernietiging van besluiten	87
6.4	Nachgründungshandelingen	89
6.5	Art. 2:137/247 BW	90
6.6	Tegenstrijdig-belangtransacties	91
6.7	Conclusie	92

Ten geleide

In dit jaarboek is een aantal opstellen opgenomen die aspecten van de faillissementspauliana belichten. Besproken wordt de vraag wanneer de curator een faillissementspauliana kan instellen (Van Hees) en wat de gevolgen van het instellen ervan zijn (Van Koppen). Gispen en Nieuwenhuis maken uitstapjes naar de onrechtmatige daad. Winter bespreekt verschillende aspecten van art. 47 Fw. Ondergetekende vergelijkt de faillissementspauliana met enkele nietigheidsacties uit het vennootschapsrecht.

De Insoladjaardag 1998, die op 19 november plaatsvond, was gewijd aan bespreking van in dit boek afgedrukte beschouwingen. De discussies op deze bijeenkomst waren levendig en interessant. Op de jaardag bleek dat Nieuwenhuis gelijk heeft: de Pauliana is niet aan het eind van zijn Latijn.

Ik dank de preadviseurs voor de prettige samenwerking. Ik bewaar goede herinneringen aan de soepele manier waarop mr. N. Hijmans, mr. S.H. de Ranitz en mr. A.M.M. Deterink bij het voorbereiden van de hierna afgedrukte preadviezen hebben geholpen.

L. Timmerman

1 Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana

*A. VAN HEES**

1.1 Inleiding

Het laatste decennium is sprake van een duidelijke opleving van het faillissementsrecht. Voor een deel is de toegenomen belangstelling toe te schrijven aan de golf van faillissementen die in het begin van de jaren tachtig over ons land is gekomen en enkele geruchtmakende faillissementen die toen zijn uitgesproken. Ook de Vereniging Insolventierecht Advocaten heeft een belangrijke invloed gehad. De door haar georganiseerde en voor leden verplichte opleiding heeft tot een duidelijke verbetering van de kwaliteit van de faillissementsafwikkeling door curatoren geleid. In reactie daarop zijn ook andere betrokkenen bij de faillissementsafwikkeling meer aandacht aan opleiding gaan schenken. Ook in de rechtswetenschap is de verhoogde belangstelling voor het faillissementsrecht zichtbaar. De proefschriften en andere wetenschappelijke publicaties over onderwerpen die tot het faillissementsrecht worden gerekend volgen elkaar in een hoog tempo op.

In het faillissementsrecht neemt de Pauliana een belangrijke plaats in. Bij debiteuren bestaat er een soort van natuurlijke neiging om in het zicht van het faillissement vooruit te lopen op de liquidatie van hun vermogen en daarbij zichzelf of bepaalde anderen te bevoordelen en anderen te benadelen. De Pauliana is een van de belangrijkste instrumenten van de curator om de gevolgen van een dergelijke handelen ongedaan te maken.

De Pauliana is recent beschreven door Van Koppen. Zijn proefschrift¹ bevat een fraaie beschrijving van deze rechtsfiguur en haar gevolgen. Van Koppen beschrijft niet alleen de opvattingen die bestaan over diverse rechtsvragen rondom de Pauliana, doch neemt daarbij op een aantal punten ook een eigen standpunt in. Enkele opvattingen van hem zullen zeker nog tot de nodige discussies leiden. Het proefschrift wordt door mij overigens warm aanbevolen voor een ieder die zich nader in de Pauliana wil verdiepen.

* Auteur is advocaat te Amsterdam.

1. F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en Onrechtmatige Daadvordering*, 1998.

Binnen het bestek van deze bijdrage wil ik mij beperken tot de Pauliana zoals die zich tot nu toe heeft ontwikkeld. Historische beschouwingen laat ik geheel achterwege. Ook zal door mij geen aandacht worden geschonken aan in mijn visie reeds achterhaalde opvattingen en jurisprudentie. Uitgangspunt voor mij is het thans geldende recht en de vragen die in de huidige faillissementspraktijk van belang zijn. Geïnteresseerden die een verder strekkende belangstelling hebben, verwijs ik gaarne naar Van Koppen en de door hem genoemde bronnen. Ik beperk mij tot de faillissementspauliana.

Hierna zal eerst worden stilgestaan bij doel en strekking van de Pauliana. Daarna komen de vier vereisten die voor een beroep op de Pauliana gelden aan de orde. Daarbij zal op elk vereiste afzonderlijk worden ingegaan.

1.2 Doel en strekking van de Pauliana

De Pauliana is geen abstracte op zichzelf staande rechtsfiguur. De Pauliana is een instrument om maatschappelijk ongewenste rechtshandelingen te bestrijden en de gevolgen daarvan geheel of gedeeltelijk ongedaan te maken. Het gaat daarbij kort (en onnauwkeurig) samengevat om rechtshandelingen die door een debiteur in het zicht van zijn faillissement worden verricht en waarbij de door de wet geregelde liquidatie en vereffening van zijn vermogen geheel of gedeeltelijk wordt gefrustreerd. Ons recht biedt ook andere instrumenten om tegen dergelijke handelingen op te treden. Daarbij kan met name gedacht worden aan de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en de ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW). Het bijzondere van de Pauliana is echter dat daarmee de rechtshandeling waar het om gaat kan worden vernietigd. Bij de onrechtmatige daad en de actie uit ongerechtvaardigde verrijking is dat niet mogelijk.² Het voordeel van de vernietiging van een rechtshandeling boven het instellen van een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking, is het goederenrechtelijke effect dat een dergelijke vernietiging kan hebben. Vormt de vernietigde rechtshandeling immers een titel tot overdracht van een vermogensrecht of voor de vestiging van een beperkt recht daarop, dan impliceert de nietigheid van die titel als gevolg van het in ons recht

2. Anders: Van Koppen, a.w. pagina 291 en de door hem aldaar in noot 293 genoemde schrijvers. Van Koppen verwijst daarvoor naar artikel 6:103 BW en stelt dat de rechter volgens deze bepaling op vordering van de benadeelde schadevergoeding in zodanige vorm kan toekennen dat de rechtshandeling die als onrechtmatige daad wordt aangemerkt relatief nietig is. Naar ik meen vormt het stelsel van nietigheden en vernietigbaarheden in de wet een gesloten systeem en staat het de rechter niet vrij om buiten in de wet bepaalde gevallen een rechtshandeling nietig te verklaren. De gevolgen van nietigheid zijn immers bijzonder ingrijpend en kunnen ook derden treffen.

Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana

geldende causale stelsel de ongeldigheid van deze overdracht of vestiging. Een ander verschil is dat bij de Pauliana, anders dan bij de acties uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW), eigen schuld aan de zijde van de gelaedeerde (de benadeelde schuldeiser(s)) (artikel 6:101 BW) in beginsel geen enkele rol speelt. De vernietigbaarheid en de uitsluiting van eigen-schuld-verweer maken de Pauliana tot een aanmerkelijk minder verfijnd instrument dan de acties uit onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. De Pauliana zou kunnen worden geduid als de botte bijl van de curator.

De ingrijpende gevolgen van de Pauliana maken dat een terughoudende toepassing daarvan in de rede ligt. In de regel worden de eisen waaraan voldaan moet zijn voordat een beroep op de Pauliana kan worden gedaan dan ook strikt geïnterpreteerd.³ Is niet aan de (streng te hanteren) eisen van de Pauliana voldaan, dan betekent dat overigens niet dat de curator met lege handen staat. De handeling waarom het gaat kan zich nog kwalificeren als een onrechtmatige daad of een ongerechtvaardigde verrijking van degene met wie de schuldenaar handelde, en aldus tot een schadevergoedingsvordering leiden. Is wel aan de vereisten voor een beroep op de Pauliana voldaan, dan zal de curator in de regel in plaats daarvan en soms ook daarnaast kunnen kiezen voor een actie tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. De Pauliana is niet meer dan een instrument om bepaalde onrechtmatige gedragingen te bestrijden en bepaalde ongerechtvaardigde verrijkingen ongedaan te maken.

Voor een beroep op de Pauliana dient in beginsel aan de vier volgende eisen te worden voldaan. Deze eisen zullen hierna ieder afzonderlijk worden besproken:

1. het moet gaan om een *rechtshandeling* van de schuldenaar,
2. die door hem *onverplicht* is verricht en waardoor
3. schuldeisers zijn *benadeeld*,
4. terwijl zowel de schuldenaar als degene jegens of met wie hij handelde *wisten of behoorden te weten* dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

1.3 Het vereiste van de rechtshandeling

Het vereiste dat het moet gaan om een rechtshandeling vloeit voort uit de aard van de Pauliana. De Pauliana is immers een instrument om rechtshandelingen

3. Zie Van Koppen, a.w. pagina 50 en 80. Zie voor de vereisten van een beroep op artikel 47 Fw: p. 156-157.

aan te tasten. Deze beperking heeft niets te maken met de norm die de Pauliana beoogt te handhaven maar alles met het middel waarmee dat gebeurt. Is geen sprake van een rechtshandeling doch wel voldaan aan alle vereisten van de Pauliana, dan is de in de Paulianaregeling besloten norm geschonden en zal in de regel sprake zijn van een onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Niet valt immers in te zien waarom (met de Pauliana) wél tegen rechtshandelingen opgetreden zou kunnen worden doch niet tegen andere handelingen waarmee hetzelfde mis is.

Wat bijvoorbeeld te denken van de debiteur die timmerman is en die zonder enige tegenprestatie in het zicht van zijn faillissement een garage voor een derde timmert? Vaak wordt een curator ook gesteld voor de situatie dat, uiteraard zonder enige tegenprestatie, door allerlei feitelijke handelingen, zoals het verschaffen van (bedrijfs)informatie en het ter beschikking stellen van personeel en bedrijfsmiddelen, op zich winstgevende activiteiten van de failliet vlak voor het faillissement zijn overgedragen aan een andere entiteit. Ook het verwijderen van bodemzaken van de bodem van de schuldenaar is een feitelijke handeling die in deze categorie kan vallen en derhalve een onrechtmatige daad kan opleveren.

Bij dit alles moet wel worden bedacht dat aan dergelijke louter feitelijke handelingen, waaronder in dit kader overigens ook nalaten moet worden gerekend, vaak rechtshandelingen ten grondslag zullen liggen. Bij het voorbeeld van de timmerman zal vermoedelijk met hem zijn overeengekomen dat hij zijn werkzaamheden kosteloos zal verrichten. De curator kan dan deze afspraak met een beroep op de Pauliana vernietigen en vervolgens de waarde van de verrichte prestatie langs de weg van de artikelen 51, lid 1 Fw juncto 6:203 e.v. BW van de trotse eigenaar van de nieuwe garage opvorderen.

De afgifte van een bodemzaak aan een pandhouder of juridisch eigenaar zal meestal een verplichte handeling zijn. De verplichting tot afgifte zal daarbij berusten op de pandakte of artikel 3:237, lid 3 BW, of op de titel op grond waarvan de zaak aan de schuldenaar ter beschikking was gesteld. Vernietiging daarvan zal vaak niet mogelijk zijn. Anders wordt het wanneer de afgifte plaatsvindt doordat de schuldenaar de bodem waarop de zaak zich bevindt gaat verhuren aan de pandhouder of juridische eigenaar (de zogenaamde 'verhuurconstructie'). Tot het aangaan van een dergelijke huurovereenkomst zal de schuldenaar doorgaans niet verplicht zijn geweest⁴, zodat vernietiging van die overeenkomst in beginsel mogelijk is. Het gevolg van een dergelijke vernietiging is dat de curator geheel aan de huurovereenkomst kan voorbijgaan, en vanuit zijn positie bezien de schuldenaar gerechtigd is en ook steeds gerechtigd is geweest de

4. Anders: Rechtbank Breda, 18 maart 1997, JOR 1997, 45. Zie met name ook nr. 5 van de noot van Faber onder dit vonnis.

bodem te gebruiken. De bodem is daardoor vanuit zijn gezichtspunt gezien steeds de bodem van de schuldenaar gebleven. Het feit dat de schuldenaar korte tijd feitelijk geen toegang heeft gehad tot de bodem doet daar mijns inziens niet aan af. Hij had immers geen toegang vanwege de door hem gesloten huurovereenkomst en deze is nu juist vernietigd.⁵

De afgifte van een bodemzaak, dus ook de verhuurconstructie, benadeelt de fiscus in zijn verhaalsmogelijkheden. Zijn bodemrecht (artikel 22 lid 3 Invorderingswet) en bodemvoorrecht (artikel 21 lid 2 Invorderingswet) gaan daardoor immers verloren. Aan het vereiste van benadeling is derhalve voldaan.⁶ Ook aan het wetenschapsvereiste zal zijn voldaan. De verhuurconstructie wordt meestal juist met het oog op een hooguit binnen enkele dagen te verwachten faillissement opgezet. Merkwaardig is dat de verhuurconstructie door banken zeer veel wordt toegepast en bij mijn weten vrijwel nooit met een beroep op de Pauliana wordt bestreden. Vermoedelijk berust dit op het misverstand dat de Hoge Raad in het arrest Ontvanger/NMB⁷ uitgemaakt zou hebben dat deze constructie niet met een beroep op de Pauliana kan worden bestreden. In het desbetreffende arrest was sprake van de verhuur door de curator van een tot de boedel behorende loods. De Ontvanger zag hierdoor zijn bodemrecht gefrustreerd, en wilde de verhuur met een beroep op de Pauliana vernietigen. De HR overwoog⁸:

‘Met het stelsel van de Faillissementswet, zoals dit tot uiting komt in art. 49 van die wet en in de bepalingen betreffende bevoegdheden van de curator ten aanzien van de boedel en goederen van derden die hij in de boedel aantreft, strookt niet dat de individuele schuldeisers van de gefailleerde die regeling zouden kunnen doorkruisen door de handelingen van de curator met een beroep op art. 1377 BW aan te tasten op de grond dat de curator voor de toepassing van dat artikel met de schuldenaar gelijk zou moeten worden gesteld.’

De strekking van het arrest is derhalve niet dat de verhuurconstructie niet met de Pauliana kan worden aangetast, doch slechts dat individuele schuldeisers in

5. De Rechtbank Utrecht komt in haar vonnis van 3 juli 1996, JOR 1996, 91, tot een ander oordeel. Zie ook J.J. van Hees in zijn noot onder dit vonnis en Faber in zijn noot onder Rechtbank Breda 18 maart 1997, JOR 1997, 45.

6. Ik meen dat de curator reeds bevoegd is van de Pauliana gebruik te maken als slechts één crediteur is benadeeld. Zie daarover verder in de tekst. Voor wat het bodemvoorrecht van de fiscus betreft kan bovendien verwezen worden naar artikel 57, lid 3 Fw. Uit die bepaling volgt dat de curator tot taak heeft de belangen van de fiscus bij het bodemvoorrecht te behartigen. Dit impliceert, naar ik meen, dat hij daarbij zo nodig gebruik kan maken van de Pauliana.

7. HR 12 april 1985, NJ 1986, 808.

8. Dezelfde overweging is aangehaald door Van Koppen, a.w., p. 320.

beginsel geen rechtshandelingen die de curator heeft verricht met de Pauliana kunnen vernietigen.⁹

1.4 Het vereiste van de onverplichtheid

Het vereiste van de onverplichtheid moet aldus worden verstaan, dat de rechtshandeling die het betreft, wordt verricht zonder dat daartoe een op wet of overeenkomst berustende verplichting bestaat, ook al is de feitelijke situatie aldus, dat de schuldenaar praktisch niet anders kon doen dan de rechtshandeling te verrichten.¹⁰ Het gaat daarbij om een rechtsplicht van de *schuldenaar*. De betaling door de schuldenaar van een schuld van een ander zonder dat daartoe voor hemzelf een rechtsplicht bestond, geldt in het kader van de Pauliana als onverplicht. Ook de inbetalinggeving zal in de regel als een onverplichte rechtshandeling moeten worden aangemerkt. De schuldenaar presteert in dat geval immers iets anders dan waartoe hij rechtens gehouden was. Voorts is onverplicht de betaling van een schuld voordat deze opeisbaar was. Dat geldt naar mijn mening ook voor een schuld in het kader van een rekening-courant-krediet zolang als dat krediet niet rechtsgeldig is opgezegd.

Het is denkbaar dat een rechtshandeling een verplichte rechtshandeling wordt, doordat deze wordt voorafgegaan door een andere rechtshandeling die de schuldenaar tot het verrichten daarvan verplicht. Indien ten aanzien van deze eerdere rechtshandeling voldaan is aan de vereisten van de Pauliana, kan de curator deze eerst vernietigen waardoor deze verplichting wegvalt. De tweede rechtshandeling wordt dan een onverplichte rechtshandeling en kan vervolgens op haar beurt worden vernietigd, mits uiteraard ten aanzien van die rechtshandeling ook aan de overige vereisten van de Pauliana is voldaan.

Het is in beginsel de curator die de onverplichtheid van de rechtshandeling zal moeten bewijzen.¹¹

Artikel 47 Fw laat in een beperkt aantal gevallen toe dat een beroep op de Pauliana wordt gedaan ten aanzien van *verplichte* rechtshandelingen. Deze bepaling zal hieronder nog afzonderlijk worden besproken.

1.5 Het vereiste van benadeling

Het gaat hierbij om benadeling van schuldeisers in hun *verhaalsmogelijkheden*. Deze benadeling kan bestaan in een vermindering van actief (bijv. schenking door de schuldenaar), toename van passief (bijv. aangaan van een schuld door

9. Zie Van Koppen, a.w., p. 330.

10. Zie, ondermeer, Hoge Raad 10 december 1976, NJ 1977, 617.

11. Hoge Raad 12 april 1996, NJ 1996, 488.

de schuldenaar), grotere toename van passief dan van actief (bijv. koop tegen te hoge prijs door de schuldenaar), afname van actief en passief (bijv. betaling aan een schuldeiser) of verschaffen van zekerheid.¹²

De bevredigingsmogelijkheden door verhaal van schuldeisers moeten geringer zijn geworden dan zij geweest zouden zijn als de bewuste handeling achterwege zou zijn gebleven.¹³ Aan het vereiste van benadeling hoeft pas te zijn voldaan op het moment dat van de Pauliana gebruik wordt gemaakt.¹⁴ Middellijke benadeling is voldoende. Zo kan bij de verkoop van het huis van een schuldenaar tegen een reële prijs sprake van benadeling zijn doordat de schuldenaar vervolgens de door hem ontvangen koopprijs buiten het bereik van zijn verhaal zoekende crediteuren brengt. Ook is niet nodig dat de benadeelde crediteuren die hoedanigheid reeds hadden op het moment dat de bewuste rechtshandeling werd verricht.¹⁵

Wie moet zijn benadeeld? Artikel 42 Fw spreekt van benadeling van *de* schuldeisers. Omdat een benadeling zoals die bij de Pauliana is vereist ook kan plaatsvinden door een handeling waarbij de bestaande rangorde tussen de crediteuren wordt doorbroken, is in ieder geval niet nodig dat *alle* schuldeisers in het faillissement worden benadeeld. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het door de schuldenaar verschaffen van zekerheid aan een van zijn schuldeisers. Deze ene schuldeiser zal daardoor zeker niet zijn benadeeld. Van Koppen¹⁶ meent ten onrechte dat tenminste de concurrente crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld moeten zijn. Dat zou betekenen dat de curator alleen in die faillissementen waarin concurrente schuldeisers batig gerangschikt zijn of door het beroep op de Pauliana zullen worden, een beroep op de Pauliana kan doen. Het gaat hier om minder dan 5% van alle faillissementen! Het faillissement is een geordende liquidatie door een door de rechtbank aangestelde curator van het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van al zijn schuldeisers. Ter uitoefening van zijn taak heeft de wetgever aan de curator de verhaalsbevoegdheden toegekend waarover voor het faillissement de individuele schuldeisers beschikten en deze bevoegdheden op een aantal punten zelfs nog verruimd.¹⁷ Ik meen dan ook dat de curator de Pauliana ook kan invoeren indien maar één enkele schuldeiser, preferent of niet, in zijn verhaalsmogelijkheden is bena-

12. Zie H.P.J. Ophof, de Actio Pauliana: terug van weggeweest of ook 'wegwezen'? Rede 1992, p. 20.

13. Van Koppen, a.w. p. 102.

14. Hoge Raad 23 december 1949, NJ 1950, 262 (Boendermaker/Schopman) en Hoge Raad 22 september 1995, NJ 1996, 706 (Ravast/Ontvanger).

15. Van Koppen, a.w., p. 95 e.v.

16. Van Koppen a.w., p. 95 en 129 (noot 103).

17. Artikel 47 Fw is van deze verruiming een goed voorbeeld.

deeld. Die ene schuldeiser kon immers voor het faillissement in beginsel reeds een beroep op de BW-Pauliana doen en ik zie niet in waarom de curator dan niet in zijn plaats de faillissementspauliana kan invoeren. De verhaalsuitoefening door de curator beperkt zich immers niet tot die voor concurrente schuldeisers. Wordt de benadeling ongedaan gemaakt dan zal uiteraard geen vernietiging meer kunnen plaatsvinden.

1.6 Het vereiste van de wetenschap van benadeling

De Pauliana grijpt in in een rechtsrelatie waarbij een of meer derden zijn betrokken. Een dergelijk ingrijpen behoeft rechtvaardiging. Die rechtvaardiging kan niet, in ieder geval niet zonder meer, worden gevonden in het feit dat sprake is van benadeling in de verhaalsmogelijkheden van een of meer schuldeisers. Voor het verplaatsen of afwentelen van schade is in ons rechtssysteem een (goede) grond nodig. Voor wat de Pauliana betreft, bevindt die grond zich voor een deel in de wetenschap die de desbetreffende derde van de benadeling had op het moment dat hij de gewraakte rechtshandeling verrichtte. Waar deze wetenschap ontbreekt, steunt de Pauliana op het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking. Het betreft dan rechtshandelingen om niet. In dat geval is voor toepassing van de Pauliana geen wetenschap van benadeling bij degene met of jegens wie de schuldenaar handelde, vereist (art. 42 lid 2 Fw). De ratio hiervan is, dat in de belangenafweging tussen de benadeelde schuldeiser en de bevoordeelde wederpartij van de schuldenaar, het belang van de laatste aan dat van de eerste opgeofferd moet worden, nu hij om niet heeft verkregen en slechts een voordeel hoeft af te staan, terwijl bij de tegenovergestelde oplossing de schuldeiser een nadeel zou lijden.¹⁸ De gevolgen van een beroep op de Pauliana bij een rechtshandeling om niet waarbij de wederpartij geen wetenschap van benadeling had, zijn overigens door de wetgever enigszins gemitigeerd. Naar het derde lid van art. 42 Fw bepaalt, heeft de vernietiging in dat geval immers geen werking, voor zover de wederpartij aantoont dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling was gebaat.

De gevolgen van een vernietiging op grond van de Pauliana voor de wederpartij die wetenschap van benadeling had, en derhalve niet te goeder trouw was, zijn vaak ernstiger en ingrijpender dan wanneer zij tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad zou zijn aangesproken. Een geslaagd beroep op de Pauliana leidt tot nietigheid van de daardoor getroffen rechtshandeling met mogelijk goederenrechtelijke consequenties voor zover de rechtshandeling een goederenrechtelijke rechtshandeling was of als titel daarvoor diende. Voorts

18. Aldus Van Koppen, a.w., p. 9.

speelt bij de Pauliana eigen schuld aan de zijde van de benadeelde schuldeiser(s) in beginsel geen rol en leidt deze derhalve in beginsel niet tot een verminderde aansprakelijkheid. Ook mede-schuld en de daaruit voortvloeiende regresaanspraken, spelen geen rol en kunnen daarom het leed niet verzachten van degene tegen wie een beroep op de Pauliana wordt gedaan. Wetenschap van mogelijke benadeling is daarom niet voldoende om een beroep op de Pauliana te kunnen doen. Vereist is objectieve wetenschap: de schuldenaar en hij of zij met wie de schuldenaar handelde, wisten of behoorden te weten dat schuldeisers daardoor zouden worden benadeeld.¹⁹ Dat een beroep op de Pauliana openstaat in het geval de schuldenaar en degene met wie werd gehandeld, beiden wisten dat schuldeisers zouden worden benadeeld, zal weinig vragen oproepen. Deze subjectieve wetenschap zal overigens niet gemakkelijk bewezen kunnen worden. Indien het bewijs van subjectieve wetenschap niet geleverd kan worden, zal bewezen moeten worden dat de schuldenaar en zijn wederpartij in ieder geval van de benadeling behoorden te weten. De vraag is echter wanneer aan dit criterium is voldaan. Wat te denken van een partij van wie bekend is dat zij een negatief vermogen heeft en in ernstige financiële problemen verkeert? Kan men van zo'n partij nog wel goederen of diensten betrekken en deze, als gebruikelijk, per bank voldoen? Men zal er in zo'n situatie vanuit moeten gaan dat de betaling die men verricht door de bank van de desbetreffende partij met openstaande kredieten zal worden verrekend. Het gevolg van de transactie zal dan ook zijn dat de verhaalsmogelijkheden van de overige schuldeisers verminderen. Aan de conclusie dat voldaan is aan het vereiste van wetenschap van benadeling, valt dan nog maar moeilijk te ontkomen. Gevolg hiervan zou zijn dat het zeker niet zonder risico is, zaken te doen met een partij van wie bekend is dat zij financieel zeer zwak staat. Om dit, naar mijn mening ongewenste gevolg te voorkomen, zal men niet te gemakkelijk mogen aannemen dat aan het vereiste van wetenschap van benadeling is voldaan. Vertaald naar het hiervoor gegeven voorbeeld zal, naar ik meen, geen wetenschap van benadeling mogen worden aangenomen zolang als redelijkerwijze rekening gehouden kan worden met het op de een of andere wijze weer financieel gezond worden van de schuldenaar.

1.7 Art. 47 Fw: de verplichte rechtshandeling

Artikel 47 maakt bij verplichte rechtshandelingen een beroep op de Pauliana in twee gevallen mogelijk, namelijk:

1. in het geval degene die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd en

19. HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257. Zie ook Van Koppen p. 103, in het bijzonder noot 32, met verdere verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

2. in het geval de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.

Vereist blijft dat het gaat om een rechtshandeling en dat een of meer schuldeisers zijn benadeeld. Dat het om een rechtshandeling moet gaan, vloeit voort uit het karakter van de Pauliana. De Pauliana is immers, als meermalen opgemerkt, een middel om bepaalde rechtshandelingen te vernietigen. Het vereiste van benadeling blijkt niet uit art. 47 Fw doch ligt daar volgens de Hoge Raad in het arrest Loeffen/Mees & Hope II²⁰ wel in besloten. Aan dit vereiste zal overigens alleen niet zijn voldaan in het geval de betaling niet ten laste is gekomen van vermogen (activa) van de schuldenaar waarop andere schuldeisers zich konden verhalen. Het arrest Loeffen/Mees & Hope II geeft van een dergelijk geval een fraai voorbeeld. De bewijslast terzake van de benadeling rust op de ontvanger van de betaling. Hij zal derhalve moeten bewijzen dat van benadeling geen sprake is.

Bij de eerste categorie van gevallen die art. 47 Fw noemt, is subjectieve wetenschap vereist bij degene die de betaling ontving.²¹ Een 'behoren te weten' is niet voldoende. De wetenschap moet de faillissementsaanvraag (of -aangifte) betreffen die daadwerkelijk tot het faillissement heeft geleid.

Ook bij de tweede categorie van gevallen waarin art. 47 Fw kan worden toegepast, geldt terughoudendheid. Van het in art. 47 bedoelde overleg is volgens de Hoge Raad in het Gispen/IFN-arrest²² alleen sprake bij samenspanning tussen de schuldenaar en degene die door hem werd betaald. Bij beiden moet het oogmerk hebben bestaan de desbetreffende schuldeiser door de betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. Dit oogmerk aan de zijde van zowel de schuldenaar als de schuldeiser zal slechts zelden te bewijzen zijn. De rechter heeft echter de mogelijkheid om aan de hand van de omstandigheden van het geval, behoudens tegenbewijs, voorshands voldoende aannemelijk te achten dat van het vereiste overleg sprake is geweest. Met name in het geval een en dezelfde persoon bestuurder is van zowel de schuldenaar als de schuldeiser die betaald wordt, kan er aanleiding zijn van deze mogelijkheid gebruik te maken.²³

20. HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214.

21. Van Koppen, a.w., p. 155.

22. HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628.

23. Vgl. Van Koppen, a.w., p. 166. Vgl. ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 17 september 1997, JOR 1997, 132. In zijn noot onder dit arrest wijst J.J. van Hees op de mogelijkheid in een dergelijk geval de bewijslast om te keren. Een dergelijke omkering gaat verder dan de mogelijkheid waar ik op wijs. Een omkering van de bewijslast leidt er immers toe dat ook het bewijsrisico bij andere partij, in dit geval bij de ontvanger van de gewraakte betaling, komt te liggen. Zover zou ik niet willen gaan.

Voorwaarden voor het instellen van de Pauliana

Verplichte rechtshandelingen die niet aan alle vereisten van art. 47 Fw voldoen, kunnen een onrechtmatige daad opleveren. Dat geldt naar mijn mening ook indien niet voldaan is aan het zeer strikt uitgelegde overleg-vereiste van art. 47 Fw. Voordeel van een actie uit onrechtmatige daad is bovendien dat op grond daarvan niet alleen de ontvanger van de betaling kan worden aangesproken, doch ook andere betrokkenen.²⁴ Dat een verplicht verrichte rechtshandeling een onrechtmatige daad kan opleveren zonder dat is voldaan aan het strikte overleg-criterium van art. 47 Fw, blijkt uit het arrest Keulen/BLG.²⁵ Het bijzondere in die zaak was dat de schuldeiser die betaling ontving, de schuldenaar in feite vrijwel geheel beheerste. Het oordeel van de Hoge Raad kwam er op neer dat deze schuldeiser onrechtmatig handelde indien zij ten tijde van de betaling ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid van een tekort. Dit gaat aanmerkelijk minder ver dan de samenspanning die de Hoge Raad vereist voor toepassing van art. 47 Fw.

24. Zie bijv. HR 30 mei 1997, JOR 1997, 111, met noot van J.J. van Hees. Het betrof daar bestuurders van de schuldenaar.

25. HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792.

2 De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana

*F.P. VAN KOPPEN**

2.1 Inleiding

In deze bijdrage worden de rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana besproken. Deze gevolgen worden voornamelijk geregeld in art. 51 Fw, dat een aantal vrij globale bepalingen bevat. Hieronder zal toelichting gegeven worden bij de belangrijkste onderdelen van art. 51 Fw. Ook zal de vraag behandeld worden of art. 51 lid 1 Fw gedeeltelijk analogisch buiten faillissement toegepast kan worden en zullen enkele algemene verschillen tussen de rechtsgevolgen van de faillissementspauliana en die van de BW-Pauliana de revue passeren.

Bij een aantal van de bepalingen van art. 51 Fw is van belang dat het rechtsgevolg van het vernietigen van de paulianeuze rechtshandeling een gecompliceerd soort relatieve nietigheid¹ is. Ook dit complexe systeem zal nader toegelicht worden. Tevens wordt aandacht besteed aan het verband tussen genoemde nietigheid en het bekende arrest Kuijsters/Gaalman q.q. (HR 30 september 1994, NJ 1995, 626). Tot slot zal ik een algemeen oordeel geven over de vraag of art. 51 Fw en de relatieve nietigheid een werkzaam systeem opleveren.

2.2 Het klassieke geval van de vervreemding van een zaak beneden de marktwaaarde; subjectief- en objectief-relatieve nietigheid

De rechtsgevolgen van het inroepen van de Pauliana worden allereerst geïllustreerd aan de hand van het volgende klassieke geval. Schuldenaar B verkoopt en levert op paulianeuze wijze een zaak² beneden de marktwaaarde aan C. B's schuldeiser A, of in geval van B's faillissement de curator, kan tegen de rechtshandeling opkomen door middel van een buitengerechtelijke verklaring of door

* Mr. drs. F.P. van Koppen is universitair docent bij de vakgroep Privaatrecht van de Katholieke Universiteit Brabant en participeert in TOGI (Tilburgse Onderzoeksgroep Goederen- en Insolventierecht).

1. Zie J. Eggens (Vormen van nietigheid en van bekrachtiging van rechtshandelingen, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen II, 1959, p. 140, noot 8 en p. 148) en J.A. Ankum, De Pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie, 1962, p. 172 en 173.
2. Ter wille van de eenvoud ga ik ervan uit dat het hier een niet-registergoed betreft.

het vorderen van vernietiging in rechte. Wanneer hij zijn beroep op de Pauliana-artikelen terecht gedaan heeft, kan hij na beslaglegging³ en verkoop zich uiteindelijk op de opbrengst van de zaak verhalen. Wanneer de koopovereenkomst als titel voor de levering met terugwerkende kracht is vernietigd, wordt vanwege de werking van het causale stelsel de debiteur B ten aanzien van crediteur A of de curator q.q. geacht steeds eigenaar gebleven te zijn. In de vorige paragraaf werd reeds verwezen naar het systeem van de relatieve nietigheid, dat zowel binnen als buiten faillissement van toepassing is. Men kan deze nulliteit onderverdelen in een subjectief-relatieve en een objectief-relatieve nietigheid. Allereerst zal de situatie buiten faillissement behandeld worden. De nietigheid is onder andere subjectief-relatief, omdat de benadelende koopovereenkomst in principe slechts nietig is tegenover schuldeiser A die de nietigheid inroept.⁴ Ten aanzien van alle andere personen heeft de rechtshandeling zoveel mogelijk de normale gevolgen. In hoeverre een wijziging in de gevolgen intreedt, moet naar omstandigheden worden beoordeeld.⁵ Wanneer schuldeiser A met succes vernietigt en beslag legt, dan kan wederpartij C die de zaak moet afgeven, zich uiteraard niet meer als eigenaar beschouwen, maar hij blijft in principe⁶ tegenover schuldenaar B van wie hij de zaak verkreeg zijn rechten behouden. De subjectief-relatieve nietigheid heeft o.a. tot gevolg dat de tussen schuldenaar B en zijn wederpartij C bestaande rechtsverhouding geldig blijft en dat de vernietiging niet ten voordele van B mag strekken.⁷ Dat laatste betekent o.a. dat als er, nadat de benadeelde crediteur zich uit de opbrengst heeft voldaan, een overschot is, dit aan de verkrijger C moet worden uitgekeerd. Ook is hier sprake van objectief-relatieve nietigheid: de rechtshandeling is niet verder nietig dan nodig

3. Ik zal in dit kader niet ingaan op de beslagrechtelijke aspecten van de Pauliana. Zie B. Winters en M. Ynzonides, *Opmerkingen over Paulianabeslag* in: WPNR 6160 (1994), p. 837-839 en R.J. van Galen/E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Aantekening 9 bij art. 42 in: Faillissementswet, losbladige serie* (red. C.J. van Zeben).
4. De Hoge Raad heeft de leer van de subjectief-relatieve nietigheid bevestigd in HR 15 maart 1940 (NJ 1940,848) (De Boer/Haskerveenpolder), HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367 (Divi/Berkel). Zie ook Rb. Amsterdam 12 mei 1976 (Schip en Schade 1977, 69); Rb. Utrecht 20 februari 1935, NJ 1935, 1586; Pres. Rb. Den Haag 7 september 1982, RvdW/KG 1982, 164; Arbitraal vonnis Westeroen van Meeteren 2 mei 1935 (Arbitrale rechtspraak 1935, 201) en Rb. Alkmaar 20 april 1899 (WPNR 1899, p. 285).
5. Zie Asser-Hartkamp 4-II, 1997, nr. 451 en Wachter in zijn annotatie bij HR 28 mei 1982, NJ 1983, 310 (Van Galen/Wiarda q.q.).
6. Met 'in principe' bedoel ik 'binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid'. Vanwege de mij toegemeten ruimte kan ik in dit verband hierop niet nader ingaan. Zie voor een verdere uitwerking van deze norm mijn dissertatie 'Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering', 1998, p. 256 e.v.
7. Zie Ankum, t.a.p., p. 181.

is om de benadeling van schuldeiser A op te heffen: zie art. 3:45 lid 4 BW.⁸ Het Divi/Berkel-arrest (HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367) biedt een aardige illustratie van zowel subjectief- als objectief-relatieve nietigheid buiten faillissement. Berkel, een ex-werkneemster van Divi NV, riep op basis van de Pauliana de nietigheid in van een overeenkomst waarbij Divi NV tegen een te lage prijs goederen aan Divi Inc. had overgedragen. Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba en het Hof van Justitie wezen de vordering van Berkel toe en de Hoge Raad verwierp het hiertegen gerichte cassatieberoep. De eiseres tekende bij haar vordering aan dat de nietigheid niet verder reikte dan haar belang als schuldeiser van Divi NV meebracht. Dit betekent dus dat de verkoop slechts nietig is jegens haar en dat zij, wanneer zij bijv. voor f 100.000,- benadeeld is, uit de executieopbrengst f 100.000,- mag ontvangen en het restant aan Divi Inc. moet uitkeren.

Ook in faillissement wordt het rechtsgevolg dat intreedt nadat de paulianeuze rechtshandeling is vernietigd, beschouwd als een relatieve nietigheid. Dit komt in de tekst van art. 42 lid 1 Fw tot uitdrukking doordat bepaald wordt dat de vernietiging ten behoeve van de boedel plaats vindt. Subjectief-relatieve nietigheid in faillissement wil zeggen dat de nietigheid in principe uitsluitend ten aanzien van de faillissementscurator bestaat in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel, en dus jegens de gezamenlijke schuldeisers, wier belangen door de curator behartigd worden. Teneinde de nietigheid in beginsel uitsluitend te laten gelden ten aanzien van de curator en de gezamenlijke crediteuren bestaat de rechtsregel dat de paulianeuze handeling enkel door de curator vernietigd kan worden, niet ook door degene met wie de schuldenaar handelde of de schuldenaar zelf. De ratio van deze rechtsregel is duidelijk: het gaat hier om een nietigheid uitsluitend in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, waaraan dus slechts zij als collectief enig recht mogen ontleen. De curator is de enige persoon die gerechtigd is om de rechtsvorderingen gegrond op de artt. 42-48 Fw in te stellen: zie art. 49 lid 1 Fw.

Tegenover andere personen dan de curator q.q. en de gezamenlijke schuldeisers heeft de rechtshandeling zoveel mogelijk de normale gevolgen. Zodoende heeft voor de schuldenaar zelf en degene met wie hij handelde de vernietiging als consequentie dat ook de gevolgen van de rechtshandeling slechts wegvallen voorzover dit ten bate van de boedel noodzakelijk is maar dat zij in principe

8. Zie voor toepassingen van de leer van de objectief-relatieve nietigheid: HR 16 februari 1996 (NJ 1996, 367) (Divi/Berkel); Hof Arnhem 10 december 1991 (NJ 1993, 40); Pres. Rb. Den Haag 7 september 1982 (RvdW/KG 1982, 164); Rb. Utrecht 20 februari 1935 (NJ 1935, 1586).

tegenover elkaar verbonden blijven. Dus: de mate waarin de handeling voor anderen dan de curator en de schuldeisers de normale gevolgen heeft – in beginsel zoveel mogelijk – hangt samen met wat het belang van de gezamenlijke crediteuren eist. Wanneer bijv. de curator teruggave van een paulianeus vervreemde zaak vordert, kan degene die deze moet teruggeven zich uiteraard tegenover de curator q.q. niet meer op zijn eigendom van de zaak beroepen. Tegenover de schuldenaar van wie hij deze zaak kocht behoudt hij echter zijn persoonlijke rechten en zelfs zijn eigendom⁹ van de zaak.

Een illustratie van de subjectief-relatieve nietigheid is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Alkmaar.¹⁰ Hierbij ging het om een schuldenaar die enkele maanden vóór zijn faillietverklaring een betaling had verricht. De ontvanger van de betaling stelde dat door de nietigheid van deze betaling de verbintenis van een andere persoon, die zich borg had gesteld, herleefde. De Rechtbank overwoog dat, omdat deze nietigheid uitsluitend gold ten opzichte van de boedel, genoemde verbintenis niet opnieuw tot leven werd gewekt.

Verder geldt ook in faillissement het systeem van de objectief-relatieve nietigheid: de rechtshandeling is niet verder nietig dan nodig is om de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers op te heffen.¹¹

Tot slot: zéér belangrijk in dit verband is dat het stilzwijgende uitgangspunt van de wetgever bij de relatieve nietigheid is dat de nietigheid enerzijds slechts door de benadeelde schuldeiser ten bate van zichzelf (of in faillissement door de curator ten behoeve van de boedel¹²) ingeroepen kan worden, maar dat hij dit anderzijds tegenover iedereen kan doen. De enige wettelijke uitzonderingen zijn de derden te goeder trouw genoemd in de artt. 3:45 lid 5 BW en art. 51 lid 2 Fw. Deze artikelen zullen in paragraaf 8 besproken worden. Binnen de grenzen gesteld door deze wettelijke bepalingen blijven tegenover deze derden de rechtshandeling en haar gevolgen bestaan.

9. Na de geslaagde terugvordering door de curator bevindt de paulianeus vervreemde zaak zich uitsluitend in de boedel om ten bate van de schuldeisers te worden geliquideerd. Tegenover de gefailleerde schuldenaar blijft de wederpartij die de zaak aan de curator teruggegeven heeft gelden als eigenaar. Wanneer de wederpartij na de teruggave tot de conclusie komt dat hij hoge prijs stelt op het genot van de zaak en de waarde ervan aan de curator vergoedt, dan moet de curator deze zaak weer aan hem afstaan. De benadeling is dan immers opgeheven en de wederpartij kan zich tegenover de gefailleerde op zijn eigendom beroepen.

10. Rechtbank Alkmaar 20 april 1899 (WPNR 1899, p. 285).

11. Zoals in de vorige noot reeds gesteld is, heeft deze leer ook tot gevolg dat de wederpartij van de paulianeus handelende debiteur de nietigheid kan opheffen door aan de curator het bedrag van het nadeel te vergoeden. Zie Hof Arnhem 10 december 1991 (NJ 1993, 40) en Ankum, t.a.p., p. 177.

12. Zie H.F.A. Völlmar, De Faillissementswet, 1953, p. 118.

2.3 Art. 51 lid 1 Fw en het leerstuk van de onverschuldigde betaling

In art. 51 lid 1 Fw wordt gesteld dat degene jegens wie de vernietiging werkt datgene wat uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan moet teruggeven aan de curator met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het BW. Met andere woorden: deze persoon heeft jegens de curator q.q. binnen de grenzen van art. 51 lid 1 Fw een verbintenis uit onverschuldigde betaling om datgene wat uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen terug te geven. Het gaat hier om een verbintenis tot feitelijke ongedaanmaking.¹³ Vanwege de terugwerkende kracht van de vernietiging komt aan de levering van het bewuste vermogensbestanddeel aan de wederpartij de rechtsgrond te ontvallen. Wanneer het een vermogensbestanddeel betreft waarop de schuldenaar, bezien vanuit het standpunt van de curator q.q., geacht wordt het eigendomsrecht te hebben, dan heeft de curator uiteraard ook een goederenrechtelijke actie: hij kan het goed ten bate van de boedel revindiceren.

2.4 Discrepancie tussen de definitie van ‘benadeling’ in de rechtspraak en de regeling in art. 51 lid 1 Fw

In deze paragraaf worden de situaties beschouwd waarin de wederpartij tegen wie de Pauliana wordt ingesteld nog in staat is om het paulianeus vervreemde goed terug te geven maar hij daarnaast aanvullende schadevergoeding aan de curator dient te betalen. Het betreft in deze gevallen schadevergoeding die betaald moet worden omdat teruggave van het paulianeus vervreemde vermogensbestanddeel aan de curator niet voldoende is om de gehele benadeling in de zin van de Pauliana op te heffen. Het probleem is namelijk dat er een zekere discrepantie bestaat tussen de definitie van ‘benadeling’ die de Hoge Raad gegeven heeft in het Boendermaker/Schopman-arrest (HR 23 december 1949, NJ 1950, 262) en de regeling van art. 51 lid 1 Fw. In laatstgenoemd arrest overwoog de Hoge Raad dat er benadeling in de zin van de Pauliana was wanneer op het moment dat de schuldeiser zijn rechten uit art. 1377 (oud) BW/ 3:45 BW deed gelden¹⁴ de verhaalsmogelijkheid voor de schuldeiser geringer is dan zij geweest zou zijn als de handeling achterwege was gebleven. In de situatie van faillissement betekent dit dat er benadeling is wanneer op het moment dat de curator q.q. ex art. 42 Fw zijn rechten ten bate van de gezamenlijke crediteuren doet gelden, de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers van de gefailleerde in het algemeen minder zijn dan zij geweest zouden zijn als de handeling achterwege was gebleven. In de genoemde overwegingen uit het Boender-

13. Zie HR 3 juni 1921 (NJ 1921, 968).

14. Zie ook het arrest Ravast NV/Ontvanger (HR 22 september 1995, NJ 1996, 706).

maker/Schopman-arrest wordt de benadeling in verhaalsmogelijkheden op scherpe wijze gedefinieerd. Deze definitie heeft namelijk oog voor het feit dat benadeling in verhaalsmogelijkheden zich niet alleen hoeft voor te doen door het enkele feit dat een vermogensbestanddeel (bijv. een productiemiddel) het vermogen van de schuldenaar verlaat maar ook doordat dit tot gevolg heeft dat geen productie meer plaatsvindt in het bedrijf van de debiteur en er zodoende winst gederfd wordt. De discrepantie tussen de definitie van ‘benadeling’ in de zin van het Boendermaker/Schopman-arrest en de regeling van art. 51 lid 1 Fw (en hiermee samenhangende de regels betreffende onverschuldigde betaling) ligt daarin dat deze regelingen zeer ‘object gericht’ zijn en zodoende enkel erop gericht zijn om te bereiken dat de debiteur weer de feitelijke macht krijgt over een bepaald vermogensbestanddeel of de waarde daarvan vergoed krijgt maar, op zich zelf genomen, andere soorten van benadeling in verhaalsmogelijkheden, zoals de bovengenoemde winstderving, niet succesvol kunnen bestrijden.

Vanwege de terugwerkende kracht van de vernietiging gaat de verbintenis uit onverschuldigde betaling om het goed aan de boedel terug te geven werken vanaf het moment van verrichten van de paulianeuze rechtshandeling. Omdat naar huidig recht de verbintenis uit onverschuldigde betaling als iedere ongedaanmakingsverbintenis behandeld wordt, zijn de artikelen 6:74 e.v. BW betreffende de gevolgen van het niet nakomen van verbintenissen óók aan de orde. Uit art. 6:205 BW volgt dat de wederpartij, die in het geval van art. 51 lid 1 Fw in alle denkbare situaties op één¹⁵ na te kwader trouw is, vanaf het moment van ontvangst in verzuim is, zonder dat hij in gebreke gesteld hoeft te worden. Hij heeft, nu de rechtshandeling met terugwerkende kracht is vernietigd, vanaf het moment van ontvangst een verbintenis uit onverschuldigde betaling om het goed of de geldsom terug te geven. Ingevolge art. 6:205 BW is hij, wanneer hij die verbintenis tot ongedaanmaking niet nakomt, vanaf dat moment in voorkomende gevallen ook verplicht om aanvullende schadevergoeding te betalen. Hiermee is het probleem van de genoemde discrepantie uiteindelijk opgeheven. In het kader van deze vordering tot schadevergoeding moet de curator aantonen dat wanneer het paulianeus vervreemde productiemiddel in de boedel was gebleven, hij zich er inkomsten mee verworven zou hebben, zodat de verhaalsmogelijkheden voor de gezamenlijke schuldeisers beter zouden zijn geweest. Het zal duidelijk zijn dat deze bewijslast bij een in economisch opzicht niet erg florerende gefailleerde debiteur niet licht is. Toch moet uiteraard een curator deze kans niet laten liggen.

15. Art. 51 lid 1 Fw betreft slechts ontvangers te kwader trouw. De enige uitzondering is de verkrijger om niet te goeder trouw in de zin van art. 42 lid 3 Fw, die gebaat is.

2.5 Kan art. 51 lid 1 Fw gedeeltelijk analogisch buiten faillissement toegepast worden?

Ik gebruik de term ‘gedeeltelijk’ omdat in faillissement uiteraard de curator q.q. degene is aan wie het paulianeus vervreemde vermogensbestanddeel ter executie afgedragen wordt. Buiten faillissement wordt het goed ter beschikking gesteld van de schuldeiser die een beroep doet op de Pauliana. Ankum¹⁶ en Beekhuis¹⁷ hebben reeds gesteld dat art. 51 lid 2 (oud) Fw, dat samen met lid 1 van hetzelfde artikel de voorloper van het huidige art. 51 lid 1 Fw vormde, buiten faillissement analogisch moest worden toegepast.¹⁸ Ik zou hetzelfde willen aannemen voor het huidige art. 51 lid 1 Fw. De analogie kan als volgt beschreven worden. De curator q.q. vernietigt de koopovereenkomst tussen de later gefailleerde debiteur en zijn wederpartij slechts ten bate van de gezamenlijke schuldeisers. Zodoende heeft de wederpartij slechts jegens de curator q.q. en de gezamenlijke crediteuren een verbintenis uit onverschuldigde betaling om het goed terug te geven. Enkel ten bate van hen dient het goed aan de boedel te worden teruggegeven om te worden geliquideerd. Dezelfde relatieve nietigheid geldt buiten faillissement. De schuldeiser vernietigt ex art. 3:45 BW de bewuste koopovereenkomst slechts ten bate van zichzelf. Ook buiten faillissement heeft de wederpartij bij de vernietigde rechtshandeling, bezien vanuit de optiek van de vernietigende schuldeiser, een verbintenis uit onverschuldigde betaling om het paulianeus vervreemde vermogensbestanddeel aan de debiteur terug te geven. Zodoende kan de schuldeiser beslag erop leggen en tot uitwinning overgaan.

2.6 De betekenis van de term ‘gebaat’ in art. 51 lid 3 Fw¹⁹

De betekenis van de term ‘gebaat’ in art. 51 lid 3 Fw is in praktisch opzicht van groot belang, aangezien volgens deze bepaling, wanneer de boedel is gebaat²⁰, een boedelschuld ontstaat, terwijl bij niet gebaat zijn van de boedel de schuld-

16. Ankum, t.a.p., p. 179 en 180.

17. J.H.Beekhuis, De regeling van de zgn. ‘actio Pauliana’ in het Belgisch en het Nederlands Burgerlijk Wetboek, Preadvies voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1959, p. 15.

18. Anders: Rechtbank Haarlem 26 januari 1988 (NJ 1989, 660). Zie p. 218 t/m 222 van mijn dissertatie voor een bestrijding van de argumenten van de Rechtbank.

19. Het begrip ‘gebaat’ wordt ook gehanteerd in art. 51 lid 2 Fw. Ter wille van de beknoptheid zal ik het gebruik van deze term in lid 2 niet bespreken. Zie voor een verdere uitleg mijn dissertatie, p. 224 e.v., met name p. 230 t/m 232 en 234 t/m 237.

20. M.i. rust op de wederpartij bij de paulianeuze rechtshandeling – en dus niet op de curator – de bewijslast dat de boedel gebaat is.

eiser slechts een concurrente vordering heeft. Mijn stelling is dat ‘gebaat’ in genoemd artikel ‘ongerechtvaardigd verrijkt’ betekent. Ik zal allereerst het verband tussen de objectief-relatieve nietigheid en deze uitleg van het begrip ‘gebaat’ aangeven. De regel van art. 51 lid 3 Fw dat het door de schuldenaar ontvangene wordt teruggegeven voorzover de boedel erdoor is gebaat, is een uitvloeisel van de objectief-relatieve nietigheid. Dit blijkt ook uit de MvT bij art. 42 Fw²¹, waarin opgemerkt wordt dat art. 3:45 lid 4 BW niet is overgenomen in art. 42 Fw in verband met o.a. het bepaalde in art. 51 lid 3 Fw. Een en ander laat zich illustreren aan de hand van de volgende casuspositie. Stel dat de later gefailleerde schuldenaar X een vermogensbestanddeel, dat f 6.000,- waard was, voor f 2.000,- aan Y heeft verkocht en geleverd. Er is vanwege de verschaft tegenprestatie nog een waarde van f 2.000,- aanwezig in de boedel. Deze is door de oorspronkelijke betaling van f 2.000,- verrijkt²² omdat hiermee waardevolle goederen zijn aangekocht die nog steeds in de boedel aanwezig zijn. De objectief-relatieve nietigheid houdt in dat de nulliteit niet verder strekt dan nodig is voor opheffing van de benadeling. Dit houdt in dat wanneer het vermogensbestanddeel van f 6.000,- in de boedel teruggekeerd is, de grond voor de nietigheid is opgeheven en de f 2.000,- waarmee de boedel gebaat is, vanwege het principe van de objectief-relatieve nietigheid niet meer daarin thuishoort. Vanaf het moment dat blijkt dat de benadeling in verhaalsmogelijkheden is opgeheven door de terugkeer van het paulianeus vervreemde vermogensbestanddeel naar de boedel, ontstaat een boedelschuld²³ om de f 2.000,- aan de wederpartij terug te geven, omdat de boedel anders ongerechtvaardigd verrijkt zou zijn. De crediteuren zouden op ongerechtvaardigde wijze verrijkt worden wanneer de bate ook nog in de boedel zou blijven nadat de benadeling in verhaalsmogelijkheden voor hen was opgeheven. In de Nederlandse literatuur besteden slechts Biegman-Hartogh en Molengraaff²⁴ hier aandacht aan. In de Duitse literatuur hebben méér schrijvers zich hier expliciet over uitgelaten en wel met betrekking tot art. 38 Konkursordnung, waarin bepaald wordt dat de curator een tegenprestatie terug moet geven, voorzover deze zich nog individu-

21. Zie de MvT (16593) bij art. 42 t/m 51 Fw in Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet 2-III, Wetswijzigingen, p. 125.

22. ‘Gebaat’ in art. 51 lid 3 Fw betekent grotendeels hetzelfde als in art. 24 Fw. Zie aantekening 4 bij art. 51 in: Faillissementswet, losbladige serie. Zie voor een verdere uitleg over de parallellen tussen art. 24 Fw en de faillissementspauliana mijn dissertatie, p. 226.

23. Zie A.M.J. van Buchem-Spapens, Faillissement en surséance van betaling, 1995, p. 56.

24. Zie de conclusie van A-G. Biegman-Hartogh voor HR 28 mei 1982, NJ 1983, 310 (Van Galen-Wiarda q.q.) en W.P.L.A. Molengraaff, De faillissementswet verklaard, bewerkt door C.W. Star Busmann, 1951, p. 251.

aliseerbaar in de boedel bevindt of de boedel erdoor is gebaat.²⁵ Volgens Kuhn-Uhlenbruck²⁶ is het doel van deze wettelijke bepaling het tegengaan van ongerechtvaardigde verrijking. Volgens de heersende leer²⁷ naar Duits recht ontstaat voor de curator q.q. pas een verplichting tot restitutie van de tegenprestatie wanneer het paulianeus vervreemde goed weer in de boedel is teruggekeerd.

De verrijking van de boedel wordt pas ongerechtvaardigd op het moment dat de terugkeer van het paulianeus vervreemde goed naar de boedel heeft plaatsgehad en de gehele benadeling is opgeheven. Anders is de verrijking niet ongerechtvaardigd. Stel bijv. dat de later gefailleerde schuldenaar X een vermogensbestanddeel, dat f 6.000,- waard was, voor f 2.000,- aan Y heeft verkocht en geleverd. Er is nog een waarde van f 2.000,- aanwezig in de boedel. Deze is verrijkt door de oorspronkelijke ontvangst van f 2.000,- omdat hiermee waardevolle goederen zijn aangekocht die nog steeds in de boedel aanwezig zijn. Y heeft het vermogensbestanddeel inmiddels weer aan een derde te goeder trouw doorverkocht en geleverd. Na vernietiging van de koopovereenkomst kan de curator een vordering van f 6.000,- tegen Y instellen. Y is door geldgebrek echter niet in staat om het volle bedrag terug te betalen maar kan slechts f 4.000,- aan de curator overmaken. Aan de hand van dit voorbeeld kan men illustreren dat het noodzakelijk is om ‘gebaat’ in art. 51 Fw als ‘ongerechtvaardigd verrijkt’ te lezen. Wanneer ‘gebaat’ uitsluitend ‘verrijkt’ zou betekenen, dan zou dit betekenen dat de curator hier een boedelschuld van f 2.000,- had (terwijl hij ook f 4.000,- van Y kan incasseren). Immers, ten tijde van de faillietverklaring is de boedel vanwege de ontvangst van de f 2.000,- groter dan hij geweest zou zijn wanneer het geld niet was ontvangen. Om die reden is de boedel verrijkt, maar niet op ongerechtvaardigde wijze. Het doel van de Pauliana is immers om benadeling in verhaalsmogelijkheden op te heffen. De verrijking is niet ongerechtvaardigd zolang het de curator slechts lukt om de f 4.000,- te incasseren. Integendeel, de boedel is dan als gevolg van het verkrijgen van de f 2.000,- juist gerechtvaardigd verrijkt omdat dit uiteindelijk precies genoeg is om de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers weg te nemen. Zodoende loopt er een parallellie tussen de nietigheid/geldigheid van de gewraakte overeenkomst en het gerechtvaardigde of ongerechtvaardigde karakter van het gebaat zijn van de

25. De tekst van par. 38 Konkursordnung luidt: ‘Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.’ De tekst van art. 144 lid 2 Insolvenzordnung, die in 1999 in werking zal treden, is praktisch dezelfde.

26. G.Kuhn, W.Uhlenbruck, Konkursordnung, Kommentar, 11e druk, 1994, p. 679.

27. E. Jaeger, Konkursordnung, Grosskommentar, bewerkt door W. Henckel, 1997, aant. 13 bij art. 38 KO, 1997, p. 1278.

boedel. De nietigheid die ontstaat als gevolg van het instellen van de Pauliana heeft als doel: opheffing van de benadeling in verhaalsmogelijkheden. Voorzover de boedel gerechtvaardigd verrijkt is door de ontvangen tegenprestatie, beschouwt de curator de gewraakte overeenkomst als nietig teneinde de benadeling op te heffen. Voorzover de boedel ongerechtvaardigd verrijkt is, geldt de overeenkomst óók jegens de curator q.q. als geldig, en omdat er geen benadeling meer is, bestaat een boedelschuld om de ontvangen tegenprestatie te retourneren.

Nu genoemde parallelie is vastgesteld, komt in het kort de vraag aan de orde wat het ‘gebaat’²⁸ zijn van de boedel nu in *economische* zin inhoudt. Hierbij zal ik mij grotendeels concentreren op de invulling van het begrip ‘gebaat’ voorzover het diens component ‘verrijkt’ betreft. Het bestanddeel ‘ongerechtvaardigd’ is immers hiervóór reeds besproken. Om te beginnen houde men goed in het oog dat het in art. 51 lid 3 Fw gaat om een gebaat zijn van de boedel ten tijde van de faillietverklaring. De boedel bestaat op dat moment²⁹ uit: de goederen van de failliet op 0.00 uur van de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken, alle aanspraken welke voortvloeien uit de op dat moment bestaande rechtsvorderingen tussen de failliet en derden en al zijn verplichtingen op het moment van faillietverklaring. Kortom: de boedel in de zin van art. 51 lid 3 Fw bevat zowel activa als passiva. Naar de betekenis van dit artikel is de boedel gebaat wanneer als gevolg van de ontvangst van een bepaald vermogensbestanddeel of een tegenprestatie het eigen vermogen in bedrijfseconomische zin³⁰ van de gefailleerde³¹ op ongerechtvaardigde³² wijze groter is dan het geweest zou zijn wanneer het bewuste vermogensbestanddeel of de desbetreffende tegenprestatie niet in de boedel terecht was gekomen. Deze vermogensvermeerdering kan veroorzaakt worden door toename van het actief (hetgeen zich

28. Voor een juiste interpretatie van dit begrip kan men veel steun ontleen aan de literatuur en rechtspraak betreffende ‘verrijking’ in het algemene leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Zie M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, 1927, p. 198 t/m 213 en 260 en Asser-Hartkamp 4-III, 1998, nrs. 351, 353 en 354.

29. Hierbij ga ik uit van de definitie van het begrip ‘boedel’ die H.P.J. Ophof geeft in zijn inaugurale rede ‘De Actio Pauliana: Terug van weggeweest of ook: “wegwezen”?’, 1992, p. 12 t/m 15 en 30. Zie verder mijn dissertatie, p. 237.

30. Het eigen vermogen in bedrijfseconomische zin is het totaal dat resteert nadat het bedrag van de schulden (passiva) van dat van de gezamenlijke in geld waardeerbare rechten (activa) afgetrokken is.

31. In deze definitie ligt uiteraard niet besloten de geringe hoeveelheid vermogen van de gefailleerde die ingevolge art. 21 Fw buiten faillissement blijft.

32. Aangezien de boedel door de curator q.q. beheerd en geliquideerd wordt ten bate van de crediteuren, zijn zij degenen wier ongerechtvaardigde verrijking wordt tegengegaan op de wijze van art. 51 lid 3 Fw.

De rechtsgevolgen van het intropen van de (faillissements)pauliana

bijv. ook kan voordoen in de vorm van verhoging van de productiecapaciteit³³). Deze vermogensvermeerdering kan ook bestaan uit vermindering van het passief, hetgeen plaats vindt door betaling van schulden. Hierbij is echter van belang om wat voor soort schuld het gaat. Wanneer de schuld een uitgave betreft die noodzakelijk is voor levensonderhoud van de gefailleerde of voortbestaan van een bedrijf, dan is m.i. de boedel gebaat. Wanneer het echter géén noodzakelijke uitgave betreft, dan is deze niet gebaat. Ook kan de verrijking gestalte krijgen door het verhinderen van vermindering van het actief, bijv. het herstel van een bouwvallig huis.

2.7 Enkele algemene verschillen tussen de rechtsgevolgen van de faillissementspauliana (o.a. wat betreft art. 51 lid 3 Fw) en die van de BW-Pauliana

De belangrijkste verschillen tussen de rechtsgevolgen van de faillissementspauliana en die van de BW-Pauliana hangen samen met het feit dat het bij faillissement gaat om een algemeen beslag op vrijwel³⁴ het gehele vermogen van de schuldenaar ten bate van zijn gezamenlijke schuldeisers. Wanneer de curator de faillissementspauliana instelt, doet hij dit ten bate van al deze crediteuren tegelijk. Daarom bestaat de nietigheid in principe uitsluitend ten bate van de curator in zijn kwaliteit van beheerder van de boedel en dus jegens de gezamenlijke schuldeisers.

Daarentegen doet een schuldeiser die zich beroept op art. 3:45 BW dit slechts ten bate van zichzelf, hetgeen tot gevolg heeft dat de rechtshandeling in principe slechts ten aanzien van hem nietig is. Bij de Pauliana buiten faillissement geldt dat de vernietiging door de schuldeiser als consequentie heeft dat de gevolgen van de handeling wegvallen voor zover dit ter verwezenlijking van de rechten van de individuele crediteur nodig is.

Opvallend zijn verder de volgende verschillen tussen de situaties in en buiten faillissement. Volgens art. 51 lid 3 Fw heeft de curator, voor zover de boedel gebaat is, een boedelschuld om de ontvangen tegenprestatie aan de wederpartij te restitueren. Zoals reeds in de vorige paragraaf aan de orde is geweest, heeft de wederpartij voor het overige een concurrente vordering, die hij ter verificatie moet indienen. Het bedrag van deze concurrente vordering reikt echter niet verder dan de waarde van de tegenprestatie die hij in de boedel gebracht heeft. Het op paulianeuze wijze verkregen goed dat ingevolge art. 51 lid 1 Fw aan de

33. Zie Bregstein, p. 202.

34. Uiteraard behalve het gedeelte dat ingevolge art. 21 Fw buiten het faillissement is gebleven.

curator is afgegeven wordt tezamen met de rest van de boedel te gelde gemaakt, zodat genoemde wederpartij dan op basis van zijn concurrente vordering binnen genoemde beperkingen kan delen in de opbrengst van de verkoop van dit goed en de rest van de boedel.

Bepaalde aspecten liggen anders buiten faillissement. Algemeen³⁵ wordt aangenomen dat slechts wanneer de benadeling in verhaalsmogelijkheden voor de vernietigende crediteur volledig is opgeheven en er een surplus uit de opbrengst van de geëxecuteerde zaak resteert, de wederpartij van de schuldenaar recht heeft op dit restant. Voor zover er echter niet een dergelijk surplus is, heeft de wederpartij geen enkel recht op een gedeelte van de opbrengst. Wanneer men doorredeneert vanuit het principe van de relatieve nietigheid, is dit logisch. Deze nietigheid heeft immers tot doel om de benadeling in verhaalsmogelijkheden voor de benadeelde schuldeiser op te heffen. Zolang dit laatste niet volledig is gebeurd, heeft de vernietigende crediteur ook tegenover de wederpartij het recht om zich op de nietigheid van de paulianeuze rechtshandeling te beroepen en heeft deze geen recht op een gedeelte van de opbrengst. Hetzelfde geldt in de situatie waarin de benadeling door de afgifte van de paulianeus vervreemde zaak precies is opgeheven. Voor zover echter na de opheffing van de benadeling uit de opbrengst van het bewuste goed een bedrag resteert, dient de vernietigende schuldeiser dit ingevolge art. 3:45 lid 4 BW aan de wederpartij af te dragen. Verder kan de wederpartij dan binnen de grenzen van redelijkheid en billijkheid³⁶ zich voor zijn rechten uit overeenkomst verhalen op de andere goederen in het vermogen van de schuldenaar.

Blijkbaar was de wetgever van mening dat met de regeling van art. 51 lid 3 Fw de mogelijkheden voor de curator om door middel van het inroepen van de faillissementspauliana de benadeling in verhaalsmogelijkheden op te heffen voldoende gewaarborgd waren. Echter: het feit dat de wederpartij volgens art. 51 lid 3 Fw in ieder geval een concurrente vordering heeft kan wel eens nadelig zijn voor de boedel. Stel bijv. dat de wederpartij, die ex art. 51 lid 1 Fw genoemde benadeling moet opheffen, het op paulianeuze verkregen goed verkocht en geleverd heeft aan een derde te goeder trouw. Het is mogelijk dat hij dan vanwege een penibele financiële toestand bij hemzelf niet in staat is om te voldoen aan zijn schadevergoedingsverplichting en zodoende de benadeling niet kan opheffen. Wanneer de boedel niet gebaat is, dan kan hij enkel als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen. Het is niet ondenkbaar dat de boedel voldoende activa bevat om de concurrente schuldeisers een uitkering

35. Zie Ankum, t.a.p., p. 176; T.J. Mellema-Kranenburg, *De Actio Pauliana*, tweede druk, 1996, p. 47.

36. Zie voor een specificatie van wat deze eisen van redelijkheid en billijkheid inhouden mijn dissertatie, p. 256 e.v.

van enige omvang te doen. Dit zou dan tot gevolg kunnen hebben dat de wederpartij uiteindelijk recht heeft op een uitkering voor een hoger bedrag dan hetgeen hij zelf in het kader van zijn schuld ingevolge art. 51 lid 1 Fw vanwege zijn slechte financiële situatie aan de curator kan betalen. Uiteraard kan de curator dan het beroep op de faillissementspauliana intrekken.

2.8 De derden te goeder trouw van de artt. 51 lid 2 Fw en art. 3:45 lid 5 BW³⁷

Aan het einde van paragraaf 2 tekende ik reeds aan dat het stilzwijgende uitgangspunt van de wetgever bij de relatieve nietigheid is dat enerzijds alleen de curator q.q. resp. één of meer individuele schuldeisers een beroep op art. 42 Fw resp. art. 3:45 BW kunnen doen, maar dat het anderzijds voor hen mogelijk is om het tegenover iedereen te doen. De enige wettelijke uitzonderingen zijn de derden te goeder trouw genoemd in de artt. 3:45 lid 5 BW en art. 51 lid 2 Fw. Let wel: deze derden zijn de rechtsopvolgers van degene met of jegens wie de schuldenaar paulianeus handelde. Onder deze derden vallen in ieder geval de volgende groepen:

- a. derden die te goeder trouw volgens de eisen³⁸ van art. 3:45 lid 5 BW en 51 lid 2 Fw volledig rechthebbende op het betreffende goed zijn geworden (en dus bijv. eigenaar zijn);
- b. derden te goeder trouw die volgens de eisen van laatstgenoemde wettelijke bepalingen een beperkt recht op dit goed hebben verkregen;
- c. derden te goeder trouw die voldoen aan de eisen van laatstgenoemde wettelijke bepalingen en een persoonlijk recht met bepaalde absolute trekken, zoals een huurrecht hebben. Dit laatste wordt met name door Hartkamp³⁹ verdedigd. Men dient hierbij m.i. echter wél te bedenken dat het bij het recht van de huurder gaat om een persoonlijk recht dat een zakelijke trek zoals zaaksgevolg⁴⁰ heeft. Een ander voorbeeld van een recht met een dergelijk zaaksgevolg is bijv. het recht dat de retentor ex art. 3:291 lid 2 BW geldend kan maken. Rechtssubjecten met een persoonlijk recht dat geen absolute trekken heeft kunnen m.i. slechts in uitzonderlijke gevallen als derden te goeder trouw in de zin van art. 3:45 lid 5 BW en art. 51 lid 2 Fw aangemerkt worden.

37. Ter wille van de beknoptheid besteed ik slechts aandacht aan de derden te goeder trouw in de zin van de eerste volzin van art. 51 lid 2 Fw en 3:45 lid 5 BW.

38. In de eerste volzin van art. 3:45 lid 5 BW en art. 51 lid 2 Fw wordt de eis gesteld dat de derde te goeder trouw zijn recht op het goed anders dan om niet verkregen moet hebben.

39. Asser-Hartkamp 4-II, 1997, nr. 452.

40. Pitlo (Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, 1995, p. 128) stelt m.i. terecht dat men de werking van art. 7A:1612 BW als 'zaaksgevolg' kan betitelen.

2.9 Relatieve nietigheid en het Kuijsters/Gaalman q.q.-arrest

Op grond van art. 51 lid 1 Fw moet hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan door degene tegen wie de vernietiging werkt teruggegeven worden aan de curator. Kortom: degene jegens wie de vernietiging werkt heeft een schuld. Nu komt de vraag aan de orde of het voor hem mogelijk is om deze schuld te compenseren met een vordering die hij uit hoofde van een andere handeling dan de paulianeuze op de gefailleerde schuldenaar stelt te hebben. Deze rechtsvraag heeft de Hoge Raad besproken in het arrest Kuijsters/Gaalman q.q. (HR 30 september 1994, NJ 1995, 626). De casuspositie luidde als volgt. De Bruijn B.V. (hierna: de B.V.) dreef een veevoederbedrijf en werd geleid door de gebroeders M. en C. de Bruijn. Halverwege 1987 verliet M. de Bruijn de B.V., terwijl C. de Bruijn directeur van deze vennootschap bleef. De gebroeders de Bruijn lieten een bedrag van f 1.000.000,- in het bedrijf achter in de vorm van een lening die was achtergesteld ten opzichte van hetgeen de huisbank van de vennootschap te vorderen mocht hebben. In maart 1989 overleed M. de Bruijn met Kuijsters als zijn enige erfgenaam. In oktober 1989 kwam de Slump-affaire in de publiciteit. Deze bestond daaruit dat vele koeien via het veevoer met lood waren vergiftigd. De grondstoffen voor het veevoer waren o.a. door de vennootschap geleverd. Op eigen initiatief van de B.V. heeft deze – ongevraagd en zonder voorafgaand overleg met Kuijsters – op 6 november 1989 aan de bank opdracht gegeven om het geleende bedrag van f 1.000.000,- aan Kuijsters uit te betalen. De bank voerde deze opdracht uit. In verband met de te verwachten aanspraken op de B.V. verzocht de bank Kuijsters om het door haar ontvangen bedrag van f 1.000.000,- te storten op een depositorekening bij de bank en het tegoed daarvan te verpanden aan de bank voor hetgeen deze van de B.V. te vorderen mocht hebben. Kuijsters voldeed aan dit verzoek. Op 23 maart 1990 werd de B.V. failliet verklaard met de benoeming van Gaalman tot curator. Deze vorderde veroordeling van Kuijsters tot betaling aan de boedel van o.a. een bedrag van f 1.000.000,-. De curator stelde dat de betaling door de B.V. aan Kuijsters paulianeus was. De Rechtbank wees de vordering van de curator toe. In hoger beroep werd dit vonnis bekrachtigd. Het Hof verwierp de door Kuijsters aangevoerde stelling dat in ieder geval de op art. 42 jo. art. 51 Fw gegronde vordering van de curator op haar door verrekening met een (voorwaardelijke) tegenvordering op de boedel was tenietgegaan. Kuijsters voerde hiertoe aan dat zij door het verhaal van de bank op het saldo van de depositorekening was gesubrogeerd in de rechten van de bank jegens de gefailleerde tot een bedrag van f 1.000.000,-. (Dit was vóór het faillissement gebeurd). Kuijsters ging vervolgens in cassatie. Het tweede cassatiemiddel richtte zich tegen het oordeel van het Hof dat Kuijsters zich niet op verrekening mocht beroepen. De Hoge Raad oordeelt dat dit middel niet tot cassatie kan leiden. Hij stelt: ‘Veronderstellenderwijs aannemende dat de bank het door Kujs-

ters aan haar verpande saldo van voormelde depositorekening inderdaad had uitgewonnen of weldra zou uitwinnen, heeft het Hof geoordeeld dat de door Kuijsters ingeroepen verrekening “in strijd zou komen met doel en strekking van art. 42 Fw dat immers beoogt ... de paritas creditorum te herstellen”. Dit oordeel van het Hof wordt door de Hoge Raad juist geacht. Hij stelt vast: ‘Het zou in strijd zijn met doel en strekking van art. 42 F, in verbinding met art. 51 F, indien Kuijsters zich aan haar uit die bepaling voortvloeiende verplichting om het ontvangen bedrag in de boedel terug te brengen en aldus de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken, zou kunnen onttrekken door dat bedrag aan een andere schuldeiser (de bank) te verpanden en zich vervolgens, na uitwinning, te beroepen op verrekening met de door subrogatie verkregen vordering van die schuldeiser op de boedel.’

De praktische uitkomst van deze uitspraak van de Hoge Raad is in ieder geval bevredigend voor het rechtsgevoel. Het probleem is echter dat ons hoogste rechtscollege eerst verwijst naar algemene begrippen als doel en strekking van art. 42 jo. 51 Fw en vervolgens slechts het resultaat van het redeneren vanuit deze algemene principes noemt zonder de argumentatie te beschrijven die uiteindelijk tot deze uitkomst voert. De Hoge Raad geeft slechts enigszins nader aan wat doel en strekking van art. 42 Fw inhouden door te stellen dat uit deze bepaling⁴¹ voor Kuijsters de verplichting voortvloeit om de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken. Dit houdt echter geen wezenlijke verduidelijking van de argumentatie in. Immers, altijd wanneer de rechter een beroep op verrekening afwijst, baseert hij zich op het principe van de paritas creditorum.⁴² De verklaring van een en ander dient m.i. als volgt te luiden. Doel en strekking van art. 42 en 51 Fw is het opheffen van de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. Om genoemde artikelen aan hun doel te laten beantwoorden gaat men uit van het systeem van subjectief-relatieve nietigheid. Met een succesvol beroep op de faillissementspauliana zorgt de curator, die hierbij de belangen van de crediteuren behartigt, immers ervoor dat ten aanzien van de schuldeisers de paulianeuze rechtshandeling zonder rechtsgevolgen blijft. Omdat de nietigheid in principe alleen ten aanzien van de crediteuren bestaat, mag de curator als enige een beroep op de

41. De Hoge Raad spreekt eerst over ‘doel en strekking van art. 42 F, in verbinding met art. 51 F’ en in de daarop volgende bijzin over de ‘uit die bepaling voortvloeiende verplichting’. Aangezien art. 42 Fw de grondslag van de faillissementspauliana aangeeft en art. 51 Fw de rechtsgevolgen beschrijft die voortvloeien uit het beroep op de faillissementspauliana, neem ik aan dat de Hoge Raad in deze passage de nadruk legt op art. 42 Fw.

42. E.B. Rank-Berenschot, De paritas creditorum geprolonged in: Beginselen van vermogensrecht, red. M.E. Franke et al., 1993, p. 103 e.v.

faillissementspauliana doen. Omdat de gefailleerde vennootschap niet zélf de bewuste betaling⁴³ van f 1.000.000,- kan vernietigen, heeft zij zelf geen vordering ex art. 51 Fw tegenover Kuijsters. Men kan m.i. derhalve niet zeggen dat Kuijsters een schuld aan de vennootschap heeft.⁴⁴ Het is weliswaar zo dat, bezien vanuit de optiek van de schuldeisers, Kuijsters ex art. 51 Fw een verbintenis heeft om aan de curator en dus ten bate van de boedel datgene terug te geven of terug te betalen wat door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan. Dit is echter slechts bezien vanuit het standpunt van de crediteuren. Reeds eerder werd aangetekend dat ten aanzien van anderen dan de curator en de gezamenlijke schuldeisers de rechtshandeling zoveel mogelijk de normale gevolgen heeft. Voor de schuldenaar zelf en zijn wederpartij heeft de vernietiging als consequentie dat de gevolgen van de handeling wegvallen voorzover dit ten behoeve van de boedel noodzakelijk is. Het is uiteraard ten bate van de boedel geenszins noodzakelijk dat de failliete schuldenaar zou mogen stellen dat de rechtshandeling ook ten opzichte van hem nietig is. Sterker nog: het tegendeel is het geval. Daarom heeft de wederpartij, bezien vanuit de optiek van de failliete schuldenaar, geen verbintenis om het paulianeus vervreemde vermogensbestanddeel als onverschuldigd betaald terug te geven. Zodoende leiden doel en strekking van art. 42 jo. 51 Fw ertoe dat op grond van lid 1 van het laatstgenoemde artikel de wederpartij met zijn teruggaveverplichting aan de curator slechts een plicht jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft en niet tegenover de gefailleerde debiteur. Zo zorgen de voornaamste principes achter art. 42 jo. 51 Fw er dus óók voor dat, wanneer een dergelijke teruggaveplicht zich voordoet, er niet voldaan is aan het wederkerigheidsvereiste van art. 53 Fw. Immers, nu de wederpartij een dergelijke teruggaveplicht slechts aan de schuldeisers heeft en daarnaast een vordering op de gefail-

43. Zie Asser-Hartkamp 4-I, 1996, nr. 187 (p. 139), die erop wijst dat de wetgever in art. 47 Fw de betaling als een rechtshandeling beschouwt.

44. Dit wordt ook betoogd door de volgende schrijvers: Van Schilfgaarde onder punt 6 van zijn NJ-annotatie onder het arrest, F.M.J. Verstijlen in *Bedrijfsjuridische Berichten* 1994 (p. 239 en 240) en Huizink in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1995, p. 19. Anders: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Annotatie bij het Kuijsters/Gaalman q.q.-arrest, AA 1995, p. 131. Zie voor een bestrijding van de argumentatie van Kortmann en Faber mijn dissertatie, p. 245 e.v.

leerde debiteur, kan niet gezegd worden dat hij zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is.⁴⁵ Omdat niet voldaan is aan het wederkerigheidsver-eiste, moet een vordering als die van Kuijsters afgewezen worden.

2.10 Conclusie

Mijn conclusie is dat de wettelijke bepalingen van art. 51 Fw en de relatieve nietigheid een werkzaam systeem vormen. Het blijkt bijv. goed mogelijk te zijn om vast te stellen wat de term ‘gebaat’ in art. 51 lid 3 Fw inhoudt en om te bepalen wie de ‘derden te goeder trouw’ in art. 51 lid 2 Fw zijn. Wat betreft de relatieve nietigheid: het flexibele karakter van dit stelsel is m.i. zeer nuttig. De curator q.q. vernietigt de rechtshandeling immers slechts ten behoeve van de benadeelde schuldeisers en de nietigheid gaat niet verder dan nodig is ter opheffing van de benadeling. Zodoende ondervinden derden zo weinig moge-lijk de nadelige gevolgen van een beroep op de Pauliana. Anderzijds mogen zij geen beroep doen op de vernietigbaarheid, aangezien deze niet in het leven is geroepen om hún belang te dienen. Het doel van de relatieve nietigheid is immers het opheffen van de benadeling in verhaalsmogelijkheden van de geza-menlijke crediteuren. Daarom sluit het systeem van de relatieve nietigheid bij-zonder goed aan bij de meest wezenlijke eigenschap van het faillissement, nl. dat het een gerechtelijk beslag op en executie van vrijwel het gehele vermogen van de schuldenaar ten bate van de gezamenlijke schuldeisers is. Derhalve is het terecht heersende leer dat een succesvol beroep op de Pauliana een relatieve nietigheid met zich meebrengt.

45. Er is wat dit betreft een interessante analogie met het arrest Peeters q.q./Gatzen (HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597). Gatzen had, door mee te werken aan de verkoop van de woning tegen een te lage prijs, een onrechtmatige daad gepleegd jegens de gezamenlijke crediteuren. De curator vorderde schadevergoeding van Gatzen. In reconventie vroeg Gatzen een verklaring voor recht dat zij met de vordering van de curator in compensatie kon brengen een vordering van haar op de gefailleerde. De Hoge Raad oordeelde dat voor wat betreft de door de curator tegen Gatzen ingestelde onrechtmatige daadvordering, deze laatste niet aangemerkt kon worden als schuldenares van de gefailleerde, zodat in dit opzicht niet voldaan was aan de in art. 53 Fw gestelde voorwaarden. Dit oordeel is logisch verklaarbaar. Wanneer Gatzen door de transactie een onrechtmatige daad heeft gepleegd, dan is deze handeling niet onrechtmatig jegens de gefailleerde (die immers met de trans-actie heeft ingestemd) maar tegenover de gezamenlijke schuldeisers. Zij kan derhalve niet beschouwd worden als schuldenares van de gefailleerde. Zie verder mijn dissertatie, p. 250 e.v.

3 De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana

*G.H. GISPEN**

3.1 Inleiding

Over vragen van samenloop tussen actio Pauliana en onrechtmatige daad is al het nodige gepubliceerd, veelal in samenhang met de vraag in hoeverre de faillissementscurator de bevoegdheid heeft om een onrechtmatige daad vordering in te stellen ten behoeve van de ‘gezamenlijke schuldeisers’.¹ In deze bijdrage ga ik in op de vraag of en in hoeverre de actio Pauliana zowel binnen als buiten faillissement en de onrechtmatige daadvordering naast elkaar door de curator en benadeelde schuldeisers kunnen worden ingesteld.

De actio Pauliana is een actie die strekt tot de niet-tegenstelbaarheid van een rechtshandeling die het verhaalsvermogen van de debiteur heeft aangetast. Onder aantasting van het verhaalsvermogen wordt begrepen de aantasting van de verhaalsmogelijkheden voor de schuldeisers van de debiteur²; hierna duid ik een dergelijke rechtshandeling aan als een ‘benadelende rechtshandeling’. Naast de overige vereisten³ stelt art. 3:45 BW de eis dat het gevolg van de rechtshandeling moet zijn ‘benadeling van een of meer schuldeisers’. Dit criterium heeft dezelfde betekenis als ‘benadeling van de schuldeisers’ uit art. 42 Fw.⁴ De curator moet bewijzen dat een of meer schuldeisers door de benadelende rechtshandeling zijn gekort in hun mogelijkheden om de vordering op de debiteur te verhalen. Het maakt daarbij geen verschil wanneer de vordering van

* Auteur is advocaat te Rotterdam.

1. Een praktisch literatuuroverzicht vindt men in: Van Koppen ‘Rechten van een individuele bij faillissement betrokken crediteur tegenover een benadelende derde’, TVVS 1998 nr 98/5 p. 125 e.v. in noot 1.
2. Voor de wijzen waarop die aantasting (benadeling) kan plaatsvinden, zie H.P.J. Ophof: ‘de Actio Pauliana: terug van weggeweest?’ (inaugurele rede 1992) p. 17 e.v., p. 20 e.v.
3. In deze bijdrage beperk ik mij tot de vereisten van benadeling voor de actio Pauliana en schade voor de onrechtmatige daadvordering; voor een vergelijking van de overige vereisten voor het instellen van deze vorderingen zie men de dissertatie van Van Koppen ‘Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering’, 1998, p. 45 e.v.
4. Tekst en Commentaar Faillissementswet & Executie- en beslagrecht (Willems) aantekening 2 bij art. 42 Fw.

de crediteur is ontstaan: vóór of na de benadelende rechtshandeling. Immers, de wetgeving gaat uit van de gelijkgerechtigdheid van de crediteuren, ongeacht de ouderdom van de vorderingen.

Buiten faillissement kan de actio Pauliana uitsluitend worden ingesteld door een schuldeiser die daadwerkelijk in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld. De betrokken schuldeiser zal moeten aantonen dat hij in zijn verhaal op het voor verhaal beschikbare vermogen van de debiteur daadwerkelijk is bemoeilijkt of gekort; met alleen het bewijs dat er een of meer schuldeisers zijn benadeeld kan hij dus niet volstaan. Buiten faillissement is dit een logische eis: er is immers geen concursus creditorum; de schuldeiser dient zijn belang bij de vordering aan te tonen. Het gevolg van de geslaagde actio Pauliana is beperkt: de vernietigde rechtshandeling bestaat wel doch is (slechts) niet tegenstelbaar aan de betrokken schuldeiser; er is sprake van relatieve nietigheid. Andere schuldeisers kunnen in beginsel aan die vernietiging geen rechten jegens de debiteur ontleen.

In 1957 oordeelde de Hoge Raad dat een vordering tot vergoeding van de schade die is ontstaan door aantasting van het verhaalsvermogen van de debiteur door de benadeelde schuldeisers tegen een bij de benadelende rechtshandeling betrokken derde in beginsel (en afhankelijk van de omstandigheden) kan worden ingesteld op grond van een vordering uit onrechtmatige daad.⁵ In zoverre lijkt daarmee niets bijzonders aan de hand. Op grond van onrechtmatige daad kan immers ongedaanmaking van de schade kon worden gevorderd, niet alleen door betaling van geld maar ook door herstel van de vorige toestand.⁶ Wanneer de benadelende rechtshandeling aantasting van het verhaalsvermogen inhoudt waardoor een crediteur schade lijdt, lijken er in beginsel geen juridische beletselen aan een vordering tot vergoeding van die schade op grond van onrechtmatige daad in de weg te staan; dat betekent niet dat de onrechtmatige daad altijd kan worden ingesteld, zoals verderop zal blijken.

Denkbaar is, dat ook een onrechtmatige feitelijke handeling van een derde leidt tot aantasting van het verhaalsvermogen (hierna aan te duiden als: 'de benadelende handeling'). In dat geval kan de actio Pauliana niet worden ingesteld, omdat die uitsluitend strekt tot de niet-tegenstelbaarheid van de benadelende rechtshandeling waarbij de debiteur partij is (geweest). Denkbaar is ook dat de

5. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 (Erba I).

6. Losbl. Kluwer Faillissementswet (De Liagre Böhl en Van Galen) aantekening 13 bij art. 42 Fw. Van vertegenwoordiging is dus geen sprake. Zie Vriesendorp in zijn noot in AA 1997, p. 808 e.v. bij de arresten Notarissen THB: HR 23 december 1994, NJ 1996, 627 en 628 en HR 15 september 1995, NJ 1996, 629.

actio Pauliana niet (meer) met succes kan worden ingesteld omdat bijvoorbeeld de wederpartij bij de rechtshandeling de verkregen vermogensbestanddelen heeft verduisterd en geen verhaal biedt voor enige teruggave- of (schade)vergoedingsverplichting. Een schuldeiser heeft in dergelijke gevallen jegens de bij de benadelende (rechts)handeling als partij of anderszins verwijtbaar betrokkenen een vordering tot vergoeding van de schade die hij lijdt door de aantasting van het verhaalsvermogen van de debiteur. Te denken valt aan een vordering tegen de partijen die bij de benadelende (rechts)handeling betrokken zijn. Het Erba-arrest geeft daarvan een voorbeeld.

Ingeval van faillissement van de debiteur was het in dergelijke gevallen onzeker of de curator een vordering strekkende tot vergoeding van het nadeel (aantasting van het verhaalsvermogen) jegens de bij de handeling betrokken (rechts)personen instelt op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad heeft in de arresten Peeters/Gatzen, Nimox en Curatoren THB/Notarissen⁷ beslist dat de curator een dergelijke vordering kan instellen. Naar aanleiding van die arresten is in de literatuur uitgebreid gedebatteerd over de vraag welke vordering uit onrechtmatige daad de curator nu eigenlijk mag instellen en welke zijn bevoegdheid in dat verband is.⁸

Om te beginnen mag de curator elke vordering uit onrechtmatige daad instellen die de gefailleerde ook kan instellen; dat is een vordering die tot de boedel behoort (25 Fw). Daarnaast kan ook tijdens het faillissement onrechtmatig jegens de boedel worden gehandeld. Een dergelijke vordering zal zonder enige twijfel ook tot de boedel behoren, omdat geen verschil bestaat ten opzichte van de positie van gefailleerde vóór diens faillissement.

In de genoemde arresten is de vraag aan de orde gesteld of de curator nu ook de bevoegdheid heeft om vorderingen op grond van onrechtmatige daad in te stellen die de gefailleerde zelf niet kan instellen. De bijzonderheid is, dat de in die gevallen ingestelde vorderingen niet, althans niet zonder meer, door de gefailleerde zouden kunnen zijn ingesteld, bijvoorbeeld omdat de debiteur geen vermogensschade had geleden, of omdat de debiteur zelf of diens bestuurders samen met de wederpartij de benadelende (rechts)handeling hadden gepleegd, of de wederpartij daartoe hadden aangezet, in welk geval er sprake zou kunnen zijn van eigen schuld of medeschuld van de debiteur. Het ging daarbij in alle gevallen om vorderingen tot vergoeding van de schade die was ontstaan door de aantasting van het verhaalsvermogen van de debiteur als gevolg van een bena-

7. Resp. HR 14 januari 1983, NJ 1983 597; HR 8 november 1991, NJ 1992, 174; HR 23 december 1994, NJ 1996 627, 628 en HR 15 september 1995 NJ 1996, 629.

8. Zie de literatuurverwijzingen van Van Koppen in TVVS 1998, 98/5 p. 125, noot 1.

delende (rechts)handeling. De Hoge Raad heeft beslist dat de curator de bevoegdheid heeft om, uit hoofde van diens taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, de bij een benadelende (rechts)handeling betrokkenen aan te spreken op grond van onrechtmatige daad. Dat betekent, dat de curator een vordering op grond van onrechtmatige daad kan instellen indien en voorzover die strekt tot de vergoeding van de bedoelde schade, die als een benadeling van de gezamenlijke schuldeisers is geduid.

Mijns inziens heeft het begrip 'benadeling' in deze arresten dezelfde betekenis als het begrip 'benadeling' dat onderwerp is van art. 3:45 BW en art. 42 Fw. Dat betekent overigens niet dat de onrechtmatige daadvordering alleen zou kunnen worden ingesteld bij op de Pauliana gelijkende gevallen, zoals de Hoge Raad uitdrukkelijk heeft beslist in de arresten THB/Notarissen.⁹ Meer verschil van mening bestaat over de vraag wat in dit verband onder 'gezamenlijke schuldeisers' moet worden verstaan.¹⁰ Mijns inziens heeft de Hoge Raad daarbij niet iets anders op het oog gehad dan de begrippen 'de schuldeisers' van artikel 42 Fw en 'een of meer schuldeisers' van artikel 3:45 BW. Het is met andere woorden een onderdeel van hetzelfde benadelingsbegrip: het verhaalsvermogen zoals dat voor verhaal voor de schuldeisers beschikbaar was, is aangetast, bijvoorbeeld doordat het verdwenen is, belast met zekerheidsrechten, of doordat het passief waarover het actief moet worden verdeeld is toegenomen.¹¹ Net als de actio Pauliana strekt de door de Hoge Raad aan de curator toegestane onrechtmatige daadvordering ertoe om (de gevolgen van) die aantasting van het verhaalsvermogen ongedaan te maken. Die vordering staat los van de vraag hoe uiteindelijk het aldus herstelde verhaalsvermogen na liquidatie wordt verdeeld onder de schuldeisers en van de vraag wie die schuldeisers zijn en wanneer hun vorderingen zijn ontstaan; het is dus heel wel denkbaar (en gegeven het feit dat het overgrote deel van de faillissementen wordt opgeheven bij gebrek aan baten zelfs waarschijnlijk) dat, ook indien de curator in zijn vordering slaagt, bepaalde schuldeisers van een dergelijke actie niets wijzer worden. Daarom kan ook niet worden gezegd dat de curator de rechten van alle schuldeisers uitoefent of dat alle schuldeisers een dergelijke vordering zouden kunnen hebben: indien de boedel zodanig is dat vóór noch na de benadelende handeling concurrente schuldeisers zouden kunnen worden voldaan, dan staat vast dat die schuldeisers zelf geen schade lijden ten gevolge van de benadelende handeling.

9. Te denken valt ook aan de verwezenlijking van de kapitaalsbescherming door de curator; zie Rechtbank Rotterdam 12 december 1996, JOR 1997, 34 (Vilters).

10. De discussie is nog niet ten einde blijktens de reactie van Kortmann en Faber in AA 1998, 4 p. 268 e.v. in reactie op Vriesendorp in zijn noot bij de arresten Curatoren THB/Notarissen, AA 1997, p. 809 e.v.

11. In deze zin ook: Kortmann en Faber in AA 1998, p. 268 e.v., p. 270.

Daarmee is ook verklaard, dat de Hoge Raad in de arresten Curatoren THB/Notarissen overwoog dat de door de curator aldus aangesproken derde zich niet kan bedienen van verweren die hem tegen individuele schuldeisers ten dienste zouden staan: er bestaat immers geen rechtstreeks verband tussen de eventuele schade die zekere schuldeisers wel of niet lijden ten gevolge van de benadelende handeling en de schade die in het bij de debiteur beschikbare verhaalsvermogen ontstaat, welk verhaalsvermogen volgens een rangregeling¹² onder de schuldeisers moet worden verdeeld. De rechtstreekse schade van die schuldeisers, die is ontstaan door de benadelende (rechts)handeling is niet het onderwerp van de vordering van de curator. Het onderwerp van de vordering van de curator is schadevergoeding die ten doel heeft herstel van het verhaalsvermogen van de debiteur in de toestand (dat wil zeggen de voor liquidatie vatbare waarde), waarin dat zonder de benadelende handeling zou zijn geweest. Daarbij kan de wederpartij zich evenmin bedienen van verweren die hem tegen de debiteur zelf ten dienste zouden hebben gestaan, zoals het ontbreken van vermogensschade¹³ en het bestaan van eigen schuld bij de debiteur.

Ik zie als gezegd geen verschil in het begrip benadeling van de schuldeisers in de actio Pauliana en in de door de Hoge Raad aan de curator toegelaten onrechtmatige daadvordering. Bij de faillissementspauliana treedt de curator ook niet op als vertegenwoordiger van de schuldeiser, maar – door wetsbepaling – als diegene die ten behoeve van de crediteuren het verhaalsvermogen weer bijeenbrengt om dat te kunnen liquideren. Het enkele feit dat de faillissementspauliana is gecodificeerd, betekent niet dat daarbuiten de positie van de curator een andere zou zijn.

3.2 Verhouding tussen de actio Pauliana ex art. 3:45 BW en ex 42 Fw

Wanneer er sprake is van een faillissement, dan is er sprake van een volkomen concursus creditorum. In beginsel dient elk der schuldeisers pondspondsgewijze te worden voldaan. Met dat beginsel van paritas creditorum is in een faillissement van de debiteur een door een of meer schuldeisers ingestelde actio Pauliana niet te verenigen. Wanneer onder toepassing van eenzelfde benadelingstoets een rechtshandeling niet tegenstelbaar is aan één crediteur, dan betekent de toepassing van dat beginsel dat de rechtshandeling niet tegenstelbaar is aan alle in het faillissement betrokken crediteuren; als gezegd maakt de wet daarbij geen onderscheid naar de vraag of de in het faillissement betrokken vor-

12. Ik gebruik hier het woord rangregeling in plaats van uitdelingslijst(en) in verband met het feit dat de curator ook de boedelschulden naar rangorde dient te voldoen).

13. Zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 m. nt. Ma, AA 1984, p. 220 e.v., m. nt. van Schilf-gaarde (Nimox).

deringen oud of jong zijn en dus ook niet naar de vraag of de vorderingen zijn ontstaan vóór of na de paulianeuze rechtshandeling. In dat licht bezien is het niet denkbaar dat tijdens een faillissement van de debiteur een individuele schuldeiser de actio Pauliana kan instellen.¹⁴ Indien hij een verhaalsrecht zou uitoefenen dat aan de gezamenlijke schuldeisers toekomt, zou hij zich onttrekken aan de concursus creditorum.

Ook wanneer men de gevolgen van het invoeren van de faillissementspauliana en de 'gewone' actio Pauliana vergelijkt, wordt duidelijk dat deze twee vorderingen niet naast elkaar kunnen bestaan. Veronderstel dat de benadelende handeling heeft bestaan uit de overdracht van een goed aan een derde: de benadeelde crediteur kan zijn vordering niettegenstaande de overdracht op dat goed verhalen.¹⁵ De curator verkrijgt daarenboven het recht om teruggave van dat goed te verlangen (art. 51 Fw). Het is evident dat in dat geval de crediteur zijn verhaalsrecht verliest ten gunste van de boedel.

In de literatuur is gesignaleerd dat een onbevredigende situatie kan ontstaan wanneer de faillissementscurator de actio Pauliana niet instelt wanneer hij dat wel zou kunnen of zelfs zou moeten.¹⁶ Aannemende dat de curator ook niet gedwongen kan worden om de actio Pauliana in te stellen¹⁷, zou in dat geval een mogelijkheid van verhaal aan individuele schuldeisers ontnomen worden.

Een dergelijke situatie is wellicht onbevredigend, maar daarom nog niet onrechtvaardig. Aan de crediteuren staan voldoende middelen ter beschikking om hun rechten jegens de bij de benadelende rechtshandeling betrokken partijen veilig te stellen. Zodra het faillissement eindigt zonder dat de faillissementspauliana is ingesteld, kan de benadeelde schuldeiser de actio Pauliana alsnog instellen of wederom vervolgen (mits hij de verjaring stuit). Op deze wijze wordt vermeden dat rechten verloren gaan. Dit wijkt in wezen niet af van het systeem waardoor vermeden wordt dat beslagen teniet gaan indien de curator niet tot liquidatie van het beslagen goed is overgegaan (art. 33 lid 2 Fw). Ik ben

14. Tot dezelfde conclusie (zij het niet op exact dezelfde gronden) komt ook Wachter in diens noot bij HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen).

15. Van Koppen, diss. p. 216 gaat er kennelijk van uit dat een aan het vermogen van de debiteur onttrokken goed aan de benadeelde crediteur 'ter executie afgedragen' wordt, net zoals dat gebeurt aan de curator. Mijns inziens is daarvan geen sprake; de benadeelde crediteur behoudt, of zo men wil herkrijgt, zijn recht om zijn vordering op dat goed te verhalen niettegenstaande het feit dat dat goed inmiddels eigendom van een ander is.

16. Bijvoorbeeld Van Koppen, TVVS, 1998, 98/5 p. 127 (mede) op basis van de aldaar door hem aangehaalde lagere rechtspraak.

17. Schuldeisers kunnen op voet van art. 69 F aan de Rechter-Commissaris aan verzoek doen om de curator op te dragen de actio Pauliana in te stellen. zie losbl. Kluwer faillissementswet, aantekening 13 bij art. 42 Fw.

dan ook van mening dat gedurende een faillissement de individuele schuldeisers niet de actio Pauliana kunnen instellen, ook niet indien de curator de actio Pauliana niet instelt.

Stelt de curator de actio Pauliana in, dan zou hij mijns inziens in een tussen een schuldeiser en de bij de benadelende handeling betrokken partij aanhangig geding kunnen tussenkomen teneinde te voorkomen dat de rechten van de boedel worden geschaad. In ieder geval zal het geding tussen de schuldeiser en de wederpartij in zijn uitkomst afhankelijk zijn van het welslagen van de faillissementspauliana. De wederpartij bij de benadelende rechtshandeling zal tegenover de schuldeiser zich kunnen verweren op grond van het faillissement van de debiteur: zolang niet vast staat dat het faillissement is geëindigd zonder dat de faillissementspauliana is ingesteld, staat niet vast of de wederpartij gehouden zal zijn om het door de boedel geleden nadeel te vergoeden, hetgeen uiteraard ook omvat het door die ene schuldeiser geleden nadeel.

In dit verband kan men ook de vraag stellen of een individuele schuldeiser die de actio Pauliana instelt gebonden is aan een rechterlijke uitspraak op een door de curator ingestelde actio Pauliana, of andersom. Het antwoord luidt mijns inziens bevestigend.¹⁸ Immers, de toe te passen benadelingstoets is identiek, aannemende dat hetzelfde feitencomplex aan de rechter ter beoordeling wordt voorgelegd; de uitspraak houdt dus in dat een of meer schuldeisers (wel of niet) door de rechtshandeling zijn benadeeld. Naar de aard van een dergelijke beoordeling zijn zowel de curator als elke individuele schuldeiser van de debiteur aan de uitkomst daarvan gebonden.

Een volgende vraag is of een individuele benadeelde schuldeiser gebonden is aan een door de curator met de betrokken wederpartij gesloten vaststellings-overeenkomst waardoor de gevolgen van de actio Pauliana worden beëindigd of beperkt of waarin de curator afstand van recht doet. Ook hier luidt mijns inziens het antwoord bevestigend: met een dergelijke overeenkomst wordt de reikwijdte van de benadeling vastgelegd en gecompenseerd: aan de benadeling is dus met goedvinden van de curator als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers een einde gemaakt op al dan niet forfaitaire grondslag. Een op basis daarvan door de curator verleende kwijting bindt dan ook de individuele benadeelde schuldeisers. Andersom geldt uiteraard dat een vaststellingsovereenkomst tussen een of meer benadeelde schuldeisers en een wederpartij alleen dan voor de curator gevolgen heeft indien daarbij alle benadeelde schuldeisers partij zijn (geweest); alleen dan is er niet (meer) voldaan aan de eis dat een of meer schuldeisers zijn benadeeld.

18. Zie ook Wachter in diens noot bij HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen).

Ten slotte wijs ik op artikel 50 Fw: in beginsel eindigt de faillissementspauliana bij de aanvaarding en homologatie van het akkoord. Hoewel dit niet in de wet is bepaald, lijkt het mij dat het akkoord ook een einde maakt aan de actio Pauliana ex art. 3:45 e.v.; het akkoord houdt immers in betaling van een al dan niet gereduceerde vordering; het 'kwijtgescholden' deel van de vordering kan niet meer worden opgeëist, zodat niet langer kan worden gezegd dat de vordering niet betaald is door de benadeling in het verhaalsvermogen, maar door de totstandkoming van het akkoord.

3.3 De vordering uit onrechtmatige daad tot vergoeding van de schade die is ontstaan door de aantasting van het verhaalsvermogen, ingesteld door de individuele schuldeiser en door de curator

In deze bijdrage gaat het uitsluitend om die onrechtmatige daad vordering die strekt tot vergoeding van de schade die is ontstaan bij een of meer schuldeisers (dus: de gezamenlijke schuldeisers) doordat door een onrechtmatige (rechts- of feitelijke) handeling (de 'benadelende (rechts)handeling') het voor de crediteuren beschikbare verhaalsvermogen van de debiteur is verminderd. Uiteraard is denkbaar dat de schuldeisers in hun eigen vermogen verregaand zijn benadeeld door de desbetreffende handeling, bijvoorbeeld omdat zij een vordering op een insolvente debiteur hebben verkregen. Dat is evenwel schade die niet is ontstaan door de aantasting van het verhaalsvermogen door de debiteur, maar door het aangaan van de rechtshandeling door de crediteur met de debiteur.¹⁹

In de literatuur en in sommige rechtspraak wordt in gevallen als deze als oplossing aangedragen dat de getroffen schuldeisers een volmacht geven aan de curator om namens hem de schadevergoedingsactie in te stellen, waardoor (via de boedel) door de betrokken schuldeisers volledige schadevergoeding kan worden verkregen.²⁰ Mijns inziens is een dergelijke oplossing niet mogelijk en zeker niet wenselijk. De curator kan in rechte alleen een vordering instellen wanneer die rechten tot onderwerp heeft die tot de boedel behoren (art. 25 Fw). De vordering van de schuldeiser behoort daartoe niet. In beginsel heeft de boedel bij een dergelijk optreden als gemachtigde ook geen belang: de boedel

19. Voor voorbeelden zie Van Koppen, in TVVS 1998 nr. 98/5, p. 125 ; C.A. Boukema, Samenloop, Monografieën NBW A- 21, p. 47.

20. J.C. van Apeldoorn, 'De curator als belangenbehartiger van gelaedeerde schuldeisers' (art. 6:162 BW), in: De curator, een octopus, 1996, p. 13 e.v., bepleit dat de curator dit ook zonder volmacht moet kunnen en zelfs in de boedel een 'fonds' vormt. Van Koppen, diss. p. 137 e.v. meent dat dergelijke aanspraken buiten de boedel om door de curator als raadsman kunnen worden afgewikkeld.

wordt er niet beter van.²¹ De curator kan ook geen afgescheiden vermogens aanhouden voor de crediteuren voor wie hij als gemachtigde optreedt; zijn taak is door de wet beperkt tot het beheer en de vereffening van het vermogen van de debiteur. Een wettelijke grondslag voor zijn optreden als beheerder van andere vermogens ontbreekt.

3.4 Samenloop van de actio Pauliana met de vordering uit onrechtmatige daad?

In het Erba-arrest overwoog de Hoge Raad:

'(...) dat naar het oordeel van het Hof te dezen een vordering uit onrechtmatige daad uitgesloten is, omdat de verwijten van Erba betrekking hebben op de verstoring van de paritas creditorum door en tengevolge van de overeenkomst van 6 Febr. 1952; dat daartegen enkel zou kunnen worden opgekomen met de vordering als bedoeld in art. 1377 BW, omdat deze als bijzondere vordering de toepassing van de algemene vordering uit onrechtmatige daad zou uitsluiten:

dat het middel terecht tegen deze opvatting opkomt, daar geen grond bestaat om aan te nemen, dat wanneer iemand bij het verrichten van een tweezijdige, een derde schadelijke rechtshandeling zodanig heeft gehandeld dat art. 1401 BW voor toepassing in aanmerking komt, de benadeelde niet op grond van dat artikel van hem schadevergoeding zou mogen vorderen omdat hij ook de nietigheid van de handeling zou kunnen inroepen ingevolge art. 1377 BW;

dat dit alleen zou mogen worden aangenomen, indien art. 1377 dit zou voorschrijven of onvermijdelijk zou meebrengen; dat dit echter niet het geval is;'

In de zaak die aan het Erba-arrest ten grondslag lag, kón de actio Pauliana niet meer worden ingesteld, omdat door de debiteur in een surséance van betaling een akkoord was aangeboden dat door de vereiste meerderheid van schuldeisers was aangenomen. Het verweer van de bank tegen Erba hield in, dat, omdat de actio Pauliana niet meer kon worden ingesteld, daarmee aan Erba (ook) de mogelijkheid was ontnomen om nog een actie in te stellen op grond van onrechtmatige daad ter vergoeding van de schade die zij leed door de overeenkomst tussen de debiteur en de bank; met andere woorden de bank beriep zich op het beginsel *lex specialis derogat legi generali*. Het arrest betekent mijns

21. Het incasseren door de curator tegen betaling van een vergoeding valt mijns inziens buiten de taak van de curator, en vormt geen te respecteren belang van de boedel bij de vordering; de boedel is geen incassobureau.

inziens dat de Hoge Raad oordeelde dat de actio Pauliana geen *lex specialis* is van de onrechtmatige daad.

In het arrest wordt niets gezegd over de hoogte van de schadevergoeding die zou kunnen worden gevorderd. In de casus (voorzover kenbaar uit het arrest) is te lezen dat de rechtbank de schadeplichtigheid van de bank beperkte tot de verhaalschade voorzover die het bedrag zou overstijgen wat Erba krachtens het akkoord zou ontvangen.

In het Erba-arrest heeft de Hoge Raad zich mijns inziens niet uitgesproken over de vraag of en zo ja in hoeverre de actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering naast elkaar als vorderingen aan de crediteur ter beschikking staan. Niettemin is door veel schrijvers -en in navolging daarvan zelfs door de wetgever- aangenomen, dat in het Erba-arrest de Hoge Raad de onrechtmatige daad als alternatief voor de actio Pauliana toelaatbaar heeft geacht.²² Ook in het arrest Peeters/Gatzen heeft de Hoge Raad mijns inziens niet beslist dat de curator ingeval van benadeling van de schuldeisers om het even de keuze heeft tussen de onrechtmatige daadvordering of de actio Pauliana. In die zaak was in cassatie alleen aan de orde de vraag of de curator bevoegd was om ten behoeve van de schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad tegen een derde die betrokken was bij een benadelende handeling.

De onrechtmatige daadvordering is naar mijn mening een aanvullende actie op de actio Pauliana: voorzover de actio Pauliana tekortschiet zal de onrechtmatige daadvordering uitkomst moeten bieden. De curator is de executeur van de verhaalsrechten van de gezamenlijke schuldeisers. Het recht om herstel van het verhaalsvermogen totstand te brengen door de actio Pauliana behoort mijns inziens tot die verhaalsrechten van de schuldeisers. Gedurende faillissement kunnen die rechten door geen ander dan de curator worden uitgeoefend. De curator oefent in wezen het verhaalsrecht van de gezamenlijke schuldeisers uit. Het is de taak en de verantwoordelijkheid van de curator om het verhaalsvermogen aldus te herstellen en te liquideren. De actio Pauliana stelt de curator of de schuldeiser in staat de schuld respectievelijk de vordering te verhalen op de vermogensbestanddelen zoals die vóór de paulianeuze transactie voor verhaal beschikbaar waren. Het verhaal op de debiteur wordt dus gevonden mede ten laste van de wederpartij bij de benadelende rechtshandeling. De onrechtmatige daadvordering is een vordering van geheel andere aard. Het gaat daarbij (in dit

22. Losbl. Kluwer Faillissementswet, aantekening 13 bij artikel 42 Fw; C.A. Boukema, Monografieën NBW A.21, blz 46; en MvA II bij artikel 3.2.11, PG boek 3, p. 216. Wachter in diens noot bij het arrest, zij het dat hij geen verschil ziet tussen de vordering tot vergoeding van art. 51 lid 2 Fw (oud) en de schadevergoedingsvordering van art. 1401 BW (oud).

De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana

verband) om een vordering tegen een (weder)partij die zich verwijtbaar heeft ingelaten met de benadelende (rechts)handeling, tot vergoeding van de schade die is ontstaan doordat en in zoverre als het verhaalsvermogen zoals dat ter beschikking had behoren te staan – met inachtneming van de gevolgen van de actio Pauliana – is verminderd.

Zolang de actio Pauliana ten dienste staat aan de crediteur of aan de curator, lijdt de crediteur c.q. de curator mijns inziens geen schade als bedoeld in artikel 6:162 BW Immers tot zijn vermogen behoort de vordering op het verhaalsvermogen, waartoe door de actio Pauliana ook vermogensbestanddelen van of aanspraken op derden behoren. De actio Pauliana bewerkstelligt dat het verhaalsvermogen hersteld wordt ongeacht van wie dat is. Er treedt met andere woorden geen vermogensvermindering bij de schuldeisers op die het gevolg is van de onmogelijkheid van verhaal (in zoverre veroorzaakt door de benadelende handeling). Het bestaan van schade is wél vereist is voor het instellen van de onrechtmatige daadvordering. Evenmin is er sprake van benadeling van de schuldeisers in het faillissement: die is ongedaan gemaakt door de actio Pauliana en de teruggave en vergoeding als bepaald in art. 51 Fw .

Pas wanneer de actio Pauliana niet of met beperkt gevolg of tegen (hoge) kosten kan worden ingesteld (bijvoorbeeld: de benadeling is het gevolg van een feitelijke handeling; de wederpartij bij de paulianeuze rechtshandeling heeft het vermogensbestanddeel verduisterd én biedt geen verhaal voor de vorderingen tot vergoeding), ontstaat de vermogensschade, omdat de vordering op de debiteur niet langer geheel of gedeeltelijk verhaald kan worden op het verhaalsvermogen zoals dat beschikbaar had behoren te zijn. Die onmogelijkheid leidt dan in zoverre tot een schadevergoedingsvordering op grond van onrechtmatige daad.

Indien aan de curator of aan de schuldeiser de actio Pauliana ten dienste staat, maar deze niet instelt, is dat mijns inziens een omstandigheid die voor zijn risico moet blijven; in dat geval kan niet gezegd worden dat de schade is veroorzaakt door de aantasting van het verhaalsvermogen. De schade is dan het gevolg van het feit dat de curator of de schuldeiser niet een verhaalsrecht hebben uitgeoefend.

Ik beschouw de actio Pauliana derhalve niet een *lex specialis* van de onrechtmatige daad; de aard van de acties is daarvoor mijns inziens te veel verschillend: de actio Pauliana strekt ertoe de verhaalsmogelijkheden te vergroten of te herstellen; de onrechtmatige daad vordering strekt ertoe de schade door de (blij-

vende) aantasting daarvan²³ te vergoeden. Van samenloop is mijns inziens geen sprake.²⁴

Naar mijn mening is de vordering op grond van onrechtmatige daad dus op te vatten als aanvulling op de actio Pauliana, niet als substituut of als alternatief. Dit geldt zowel in de 'een-op-een' verhouding, waarbij de onrechtmatige daadvordering wordt ingesteld tegen de (weder)partij bij de benadelende handeling, als in verhouding tot derde partijen die op andere wijze verwijtbaar bij de benadelende handeling waren betrokken (bijvoorbeeld een bestuurder van een als partij betrokken rechtspersoon). Het verschil is niet zonder belang, omdat de gevolgen van de actio Pauliana en de onrechtmatige daadvordering verschillen. Van de verschillen noem ik hier²⁵:

- a. de relativiteit van de actio Pauliana; de relativiteit geeft in beginsel alleen het recht de vordering te verhalen op de onttrokken goederen. De onrechtmatige daadvordering geeft een vordering op het gehele vermogen van de wederpartij bij de benadelende rechtshandeling;
- b. de verjaring. De vernietigingsvordering wegens benadeling verjaart drie jaar nadat de benadeling is ontdekt; artikel 3:52 lid 1 sub c BW²⁶; de onrechtmatige daadvordering kent een langere verjaringstermijn van in beginsel 5 jaar nadat schade en dader bekend zijn geworden (art.3:310 BW)²⁷;
- c. de overdraagbaarheid van de vordering.

23. Anders Van Koppen, diss., p. 15; zie echter ook J.A. Ankum, De Pauliana buiten faillissement in het Nederlandse rechts sinds de codificatie, 1962, p. 92 e.v.

24. Anders onder andere C.A. Boukema, Samenloop, Monografieën NBW deel A-21, p. 46 e.v. met een beroep (mede) op de wetsgeschiedenis van art. 3:45 BW.

25. Een uitgebreid overzicht van de verschillende gevolgen van actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering geeft Van Koppen, diss. p. 289 e.v.

26. Ten aanzien van de faillissementspauliana wordt ook betoogd dat de verjaring aanvangt met het uitspreken van het faillissement op grond van het bepaalde in art. 3:52 lid 1 sub d (losbl. Kluwer Faillissementswet aantekening 11 bij art. 42 Fw). Dit lijkt mij niet juist, omdat het ook voor een curator enige tijd kan duren voordat hij een benadelende rechtshandeling, of de benadeling ontdekt. Evengoed kan het enige tijd duren voordat de benadeling daadwerkelijk intreedt. Andersom kan het voorkomen dat de curator eerst bewindvoerder is geweest en in die hoedanigheid al eerder van de benadelende rechtshandeling op de hoogte was. In een dergelijk geval zou mijns inziens aangenomen moeten worden dat de verjaring van de faillissementspauliana op dat moment aanvangt. De faillissementswet gaat immers ook in andere opzichten uit van de datum van de surseance van betaling in verband met de faillissementspauliana (art. 249 Fw). Zie ook R.J. Verschoof, Het nieuwe Faillissementsrecht, p. 71.

27. Vijf jaar na de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden en in ieder geval 20 jaar na de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt (artikel 3:310 lid 1 BW).

De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana

Van Koppen gaat in zijn dissertatie uit van de mogelijkheid dat de actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering volledig naast elkaar zijn te gebruiken. Als een voordeel van de onrechtmatige daadvordering noemt hij de langere verjaringstermijn.²⁸ Ik meen dat het niet toelaatbaar is, om wanneer een crediteur de actio Pauliana laat verjaren, hij alsnog via een achterdeur aan die verjaring de gevolgen kan ontnemen door een onrechtmatige daadvordering in te stellen; hetzelfde geldt voor de curator die de faillissementspauliana laat verjaren. In dat geval dient het verlies van verhaalsmogelijkheden door de verjaring voor rekening van de curator of de crediteur te blijven; anders gezegd, het verlies van het verhaalsvermogen is niet veroorzaakt door de benadelende rechtshandeling maar door het niet uitoefenen van verhaalsrechten. Dit geldt uiteraard niet voor die verhaalsschade, die niet door de actio Pauliana kon worden weggenomen.

De verhouding tussen actio Pauliana en onrechtmatige daad illustreer ik aan hand van de volgende gevallen:

- a. de rechtshandeling kan niet meer ongedaan worden gemaakt;
- b. de ongedaanmaking van de rechtshandeling is onvoldoende om het door de rechtshandeling veroorzaakte nadeel op te heffen;
- c. bij de benadelende rechtshandelingen zijn personen feitelijk en verwijtbaar betrokken;
- d. benadeling van schuldeisers is het gevolg van een onrechtmatig feitelijk handelen.

Het onder a. genoemde geval ziet op situaties waarbij een overgedragen goed is doorgeleverd aan een derde te goeder trouw. In die gevallen wordt de wederpartij tegenover de boedel of tegenover de benadeelde crediteur schadeplichtig, evenwel in beginsel op verschillende gronden.

De actio Pauliana in faillissement wordt in artikel 51 Fw uitgewerkt in een verbintenis tot teruggave wegens onverschuldigde betaling. Het bepaalde in Boek 6 titel 4 afdeling 2 is van overeenkomstige toepassing verklaard. Een vergoedingsverplichting zal dus op de artikelen 6:205 jo. 81 jo. 87 BW en 6:206 jo. 120-124 BW zijn gebaseerd²⁹, en dus in beginsel ongeacht de vraag of de benadelende handeling hem valt te verwijten of niet.³⁰ Voor de omvang van de terug-

28. Van Koppen, diss. p. 175.

29. Voor een nadere beschouwing over de gevolgen van art. 51 Fw verwijs ik naar de bijdrage van Van Koppen in deze bundel.

30. Zie Van Koppen, diss. p. 45 e.v.; wetenschap van benadeling zal doorgaans verwijtbaarheid opleveren. Evenwel kan in bepaalde gevallen de actio Pauliana slagen zonder dat wetenschap van benadeling bestaat.

gave- en vergoedingsverplichting is slechts van belang de vraag of de wederpartij te goeder trouw was, met andere woorden of hij met de verplichting tot teruggave rekening moest houden of niet. Een vergelijkbare bepaling bestaat voor de actio Pauliana buiten faillissement niet. Er bestaat met andere woorden geen teruggaveverplichting; natuurlijk niet, omdat de schuldeiser geen partij was bij de rechtshandeling. De schuldeiser mag zich op een inmiddels aan de wederpartij toebehorend goed verhalen ten laste van de wederpartij; het door middel van de rechtshandeling onttrokken goed keert dus niet terug in het vermogen van de debiteur. Wanneer nu het aan het vermogen van de debiteur onttrokken goed door de wederpartij aan een derde te goeder trouw is doorgeleverd, zal dat goed dus niet meer voor verhaal door een Paulianabeslag vatbaar zijn. Pas in dat geval bestaat er schade en zal dus die wederpartij schadeplichtig jegens de benadeelde schuldeiser kunnen zijn op grond van onrechtmatige daad. Ook indien de benadelende rechtshandeling geen overdracht van een goed behelst, kan de individuele schuldeiser een vordering uit onrechtmatige daad instellen.

Het onder b. genoemde geval doet zich voor wanneer bijvoorbeeld de aan de boedel onttrokken zaak in waarde is verminderd; of indien inkomsten uit het goed niet zijn genoten. In faillissement is dan de schadevergoeding gebaseerd op de artikelen 51 Fw jo. 6:205 jo. 81 jo. 87 BW en 6:206 jo. 120-124 BW. De benadeelde crediteur buiten faillissement zal de vordering tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit de aantasting van het verhaalsvermogen in dat geval moeten baseren op onrechtmatige daad.

Het onder c. genoemde geval doet zich regelmatig voor: er zijn personen anders dan als partij betrokken bij de benadelende rechtshandeling (bijvoorbeeld een bestuurder van de debiteur of van een partij bij de benadelende rechtshandeling). Indien het gaat om feitelijke en verwijtbare betrokkenheid bij een benadelende rechtshandeling, dan geldt mijns inziens hetzelfde als hiervoor: de aansprakelijkheid van die betrokkenen zal beperkt zijn tot het verschil tussen het verhaal dat de curator of crediteur werkelijk vindt of kan vinden nadat hij de actio Pauliana heeft ingesteld, en het verhaal zoals dat zonder de benadelende rechtshandeling zou zijn geweest. Wordt de actio Pauliana niet ingesteld, maar wel een onrechtmatige daadvordering, dan nog is mijns inziens de aansprakelijkheid van de dader beperkt tot dat verschil: immers, zolang de actio Pauliana ten dienste staat, kan niet worden gezegd dat de boedel of de crediteur schade hebben geleden, die het gevolg is van het feit dat het verhaal van de vordering in zoverre onmogelijk is geworden.

In het onder d. genoemde geval is er geen sprake van een rechtshandeling en staat dus de actio Pauliana niet als verhaalsrecht aan de curator of schuldeiser

ten dienste. De vergoeding van de verhaalschade die is veroorzaakt kan dan volledig worden gevorderd op grond van (uitsluitend) onrechtmatige daad en bestaat uit het verschil tussen enerzijds het verhaalsvermogen c.q. het verhaal zoals dat door de curator respectievelijk de schuldeiser zou zijn gevonden zonder de benadelende handeling en anderzijds het verhaalsvermogen c.q. het verhaal zoals dat in werkelijkheid is gevonden.

3.5 De onrechtmatige daadvordering van de curator en van de individuele schuldeiser

Buiten faillissement bestaat er geen twijfel dat – met inachtneming van het voorgaande – de benadeelde schuldeiser vergoeding kan vorderen van de schade die hij lijdt door dat door een onrechtmatige daad van een derde het verhaalsvermogen van de debiteur is verminderd. Bij een faillissement van de debiteur rijst in dat geval de vraag of de bevoegdheid van de curator om vergoeding te vorderen van de door een benadelende handeling veroorzaakte verhaalschade een exclusieve bevoegdheid is, die het voor de individuele schuldeiser onmogelijk maakt om zijn vordering in te stellen of te vervolgen.

Wat voor de actiones Paulianae geldt, geldt niet zonder meer voor de vorderingen uit onrechtmatige daad. In faillissement strekt de onrechtmatige daadvordering van de curator tot vergoeding van schade die is ontstaan doordat het verhaalsvermogen is aangetast en niet (geheel) kon worden hersteld door de actio Pauliana. Veronderstellenderwijs aannemende dat de curator in zijn opzet slaagt, is daardoor het verhaalsvermogen in omvang weer gelijk aan het verhaalsvermogen zoals dat was vóór de benadelende handeling. In dat geval staat vast dat de schuldeiser geen schade meer lijdt tengevolge van de benadelende handeling; hij kan dus geen onrechtmatige daadvordering instellen. Indien de curator niet of slechts ten dele in zijn opzet slaagt, bijvoorbeeld omdat de aangesproken partij geen of onvoldoende verhaal biedt, blijft er schade, en blijft er dus ook schade voor de individuele schuldeiser. De schuldeiser zal wellicht na beëindiging van het faillissement die vordering willen verhalen, wanneer de desbetreffende wederpartij alsnog verhaal zal bieden.

Aannemende dat de benadelende handeling inderdaad een onrechtmatige daad oplevert tegenover zowel de boedel als de individuele schuldeiser, dan staan er mijns toch omstandigheden aan in de weg dat de individuele schuldeiser zijn vordering zelf instelt naast die van de curator. De schuldeiser zou immers moeten aantonen dat, zou de benadelende handeling niet zijn gepleegd, hij een (hogere) uitdeling uit het faillissement zou hebben ontvangen, en zijn vordering zou in zoverre in omvang zijn beperkt. Stel nu dat de schuldeiser inderdaad dat bedrag ontvangt, dan kan de curator mijns inziens nog steeds vergoeding van de schade vorderen die door de benadelende handeling is ontstaan; en het is zeker

niet zo, dat de door de schuldeiser ontvangen schadevergoeding lineair in mindering kan worden gebracht op de door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade. Doordat de desbetreffende schuldeiser met zijn restantvordering in het faillissement betrokken blijft, zal het uitdelingspercentage doorgaans maar marginaal beïnvloed worden. Omdat de curator in wezen gerechtigd is tot een zodanige schadevergoeding dat het uitdelingspercentage aan de schuldeisers hetzelfde wordt als het zou zijn geweest zonder de benadelende handeling, bestaat het risico dat de aangesproken partij méér betaalt dan de schade die hij daarmee heeft veroorzaakt.

Om deze reden meen ik dat in faillissement de individuele schuldeiser de hierin bedoelde onrechtmatige daadvordering niet kan instellen gedurende het faillissement. Dit heeft mutatis mutandis dezelfde gevolgen als voor de actio Pauliana ex art. 3:45 tijdens faillissement van de debiteur; zie hiervoor hoofdstuk 2.³¹

3.6 Toepassing

Het lijkt mij goed om het voorgaande te illustreren aan de hand van twee voorbeelden.

Voorbeeld 1

Het eerste voorbeeld is de volgende casus: A heeft een opeisbare concurrente vordering uit hoofde van een geldlening op X van f 100.000,-. Om aan die betalingsverplichting te voldoen trekt X enige tijd later een lening aan van f 100.000,- bij Bank Y, die door Bank Y wordt verstrekt op basis van de door X gepresenteerde en door accountant Q in overleg met A en X voor dat doel opgestelde cijfers. X neemt de lening bij Y op om daarmee de schuld aan A te voldoen. A lost met het ontvangen geld onmiddellijk een krediet bij zijn eigen bank af. Later blijkt dat X in overleg met A en accountant Q opzettelijk de waarde van het vast actief voor een veel te hoog bedrag in de aan bank Y gepresenteerde cijfers van X heeft opgenomen, waardoor een valse schijn van kredietwaardigheid was ontstaan. X gaat daarna failliet.

De curator kan tegen A de actio Pauliana niet instellen, reeds omdat er geen sprake is van benadeling van de schuldeisers (welke benadeling ook een eis is,

31. In deze zin ook Wachter in zijn noot 14 januari 1984, NJ 1983, 597 (Peeters/Gatzen). Anders onder andere Van Schilfgaarde in zijn noot bij dit arrest in in AA 1984, p. 220, en Kortmann en Faber in AA 1998, p. 268 e.v.

De onrechtmatige daadvordering als complement van de actio Pauliana

die besloten ligt in art. 47 Fw³²). Kan nu de curator van X in dit voorbeeld A en accountant Q aanspreken op grond van onrechtmatige daad? Naar mijn mening is dat niet het geval. Immers X zelf kan geen schadevergoeding vorderen: de vennootschap zelf heeft geen vermogensschade geleden. Ook kan de curator niet een vordering instellen op grond van het feit dat het verhaalsvermogen door het optreden van A en accountant Q is aangetast. De handeling was er nu juist op gericht om f 100.000,- van bank Y te lenen om daarmee een andere schuld van f 100.000,- te delgen.³³ Per saldo is door deze gang van zaken het verhaalsvermogen van X onaangetast gebleven zoals blijkt uit de volgende berekeningen.

Balans 1 (vóór herfinanciering)				Balans 2 (na herfinanciering)			
Gebouw	60.000	Kapitaal	40.000	Gebouw	60.000	Kapitaal	40.000
		Reserves	(150.000)			Reserves	(150.000)
		Lening A	100.000			Lening Y	100.000
		Crediteuren	70.000			Crediteuren	70.000
	<u>60.000</u>		<u>60.000</u>		<u>60.000</u>		<u>60.000</u>

Uit balans 1 blijkt, dat vóór de herfinanciering van de lening van A door Bank Y de gezamenlijke schuldeisers een uitdeling van (60.000/170.000 ofwel) 35% zouden hebben ontvangen.³⁴ Na de herfinanciering van de schuld aan A, is het uitkeringspercentage ongewijzigd 35%. In dat geval zou alleen Bank Y schuldeiser zijn geworden in plaats van A.

Hoe men het ook wendt of keert, de gezamenlijke schuldeisers zijn in dit geval niet benadeeld doordat het verhaalsvermogen van X is aangetast. Aan de curator komt derhalve geen actie uit onrechtmatige daad toe.

Om dezelfde redenen als gelden voor de curator, zou Bank Y buiten faillissement van X niet de actio Pauliana tegen A hebben kunnen instellen. Bank Y kan wel een vordering tot schadevergoeding op basis van onrechtmatige daad instellen tegen A en accountant Q, omdat Bank Y in haar eigen vermogen is benadeeld omdat op basis van de valse cijfers zij geld geleend heeft aan de insolvente debiteur X. Dan blijft de vraag nog: welk bedrag kan bank Y vorderen van accountant Q? Wat is nu de toerekenbare schade waarvoor A en accountant Q aansprakelijk zijn? In beginsel is de schade van Bank Y beperkt tot het oninba-

32. HR 22 maart 1991 NJ 1992, 244 (Loeffen/Mees en Hope II).

33. Ik ga er hier van uit dat de handelingen als een geheel moeten worden beschouwd zoals in HR 22 maart 1991 NJ 1992, 244 (Loeffen/Mees en Hope II).

34. Ik gebruik afgeronde getallen.

re deel van de vordering.³⁵ Dit betekent dat de schade van bank Y wordt bepaald door een vergelijking van zijn totale vordering op de failliet met het uitdelingspercentage dat bank Y ontvangt of zal ontvangen. Aangezien Bank Y 35% uit het faillissement ontvangt zal haar vordering op A en Q beperkt zijn tot 65% van f 100.000,- ofwel f 65.000,-.

Voorbeeld 2

Wanneer het eerste voorbeeld nu zo wordt aangepast, dat de lening van A aan X geen opeisbare concurrente lening was, maar een niet opeisbare en bij concurrente vorderingen achtergestelde lening, dan zou door de uitbetaling aan A na de herfinanciering door bank Y wel benadeling van schuldeisers zijn opgetreden: immers, zolang de schuld aan A bestond, konden de crediteuren rekenen op een uitdelingspercentage van (60.000/70.000 ofwel) 86% (balans 1); door de herfinanciering wordt de achtergestelde lening van A 'vervangen' door de concurrente lening van Y, waardoor het uitdelingspercentage voor alle crediteuren uitkomt op 35%.

Welke acties kunnen nu worden ingesteld? In beginsel kan de curator de actio Pauliana instellen tegen A en de f 100.000,- terugvorderen. Aannemende dat A tot die terugbetaling in staat is, dan blijkt, dat met de teruggave van het geld de benadeling wordt opgeheven, zij het dat dat komt omdat de vordering van A achtergesteld is (gebleven): de schuldeisers zouden (160.000/170.000 ofwel) 94% ontvangen, hetzelfde percentage dat voor de schuldeisers inclusief Y beschikbaar zou zijn geweest indien de lening aan A niet zou zijn afbetaald -en aannemende dat in dat geval bank Y het geld wel aan X ter beschikking zou hebben gesteld. Het blijkt dus dat de actio Pauliana tot gevolg kan hebben dat sommige schuldeisers méér ontvangen dan zij zouden hebben gekregen zonder de benadelende rechtshandeling; dit is mogelijk omdat de actio Pauliana zover gaat totdat het nadeel van ook één schuldeiser (in dit geval Bank Y) ongedaan is gemaakt.

Veronderstel: A biedt voor de teruggave- en vergoedingsverplichting geen verhaal. Kan dan de curator een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad instellen tegen accountant Q? Het antwoord is ja; hij kan een vordering uit onrechtmatige daad instellen tot vergoeding van de schade aan het verhaalsvermogen zoals die blijkt te zijn nadat de effecten van de actio Pauliana in aanmerking zijn genomen. In dit geval, waarin de actio Pauliana vruchteloos zou zijn, zou dat betekenen dat de curator schadevergoeding van f 100.000,- kan vorderen, waaruit aan de schuldeisers circa 94% op hun vorderingen wordt

35. Ik laat rente en kosten buiten beschouwing.

betaald. Dit betekent ook dat bank Y uit hoofde van onrechtmatige daad van accountant Q circa 6% van het totaal van de aan X verstrekte lening kan vorderen, waarna bank Y haar *f* 100.000,- helemaal zal hebben gerecupereerd.

3.7 Overdraagbaarheid van de vorderingen

Ter afsluiting van deze bijdrage wijd ik aandacht aan de vraag of de hierin aan de orde gestelde vorderingsrechten overdraagbaar zijn, voornamelijk vanwege het praktische belang van deze vraag. Het komt immers niet zelden voor dat een curator in het belang van een goede of efficiënte afwikkeling bepaalde vorderingen wenst over te dragen aan een derde of te verpanden ter verzekering van een boedelkrediet dat benodigd is voor de proceskosten.³⁶

De faillissementspauliana is een vordering die exclusief aan de curator toekomt, net als de vordering ex artikel 2:138/248 BW en verwante artikelen. De actio Pauliana ex art. 3:45 e.v. BW is een verhaalsrecht dat exclusief aan de benadeelde schuldeiser toekomt.

De faillissementspauliana is een vordering die naar zijn aard niet overdraagbaar is³⁷: zij is een vernietigingsactie die relatieve werking heeft. Zij wordt ingesteld ten behoeve van de boedel en heeft tot gevolg (slechts) dat de vernietigde rechtshandeling niet tegenstelbaar is tegenover de boedel; dit wordt nader uitgewerkt in een teruggaverecht ten gunste van de boedel, welk teruggaverecht evenwel niet verder reikt dan de benadeling. Met andere woorden, de curator kan het vermogen van de debiteur liquideren mede ten laste van de wederpartij alsof de benadelende rechtshandeling niet bestaat. Zoals ik hierboven al betoogde, gaat het om een de curator ten dienste staand verhaalsrecht. Een (uitsluitend) verhaalsrecht is naar zijn aard niet overdraagbaar.

Buiten faillissement ligt het iets anders: een crediteur kan zijn vordering op de debiteur in beginsel overdragen. Wanneer men de actio Pauliana beschouwt als een verhaalsrecht, dan zal de actio Pauliana door de cessionaris ingesteld kunnen worden. Zou de crediteur de vordering op de debiteur niet overdragen, maar alleen de rechten uit de actio Pauliana willen overdragen, dan zal dat mijns inziens niet mogelijk zijn. De relatieve werking van de actio Pauliana als verhaalsrecht staat daaraan in de weg: zonder vordering geen verhaalsrecht.

36. Een voorziening als bedoeld in art. 43 lid 6 Fw jo. 2:138 BW bestaat voor deze onrechtmatige daadvordering (nog) niet.

37. Zo ook conclusie A-G Mok bij HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (Den Toom/De Kreek q.q.) en de noot van Maeijer daarbij; en losbl. Kluwer Faillissementswet, aantekening 10 bij art. 42 Fw.

Bestaan nu diezelfde bezwaren tegen de overdracht van de vordering uit onrechtmatige daad die strekt tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit de aantasting van het verhaalsvermogen? Ik meen, dat de vordering uit onrechtmatige daad die strekt tot vergoeding die is ontstaan door aantasting van het verhaalsvermogen van de debiteur, overdraagbaar is. Het gaat om een zelfstandig vorderingsrecht dat kan worden uitgeoefend, in beginsel onafhankelijk van het lot van de vordering van de crediteur op de debiteur; uiteraard bepaalt het laatste -zoals gezegd- wel de omvang van de schadevergoedingsvordering. In faillissement is het niet anders. De vordering uit onrechtmatige daad strekt tot vergoeding van de schade die is ontstaan door aantasting van het verhaalsvermogen, in zoverre de actio Pauliana niet kan worden gebruikt om het verhaalsvermogen te herstellen. Dat is een zelfstandig vorderingsrecht, dat door de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan worden uitgeoefend. Nu het een recht is dat in beginsel door de schuldeisers kan worden vervreemd, verzet zich mijns inziens er niets tegen om hetzelfde aan te nemen voor de onrechtmatige daad vordering die de curator kan instellen. Het is een vorderingsrecht dat zelfstandig is en slechts in omvang wordt bepaald door de vraag in hoeverre een door de curator in te stellen actio Pauliana slaagt of had kunnen slagen.

Ook wanneer ik de vordering toets aan het arrest De Kreek q.q./Den Toom, kom ik tot de conclusie dat de vordering overdraagbaar is. Immers, de vordering is niet een zo bijzondere als die van art. 2:138/248 BW, in welk verband de Hoge Raad bijzonder gewicht toekende aan het toezicht door de Rechter-Commissaris. Het feit dat ook onrechtmatige daadvorderingen die worden ingesteld door de curator aan het toezicht van de Rechter-Commissaris onderworpen zijn, is mijns inziens niet een zelfstandige reden die aan de overdraagbaarheid in de weg staat. Die eis geldt tenslotte voor elke door de curator in te stellen rechtsvordering, ongeacht of die betrekking heeft op een vorderingsrecht dat vóór of na faillissement bestaat of ontstaat; en tenslotte is ook een besluit van de curator om vorderingen te vervreemden doorgaans aan goedkeuring door de Rechter-Commissaris onderworpen. Dit betekent ook dat de vorderingen voor verpanding in aanmerking komen.

4 De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad

J.H. NIEUWENHUIS*

4.1 Inleiding

In het voetspoor van Evelyn Waugh zijn, na zijn *Brideshead* uit 1945, al heel wat plaatsen op de juridische kaart *'revisited'*. In 1988 was het de beurt aan het kruispunt van de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad. 'Het Erba-arrest *revisited*' heet het in een artikel van Blomkwist in TVVS.¹ In dit arrest ging het om een vordering uit onrechtmatige daad ingesteld door een onbetaald gebleven verkoper van textielgoederen tegen een bank, die aan de koper van deze goederen krediet had verleend en daarbij een omvangrijke fiduciaire zekerheid had bedongen.² De Hoge Raad overwoog:

'dat geen grond bestaat om aan te nemen, dat wanneer iemand bij het verrichten van een tweezijdige, een derde schadelijke rechtshandeling zodanig heeft gehandeld dat art. 1401 BW (thans 6:162) voor toepassing in aanmerking komt, de benadeelde niet op grond van dat artikel schadevergoeding van hem zou mogen vorderen omdat hij ook de nietigheid van de handeling zou kunnen invoeren ingevolge art. 1377 BW (thans art. 3:45).'

Met betrekking tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad oordeelde de Hoge Raad:

'dat het toch in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van eens anders goed betaamt, dat een bank, die krediet verleent tegen beding van zekerheidstelling in de omvang als hierboven verondersteld (fiduciaire zekerheidsoverdracht van [nagenoeg] alle activa, de in de toekomst te verwerven goederen inbegrepen; JHN), hetzij willens en wetens, hetzij door gebrek aan zorg voor de belangen van anderen – die alleen tengevolge van de instandhouding van diens bedrijf door het bankkrediet de schuldenaar nog als afnemer tegenover zich vinden en vertrouwend op diens uiterlijke kredietwaardigheid aan hem leveren – ten koste van nieuwe leveranciers wordt voldaan, doordat zij niet slechts de door de debiteur bij verkoop van de door hen geleverde goederen gemaakte winst verwerft, doch

* Auteur is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. J.H.W. Blomkwist, TVVS 1988, p. 114 e.v.

2. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514.

mede de inkoopwaarde dan wel de eigendom van de geleverde doch onbetaald gebleven goederen zelf, terwijl voor deze leveranciers het vinden van verhaal onder hun schuldenaar bij voorbaat onmogelijk is gemaakt.'

Het betoog van Blomkwist komt in de kern hierop neer dat het Erba-arrest 'praktisch gesproken zijn betekenis voor een belangrijk deel heeft verloren' als gevolg van de rechtspraak van de Hoge Raad uit de jaren zeventig, waarin is beslist dat de zekerheidsoverdracht 'buiten beschouwing' moet worden gelaten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen. Het eerste van deze nog onder het oude Burgerlijk Wetboek gewezen arresten verleende een – in resultaat met de Pauliana overeenstemmende – bescherming aan de verkoper:

'dat tot de aldus beschermde derden ook moet worden gerekend de verkoper die m.b.t. een of meer der onder de zekerheidsoverdracht vallende zaken het hem in art. 1185, aanhef en sub 3e, toegekende voorrecht wenst geldend te maken;

dat het immers redelijk is, het belang van een door een zekerheidsoverdracht beschermde

*geldschietster bij de uitoefening van zijn verhaalsrechten op bepaalde in die overdracht betrokken zaken te laten wijken voor het belang van de verkoper van deze zaken bij de uitoefening van diens voorrecht, daar de door fiduciaire zekerheid beschermde geldschietster geen recht op de betreffende zaken zou hebben kunnen doen gelden, als zij niet door de verkoper waren geleverd.'*³

Blomkwist is van oordeel dat wanneer de bank de belangen van de aldus beschermde derden respecteert, er wel 'bizarre dingen' gebeurd moeten zijn, wil een tegen de bank ingestelde vordering uit onrechtmatige daad slagen. De levensduur van 'standaardarresten' van de Hoge Raad is zeer wisselend; sommige zijn duurzamer dan brons, andere vluchtiger dan een sneeuwvlok in de lentezon. Het belang van het arrest Van Wessem/Traffic smolt weg toen het nieuwe Burgerlijk Wetboek aan de horizon verscheen. De fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid werd in de ban geslagen⁴ en het voorrecht van de verkoper verdween van het toneel.⁵

3. HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433; Van Wessem/Traffic.

4. Zie art. 3:84 lid 3 BW; zie ook de nadere precisering van het fiducia-verbod in HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease).

5. Een zekere compensatie voor dit verlies verkreeg de verkoper door een enigszins verruimd recht van reclame; zie de artikelen 7:39 e.v. BW.

Een hernieuwd weerzien met het Erba-arrest biedt nieuwe perspectieven. Wanneer toont een bank die in het kader van door haar verleende kredieten de nieuwe zekerheden van het nieuwe wetboek bedingt (stil pandrecht op roerende zaken en vorderingen op naam; zie de artikelen 3:237 en 239) ‘een gebrek aan zorg voor de belangen van anderen’? Wanneer handelt zij paulianeus en kan een beroep worden gedaan op de nietigheid van de verpanding, en wanneer handelt zij onrechtmatig en is zij uit dien hoofde gehouden tot schadevergoeding?

Over de verhouding tussen de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad valt in het Erba-arrest niet méér te lezen dan dat zij mogelijk zijn *naast* elkaar. Maar is hun verhouding niet inniger? Een van de conclusies van het recent verschenen proefschrift van Van Koppen luidt, dat met betrekking tot rechtshandelingen anders dan om niet, de Pauliana moet worden aangemerkt als een bijzondere vorm van de vordering uit onrechtmatige daad. Slechts waar het gaat om een handeling om niet, verricht met een wederpartij die geen wetenschap droeg van de benadeling, is de Pauliana op te vatten als een toepassing van de verrijkingsactie.⁶

Nu banken en hun klanten, anders dan sinterklaas, een uitgesproken voorkeur hebben voor rechtshandelingen anders dan om niet, lijkt het gerechtvaardigd deze kanttekeningen hiertoe te beperken.

4.2 Rechtmatige en onrechtmatige doorbreking van de *paritas creditorum*

De gedachte dat de Pauliana een uitwerking vormt van het leerstuk van de onrechtmatige daad is niet nieuw. In 1932 concludeerde Eggens: ‘Art. 1377 is dus eigenlijk een toepassing van art. 1401.’⁷ In die geest ook Schoordijk: ‘Een *onrechtmatige* vermindering van vermogen en een *onrechtmatige* doorbreking van de *paritas creditorum* vormen de grondpijlers, die toepassing van art. 3:45 rechtvaardigen.’⁸ Schrijvend over de *faillissementspauliana*, is Ophof van oordeel dat ‘crediteuren die de *paritas creditorum* verstoren door zich *onoorbaar* een voorsprong op andere crediteuren te verschaffen (...) uit die positie verwijderd (dienen) te worden door toepassing van de actio Pauliana.’⁹ Deze passage veronderstelt – terecht – dat het ook mogelijk is zich op oorbare wijze een voorsprong op andere crediteuren te verschaffen, en het voordringen pas paulianeus

6. F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadsvordering*, Deventer, 1988, p. 86.

7. WPNR 3267.

8. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht* boek 3, 1986, p. 154.

9. H.P.J. Ophof, *De Actio Pauliana: terug van weggeweest of ook: wegwezen?* Intreerede, Deventer, 1992, p. 31.

wordt, indien het als onoorbaar, met andere woorden, als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd.

Het debat over de vraag of de voorwaarden voor een beroep op de Pauliana (op de voet van art. 3:45 BW, dan wel art. 42 Fw) zijn vervuld, dient te worden gevoerd tegen de achtergrond van het leerstuk van de onrechtmatige daad. Het belang van deze constatering is vooral hierin gelegen dat alleen zo zicht wordt verkregen op het punt waarop het uiteindelijk aankomt: hebben de schuldenaar en zijn wederpartij, gelet op de voor hen kenbare (verhaals)belangen van crediteuren, gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt? Worden daarentegen de vereisten van art. 3:45 BW en 42 Fw (onverplichte rechtshandeling, benadeling, wetenschap) los van deze achtergrond 'afgevinkt', dan leidt dit tot onaanvaardbare consequenties.

Een en ander wordt duidelijk als we de afzonderlijke vereisten van de artikelen 3:45 BW en 42 Fw mechanisch toepassen op een ABC-relatie van het Erba-type.

Bij gelegenheid van de verkrijging van een bankkrediet van f 100.000,- verleent A een stil pandrecht op een rotatiedrukpers (geschatte executiewaarde f 150.000,-) aan bank B. De drukpers is zo ongeveer het enige vermogensbestanddeel dat de moeite van verhaal waard is. Het is de bank bekend dat C nog f 80.000,- heeft te vorderen van A.

Is de verpanding een onverplichte rechtshandeling?

Ja, de verpanding berust niet op een wettelijke of contractuele plicht. De omstandigheid dat A in feite gedwongen was de drukpers te verpanden, omdat hij anders het krediet niet zou krijgen, kan er niet toe leiden de verpanding als 'verplicht' aan te merken.¹⁰

Is sprake van benadeling?

Ja, C is benadeeld, omdat, in de woorden van de Hoge Raad, zijn 'bevredigingsmogelijkheid door verhaal geringer is dan zij zou zijn geweest indien de handeling (hier: de verpanding van de drukpers aan B) achterwege ware gebleven.'¹¹

Bestaat bij A en B wetenschap van benadeling?

Ja, banken en hun klanten weten, althans behoren te weten, dat door verpanding van een substantieel deel van het bedrijfskapitaal schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.

Driemaal ja; de conclusie lijkt onontkoombaar: de verpanding is paulianeus en dus rijp voor vernietiging.

De begrijpelijke aarzeling wordt ingegeven door het feit dat niet iedere kenbare benadeling van schuldeisers in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk

10. HR 10 december 1976, NJ 1977, 617.

11. HR 23 december 1949, NJ 1950, 262.

De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad

verkeer betaamt. Pandrecht is naar zijn aard gericht op de verstoring van de paritas creditorum. Wie een pandrecht bedingt, is erop uit voorrang te verwerven boven de overige schuldeisers. Dit streven vindt erkenning in de wet (vgl. art. 3:227 BW). Uiteraard moeten daarbij bepaalde grenzen in acht worden genomen, maar de zorgplicht van de pandhouder ten opzichte van de overige schuldeisers gaat niet zover, dat hij ervoor moet waken dat slechts een zodanig gedeelte van de activa van de schuldenaar aan hem wordt verpand dat voor de anderen voldoende onbelaste vermogensbestanddelen overblijven om daaruit hun vorderingen te kunnen verhalen.

Welk perspectief ontstaat wanneer we, in het voetspoor van Eggens c.s., de actio Pauliana opvatten als een toepassing van de vordering uit onrechtmatige daad? Een blik op het delictuele decor van de artikelen 3:45 BW en 42 Fw kan licht werpen in drie duistere gangen van de actio Pauliana.

4.3 Middellijke benadeling

De nietigheid kan worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, *onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan* (art. 3:45 lid 1 BW). Het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft, in navolging van de rechtspraak, gekozen voor de leer van de ‘middellijke benadeling’:

‘juist omdat onmiddellijke benadeling niet nodig, doch middellijke benadeling voldoende is, (kan) de pauliana ook bescherming geven aan hem die eerst schuldeiser werd na het plaatsgrijpen van de benadelende handeling.’¹²

Vriesendorp koestert ernstige bezwaren tegen deze keuze:

‘Iemand die *na* de onverplichte rechtshandeling door de schuldenaar in een schuldeisersverhouding tot de schuldenaar komt te staan (...) treft een vermogen aan waarin die onverplichte rechtshandeling reeds is verdisconteerd. (...) Alleen als er een daadwerkelijk *oogmerk* van benadeling heeft bestaan, is de sanctie van deze nietigheid op zijn plaats.’¹³

Vóór de keuze van de wetgever, en tegen het standpunt van Vriesendorp, pleit dat het bij de Pauliana nu eenmaal gaat om de bescherming van de paritas creditorum, het beginsel dat schuldeisers een gelijke rang hebben, ongeacht de datum waarop hun vordering is ontstaan. Maar de opvatting van de wetgever, dat de Pauliana mede kan worden ingeroepen door schuldeisers wier vordering

12. HR 23 december 1949, NJ 1950, 262.

13. R. D. Vriesendorp, *Erudita Ignorantia*, Deventer, 1992, p. 194 e.v.

eerst is ontstaan *nadat* de gewraakte rechtshandeling is verricht, is niet zonder problemen. Zij werpt zwarigheden op met betrekking tot het vereiste van wetenschap van benadeling. Hoe is *wetenschap* van benadeling van schuldeisers mogelijk, wanneer die schuldeisers ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling nog aan de horizon moeten verschijnen? Op dit punt zal men genoeg moeten nemen met *verwachtingen*. Aldus ook de Hoge Raad, die geen onjuiste rechtsopvatting ontwaarde in het oordeel van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen ‘dat bij Divi NV en Divi inc. wetenschap van benadeling heeft bestaan, in die zin dat zij ten tijde de aangevochten handeling redelijkerwijs hebben moeten *verwachten* dat door de uitvoering van het reorganisatieplan *mogelijk* nadeel zou ontstaan voor (Arubaanse) werknemers van Divi NV.’¹⁴

Verwachtingen omtrent mogelijk nadeel; Is dit voldoende ter rechtvaardiging van een zo drastische ingreep: de vernietiging van de nadelige rechtshandeling?¹⁵

Vriesendorp grondt zijn oordeel, dat het invoeren van de nietigheid door latere schuldeisers slechts kan worden aanvaard, indien sprake is van het *oogmerk* van benadeling, op een stevig, wetshistorisch argument. In de parlementaire geschiedenis worden de slotwoorden van art. 3:45 lid 1 (‘onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan’) gemotiveerd met een verwijzing naar een arrest uit 1881.¹⁶ Toen gold echter een versie van art. 1377 waarin de nietigheidssanctie was beperkt tot rechtshandelingen verricht ‘ter bedrieglijke verkorting’ van de rechten van schuldeisers.¹⁷ Dat verklaart het oordeel van de Hoge Raad, dat het voor het slagen van de Pauliana geen bezwaar oplevert dat de vordering pas is ontstaan nadat de gewraakte rechtshandeling is verricht ‘omdat, indien vast staat, dat op het ogenblik van het sluiten der handeling, zij strekte ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers, er in de wet geen aanleiding is om niet later aan ieder belanghebbend schuldeiser de actie tot vernietiging toe te staan.’¹⁸ Met andere woorden: gedurende de negentiende eeuw was de actio Pauliana een gekwalificeerde vorm van de vordering uit onrechtmatige daad: een bedrieglijke inbreuk op de rechten van schuldeisers. Een redelijke uitleg van het wetenschapsvereiste, vervat in het huidige art. 3:45 BW, biedt de mogelijkheid om, met behoud van de delictuele grondslag van de

14. HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367.

15. De Hoge Raad was strenger in HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257; niet voldoende is de wetenschap dat de handeling de kans op benadeling van een of meer schuldeisers schiep.

16. Parl. Gesch. Boek 3, p. 215.

17. Zie omtrent de geschiedenis van de actio Pauliana gedurende de negentiende eeuw, J. A. Ankum, *De Pauliana buiten faillissement*, Zwolle, 1962.

18. HR 14 april 1881, W. 4635.

De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad

Pauliana, de bescherming van de latere schuldeisers binnen aanvaardbare grenzen te houden. Niet slechts bij bedrog en oogmerk, maar ook in geval van een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de verhaalsmogelijkheden van latere schuldeisers, slaagt de actio Pauliana. De vernietiging van de aangevochten rechtshandeling door een schuldeiser wiens vordering eerst na het verrichten van die rechtshandeling is ontstaan, is in deze opvatting slechts dan gerechtvaardigd als hetgeen de schuldenaar en zijn wederpartij ten tijde van die rechtshandeling redelijkerwijs konden verwachten omtrent nadeel voor toekomstige schuldeisers, hen had behoren te weerhouden van het verrichten van die rechtshandeling.

4.4 Het doelwit van de actio Pauliana

Anders dan de algemene vordering uit onrechtmatige daad, richt de actio Pauliana haar pijlen niet op al hetgeen de schuldenaar en zijn wederpartij hebben gedaan en gelaten ten opzichte van de schuldeisers, maar op een of meer door hen verrichte rechtshandelingen; in de gevallen die thans aan de orde zijn: de stille verpanding. Als uitsluitend deze rechtshandeling¹⁹ op de korrel zou mogen worden genomen, ligt de conclusie in de meeste gevallen voor de hand: benadeling. De verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers zijn allicht gunstiger, indien de verpanding achterwege was gebleven. Zo wordt echter uit het oog verloren dat de verpanding een rechtshandeling anders dan om niet is; zij geschiedt in ruil voor de verkrijging van krediet. Moeten niet ook de voor schuldeisers gunstige gevolgen van de kredietverschaffing worden meegewogen bij het oordeel of al dan niet sprake is van benadeling? Deze vraag kwam aan bod in het arrest Van de Voort c.s. en q.q./BACM.²⁰

BACM, de Canadese kredietverschaffer van het Italiaanse bouwbedrijf Eneca, overwoog de kredietverlening te beëindigen. Op aandringen van de Antilliaanse overheid heeft BACM de kredietverlening voortgezet in ruil voor de fiduciaire eigendomsoverdracht van het 'equipment' van Eneca. Als Eneca vervolgens desondanks in staat van faillissement wordt verklaard, roepen de curatoren, op de voet van de Pauliana, de nietigheid in van de zekerheidsoverdracht.

Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen oordeelde dat van benadeling geen sprake was, onder meer op grond van de overweging dat BACM aan haar gecedeerde aanneemsommen na de fiduciaire eigendomsoverdracht heeft doen

19. Strikt genomen is hier sprake van twee rechtshandelingen: de obligatoire overeenkomst tot verlening van een pandrecht en de 'zakelijke' overeenkomst waarbij het pandrecht wordt gevestigd.

20. HR 10 december 1976, NJ 1977, 617.

strekken tot betaling van schuldeisers van Eneca. Het cassatiemiddel voert hier-
tegen aan dat het Hof aldus eraan heeft voorbijgezien dat voor de vraag of sprake
is van benadeling het erop aankomt of schuldeisers door de betrokken han-
deling (de zekerheidsoverdracht) zijn benadeeld. ‘En voor die vraag is niet –
althans niet zonder meer – beslissend of daarnaast nog andere feiten of hande-
lingen bestaan in de relatie tussen de schuldenaar en degene met wie deze de
handeling verricht (zoals in casu het tot betaling van schuldeisers van Eneca
doen strekken – zoals het Hof veronderstelt – van in totaal f 1.175.000,-).’

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, overwegende:

*‘dat voorop gesteld dient te worden dat wanneer het verrichten van een han-
deling door de schuldenaar een noodzakelijke voorwaarde is voor een
gedraging van degene met wie of te wiens behoefte de handeling werd ver-
richt, de voor andere schuldeisers gunstige gevolgen van die gedraging van
de wederpartij van de schuldenaar niet buiten beschouwing gelaten mogen
worden bij de beantwoording van de vraag of zij door de handeling van de
schuldenaar benadeeld zijn.’*

De gunstige gevolgen van de voortzetting van het krediet mogen niet buiten
beschouwing worden gelaten. Zo wordt het perspectief verbreed. De blik moet
worden gericht, niet alleen op de gevolgen van de aangevochten rechtshande-
ling (de verpanding) voor de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers, maar
ook op de gevolgen van hetgeen daartegenover staat: de verschaffing, verrui-
ming of voortzetting van krediet. De laatstbedoelde gevolgen zullen deels gun-
stig zijn, doordat de ondernemer zijn activiteiten kan voortzetten, en hij zo
inkomsten verwerft waarmee zijn schuldeisers kunnen worden betaald. Maar
de (voortgezette) kredietverlening kan voor de overige schuldeisers ook nade-
lige gevolgen hebben, bijvoorbeeld wanneer zij daardoor voorshands nalaten
het faillissement van de schuldenaar uit te lokken, en zij later, als de passiva
verder zijn toegenomen, tot de ontdekking komen dat ‘de spoeling dunner is
geworden’ (een zegswijze die op beeldende wijze aangeeft dat het verheven
paritas-ideaal bij een concursus creditorum steevast ontaardt in het gedrang van
varkens rond de trog). In het Duitse recht bestaat daarvoor een al even beel-
dende term: ‘Konkursverschleppung’. Daarvan is sprake als de kredietver-
schaffer:

*‘dem konkursreifen Unternehmen nicht (mehr) Kredit in der Höhe geben
oder belassen will, den es zur Sanierung braucht, sondern nur einen sol-
chen, der den wirtschaftlichen Todeskampf des Unternehmens lediglich ver-
längert, damit sie sich in der so gewonnenen Zeit aus ihren Sicherheiten zum
Nachteil der anderen Gläubiger ungehindert und besser befriedigen kann.’²¹*

21. BGH 9 december 1969, NJW 1970, p. 658.

De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad

In de beantwoording van de vraag of de overige schuldeisers door de verpanding zijn benadeeld, moeten de voor hen gunstige gevolgen van de kredietverlening worden verdisconteerd. Dit mag niet worden opgevat als een louter boekhoudkundig procédé: is de executiewaarde van de verpande zaken per saldo groter dan de financiële voordelen die de schuldeisers hebben genoten als gevolg van de (voortgezette) kredietverlening? In dat geval zou immers een bank die, in het kader van een reddingsoperatie die achteraf toch niet succesvol blijkt te zijn, zekerheid bedingt in een omvang die in redelijke verhouding staat tot het beloop van het verleende krediet, niettemin steeds erop bedacht moeten zijn dat haar zekerheid sneuvelt door een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, en wel in alle gevallen waarin de executiewaarde van verschafte zekerheid de financiële voordelen van de (voortgezette) kredietverlening voor de overige schuldeisers overtreft. Waar het op aankomt is dit: heeft de bank normen van maatschappelijk behoren overtreden door een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de belangen van de overige schuldeisers? Ter zake van een vordering uit onrechtmatige daad heeft de Hoge Raad in het Erba-arrest een dergelijke zorgplicht geformuleerd. Een bank die bij gelegenheid van de hernieuwing van een krediet een omvangrijke zekerheid bedingt, handelt dan onrechtmatig ten opzichte van latere leveranciers, indien zij:

*'heeft geweten, althans kunnen voorzien, dat bij stopzetting van dit hernieuwde krediet de nieuwe leveranciers, indien zij dan nog niet betaald waren, zouden worden benadeeld wegens gebrek aan verhaal en de Bank desniettemin heeft nagelaten zorg te dragen dat de debiteur tevoren in de gelegenheid was of alsnog werd gesteld deze leveranciers te betalen of de goederen terug te geven, tenzij de bank zelf dit alsnog doet.'*²²

Als de actio Pauliana wordt opgevat als een vordering uit onrechtmatige daad, ligt het voor de hand de vereisten van benadeling en wetenschap van benadeling te interpreteren in het licht van dergelijke normen van behoorlijke kredietverlening. In hoeverre is de Bank gehouden ervoor te zorgen dat de voorzetting van de kredietverlening leidt tot schuldsanering, doordat schuldeisers worden betaald? In de zaak Van de Voort/BACM kon Eneca haar bouwbedrijf voortzetten, dankzij een door BACM gecontinueerd krediet. Als gevolg van de voortgezette bouwactiviteiten betaalden opdrachtgevers door hen verschuldigde aanneemsommen. Daaromtrent hadden BACM en Eneca afgesproken dat deze gelden zouden strekken tot kwijting van oude schulden. Dat is uiteraard nobel ten opzichte van de desbetreffende schuldeisers, zij het dat de afspraak niet louter was ingegeven door menslievendheid; BACM had zich in het verleden borg

22. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514.

gesteld voor de betaling van die schulden. Een kleine stap van feit naar fictie. A verleent aan het noodlijdende bedrijf B krediet tegen stille verpanding van tegenwoordige en toekomstige bedrijfsinventaris. Partijen spreken dat het krediet niet zal worden gebruikt voor de voldoening van vorderingen van andere schuldeisers, doch uitsluitend ten behoeve van nieuwe investeringen. B koopt met behulp van het verleende krediet, tegen onmiddellijke betaling, twee machines. Als de verwachte verbetering van de conjunctuur uitblijft, geraakt B in staat van faillissement.

Bij de beantwoording van de vraag of schuldeisers op paulianeuze wijze zijn benadeeld, mogen de gunstige gevolgen van de kredietverlening niet buiten beschouwing worden gelaten. Tot die gunstige gevolgen behoort het feit dat het bedrijfsvermogen van B is toegenomen door de verkrijging van de eigendom van de beide machines. Als verhaalsobject strekken zij echter, als gevolg van de stille verpanding, uitsluitend ten voordele van A. De nadelige gevolgen van de stille verpanding worden daarentegen in volle omvang afgewenteld op de overige schuldeisers. Zonder de verpanding zou de opbrengst van de voordien reeds aanwezige bedrijfsinventaris voor hen beschikbaar zijn geweest. Ook al zou de waarde van de verpande zaken in een redelijke verhouding staan tot de omvang van het verleende krediet, dient onder deze omstandigheden een beroep op de faillissementspauliana te worden gehonoreerd. Uit de hiervoor aangehaalde overweging uit het Erba-arrest komt naar voren dat de betaling van opeisbare vorderingen een jegens schuldeisers bestaande rechtsplicht is die niet alleen de schuldenaar, maar tot op zekere hoogte ook de kredietverlenende bank zich moet aantrekken. In het kader van de actio Pauliana hoort dit niet anders te zijn.

4.5 Verpanding ingevolge art. 20 van de bankvoorwaarden; verplicht dus onaantastbaar?

Voortbouwend op het zojuist gegeven voorbeeld: De kredietverlenende bank en de schuldenaar weten, althans behoren te weten, dat door de stille verpanding schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Kan de bank het beroep op de Pauliana afweren met de mededeling dat de verpanding niet onverplicht is, omdat zij steunt op een contractuele plicht, te weten art. 20 van de bankvoorwaarden: 'De cliënt is verplicht desgevraagd voldoende zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn bestaande verplichtingen jegens de bank (...)?'

Volgens de heersende opvatting moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Daartoe wordt een beroep gedaan het arrest Kok/Okma q.q. waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een dergelijk beding geldig is:

'onverschillig of het gaat om zekerheid in de vorm van pand of hypotheek, dan wel in die van eigendomsoverdracht tot zekerheid, en onverschillig of in

De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad

verband met de omvang van de schuld de zekerheid zich zal kunnen uittrekken tot een deel of tot alle goederen van de schuldenaar (...), mits partijen zorg dragen niet in strijd te komen met de artikelen 1377 BW en 42 volg. Fw.²³

Van verschillende zijden is gewezen op de onbevredigende consequenties van dit standpunt. Op wel heel eenvoudige wijze zou de bank zo de actio Pauliana kunnen pareren, hoe nadelig de door haar, op de voet van haar eigen voorwaarden, bedongen zekerheid ook zou zijn voor de andere schuldeisers. Door sommigen is aangedrongen op wijziging van de wet, en wel aldus dat op ruimere schaal dan thans het geval is²⁴ ook *verplicht* verrichte rechtshandelingen met een beroep op de Pauliana kunnen worden vernietigd.²⁵ Van Koppen keert zich hiertegen, 'gezien de grote belangen van het betalings- en kredietverkeer die hierbij betrokken zijn.'²⁶ Dit laatste is zeker waar, maar het onderstreept slechts de urgentie van de speurtocht naar mogelijkheden om, met handhaving van de bestaande tekst van de artikelen 3:45 BW en 42 Fw, te ontkomen aan de onbevredigende consequenties van het standpunt dat een door de bank, op de voet van art. 20, verlangde verpanding steeds als verplicht, en reeds daarom als onaantastbaar, zou moeten worden aangemerkt. Die mogelijkheden lijken wel aanwezig. Eerst twee paardenmiddelen.

In de eerste plaats is het mogelijk het beroep op de Pauliana achterwege te laten en de vordering tegen de bank rechtstreeks te baseren op art. 6:162 BW. De omstandigheid dat de bank in haar verhouding tot de schuldenaar de bevoegdheid heeft bedongen om desgewenst zekerheid te verlangen, sluit volstrekt niet uit dat de wijze waarop de bank van die bevoegdheid gebruik maakt, onrechtmatig is jegens de andere schuldeisers. Art. 6:103 BW biedt vervolgens de mogelijkheid om de bank te dwingen, bij wege van schadevergoeding, afstand te doen van het aan haar verleende zekerheidsrecht.

In de tweede plaats is het zo dat ook in de verhouding tussen de bank en haar medeschuldeisers de eisen van redelijkheid en billijkheid hun (derogerende) werking doen gelden.²⁷ Een tussen hen krachtens de wet geldende regel (hier: het vereiste van 'onverplichtheid' in de artikelen 3:45 BW en 42 Fw) is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Vgl. Art. 6:2 BW.

23. HR 13 januari 1938, NJ 1938, 566.

24. Zie art. 47 Fw.

25. Zie de auteurs vermeld door F. P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadsvordering*, Deventer, 1998, p. 45.

26. Het in de vorige noot vermelde werk, p. 45.

27. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104.

Zoals gezegd, dit zijn paardenmiddelen. Een subtieler spoor, dat op minder drastische wijze naar een bevredigend resultaat voert, is wellicht het volgende. Het beding waarbij de bank en de schuldenaar overeenkomen dat de laatste op verlangen van de bank zekerheid zal verschaffen, is geldig. De Hoge Raad houdt echter een belangrijke slag om de arm: ‘mits partijen zorg dragen niet in strijd te komen met de artikelen 1377 BW en 42 volg. Fw.’²⁸

Hoe te oordelen, indien de pijlen van de actio Pauliana worden gericht op het beding waarbij kredietgever en -nemer overeenkomen dat de eerste bevoegd zal zijn zekerheid te verlangen?

Kunnen partijen redelijkerwijs verwachten dat benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zal zijn van dit beding? In haar algemeenheid is deze vraag niet met ja of nee te beantwoorden. Een bevestigend antwoord is zeker niet uitgesloten. Veel zal afhangen van de wijze waarop de kredietverlener gebruik maakt van de door hem bedongen bevoegdheid om zekerheid te eisen. Weinig indruk maakt in dit verband de tegenwerping dat de voor de overige schuldeisers nadelige zekerheidsverschaffing eerst heeft plaatsgevonden, nadat het met de Pauliana bestreden beding is overeengekomen. Zoals gezien, kan ook elders binnen de Pauliana-regeling de vernietigbaarheid van de rechtshandeling voortvloeien uit feiten die eerst na het verrichten van de rechtshandeling zijn voorgevallen: het opdoemen van een nieuwe schuldeiser bijvoorbeeld. Consequentie van de (heersende) leer van de ‘middellijke benadeling’ is, dat aan het vereiste van wetenschap van benadeling is voldaan, wanneer schuldenaar en wederpartij behoorden te *verwachten* dat toekomstige schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zouden worden benadeeld.

Ook bij het overeenkomen van een bepaling als die van art. 20 bankvoorwaarden kan sprake zijn van voorzienbare ‘middellijke benadeling’. Als een door de bank verlangde verpanding, gezien haar omvang en de omstandigheden waaronder zij plaatsvond, op zichzelf beschouwd paulianeus is – dus afgezien van het feit dat zij voortvloeit uit een beding waarbij de bank voor zichzelf de bevoegdheid heeft ingeruimd zekerheid te eisen – pleit veel ervoor ook dat (onverplicht) overeengekomen beding als paulianeus te bestempelen. De bank en haar kredietnemer kunnen redelijkerwijs verwachten dat een dergelijk beding benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden tot gevolg zal hebben, voor het geval de bank van de door haar bedongen bevoegdheid gebruik zou maken op een wijze die blijk geeft van een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de belangen van haar medeschuldeisers en die leidt tot een onrechtmatige verstoring van de *paritas creditorum*.

28. Zie het in noot 23 vermelde arrest.

4.6 Ten slotte

‘E questo uno dei punti più difficili e disputati di tutto quantó il diritto romano;’ de overrompelende opening van het proefschrift van Ankum: ‘De geschiedenis der Actio Pauliana’.²⁹ Voor het moderne recht is het niet anders. Zoveel is echter wel zeker: vernietiging van de gewraakte rechtshandeling slechts in geval van *fraus creditorum*, bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers, is een te scherpe koers, maar als de enkele wetenschap van nadeel voor hun verhaalsmogelijkheden voldoende reden voor vernietiging zou zijn, verliest het kredietverkeer iedere vaste grond. Te midden van beide uitersten biedt art. 6:162 BW een gunstige ankerplaats.

De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad; de vraag ligt voor de hand: betekent dit niet het einde van de Pauliana als zelfstandige rechtsovereenkomst? Waarom dan niet rechtstreeks naar art. 6:162 BW, waarbij slechts een enkel punt aan de orde behoeft te komen: hebben de schuldenaar en zijn wederpartij jegens de schuldeisers gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt?

Het antwoord ligt evenzeer voor de hand: de artikelen 3:45 BW en 42 Fw bieden een overzichtelijke agenda, onmisbaar voor een geordend debat over die vraag. De wettelijke vermoedens, neergelegd in de artikelen 3:46 BW en 43 Fw bevatten waardevolle aanwijzingen voor rechter en partijen omtrent de verdeling van de bewijslast in dat debat.

Een ander voordeel van de actio Pauliana is gelegen in haar heldere sanctie: nietigheid van de aangevochten rechtshandeling. Weliswaar kan ook bij een vordering uit onrechtmatige daad vaak een vergelijkbaar resultaat worden geboekt: door op de voet van art. 6:103 BW te vorderen dat het vervreemde goed terugkeert in het vermogen van de schuldenaar. Maar deze weg is omslachtiger, en succes niet steeds verzekerd. Wordt bijvoorbeeld een onroerende zaak paulianeus verkocht en geleverd, dan leidt een geslaagd beroep op de artikelen 3:45 BW en 42 Fw ertoe dat de zaak zonder omhaal voor verhaal ter beschikking komt van degenen door wie (te wier behoefte) de Pauliana is ingeroepen. Indien daarentegen de weg van art. 6:162, in verbinding met art. 6:103 BW, wordt ingeslagen, dan kan de terugkeer van de onroerende zaak in het vermogen van de schuldenaar slechts worden bereikt door *teruglevering*. Een eventueel faillissement van de wederpartij vormt in dat geval een blokkade.

Kortom: de gedachten van Julius Paulus (derde eeuw na Chr.)³⁰ omtrent de restitutie van hetgeen *in fraudem creditorum* is vervreemd³¹ en de rangorde van

29. J.A. Ankum, De geschiedenis der ‘Actio Pauliana’, Zwolle, 1962.

30. Zie over diens leven en werken, W.J. Zwolve, Keizers, soldaten en juristen, Deventer 1998.

31. D. 22, 1, 38, 4.

J.H. Nieuwenhuis

het bijzondere en het algemene in het recht (*semper enim species generi derogat*)³² markeren ook thans, aan de vooravond van een nieuw millennium, het kruispunt van de onrechtmatige daad en de actio Pauliana. Begrepen als vordering uit onrechtmatige daad, is de Pauliana nog niet aan het eind van haar Latijn.

32. D. 32, 99, 5; zie daarover J.H. Nieuwenhuis, RM Themis 1997, p. 41 e.v.

5 Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen

*J.W. WINTER**

5.1 Inleiding

‘Tot den faillieten boedel behooren ook de zaken, welke daaraan voor de faillietverklaring ten nadeel der schuldeischers zijn onttrokken; ook op deze zaken rust het beslag. Het leerstuk der zoogen. Pauliana. Dit berust hierop, dat de beschikking door den schuldenaar over zijn zaken ten nadeele van de schuldeischers tegenover deze is een misbruik van recht.’ Zo lichtte Molengraaff in zijn Leidraad¹ zin en strekking van de actio Pauliana toe. Weliswaar staat het een ieder, ook degene die schulden heeft, vrij naar goeddunken over zijn vermogen te beschikken en moet de door hem gecreëerde vermogenstoestand door zijn schuldeisers die verhaal willen zoeken worden geëerbiedigd, maar evenzeer rust op elke schuldenaar de plicht zijn vermogen niet willens en wetens ten nadele van zijn schuldeisers te verminderen of weg te maken.²

De wetgever heeft ingezien dat deze gedachte niet onverkort kan worden toegepast op rechtshandelingen die voor het faillissement worden verricht ter uitvoering van een opeisbare rechtsplicht. In de memorie van toelichting bij de Faillissementswet werd opgemerkt:

‘De vernietiging van verplichte rechtshandelingen is in strijd met de behoeften van het verkeer: immers, zij is gericht tegen het sibi vigilare; zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest nodig heeft; nl. als hij een déconfiture van zijn schuldenaar vreest. Zij dwingt de schuldeischers, zoodra zij moeilijkheden bij het betalen ondervinden, een faillissement te provoceren, uit vrees hetgeen zij door individueele executies zullen verkrijgen bij een later faillissement weer aan den curator te moeten afgeven. De zekerheid van het verkeer berust voor een groot deel op de snelheid en zekerheid der individueele executiemiddelen, en wordt bedreigd waar juist deze gekortwiekt worden. Crediet kan men niet verleen, indien men er niet op kan vertrouwen dat, wanneer de schul-

* Auteur is juridisch adviseur van Unilever NV.

1. Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsch Handelsrecht, Deel II, vijfde druk (1925), p. 914.
2. Memorie van Toelichting artikel 42 FW, Van der Feltz I, Geschiedenis van de Faillissementswet, ed. Kortmann, Faber, 1994, p. 433.

*denaar betaalt, die betaling ook voor altijd onaantastbaar blijft, al moge hij later, misschien zelfs kort daarna, in staat van faillissement geraken.*³

In beginsel behoort een rechtshandeling door de schuldenaar voor diens faillissement verricht ter uitvoering van een opeisbare rechtsplicht niet door de curator te kunnen worden vernietigd, ervan uitgaande dat de rechtshandeling die de verplichting creëerde op zichzelf niet vernietigbaar is.⁴ Artikel 47 Fw geeft de curator echter de mogelijkheid om in twee gevallen toch voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen. Daarnaast betogen velen dat de curator voor een specifieke wijze van voldoening van verbintenissen, nl. verrekening die voor het faillissement plaatsvindt, hetzelfde kan bewerkstelligen op de voet van artikel 54 Fw. Tenslotte is er de laatste jaren enige jurisprudentie ontstaan waarin onder omstandigheden selectieve betalingen aan schuldeisers aan de vooravond van een faillissement als onrechtmatig zijn aangemerkt. In deze bijdrage ga ik op zoek naar de onderlinge samenhang tussen deze drie wijzen van ongedaanmaking van (de gevolgen van) voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen.

5.2 Artikel 47 Fw

Strekking

Artikel 47 Fw geeft de curator in twee omstandigheden de mogelijkheid om voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen te vernietigen, nl. (i) wanneer hij die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd en (ii) wanneer de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had de laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. De memorie van toelichting bij artikel 47 gaf al aan dat deze omstandigheden strikt moeten worden uitgelegd:

‘Zij laat al die gevallen onaangetast, waarin eene schuld op regelmatige wijze wordt geïnd, waarin de betaling verkregen wordt door daarop aan te dringen, vonnis te vragen, beslag te leggen of te executeren. De bedoeling is veeleer uitsluitend de betalingen te treffen, welke hetzij op een afspraak berusten om, wanneer het tot een faillissement mocht komen, den schuldeischer buiten den concursus te houden, hetzij – en dat dikwijls op initiatief van den schuldenaar – gedaan worden aan de vooravond van het faillissement, omdat dit zal worden aangevraagd terwijl de schuldeischer volkomen bekend is met den toestand waarin zijn schuldenaar verkeert. Dat van de

3. Van der Feltz I, p. 437.

4. Vgl. F.P. van Koppen, Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering, diss. Tilburg (1998).

*bedoelde omstandigheden behoort te blijken, daaraan moet, daar het hier eene uitzondering op den regel geldt, streng worden vastgehouden. De bepaling mag geen aanleiding geven om als nietig te beschouwen datgene wat de schuldeischer krachtens uitoefening van zijn vorderingsrecht heeft verkregen. Vandaar dat op de curator het bewijs rust van de aanwezigheid der omstandigheden als voorwaarden voor de nietigheid in dit artikel gesteld.*⁵

De Hoge Raad heeft deze strenge interpretatie van artikel 47 bevestigd in het Gispén q.q./IFN-arrest.⁶ IFN had in die zaak uit hoofde van een factorovereenkomst krediet verleend aan L&V, dat werd gedekt door een openbaar pandrecht op de vorderingen van L&V op haar afnemers.

Afgesproken was tevens dat L&V op haar facturen als betaaladres een bankrekeningnummer van IFN bij de aan IFN gelieerde ABN AMRO Bank zou vermelden. In strijd met die afspraak had L&V een vordering op IBM van ruim f 700.000,- laten betalen op een bankrekening bij de Rabobank. Nadat IFN dat ontdekte heeft zij intensief met L&V overlegd waarbij op terugbetaling van het door IBM betaalde bedrag werd aangedrongen. Tevens werd gedreigd met kredietopzegging en het indienen van een strafklacht. Nog dezelfde dag werd door L&V aan IFN betaald. In het kader van een daarop volgende sterfhuisconstructie, waaraan ook IFN medewerking verleende, werd L&V vervolgens een maand later failliet verklaard. De curator vorderde in kort geding het door L&V aan IFN betaalde bedrag met een beroep op artikel 47, in het bijzonder op de grond dat deze betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. De Hoge Raad overweegt:

‘Uit de Memorie van Toelichting bij art. 47(oud), geciteerd in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder nr. 7, komt naar voren, dat, aangezien het hier gaat om de vernietiging van de voldoening van een opeisbare schuld, niet spoedig mag worden aangenomen dat van bedoeld overleg sprake was. Voorts wordt in het Rapport aan de Koningin-Regentes nog opgemerkt “dat het bewijs van het door het artikel gevorderde overleg om te begunstigen stellig moeilijker is te leveren dan het bewijs van bedrieglijke bekorting van de rechten der schuldeischers, dit wil zeggen van wetenschap dat benadeeling van de medeschuldeischers het gevolg der handeling kan wezen”(Van der Feltz I, p. 450).

In het licht hiervan, brengt een redelijke, ook met de huidige eisen van zekerheid van het betalingsverkeer strokende, uitleg van art. 47 mee, dat

5. Van der Feltz I, p. 449.

6. HR 24-3-1995 NJ 1995, 628.

voor de aanwezigheid als in dat artikel bedoeld, is vereist dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezetten, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen. Reeds de omstandigheid dat, naar 's-Hofs oordeel, de Vennootschap is gewicht voor de druk van bedreiging met opzegging van het krediet en indiening van een strafklacht, sluit uit dat tussen de Vennootschap en IFN het in art. 47 bedoelde overleg heeft plaatsgevonden.'

Hoewel in lagere jurisprudentie wel eens anders werd geoordeeld⁷, ligt het voor de hand om aan te nemen dat deze strenge interpretatie van artikel 47 ook moet worden gehuldigd bij de eerste in dat artikel genoemde omstandigheid, nl. wetenschap dat het faillissement is aangevraagd.⁸ Onvoldoende is de wetenschap bij de schuldeiser dat het faillissement onafwendbaar is of zelfs dat het faillissement zal worden aangevraagd.

Uitbreiding niet gewenst

De Hoge Raad benadrukt dat een dergelijke strenge interpretatie van artikel 47 niet alleen voortvloeit uit de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever zoals deze ruim honderd jaar geleden is geformuleerd, maar ook strookt met de huidige eisen van zekerheid van het betalingsverkeer. In zoverre is er in honderd jaar niet veel veranderd. Vriesendorp meent dat de Hoge Raad zo een tentakel van de curator/octopus heeft geamputeerd, die hij in zijn strijd tegen onterechte onttrekkingen aan de boedel voor het faillissement goed had kunnen gebruiken. Vriesendorp bepleit een gelijkschakeling van artikel 47 met artikel 54. Als de curator bewijst dat de schuldeiser die betaling van zijn opeisbare vordering ontvangt terwijl deze weet dat het faillissement van de schuldenaar onontkoombaar is, behoort de samenspanning van artikel 47 te zijn aangetoond, althans dient een vermoeden daarvan te bestaan.⁹ Ik geloof niet dat het arrest van de Hoge Raad heeft geleid tot amputatie van een tentakel. Artikel 47 was van het begin af aan slechts een tentakeltje met zeer bewust een beperkte strekking. Vriesendorp onderbouwt zijn pleidooi overigens wel met een prachtig logisch betoog. Het is niet zo eenvoudig het betoog kort samen te vatten, maar ik waag het erop. Vriesendorp vergelijkt het Gispen/IFN-arrest met het Kin/

7. Zie bijv. Hof Amsterdam 3 februari 1994 NJ 1994, 695.

8. Zo ook Van Koppen, p. 157. Hetzelfde bepleit mw. E.B. Rank-Berenschot, Verstreking van aanvullende zekerheden en faillissementspauliana, Bedrijfsjuridische Berichten 1993, p. 178.

9. R.D. Vriesendorp, artikel 47 Fw, Een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer? in: De curator, een octopus (1996), p. 65-77.

Emmerig q.q.-arrest¹⁰. In die zaak had Kin aangedrongen op betaling door Probouw van een opeisbare schuld van ruim f 85.000,-. Probouw kon niet betalen, maar bezat wel een perceel grond met een waarde van ongeveer f 134.000,-. Partijen kwamen overeen dat Probouw dit perceel van Kin zou verkopen, waarna de reële waarde met de schuld aan Kin werd verrekend en het overschot door Kin onder een notaris werd gestort. Kort daarna faillieerde Probouw. De curator vordert met een beroep op artikel 42 de onroerende zaak terug. De Hoge Raad onderschrijft het oordeel van het Hof dat het gaat om een onverplichte rechtshandeling ook al strekte die ertoe om de openstaande vordering bij wijze van inbetalinggeving te voldoen. Vriesendorp merkt op dat de benadeling van schuldeisers, die in cassatie verder niet aan de orde komt, niet zozeer gelegen is de verkoop van het perceel tegen een reële prijs, als wel in de daarop volgende verrekening waardoor de opbrengst slechts bij één schuldeiser, Kin, terecht komt. De overige, gezamenlijke schuldeisers zijn daardoor benadeeld: de *paritas creditorum* is verbroken. Vriesendorp vraagt zich af hoe dit element, die toebedeling van de opbrengst aan één schuldeiser, aangetast zou kunnen worden. Op zichzelf beschouwd gaat het daarbij om voldoening van een opeisbare schuld. Vriesendorp neemt als uitgangspunt dat deze voldoening in de casus van Probouw en Kin niet aantastbaar was op grond van artikel 47, gezien de strenge voorwaarden die daarvoor gelden. Vriesendorp noemt drie mogelijke oplossingen die tot aantasting kunnen leiden. De eerste is dat men de overdracht van het goed en de daarop volgende verrekening als één samengestelde transactie ziet, die in haar geheel als onverplichte transactie vernietigbaar is op de voet van artikel 42. De tweede is dat de verrekening zelf met behulp van de *Pauliana* (art. 42 of 47) of artikel 54 wordt aangetast. De derde is de uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 47 zoals door hem bepleit. Aantasting van de samengestelde transacties op grond van artikel 42 valt voor Vriesendorp als reële mogelijkheid af omdat er geen duidelijk criterium is op grond waarvan kon worden betwist of men de transacties als geheel moet beschouwen. Noch tijdsverloop tussen de transacties noch de intentie waarmee zij worden verricht bieden daarvoor goede aanknopingspunten. Aantasting van de verrekening als zodanig kan men eenvoudig omzeilen door de vordering en schuld ieder daadwerkelijk te voldoen en niet te verrekenen. De vraag is dan of de voldoening van de opeisbare schuld op grond van artikel 47 vernietigbaar is. In beginsel is dit gezien de strenge voorwaarden van het artikel niet het geval. Om de benadeling van schuldeisers in een geval als Probouw en Kin toch te kunnen aantasten zit er niets anders op dan artikel 47 ruim te interpreteren, door wetenschap van de onafwendbaarheid van het faillissement voldoende te laten zijn voor de vereiste samenspanning.

10. HR 18 december 1992 NJ 1993, 169.

Zoals gezegd geloof ik niet dat dat de juiste oplossing is. De weg van de samengestelde transactie, die het Hof in Kin/Emmerig impliciet heeft gevolgd, is minder onbegaanbaar dan Vriesendorp denkt. De omstandigheden van het geval, waaronder de tijdsfactor, het verband tussen de verschillende transacties, de bij de transacties betrokken partijen en hun wetenschap en intenties zullen gezamenlijk bepalen of men de transacties als een samengestelde onverplichte transactie kan beschouwen in de zin van artikel 42. In verschillende arresten heeft de Hoge Raad die benadering gekozen.¹¹ In Kin/Emmerig wijzen al deze factoren in de richting dat men de overdracht voor een reële waarde gevolgd door verrekening als een samengestelde transactie moet zien: de overdracht wordt onmiddellijk gevolgd door verrekening; de overdracht vindt plaats aan de schuldeiser die zich vervolgens op verrekening beroept en zich zo aan de consensus onttrekt; deze constructie is bewust door Probouw en Kin gekozen en zij moeten de gevolgen (namelijk dat andere schuldeisers zouden worden benadeeld) hebben voorzien. In een ander geval kunnen de omstandigheden zo liggen dat geen aanleiding bestaat om de verschillende handelingen als een samengestelde transactie te beschouwen. Het goed wordt aan een derde verkocht in een transactie waarbij de schuldeiser niet betrokken is en na verloop van enige tijd wordt uit de opbrengst aan de schuldeiser betaald. Men moet in een dergelijk geval overdracht en betaling van een reële koopprijs enerzijds en betaling aan de schuldeiser anderzijds apart beschouwen. De eerste rechtshandeling is dan niet aantastbaar op grond van artikel 42 omdat er geen benadeling is. De betaling aan de schuldeiser is niet aantastbaar op grond van artikel 47 omdat er geen samenspanning is (en ook geen wetenschap dat faillissement is aangevraagd, neem ik aan). Omdat beide transacties niets met elkaar te maken hebben lijkt mij dat ook de juiste uitkomst. Voor uitbreiding van artikel 47 zoals Vriesendorp voorstaat is geen aanleiding.

Benadeling

Kern van de actio Pauliana, ook die van artikel 47, is dat rechtshandelingen die de gezamenlijke schuldeisers benadelen kunnen worden vernietigd. Bij verplichte rechtshandelingen gaat het niet om rechtstreekse benadeling doordat het vermogen, het saldo van activa en passiva, is verminderd, immers tegenover het vermogensbestanddeel dat het vermogen van de gefailleerde heeft verlaten, is de corresponderende schuld van de gefailleerde voldaan. De benadeling bij verplichte rechtshandelingen schuilt in het feit dat de paritas creditorum wordt doorbroken: een vermogensbestanddeel wordt aangewend om één schuldeiser geheel of gedeeltelijk te voldoen, in plaats van het aan te wenden tot verhaal

11. Zie HR 10 december 1976 NJ 1977, 617 en HR 22 maart 1991 NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./Mees en Hope II). Zie ook de noot van Van Schilfgaarde onder het laatste arrest.

van alle schuldeisers. Een dergelijk voortrekken van één schuldeiser boven de andere is niet toegestaan indien die schuldeiser weet van de faillissementsaanvraag of dat voortrekken voortvloeit uit overleg om hem te bevoordelen.

In de omschrijving van de tweede grond voor vernietiging in artikel 47, overleg om een schuldeiser boven de andere schuldeisers te bevoordelen, zit dit benadelingselement duidelijk besloten. Als vast komt te staan dat aan dit criterium is voldaan, staat daarmee tevens vast dat sprake is geweest van benadeling van schuldeisers.¹² Dat ligt anders bij de eerste grond voor vernietiging, de bij de schuldeiser die betaling ontvangt bestaande wetenschap van faillissementsaanvraag. Die wetenschap impliceert op zichzelf niet dat de verplicht verrichte rechtshandeling de schuldeisers heeft benadeeld. Uit het Loeffen q.q./Mees en Hope II arrest¹³ volgt dat ook in dat geval het benadelingsvereiste geldt. De Hoge Raad heeft in dat arrest aangegeven dat aan het nadeelsvereiste niet is voldaan indien aan de schuldeisers, zonder dat hun enig nadeel wordt toegebracht, alleen een voordeel ontgaat. In die zaak verminderde een schuld in rekening-courant van Meerhuys aan de bank door een creditering, die het gevolg was van een girale betaling door APO aan Meerhuys. De bank had APO, die zelf niet in staat was haar schuld aan Meerhuys te voldoen, het aan Meerhuys verschuldigde bedrag ter beschikking gesteld. Vernietiging van de creditering zou in het vermogen van Meerhuys niet een bate terugbrengen die daaruit in het zicht van het naderend faillissement onoorbaar is verdwenen, maar aan dat vermogen een bate toevoegen die daarin niet thuis hoort, aldus de Hoge Raad. Van Schilfgaarde wees er in zijn noot onder het arrest al dadelijk op dat het combineren van de begrippen nadeel en voordeel niet erg gelukkig is. De vraag of er nadeel voor schuldeisers is ontstaan wordt betrokken op de transactie als geheel, het voordeel dat de schuldeisers ontgaat op een onderdeel dat daarvan uitmaakt.

In de zaak Gispen q.q./IFN is de A-G uitvoerig op dit benadelingsvereiste ingegaan. Het Hof had in die zaak geconstateerd dat van benadeling geen sprake was; de schuldeisers is alleen een voordeel ontgaan dat hen niet toekwam, omdat de vordering waarvan IFN uiteindelijk betaling ontving aan IFN verpand was. De A-G formuleert een ander criterium om te beoordelen of sprake is van benadeling van schuldeisers. De overige schuldeisers worden niet benadeeld indien de betaling aan een schuldeiser wordt verricht uit een bedrag dat door toedoen van die schuldeiser, en ook met het oog op die betaling, in het vermogen van de schuldenaar is geraakt. Als die identiteit ontbreekt kan benadeling niettemin afwezig zijn mits er sprake is van één complex met elkaar samen-

12. S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 12 maart 1991 NJ 1992, 214 in *Ars Aequi* 41 (1992) 5, p. 293 en R.D. Vriesendorp, noot onder HR 24 maart 1995 NJ 1995, 628 in *Ars Aequi* 45 (1996) 3, p. 186.

13. HR 12 maart 1991 NJ 1992, 214, m.nt. PvS.

hangende rechtshandelingen. Daarvan was in het onderhavige geval geen sprake. IBM had het bedrag aan L&V betaald, terwijl het bedrag op grond van het pandrecht eigenlijk aan IFN toekwam, en L&V betaalde het bedrag uiteindelijk zelf aan IFN.

De redenering van het Hof dat het bedrag van de betaling aan IFN niet aan de overige schuldeisers toekwam vanwege het pandrecht van IFN en de afwijkende benadering van de A-G zijn in cassatie niet aan de orde gekomen. Het later gewezen arrest *Mulder q.q./CLBN*¹⁴ geeft een aanwijzing om aan te nemen dat in het *Gispen/IFN*-geval de A-G het bij het rechte eind had. In het *Mulder q.q./CLBN*-arrest heeft de Hoge Raad, zonder zich al te veel te bekommeren om zijn eerdere jurisprudentie en de wettelijke systematiek inzake verrekening in faillissement, bepaald dat er geen goede grond is de strenge regels ten aanzien van verrekening mede van toepassing te verklaren op de verrekening door een bank van girale betalingen die vlak voor of tijdens faillissement zijn gedaan ter voldoening van aan de bank stil verpande vorderingen. Indien echter een verpande vordering wordt betaald aan de curator of in handen van de schuldenaar, is daarmee het pandrecht tenietgegaan, zodat daarop geen beroep meer mogelijk is om een uitzondering van die verrekeningsregels te rechtvaardigen. Evenzo, kan men zeggen, is door de betaling door IBM aan L&V (op de bankrekening van L&V bij een andere dan de met IFN overeengekomen bank) het pandrecht van IFN op de vordering van L&V op IBM komen te vervallen. Op dit pandrecht kan IFN zich derhalve niet meer beroepen om te betogen dat de overige schuldeisers niet zijn benadeeld door de betaling door L&V aan IFN omdat de vordering aan IFN 'toebehoorde'.

Vriesendorp voegt nog twee elementen toe aan deze discussie over het benadelingsvereiste bij artikel 47.¹⁵ In de eerste plaats zou hij het criterium van de A-G willen aanvullen met de eis dat de totale transactie in één keer plaatsvindt; de betaling door de schuldenaar aan de schuldeiser moet onmiddellijk volgen op de ontvangst door de schuldenaar van de betaling (direct dan wel indirect) door die schuldeiser. Ik weet niet of die eis zo hard moet worden gesteld. Waar het om gaat is dat onder omstandigheden de verschillende handelingen zodanig met elkaar samenhangen dat van benadeling geen sprake is. De tijdsfactor speelt daarbij een rol, maar hoeft niet altijd beslissend te zijn in de door Vriesendorp voorgestane zin. Ook zijn van belang het verband tussen de verschillende transacties, de bij de transacties betrokken partijen en hun wetenschap en intenties.

In de tweede plaats merkt Vriesendorp terecht op dat één algemene uitzondering resteert: een voldoening aan de hoogst gerangschikte schuldeiser. Niet

14. HR 7 februari 1995 NJ 1996, 471.

15. Noot onder *Gispen q.q./IFN* in *Ars Aequi* 45 (1996) 3, p.188.

Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen

door de betaling onttrekt de hoogst gerangschikte schuldeiser zich aan de concursus, maar door zijn bevoorrechte positie. De gezamenlijke, lager gerangschikte schuldeisers zijn dan niet benadeeld door de betaling. Iets anders ligt de situatie weer indien een aantal schuldeisers dezelfde, hoogste rang toekomt en een van hen kort voor faillissement betaling ontvangt. Ik zou menen dat in zo'n geval wel van benadeling van de overige gelijkgerangschikte schuldeisers kan worden gesproken.

Verrekening

Verrekening is een bijzondere wijze van voldoening van een opeisbare schuld. De schuldeiser ontvangt geen betaling van de schuld, maar de aan elkaar beantwoordende schuld en vordering tussen dezelfde partijen gaan tot hun gezamenlijke bedrag teniet, artikel 6:127 lid 1 BW. In het arrest Loeffen q.q./Mees en Hope I heeft de Hoge Raad verrekening in de vorm van creditering van een debet-staande bankrekening als gevolg van een girale betaling ten gunste van de rekeninghouder, uitdrukkelijk onder de werking van artikel 47 gebracht, ondanks het feit dat er in een dergelijk geval niet sprake is van een actieve voldoening door de rekeninghouder/schuldenaar van een opeisbare schuld aan de bank. Banken zouden anders door hun rol in het girale betalingsverkeer een uitzonderingspositie verkrijgen die niet valt te rijmen met de onderlinge gelijkheid van schuldeisers ter zake van het verhaal op het vermogen van hun schuldenaar, aldus de Hoge Raad. De vraag is of ook een 'gewone' verrekening, die niet voortvloeit uit een girale betaling, onder het bereik van artikel 47 valt indien het beroep op verrekening niet wordt gedaan door de schuldenaar maar door de schuldeiser. In het licht van de ruime interpretatie die de Hoge Raad aan artikel 47 heeft gegeven in het Loeffen q.q./Mees en Hope I arrest lijkt dit zeker verdedigbaar.¹⁶

Zo doemt het beeld op dat artikel 47 ruim moet worden geïnterpreteerd wanneer het gaat om de vraag welke handelingen kunnen gelden als voldoening aan een opeisbare schuld, maar streng bij de vaststelling onder welke omstandigheden die verplichte handelingen kunnen worden vernietigd. Die ruime interpretatie voor wat betreft de soorten handelingen die voor vernietiging in aanmerking kunnen komen, is op zijn plaats omdat die inderdaad in grote variëteit voorkomen. Schoordijk werd verrast door de toepassing (en toepasselijkheid) van de artikelen 47 en 54 Fw op de girale betaling rond faillissement.¹⁷ Het zou

16. R.D. Vriesendorp, Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?, in: *De curator, een octopus?* (1996), p. 74.

17. H.C.F. Schoordijk, *Rechtstreekse en analoge toepassing van de artikelen 42, 47, 48 en 54 Faillissementswet bij drie-partijen-verhoudingen*, WPNR 5846 (1987), p.573.

mij niet verbazen dat ook in de toekomst nieuwe handelingen en complexen van handelingen onder het bereik van artikel 47 worden gebracht. Ook dan zullen echter de eisen van zekerheid van het rechtsverkeer en betalingsverkeer meebrengen dat deze handelingen, indien zij worden verricht ter voldoening van opeisbare schulden, alleen worden vernietigd indien is aangetoond dat de schuldeiser wist dat het faillissement reeds was aangevraagd dan wel dat de betaling voortvloeide uit een samenspanning van schuldenaar en schuldeiser om deze laatste te bevoordelen.

5.3 Artikel 54 Fw

Verrekening voor faillissement?

Een verrekening voor het faillissement kan dus worden vernietigd op grond van artikel 47 Fw. Het is aannemelijk dat dit kan ongeacht of de schuldenaar dan wel de schuldeiser zich op verrekening beroept en het tenietgaan van de wederzijdse vordering en schuld veroorzaakt. Velen gaan er zondermeer vanuit dat hetzelfde kan worden bewerkstelligd door toepassing van artikel 54 Fw. Ik heb eerder mijn aarzeling daarover uitgesproken en verdedigd dat artikel 54 Fw alleen ziet op verrekening in faillissement, dat wil zeggen een beroep jegens de curator op verrekening van een vordering en een schuld die voor het faillissement nog niet zijn verrekend.¹⁸ Voor zover ik weet heeft alleen Faber met argumenten betoogd dat artikel 54 ook op verrekening voor faillissement van toepassing is.¹⁹ Wat is waarheid?

Drie arresten over girale betalingen

Ik stel allereerst vast dat in geen van de arresten van de Hoge Raad naar aanleiding waarvan toepasselijkheid van artikel 54 op verrekening voor faillissement wordt aangenomen, de Hoge Raad daadwerkelijk artikel 54 op een verrekening voor faillissement heeft toegepast. In de zaak Loeffen q.q./Mees en Hope baseerde de curator zijn vordering tot vernietiging van de betaling door Meephuys aan de bank, die was gelegen in de vermindering van zijn debetsaldo door creditering van zijn rekening ten gevolge van een girale betaling door APO, op artikel 47. Deze creditering vond vijf dagen voor het faillissement van Meerhuys plaats. Als verweer tegen vernietiging op grond van artikel 47 voerde de bank aan dat toepassing van artikel 47 niet strookt met het systeem van

18. J.W. Winter, *Concernfinanciering* (1992), p. 207-208. In dezelfde zin. J.T. Jol, *Aspecten van verrekening tijdens faillissement en surséance van betaling*, in: *De curator een octopus* (1996), p. 214.

19. N.E.D. Faber, *Verrekening en faillissement*, in: *Financiering en aansprakelijkheid* (1994), p. 176-178.

de Faillissementswet omdat sprake is van een naar de maatstaven van artikel 53 toelaatbare verrekening. Dit betoog verwerpt de Hoge Raad, omdat naar zijn oordeel, indien een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze voldoet door storting op diens bankrekening, de bank zich door creditering tot debiteur van de schuldenaar maakt. Indien zij dat doet terwijl zij weet dat het faillissement van de schuldeisers reeds is aangevraagd, moet worden geoordeeld dat zich 'veeleer' het geval artikel 54 voordoet. Ik lees deze overweging zo dat de Hoge Raad niet heeft bedoeld dat artikel 54 op de onderhavige creditering van toepassing is. De Hoge Raad pareert met een verwijzing naar artikel 54 het beroep van de bank op artikel 53. Dit laatste artikel is zeker niet van toepassing op een verrekening voor faillissement.²⁰ Het geeft een uitbreiding van de mogelijkheid tot een beroep op verrekening jegens de curator tijdens faillissement. De verrekening in het Loeffen/Mees en Hope-arrest als gevolg van een girale betaling ziet de Hoge Raad als verrekening na het overnemen van een schuld door de bank. Indien artikel 53 van toepassing zou zijn geweest (quod non), dan zou artikel 54 niettemin het beroep op verrekening verhinderen.

De geldigheid van een verrekening ten gevolge van een girale betaling was eveneens aan de orde in het arrest AMRO Bank/curatoren Tilburgsche Hypotheekbank.²¹ In die zaak gaf een notariskantoor op 1 juli 1982 opdracht een bedrag van ruim twee miljoen over te maken naar een rekening van THB bij AMRO Bank. De rekening vertoonde een debetsaldo groter dan twee miljoen gulden. Op 2 juli werd de rekening van THB gecrediteerd. Op dezelfde dag heeft de rechtbank Breda op verzoek van de Nederlandsche Bank op THB de noodregeling van artikel 32 Wet toezicht kredietwezen van toepassing verklaard, die met de surseance van betaling overeenstemmende gevolgen heeft. AMRO Bank beriep zich voor de geldigheid van de verrekening, die dus tijdens de noodregeling plaats vond, op artikel 234 Fw, dat tijdens surseance in de verruimde verrekeningsmogelijkheid van artikel 53 voorziet. De curator verzette zich daartegen met een beroep op artikel 235 (vgl. artikel 54). De Hoge Raad honoreert dit beroep. Wanneer een debiteur van de schuldenaar zijn schuld aan deze heeft voldaan door storting op diens rekening bij een bank en deze laatste, toen zij zich door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar maakte, niet te goeder trouw was in de zin van artikel 54 (235), het bepaalde in deze artikelen zich ertegen verzet dat de bank zich op verrekening beroept. Hetzelfde geldt indien, zoals in het onderhavige geval, de bank voor de faillietverklaring of surseance weliswaar de rekening van de schuldenaar²² nog niet

20. Zo ook Faber, a.w., p 167.

21. HR 7 oktober 1988 NJ 1989, 449 m.nt. JBMV.

22. Het arrest spreekt hier van creditering van de rekening van de debiteur. Bedoeld moet zijn creditering van de rekening van de schuldenaar die failliet.

heeft gecrediteerd, maar toen door de aanvaarding van de opdracht daartoe en het geven van een begin van uitvoering daaraan, voor haar wel reeds een voor compensatie vatbare verplichting tot compensatie bestond, aldus de Hoge Raad. Dit laatste was het geval in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest: de creditering had niet voor maar pas na de aanvang van de noodregeling plaatsgevonden. De woorden 'toen zij zich door creditering van die rekening tot debiteur van de schuldenaar maakte, niet te goeder trouw was' lijken te suggereren dat volgens de Hoge Raad ook een creditering die voor faillissement plaatsvindt door artikel 54 kan worden getroffen. Mij is echter niet geheel duidelijk wat de Hoge Raad bedoelt. De woorden 'zich door creditering tot debiteur van de schuldenaar maken' gebruikte de Hoge Raad ook in het Loeffen/Mees en Hope I-arrest. Bedoelt de Hoge Raad met creditering de enkele bijboeking van een vordering van de schuldenaar op de bank in de rekening? Deze vordering ontstaat in feite al op het moment dat voor de bank een verplichting tot creditering ontstaat. Voor het al dan niet te goeder trouw zijn is bepalend het moment van een dergelijk 'zich tot debiteur van de schuldenaar maken'. Of bedoelt de Hoge Raad met creditering de daadwerkelijke verrekening van de vordering van de schuldenaar op de bank met de bestaande schuld aan de bank? Dat strookt niet met de verwijzing naar de goede trouw. Het gaat er in artikel 54 niet om of de bank ten tijde van de verrekening te goeder trouw is maar of zij dat was op het moment dat zij debiteur van de schuldenaar werd. De verwijzing naar 'zich door creditering tot debiteur van de schuldenaar maken' is op zijn minst genomen onduidelijk en leent zich slecht voor het trekken van conclusies.

Het derde arrest dat hier relevant is, is het arrest Mulder q.q./CLBN.²³ In deze zaak ging het om door de bank ontvangen girale betalingen op bij haar geadministreerde rekeningen van haar cliënt, terzake van vorderingen van haar cliënt die stil aan de bank waren verpand. De bank ontving dergelijke betalingen, die leidden tot verrekening met de schuld van de cliënt aan de bank, zowel vlak voor als tijdens het faillissement van de cliënt. De Hoge Raad oordeelt dat de bank tot deze verrekening bevoegd was en overweegt dat in zijn rechtspraak weliswaar is 'aanvaard dat bankinstellingen zich terzake van op een rekening van hun debiteur gedane girale betalingen niet op verrekening kunnen beroepen indien deze betalingen zijn ontvangen op een tijdstip waarop de bankinstelling wist dat diens faillissement was te verwachten dan wel na diens faillissement-verklaring, maar er geen goede grond bestaat deze strenge regels ook toe te passen op de mogelijkheid van verrekening door een bankinstelling van girale betalingen die op deze tijdstippen zijn gedaan ter voldoening van aan haar stil verpande vorderingen terzake waarvan zij nog geen mededeling heeft gedaan.' Ook

23. HR 17 februari 1995 NJ 1996, 471 m.nt. WMK.

deze overweging is niet heel duidelijk. Het gaat nu kennelijk niet zozeer om het zich door creditering tot debiteur van de schuldenaar maken, maar om het ontvangen van girale betalingen. Of is dit in de ogen van de Hoge Raad hetzelfde? Duidelijk is evenmin of de Hoge Raad er vanuit gaat dat met het ontvangen van girale betalingen voor faillissement ook verrekening voor faillissement plaatsvindt. Misschien is het wel de bedoeling van de Hoge Raad dat artikel 54 verrekening door de bank voor faillissement, voortvloeiend uit een door haar ten behoeve van een cliënt met een debetsaldo ontvangen girale betaling, verhindert, maar opnieuw komt dit niet goed uit de verf.

De door de Hoge Raad in deze drie arresten gekozen woorden missen scherp-te. Dit is ten dele terug te voeren op een te beperkte analyse van het rechtskarakter en de gevolgen van girale betalingen.²⁴ Het lijkt de bedoeling te zijn dat artikel 54 verrekening voor faillissement verhindert die voortvloeit uit een girale betaling indien de bank (op het moment van creditering? op het moment van ontvangen van de girale betaling?) niet te goeder trouw is, maar overtuigend wordt dit niet vastgesteld.

Tekst en ratio artikel 54

De tekst van artikel 54 duidt op het tegendeel. Artikel 54 lid 1, aanvangend met 'Niettemin', is duidelijk geschreven als uitzondering op artikel 53, dat, zoals gezegd, uitsluitend verrekening tijdens faillissement betreft. Dat was ook uitdrukkelijk de bedoeling, getuige de opmerking in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van artikel 54 Fw in 1925: 'Het bestaande artikel 54 maakt een uitzondering op de in artikel 53 Faillissementswet in het algemeen toegekende bevoegdheid tot het doen van een beroep op schuldvergelijking.'²⁵ Artikel 54 lid 2, dat verrekening na overneming van vordering of schuld na de faillietverklaring geheel uitsluit, is duidelijk alleen van toepassing in faillissement.²⁶ Ook artikel 55, dat een nadere uitzondering op artikel 53 geeft voor de schuldenaar die een vordering aan order of toonder houdt, stelt voorwaarden aan verrekening tijdens faillissement. Dit alles leidt mij ertoe te denken dat artikel 54 in ieder geval nooit is bedoeld om ook een verrekening die al voor faillissement heeft plaatsgevonden te bestrijken. Anders dan Faber betoogt doet daaraan niet af dat ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet de wetgever ervan uitging dat verrekening van rechtswege plaatsvond zodra aan de verrekeningsvereisten was voldaan. Dat argument zou er immers toe moeten leiden dat

24. Zie ook de noot van Vranken onder het AMRO Bank/curatoren THB-arrest, NJ 1989, 449.

25. Geschiedenis van de Faillissementswet III, p. 158.

26. Zie Faber, a.w. p. 176. Faber vindt nog een argument voor het niet toepassen van artikel 54 op verrekening in faillissement in de Parlementaire Geschiedenis van bij artikel 6:135. Ik deel zijn mening dat dat argument niet sterk is.

ook artikel 53 van toepassing zou zijn op verrekening voor faillissement, hetgeen ook volgens Faber niet het geval is. De aardigheid van artikel 53 is nu juist dat het in faillissement de strenge verrekeningseisen die normaliter gelden, voor een deel buiten toepassing verklaart. Zo kunnen in faillissement ook niet-opeisbare en voorwaardelijke vorderingen worden verrekend. Artikel 53 heeft niet de strekking die verruiming ook bij verrekening voor faillissement toe te staan, ongeacht of deze het gevolg is van een verrekeningsverklaring of van rechtswege intreedt.

Toegevoegde waarde naast artikel 47

Voegt het iets toe als artikel 54 naast artikel 47 van toepassing is op verrekening voor faillissement? Mijns inziens is dat niet het geval waar het gaat om de vraag welke rechtshandelingen kunnen worden getroffen. Zoals gezegd is het toepassingsgebied van artikel 47 ruim. Elke verrekening die artikel 54 zou verhinderen, kan als een voldoening aan een opeisbare schuld in beginsel met een beroep op artikel 47 worden aangetast.

Toepassing van artikel 54 maakt wel een verschil ten opzichte van artikel 47 voor wat betreft de wetenschap of het oogmerk van de betrokken partijen. Een verrekening sneuvelt op grond van artikel 54 als de wederpartij van de gefailleerde bij het overnemen van de schuld of vordering niet te goeder trouw was. Niet te goeder trouw is de wederpartij die op het moment van het overnemen wist dat de schuldenaar in een zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement te verwachten was.²⁷ Aan deze eis is sneller voldaan dan aan de eisen van artikel 47 dat de schuldeiser die de betaling ontving wist dat het faillissement was aangevraagd, of dat de voldoening het gevolg was van een samenspanning om de schuldeiser boven andere te bevoordelen. Het goede trouw begrip is overigens pas in 1925 in artikel 54 opgenomen. Oorspronkelijk was vereist dat de wederpartij wist dat het faillissement reeds was aangevraagd of zou worden aangevraagd. De Hoge Raad legde in 1898 deze eis streng uit; de visie dat artikel 54 niet meer eiste dan dat een verzoek tot faillietverklaring elk ogenblik kon komen, wees de Hoge Raad af.²⁸ In dat arrest vond de wetgever aanleiding om artikel 54 te wijzigen en als voorwaarde voor toepassing van artikel 54 te bepalen dat de wederpartij bij het overnemen niet te goeder trouw was. De nog strengere criteria van artikel 47 werden in 1925 niet aangepast.

Van Koppen voert goede gronden aan voor dit verschil tussen artikel 54 en artikel 47.²⁹ De belangrijkste daarvan is deze. De verrekening van artikel 54 volgt

27. HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (AMRO Bank/curatoren THB).

28. HR 10 november 1898 W7200.

29. Van Koppen a.w., p. 164-165.

na de overname van een schuld of vordering. Door deze overname die de verrekening mogelijk maakt, neemt de wederpartij een voorsprong op de overige schuldeisers. Dit vindt plaats in de verdachte periode, aan de vooravond van het faillissement. Bij artikel 47 daarentegen gaat het om betalingen die gebaseerd zijn op voorafgaande rechtshandelingen waarvan niet bewezen kan worden dat ze paulianeus zijn. De schuldeiser was op het moment waarop de voorafgaande rechtshandeling werd verricht dus te goeder trouw. Met Van Koppen zie ik ook om deze reden geen aanleiding om de vereisten van toepassing van artikel 47 te versoepelen en overeenkomstig artikel 54 voor vernietiging slechts te eisen dat de schuldeiser niet te goeder trouw was.

Indien artikel 54 ook van toepassing is bij verrekening voor faillissement, dan is die bijzondere wijze van voldoening van een opeisbare schuld aldus eenvoudiger aan te tasten dan met een beroep op artikel 47. Dat is te rechtvaardigen omdat artikel 54 uitsluitend verrekening aantast die mogelijk wordt gemaakt door een overneming van een vordering of schuld aan de vooravond van een faillissement. Een ‘gewoon’ beroep op verrekening voor faillissement, dat wil zeggen zonder dat er sprake is van het overnemen van een schuld of vordering, kan niet met artikel 54 worden bestreden, maar uitsluitend met artikel 47.

5.4 Verhaalsonttrekking, selectieve betalingen en de actie uit onrechtmatige daad

De verhouding tussen de actio Pauliana en de actie uit onrechtmatige daad is veel besproken. Van Koppens recente proefschrift is er geheel aan gewijd. In deze bundel schrijft Gispén over die verhouding. Uit de jurisprudentie blijkt dat een actie uit onrechtmatige daad ook succesvol kan zijn naar aanleiding van betaling van opeisbare schulden. De jurisprudentie waarop ik doel heeft steeds betrekking op concernverhoudingen en betreft twee typen van gevallen, te weten verhaalsonttrekking enerzijds en selectieve betalingen anderzijds.

Verhaalsonttrekking

De klassieke casus waarin de betaling van een opeisbare schuld onrechtmatig wordt geacht is die waarin door die betaling verhaal voor de overige schuldeisers wordt onttrokken.

In het bekende arrest Keulen-BLG³⁰ had het Bouwfonds voor Limburgse Gemeenten BLG een door haar opgerichte en beheerde stichting gefinancierd met een rekening-courant krediet van 30 miljoen gulden. Nadat Gedeputeerde Staten van Limburg zich tegen deze kredietverlening had uitgesproken, zegde BLG het krediet aan de stichting op en liet het bedrag van 30 miljoen gulden

30. HR 9 mei 1986 NJ 1986, 792 m.nt. G.

aan zich terugbetalen. De Hoge Raad oordeelt dat BLG onrechtmatig zou hebben gehandeld indien BLG bij die terugbetaling ernstig rekening met de mogelijkheid van een tekort rekening had moeten houden in die zin dat de overige schuldeisers niet of niet volledig voldaan zouden kunnen worden. Daarvan was echter geen sprake. Uit het arrest volgt echter dat een schuldeiser die zeggenschap heeft over de schuldenaar, onrechtmatig handelt indien hij zich de opeisbare schuld aan hem laat voldoen terwijl hij weet dat daardoor andere schuldeisers onvoldaan blijven.

Dat een voldoening aan een opeisbare schuld niettemin een onrechtmatige daad kon opleveren, is nog eens uitdrukkelijk bevestigd in het arrest van Essen q.q./Aalbrecht.³¹In die zaak was een dochtermaatschappij van de Aalbrecht Groep gefailleerd. De curator sprak de bestuurders van de dochtermaatschappij aan op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 BW en onrechtmatige daad, onder andere omdat zij de dochtermaatschappij hadden leeggehaald ten nadele van de schuldeisers door een betaling ten laste van de dochtermaatschappij en een overdracht van activa van de dochtermaatschappij aan tot de Aalbrecht Groep behorende vennootschappen. De rechtbank en het hof hebben dit betoog afgewezen met de overweging dat de dochtermaatschappij uit hoofde van financieringen en managementvergoedingen een bedrag aan de Aalbrecht Groep verschuldigd was dat de betaling en de waarde van de overgedragen activa overtrof. De Hoge Raad verwerpt op zijn beurt deze redenering en bepaalt dat de opeisbaarheid van een schuld van een schuldenaar aan zijn schuldeiser er niet aan in de weg staat dat een betaling door de schuldenaar en een onverplichte overdracht van activa aan zijn schuldeiser, mede gelet op de artikelen 42, 43 en 47 Fw en 343 Sr, als een onrechtmatige daad van haar bestuurders en/of als onbehoorlijke vervulling van hun taak in de zin van artikel 2:248 BW kunnen worden aangemerkt. De Hoge Raad geeft niet aan wanneer betaling van een opeisbare schuld een onrechtmatige daad van de bestuurders is. De zaak is voor verdere behandeling terug verwezen. Het verwijt is in ieder geval ook hier dat de betaling van de opeisbare schuld een onrechtmatige onttrekking van verhaal inhoudt.

Selectieve betalingen

In recentere jurisprudentie is een nieuw type casus naar voren gekomen waarin de betaling van opeisbare schulden onrechtmatig wordt geacht, nl. het selectief betalen van bepaalde schuldeisers.

In de Hurks/SOBI-zaak³² werden de moedermaatschappij van HBA en de be-

31. HR 30 mei 1997 NJ 1997, 663, m.nt. Ma.

32. HR 13 januari 1995 NJ 1995, 482.

stuurder van de moedermaatschappij persoonlijk uit onrechtmatige daad aangesproken door vijftien crediteuren, vertegenwoordigd door SOBI. De moedermaatschappij en haar bestuurder werd een groot aantal verwijten gemaakt. Het hof oordeelde dat de moedermaatschappij zich vanaf begin mei 1984 indringend met de gang van zaken bij HBA had moeten inlaten en vanaf 1 juli 1984 gehouden was zich de belangen van de schuldeisers van HBA aan te trekken, door hen te waarschuwen dat zij niet volledig voldaan zouden kunnen worden en het aangaan van nieuwe schulden achterwege te laten. Het hof verweet de moedermaatschappij (en haar bestuurder) vervolgens dat HBA haar schuldeisers slechts selectief betaalde, waaronder het hof verstaat het voldoen van die onderaannemers en leveranciers die HBA nodig had om de onderhanden werken te voltooien en die op betaling aandrongen, al dan niet vergezeld van de dreiging met een faillissementsaanvraag. Het is niet duidelijk of het hof dit selectieve betalen als een zelfstandige grond voor onrechtmatige daad ziet, maar die indruk krijgt men wel. In cassatie komt dit oordeel van het hof niet meer ter sprake, de Hoge Raad acht het ingestelde cassatieberoep niet-ontvankelijk.

In het zeer recente arrest Coral-Stalt³³ speelden selectieve betalingen ook een rol. Forsythe, een dochtermaatschappij van Stalt, had van Coral een schip gehuurd voor het vervoer van olie. Dit vervoer vond niet plaats en Forsythe heeft vervolgens met Coral onderhandeld over een afkoopsom. Een deel van de afkoopsom heeft Forsythe aan Coral betaald. Bij arbitraal vonnis wordt Forsythe veroordeeld ook het restant aan Coral te voldoen, maar daar kwam het niet van. Forsythe had inmiddels haar bedrijfsactiviteiten gestaakt en in het kader daarvan haar 100%-aandelenpakket in een Cyprische vennootschap aan haar moedermaatschappij Stalt overgedragen. Coral spreekt Stalt uit onrechtmatige daad aan en stelt daartoe onder andere dat Stalt zich intensief heeft bemoeid met de gang van zaken bij Forsythe en de hand heeft gehad in de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten van Forsythe. De opbrengst van de Cyprus-aandelen is ten onrechte uitsluitend ter voldoening van een intercompany-vordering aangewend. Forsythe heeft bewust Coral achtergesteld bij andere crediteuren. Stalt heeft bewerkstelligd althans toegestaan dat met uitzondering van Coral alle handelscrediteuren van Forsythe volledig zijn voldaan. De activa die daarna nog overbleven zijn aangewend om vorderingen van zustermaatschappijen zoveel mogelijk te voldoen. De directie van Forsythe wist daarbij dat niets zou resteren om Coral te voldoen. De Hoge Raad oordeelt dat, indien deze stellingen juist zijn, waarover het hof niets had beslist, vaststaat dat Stalt en Forsythe door de vordering van Coral achter te stellen, onrechtmatig jegens Coral hebben gehandeld. De Hoge Raad overweegt verder:

33. HR 12 juni 1998 RvdW 1998, 124, TVVS 1998/8, p. 240-241 m.nt. L. Timmerman.

'In het midden kan blijven welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen. In ieder geval kan met betrekking tot een vennootschap die, zoals Forsythe, tot een groep van vennootschappen behoort, niet de regel worden aanvaard dat deze vennootschap, wanneer zij heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, in beginsel de vrijheid zou hebben om de tot haar groep behorende crediteuren – anders dan op grond van door de wet erkende redenen van voorrang – te voldoen met voorrang boven niet tot haar groep behorende crediteuren. In het hier omschreven geval handelt die vennootschap slechts dan niet in strijd met hetgeen haar naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien de voorkeursbehandeling van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.'

De geciteerde overweging is belangrijk. Cruciaal is daarin mijns inziens dat de bedrijfsactiviteiten van Forsythe vrijwillig werden beëindigd in een situatie van insolventie. De overweging komt er op neer dat in een dergelijk geval een wat zachtere variant van de faillissementsrechtelijke paritas creditorum geldt. Wanneer geen wettelijke redenen van voorrang bestaan, moeten crediteuren naar evenredigheid worden voldaan, tenzij bijzondere omstandigheden een voorkeursbehandeling rechtvaardigen. Deze laatste uitzondering bestaat niet in faillissement. Het enkele bestaan van een groepsverhouding is op zichzelf onvoldoende om een voorkeursbehandeling te rechtvaardigen.

Meestal worden, indien een vennootschap op haar faillissement afstevent, de bedrijfsactiviteiten niet al voor het faillissement gestaakt. Het bedrijf gaat versneld bergafwaarts, maar vaak wordt er nog gered wat er te redden valt, wordt koortsachtig met onder andere financiers onderhandeld om te bezien of een faillissement te vermijden is of wat in een faillissement eventueel de mogelijkheden zijn. Geldt nu ook in dergelijke gevallen, waarin voorafgaande aan het faillissement de bedrijfsactiviteiten niet zijn beëindigd, deze zachtere, of een andere, variant van de paritas creditorum? Het arrest van het hof in de Hurks/SOBI zaak duidt daarop: vanaf het moment dat de moeder zich de belangen van schuldeisers van de dochter moest aantrekken, was het niet meer geoorloofd, zo lijkt het, nog slechts die schuldeisers te voldoen die voor de (voorlopige) voortzetting van de activiteiten essentieel waren. Dit volgt op zichzelf niet uit het Coral-Stalt-arrest, waarin de bedrijfsactiviteiten al waren beëindigd. Zolang men in redelijkheid nog niet kan voorzien dat de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten of een faillissement waarbij voor schuldeisers geen volledig verhaal bestaat, onvermijdelijk is, geldt het beginsel van de paritas creditorum mijns

inziens niet. Het is dan op zichzelf nog toegestaan slechts die schuldeisers te voldoen wier goederen of diensten voor de voortzetting van het bedrijf essentieel zijn.

Een succesvolle actie uit onrechtmatige daad leidt tot uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden van de getroffen schuldeisers. De bestuurders van de rechtspersoon of de moedermaatschappij zijn aansprakelijk voor de schade die hun onrechtmatig handelen heeft veroorzaakt. De betalingen van de opeisbare schulden zelf zijn daarmee niet tevens op grond van artikel 47 Fw aantastbaar. Ervan uitgaande dat de handelscrediteuren niet wisten van een faillissementsaanvraag en evenmin met hen het overleg van artikel 47 is gevoerd, kunnen de betalingen aan handelscrediteuren in de Hurks-SOBI en Coral-Stalt-zaken niet worden aangetast. Voor de betalingen aan concernmaatschappijen ligt dat misschien anders. Het overleg om hen te bevoordelen boven de andere schuldeisers kan wellicht eerder worden bewezen. In zijn noot in TVVS onder het Coral-Stalt-arrest schrijft Timmerman dat overleg in de zin van artikel 47 mag worden vermoed wanneer de ene concernmaatschappij een opeisbare schuld aan de andere concernmaatschappij voldoet. Dit gaat mij te ver. Bij artikel 47 gelden geen wettelijke vermoedens vergelijkbaar met de vermoedens van wetenschap van benadeling van artikel 43 in het bijzonder onder 5 en 6 Fw. Gezien de strikte ratio van artikel 47 is dat ook juist. Iets anders is dat bij betalingen aan concernmaatschappijen vlak voor faillissement de bewijslast van de curator onder omstandigheden verlicht kan worden.³⁴ Maar de curator zal dan toch eerst omstandigheden moeten stellen en bij tegenspraak bewijzen die er op duiden dat van het overleg in de zin van artikel 47 daadwerkelijk sprake is geweest.³⁵ Slaagt hij daarin, dan kan de rechter van de betreffende concernmaatschappij verlangen bewijs te leveren dat het bedoelde overleg niet heeft plaatsgevonden. Zo kan een oplossing worden gevonden voor bewijsproblemen voor de curator in het geval van concernverhoudingen, zonder afbreuk te doen aan het uitgangspunt dat voldoening aan een opeisbare schuld slechts in uitzonderingsgevallen aantastbaar is.

34. Vgl. B. Wachter, Concernrecht en bewijs (on)mogelijkheden, in: Van Vennootschappelijk belang (1988), p. 379 e.v.

35. Zie HR 10 juni 1994 NJ 1994, 766, TVVS 1994/7, p. 188, m.nt. L. Timmerman. Van deze laatste ook Bewijslastverdeling bij doorbraak van aansprakelijkheid, TVVS 1993/90 p. 232 e.v. Zie ook L. Timmerman, N.L. Lennarts, Überschuldung: een zinnig idee voor het Nederlandse recht? De NV 1997/11, p. 306-307.

6 De nietigheidsacties van de curator

*L. TIMMERMAN**

6.1 Inleiding

Wanneer een NV of BV failliet is gegaan, kan een curator vernietiging van verschillende door de vennootschap verrichte handelingen inroepen. Ik wil in het navolgende proberen een overzicht van deze gevallen te geven en de verschillende vernietigingsmogelijkheden met elkaar vergelijken. Ik concentreer mij op de vernietigingsmogelijkheden die Boek 2 BW aan de curator geeft. Ik behandel achtereenvolgens de doeloverschrijding (art. 2:7 BW), de vernietiging van een besluit van een vennootschap (art. 2:15 BW), het vernietigen van een binnen twee jaar na de oprichting door de vennootschap verrichte rechtshandeling met een van haar oprichters (art. 2:94c/204c BW) en het vernietigen van een niet-schriftelijk vastgelegde rechtshandeling van een vennootschap met de enig aandeelhouder (art. 2:137/247 BW). Ook besteed ik enige aandacht aan gevallen waarin de curator zich op het standpunt kan stellen dat de vennootschap niet gebonden is aan een bepaalde door de NV of BV verrichte rechtshandeling. Ik doel hier op de in art. 2:146/256 BW geregelde rechtshandelingen waarbij een tegenstrijdig belang een rol speelt. Het gemeenschappelijke van de hierboven globaal aangeduide gevallen is dat ermee bereikt kan worden dat voor de vennootschap en haar crediteuren onvoordelige transacties ongedaan gemaakt kunnen worden. Zijn deze mogelijkheden in bepaalde gevallen aantrekkelijker dan de mogelijkheden die de faillissementspauliana aan de curator biedt?

6.2 Doeloverschrijding

Art. 2:7 BW maakt het voor de NV of BV mogelijk de nietigheid in te roepen van door de rechtspersoon verrichte rechtshandelingen die het statutaire doel van de NV of BV overschrijden. Het beroep op doeloverschrijding kan alleen met succes worden ingeroepen, indien de wederpartij van de vennootschap van de doeloverschrijding op de hoogte was of hiervan zonder onderzoek op de hoogte moest zijn. Art. 7 bepaalt nog dat alleen de vennootschap het beroep op doeloverschrijding kan doen. Op de vernietiging wegens doeloverschrijding zijn de art. 3:49-56 BW van toepassing. Een belangrijk gevolg hiervan is dat de

* Auteur is hoogleraar handelsrecht en ondernemingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

rechtsovereenkomst tot vernietiging na drie jaar verjaart (art. 3:52 BW). Dit betekent dat de mogelijkheid tot vernietiging drie jaar na het verrichten van de rechtshandeling vervalt. De vennootschap kan ter afwering van een vordering die voortvloeit uit een doeloverschrijdende rechtshandeling echter te allen tijde op de doeloverschrijding beroep doen. Een succesvol beroep op doeloverschrijding heeft terugwerkende kracht (art. 3:53 BW). Indien een NV of BV failliet is verklaard, kan de curator als beheerder van het vermogen van de vennootschap op doeloverschrijding een beroep doen. Het beroep op doeloverschrijding is voor de curator van belang wanneer namens de vennootschap een voor de vennootschap nadelige rechtshandeling is verricht. Uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt dat curatoren soms van de mogelijkheid om zich op doeloverschrijding te beroepen gebruik maken. Ik noem een recent voorbeeld.¹ NV De Wereld maakt als dochtervennootschap deel uit van een concern. De Wereld is een levensverzekeringsmaatschappij. Zij heeft een aantal onroerende goederen in eigendom. Hierop zijn hypotheekten ten gunste van een bank gevestigd tot zekerheid van schulden aan de bank. De Wereld gaat failliet. De curator beweerde dat het niet past in de doelstelling van een verzekeringsbedrijf om hypotheekten op onroerende goederen te verstrekken en vorderde op grond van art. 2:6 BW (inmiddels vernummerd tot art. 7) vernietiging van de hypotheekten. Hiermee is hij niet succesvol. Het hof was van oordeel dat het niet uitgesloten moet worden geacht dat een levensverzekeraar ter voorziening in zijn liquiditeitsbehoefte en met name teneinde bepaalde beleggingen te kunnen doen onder hypothecair verband gelden opneemt. Van doeloverschrijding was om deze reden geen sprake. De Hoge Raad sluit zich hierbij aan. Dit arrest is niettemin voor de curator van groot belang. Ons hoogste rechtscollege overweegt dat bij de beantwoording van de vraag, of door een bepaalde rechtshandeling het doel van een vennootschap in naam waarvan de rechtshandeling is verricht is overschreden alle omstandigheden in aanmerking genomen moeten worden. Hieraan wordt nog toegevoegd dat de wijze waarop het doel in de statuten van de vennootschap is omschreven niet alleen doorslaggevend is. Deze formulering van de Hoge Raad laat ruimte dat voor de vennootschap nadelige handelingen geacht worden niet onder het statutaire doel te vallen, ook al vallen zij onder de letterlijke tekst ervan. De Hoge Raad heeft in het arrest De Wereld het beroep op doeloverschrijding niet tot een theoretische mogelijkheid beperkt. Een beroep op doeloverschrijding is overigens alleen succesvol, indien het overschrijden van het doel voor de wederpartij evident is. In een nog wat recenter arrest² heeft ons hoogste rechtscollege benadrukt dat voor een beroep op de doeloverschrijding in aanmerking genomen moet wor-

1. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 98.

2. HR 20 september 1996, NJ 1997, 149.

den of het belang van de vennootschap is gediend met de betrokken rechtshandeling. Ook dit wijst er bepaald niet op dat de Hoge Raad van het beroep op doeloverschrijding een rechtsmiddel wil maken met slechts theoretische betekenis. Het bezwaar tegen de jurisprudentie van ons hoogste rechtscollege op het gebied van de doeloverschrijding is dat deze weinig richtsnoeren bevat die het oordeel over de vraag of in een concreet geval van doeloverschrijding sprake is vergemakkelijken. De arresten van de Hoge Raad over doeloverschrijding zijn zeer vaag.

Voor een curator is het instellen van een vordering tot vernietiging van een door vennootschap verrichte handeling op grond van doeloverschrijding niettemin bij de huidige stand van zaken waarschijnlijk weinig aantrekkelijk. Het voeren van een doeloverschrijdingsprocedure is gecompliceerd, met veel onzekerheden omgeven en kost meestal veel tijd. In de rechtsleer wordt verschillend over het antwoord op de vraag geoordeeld, of het bijvoorbeeld in strijd is met het doel van een dochtervennootschap om zich aansprakelijk te stellen voor schulden die andere concerngenoten aangaan. Over deze kwestie heeft Maeijer zich het meest recent uitgelaten.³ Hij gaat inmiddels uit van een buitengewoon liberale opvatting. In concernverhoudingen zal – zo zegt hij – veelal mogen worden aangenomen dat het geven van zekerheid door een groepsmaatschappij voor een schuld van een andere groepsmaatschappij niet in strijd is met het doel van de zekerheid gevende groepsmaatschappij. De economische eenheid en organisatorische verbondenheid die het bestaan van een groep in de zin van art. 24b bewerkstelligen, brengen mee dat de groepsmaatschappij rechtshandelingen mag verrichten die het belang van de groep dienen. Onder omstandigheden zal van doeloverschrijding sprake kunnen zijn: wanneer de rechtshandeling ondanks de omstandigheid dat zij op zich zelf valt onder de doelomschrijving in redelijkheid niet kan zijn gericht op het belang van de groepsmaatschappij. Deze opvatting van Maeijer zal niet veel curatoren aanmoedigen om een beroep op de doeloverschrijding te doen.

6.3 Vernietiging van besluiten

Kan de curator vernietiging vorderen van een besluit op grond van art. 2:15 BW? De wetgever heeft hieraan waarschijnlijk niet gedacht. De curator heeft er meestal geen belang bij vernietiging te vorderen van een besluit van een NV of BV, omdat het besluit niet de belangen van de boedel raakt. Niettemin kan bijvoorbeeld de aandeelhoudersvergadering voor het faillissement van een NV of BV een besluit nemen dat wel de belangen van de crediteuren raakt. Zo kan de

3. Asser-Van der Grinten-Maeijer, 2-II, p. 81.

aandeelhoudersvergadering besluiten tot een winstuitkering die na faillissement voor de boedel nadelig blijkt te zijn geweest. Maeijer is van mening dat een schuldeiser geen vernietiging ex art. 2:15 BW kan vorderen van een besluit dat hem benadeelt.⁴ Art. 3:45, lid 4 BW kent hiervoor een afzonderlijke procedure. Het ligt voor de hand dat Maeijer ook van mening is dat de curator geen vernietiging van een besluit ex art. 2:15 BW kan vorderen dat de belangen van de crediteuren raakt. Een andere opvatting hangt Van Schilfgaarde aan⁵: hij meent dat onder de vernietiging van art. 2:15 BW ook valt vernietiging wegens benadeling van crediteuren op grond van art. 3:45, lid 4 BW. Ik meen dat het gelijk aan de kant van Van Schilfgaarde ligt. Art. 2:15 BW regelt bij uitsluiting de vernietiging van besluiten van een rechtspersoon. Het artikel laat ruimte om de in art. 2:15 BW genoemde vernietigingsgronden uit te breiden met andere, in het Burgerlijk Wetboek geregelde vernietigingsgronden, zoals te vinden in art. 3:45, lid 4 BW. Dit standpunt dat mijns inziens uit de systematiek van art. 2:15 BW volgt is overigens niettemin voor de curator niet zeer aantrekkelijk. Voor het vragen van een vernietiging van een besluit geldt een vervaltermijn van slechts een jaar (art. 2:15, lid 5 BW). Deze termijn begint te lopen vanaf het moment waarop aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven.

Er is mij een arrest bekend waarin de curator vernietiging vorderde van een besluit van een BV⁶. Het ging om een besluit tot uitkering van reserves door de aandeelhoudersvergadering dat volgens de curator vernietigd diende te worden wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank ontzegde de vordering aan de curator, omdat hij erbij geen redelijk belang had. Hij was inmiddels een actie uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding tegen de betrokken aandeelhouder gestart. Daargelaten, of de beslissing van de rechtbank juist is, maakt deze wel duidelijk, waarom een curator niet snel naar het middel van vernietiging van besluiten zal grijpen. In een aantal arresten heeft de Hoge Raad de mogelijkheden voor de curator om een actie uit onrechtmatige daad in te stellen tegen personen die de gezamenlijke crediteuren hebben benadeeld verruimd. Het lijkt mij aannemelijk dat de curator er de voorkeur aan geeft om uit onrechtmatige daad te ageren.⁷ Zo'n vordering biedt uitzicht op schadevergoeding, de rechtsvordering tot vernietiging doet dit niet of slechts langs een omweg.

4. Asser-Van der Grinten-Maeijer, 2-II, p. 145.

5. P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 11e druk, p. 263.

6. HR 8 november 1991, NJ 1992, 174.

7. Zie o.a. HR 8 november 1991, NJ 1992, 174.

6.4 Nachgründungshandelingen

Art. 2:94c/204c BW probeert het risico te bestrijden dat een oprichter (voor de BV: een aandeelhouder) in geld op zijn aandelen stort en tegelijk afsprekt goederen aan de NV of BV te leveren tegen een te hoge prijs. Als dit op deze wijze geschiedt, wordt de stortingsplicht realiter uitgehold. Aan Nachgründung onderworpen handelingen zijn rechtshandelingen die strekken tot het verkrijgen van goederen die een jaar voor de oprichting of nadien toebehoorden aan een oprichter (voor de BV: een aandeelhouder) en zijn verricht voordat twee jaren zijn verstreken na de inschrijving van de desbetreffende NV of BV in het handelsregister. Een dergelijke handeling kan alleen geldig worden verricht, indien deze door de aandeelhoudersvergadering is goedgekeurd en er een accountantsverklaring is die inhoudt dat de waarde van de te verkrijgen goederen overeenkomt met tenminste de waarde van de tegenprestatie. Als de goedkeuring of de accountantsverklaring ontbreken, kan de desbetreffende rechtshandeling door de vennootschap worden vernietigd. In geval van faillissement kan de curator de nietigheid van de rechtshandeling inroepen.⁸ Op de vernietigingsvordering van art. 2:94c/204c BW zijn de artikelen 3:49-56 BW van toepassing. Dit betekent onder andere dat de verjaringstermijn van drie jaar van art. 3:52, lid 1 onder d BW op de vernietiging van art. 2:94c/204c BW van toepassing is.

Zijn de vernietigingsmogelijkheden van art. 2:94c/204c BW voor de curator van groot belang? Art. 2:94c/204c probeert een bepaalde categorie van transacties tegen te houden die voor de vennootschap onvoordelig zijn. Zij zijn met de vennootschap afgesloten zijn onder invloed van personen die uit eigenbelang de vennootschap hiertoe kunnen bewegen (namelijk oprichters en aandeelhouders). Ik vermoed dat de vernietigingsmogelijkheid van art. 2:94c/204c BW voor de curator bepaald niet van groot belang is. Hetzelfde resultaat kan vaak via de faillissementspauliana op eenvoudige wijze worden bereikt, voor zover de curator kan profiteren van de omkering van de bewijslast ten aanzien van wetenschap van benadeling die in art. 43 Fw is te vinden. Als dit laatste niet het geval is – dit doet zich voor, wanneer de vennootschap een door art. 94c/204c bestreken rechtshandeling heeft verricht met een oprichter of aandeelhouder die niet voor tenminste de helft van het geplaatste kapitaal in de vennootschap deelneemt – dan kan art. 94c/204c aan de curator nuttige diensten bewijzen. Bij het inroepen van art. 2:94c/204c BW kan worden vastgeknoopt aan een aantal objectieve omstandigheden (ontbreekt de accountantsverklaring? Behoorde het goed in de periode van een jaar voor de oprichting toe aan de oprichter of aan-

8. Zie hiervoor C.E.M. van Steenderen, Nachgründung, in: Vennootschapsrecht in EG-perspectief, 1993, 15.

deelhouders? Is de betrokken rechtshandeling binnen twee jaar na de inschrijving in het handelsregister verricht?). Wetenschap van benadeling is veel vager en daardoor voor de curator lastiger aan te tonen.

6.5 Art. 2:137/247 BW

Deze artikelen verlangen dat transacties tussen de vennootschap en haar enig aandeelhouder schriftelijk dienen te worden vastgelegd, voor zover de vennootschap bij het afsluiten van de transactie is vertegenwoordigd door haar enig aandeelhouder. Als de schriftelijke vastlegging niet heeft plaatsgehad, kan de vennootschap de desbetreffende rechtshandeling vernietigen. Ingeval van faillissement van de vennootschap komt deze bevoegdheid aan de curator toe. Een breed scala van handelingen valt onder het bereik van art. 2:137/247 BW. Het gaat niet alleen om rechtshandelingen die de enig-aandeelhouder in zijn hoedanigheid van bestuurder verricht. Eronder vallen bijvoorbeeld ook een niet schriftelijk vastgelegde decharge die de enig aandeelhouder aan zich zelf voor zijn beleid als bestuurder verstrekt en de niet-schriftelijk vastgelegde bezoldiging die de enig aandeelhouder aan zich zelf heeft toegekend.⁹ In deze gevallen is de vennootschap door de enig aandeelhouder vertegenwoordigd. Het gaat hier om besluiten waarbij de aandeelhoudersvergadering de vennootschap vertegenwoordigt. De enig-aandeelhouder hoeft onder de regeling van art. 2:137/247 BW de vennootschap niet te vertegenwoordigen in zijn hoedanigheid van bestuurder. De strekking van art. 2:137/247 BW is immers in het algemeen te verhinderen dat de enig aandeelhouder voor de vennootschap nadelige transacties afsluit.

Op de vernietiging van art. 2:137/247 BW zijn de art. 3:49-56 BW van toepassing. Dit betekent onder andere dat de vernietigingsmogelijkheid drie jaar vervalt, nadat de vernietigingsmogelijkheid aan de vennootschap ten dienste is komen te staan.

Het kan voor de curator soms aantrekkelijk zijn om van art. 2:137/247 BW gebruik te maken: neem eens aan dat de vennootschap een antieke kast heeft verkocht aan haar enig aandeelhouder in zijn hoedanigheid van bestuurder. De vennootschap werd vertegenwoordigd door haar enig aandeelhouder. De transactie is niet schriftelijk vastgelegd. De vennootschap ontving als koopprijs een bedrag van f 30.000,-. De werkelijke waarde van de kast was f 50.000,-. De vennootschap gaat failliet. De curator vernietigt de transactie. Hij kan de kast revindiceren. De aandeelhouder dient zijn vordering tot terugbetaling van f 30.000,- bij de curator in. Dit is een concurrente vordering op de boedel. Voor de boedel is dit een gunstig arrangement.

9. H.E. Boschma, De eenpersoonsvennootschap, diss. Groningen 1997, p. 62.

Voor zover mij bekend, doen curatoren nooit een beroep op art. 2:137/247 BW. Toch is het een wetsartikel dat vrij gemakkelijk toe te passen is. Er kan worden aangeknoopt aan gemakkelijk vast te stellen omstandigheden: is er tussen een transactie verricht tussen de vennootschap en de enig aandeelhouder, waarbij de enig aandeelhouder als vertegenwoordiger van de vennootschap optrad? Is deze transactie schriftelijk vastgelegd?

6.6 Tegenstrijdig-belangtransacties

Art. 2:146/256 BW geeft een regeling voor tegenstrijdig-belangtransacties. Indien er een tegenstrijdig belang bestaat tussen vennootschap en een bestuurder, zijn alle bestuurders onbevoegd de desbetreffende transactie af te sluiten. Als de bestuurders in een tegenstrijdig-belangsituatie niettemin de desbetreffende transactie afsluiten, is de vennootschap niet gebonden aan de transactie. In geval de vennootschap failliet is gegaan, kan de curator zich beroepen op het ontbreken van gebondenheid van de vennootschap. In een recent arrest van de Hoge Raad is dit duidelijk naar voren gekomen. Ik doel hier op het bekende Mediasafe-arrest.¹⁰ In dit arrest vorderde de curator een groot bedrag van de bank van de vennootschap, omdat de vennootschap niet gebonden zou zijn aan een door haar afgesloten transactie met de bank. De stelling van de curator was dat de bestuurder van de vennootschap de desbetreffende transactie niet mocht afsluiten, omdat er van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:146/256 sprake zou zijn geweest. Het arrest is om twee redenen van groot voor de positie van de curator in het faillissement van de vennootschap.

- a. Ons hoogste rechtscollege heeft het begrip tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:146/256 BW zeer ruim uitgelegd. Volgens ons hoogste rechtscollege is van een tegenstrijdig-belangtransactie sprake niet alleen sprake, wanneer de vennootschap een transactie met een bestuurder afsluit, maar ook ingeval de vennootschap met een derde contracteert. Ook allerlei situaties van indirecte tegenstrijdige belangen vallen onder art. 2:146/256 BW. Het gevolg hiervan is dat van tegenstrijdig belang sprake is, wanneer een bestuurder een eigen, van de vennootschap afwijkend belang heeft bij het verrichten van een bepaalde handeling met een derde.
- b. De tweede belangrijke kwestie waarover de Hoge Raad zich heeft uitgelaten is dat een handelen in strijd met art. 2:146/256 BW tot onbevoegdheid van de betrokken bestuurder leidt. Het gevolg hiervan is dat de vennootschap (in geval van haar faillissement van de vennootschap: de curator) zich behoudens bescherming van een derde te goeder trouw zich op de onbevoegdheid

10. HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568.

van de bestuurder kan beroepen (art. 2:130/240, lid 3 BW).¹¹ Het effect van zo'n beroep is dat de vennootschap niet gebonden is aan de transactie. Zo'n beroep op niet-gebondenheid van de vennootschap is iets anders dan het bewerkstelligen van vernietiging van een rechtshandeling. Zo geldt naar mijn inzicht niet de korte vervalttermijn van art. 3:52 BW, maar de normale verjaringstermijn van art. 3:306 BW. Deze bedraagt, zoals bekend, twintig jaar.

6.7 Conclusie

Een curator die het faillissement van NV of BV dient af te wikkelen zal regelmatig worden geconfronteerd met handelingen die de vennootschap en haar crediteuren hebben benadeeld. Hij kan proberen deze handelingen ongedaan te maken via de actio Pauliana. Het NV- en BV-recht kent ook een aantal instrumenten waarmee voor de vennootschap en derden nadelige handelingen kunnen worden bestreden. Uit de bovenstaande analyse blijkt dat de vernietiging van een rechtshandeling wegens doeloverschrijding voor de curator weinig zal opleveren. Deze is te veel met onzekerheden omgeven. Het is dikwijls onduidelijk wanneer nu precies aangenomen dient te worden dat het doel van een vennootschap is overschreden. Hierover bestaat noch in de rechtspraak noch in de literatuur duidelijkheid. Het doen vernietigen van een besluit van de vennootschap dat crediteuren benadeelt is omslachtig. Het is waarschijnlijk efficiënter, wanneer de curator van de mogelijkheid gebruik maakt om aandeelhouders die de crediteuren van de vennootschap hebben benadeeld rechtstreeks uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding aan te spreken. Voor de toepassing van de Nachgründungsregeling van art. 2:94c/204c BW gelden zeer specifieke voorwaarden. Deze staan eraan in de weg dat de curator op grote schaal van deze regeling gebruik kan maken om benadeling van crediteuren te bestrijden. Veel eenvoudiger steekt art. 2:137/ 247 BW in elkaar. Vrij gemakkelijk is vast te stellen, of een door de vennootschap verrichte rechtshandeling op grond van deze wetsartikelen vernietigd kan worden. Naar mijn inschatting is de door de Hoge Raad zeer verruimde toepassing van de tegenstrijdig-belangregeling voor een curator van de hierboven genoemde regelingen het meest belangrijk. Naar mijn inzicht dient in het geval van voor de vennootschap nadelige transacties steeds grondig te worden uitgezocht, of deze tot een tegenstrijdig-belangtransacties herleid kunnen worden en op die grond niet-gebondenheid van de vennootschap verdedigd kan worden.

11. Zie hierover vooral het vervolgarrest van de Hoge Raad HR 11 september 1998, RvdW 1998, 150C.