

MONOGRAFIEËN BW

B4 Pauliana

Mr. dr. F. Damsteegt

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

VOORWOORD

In 2008 verscheen de eerste druk van deze monografie, van de hand van G. van Dijk. Sindsdien is er weer een grote hoeveelheid rechtspraak en literatuur verschenen, en er is zelfs een Europees voorstel om tot harmonisatie van de diverse paulianaregelingen te komen. Ik heb ervoor gekozen deze monografie geheel te herschrijven, waarbij ook voor een andere opzet is gekozen.

Het schrijven van deze monografie was niet half zo leuk geweest als ik niet regelmatig gebruik had kunnen maken van 'het schrijfpaleis' van Bregje Korthals Altes. Ik dank haar en haar echtgenoot zeer voor de gastvrijheid. Dankzij dat schrijfpaleis en de elementen ontstond ook een bijzondere vriendschap tussen ons gezin en Freek de Ruiter en zijn vrouw Anja. Die kan ik hier niet ongenoemd laten.

De tekst is afgesloten in augustus 2023.

Rotterdam, augustus 2023

F. Damsteegt

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XI

HOOFDSTUK 1

Algemene opmerkingen / 1

- 1 Inleiding / 1
- 2 Vormen / 1
- 3 Waarom de pauliana? / 3
- 4 Plaats van de actio pauliana binnen het vermogensrecht / 4
Artikel 3:40 BW / 5
Onrechtmatige daad / 5
- 5 Verhaal, of verhaal op het vermogen van derden? De pauliana bewandelt een tussenweg / 5
Gevalstype 1: verhaal op het vermogen van de schuldenaar / 5
Gevalstype 2: verhaal op het vermogen van een derde / 6
Actio pauliana: een tussenweg / 7
- 6 Waarom deze tussenweg? Rechtvaardiging van de actio pauliana / 7
Vergelijkbare leerstukken / 7
Rechtvaardiging van dit resultaat / 8
- 7 Europees harmonisatieproject / 10
- 8 Rechtsvergelijkende opmerkingen / 12
- 9 Rechtsvergelijking: Engeland en Wales / 12
- 10 Rechtsvergelijking: Duitsland / 14
- 11 Vereisten pauliana en opzet van deze monografie / 15

HOOFDSTUK 2

Verplichte en onverplichte rechtshandelingen / 17

- 12 Rechtshandeling van de schuldenaar / 17
- 13 Rechtshandeling, faillissementspauliana / 18
- 14 Samenstel van rechtshandelingen: voorwerp van vernietiging / 19
Inleiding / 19
Wanneer is sprake van een samenstel van rechtshandelingen / 19
Optie 1: vernietiging rechtshandeling die de causa vormt van de andere (rechts-) handelingen / 20

	<i>Optie 2: vernietiging van alle betrokken rechtshandelingen</i> / 21
	<i>Optie 3: vernietiging van het samenstel</i> / 22
	<i>Huidige stand van zaken, rechtspraak</i> / 23
15	Verplichte en onverplichte rechtshandelingen / 24
16	Belang van het onderscheid: art. 47 Fw / 25
17	Art. 47 Fw: wetenschap faillissementsaanvraag / 25
	<i>Algemeen</i> / 25
	<i>Wetenschap aanvraag surseance van betaling</i> / 26
	<i>Aantasting betaling bij schorsing faillissementsaanvraag</i> / 27
18	Art. 47 Fw: overleg / 28
19	Onverplichte rechtshandelingen om niet en anders dan om niet, belang van het onderscheid / 29
20	Harmonisatievoorstel / 30
21	Rechtsvergelijking: Engeland en Wales / 30
22	Rechtsvergelijking: Duitsland / 32

HOOFDSTUK 3

Benadeling van schuldeisers / 37

23	Benadeling, inleiding / 37
24	Benadeling, tijdstip beoordeling en beoordelingsmaatstaf / 37
25	Samenhangende (rechts)handelingen en benadeling / 38
26	Vormen van benadeling / 41
	<i>(1) vermogensvermindering</i> / 41
	<i>(2) verstoring van de paritas creditorum</i> / 41
	<i>(3) bemoeilijking van verhaal</i> / 41
27	Harmonisatievoorstel / 42
28	Rechtsvergelijking: Engeland en Wales / 42
29	Rechtsvergelijking: Duitsland / 43

HOOFDSTUK 4

Wetenschap van benadeling / 45

30	Wetenschap van benadeling / 45
31	Wetenschap: bij wie? / 45
32	Wetenschap: wanneer? / 45
33	Wetenschap: wanneer bij samenhangende rechtshandelingen? / 46
34	Wetenschap: criterium / 46
35	Bewijs en bewijsvermoedens / 51
36	Harmonisatievoorstel / 52
37	Rechtsvergelijking: Engeland en Wales / 53
38	Rechtsvergelijking: Duitsland / 54

HOOFDSTUK 5

Beroep op de pauliana / 57

- 39 Actio pauliana: door wie in te roepen? / 57
- 40 Faillissementspauliana: door wie in te roepen? / 57
 - Curator / 57
 - Wie moet zijn benadeeld? / 58
 - Schuldeisers met verhaalsrecht op goed van een derde / 59
 - Pand- en hypotheekhouders / 59
- 41 Bewindvoerder geen pauliana bij surseance van betaling / 60
- 42 Vernietiging: tegen wie richt zich de actio pauliana? / 61
- 43 Actio pauliana: buitengerechtelijke en gerechtelijke vernietiging / 61
- 44 Faillissementspauliana: buitengerechtelijke en gerechtelijke vernietiging / 63
- 45 Actio pauliana: conservatoir beslag, paulianabeslag / 63
- 46 Faillissementspauliana: conservatoir beslag, paulianabeslag / 64
- 47 Verjaring actio pauliana / 65
- 48 Verjaring faillissementspauliana / 65
- 49 Harmonisatievoorstel / 65
- 50 Rechtsvergelijking: Engeland en Wales / 66
- 51 Rechtsvergelijking: Duitsland / 67

HOOFDSTUK 6

Gevolgen van de pauliana / 71

- 52 Vernietiging met relatieve werking / 71
 - Gevolgen vernietiging, algemeen / 71
 - Relatieve werking van de vernietiging / 72
- 53 Actio pauliana: gevolgen voor de schuldeiser / 73
 - Inleiding / 73
 - Gevolgen bij vernietiging van een samenstel van rechtshandelingen / 74
- 54 Uitwerking positie schuldeiser aan de hand van casusposities / 74
 - Uitwerking, algemeen / 74
 - Uitwerking: de wederpartij heeft beschikt over het goed / 75
 - Uitwerking: de wederpartij is failliet / 76
 - Uitwerking: de schuldenaar is failliet / 76
- 55 Faillissementspauliana: gevolgen voor de boedel / 77
- 56 Gevolgen voor andere schuldeisers van de schuldenaar / 78
- 57 Gevolgen voor de wederpartij, objectief-relatieve werking van de vernietiging / 79
 - Tegenprestatie / 79
 - Overige schade / 80
- 58 Gevolgen voor de wederpartij, objectief-relatieve werking van de vernietiging, faillissementspauliana / 80
 - Tegenprestatie / 80
 - Overige schade / 81
- 59 Derdenbescherming / 82
- 60 Harmonisatievoorstel / 83

61 Rechtsvergelijking: Engeland en Wales / 84

62 Rechtsvergelijking: Duitsland / 86

Trefwoordenregister / 89

Artikelenregister / 93

Jurisprudentieregister / 97

Monografieën BW / 103

HOOFDSTUK 1

Algemene opmerkingen

1 Inleiding

Met de actio pauliana kan een schuldeiser rechtshandelingen van zijn schuldenaar vernietigen, voor zover deze rechtshandelingen de schuldeiser benadelen in zijn verhaalsmogelijkheden. Een succesvolle actio pauliana leidt tot vernietiging van die rechtshandeling ten opzichte van de schuldeiser.

De actio pauliana kent een regeling in het Burgerlijk Wetboek (art. 3:45 BW e.v.) en in de Faillissementswet (art. 42 Fw e.v.). Deze laatste wordt algemeen en ook in deze monografie aangeduid als de faillissementspauliana.

De term 'faillissementspauliana' is strikt genomen niet juist; beter zou zijn te spreken over de 'insolventiepauliana'. Ook de schuldsaneringsregeling kent de pauliana, zie art. 313 Fw waarin art. 42-51 Fw van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de schuldsaneringsregeling. De eerste term is zo gebruikelijk dat deze in deze monografie zal worden aangehouden. Wat in deze monografie ten aanzien van de faillissementspauliana wordt besproken, is mutatis mutandis van toepassing op de pauliana in de schuldsaneringsregeling.

De bewindvoerder in de surseance van betaling heeft geen actio pauliana. Zie nr. [41].

Een korte blik op de rechtspraak over de pauliana leert dat vooral de faillissementspauliana wordt ingezet. Vreemd is dat niet, gegeven het feit dat een curator vaak beter dan een individuele schuldeiser het handelen van de schuldenaar in de periode voor het faillissement overziet en onderzoek naar eventueel paulianeus handelen ook onderdeel vormt van het – standaard – uit te voeren rechtmatigheidsonderzoek.

2 Vormen

De pauliana, althans varianten daarvan, komen op verschillende plaatsen voor in de wet.

Als de curator met succes de bestuurder ex art. 2:138 BW, althans art. 2:248 BW, aansprakelijk heeft gesteld voor het boedeltekort, en de bestuurder vervolgens onvoldoende verhaal biedt, geven art. 2:138 lid 9 en art. 2:248 lid 9 BW de curator de mogelijkheid door de bestuurder onverplicht verrichte rechtshandelingen ten behoeve van de boedel te vernietigen als aannemelijk is dat die rechtshandelingen geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. Art. 36 lid 8 Iw 1990 bepaalt (ten behoeve van de ontvanger) hetzelfde.

De vraag kan worden gesteld of deze bepalingen iets toevoegen aan art. 3:45 BW. Zie nader Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III) 2019/3352*. Het verschil met de actio pauliana van art. 3:45 BW is dat door de curator 'slechts' aannemelijk

hoeft te worden gemaakt dat de bestuurder en de wederpartij de handeling geheel of nagenoeg geheel hebben verricht met het oogmerk om het verhaal te verminderen. Daar staat tegenover dat in het kader van art. 3:45 BW geen oogmerk is vereist, waarover nr. [30] e.v. Een ander mogelijk voordeel zou kunnen zijn dat de curator een beroep kan doen op de Garantstellingsregeling curatoren (zie art. 2:138 lid 10 BW en art. 2:248 lid 10 BW). Dat kan weliswaar – als de schuldenaar een rechtspersoon is – ook in het kader van de faillissementspauliana (art. 43 lid 6 Fw jo. art. 2:138 lid 10 BW) maar het betreft hier met art. 3:45 BW te bestrijden handelen van de aansprakelijk gestelde bestuurder.

Art. 4:205 BW bepaalt dat de schuldeiser van een erfgenaam, die de nalatenschap heeft verworpen en die daardoor klaarblijkelijk is benadeeld, de rechtbank kan verzoeken dat de nalatenschap wordt vereffend.

De rechtshandeling van verwerping en aanvaarding van de nalatenschap als zodanig kan niet worden vernietigd op grond van de pauliana, zie art. 4:190 lid 4 BW, waarover nader Castermans & Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21) 2019/35. Datzelfde geldt bijvoorbeeld voor de splitsing van een vennootschap, zie HR 20 december 2013, NJ 2014/222 (*Schreurs q.q./Favini*) – hoewel de vraag is welke invloed HvJ EU 30 januari 2020, RvdW 2020/658 (*IGI/Cicenia*) in dat verband zal hebben. Zie ook Castermans & Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21) 2019/33. Zie over de mogelijkheid van vernietiging van (een besluit tot) winstuitkering HR 23 september 2016, NJ 2016/498 (*Hage q.q./MK Beheer*), waarover (met verwijzingen naar nadere literatuur) Timmerman 2021. De voldoening aan een bevel van de rechtbank tot storting of andere zekerheidstelling in het kader van de beperkingsprocedure op de voet van art. 642a Rv kan evenmin met de pauliana worden vernietigd, zie art. 642c lid 8 Rv. Deze procedure betreft de beperking van de aansprakelijkheid van de reder, zie art. 8:754 BW en art. 8:1064 BW.

Een bijzondere verschijningsvorm van de pauliana staat in art. 31 Fw. Op grond van die bepaling kan de curator die een ten tijde van het faillissement lopende procedure voortzet, althans in een lopende procedure die na de verificatievergadering wordt voortgezet (art. 29 Fw), de nietigheid inroepen van handelingen in het geding door de schuldenaar voorafgaand aan het faillissement verricht, als bewezen wordt dat hij daarmee de schuldeisers desbewust heeft benadeeld, en de tegenpartij dit ook wist.

Op grond van art. 33a lw 1990 kan de ontvanger een derde aansprakelijk stellen als deze direct of indirect voordeel heeft gehad van een onverplichte handeling waardoor de ontvanger is benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden.

Ten slotte wordt hier gewezen op art. 42a Fw. De regeling is ingevoerd met de Wet homologatie onderhands akkoord (*Stb.* 2020, 414; *Stb.* 2020, 415 en nadien gewijzigd, *Stb.* 2022, 491). De bepaling biedt de schuldenaar de mogelijkheid in het kader van de akkoordprocedure 'pauliana-proof' financiering te verkrijgen. De regeling komt erop neer dat de rechter desgevraagd een machtiging geeft voor het verrichten van een rechtshandeling die noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming voort te zetten lopende de akkoordprocedure, of om een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of door de rechtbank te laten homologeren, als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij de rechtshandeling zijn gediend en geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Als de machtiging is gegeven, kan de rechtshandeling in een later faillissement niet met een beroep op art. 42 Fw door de curator worden vernietigd. Art. 42a Fw is een implementatie

van art. 17 en art. 18 Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie ('*safe harbour*'). Deze bepalingen kunnen worden gezien als een eerste harmonisatie van bepalingen op het gebied van *transactions avoidance laws* (waarover nr. [7]).

Vgl. ook art. 375 lid 1 sub i Fw en art. 384 lid 2 sub f Fw. Deze laatste bepaling voorziet in bescherming voor nieuwe financiering of andere transacties die redelijk zijn en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord tegen een latere vernietiging door de curator als toch een faillissement volgt. De rechter die moet oordelen over de homologatie van het akkoord moet toetsen of nieuw verkregen financiering (of een andere transactie), verstrekt om het akkoord uit te voeren, er niet toe leidt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk zullen worden geschaad en of de nieuwe financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Als het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd, dan kan de verstreking van de nieuwe financiering (of die andere transactie) in een eventueel later faillissement door de curator niet worden vernietigd krachtens art. 42 Fw. Zie voor een toepassing Rb. Rotterdam 9 maart 2023, NJ 2023/184.

Zie over art. 42a Fw Harmsen, Reumers & Wessels, *De WHOA van wet naar recht (R&P nr. InsR18)* 2021/14.2.

Tegen benadeling van schuldeisers waken ook art. 53 en art. 54 Fw en, in algemene zin, art. 6:162 BW, waarover nr. [4].

3 **Waarom de pauliana?**

De actio pauliana stamt uit het Romeinse recht. Voor het slagen van de actie was vereist dat was gehandeld in *fraudem creditorum*, ter bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers. Doel van de pauliana is van oudsher bescherming van schuldeisers tegen door hun schuldenaar onverplicht verrichte rechtshandelingen, waardoor het voor die schuldeisers beschikbare verhaalsvermogen van de schuldenaar zodanig vermindert dat geen volledig verhaal meer mogelijk is, of een al onvoldoende mogelijkheid tot verhaal verder wordt verkleind. Aldus effectueert de pauliana de verhaalsmogelijkheid die art. 3:276 BW biedt, waarover nader de volgende nummers. Waar met de pauliana wordt opgetreden tegen betaling van (opeisbare) schulden of tegen zekerheidstelling, kan als doel van de pauliana ook worden gezien de effectuering van de gelijkheid van schuldeisers, art. 3:277 BW.

Zie voor een historische achtergrond van de pauliana: Ankum 1962. Zie overigens (de literatuur genoemd in) Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019/3021.

Interessant is te bemerken dat een rechtsfiguur die al zo lang bestaat toch nog zo veel vragen oproept, zoals ook uit deze monografie zal blijken. Niet voor niets noemde de wetgever de pauliana "van alle vraagstukken, waartoe het materieel faillietenrecht aanleiding geeft, het moeilijkste" (Van der Feltz, p. 432). Vgl. ook Van Dijk 2006 II.

Zoals in de vorige druk (nr. 5) is beschreven, is er weinig theorievorming over de vraag welke belangen de pauliana dient, en zijn er ook nauwelijks gegevens met betrekking tot de vraag of die belangen daadwerkelijk worden gediend. Duidelijk is wel dat de actio pauliana een instrument biedt om maatschappelijk ongewenste rechtshandelingen te bestrijden en de gevolgen daarvan ongedaan te maken.

Er is in het verleden wel het nodige empirische onderzoek gedaan. Zo heeft Luttikhuis vastgesteld dat in 6% (natuurlijke personen) respectievelijk 9% (rechtspersonen) van de beëindigde faillissementen blijkt dat zich een paulianeuze handeling heeft voorgedaan.

Uit hetzelfde onderzoek blijkt dat in de meeste gevallen alleen de boedelschuldeisers en de preferente schuldeisers profiteren van een geslaagde pauliana. Zie Luttikhuis 2007, p. 85-87. Van Dijck heeft empirisch onderzoek gedaan naar praktische problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana. Zie Van Dijck 2006 I en Van Dijck 2006 II. Van Dijck constateert onder meer dat er in de praktijk veel discussie is over het criterium verplicht/onverplicht, en dat er mogelijkheden zijn het onderscheid te manipuleren (Van Dijck 2006 I, p. 37 en 38), dat er ten aanzien van de vereiste benadeling problemen zijn bij onder meer (i) de waardering van goederen en (ii) het vaststellen van de hypothetische situatie zonder de rechtshandeling (Van Dijck 2006 I, p. 45-46), terwijl in de praktijk het criterium wetenschap van benadeling aan de zijde van de wederpartij zonder bewijsvermoedens buitengewoon moeilijk kan worden aangetoond (Van Dijck 2006 I, p. 79). Ten aanzien van art. 47 Fw constateert Van Dijck dat curatoren ontevreden zijn met de beperkte mogelijkheden verplichte rechtshandelingen te vernietigen; als een verplichte rechtshandeling al succesvol kan worden vernietigd, berust dat meestal op een toevalstreffer (Van Dijck 2006 I, p. 54, 55, 82 en 83). Wat de gevolgen van de pauliana betreft, constateert Van Dijck dat de helft van de curatoren vindt dat het bestaande rechtsgevolg niet optimaal functioneert (Van Dijck 2006 I, p. 95) – het merendeel van de curatoren heeft liever schadevergoeding dan restitutie. Zie ook zijn voorstellen tot verbetering in deel II van zijn dissertatie (Van Dijck 2006 I, p. 107 e.v.).

Die maatschappelijk ongewenste rechtshandelingen betreffen primair het gedrag van de schuldenaar; het is de schuldenaar die op ongeoorloofde wijze over zijn vermogen beschikt.

Zie nader De Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies (R&P nr. InsR1)* 2010, p. 381 e.v. Een uitzondering geldt voor een betaling terwijl de wederpartij wist dat het faillissement was aangevraagd, welke betaling vernietigbaar is op grond van art. 47 Fw. Hier is het niet het maatschappelijk ongewenste gedrag van de schuldenaar waartegen wordt opgetreden, maar moet de rechtvaardiging voor de pauliana worden gevonden in de goede trouw tussen de schuldeisers onderling, zie Van der Feltz, p. 449. Hof Amsterdam acht een curator persoonlijk aansprakelijk omdat hij ten tijde van de ontvangst van de betaling wist of moest weten dat, als de betaling zou worden vernietigd, de boedel onvoldoende middelen zou hebben het bedrag te betalen. Zie Hof Amsterdam 16 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1502.

In de gevolgen van de pauliana wordt echter ook de wederpartij geraakt; de rechtvaardiging daarvoor wordt uitgewerkt in nr. [6].

De wijze waarop de schuldeiser bescherming wordt geboden tegen hem benadelende rechtshandelingen van zijn schuldenaar – vernietiging met relatieve werking – is in ieder geval in theorie effectief, nu hiermee een exclusieve verhaalsmogelijkheid wordt gecreëerd ten behoeve van de schuldeiser, met uitsluiting van anderen. Zie hierover nr. [52] e.v.

Zie nader over de strekking van de pauliana (met verwijzingen naar literatuur) Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019/3019.

4 Plaats van de actio pauliana binnen het vermogensrecht

De actio pauliana richt zich tegen schuldeisersbenadeling en is een vernietigingsactie. Ook met andere leerstukken kan worden opgetreden tegen schuldeisersbenadeling. In die leerstukken kan (ook) deels een rechtvaardiging worden gevonden voor (de werking van) de actio pauliana (waarover nr. [6]).

Artikel 3:40 BW

Krachtens art. 3:40 BW is een rechtshandeling nietig als deze door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Niet uitgesloten is dat een de schuldeisers benadelende rechtshandeling krachtens art. 3:40 BW nietig is (vgl. Castermans & Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21) 2019/13). Een toepassing vormt HR 19 december 2014, NJ 2015/290 (Van Boekhold/Haveman), waar de Hoge Raad overwoog dat de nietigheid haar grond vindt in de – in feitelijke instanties vastgestelde – onzedelijke strekking van de rechtshandelingen en niet (zoals de pauliana) in de nadelige gevolgen van de rechtshandeling voor anderen.

Zie nader over art. 3:40 BW Asser/Sieburgh 6-III 2022/310 e.v.

Onrechtmatige daad

De schuldeiser kan naast of in plaats van de actio pauliana ook een vordering tot schadevergoeding ex art. 6:162 BW instellen; de mogelijkheid om een paulianeuze rechtshandeling te vernietigen, sluit een actie tot schadevergoeding op de voet van art. 6:162 BW niet uit (HR 28 juni 1957, NJ 1957/514 (Erba)). Zie nader (ook met betrekking tot verjaringskwesities) Castermans & Krans, *Samenloop* (Mon. BW nr. A21) 2019, nr. 13. Voordeel daarvan zou onder meer kunnen zijn dat schadevergoeding wordt verkregen, vgl. nr. [3].

De curator heeft deze mogelijkheid ook, zie HR 14 januari 1983, NJ 1983/59 (Peeters/Gatzen). Overigens heeft de curator in voorkomend geval ook een vordering uit hoofde van art. 2:9 BW en/of art. 2:138/248 BW, vgl. HR 30 mei 1997, NJ 1997/663 (Van Essen/Aalbrecht). Zie nader Van Solinge e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140) 2017/15.

Zie nader over art. 6:162 BW Asser/Sieburgh 6-IV 2019 en over de verhouding tussen de actio pauliana en de onrechtmatige daad Van Koppen 1998.

5 Verhaal, of verhaal op het vermogen van derden? De pauliana bewandelt een tussenweg

De actio pauliana leidt in de kern tot herstel van verhaalsmogelijkheden. De wijze waarop dit herstel wordt bereikt, is in het systeem van het recht bijzonder: een geslaagde pauliana leidt tot een vernietiging van de rechtshandeling met relatieve werking.

Gevalstypen 1: verhaal op het vermogen van de schuldenaar

Krachtens art. 3:276 BW heeft een schuldeiser een verhaalsrecht op alle goederen van zijn schuldenaar. Voor zover er meer schuldeisers zijn die hun vordering verhalen op een vermogensbestanddeel van de schuldenaar, stelt art. 3:277 BW ten aanzien van de verdeling van de opbrengst van dit vermogensbestanddeel de *paritas creditorum* voorop: alle schuldeisers hebben een gelijk recht om uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldeiser te worden voldaan naar evenredigheid van hun vordering. Uit de wet kan voortvloeien dat een schuldeiser een recht van voorrang heeft, en schuldeiser en schuldenaar kunnen overeenkomen dat de vordering wordt achtergesteld (art. 3:276 lid 2 BW).

Zie over verhaal en voorrang nader Fesevur, *Voorrechten en retentierecht* (Mon. BW nr. B13) 2017.

Om het verhaalsrecht van de (individuele) schuldeisers te effectueren, bepaalt art. 430 Rv dat de schuldeiser een executoriale titel (zoals een vonnis) ten uitvoer kan leggen; de Tweede tot en met de Vierde titel van het Tweede boek Rv geven regels voor het leggen van executoriaal beslag, (waar aan de orde) voor de executoriale verkoop en voor de verdeling van de opbrengst van de executie als meer schuldeisers beslag hebben gelegd. Eventueel kan de schuldeiser voordat hij over een executoriale titel beschikt conservatoir beslag leggen; zie hiervoor de Vierde titel van het Derde boek Rv.

Zie over gerechtelijke tenuitvoerlegging nader Mijnsen & Van Mierlo, *Materieel beslagrecht (Mon. Pr. nr. 10)* 2018.

Waar sprake is van een pluraliteit van schuldeisers en de schuldenaar is opgehouden te betalen, zal in de regel een faillissement (of een schuldsaneringsregeling) volgen. In dat geval vindt executie van het vermogen van de schuldenaar plaats door de curator (resp. de bewindvoerder) die de netto-opbrengst verdeelt onder de schuldeisers met inachtneming van de tussen hen bestaande rangorde.

Gevalstypen 2: verhaal op het vermogen van een derde

Onder bepaalde omstandigheden kan een schuldeiser of de curator vorderingen op de schuldenaar verhalen op het vermogen van derden. Daarbij zijn er twee mogelijkheden.

In de eerste plaats kan een derde met zijn volledige vermogen (in de zin van art. 3:276 BW) aansprakelijk zijn voor een schuld van de schuldenaar. De derde is in dat geval zelf ook schuldenaar van de vordering. Dat geldt bijvoorbeeld voor een vordering op de bestuurder uit hoofde van art. 2:248 BW. Als aan de eisen van dat artikel is voldaan, is de bestuurder aansprakelijk jegens de boedel voor het boedeltekort. In dat geval kan het gehele vermogen van de derde (de bestuurder) worden uitgewonnen voor verhaal van de schuld van de schuldenaar (de vennootschap). Een ander voorbeeld is borgstelling (art. 7:850 BW). Daarbij verbindt een derde (de borg) zich jegens de schuldeiser voor de schuld van een ander (de schuldenaar) en kan de schuldeiser (onder voorwaarden) die schuld verhalen op het volledige vermogen van de derde.

Een derde kan zich ook met bepaalde goederen uit zijn vermogen verbonden hebben voor de schuld van een ander. De derde is in dat geval niet zelf schuldenaar van de vordering. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een derdenpand en -hypotheek (art. 3:231 BW). Ook het verhaalsrecht van de retentor, voor zover het retentierecht rust op een zaak die niet toebehoort aan de schuldenaar van de retentor, is een voorbeeld van de hier bedoelde 'verhaalsaansprakelijkheid' (art. 3:292 BW): de retentor heeft in dat geval een verhaalsrecht op het teruggehouden goed. Voor het bodemrecht van de fiscus (art. 22 Iw 1990) geldt hetzelfde; het bodemrecht geeft een verhaalsrecht op bepaalde goederen van derden voor een schuld van de schuldenaar/belastingplichtige. In deze gevallen wordt geen toepassing gegeven aan art. 3:276 BW wat het vermogen van de derde betreft; het verhaal is beperkt tot bepaalde goederen.

Zie nader Fesevur, *Voorrechten en retentierecht (Mon. BW nr. B13)* 2017, nrs. 2 en 20.

Bedacht zij dat de curator (met de vordering ex art. 2:248 BW), gewaarborgde, derdenpandhouder, derdenhypotheekhouder, retentor en de fiscus ook in faillissement van de

schuldenaar hun vordering kunnen verhalen op het betrokken goed van de derde. Dat staat derhalve los van de executie van het vermogen van de schuldenaar/gefaillieerde door de curator.

Actio pauliana: een tussenweg

De actio pauliana bewandelt als het ware een tussenweg tussen verhaal op het vermogen van de schuldenaar en verhaal op het vermogen van een derde. Met de actio pauliana wordt de rechtshandeling vernietigd met relatieve werking. Dat leidt ertoe dat in de relatie tot de schuldeiser, althans in de relatie tot de curator, sprake is van verhaal op het vermogen van de schuldenaar, terwijl het in relatie tot (bijvoorbeeld) andere schuldeisers van de schuldenaar gaat om verhaal op het vermogen van een derde. Zie nr. [52] e.v.

6 Waarom deze tussenweg? Rechtvaardiging van de actio pauliana

Het resultaat van een geslaagde pauliana komt erop neer dat de schuldeiser in kan grijpen in de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de wederpartij. Ten opzichte van die wederpartij is de schuldeiser een derde. De vraag is hoe die ingreep gerechtvaardigd kan worden. Dat zal in dit nummer besproken worden. Daarbij wordt vooropgesteld dat het, hoewel genoemd resultaat in het systeem van het recht bijzonder is te noemen, niet uniek is voor de actio pauliana.

Vergelijkbare leerstukken

Ook de levering per constitutum possessorium (c.p.) kan tot een dergelijk resultaat leiden (art. 3:90 lid 2 BW). Stel dat A tot meerdere zekerheid voor de voldoening van een vordering op B een stil pandrecht heeft op de auto van B. B verkoopt de auto aan C. C weet noch behoort te weten van het pandrecht van A. B spreekt met C af dat hij de auto nog enige tijd voor C onder zich zal houden. Vervolgens faillieert B. Is de auto eigendom van B of van C? Getoetst aan art. 3:84 BW is er een geldige titel, de auto is geleverd (op de voet van art. 3:115 aanhef en onder a BW (per c.p.)), maar B is niet beschikkingsbevoegd; er rust immers een pandrecht op de auto van A. C wordt tegen die beschikkingsonbevoegdheid echter beschermd door art. 3:86 lid 2 BW. Conclusie: de auto is voorafgaand aan het faillissement rechtsgeldig overgedragen aan C. Krachtens art. 3:90 lid 2 BW werkt de levering c.p. echter niet tegen een derde met een ouder recht op de zaak. A mag in de relatie tot C derhalve B nog steeds als eigenaar-pandgever beschouwen, met als gevolg dat C (alleen) ten opzichte van A geen volledig eigendomsrecht heeft gekregen, en A (als gevolg van zijn pandrecht) voor zijn vordering op B alsnog verhaal heeft op de auto van C.

De blokkeringsregel bij beslag leidt in zekere zin tot een vergelijkbaar resultaat, zij het dat C in dat geval ook ten opzichte van A eigenaar wordt. Stel weer (de casuspositie is ontleend aan HR 20 februari 2009, NJ 2009/376 (*Ontvanger/De Jong q.q.*)) dat A een vordering heeft op B. Hij legt executoriaal beslag op machines van B. B draagt de machines in weerwil van het beslag over aan C. C weet dat A beslag heeft gelegd. Vervolgens faillieert B. C is krachtens art. 3:84 BW eigenaar van de machines geworden. De blokkeringsregel van art. 453a Rv doet daaraan niet af, want "die regel brengt mee dat de beslaglegger bevoegd blijft zijn door de inbeslagneming ingeleide uitoefening van zijn recht zich op de in beslag genomen zaak te verhalen voort te zetten, ook al maakt die zaak geen deel meer uit van het vermogen van de schuldenaar" (oordeel Hoge Raad in *Ontvanger/De Jong q.q.*). Het door

A gelegde beslag vervalt niet vanwege het faillissement van B (ex art. 33 Fw) omdat “de niet meer tot het vermogen van de schuldenaar behorende zaak niet door het algemene faillissementsbeslag [wordt] getroffen en het beslag van de schuldeiser dan ook niet op de voet van art. 33 lid 2 Fw [vervalt]”.

In faillissement van C daarentegen leidt art. 33 lid 2 Fw er naar het oordeel van de Hoge Raad toe dat A die zaak niet meer met een beroep op art. 453a lid 1 Rv zelf kan uitwinnen alsof er geen faillissement was. Zijn verhaalsrecht kan in dat geval nog slechts door de curator worden uitgeoefend, waarbij A in het faillissement van C kan opkomen voor zijn vordering ‘uitsluitend om daarin naar de hem toekomende rang te worden erkend als bevoorrecht op de opbrengst van de zaak’. Zie ook HR 13 november 2015, NJ 2016/425 (*Promneftstroy/Yukos Capital*) en HR 11 februari 2022, NJ 2023/113 en JOR 2022/186 (*Earth Concepts*), met noot van schrijver dezes.

Rechtvaardiging van dit resultaat

Hiervoor (nr. [3]) is opgemerkt dat de grondslag van de actio pauliana het handelen van de schuldenaar is. Het resultaat van de pauliana is echter dat door de schuldeiser wordt ingegrepen in de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de wederpartij, terwijl de wederpartij buiten de verhouding staat tussen de schuldeiser en de schuldenaar. Wat is daarvoor de grondslag?

Een rechtvaardiging hiervoor kan worden gevonden in de norm van art. 6:162 BW, die in het pauliana-leerstuk wordt uitgewerkt in de vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de wederpartij. Zoals in nr. [34] wordt besproken, ligt in het criterium ‘wetenschap van benadeling’ een normatief element besloten, namelijk dat aan de zijde van de wederpartij sprake is van (minimaal) een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de schuldeiser. Dit is in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad waarin onrechtmatig handelen in driepartijenverhoudingen aan de orde is vanwege het profiteren van wanprestatie. De Hoge Raad heeft in dat verband geoordeeld dat profiteren van wanprestatie op zichzelf niet onrechtmatig is en dat sprake moet zijn van bijkomende omstandigheden (HR 17 november 1967, NJ 1968/41 (*Pos/Van den Bosch*), bevestigd in latere uitspraken). Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om het uitlokken of bevorderen van wanprestatie door de derde, en ook het voordeel dat de wanprestatie de derde oplevert kan bijdragen aan de onrechtmatigheid van het handelen van de derde. Net als in die rechtspraak aan de orde is, gaat het bij de pauliana om de doorwerking van een rechtshandeling tussen de schuldenaar en diens wederpartij in de verhouding tussen de schuldenaar en de schuldeiser. In beide gevallen wordt van de wederpartij verwacht dat hij (onder omstandigheden) rekening houdt met de belangen van de schuldeiser (van de schuldenaar), een partij die buiten de rechtsverhouding tussen de schuldenaar en de wederpartij staat.

Daarbij moet wel worden bedacht dat de actio pauliana in haar gevolgen verder gaat dan de onrechtmatige daad. De pauliana kan er (afhankelijk van de aard van de rechtshandeling) immers toe leiden dat de schuldeiser zijn vordering op de schuldenaar met uitsluiting van schuldeisers van de wederpartij mag verhalen op het goed (zie nr. [52] e.v.). Als diezelfde schuldeiser een actie uit hoofde van onrechtmatige daad tegen de wederpartij zou instellen, moet hij wat het verhaal op het vermogen van die wederpartij betreft wél concurreren

met schuldeisers van de wederpartij. Zie voor een rechtvaardiging voor deze vergaande consequentie Damsteegt 2009, p. 246 e.v.

In de vorige druk (nr. 12 e.v.) is terecht ook de parallel getrokken met de aansprakelijkheid van de bestuurder wegens selectieve betaling, verrekening vóór faillissement, kennelijk onbehoorlijk bestuur en de aanbestedingsprocedure. Deze rechtsfiguren verenigen bepaalde (aldaar in nr. 17 uitgewerkte) gezichtspunten, waaronder de wetenschap dat het handelen nadeel oplevert voor derden, de financiële toestand en de aard en de omvang van het nadeel.

Een rechtvaardiging kan ook worden gevonden in het goederenrechtelijke systeem. In zekere zin heeft de pauliana tot gevolg dat de schuldenaar wordt beperkt in zijn beschikingsbevoegdheid (vgl. De Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanzfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies (R&P nr. InsR1)* 2010, p. 385). Bij overdracht van een goed blijft een daarop rustend goederenrechtelijk recht van een ander daarop rusten (absolute werking van goederenrechtelijke rechten), tenzij de verkrijger niet weet of behoort te weten van het bestaan van dat goederenrechtelijke recht (waarover Reehuis & Verheul, *Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid (Mon. BW nr. B6d)* 2022). Gezegd zou kunnen worden dat met de *actio pauliana* als het ware aan het persoonlijke verhaalsrecht van de schuldeiser een goederenrechtelijk effect wordt toegekend (met relatieve werking).

Met deze vergelijking wordt inzichtelijk dat de werking van de *actio pauliana* problematisch is vanuit het systeem van het recht, in ieder geval als de paulianeuze rechtshandeling de verkoop van een goed door de schuldenaar aan de wederpartij betreft. Door de terugwerkende kracht van de vernietiging van de koop door de schuldeiser (art. 3:53 BW), is de schuldenaar ten opzichte van de schuldeiser steeds rechthebbende gebleven van het goed (het causale stelsel, vgl. art. 3:84 BW) – ten behoeve van verhaal door de schuldeiser (waarover nader nr. [52] e.v.). De schuldeiser heeft echter niet een goederenrechtelijk recht, maar een persoonlijk verhaalsrecht, terwijl een wederpartij in algemene zin al snel zal weten of behoren te weten dat de schuldenaar schuldeisers heeft (de goedetrouwnorm uit het goederenrecht). Hiermee is ook verklaarbaar dat het criterium ‘wetenschap van benadeling’ niet (te) ruim wordt opgevat en dat wel wordt gesteld dat het gedrag van de wederpartij per saldo als ‘onbehoorlijk’ moet worden aangemerkt, vgl. de in nr. [34] besproken conclusie van A-G Huydecoper voor HR 2 februari 2007, *RvdW* 2007/173 (*Van Emden q.q./Rabobank*). Een geslaagde *actio pauliana* leidt er immers toe dat een persoonlijk recht van een derde (de schuldeiser) ingrijpt in het (al dan niet goederenrechtelijke) recht van de wederpartij. In beginsel kan van een wederpartij niet worden gevergd dat zij zich volledig op de hoogte stelt van de vermogenspositie van de schuldenaar. Weten of behoren te weten dat de schuldenaar schuldeisers heeft, kan dan ook niet voldoende zijn. Waar het om moet gaan – en daar is de parallel met de hiervóór besproken rechtspraak over profiteren van wanprestatie – is dat van de wederpartij in redelijkheid kan worden gevergd dat zij rekening houdt met het recht van de schuldeiser.

Vgl. Du Perron 1999, p. 162.

Bij rechtshandelingen om niet waarbij de wederpartij ten tijde van de vernietiging niet door de rechtshandeling is gebaat, gaat de parallel met de onrechtmatige daad niet op. De *actio pauliana* slaagt in deze gevallen immers ook als de wederpartij geen wetenschap heeft van

benadeling (zie art. 3:45 lid 2 en 3 BW en art. 42 lid 2 en 3 Fw, waarover nader nr. [19]). De route van het goederenrechtelijke systeem kan voor die gevallen evenmin rechtvaardiging bieden, nu daarin onder omstandigheden ook bescherming wordt geboden aan een derde die om niet heeft verkregen (art. 3:88 BW, zie nader nr. [59]). De rechtvaardiging voor dit resultaat is dat de wederpartij in dit geval door de vernietiging geen nadeel heeft. De wetgever heeft gemeend, zo kan uit de regeling van de pauliana worden afgeleid, dat het verhaalsrecht van crediteuren zwaarder weegt dan het belang van de verkrijger die om niet heeft verkregen. Althans voor zover deze derde ten tijde van de vernietiging nog daadwerkelijk is gebaat door de rechtshandeling. Zoals Houwing het heeft verwoord: “Degeen, die in het vertrouwen op den schijn heeft gehandeld, [wordt] beschermd tegen schade, maar niet gevrijwaard tegen de teleurstelling, dat voordeel, hetwelk hij, vertrouwend op den schijn meende verkregen te hebben, hem ontgaat.” (Houwing 1944, p. 38). Deze regeling bestond overigens al onder het Romeinse recht.

Zie nader Damsteegt 2009, Hoofdstuk 5 (p. 225 e.v.).

7 Europees harmonisatieproject

Vrijwel ieder rechtssysteem voorziet in mogelijkheden om op te treden tegen schuldeisersbenadeling. De wijze waarop dat in de diverse rechtssystemen in Europa is vormgegeven, kent een grote verscheidenheid, zowel wat de materiële vereisten betreft als de gevolgen ervan.

Bork en Veder hebben een uitgebreide studie gedaan naar de verschillen op Europees niveau, inclusief Engeland. Zij zijn op basis van deze studie en op een ‘*principle-oriented-basis*’ gekomen tot een voorstel voor een *Model Law*, met een minimumregeling op basis waarvan in alle lidstaten bepaalde handelingen (*avoidance grounds*) onder bepaalde voorwaarden vernietigbaar zijn, welk voorstel een belangrijke basis vormt voor het hierna te bespreken harmonisatievoorstel. Zie Bork & Veder 2022.

De Europese Commissie onderkent dat deze verschillen een negatieve invloed kunnen hebben op de interne markt en is gekomen met een harmonisatievoorstel voor (onder andere) *avoidance actions*, zie art. 4 e.v. Richtlijn van het Europees Parlement en de raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht van 7 december 2022 (2022/0408 (COD)) (hierna: het Harmonisatievoorstel). Het Harmonisatievoorstel gaat uit van minimumharmonisatie (art. 5 Harmonisatievoorstel). Hierover thans kort het volgende; in de volgende hoofdstukken zal nader bij het Harmonisatievoorstel worden stilgestaan.

Implementatie van het Harmonisatievoorstel zal voor het Nederlandse recht grote implicaties hebben. Vgl. Bork & Veder 2022, p. 1043-1078 en Pannevis 2023. Uit de studie van Bork en Veder volgt dat de Nederlandse paulianaregeling sterk afwijkt van die in andere Europese stelsels. De eerste reactie van het kabinet op het Harmonisatievoorstel is overigens positief, zie Fiche van de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen, bijlage bij de ‘Aanbiedingsbrief informatie over nieuwe voorstellen Europese Commissie’ van minister Hoekstra van 3 februari 2023 (BZDOC-1114848642-34).

Alleen aantastbaar zijn in het Harmonisatievoorstel genoemde *avoidance grounds*, namelijk: *preferences* (art. 6 Harmonisatievoorstel, zie over *preferences* nr. [9]), *legal acts against no or a manifestly inadequate consideration* (*transactions at an undervalue*, art. 7