

Uitspraak

1. De casus^[1]

Mamon Sorteert BV (hierna: Sorteert) heeft met Holco BV (hierna: Holco) een overeenkomst gesloten op grond waarvan Sorteert verplicht is van januari 1999 tot en met december 1999 champignons te leveren aan Holco. Op 20 juli 1999 wordt echter Mamon Beheer (hierna: Beheer) als contractspartij 'tussen Sorteert en Holco geplaatst'. Hiertoe vindt onder meer een contractsovername (vgl. art. 6:159 BW) plaats. Als gevolg van deze contractsovername is vanaf 1 augustus 1999 niet Sorteert maar Beheer verplicht de champignons aan Holco te leveren. Holco diende op haar beurt alle leveranties van na die datum niet meer aan Sorteert maar aan Beheer te betalen. Om Beheer tussen Sorteert en Holco in te plaatsen zal — naar ik aanneem — tevens een overeenkomst tussen Sorteert en Beheer gesloten zijn, op grond waarvan Sorteert verplicht is de champignons die zij voorheen aan Holco diende te leveren, vanaf 1 augustus 1999 aan Beheer te leveren. Holco heeft twee vorderingen die verband houden met champignonleveranties onbetaald gelaten; één vordering met betrekking tot de periode vóór 1 augustus 1999 (een vordering die derhalve aan Sorteert diende te worden betaald) en één met betrekking tot de periode na 1 augustus 1999 (een vordering die derhalve aan Beheer diende te worden betaald). Op 13 oktober 1999 is Sorteert in staat van faillissement verklaard. De curator van Sorteert heeft door middel van een buitengerechtelijke verklaring (vgl. art. 3:50 lid 1 BW) de contractsovername vernietigd op grond van art. 42 Fw.^[2] De benadeling van de schuldeisers van Sorteert is er volgens de curator in gelegen dat Sorteert als gevolg van de contractsovername, met Beheer een debiteur heeft gekregen die minder goed is voor zijn geld dan Holco. Na de vernietiging heeft de curator in rechte van Holco nakoming gevorderd van zowel de vordering van Sorteert op Holco die betrekking heeft op de periode vóór 1 augustus 1999 als de door Holco onbetaald gelaten vordering die betrekking heeft op de periode na 1 augustus 1999. Ten aanzien van de laatstbedoelde vordering stelt de curator zich op het standpunt dat als gevolg van de terugwerkende kracht van de vernietiging van de contractsovername, Sorteert en niet Beheer moet worden geacht na 1 augustus 1999 champignons aan Holco te hebben geleverd, zodat Holco aan Sorteert de koopprijs ten aanzien van deze leveranties moet voldoen. In het vervolg van deze bijdrage zal ik nog slechts op de laatstbedoelde vordering ingaan; het is immers deze vordering die in cassatie centraal staat.

2. Vernietiging van de contractsovername

Rechtbank Roermond wijst de vordering van de curator af. Hangende de procedure in hoger beroep, heeft de curator de vermeende vordering van Sorteert op Holco gecedeerd aan de heer P.T. Heniger (hierna: Heniger) welke de procedure van de curator tegen Holco heeft overgenomen. Holco is dan inmiddels onder algemene titel opgevolgd door Lutèce BV (hierna: Lutèce). In hoger beroep wordt de vordering door het Hof 's-Hertogenbosch evenmin toegewezen. Het in art. 49 Fw bepaalde brengt volgens het hof met zich dat slechts de curator de onderhavige vordering in rechte geldend kan maken; Heniger moet als opvolgend rechthebbende van de vordering daarom niet ontvankelijk worden verklaard, aldus het hof.^[3] Alvorens deze overweging van het hof te bespreken (zie volgende paragraaf), zal ik ingaan op de vraag of de onderhavige vordering überhaupt wel op enig moment tot het vermogen van Sorteert heeft behoord. Is dit niet het geval, dan kan van een geldige cessie door de curator van Sorteert aan Heniger geen sprake zijn. Reeds om die reden zou dan moeten worden geoordeeld dat Heniger de vordering op Holco niet in (of buiten) rechte geldend kan maken. Het hof lijkt de bovenstaande vraag bevestigend te beantwoorden. In zijn tussenarrest overweegt het hof met betrekking tot de vernietiging van de contractsovername immers dat deze tot gevolg heeft 'dat Beheer ten opzichte van de boedel niet meer als wederpartij geldt, maar dat Holco die wederpartij is. Dat betekent dan dat Holco aan de curator moet betalen, in plaats van Beheer'. De leveranties door Beheer aan Holco hebben derhalve volgens het hof na vernietiging van de contractsovername jegens de boedel te gelden als leveranties door Sorteert.^[4] De vorderingen die als gevolg van die leveranties zijn ontstaan — waaronder de in het geding zijnde vordering — moeten worden geacht altijd tot het vermogen van Sorteert te hebben behoord.^[5] Dit oordeel van het hof met betrekking tot de rechtsgevolgen van de vernietiging van de contractsovername kan naar mijn mening op zijn minst kwetsief worden geacht. Dat het hof dit oordeel op geen enkele manier onderbouwt, verbaast dan ook. De overweging van het hof dat de vernietiging met zich brengt dat de leveranties die na 1 augustus 1999 door Beheer aan Holco zijn verricht, als gevolg van de vernietiging van de contractsovername geacht moeten worden steeds door Sorteert te zijn verricht, lijkt mij in elk geval onjuist. De omstandigheid dat de *overeenkomst* die ten grondslag ligt aan de door Beheer verrichte leveringen — de titel (vgl. art. 3:84 BW) — als gevolg van de vernietiging

van de contractsovername geacht moet worden nimmer tussen Beheer en Holco, maar altijd tussen Sorteert en Holco te hebben bestaan, brengt immers niet met zich dat reeds door Beheer aan Holco krachtens die achteraf gezien nimmer tussen hen bestaande overeenkomst verrichte *leveringen*, ook moeten worden toegerekend aan Sorteert. Ook na de vernietiging van de contractsovername blijft Beheer partij bij de door haar aan Holco verrichte leveranties; de vernietiging heeft voor de levering slechts tot gevolg dat hieraan geen geldige titel ten grondslag heeft gelegen. Het oordeel van het hof omtrent de rechtsgevolgen van de vernietiging voor na de contractsovername verrichte leveranties stuit echter niet louter op dogmatische bezwaren, zij kan bovendien tot hoogst onwenselijke uitkomsten leiden. Moeten bijvoorbeeld leveranties verricht door de overname van een overeenkomst, na vernietiging van de contractsovername ook door de overdragende partij geacht te zijn verricht, indien als gevolg van gebreken aan de geleverde zaken schade bij een derde is ontstaan? Het antwoord hierop dient mijns inziens in beginsel ontkennend te zijn.

Is het oordeel van het hof met betrekking tot de in het geding zijnde *vordering* dan wel juist? Moet deze inderdaad als gevolg van de terugwerkende kracht van de vernietiging van de contractsovername worden geacht altijd tot het vermogen van Sorteert te hebben behoord? Het lijkt erop dat ook deze vragen ontkennend moeten worden beantwoord. De onderhavige vordering bestond — naar ik aanneem — ook vóór de contractsovername immers niet in het vermogen van Sorteert. Zonder een nadere motivering is ook dit oordeel derhalve moeilijk te begrijpen.

Het hiervoor besproken oordeel van het hof met betrekking tot de rechtsgevolgen van de vernietiging, lijkt met name te zijn ingegeven door de wens om met de vernietiging van de contractsovername de benadeling van de crediteuren van Sorteert op te heffen. Deze benadeling was er in gelegen dat Sorteert met Beheer een slechtere debiteur heeft gekregen dan zij had met Holco. Met het toekennen van de hiervoor beschreven rechtsgevolgen aan de vernietiging is kennelijk beoogd Sorteert, in plaats van haar vordering op Beheer, een vordering (namelijk die van Beheer) op Holco te geven. Het komt mij overigens voor dat de benadelende 'debiteurwissel' niet (enkel) het gevolg is van de *contractsovername*. Als gevolg hiervan is slechts de rechtsverhouding van Sorteert met Holco op Beheer overgegaan, hetgeen op zichzelf nog niet tot benadeling van de crediteuren van Sorteert heeft geleid. Het is de in het kader van de contractsovername tevens tussen Beheer en Sorteert gesloten *overeenkomst*, op grond waarvan Sorteert champignons aan Beheer diende te leveren (welke Beheer nodig had om zijn verplichtingen jegens Holco na te komen), die dit tot gevolg heeft gehad. Op grond van deze overeenkomst heeft Sorteert immers haar minder goed verhaalbare vordering op Beheer verkregen. Deze overeenkomst kan in beginsel met de faillissementspauliana worden aangevochten.^[6] Vernietiging van deze overeenkomst zou echter waarschijnlijk niet de door de crediteuren van Sorteert ondervonden benadeling hebben weggenomen. De door Sorteert aan Beheer geleverde champignons zullen vermoedelijk niet meer in het vermogen van Beheer aanwezig zijn, waardoor revindicatie door de curator niet mogelijk is. Evenals voor de oorspronkelijke vordering tot betaling van de koopprijs van de geleverde champignons, zal Beheer voor de vordering tot vergoeding van de schade die Sorteert dientengevolge lijdt (vgl. art. 51 lid 1 Fw jo. 6:203 jo. 6:74 BW) geen verhaal bieden. Een andere mogelijkheid voor de curator om de benadeling van de schuldeisers van Sorteert in het onderhavige geval te redresseren was gelegen in een actie uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder(s) van Sorteert in verband met hun betrokkenheid bij de paulianeuze overeenkomst. De bevoegdheid om deze vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in te stellen ontleent de curator aan het arrest van HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, (*Peeters q.q./Gatzen*; m.nt. BW).^[7] Het lag in het onderhavige geval mijns inziens minder voor de hand om met de faillissementspauliana de contractsovername aan te vechten. Ten eerste kan betwijfeld worden of er wel voldoende *causaal verband* bestaat tussen de benadeling van de schuldeisers van Sorteert en de contractsovername. Op de tweede plaats geldt dat bij een juiste vaststelling van de rechtsgevolgen van de vernietiging van de contractsovername de benadeling van de schuldeisers van Sorteert in het onderhavige niet had kunnen worden weggenomen.

3. Cessie van de (vermeende) vordering van Sorteert op Holco

De vraag of de onderhavige vordering altijd tot het vermogen van Sorteert heeft behoord, is in cassatie niet aan de orde geweest. De Hoge Raad neemt slechts het oordeel van het hof hieromtrent over en buigt zich vervolgens over de vraag of deze vordering voor cessie door de curator aan een derde in aanmerking komt.^[8] Deze vraag werd door het hof nog ontkennend beantwoord. Het hof overweegt dat slechts de curator rechtsvorderingen mag instellen die op art. 42 t/m 48 Fw (de faillissementspauliana) zijn gegrond (vgl. art. 49 lid 1 Fw). Nu de vordering van Heniger is gegrond op de door de curator ingeroepen faillissementspauliana, kon zij slechts door de curator in rechte te gelde worden gemaakt, aldus het hof.^[9] De Hoge Raad overweegt daarentegen dat de onderhavige vordering in beginsel wel voor overdracht aan een derde vatbaar is (vgl. art. 3:83 lid 1 BW). Heniger is dan inmiddels in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Dekker als curator. Laatst heeft in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Heniger beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. Anders dan het hof heeft geoordeeld, oordeelt de Hoge Raad dat de in het geding zijde vordering — de vordering tot betaling van de geleverde champignons — niet is gegrond op de art. 42 t/m 48 Fw, maar op de *contractuele rechtsverhouding* tussen Holco en Sorteert. Art. 51 lid 1 Fw werpt volgens de Hoge Raad evenmin een belemmering op voor de overdracht van deze vordering, daar dit artikel in het onderhavige geval geen toepassing vindt.^[10] Dit oordeel van de Hoge Raad komt mij juist voor. Evenals bijvoorbeeld geldt voor een (onroerende) zaak, die als gevolg

van een succesvol tegen de titel dan wel de levering van een overdracht door de schuldenaar aan een derde gerichte faillissementspauliana geacht moet worden immer tot het vermogen van de schuldenaar te hebben behoord, geldt ook voor de onderhavige vordering — uitgaande van het oordeel van het hof dat deze altijd tot het vermogen van Sorteet heeft behoord — dat deze binnen de grenzen van art. 3:83 e.v. BW voor overdracht door de curator in aanmerking komt. Dat in het onderhavige geval als gevolg van een succesvol beroep op de faillissementspauliana niet de *overdracht*, maar de *overgang* van een vordering moet worden geacht nimmer te hebben plaatsgevonden, doet hieraan niet af. Noch de aard van de vordering, noch de wet, verzet zich in het onderhavige geval tegen de overdracht van de vermeende vordering van Sorteet op Holco aan een derde (vgl. art. 3:83 lid 1 BW). Evenmin is er — voor zover mij bekend — sprake van een beding tussen Sorteet en Holco op grond waarvan de overdraagbaarheid van de betreffende vordering is uitgesloten (vgl. art. 3:83 lid 2 BW).

Het andersluidende oordeel van het Hof 's-Hertogenbosch is te wijten aan een onjuiste *kwalificatie* van de in het geding zijnde vordering. Het oordeel van het hof dat rechtsvorderingen gegrond op art. 42–48 Fw niet voor overdracht vatbaar zijn, is op zichzelf genomen immers juist. Evenals alle andere rechtsvorderingen lenen rechtsvorderingen die zijn gegrond op de faillissementspauliana zich niet voor overdracht. Niet alleen staat art. 3:304 BW hieraan in de weg, bovendien moet een *rechtsvordering* worden onderscheiden van een *vorderingsrecht* (op naam) als bedoeld in art. 3:83 lid 1 BW; zij komt niet voor zelfstandige overdracht in aanmerking. Dienovereenkomstig moeten bijvoorbeeld ook rechtsvorderingen gegrond op art. 42–48 Fw worden onderscheiden van de uit met succes door de curator ingeroepen faillissementspauliana resulterende vordering ex art. 51 lid 1 Fw. Anders dan de in art. 49 Fw bedoelde rechtsvorderingen is deze tot de boedel behorende vordering uit onverschuldigde betaling (vgl. art. 51 lid 1 jo. 6:203 e.v. BW) wel een vorderingsrecht als bedoeld in art. 3:83 BW. Desalniettemin lijkt het niet mogelijk deze vordering aan een derde te cederen; de in de literatuur heersende opvatting luidt immers dat de aard van dit vorderingsrecht zich tegen overdracht verzet.^[11]

4. De Peeters q.q./Gatzen-vordering

Een soortgelijke vraag als die in de vorige paragraaf ten aanzien van de vordering ex art. 51 lid 1 Fw aan de orde is gekomen, kan worden gesteld ter zake van de vordering uit onrechtmatige daad, die de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kan instellen tegen een bij de benadeling van deze schuldeisers door de schuldenaar betrokken derde (de zogeheten Peeters q.q./Gatzen-vordering^[12]). Ook deze vraag kwam in de onderhavige procedure aan de orde. In hoger beroep heeft Heniger zich subsidiair op het standpunt gesteld dat Holco onrechtmatig heeft gehandeld; meer subsidiair baseert Heniger zijn vordering op ongerechtvaardigde verrijking. Heniger betoogt — zo lijkt uit de tekst van het arrest te volgen — dat hij niet slechts de vordering van Sorteet op Holco verband houdende met enkele na 1 augustus 1999 verrichte champignonleveranties gecedeerd heeft gekregen, maar tevens vorderingen uit onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking jegens Holco.^[13] Het hof stelt echter vast dat de akte waaruit de cessie van deze vorderingen zou blijken — de akte van cessie met betrekking tot de vordering van Sorteet op Holco verband houdende met enkele na 1 augustus 1999 verrichte champignonleveranties — niets inhoudt met betrekking tot een overdracht door de curator van Sorteet van enige op onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking gestoelde vordering.^[14] Ook de subsidiaire en meer subsidiaire grondslag van de vordering van Heniger kunnen derhalve niet tot toewijzing leiden.

Hoewel in het onderhavige geval reeds om bovengenoemde reden van een cessie van de vorderingen uit onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking door de curator van Sorteet geen sprake kon zijn, wijdt het hof desalniettemin enkele (algemene) overwegingen aan de vraag of het voor de curator mogelijk is om de Peeters q.q./Gatzen-vordering aan een derde te cederen. Het hof overweegt in dit verband dat 'de onderhavige vordering uit onrechtmatige daad (...) behoort tot het *exclusieve domein* [cursivering: RJvdW] van de curator, en niet aan een willekeurige derde kan worden gecedeerd, nu ook deze vordering [cursivering: RJvdW] in wezen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers dient te worden ingesteld'.^[15] Hoewel het oordeel van het hof dat de Peeters q.q./Gatzen-vordering niet door de curator aan een derde kan worden overgedragen op zich juist is, doet de motivering van het hof op twee punten onjuist aan. Ten eerste lijken de woorden 'nu ook deze vordering (...) dient te worden ingesteld' erop te wijzen dat het hof — in navolging wat ten aanzien van de vordering ex art. 51 lid 1 Fw en de vordering ex art. 2:138(248) BW wordt aangenomen — van oordeel is dat de *aard* van de Peeters q.q./Gatzen-vordering zich tegen overdracht door de curator verzet. Het hof verliest hier kennelijk uit het oog dat de door de curator in te stellen vordering uit onrechtmatige daad — anders dan de vordering ex art. 51 lid 1 Fw en de vordering ex art. 2:138(248) BW^[16] — niet aan de boedel toekomt, maar aan de gezamenlijke schuldeisers.^[17] De curator is slechts bevoegd de aan deze vorderingsrechten verbonden rechtsvorderingen in eigen naam uit te oefenen, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De curator is niet bevoegd over deze vordering te beschikken door haar aan een derde over te dragen.^[18] Op de tweede plaats is onjuist de overweging van het hof dat de Peeters/Gatzen-vordering tot het 'exclusieve domein' van de curator behoort. Bestendige rechtsleer is immers dat de bevoegdheid van de curator om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen een bij de benadeling van de schuldeisers door de schuldenaar betrokken derde, er niet aan in de weg staat dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken.^[19] Terzijde zij overigens opgemerkt dat deze bevoegdheid in het Voorontwerp Insolventiewet (hierna: Voorontwerp) *wel* exclusief aan de curator wordt toegekend, zie art. 3.2.9 lid 1

5. Objectief relatieve werking van de vernietiging

Met dit arrest is tevens meer duidelijkheid verkregen ten aanzien van de werking van de vernietiging ingevolge de faillissementspauliana. De Hoge Raad overweegt in dit verband dat 'de vernietiging geen verdere strekking heeft dan dat de rechtsgevolgen van de vernietigde rechtshandeling niet tegenover de boedel kunnen worden ingeroepen voorzover de boedel door die rechtsgevolgen wordt benadeeld'.^[21] Met deze bewoordingen brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat aan de vernietiging ingevolge de faillissementspauliana niet slechts een 'subjectief relatieve werking',^[22] maar tevens een 'objectief relatieve werking' toekomt.^[23] Dat aan een vernietiging op grond van de actio Pauliana *buiten faillissement* objectief relatieve werking toekomt, volgt reeds uit de tekst van art. 3:45 lid 4 BW, waarin is bepaald dat de vernietiging 'niet verder [werkt] dan nodig is ter opheffing van de door hem [de schuldeiser: RJvdW] ondervonden benadeling'. Niet duidelijk was of deze regel ook onverkort geldt voor de faillissementspauliana.^[24] Volgens de parlementaire geschiedenis is de hiervoor bedoelde regel uit art. 3:45 lid 4 BW immers niet opgenomen, in verband met het bepaalde in art. 51 lid 1 en lid 3 Fw.^[25] De wetgever lijkt er derhalve vanuit te gaan dat de vernietiging — wat het *object* van de vernietiging betreft — *volledig* wordt beheerst door art. 51 lid 1 en 3 Fw en dat er aan het toekennen van een objectief relatieve werking aan de vernietiging (kennelijk) geen behoefte bestaat. Dit zou overigens niet tot een ander resultaat mogen leiden; een geslaagd beroep op de faillissementspauliana mag immers niet tot gevolg hebben dat schuldeisers in een voordeliger positie komen te verkeren dan waarin zij zouden hebben verkeerd, indien de bestreden rechtshandeling nooit had plaatsgevonden.^[26] Bij strikte toepassing van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw kan dit zich echter wel voordoen. In het bijzonder kan daarbij gedacht worden aan gevallen waarin sprake is van een negatieve boedel. Niet is uitgesloten dat de wederpartij van de schuldenaar de door hem ontvangen prestatie volledig aan de boedel voldoet (vgl. art. 51 lid 1 Fw), terwijl de curator de tegenprestatie — voor zover de boedel erdoor is gebaat — slechts als *concurrente* boedelschuld behoeft terug te geven (vgl. art. 51 lid 3 Fw). De wederpartij van de schuldenaar doet er dan ook verstandig aan zijn boedelvordering ex art. 51 lid 3 Fw te verrekenen met zijn afdrachtverplichting ex art. 51 lid 1 Fw, dan wel zich ten aanzien van zijn schuld aan de boedel op een opschortingsrecht te beroepen, zolang de curator de op boedel rustende verplichting jegens hem niet nakomt.^[27] Bezie men de rechtsgevolgen van een vernietiging ingevolge de faillissementspauliana daarentegen niet vanuit een strikte toepassing van art. 51 lid 1 en lid 3 Fw, maar vanuit de objectief relatieve werking daarvan, dan bestaat dit risico voor de wederpartij van de schuldenaar niet. Het uitgangspunt dat de vernietiging niet verder werkt dan nodig is ter opheffing van de door de boedel ondervonden benadeling, brengt dan immers mee dat de curator zich ten behoeve van de failliete boedel slechts kan verhalen op hetgeen *per saldo* als gevolg van de aangevochten rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen. Slechts het bedrag van de benadeling komt na het te gelde maken van de door de curator in de boedel teruggebrachte bate aan de boedel toe; het overige dient integraal aan de wederpartij van de schuldenaar te worden voldaan.^[28]

Naast het zojuist besproken risico voor de wederpartij van de schuldenaar ingeval van een negatieve boedel, is er nog een situatie waarin strikte toepassing van art. 51 (lid 1 en) lid 3 Fw (mogelijk) onvoldoende recht doet aan het mijns inziens geldende uitgangspunt dat een geslaagd beroep op de faillissementspauliana niet tot gevolg mag hebben dat schuldeisers in een voordeliger positie komen te verkeren dan waarin zij zouden hebben verkeerd, indien de bestreden rechtshandeling nooit had plaatsgevonden. Deze situatie doet zich voor indien het door de schuldenaar uit hoofde van de vernietigde rechtshandeling ontvangene een voordeel voor de boedel oplevert, doch dat de oorzaak hiervan is gelegen in een *vermindering van het passief* van de schuldenaar. Hiervan is bijvoorbeeld sprake, indien de tegenprestatie door de schuldenaar is aangewend om een hoogpreferente crediteur te voldoen. Hoewel een dergelijke vermindering van het passief de boedel *in economische zin* heeft gebaat, is onduidelijk of in zo een geval ook sprake is van het 'gebaat' zijn van de boedel *in juridische zin* — in de zin van art. 51 lid 3 Fw — als gevolg waarvan de wederpartij een vordering op de boedel verkrijgt. Uit de parlementaire geschiedenis van art. 51 lid 3 Fw volgt immers dat de vraag of de boedel door het door de schuldenaar uit hoofde van de vernietigde rechtshandeling ontvangene is gebaat, dient te worden beantwoord aan de hand van de vraag of het ontvangene in handen van de curator is gekomen, of op andere wijze het *actief* van de schuldenaar heeft vermeerderd.^[29] In het kader van art. 51 lid 3 Fw lijkt derhalve — onterecht — nimmer betekenis toe te komen aan een eventuele vermindering van het passief van de schuldenaar.^[30] Dit is anders wanneer men de rechtsgevolgen van de vernietiging ingevolge de faillissementspauliana vanuit de objectief relatieve werking daarvan beziet. De vernietiging werkt dan immers nooit verder dan nodig is ter opheffing van de door de boedel ondervonden benadeling. Bij het vaststellen van de omvang van de benadeling staat niets er aan in de weg om ook een relevante vermindering van het passief daarbij in ogenschouw te nemen.

In de literatuur is verdedigd dat het (mogelijk) ontbreken van een objectief relatieve werking aan de vernietiging ingevolge de faillissementspauliana in de weg staat aan de mogelijkheid van de wederpartij om aan de vernietiging het effect te ontnemen door de benadeling op te heffen door de curator aan te bieden het bedrag van de benadeling aan de boedel te vergoeden.^[31] Bij het ontbreken van een objectief relatieve werking kon een dergelijke mogelijkheid voor de wederpartij dan wellicht via een analoge toepassing van art. 3:54 BW en 6:230 BW nog worden verdedigd.^[32] Wat hiervan ook zij, nu de

Hoge Raad de objectief relatieve werking ook voor de faillissementspauliana heeft bevestigd, moet mijns inziens zonder meer worden aangenomen dat de wederpartij op de hiervoor genoemde wijze aan de vernietiging het effect kan ontnemen. Aan analoge toepassing van art. 3:54 en 6:230 BW bestaat derhalve thans geen behoefte meer.

Terzijde zij opgemerkt dat de Commissie Insolventierecht er in art. 3.2.7 lid 1 Voorontwerp expliciet voor heeft gekozen om aan de vernietiging ingevolge de faillissementspauliana objectief relatieve werking toe te kennen. Aansluiting is gezocht bij de tekst van het hiervoor reeds genoemde art. 3:45 lid 4 BW. Ik juich deze keuze toe. Als gevolg hiervan is een regeling zoals deze thans in art. 51 lid 3 Fw is opgenomen overbodig geworden. Het verbaast dan ook dat Commissie Insolventiewet de regeling uit art. 51 lid 3 Fw bijna letterlijk heeft doen terugkeren, zie art. 3.2.7 lid 3 Voorontwerp. Nu de objectief relatieve werking in art. 3.2.7 lid 1 Voorontwerp tot uitdrukking is gebracht, is aan deze regeling immers geen behoefte meer.^[33]

Mr. R.J. van der Weijden

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: R.J. van der Weijden, 'HR 24 april 2009, LJN: BF 3917, C07/108HR (*Dekker q.q./Lutèce*)', *Tvl* 2009, 23, p. 134. Mr. R.J. van der Weijden is onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (Radboud Universiteit Nijmegen).

[2]

Zie r.o. 8.1.3 van het eindarrest van het hof. Strikt gezien kwalificeert een contractsoverneming in de regel overigens als een *verplicht* verrichte rechtshandeling, welke slechts met een beroep op art. 47 Fw kan worden aangevochten. De wederzijdse verplichting tussen Sorteert en Beheer om mee te werken aan de contractsoverneming vloeit voort uit de 'onderliggende rechtsverhouding' tussen Sorteert en Beheer. Laatste overeenkomst is wel aan te merken als een *onverplicht* verrichte rechtshandeling en komt derhalve voor vernietiging op grond van art. 42 Fw in aanmerking. Wordt laatstbedoelde overeenkomst door de curator vernietigd, dan heeft dit overigens geen gevolgen voor de geldigheid van de contractsoverneming. Contractsoverneming is immers een *abstracte* rechtshandeling, zie PG Boek 6, p. 585. De vernietiging van deze overeenkomst heeft wel tot gevolg dat de ter uitvoering daarvan verrichte rechtshandeling — de contractsoverneming — ook zelf als *onverplicht* heeft te gelden. Dit onderscheid is met name van belang ingeval tussen het moment van de totstandkoming van de overeenkomst die tot de contractsoverneming verplicht en het moment waarop de eigenlijke contractsoverneming plaatsvindt, enig tijd is verstreken.

[3]

Zie r.o. 8.1.1–8.1.5 van het eindarrest van het hof.

[4]

Zie r.o. 4.7.5 van het tussenarrest van het hof.

[5]

Zie r.o. 3.2.4.

[6]

Vgl. HR 3 oktober 1980, *NJ* 1980, 643, (*Imperial/Waanders*; m.nt. GJS).

[7]

Zie hierover W.J.M. van Andel, 'De Peeters/Gatzen-vordering', in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadviezen 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, p. 5–86.

[8]

Zie r.o. 3.2.5.

[9]

Zie r.o. 8.1.3 van het eindarrest van het hof.

[10]

Zie r.o. 3.2.5.

[11]

Vgl. Wessels, *Insolventierecht*, nr. 3130 en N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Faber 2005), nr. 294. Vgl. ook A-G Verkade in zijn conclusie voor het hier te bespreken arrest onder 4.2 — 4.24. Vgl. voorts HR 7 september 1990, *NJ* 1991, 52 (*Den Toom/De Kreek q.q.*; m.nt. Ma)

[12]

Vgl. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, (*Peeters q.q./Gatzen*; m.nt. BW).

[13]

Betwijfeld kan overigens worden of de Peeters/Gatzen-vordering wel zo ruim mag worden opgevat dat ook een vordering uit *ongerechvaardigde verrijking* hieronder kan worden gerangschikt, vgl. Damminga en Rijckenberg in hun noot onder Rb. Amsterdam 17 december 2008, *JOR* 2009/92. Vgl.

tevens Rb. Haarlem 4 maart 2009, *RI* 2009, 41 en *JOR* 2009/150.

[14]

Zie r.o. 3.4.3 van het arrest van de Hoge Raad en de conclusie A-G Verkade voor dit arrest onder 4.46.2.

[15]

Zie r.o. 4.10.2 van het tussenarrest van het hof.

[16]

Vgl. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in: *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 154–159; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Bestuursaansprakelijkheid en faillissement', *WPNR* 1996/62491996, p. 899–906 en S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Reactie op: Notarissen/Curatoren THB', *AA* 1998, p. 268–274.

[17]

Vgl. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, (*Lunderstädt/De Kok*; m.nt. SCJJK; *JOR* 2002/37) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, (*Sobi/Hurks*; m.nt. SCJJK; *JOR* 2002/38, m.nt. NEDF en Bartman).

[18]

Zie ook r.o. 3.4.4.2 van het arrest van de Hoge Raad.

[19]

Vgl. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, (*Lunderstädt/De Kok*; m.nt. SCJJK; *JOR* 2002/37) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, (*Sobi/Hurks*; m.nt. SCJJK; *JOR* 2002/38, m.nt. NEDF en Bartman). Het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien naast de individuele crediteuren ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad instelt jegens een derde, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele crediteur wordt beslist.

[20]

Vgl. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, voorontwerp Insolventiewet*, Deventer: Kluwer 2007, p. 227–228.

[21]

Zie r.o. 3.3.7.

[22]

Deze 'subjectief relatieve werking' houdt in dat de vernietiging slechts werkt ten opzichte van de boedel en volgt uit de woorden 'ten behoeve van de boedel' in art. 42 Fw. Vgl. ook Van der Feltz I, p. 439.

[23]

De begrippen 'objectief relatief' en 'subjectief relatief' zijn in de literatuur ontwikkeld, zie bijvoorbeeld F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 177 e.v.

[24]

Vgl. J.J. van Hees, 'Enkele pauliana-perikelen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 (hierna: Van Hees 1997), p. 575; Faber 2005, nr. 328 en Kortmann en Faber 2007, p. 225. Dat aan de vernietiging op grond van de faillissementspauliana een objectief relatieve werking toekomt wordt in de literatuur overigens algemeen gevolgd, zie literatuurverwijzingen voetnoot 36 van de conclusie voor dit arrest van A-G Verkade.

[25]

Vgl. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995 (hierna: Kortmann en Faber 1995), p. 125.

[26]

Vgl. Faber 2005, nr. 328.

[27]

Vgl. Faber 2005, nr. 331.

[28]

Vgl. Faber 2005, nr. 331.

[29]

Vgl. Van der Feltz I, p. 457 en Kortmann en Faber 1995, p. 153.

[30]

Vgl. Van der Feltz I, p. 457–458 en Kortmann en Faber 1995, p. 152–153. Vgl. ook Rb. Amsterdam 3 mei 1989, *NJ* 1990, 621; Rb. Maastricht 1 augustus 1996, *JOR* 1996/124 (m.nt. JJvH); Rb. 's-Gravenhage 18 augustus 2004, nr. 03 573.

[31]

Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Schenking' en Pauliana', *WPNR* 1995/6186, p. 443; Van Hees 1997, p. 575; B. Wessels, 'Rechtsgevolgen van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana', *WPNR* 2003/6535, p. 420–421.

[32]

Vgl. Faber 2005, nr. 332.

[33]

Vgl. N.E.D. Faber, 'Actio Pauliana en verrekening', in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 192 en F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2009, p. 152–153.