

# De faillissementspauliana – In discussie met prof. mr. B. Wessels

TvI 2020/26

In deze bijdrage bespreekt Robbert Jan van der Weijden een aantal deelonderwerpen van de faillissementspauliana. Hij gaat onder meer in op de vraag of een beroep op de faillissementspauliana kan slagen als de aangevochten rechtshandeling slechts tot benadeling van boedelschuldeisers heeft geleid. Daarnaast bespreekt hij of de norm voor wetenschap van benadeling uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* te streng is voor rechtshandelingen die worden verricht in het kader van een reddingspoging. Tot slot behandelt hij de vraag of de schuld aan de boedel ex artikel 51 lid 1 Fw kan worden verrekend met een vordering op de boedel ex artikel 51 lid 3 Fw.

## 1. Inleiding

De redactie van dit tijdschrift heeft mij uitgenodigd een bijdrage te schrijven naar aanleiding van deel III van de serie Wessels Insolventierecht, getiteld 'Gevolgen van de faillietverklaring (2)', waarvan recent een nieuwe druk is verschenen. Dit deel van de serie behandelt onder meer de faillissementspauliana en is een belangrijk naslagwerk voor studenten, wetenschappers en praktijkjuristen die actief zijn op het terrein van het insolventierecht. Het verzoek van de redactie was met betrekking tot de faillissementspauliana een aantal vragen te bespreken waarover Wessels en ik van mening verschillen, en op die manier een discussie te starten. Ik heb er drie geselecteerd. De eerste is of een beroep op de faillissementspauliana kan slagen als de aangevochten rechtshandeling slechts tot benadeling van boedelschuldeisers heeft geleid (paragraaf 2). De tweede vraag is of de norm voor wetenschap van benadeling uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* te streng is voor rechtshandelingen die worden verricht in het kader van een reddingspoging van een onderneming in financiële moeilijkheden (paragraaf 3). De laatste vraag die ik bespreek is of de schuld aan de boedel ex artikel 51 lid 1 Fw kan worden verrekend met een vordering op de boedel ex artikel 51 lid 3 Fw (paragraaf 4). Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 5).

## 2. Kan een beroep op de faillissementspauliana slagen als slechts de boedelschuldeisers zijn benadeeld?

Eén van de vereisten voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is dat de schuldeisers van de gefailleerde door de aangevochten rechtshandeling zijn benadeeld in

hun verhaalsmogelijkheden.<sup>2</sup> Uit de wet en de parlementaire geschiedenis volgt niet expliciet welke categorieën schuldeisers de wetgever met de faillissementspauliana heeft willen beschermen tegen nadelige rechtshandelingen van de schuldenaar. Wessels meent dat het uitsluitend gaat om de *faillissementsschuldeisers*. Een succesvol beroep op de faillissementspauliana is volgens hem niet mogelijk als (slechts) de *boedelschuldeisers* zijn benadeeld. Wessels leidt dit onder meer af uit de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:<sup>3</sup>

“Zoolang de schuldenaar bevoegd is over zijn vermogen te beschikken, de concursus creditorum nog niet is aangevangen, zal steeds de rechtsgrond voor eene tegen die handelingen te richten Pauliana ontbreken. Zoolang toch blijft de schuldenaar niet alleen bevoegd maar is hij ook verplicht elken schuldeischer, die zich aanmeldt, uit zijn vermogen te voldoen. Eerst de concursus creditorum, met andere woorden het faillissement, met het daaraan voor den schuldenaar verbonden verlies van beheer en beschikking over zijn vermogen, roept het verbod van individuele voldoening in het leven.”<sup>4</sup>

Verder volgt dit in Wessels' optiek uit de aard van de faillissementspauliana,<sup>5</sup> het stelsel van de wet en de taak van de curator. Die taak is volgens hem niet de behartiging van de belangen van boedelschuldeisers. Hij geeft in dit kader als voorbeeld dat boedelschuldeisers niet ex artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris kunnen opkomen tegen handelingen van de curator, of de rechter-commissaris kunnen verzoeken de curator te bevelen een bepaalde handeling te verrichten of na te laten.<sup>6</sup> De argumenten van Wessels hebben mij niet kunnen overtuigen.

2 Zie voor onverplicht verrichte rechtshandelingen art. 42 lid 1 Fw en voor verplicht verrichte rechtshandelingen HR 22 maart 1991, NJ 1992/214, m.nt. Van Schilfgaarde (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*).

3 Zie B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (2)* (Wessels *Insolventierecht nr. III*), Deventer: Wolters Kluwer 2019, (hierna: “Wessels 2019”), nr. 3081: “Uit het geciteerde volgt dat het gaat om (faillissements) schuldeisers ten tijde van het uitspreken van het faillissement, niet om de post-faillissementsschuldeisers en de boedelschuldeisers.”

4 Van der Feltz I, p. 435.

5 Zie Wessels 2019, nr. 3080: “Naar haar aard kan de toepassing van de pauliana ex art. 42 e.v. alleen betrekking hebben op faillissementsschuldeisers. De faillissementspauliana is er niet ten dienste van postfaillissementsschuldeisers en evenmin ten behoeve van boedelschuldeisers.”

6 Zie Wessels 2019, nr. 3082: “Uit het stelsel van de wet, de Toelichting (zie de in par. 3081 geciteerde passage) en de taak van de curator vloeit voort dat bij toepassing van de faillissementspauliana de benadeling van 'schuldeisers' alleen betrekking kan hebben op faillissementsschuldeisers. (...) De argumentatie van Damsteegt-Molier steunt op een andere lezing van de aangehaalde citaten uit de wetgeschiedenis en de taak van de curator die haars inziens mede omvat de behartiging van de belangen van de boedelschuldeisers. In het licht van hetgeen ik hiervoor heb betoogd, overtuigt deze redenering niet. In Wessels *Insolventierecht IV*, 2010/4190, 4230 en 4262, benadruk ik de eigen bron van ontstaan en aard van de boedelschuld. De vordering van een boedelschuldeiser valt nagenoeg geheel buiten de context van de wet (boedelschuldeisers vallen bijvoorbeeld niet onder het klachtrecht van art. 69).”

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R.J. van der Weijden, 'De faillissementspauliana – In discussie met prof. mr. B. Wessels', *TvI* 2020/26. R.J. (Robbert Jan) van der Weijden is advocaat bij Ysquare in Amsterdam en tevens raadshereer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

In de eerste plaats kan ik in bovenstaand citaat van de wetgever geen enkel standpunt vinden over de vraag of de faillissementspauliana ook de verhaalsbelangen van boedelschuldeisers beschermt. Mijn indruk is dat de wetgever zich eind 19<sup>e</sup> eeuw überhaupt niet heel bewust is geweest van de mogelijkheid van een negatieve boedel, en de verschillende vragen die kunnen spelen bij de afwikkeling van een negatieve boedel. Een mogelijke verklaring daarvoor zou kunnen zijn dat negatieve boedels indertijd minder vaak voorkwamen dan tegenwoordig.

Dan de door Wessels genoemde aard van de faillissementspauliana. In de kern genomen is het een vernietigingsinstrument ter reconstructie van het verhaalsvermogen van de schuldenaar in het kader van diens faillissement. Ik zie niet in waarom met zo'n instrument niet het verhaalsbelang zou kunnen worden beschermd van *alle* schuldeisers die zich in het kader van dat faillissement – al dan niet door middel van verificatie – op het vermogen van de schuldenaar kunnen verhalen.<sup>7</sup> Dit zijn niet alleen de faillissementsschuldeisers, maar ook de boedelschuldeisers.

Ook zie ik niet in waarom de curator bij een negatieve boedel in zijn algemeenheid niet bevoegd zou zijn (mede) de belangen van de boedelschuldeisers te behartigen. Ik zou zeggen dat hij daartoe zelfs verplicht is, al was het maar omdat boedelschuldeisers niet de mogelijkheid hebben een negatieve boedel failliet te laten verklaren en een 'boedelcurator' te laten benoemen. Wie moet in geval van een negatieve boedel dan een koper voor de activa zoeken, lastige debiteuren innen, etc.? De curator zal dit met dezelfde zorgvuldigheid moeten doen als bij een positieve boedel, zelfs als de faillissementscrediteuren meer belang hebben bij een snelle afwikkeling van het faillissement dan bij de hoogst mogelijke opbrengst van het boedelactief (bijvoorbeeld omdat zij daardoor eerder in de gelegenheid komen reeds afgedragen omzetbelasting terug te vorderen en een eventuele hogere opbrengst toch naar de boedelschuldeisers gaat). Omdat de positie van boedelschuldeisers bij een negatieve boedel tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met die van faillissementsschuldeisers bij een positieve boedel, ben ik anders dan Wessels van mening dat boedelschuldeisers bij een (dreigende) negatieve boedel wel degelijk op grond van artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris een bevel moeten kunnen uitlokken.<sup>8</sup> De (dreigende) negatieve boedel beperkt de boedelschuldeiser immers in de uitoefening van zijn rechten jegens de curator,<sup>9</sup> en maakt hem afhankelijk van de wijze waarop de curator de boedel beheert. Dit recht-

vaardigt dat de weg naar de rechter-commissaris voor hem wordt opengesteld.

Wessels bespreekt niet hoe de boedelschuldeisers in zijn optiek wél tegen benadeling in hun verhaalsmogelijkheden kunnen opkomen. Op basis van de hiervoor besproken argumenten ga ik ervan uit dat een *Peeters q.q./Gatzen*-vordering volgens hem evenmin tot de mogelijkheden behoort in gevallen waarin slechts de boedelschuldeisers zijn benadeeld. Ook deze rechtsvordering wordt immers door de curator ingesteld en wordt beperkt door de omvang van zijn taak. Er zit in de visie van Wessels kennelijk niets anders op dan dat de boedelschuldeisers zelf actie ondernemen. Kunnen de boedelschuldeisers wellicht een (gezamenlijk) beroep op de faillissementspauliana doen? Dit lijkt mij uitgesloten, aangezien artikel 49 Fw deze bevoegdheid exclusief bij de curator neerlegt. Een beroep op de actio Pauliana van artikel 3:45 e.v. BW dan? Ik ben daar in ieder geval geen voorstander van. De mogelijkheid van een beroep op artikel 3:45 BW door individuele boedelschuldeisers gevolgd door individuele verhaalsacties zou – vergeleken met een beroep op de faillissementspauliana door de curator – tot onnodige complicaties leiden. Zo zullen *alle* benadeelde boedelschuldeisers moeten overgaan tot vernietiging,<sup>10</sup> bestaat het risico dat een of meer succesvolle acties leiden tot een ongewenste doorbreking van de tussen boedelschuldeisers bestaande rangorde, en zullen de verschillende individuele acties zeer waarschijnlijk uitmonden in een rangregeling tussen de voor zichzelf opkomende boedelschuldeisers. Ook kleeft aan artikel 3:45 BW de beperking dat daarmee slechts kan worden opgekomen tegen onverplicht verrichte rechtshandelingen, terwijl er geen goede reden is de boedelschuldeisers niet ook te beschermen tegen nadelige rechtshandelingen die de schuldenaar verplicht heeft verricht. Verder geldt dat de boedelschuldeisers niet over dezelfde informatie en financierings- en onderzoeksmogelijkheden beschikken als de curator, en er bij acties door individuele boedelschuldeisers vaak meerdere procedures nodig zullen zijn om het in totaal door de rechtshandeling veroorzaakte nadeel ongedaan te maken. Een en ander draagt niet bij aan een effectieve en kostenefficiënte bestrijding van paulianeuze handelingen. Deze laatste bezwaren gelden ook voor de mogelijkheid van individuele schadevergoedingsacties uit onrechtmatige daad. Bovendien is bij een vordering uit onrechtmatige daad – wegens het ontbreken van goederenrechtelijk effect – het insolventierisico op de aangesproken partij gemiddeld hoger dan bij een succesvolle vernietigingsactie. Kortom, in de benadering van Wessels worden boedelschuldeisers flink gekort in de bescherming van hun verhaalsbelangen. Daarvoor bestaat wat mij betreft geen goede grond.

7 Zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 75*, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: "Van der Weijden 2012"), p. 78.

8 Zie F.M.J. Verstijlen, *T&C Insolventierecht*, art. 69 Fw, aant. 2.

9 Zie HR 31 oktober 2014, *JOR* 2015/55 (*CZ Zorgkatoor/Scholtes te Mheer q.q.*), m.nt. Boekraad. Zie ook Rb. Breda 21 maart 2008, *JOR* 2008/178; Rb. 's-Gravenhage 15 december 2011, *JOR* 2012/64, m.nt. Boekraad; Hof 's-Gravenhage 23 oktober 2012, *JOR* 2013/150, m.nt. Rijckenberg en Rb. Utrecht 12 december 2012, *JOR* 2014/18. Zie hierover voorts F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), 1998, p. 176.

10 De vernietiging werkt immers slechts ten behoeve van de schuldeiser die de actio Pauliana heeft ingeroepen, zie art. 3:45 lid 4 BW.

### 3. **Is de norm uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* te streng voor rechtshandelingen die zijn verricht in het kader van een reddingspoging?**

In het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* uit 2009 heeft de Hoge Raad voor het eerst sinds de invoering van de huidige regeling van de faillissementspauliana eind negentiende eeuw een positief geformuleerde nadere invulling gegeven aan het vereiste van wetenschap van benadeling uit artikel 42 Fw. Hij heeft in dit arrest overwogen dat van wetenschap van benadeling sprake is, indien 'ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte'.<sup>11</sup>

Niet iedereen heeft even positief gereageerd op de gegeven norm. Een veelgehoord punt van kritiek is dat deze te streng zou zijn, met name voor rechtshandelingen die worden verricht in het kader van reddingspogingen van ondernemingen in financiële moeilijkheden.<sup>12</sup> De Hoge Raad heeft zich van deze kritiek op de door hem gegeven norm niet veel aangetrokken. In het arrest *Jongepier q.q./Driekker c.s.* uit 2017 heeft hij bevestigd dat de norm uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* óók geldt voor rechtshandelingen die worden verricht in het kader van reddingspogingen. Wessels heeft deze kritiek op het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* gesignaleerd,<sup>13</sup> en lijkt zich aan te sluiten bij de mening van de door hem in dit verband genoemde auteurs. Zo schrijft hij dat het arrest *ABN/Van Dooren q.q. III* geen ruimte lijkt te bieden voor een benadering waarin kredietgevers meer in bescherming worden genomen.<sup>14</sup> Hij heeft daarmee naar ik aanneem met name het oog op kredietgevers die betrokken zijn bij een reddingspoging van een onderneming in financiële moeilijkheden. Verder is hij kritisch over het feit dat artikel 42 Fw voor toepassing van het wetenschapsvereiste slechts een onderscheid maakt tussen rechtshandelingen 'om niet' en 'anders dan om niet'

en voor het overige niet wordt gedifferentieerd naar de aard of de inhoud van de rechtshandeling. Wessels stelt voor in de wettelijke regeling een bijzonder regime op te nemen voor 'het verstrekken van zekerheden voor aanvullende financiering op basis van een plan dat gericht is op het weer gezond maken van het bedrijf'.<sup>15</sup>

De vraag is of de norm uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* inderdaad te streng is voor rechtshandelingen die worden verricht in het kader van reddingspogingen van ondernemingen in financiële moeilijkheden. Zie ik het goed, dan komt de roep om een andere norm in dit verband met name voort uit de gedachte dat de lat voor vernietiging aanzienlijk hoger moet liggen bij rechtshandelingen die in het kader van een reddingspoging onverplicht worden verricht dan bij andere onverplicht verrichte rechtshandelingen (zoals bijvoorbeeld de betaling van een niet-opeisbare intercompanyschuld). Deze gedachte komt uiteraard niet onlogisch voor. Of dit echter ook betekent dat voor rechtshandelingen verricht in het kader van een reddingspoging een andere norm moet worden ingevoerd, hangt mijns inziens af van hoe de woorden 'een redelijke mate van voorzienbaarheid' uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* moeten worden begrepen.<sup>16</sup>

Bepaalde auteurs lezen deze zinsnede zodat na *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* bij *alle* rechtshandelingen die onder het bereik van artikel 42 Fw vallen *dezelfde* mate van voorzienbaarheid van het faillissement is vereist (in percentages uitgedrukt, bijvoorbeeld een kans van 50%). In deze benadering is er voor partijen die op de hoogte zijn van de toestand van de schuldenaar – denk aan financiers, bestuurders, concernvennootschappen, etc. – één omslagpunt op de tijdslijn richting het faillissement waarvóór alle nadelige rechtshandelingen onaantastbaar zijn, en waarna alle nadelige rechtshandelingen vernietigd kunnen worden.<sup>17</sup> Een ordinaire verrijkingpoging zou in het kader van artikel 42 Fw dan over één kam worden geschoren met een goed bedoelde maar niet zonder risico's zijnde reddingspoging. De vrees dat de norm uit *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* te streng is voor laatstbedoelde rechtshandelingen – of, afhankelijk van waar het omslagpunt op de tijdslijn komt te liggen, te soepel voor eerstbedoelde – is in deze benadering te begrijpen. Er is dan weinig ruimte voor het nodige maatwerk.

11 HR 22 december 2009, *JOR* 2011/19, m.nt. Faber (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*), r.o. 3.7.

12 Zie hierover onder meer De Coninck-Smolters & Jager 2010, p. 117: "Wij menen dat door deze overweging in combinatie met de door de Hoge Raad aangelegde maatstaven de financiering van noodlijdende ondernemingen onnodig wordt bemoeilijkt", Spinath 2010, p. 143: "Dit wordt allemaal des te lastiger als deze norm wordt toegepast in het kader van de verstreking van een aanvullend krediet aan een noodlijdende schuldenaar", T. Hekman & J. de Koning Gans, Ongewenste paulianadreiging voor redders in nood, *O&F* 2012, afl. 4, p. 6: "Zoals hiervoor betoogd, menen wij dat de door de rechtspraak ingeslagen weg onwenselijk is. Los daarvan bestaan er goede redenen waarom de pauliana, dan wel de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, geen toepassing zou moeten vinden bij (bonafide) reddingsoperaties door de bank", en R.M. Hermans, 'Een visie op de taak van de Hoge Raad in de 21e eeuw', *TCR* 2015, afl. 5, p. 156-157.

13 Zie Wessels 2019, nr. 3109a: "In de literatuur is er discussie over de vraag of de Hoge Raad (...) niet een te strenge maatstaf aanlegt. In deze zin onder meer (...)", en Wessels 2019, nr. 3218b: "In de literatuur wordt ervoor gepleit aanvullende financiering (noodkrediet) met aangepaste criteria te bejegenen (...)".

14 Zie Wessels 2019, nr. 3128a: "Het lijkt er echter op dat de Hoge Raad voor deze benadering [de benadering die Wessels bespreekt in nr. 3128; RjvdW] geen ruimte biedt, zie HR 22 december 2009, *LJN* B18493; *NJ* 2010/273, nt. Pvs; *JOR* 2011/19, m.nt. Faber."

15 Zie Wessels 2019, nr. 3128b.

16 Ik ga in deze bijdrage uitsluitend in op de voorzienbaarheid van het faillissement. Voor wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw is naast een zekere mate van voorzienbaarheid van het faillissement ook vereist een zekere mate van voorzienbaarheid van de toestand van materiele insolventie van de schuldenaar (zie 'het tekort' in de norm van *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*). Verder geldt mijns inziens dat, ook na het arrest van *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*, een zekere mate van voorzienbaarheid van het nadelige effect van de rechtshandeling (kort gezegd de benadeling) vereist is. Zie R.J. van der Weijden, 'Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar', *MvV* 2017/10 (hierna: "Van der Weijden 2017"), par. 4.

17 Zie voor deze benadering Vermue 2011, p. 43-45 (die schrijft over 'één "breekpunt" waarvoor alles mag en waarna het oppassen geblazen is') en G.J.L. Bergervoet, annotatie onder HR 7 april 2017, *JOR* 2017/13 (*Jongepier q.q./Driekker c.s.*). Kennelijk ook Hekman & De Koning Gans 2012, p. 8-9.

Een andere lezing van de in het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* gegeven norm is dat de ‘mate van voorzienbaarheid’ die nodig is voor een geslaagd beroep op artikel 42 Fw niet in alle gevallen hetzelfde is, maar aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden bepaald wat in een concreet geval ‘redelijk’ is. Omstandigheden waaraan in dit verband onder meer gedacht kan worden zijn de aard van de rechtshandeling, de omvang van het te verwachten nadeel, de aanleiding en het achterliggende doel van de transactie, de onderlinge relatie van partijen en de positie van de aangesproken partijen in het maatschappelijk verkeer. De vereiste mate van voorzienbaarheid kan in deze benadering in het ene geval hoog zijn – denk aan rechtshandelingen die worden verricht in het kader van een goed doordachte reddingspoging – en in een ander geval laag. Van een te strenge norm, zoals door bepaalde auteurs is betoogd, lijkt mij dan geen sprake.

Deze laatste benadering van de in het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* gegeven norm ligt – mede gelet op de daarin gekozen bewoordingen – het meest voor de hand en heeft wat mij betreft ook de voorkeur.<sup>18</sup> Het vereiste van wetenschap van benadeling fungeert immers als maatstaf voor de beoordeling van de betamelijkheid van het gedrag van de bij de rechtshandeling betrokkenen.<sup>19</sup> Wat betamelijk is en wat niet kan worden vastgesteld door uitsluitend te kijken naar de vraag of het faillissement van de schuldenaar met een x-procent zekerheid was te voorzien ten tijde van het verrichten van de aangevochten rechtshandeling, en al helemaal niet wanneer ‘x’ in alle gevallen hetzelfde getal zou zijn.<sup>20</sup> De rechter moet daarom ook andere omstandigheden dan de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar kunnen laten meewegen in zijn oordeel over de vraag of aan het wetenschapsvereiste van artikel 42 Fw is voldaan.

18 Zie Van der Weijden 2017, p. 287. Ook De Weijts lijkt een voorstander van deze benadering, zie R.J. de Weijts, *Failissementspauliana, Insolventzandfechtung en Transaction avoidance in insolventcies* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 249: “De Hoge Raad stelt als vereiste dat “het faillissement met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien”. Onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden, welke mate van waarschijnlijkheid redelijk is, wordt verder niet aangegeven. Redelijkheid veronderstelt een verhouding tot iets anders, althans dient tegen de achtergrond van een bepaalde context te worden ingevuld”. Zie ook p. 251-252: “De benadering waarin één voor alle paulianagevallen toepasselijk positief geformuleerd criterium wordt gezocht, creëert een punt in de tijd voorafgaand aan het faillissement waarvoor alles geoorloofd is en waarna benadelende rechtshandelingen pas onder omstandigheden vernietigbaar worden. (...) Het creëren van een dergelijk punt in de tijd is mijns inziens ongewenst omdat het onvoldoende recht doet aan het gegeven dat de pauliana in artikel 42 Fw op zeer veel verschillende rechtshandelingen ziet. (...) De verschillende gevallen vragen andere beoordelingscriteria”. De eerlijkheid gebiedt mij te vermelden dat ik in een eerdere publicatie meer rekening hield met een uitleg van deze norm zoals hierboven als eerst beschreven. Deze uitleg heb ik toen wel reeds als ongewenst aangemerkt. Mijn belangrijkste kritiek op de norm uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* was destijds dat deze onvoldoende oog had voor andere omstandigheden die van belang zijn voor de vraag of partijen zich al dan niet onoorbaar hebben gedragen jegens de gezamenlijke schuldeisers. Zie Van der Weijden 2012, p. 241-243.

19 Zie A-G Strikwerda in zijn conclusie voor HR 22 december 2009, *JOR* 2011/19 (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*), onder 30. Vgl. ook A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/102 (*Van Emden q.q./Rabobank*), onder 19.

20 Zie Van der Weijden 2017, p. 288.

#### 4. Kan de schuld aan de boedel ex artikel 51 lid 1 Fw worden verrekend met een vordering op de boedel ex artikel 51 lid 3 Fw?

De derde en laatste vraag die ik in deze bijdrage bespreek, is of de schuld aan de boedel uit artikel 51 lid 1 Fw kan worden verrekend met een vordering op de boedel uit artikel 51 lid 3 Fw. Van een dergelijke boedelvordering is sprake indien en voor zover de boedel is ‘gebaat’ door hetgeen de schuldenaar op grond van de vernietigde rechtshandeling heeft ontvangen.

De onderhavige vraag ziet op een andere situatie dan aan de orde in het arrest *Kuijsters/Gaalman q.q.*<sup>21</sup> In dat arrest ging het om verrekening van de schuld aan de boedel uit artikel 51 lid 1 Fw met een *faillissementsvordering*. De Hoge Raad oordeelde dat verrekening in dat geval in strijd zou zijn met het doel en de strekking van artikel 42 en 51 Fw en daarom niet is toegestaan. De uitkomst van dit arrest spreekt wat mij betreft voor zich. Het zou afbreuk doen aan de effectiviteit van de faillissementspauliana als de vernietiging tot gevolg heeft dat een (door de vernietiging herleefde) vordering kan worden verrekend die zonder het beroep op de faillissementspauliana in beginsel slechts ter verificatie kan worden ingediend. Het ene gat wordt dan als het ware met het andere gedicht. Het door een paulianeuze rechtshandeling veroorzaakte nadeel zou dan in veel gevallen niet of niet volledig ongedaan gemaakt kunnen worden.

De vraag waar het in deze bijdrage om gaat is of de schuld uit artikel 51 lid 1 Fw mag worden verrekend met de vordering op de *boedel* van artikel 51 lid 3 Fw. Wessels betoogt van niet. Hij meent dat verrekening met de boedelvordering van artikel 51 lid 3 Fw – net als verrekening met een *faillissementsvordering* – in strijd zou zijn met het doel en de strekking van de faillissementspauliana.<sup>22</sup> Ik zou juist zeggen dat het doel en de strekking van de faillissementspauliana – het opheffen van onoorbare benadeling van schuldeisers – meebrengt dat verrekening in het bedoelde geval

21 HR 30 september 1994, *NJ* 1995/626, m.nt. Van Schilfgaarde (*Kuijsters/Gaalman q.q.*).

22 Zie Wessels 2019, nr. 3253: “Verrekening schuld ex art. 51 lid 1 met vordering ex art. 51 lid 3. Op de curator rust jegens de wederpartij de boedelschuld ex art. 51 lid 3. (...) De wederpartij kan niet haar vordering ex art. 51 lid 3 verrekenen met de haar uit art. 51 lid 1 voortvloeiende schuld”, en nr. 3255: “Doel en strekking paulianaregeling. De wet biedt mijns inziens aan de wederpartij geen enkele grondslag om hetgeen zij krachtens een verbintenis uit de wet verschuldigd is te verminderen (zonder objectieve toets) met een mogelijke ‘baat’ dan wel te verrekenen met de vordering op de curator (die moet teruggeven wat de wederpartij oorspronkelijk aan de schuldenaar heeft voldaan respectievelijk de waarde daarvan). De tekst van art. 51 lid 3 staat daaraan in de weg, omdat de wederpartij alleen een vorm van bescherming verkrijgt voor het tekortkomende, welke bescherming gestalte krijgt in het daarvoor kunnen opkomen als concurrent schuldeiser. Ook doel en strekking van de paulianaregeling staan aan een verrekening in de weg. Het is immers inconsequent een ‘bevoordeling’ van de wederpartij, die strijdt met de idee achter art. 42 (herstel van wat voor verhaal beschikbaar was) of art. 47 (ontvanger handelt in strijd met de goede trouw die door hem ook jegens zijn medeschuldeisers in acht moet worden genomen en hij onttrekt zich, wanneer hij nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, aan de concursus), te herstellen met een remedie die in hetzelfde resulteert: de wederpartij dringt thans wéér voor.”

wél is toegestaan.<sup>23</sup> Indien verrekening niet toegestaan zou zijn, dan kan dit er bij een negatieve boedel toe leiden dat de schuldeisers door de vernietiging van de paulianeuze rechtshandeling beter af zijn dan in het geval deze rechtshandeling nooit zou zijn verricht. De faillissementspauliana schiet daarmee haar doel voorbij. Ik laat dit zien aan de hand van een voorbeeld.

A is eigenaar van een onroerende zaak met een waarde van € 1 miljoen. Op de zaak rust een hypotheekrecht ten behoeve van de bank van A. De openstaande hypotheekschuld bedraagt € 400.000. Op enig moment verkoopt en levert A de zaak aan B voor € 600.000. Om ervoor te zorgen dat de bank in het kader van de overdracht afstand doet van haar hypotheekrecht, gebruikt A van de ontvangen koopsom € 400.000 om de hypotheekschuld bij de bank af te lossen. Van het resterende deel van de ontvangen koopsom betaalt A een concurrente schuldeiser. Kort nadat B de zaak heeft verkregen, draagt hij deze over aan C, die geen reden heeft om te vermoeden dat er iets mis is met de eerdere overdracht A-B. Vervolgens gaat A failliet. De curator van A vernietigt de koopovereenkomst tussen A en B op grond van artikel 42 Fw. De boedel in het faillissement van A is negatief.

In dit voorbeeld is de omvang van de benadeling € 600.000. Dit is het resultaat van een vergelijking van de situatie waarin de schuldeisers verkeren door de koopovereenkomst A-B, met de situatie waarin zij zouden hebben verkeerd als de koopovereenkomst A-B nooit zou zijn gesloten.<sup>24</sup> In de eerste situatie is verhaal door de schuldeisers op de zaak en wat daarvoor in de plaats is gekomen niet (meer) mogelijk. In de hypothetische situatie zonder de koopovereenkomst geldt dat zij voor € 600.000 verhaal op de zaak hadden kunnen nemen. Door het op de zaak rustende hypotheekrecht is aannemelijk dat van de opbrengst in dat geval de eerste € 400.000 voor de bank zou zijn geweest.

Dan de rechtsgevolgen van de vernietiging. Door de vernietiging van de koopovereenkomst geldt vanuit de curator bezien dat A rechthebbende van de zaak is. Er is immers met terugwerkende kracht geen sprake van een geldige titel voor de overdracht van A aan B. B is daardoor verplicht de zaak aan de curator terug te geven (vgl. artikel 51 lid 1 Fw). Omdat C de zaak te goeder trouw heeft verkregen (vgl. artikel 51 lid 2 Fw), is B niet in staat aan deze verplichting te voldoen. B is verplicht de schade die het gevolg is van deze tekortkoming aan de boedel te vergoeden (artikel 6:74 e.v. BW). Laat ik voor het gemak zeggen dat zijn schuld aan de boedel in dit verband – gelijk de waarde van de paulianeus uit de boedel verdwenen zaak – € 1 miljoen bedraagt. De volgende vraag is wat de gevolgen van de vernietiging zijn voor de door B aan A gedane betaling van € 600.000. Door de vernietiging van de koopovereenkomst geldt vanuit de curator bezien dat B dit bedrag onverschuldigd aan A

heeft betaald. Er is immers met terugwerkende kracht geen sprake van een rechtsgrond voor de betaling door B aan A (vgl. artikel 6:203 BW). De status van de vordering uit onverschuldigde betaling van B wordt geregeld in artikel 51 lid 3 Fw. Dit artikellid moet ervoor zorgen dat de vernietiging geen verdere gevolgen heeft dan opheffing van het door de gezamenlijke schuldeisers geleden nadeel.<sup>25</sup> Op grond van deze bepaling is sprake van een vordering op de boedel voor zover de boedel is gebaat door het uit hoofde van de vernietigde rechtshandeling ontvangene of de waarde daarvan. In het onderhavige geval gaat het om € 400.000. Dit deel van de koopsom is door A immers aangewend om de lening aan de bank af te lossen, waardoor de zaak na vernietiging in beginsel onbezwaard in de boedel terugkeert en er een extra overwaarde van € 400.000 beschikbaar is voor de schuldeisers (ware het niet dat C in casu te goeder trouw was waardoor de boedel niet de onbezwaarde zaak krijgt maar een schadevergoedingsvordering op B van € 1 miljoen). Het resterende deel van de vordering uit onverschuldigde betaling van B kwalificeert als een *faillissementsvordering* (vgl. artikel 51 lid 3 Fw).

B heeft dus een schuld aan de boedel van € 1 miljoen en een vordering op de boedel van € 400.000. De boedel is in het gegeven voorbeeld als gezegd negatief en aan de boedelvordering van B lijkt op basis van de huidige rechtspraak over boedelschulden slechts een concurrente status verbonden. Dit betekent dat de curator deze pas hoeft te betalen nadat alle preferente boedelvorderingen zijn voldaan, en de concurrente boedelvordering van B pro rata deelt met de overige concurrente boedelvorderingen.<sup>26</sup> B is niet in staat betaling van zijn boedelvordering af te dwingen door de curator te dagvaarden en het toewijzend vonnis ten uitvoer te leggen.<sup>27</sup> Indien B niet bevoegd is zijn schuld aan de boedel te verrekenen – of de nakoming daarvan op te schorten – dan leidt dit er dus zeer waarschijnlijk toe dat hij zijn vordering op de boedel maar *gedeeltelijk* voldaan krijgt. Er komt dan per saldo een groter bedrag in de boedel dan de € 600.000 waarvoor de gezamenlijke schuldeisers benadeeld waren. De faillissementspauliana schiet dan als gezegd haar doel voorbij.

23 Zie R.J. van der Weijden, annotatie onder Rb. Rotterdam 1 augustus 2018, JOR 2018/312.

24 Zie voor deze toets HR 19 oktober 2001, NJ 2001/654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.), r.o. 3.5.2.

25 Dit is nodig omdat lid 1 van art. 51 Fw een dergelijke beperking niet kent. Dit in tegenstelling tot de actio Pauliana buiten faillissement waarbij de uit de vernietiging voortvloeiende aanspraken van de individueel agerende schuldeiser (op de executieopbrengst) wél worden beperkt tot het door hem geleden nadeel ('vernietigt (...) niet verder dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling', zie art. 3:45 lid 4 BW). Bij een vernietiging op grond van de faillissementspauliana is van een dergelijke relatieve werking strikt bezien geen sprake, maar wordt *per saldo* een vergelijkbaar effect door de gevolgen van lid 1 te 'corrigeren' met die van lid 3. De functie van art. 51 lid 3 Fw is dus geen andere dan die van art. 3:45 lid 4 BW. Vgl. in dit verband Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 392 waaruit volgt dat het bepaalde in art. 3:45 lid 4 BW niet in de regeling van de faillissementspauliana is opgenomen vanwege art. 51 lid 1 en 3 Fw.

26 Vgl. HR 28 september 1990, NJ 1991/305, m.nt. Van Schilfgaarde (De Ranitz q.q./Ontvanger).

27 Vgl. HR 31 oktober 2014, JOR 2015/55, m.nt. Boekraad (CZ/Scholtes q.q.).

## 5. Conclusie

In deze bijdrage heb ik drie deelonderwerpen van de faillissementspauliana besproken. Ik heb onder meer betoogd dat een beroep op de faillissementspauliana ook kan slagen als slechts de boedelschuldeisers zijn benadeeld, de norm voor wetenschap van benadeling die volgt uit het arrest *ABN AMRO/Van Dooren q.q. III* niet te streng is voor rechtshandelingen die zijn verricht in het kader van reddingspogingen van ondernemingen in financiële moeilijkheden en de schuld aan de boedel ex artikel 51 lid 1 Fw moet kunnen worden verrekend met de vordering op de boedel van artikel 51 lid 3 Fw. Dit betoog zal vast aanleiding geven tot nadere gedachtewisselingen, en wellicht dat de Hoge Raad ten aanzien van een of meer van de besproken kwesties op een dag de knoop zal doorhakken. U zult daarover ongetwijfeld kunnen lezen in de volgende druk van deel III van de Wessels-serie.