

Naschrift bij F. Ortiz Aldana, De faillissementspauliana – In discussie met prof. B. Wessels en mr. R.J. van der Weijden

Tvl 2020/53

De redactie van dit tijdschrift heeft mij gevraagd een naschrift te schrijven bij de reactie van Ortiz Aldana op mijn bijdrage in Tvl 2020/26. In zijn reactie gaat Ortiz Aldana in op de vraag of een succesvol beroep op de faillissementspauliana ook mogelijk is als slechts de boedelschuldeisers zijn benadeeld. Hij beantwoordt deze vraag net als ik positief, maar zegt daarvoor over een ander en beter argument te beschikken, namelijk dat *“bij de beoordeling van de bevoegdheden van de curator (...) de positie van boedelschuldeisers (en de feitelijke toestand van de boedel) niet relevant [zou] moeten zijn”*. Praktisch gezien komt dit neer op wat ik in mijn bijdrage ook heb geschreven, namelijk dat de curator de belangen van de boedelschuldeisers bij een negatieve boedel op dezelfde manier moet behartigen als de belangen van de faillissementsschuldeisers bij een positieve boedel. Of anders gezegd: de wijze waarop de curator zijn bevoegdheden uitoefent, wordt niet beïnvloed door een negatieve boedel. Van een ander (en wellicht beter) argument is dus volgens mij geen sprake.

Ortiz Aldana en ik zijn het er dus blijkbaar over eens dat – anders dan Wessels betoogt – een beroep op de faillissementspauliana ook mogelijk is als alleen de boedelschuldeisers zijn benadeeld. Het verbaast daarom dat Ortiz Aldana zich wel aansluit bij de opvatting van Wessels dat de faillissementspauliana *“naar zijn aard alleen in het belang van de faillissementsschuldeisers wordt ingesteld”* (anders dan Wessels verbindt Ortiz Aldana aan deze opvatting echter geen praktische gevolgen omdat de curator zijn bevoegdheden nou eenmaal ook kan uitoefenen bij een negatieve boedel). De reden dat Ortiz Aldana zich aansluit bij de opvatting van Wessels is dat *“een pauliana-actie immers alleen kan worden gebruikt om rechtshandelingen terug te draaien die de schuldenaar zelf voor zijn faillietverklaring heeft verricht”*.

Wat Ortiz Aldana hier schrijft over de aard van de faillissementspauliana en het beperkte belang dat ermee zou worden gediend, vind ik moeilijk verenigbaar met zijn standpunt dat een beroep op de faillissementspauliana ook mogelijk is als alleen boedelschuldeisers zijn benadeeld. Het roept onder meer de vraag op of de curator in het bedoelde geval nog wel een ‘voldoende belang’ kan hebben zoals bedoeld in artikel 3:303 BW. Ook het argument waarmee Ortiz Aldana zijn opvatting over de aard van de

faillissementspauliana onderbouwt, overtuigt niet. Het feit dat een nadelige rechtshandeling is verricht op het moment dat een schuldeiser nog geen vordering op de schuldenaar heeft, staat op zichzelf genomen niet aan het instellen van een vernietigingsactie door – of ten behoeve van – hem in de weg. Dit volgt reeds uit de zinsnede *“onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan”*, uit artikel 3:45 lid 1 BW. De actio pauliana en de faillissementspauliana beschermen dus ook ‘toekomstige schuldeisers’. Hetzelfde geldt overigens voor de Peeters q.q./Gatzen-vordering.²

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R.J. van der Weijden, ‘Naschrift bij F. Ortiz Aldana, De faillissementspauliana – In discussie met prof. B. Wessels en mr. R.J. van der Weijden’, Tvl 2020/53. R.J. (Robbert Jan) van der Weijden is advocaat bij Ysquare in Amsterdam en tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

2 Zie HR 8 november 1991, NJ 1992/171, nt. Ma (Nimox/Van den End q.q.), r.o. 3.2: *“Zoals is aangenomen in HR 14 jan. 1983, NJ 1983, 597 is een faillissementscurator ook bevoegd voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en kan in zo een geval ook plaats zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is. Er is geen grond om hierop een uitzondering te maken voor het in het onderdeel veronderstelde geval dat de vorderingen die ten tijde van de benadelingshandeling reeds bestonden voor het faillissement zijn voldaan zodat de benadeling in feite alleen de schuldeisers raakt wier vorderingen pas na die handeling zijn ontstaan.”*