

De faillissementspauliana – In discussie met prof. mr. B. Wessels en mr. R.J. van der Weijden

Tvl 2020/52

In de Tvl-editie van mei van dit jaar² heeft mr. Van der Weijden een bijdrage geschreven naar aanleiding van deel III van de serie *Wessels Insolventierecht*, getiteld 'Gevolgen van faillietverklaring (2)', waarvan recent een nieuwe druk is verschenen. Hij bespreekt daarin drie onderwerpen, waarvan het eerste is of een beroep op de faillissementspauliana kan slagen als de aangevochten rechtshandeling slechts tot benadeling van boedelschuldeisers heeft geleid. Met deze publicatie reageer ik op dat specifieke onderwerp.

1. Standpunten Wessels en Van der Weijden

Voor een succesvol beroep op de faillissementspauliana is vereist dat de schuldeisers van de gefailleerde door de gewraakte rechtshandeling in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld.³ Volgens Wessels blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat het daarbij alleen gaat om de faillissementsschuldeisers, en niet om de boedelschuldeisers.⁴ Daarvoor vindt hij steun in het stelsel van de Faillissementswet en de taak van de curator, die volgens hem niet de behartiging van boedelschuldeisers behelst.⁵ Bij een negatieve boedel zou de curator volgens Wessels derhalve niet bevoegd zijn om een pauliana-actie in te stellen.

Van der Weijden is het hier niet mee eens. Daarvoor voert hij aan dat uit de door Wessels aangehaalde passage uit de wetsgeschiedenis⁶ niet kan worden afgeleid wat Wessels

daar kennelijk in leest. Verder ziet hij niet in waarom met de faillissementspauliana als vernietigingsinstrument niet alle schuldeisers (dus ook de boedelschuldeisers) in hun verhaalsbelang zouden kunnen worden beschermd, en waarom de curator bij een negatieve boedel niet (mede) bevoegd zou zijn de belangen van boedelschuldeisers te behartigen. Wie anders dan de curator zou dat moeten doen, aangezien boedelschuldeisers zich niet kunnen verhalen op de boedel en daarvan ook niet het faillissement kunnen aanvragen.⁷ Volgens Van der Weijden is de positie van boedelschuldeisers bij een negatieve boedel vergelijkbaar met die van de faillissementsschuldeisers bij een positieve boedel, en daarom zouden zij ook een art. 69 Fw verzoek bij de rechter-commissaris moeten kunnen indienen.

Hoewel ik het eens ben met de conclusie van Van der Weijden, inhoudende dat de curator ook bij een negatieve boedel de pauliana moet kunnen instellen, vind ik dat daarvoor nog een ander (mijns inziens beter) argument is aan te dragen.

2. Reactie

Zoals Van der Weijden terecht signaleert komt de hier besproken vraag voort uit het feit dat de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet onvoldoende rekening lijkt te hebben gehouden met de positie van boedelschuldeisers en – daaruit voortvloeiend – het bestaan van negatieve boedels. Voor de beoordeling van de bevoegdheid van de curator om een pauliana-actie in te stellen, maakt dat mijns inziens echter geen verschil. Uit het systeem van de Faillissementswet volgt dat bij de beoordeling van de bevoegdheden van de curator dient te worden geabstraheerd van de vraag wie uiteindelijk profiteert van de acties van de curator. Ik licht dat toe.

Een pauliana-actie strekt tot herstel van het vermogen van de gefailleerde. Dat is het vermogen dat door de paulianeuze rechtshandeling is verminderd waardoor de faillissementsschuldeisers zijn benadeeld, en dat moet worden teruggebracht in zijn oorspronkelijke toestand ("gerecupereerd"). De curator is belast met het beheer en de vereffening van dat vermogen (art. 68 Fw). Die wettelijke taak oefent de curator uit in het belang van de faillissementsschuldeisers,⁸ die als gevolg van het faillissement zelf de mogelijkheid om verhaal te nemen op het vermogen van de schuldenaar, zijn verloren (art. 33 Fw). In lijn daarmee volgt uit art. 49 Fw dat de faillissementsschuldeisers zelf niet meer bevoegd zijn een pauliana-actie ex art. 3:45 BW in te stellen. Het behoort krachtens art. 49 Fw tot de wettelijke taak van de curator

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: F. Ortiz Aldana, 'De faillissementspauliana – In discussie met prof. mr. B. Wessels en mr. R.J. van der Weijden', *Tvl* 2020/52. F. Ortiz Aldana is advocaat bij Recoup te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

2 Mr. R.J. van der Weijden, 'De faillissementspauliana – in discussie met prof. mr. B. Wessels', *Tvl* 2020/26.

3 Art. 41 lid 1 Fw (onverplichte rechtshandelingen) en HR 22 maart 1991, *NJ* 1992/214 m.nt. Van Schilfgaarde (*Loeffen q.q./Mees & Hope II*) (verplichte verrichte rechtshandelingen).

4 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."

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 Van der Feltz I, p. 435: "Zolang 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. Zolang 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."

7 Zie o.m. HR 31 oktober 2014, *JOR* 2015/55 (CZ/Scholtes q.q.).

8 HR 5 december 1913, *NJ* 1914/257 (W./N.L.V. en Bakker en Oppenheim q.q.).

om die pauliana-actie dan ook (in het belang van de faillissementsschuldeisers) in te stellen.⁹

In die zin ben ik het dan ook met Wessels eens dat: “Naar haar aard [...] de toepassing van de pauliana ex art. 42 e.v. alleen betrekking [kan] hebben op faillissementsschuldeisers. De faillissementspauliana is er niet ten dienste van postfaillissementsschuldeisers en evenmin ten behoeve van boedelschuldeisers.” Een pauliana-actie kan immers alleen worden gebruikt om rechtshandelingen terug te draaien die de schuldenaar zélf voor zijn faillietverklaring heeft verricht (zie art. 42 Fw) en ziet dus logischerwijs op herstel van benadeling van de prefaillissementsschuldeisers en niet herstel van benadeling van postfaillissementsschuldeisers. Dat de pauliana er niet is “ten dienste van de postfaillissementsschuldeisers en evenmin ten behoeve van boedelschuldeisers” komt omdat hun vorderingen na faillissementsdatum zijn ontstaan en het failliete vermogen niet in hun belang wordt vereffend.¹⁰ Boedelschulden zijn slechts de resultante of het bijproduct van het feit dat de curator zijn wettelijke taak uitoefent, ten behoeve van de faillissementsschuldeisers.

Bij de beoordeling van de bevoegdheden van de curator op grond van de Faillissementswet, zou de positie van boedelschuldeisers (en de feitelijke toestand van de boedel) niet relevant moeten zijn.¹¹ Door die *feitelijke* toestand te betrekken bij de vraag of de curator een pauliana-actie kan instellen haalt Wessels twee dingen door elkaar, te weten (i) of sprake is van benadeling van schuldeisers door de bestreden rechtshandeling en (ii) aan wie de opbrengst van de pauliana-actie toekomt. Voor de bevoegdheid van de curator tot het instellen van de pauliana, is slechts relevant of aan de vereisten van art. 42/47 Fw is voldaan. Eén van die vereisten is of de faillissementsschuldeisers door de bestreden rechtshandeling (in hun verhaalsmogelijkheden) zijn benadeeld.¹² Of de opbrengst van de pauliana-actie uiteindelijk *feitelijk* ook aan de faillissementsschuldeisers toekomt, is daarbij niet van belang. Dat die opbrengst bij een negatieve boedel *feitelijk* dus alleen aan boedelschuldeisers toekomt, als gevolg van het feit dat zij nu eenmaal eerst uit de boedel moeten worden voldaan (art. 182 Fw), is voor de vraag of de curator de bevoegdheid toekomt om een pauliana-actie in te stellen dus niet relevant. De bevoegdheid van de curator om de pauliana in te stellen houdt verband met zijn vereffeningstaak en daarbij dient geabstraheerd te worden

van de vraag welke (groep) schuldeiser(s) uiteindelijk van die actie profiteren.¹³ Wanneer de boedel *feitelijk* negatief is, doet dat derhalve niet af aan het hiervoor weergegeven juridische uitgangspunt van de Faillissementswet waarop de taken en bevoegdheden van de curator zijn gebaseerd.

Voor de Peeters/Gatzen-vordering geldt overigens een soortgelijk systeem. De opbrengst daarvan valt in de boedel en komt de gezamenlijke schuldeisers toe in de vorm van een toename van het te verdelen boedelactief.¹⁴ De bestemming van die opbrengst is echter niet relevant voor de vraag of de curator bevoegd is de Peeters/Gatzen-vordering in te stellen.¹⁵ Ook wanneer die opbrengst alleen aan boedelschuldeisers toekomt vanwege de negatieve toestand van de boedel, zou dat dus ook bij de Peeters/Gatzen-vordering niet relevant moeten zijn.¹⁶

Concluderend ben ik dus van mening dat, hoewel de pauliana naar haar aard alleen in het belang van faillissementsschuldeisers wordt ingesteld, deze zowel bij een positieve als bij een negatieve boedel kan worden ingesteld. De positie van boedelschuldeisers is bij de beoordeling van de bevoegdheid van de curator tot het instellen van de pauliana-actie niet van belang. De wettelijke taak van de curator kan mijns inziens niet van kleur verschieten door de *feitelijke* toestand van de boedel. Van die *feitelijke* toestand moet nu juist worden geabstraheerd. Zou men de *feitelijke* toestand van de boedel wel van belang achten bij de beoordeling van de bevoegdheden van de curator, dan zou dat impliceren dat de curator bij een negatieve boedel zijn kerntaak (beheer en vereffening ten behoeve van de faillissementsschuldeisers) verliest, en nog slechts zou kunnen optreden wanneer het belang van boedelschuldeisers daarmee is gediend (voor wiens belang hij niet, althans niet primair, is aangesteld). Voor die gedachte is geen steun te vinden in (het systeem van) de Faillissementswet, de wetsgeschiedenis of jurisprudentie.

9 Vgl. Faber, *Verrekening*, p. 325: “Welke schuldeiser daadwerkelijk nadeel van de rechtshandeling heeft ondervonden, is niet van belang” (...). “Voor een beroep op de actio Pauliana is middellijke benadeling voldoende.”

10 HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). Boedelschulden ontstaan na faillietverklaring, doordat een curator in het kader van de uitoefening van de hiervoor omschreven wettelijke taak in het belang van de faillissementsschuldeisers kosten maakt.

11 Wanneer de curator een koopovereenkomst sluit op grond van zijn bevoegdheid ex art. 101/176 Fw of een schikking treft ex art. 104 Fw is voor de vraag of hij daartoe bevoegd is ook niet relevant of de opbrengst aan de faillissementsschuldeisers toekomt.

12 HR 19 oktober 2001, NJ 2001/654 (*Diepstraten/Gillhuis q.q.*). Bij een negatieve boedel ontvangen faillissementsschuldeisers niets. In de hypothetische situatie dat de bestreden rechtshandeling achterwege was gebleven, hadden zij verhaal kunnen nemen op het verdwenen actief.

13 In gelijke zin Faber, *Verrekening*, p. 325: “Welke schuldeiser daadwerkelijk nadeel van de rechtshandeling heeft ondervonden, is niet van belang” (...). Vgl. in dit kader het door de HR geïntroduceerde systeem voor de Peeters/Gatzen-vordering.

14 HR 16 september 2005, NJ 2006/311 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2006/52 m.nt. Kortmann (*De Bont/Bannenbergh q.q.*) en HR 24 april 2009, NJ 2009/416 m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2010/22 m.nt. Faber (*Dekker q.q./Lutece*).

15 Zoals volgt uit HR 14 januari 2011, NJ 2011/366 m.nt. Verstijlen (*Butterman q.q./Rabo*).

16 Rb. Noord-Holland 4 september 2019, JOR 2020/42 m.nt. F. Ortiz Aldana (*Vermeij q.q./W&IN c.s.*).