

Actio Pauliana en wetenschap van benadeling: drie voorstellen tot verbetering

B. Wessels*

1 Inleiding

In de Faillissementswet (Fw) komt men slechts op één plaats het verschijnen tegen dat een rechtssubject iets weet of behoort te weten, namelijk bij de regeling van de faillissementspauliana in artikel 42 e.v. Fw. Het 'wist of behoren te weten' komt tevens voor in haar evenknie in het gewone vermogensrecht, de gewone pauliana van artikel 3:45 e.v. BW. In beide gevallen geldt het bestaan van (kortweg) 'wetenschap' als een te vervullen vereiste voor een succesvol inroepen van de pauliana-actie. In deze bijdrage behandel ik vijf vragen die verband houden met 'wist of behoren te weten' in de aangegeven zin. Daaraan vooraf gaat een verhandeling over het begrip 'wist of behoren te weten', kortweg ook wel 'wetenschap'. Ik ga daarbij in op een aantal elementen die in recente literatuur en rechtspraak naar voren zijn gebracht om het lastige vereiste van wetenschap onder de knie te krijgen. Zie de paragrafen 2 tot en met 6. Tegen deze achtergrond behandel ik als eerste de vraag hoe het vereiste van wetenschap uitwerkt indien de wederpartij van de schuldenaar uit meer schuldeisers bestaat (par. 7) en vervolgens de vraag naar het bestaan en de betekenis van het verband van causaliteit, namelijk die van het oorzakelijke verband tussen een 'rechtshandeling' en de benadeling die daarvan 'het gevolg zou zijn' (par. 8). Na een korte introductie op het thema 'wetenschap en insiders' (par. 9) kom ik toe aan de derde vraag, namelijk die of 'wetenschap' die bij de schuldenaar dient te bestaan in het licht van de doelstelling van de pauliana een noodzakelijk te stellen vereiste is (par. 10). Een volgende vraag is of bijvoorbeeld banken, die een reorganisatie van een schuldenaar financieren, bij de toepassing van de pauliana op een gelijke wijze als incidentele schuldeisers dienen te worden behandeld (par. 11). Ten slotte, wat korter, ga ik in op de laatste vraag (in par. 12) of het zinvol is bij de toepassing van de paulianaregeling een sterkere rol aan de aard van de rechtshandeling te geven.

* Prof. mr. B. Wessels is hoogleraar Burgerlijk recht en Handelsrecht VU, Amsterdam; Distinguished Adjunct Professor of International and Comparative Insolvency Law, St. John's University School of Law, New York City.

Duidelijkheidshalve eerst de relevante wetteksten:

Artikel 3:45 lid 1 BW luidt:

‘Indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn, is de rechtshandeling vernietigbaar en kan de vernietigingsgrond worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, onverschillig of zijn vordering vóór of na de handeling is ontstaan.’

Artikel 42 lid 1 Fw luidt:

‘De curator kan ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitenge-rechtelijke verklaring vernietigen (...).’

2 Weten of behoren te weten

Artikel 42 lid 1 Fw stelt het vereiste van wetenschap van benadeling¹ aan de zijde van de schuldenaar. Het gaat om de vóór de faillietverklaring onverplicht verrichte rechtshandeling waarvan de schuldenaar ‘(...) bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn’. De omschrijving in artikel 42 Fw (oud) luidde:

‘(...) mits bewezen worde, dat bij het verrichten der handeling zoowel de schuldenaar als degene met wie of te wiens behoeve hij handelde, de wetenschap bezat, dat daarvan benadeeling der schuldeischers het gevolg zoude zijn.’

In het huidige artikel 42 lid 1 Fw zijn met ingang van 1 januari 1992 de woorden ‘wist of behoorde te weten’ zonder nadere toelichting uit artikel 3:45 BW overgenomen ter vervanging van ‘wetenschap’. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 3:45 BW blijkt dat ‘wetenschap der benadeling’ in het Ontwerp-Meijers op aandringen van de Vaste Commissie is gewijzigd in ‘wist of behoorde te weten’.² Het vereiste van ‘wetenschap’ van ‘degene met of jegens wie’ – hierna ook wel: de wederpartij – de schuldenaar de rechts-

1 Over de vraag wat ‘benadeling’ inhoudt, zie Wessels, MvV april 2007, p. 70 e.v.

2 Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de Commissie dacht aan het ‘behoren te weten’ als voorkomend in art. 3:11 BW en niet aan het ‘goede trouw’-criterium uit art. 54 Fw.

handeling verrichtte, wordt thans in artikel 42 lid 2 Fw gehanteerd ten aanzien van meerzijdig of eenzijdig gerichte rechtshandelingen om baat.³

In artikel 42 (oud) Fw was het vereiste van wetenschap met opzet minder streng geformuleerd dan onder het vóór 1896 geldende recht (art. 777 K (oud)), dat vereiste dat de handeling moest hebben plaatsgehad 'ter bedrieglijke verkorting' van de rechten van de schuldeisers. In artikel 42 is niet bedoeld:

'(...) het oogmerk om te benadelen, maar (...) veeleer de wil om te benadeelen, het bewustzijn der benadeeling. Het oogmerk om te benadeelen is alleen dan aanwezig, als de benadeeling einddoel der handeling is; de wil om te benadeelen bestaat reeds daar, waar de wetenschap is, dat men door zijne handeling benadeelt. Wat men weet, dat volgen zal, wil men, indien men ondanks die wetenschap de handeling toch verricht, welke overigens het motief voor dit handelen moge zijn',

zie de memorie van toelichting.⁴ In de rechtspraak ten aanzien van 'wist of behoorde te weten' vindt men deze historische duiding weerspiegeld: de wetenschap, het bewustzijn, dat de schuldeisers benadeeld worden, is voldoende; het bepaalde oogmerk, de bedoeling, al of niet bedrieglijk, om te benadelen, is niet noodzakelijk.⁵

Uit 'behoorde te weten' in het huidige artikel 42 Fw blijkt dat het gaat om een geobjectiveerd wetenschapsbegrip.⁶ In de sinds 1 januari 1992 geldende wettekst wordt aangesloten bij de jurisprudentie die gewezen is onder het voordien geldende recht.⁷ Zie ten aanzien van de voorloper van artikel 3:45 BW een arrest van de Hoge Raad uit 1993, overwegend dat het hof met wetenschap van benadeling kennelijk.

3 De tekst luidt: 'Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.'

4 Zie: Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896); Heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 439 (cursiveringen in het aangehaalde citaat). Nader aan te halen als: Van der Feltz I (1896).

5 Zie Rb. Almelo 15 februari 1928, NJ 1928, p. 815 (onder 'weten' in art. 42 Fw moet worden verstaan: 'redelijkerwijs moeten weten'); Hof Arnhem 29 november 1933, NJ 1934, p. 687 e.v.; Hof Den Haag 19 juni 1939, NJ 1939, 815. Zie ook Hof Den Haag 24 april 2001, JOR 2001/192, dat mijns inziens terecht overweegt dat betaling door degene die thans gefailleerde is en gedaan aan een door de crediteur aangewezen derde bevrijdend werkt en op zichzelf nog geen wetenschap van benadeling van de overige schuldeisers bij de schuldenaar impliceert.

6 Zie onder meer A-G Langemeijer, conclusie vóór HR 17 november 2000, JOR 2001/17; NJ 2001, 272; Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 447; Losbladige Vermogensrecht (Mellema-Kranenburg), art. 3:45 BW, aant. 69.

7 Zie voor oudere, lagere rechtspraak Losbladige Faillissementswet (Van Hees), art. 42, aant. 5.

‘(...) niet alleen het oog heeft gehad op “weten dat benadeling het gevolg van de rechtshandeling zou zijn”, maar, in overeenstemming met vaste rechtspraak op dit punt, ook op “behoren te weten”(...)’⁸

3 Wetenschap van wat?

Uit de tekst van artikel 42 Fw volgt dat de wetenschap betrekking heeft op de benadeling en bijvoorbeeld niet op het al dan niet onverplichte van de rechtshandeling.⁹ In een arrest uit 2000 heeft de Hoge Raad getracht het object van de wetenschap nader te omlijnen.¹⁰ Het gaat om het volgende geval.

Kats Panelen BV verkoopt binnen een jaar voordat zij failliet wordt verklaard een aantal partijen hout aan Katko BV (een groepsvennootschap). De koopsom van bijna f 500 000 wordt in december 1995 door Katko verrekend met een openstaande schuld van f 900 000 die Katko jaren daarvoor (althans vóór 1992) aan Kats Panelen had verstrekt. In juli 1996 wordt Kats Panelen in staat van faillissement verklaard. Met buitengerechtelijke verklaringen van 12 en 20 september 1996 vernietigt de curator de verrekening (tussen Katko en Kats) en de verkoop door Kats aan Katko, gelegen binnen één jaar voor de faillissementsdatum. Het hof gaat er op grond van wettelijke vermoedens¹¹ van uit dat wetenschap van benadeling bestaat, maar acht Katko in het bewijs van het tegendeel geslaagd: pas in het voorjaar van 1996 was duidelijk geworden dat niet alle schuldeisers van Kats Panelen konden worden voldaan en ten tijde van de onderwerpelijke rechtshandelingen behoeften partijen geen benadeling van schuldeisers te verwachten. In het cassatiemiddel wordt betoogd dat, indien het faillissement zou volgen, de rechtshandelingen benadeling zouden meebrengen. De Hoge Raad leest het middel aldus dat:

‘(...) wetenschap van benadeling had moeten zijn aangenomen, omdat Kats Panelen en Katko bij het aangaan van de koopovereenkomsten en ten tijde van de verrekening wisten of hadden moeten weten dat, indien een faillissement zou volgen, vastgesteld zou worden dat de overige crediteuren in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld, waarbij niet relevant is of onzeker was of Kats panelen failliet zou gaan. Deze gedach-

8 HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257. Hof Leeuwarden 28 februari 2007 (ABN Amro/Van Dooren q.q., verwijzingsarrest van HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457; JOR 2005/230) rept expliciet over ‘geobjectieerde’ wetenschap.

9 HR 23 december 1926, NJ 1927, 439.

10 HR 17 november 2000, JOR 2001/17; NJ 2001, 272, nt. PvS.

11 Art. 43 lid 1 sub 5° Fw toegepast: de bestuurder van Katko BV is bestuurder van Marba Holding BV, welke laatste vennootschap bestuurder is van Kats Panelen BV; persoonlijk hield hij meer dan de helft van de geplaatste aandelen in Katko BV en in Kats Beheer BV, die enig-aandeelhouder is van Marba Holding BV.

tegang kan niet als juist worden aanvaard, aangezien aldus voor het slagen van een beroep op de pauliana de wetenschap dat een kans op benadeling bestaat voldoende zou zijn (vgl. HR 1 oktober 1993, nr. 15 098, NJ 1994, 257).’

De Hoge Raad gebruikt een negatieve afbakening. De wetenschap, althans het weten of behoren te weten, dat de handeling de kans op benadeling van één of meer schuldeisers schiep, is onvoldoende voor vernietiging.¹² Het oordeel van het hof dat uit de vastgestelde omstandigheden kan worden afgeleid dat de debiteur ten tijde van de gewraakte handeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, kan overigens in cassatie niet worden getoetst.¹³ Zie bijvoorbeeld recentelijk:

‘Het hof heeft in de bestreden overwegingen onderzocht of hetgeen de bank ten tijde van de totstandkoming van de financieringsovereenkomst wist of behoorde te weten voldoende was om te kunnen gelden als wetenschap van (eventuele) benadeling van de schuldeisers in de zin van artikel 42 Fw. In het licht van de gedingstukken is het niet onbegrijpelijk dat(...)’¹⁴

4 Diverse interpretaties

Als ik de literatuur bezie dan schat ik in dat er een zevental interpretaties in omloop is over, wat ik noem, het object van wetenschap, maar misschien zie ik er één of twee over het hoofd. Van Schilfgaarde¹⁵ verdedigt bijvoorbeeld dat voldoende is dat schuldeiser en schuldenaar wisten of behoorden te weten ‘dat een faillissement dreigde, of in kanstermen: dat er een aanmerkelijke kans was dat een faillissement zou volgen’. Wibier rept over de wetenschap van een ‘op handen zijnde insolventie’ van de schuldenaar.¹⁶ De Weijs meent dat het erop aankomt dat er ‘een indicatie is van mogelijke insolventie’¹⁷ of dat er ‘in principe voor de partijen tekenen van naderende

12 Als de Hoge Raad bijvoorbeeld ook Rb. Den Haag 30 januari 2002, JOR 2002/120; Hof Den Bosch 14 maart 2006, LJN: AW4177; Hof Den Haag 6 februari 2007, LJN: AZ7997; JOR 2007/103, nt. Faber.

13 HR 19 oktober 2001, JOR 2001/269, nt. Faber; NJ 2001, 654.

14 HR 2 februari 2007, LJN: AZ1611.

15 Annotatie onder het hiervoor besproken HR 17 november 2000, NJ 2001, 272.

16 Wibier, WPNR 6548 (2004). Instemmend zijn Abendroth, Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen, in: Van Solinge e.a., De financiering van de onderneming, Deventer: Kluwer 2006, p. 55, Nijburg, MvV maart 2007, p. 58, en, naar het schijnt, Van Nielen/Bartels, NTBR 2006/5, p. 182.

17 De Weijs, WPNR 6652 (2006).

insolventie van de schuldenaar dienen te zijn geweest'.¹⁸ Deze benadering komt mij te ruim voor.¹⁹ Een naderende insolventietoestand is mogelijk wel relevant, maar de tekst van artikel 42 Fw is duidelijk: vereist is dat de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht een rechtshandeling heeft verricht waarvan hij bij dit verrichten 'wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers'. Wetenschap richt zich derhalve op benadeling van de (overige) schuldeisers, niet op het bestaan van een (eigen, insolvente) toestand. Indien deze auteurs 'wetenschap' benaderen vanuit de toepassing van het voorschrift van artikel 42 lid 2, en derhalve het oog hebben op 'wetenschap' bij de wederpartij van de schuldenaar, dan ook ontstijgen de aangegeven opvattingen de tekstuele context. Het gaat om wetenschap van benadeling van de (overige) schuldeisers.²⁰

Weer een andere interpretatie is die van Van Koppen. Hij bestrijdt Van Schilfwaardes aanmerkelijke kanscriterium, omdat dit onvoldoende is voor het aannemen van wetenschap van benadeling. Van Koppen drukt zich uit in een percentage: als er meer dan 95% zekerheid is dat de gewraakte rechtshandeling benadeling van schuldeisers oplevert, is sprake van het vervuld zijn van het vereiste van wetenschap van benadeling.²¹ Ik zie weinig in een aanpak gebaseerd op een procentuele schatting. Zij is mijns inziens ook vreemd aan het zoeken naar de betekenis van juridische begrippen.

Weer een andere auteur zoekt het in de strekking van de rechtshandeling. Vernietiging is volgens Verstijlen geboden 'op een moment dat het faillissement nog niet zeker is' ten aanzien van rechtshandelingen 'die ertoe strekken de schuldeisers te benadelen voor het geval dat het faillissement wordt uitgesproken', hetgeen zijns inziens bij een (in het verleden aangegaan) boetebeding het geval is.²²

De uitwerking in de praktijk is natuurlijk duidelijk. Hoe ruimer de eis van wetenschap wordt gesteld, des te eerder zullen bonafide wederpartijen terugschrikken behulpzaam te zijn bij het financieel gezond maken van de debiteur. Ik kom hierop nog terug. Mede om deze reden heeft Van Hees zich gekeerd tegen Van Schilfwaardes criterium dat voor de toepassing van de

18 De Weijs, WPNR 6686 (2006).

19 In De Weijs en Huurdeman, WPNR 6713 (2007), wordt aangegeven dat De Weijs niet betoogt dat bekendheid met tekenen van naderende insolventie een voldoende voorwaarde zou zijn voor het aannemen van de wetenschap van benadeling: 'Slechts betoogd is dat ... het een noodzakelijke voorwaarde is en dat aan deze voorwaarde geen strenge eisen gesteld kunnen worden.'

20 In deze zin ook Faber, annotatie onder Hof Den Haag 6 februari 2007, JOR 2007/103.

21 Zie Van Koppen, in: Jaarboek Insolad 2001, p. 17.

22 Zie Verstijlen, De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2006, p. 141.

pauliana voldoende zou zijn de enkele wetenschap van ‘een aanmerkelijke kans’. Zijns inziens valt de vraag of sprake is van wetenschap van benadeling uiteen in twee deelvragen: (i) is er sprake van wetenschap (in de zin van weten of behoren te weten) dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers worden verminderd, en (ii) is er wetenschap (in dezelfde zin) dat de schuldeisers daadwerkelijk minder zouden ontvangen:

‘met andere woorden dat een faillissement (of andere vorm van verhaalsuitoefening) zou volgen. De enkele wetenschap van een – al dan niet aanmerkelijke – kans daarop lijkt mij onvoldoende voor een bevestigende beantwoording.’²³

Een laatste uitlegvariant steunt op het arrest van Hoge Raad 26 augustus 2003²⁴ in een zaak waarin de gewone pauliana (art. 3:45 BW) aan de orde is. De Hoge Raad stelt in een rechtsoverweging – over een oordeel van het hof, dat feitelijk is en niet in cassatie kan worden getoetst – voorop:

‘(...) dat het bij benadeling in de zin van artikel 3:45 BW gaat om daadwerkelijke benadeling. Van onrechtmatig handelen kan te dezer zake slechts sprake zijn indien met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers benadeeld zouden worden’.

Het schijnt mij toe dat in het woord ‘voorzien’ de ‘wetenschap’ van benadeling schuilgaat. Deze benadering in termen van ‘met een redelijke mate van waarschijnlijkheid’ kiest ook Van Eeghen in zijn recente dissertatie.²⁵ In een nog recentere dissertatie verdedigt Van Dijk: ‘In mijn ogen dient er met redelijke mate van waarschijnlijkheid te worden voorzien dat bij de schuldenaar financiële problemen dreigen of er al zijn’. De auteur ziet er mijns inziens aan voorbij dat het gaat om ‘voorzienbaarheid’ (wetenschap), niet van dreigende problemen, maar van benadeling van de schuldeisers.²⁶ In het oordeel van de Hoge Raad krijgt de ‘wetenschap van benadeling’ de betekenis van wetenschap van ‘daadwerkelijke benadeling’, dat wil volgens hem zeggen: wetenschap van een met redelijke mate van waarschijnlijkheid te voorziene benadeling van de schuldeisers. In zijn conclusie vóór HR 2 februari 2007, LJN: AZ1611, trekt advocaat-generaal Huydecoper de grens iets strikter. Zijns inziens mag de eis worden gesteld:

23 Van Hees, De wetenschap van de pauliana, in: 10 jaar “JOR”. Alsnog geannoteerd, Den Haag: Sdu 2006, p. 146 e.v.

24 HR 26 augustus 2003, JOR 2003/211, nt. Van Hees; NJ 2004, 549.

25 Van Eeghen, Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement (diss. Tilburg), 2006, p. 141.

26 Van Dijk, De faillissementspauliana: revisie van een relict (diss. Tilburg), 2006, p. 71 e.v.

‘(...) dat betrokkenen “wetenschap” hebben van de bedoelde gevolgen, en dat die gevolgen niet slechts potentieel zijn, maar “werkelijk” (dat betekent, volgens mij, in dit verband: met een *aanzienlijke* mate van waarschijnlijkheid te verwachten [cursivering van mij; BW].

5 Aard van de rechtshandeling

Artikel 42 leden 2 en 3 Fw bevat een tweetal bepalingen dat, naar gelang van de aard van de rechtshandeling, verschillende regels kent ter zake van de aanwezigheid van bedoelde wetenschap en daaraan tevens verschillende rechtsgevolgen verbindt. De hoofdonderscheiding tussen beide is dat artikel 42 lid 2 Fw betrekking heeft op een (een- of meerzijdige) rechtshandeling om baat en artikel 42 lid 3 Fw op de rechtshandeling om niet. De bepalingen luiden als volgt. Artikel 42 lid 2 Fw:

‘Een rechtshandeling anders dan om niet, die hetzij meerzijdig is, hetzij eenzijdig en tot een of meer bepaalde personen gericht, kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degenen met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.’

Artikel 42 lid 3 Fw:

‘Wordt een rechtshandeling om niet wegens benadeling vernietigd, dan heeft de vernietiging ten aanzien van de bevoordeelde, die wist noch behoorde te weten dat van de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, geen werking, voor zover hij aantoonde dat hij ten tijde van de faillietverklaring niet ten gevolge van de rechtshandeling gebaat was.’

Artikel 42 lid 3 Fw is alleen van toepassing is op een meerzijdige rechtshandeling om niet (zijnde een eenzijdige overeenkomst). Het vereiste inzake wetenschap van benadeling, aanwezig bij de geadresseerde, wordt in artikel 42 lid 2 Fw niet gesteld ten aanzien van een ongerichte rechtshandeling, anders dan om niet. Dit zou, gezien het ongerichtheidskarakter van de rechtshandeling, ook amper voorstelbaar zijn. Artikel 42 lid 3 Fw gaat van de impliciete veronderstelling uit dat een rechtshandeling om niet benadelend is, zij het dat ‘benadeling’ door de curator zal moeten worden bewezen. De ‘wetenschap van benadeling’ speelt in de paulianaregel van lid 3, echter wel in de regel van derdenbescherming die het effect van vernietiging (voorwaardelijk) haar werking ontnemt.

In de vermogensrechtelijke literatuur wordt in een enkel geval gestreden over de vraag welke rechtshandeling in welke categorie kan worden ondergebracht.²⁷ Over een overeenkomst tot indeplaatsstelling (nieuwe huurder in de plaats van de gefailleerde) is geoordeeld dat deze geen overeenkomst om niet is, zodat artikel 42 lid 3 Fw buiten toepassing blijft.²⁸ Het verstrekken van zekerheden tegenover het afzien van executiemaatregelen en/of het verlenen van uitstel van betaling is evenmin een rechtshandeling om niet,²⁹ hoewel in de rechtspraak ook anders wordt geoordeeld, bijvoorbeeld ten aanzien van een hypotheekstelling door de schuldenaar die als een rechtshandeling om niet wordt aangemerkt, zodat voor de vernietiging ex artikel 42 Fw volgens het hof alleen aan de zijde van de schuldenaar de wetenschap van de benadeling van zijn schuldeisers moet worden vastgesteld.³⁰ Deze zienswijze is alleen juist indien het gestelde in lid 3 als een verbijzondering van lid 1 wordt beschouwd. Lid 3, zelfstandig gelezen, stelt het vereiste van wetenschap van benadeling bestaand bij de schuldenaar niet.

Ik noem nog drie voorbeelden. De vraag is welk karakter een enkele hoofdelijke aansprakelijkstelling of een borgtocht heeft, die door een directeur-grotaandeelhouder jegens de bv respectievelijk door een dochtervennootschap voor een kredietenschuld van het gehele concern wordt aangegaan. Goed verdedigbaar is dat dit een rechtshandeling om niet is, maar uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat de aansprakelijkstelling of borgtocht is gegeven juist met het oog op het verkrijgen van financiering voor de onderneming. In dat laatste geval is sprake van een rechtshandeling om niet.

Ten aanzien van de nakoming van een natuurlijke verbintenis heb ik verdedigd dat zij een rechtshandeling anders dan om niet vormt. De rechtshandeling houdende versterking van een natuurlijke verbintenis is in mijn opvatting een rechtshandeling van procesrechtelijke aard. Aan de natuurlijke schuldeiser wordt een rechtsvordering verschafte om de aan hem reeds toekomende, tot nu toe niet-afdwingbare, vermogensrechtelijke aanspraak geldend te maken.³¹

In haar oratie van vorig jaar kwalificeert Lennarts het besluit tot betaalbaarstelling van dividend door het bestuur als een rechtshandeling om niet op de mijns inziens juiste grond, dat de destijds door de aandeelhouder verrich-

27 Zie de literatuur vermeld in *Losbladige Vermogensrecht (Mellema-Kranenburg)*, art. 3:45 BW, aant. 72.

28 Rb. Den Haag 11 maart 1996, JOR 1996/37, nt. Kortmann.

29 Zie Hof Den Bosch 25 oktober 2005, NJF 2006, 123; Rb. Leeuwarden 17 januari 2007, LJN: AZ7612.

30 Hof Den Haag 24 maart 1998, JOR 1998/153.

31 Zie Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. VU) Amsterdam: 1988, par. 761 e.v. en par. 789 e.v. *Losbladige Faillissementswet (Van Hees)*, art. 42, aant. 8, acht dit standpunt betwistbaar, overigens zonder een argumentatie te geven.

te storting op de aandelen niet is gedaan met het oog op juist die betaalbaarstelling. Hierna zal ik overigens bestrijden dat een rechtspersonenrechtelijke rechtshandeling met behulp van de pauliana kan worden vernietigd. Ik kom aan het slot van deze beschouwing op het verschijnsel ‘aard’ van de rechtshandeling om niet terug.

6 Wetenschap aan de zijde van de wederpartij

Artikel 42 lid 2 Fw stelt – bij de rechtshandeling anders dan om niet – het aanvullende vereiste inzake wetenschap van benadeling aan de zijde van de geadresseerde. Degene met wie of jegens wie de schuldenaar handelde, moet bij het verrichten van de rechtshandeling weten dan wel behoren te weten dat van het verrichten van de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Evenals bij toepassing van artikel 42 lid 1 Fw is ook bij artikel 42 lid 2 Fw het oogmerk om de (andere) schuldeisers te benadelen geen vereiste:

‘Kennis van de omstandigheden, waaronder de schuldenaar handelde, bekend met de voor de schuldeisers nadeelige gevolgen dier handeling, is (...) voor zooveel den derde betreft de eenige natuurlijke voorwaarde voor de Pauliana’,

aldus de toelichting.³² Het weten (dan wel sedert 1 januari 1992: behoren te weten) dat de schuldeisers worden benadeeld, is voldoende:

‘Wanneer, om welke reden dan ook, degene, met wie of te wiens behoeve de gefailleerde handelde, niet de vereischte wetenschap bezat, ontbreekt de grondslag der Pauliana, die gericht is *niet* tegen den failliet, maar juist tegen den *derde*, met wien of te wiens behoeve gehandeld werd, op grond van diens medeweten, dat is van diens *schuld*.’³³

Die wederpartij is niet altijd een natuurlijke persoon bij wie het zijn van rechtssubject samenvalt met het hebben van besef om een oordeel over het al dan niet bestaan van ‘wetenschap van benadeling’ te kunnen vormen. De wederpartij zal vaak een rechtspersoon zijn te wiens behoeve een werknemer of een bestuurder optreedt. Moet voor de toepassing van artikel 42 Fw bijvoorbeeld de wetenschap van een vertegenwoordiger gelijk worden gesteld met die van de vertegenwoordigde? Al vroeg is dit in de rechtspraak

³² MvT bij Van der Feltz I (1896), p. 441.

³³ Regeringsantwoord bij Van der Feltz I (1896), p. 442 op (de cursiveringen staan in het citaat).

aangenomen.³⁴ De wetenschap van de enige statutair bestuurder wordt toegerekend aan de desbetreffende bv.³⁵ Uiteraard rijzen dan vragen over de mogelijke gelijkstelling of toerekening van wetenschap indien een niet-statutair bestuurder dan wel een ander orgaan van de rechtspersoon-wederpartij heeft gehandeld. In de rechtspraak worden deze vragen in het algemeen bevestigend beantwoord. Toerekening van wetenschap geschiedt in het geval van een niet vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder ten opzichte van een coöperatie (bank).³⁶ Ook is aangenomen dat wetenschap van het ene orgaan relevant is ter beoordeling van de positie van het andere orgaan. Zo neemt Hof Amsterdam 12 januari 1944 vereenzelviging van wetenschap aan in een geval dat de (enige) directeur van de nv ook de (enige) aanwezige bij de algemene vergadering van aandeelhouders was, in welke vergadering het besluit tot aangaan van de bewuste transactie werd genomen.³⁷ Hetgeen hier is gesteld ten aanzien van de wederpartij-rechtspersoon geldt mijns inziens *mutatis mutandis* ten aanzien van de schuldenaar-rechtspersoon.

De wetsgeschiedenis van de Faillissementswet ten aanzien van artikel 43 Fw noopt thans in een dergelijk geval tot een meer strikte toerekening. Gewezen is op de eigen rechtspersonenrechtelijke verantwoordelijkheid van een ledenvergadering of van een vergadering van aandeelhouders en hun invloed op het bestuur: '(...) de bevoegdheid om invloed uit te oefenen kan niet leiden tot aansprakelijkheid', aldus de memorie van antwoord, hiermee kennelijk tot uitdrukking brengend dat alleen door het bestuur van de rechtspersoon verrichte transacties bloot kunnen staan aan vernietiging door middel van de pauliana indien wetenschap bij één der (niet-handelende) organen aanwezig is.³⁸ Met Wezeman acht ik toerekening van wetenschap van een ander orgaan in uitzonderingssituaties echter wel denkbaar.³⁹ Winter⁴⁰ neemt bijvoorbeeld aan dat bij een besluit tot uitkering (bijvoorbeeld van vrije reserves), dat wordt genomen door de vergadering van aandeelhouders van een dochtervennootschap (die vergadering van aandeelhouders is de moedermaatschappij) en waarbij de wetenschap van benadeling bij de moedermaatschappij niet, maar bij het bestuur van de dochter wel aanwezig is, de dochter dan wetenschap van benadeling bezit

34 Zie HR 2 januari 1930, NJ 1930, p. 1254 e.v., nt. EMM; W 12 170, nt. SB; Hof Amsterdam 17 oktober 1935, NJ 1936, p. 653 e.v.; Hof Den Bosch 4 februari 1964, NJ 1965, 403.

35 Hof Den Bosch 4 november 1996, NJ 1997, 444.

36 Rb. Breda 24 juni 1941, NJ 1942, 167.

37 Hof Amsterdam 12 januari 1944, NJ 1944/45, 294.

38 De MvA Tweede Kamer, zie Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 138 e.v.

39 Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen), p. 455.

40 Winter, Concernfinanciering (diss. Groningen), Groningen: 1992, p. 247.

die aan de moeder kan worden toegerekend. Zie ik het wel dan houdt deze opvatting verband met Winters zienswijze dat met de pauliana het besluit vernietigd dient te worden. Deze opvatting wordt gedeeld door Lennarts in haar zo-even genoemde Utrechtse oratie. Zelf meen ik het besluit (houdende betaling aan de moeder), als zijnde een rechtspersonenrechtelijke rechtshandeling van eigen aard, geen object van de pauliana kan zijn. Dat is wel het geval met de rechtshandeling die voortbouwt op dit besluit (de op basis van het besluit verrichte betaling), zodat aan toerekening van wetenschap aan de moeder geen behoefte bestaat.

7 Wetenschap en meer wederpartijen

De wederpartij, die de geadresseerde van de mogelijk te vernietigen rechtshandeling is, bestaat soms ook uit meer rechtssubjecten, bijvoorbeeld bij een overeenkomst tussen A ter ene zijde en B, C en D ter andere zijde of bij een meerpartijenovereenkomst waarbij meer partijen alle jegens elkaar verbintenissen zijn aangegaan. Indien meer personen als wederpartij optreden, rijst de vraag of de wetenschap die bij één van hen bestaat voldoende is om de overeenkomst te kunnen vernietigen. Als de schuldenaar niet één, maar meer personen als wederpartij had, dient de wetenschap bij allen te bestaan, aldus een wat oudere uitspraak.⁴¹ Dit is ook de opvatting van De Serière.⁴² Deze auteur gaat er bij een bankensyndicaat in beginsel vanuit dat de wetenschap van het ene syndicaatslid niet aan het andere kan worden toegerekend, maar hij acht dit wel mogelijk indien de agent als vertegenwoordiger voor de andere syndicaatsleden optreedt. Een andere benadering heeft de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank rekent de wetenschap van de ene koper (die schrijft dat de transactie 'in het licht van de andere crediteuren niet de meest elegante oplossing' was) op grond van vertegenwoordiging toe aan een medekoper.⁴³

Ik zou een verklaring willen zoeken die aansluit bij het effect van de ingeroepen vernietiging. Bij de toepassing van de gewone pauliana heeft de vernietiging een relatief effect, zie artikel 3:45 lid 4 BW. De vernietiging werkt alleen ten behoeve van de schuldeiser die haar inroept, en zij werkt niet verder:

'dan nodig is ter opheffing van de door hem ondervonden benadeling'

41 Zie Hof Den Bosch 8 juni 1926, W 11 728.

42 De Serière, Enige opmerkingen omtrent financiële herstructurering en (faillissements)pauliana, in: Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid, Serie Onderneming en Recht*; deel 1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 81.

43 Rb. Rotterdam 25 september 1997, Tvl-Nieuwsbrief 1997, p. 76.

(art. 3:45 lid 4, slot BW). Ten aanzien van alle anderen (dan de schuldeiser die haar inroept) blijft de desbetreffende rechtshandeling geldig en heeft zij in beginsel de normale gevolgen. In de Faillissementswet is echter niet een bepaling van een dergelijke strekking opgenomen. De memorie van toelichting merkt op dat in artikel 42 Fw het bepaalde in het slot van artikel 3:45 lid 4 BW niet is overgenomen in verband met de woorden 'ten behoeve van de boedel'.⁴⁴

De leer van de relatieve werking van de vernietiging op grond van de faillissementspauliana wordt echter algemeen gevolgd.⁴⁵ Zie bijvoorbeeld advocaat-generaal Timmerman, conclusie vóór HR 16 april 2004, LJN: AO3165, die de consequentie van de relativiteit met betrekking tot een door de curator bewerkstelligde nietigheid van een cessieovereenkomst bespreekt. Deze is aangegaan tussen de (thans) failliet en een derde (Cats) en betreft de cessie van een vordering op de Provincie Zuid-Holland. Timmermans meent dat Cats vanwege de 'relativiteit van de pauliananietigheid' enerzijds schuldeiser van de Provincie is en anderzijds dat Cats uit hoofde van bescherming van de crediteuren niettemin geacht moet worden niet inningsbevoegd te zijn: 'Slechts in de verhouding tussen Cats en de boedel valt het vorderingsrecht op de Provincie in de boedel'. De vernietiging op de voet van artikel 42 Fw werkt alleen jegens de curator q.q. in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel (en langs deze weg derhalve ten voordele van de faillissementscrediteuren). Om deze reden kan alleen de curator haar inroepen, niet iemand die met de schuldenaar handelde en evenmin de schuldenaar zelf. Deze exclusieve procedurele bevoegdheid krijgt gestalte in artikel 49 lid 1 Fw. Ten aanzien van de overige schuldeisers behoudt de rechtshandeling zo veel mogelijk haar beoogde gevolgen, want de rechtshandeling is niet verder nietig dan nodig is om de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers op te heffen.⁴⁶ Na een geslaagde terugvordering bevindt het paulianeus overgedragen goed zich in de boedel, maar enkel en alleen om ten behoeve van de schuldeisers te worden geliquideerd.

Het antwoord op de vraag of de overeenkomst tussen schuldenaar A en diens wederpartijen B, C en D bijvoorbeeld ten opzichte van D (waarvan vaststaat dat deze wetenschap van benadeling heeft) vernietigbaar is, is dan afhankelijk van de vraag of de desbetreffende overeenkomst deelbare ver-

⁴⁴ MvT, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 392.

⁴⁵ Zie Wessels Insolventierecht III (2007), par. 3238.

⁴⁶ Vergelijk Hof Leeuwarden 12 april 2006, JOR 2006/196, nt. Loesberg (hoger beroep van Rb. Groningen, sector kanton, 14 juli 2005, JOR 2005/255, nt. Loesberg) inzake de vernietiging van een overeenkomst van pacht (van een horecaonderneming) welke zonder gevolg blijft voor opeenvolgende pachters.

bintenissen in zich bergt. Deze opvatting, die ik kan billijken, is zeer onlangs door Hof Arnhem⁴⁷ gevolgd. Het hof stelt voorop

‘dat van ondeelbaarheid van een rechtsverhouding in die zin dat daarentrent door de rechter slechts kan worden beslist in een geding waarin alle bij deze rechtsverhouding betrokkenen partij zijn, sprake is indien het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van al die betrokkenen in dezelfde zin luidt. Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding en/of van de ingestelde vordering daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn’.

In het onderhavige geval koppelt het hof de mogelijkheid van vernietiging aan de ‘aard en inhoud’ van de paulianavordering waarin volgens het hof besloten ligt dat

‘alleen de curator zich (ten behoeve van de boedel) op het gebrek in de rechtshandeling mag beroepen, dat de nietigheid slechts ten opzichte van de boedel intreedt en dit slechts doet voor zover door de betrokken rechtshandeling crediteuren zijn benadeeld en dat de rechtsgevolgen van de nietigheid slechts ten opzichte van de boedel werken’.

Het is deze idee (niet zozeer aard of inhoud, maar mijns inziens het rechtseffect van de rechtsvordering die met de pauliana wordt ingesteld) die in de zienswijze van het hof meebrengt:

‘dat als een rechtshandeling door middel van een dergelijke vordering wordt aangetast, de beslissing ten aanzien van alle bij die rechtshandeling betrokken partijen geenszins dezelfde behoeft te zijn.’

8 Causaliteitsvereiste

Gezien haar tekst noopt artikel 42 lid 1 Fw tot het zoeken van een antwoord op een vraag van causaliteit, namelijk die van het oorzakelijke verband tussen een ‘rechtshandeling’ en de benadeling die daarvan ‘het gevolg zou zijn’. In de rechtsliteratuur wordt als ik het goed zie deze vraag zelden als zelfstandig vraagstuk onder ogen gezien. Van Hees introduceert een connexiteitsvereiste. De benadeling dient zijns inziens niet te worden gemeten aan de

⁴⁷ Hof Arnhem 17 april 2007, LJN: BA4900.

wijze van afwikkeling van de overeenkomst, maar moet worden getoetst naar het moment van totstandkoming daarvan:

‘De benadeling dient voort te vloeien uit de overeenkomst zelf, en te worden beoordeeld naar alle omstandigheden van dat moment, zoals het feit dat dan vaststaat dat de betaling door de wederpartij plaats zal vinden op een rekening die een debetstand vertoont, alsmede dat een concursus dreigt. Er moet met andere woorden een zekere mate van connectie bestaan tussen de overeenkomst en de benadeling. Daarnaast zal moeten worden aangetoond dat partijen op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst wetenschap hadden van deze benadeling. Benadeling die niet voortvloeit uit de overeenkomst zelf, of later verkregen wetenschap van benadeling, dienen deze niet aantastbaar te maken.’⁴⁸

In deze beschouwing wordt overigens geen acht geslagen op het element ‘behoren te weten’.

Zelf heb ik verdedigd⁴⁹ dat gezocht moet worden naar een oorzakelijkheidsverband dat loopt via de band van ‘weten’ respectievelijk ‘behoren te weten’ dat benadeling van de rechtshandeling ‘het gevolg zou zijn’. In deze elastische benadering zullen verscheidene gezichtspunten een rol kunnen spelen, waaronder de al dan niet onverbreekelijkheid van de (niet afzonderlijk te beschouwen) rechtshandelingen, de inhoud en de strekking van de gehele transactie gezien als één geheel, de vraag wat uiteindelijk per saldo het gevolg is, alsook wat deze partijen weten en behoorden te weten, mede gemeten hun ervaring en voorkennis, en de tijd die er tussen de verschillende acties (‘rechtshandelingen’) verloopt.⁵⁰ Positief ten aanzien van deze ‘elastische benadering’ is De Weijs⁵¹ en ook Van Dijck kiest voor een bredere gezichtspuntenbenadering, zij het dat deze auteur kritisch is ten aanzien van de uitwerking van de hiervoor genoemde elastische benadering.⁵²

48 Van Hees, Enkele pauliana-perikelen, in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en Recht, deel 7, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 567 e.v.

49 In Polak-Wessels, *Insolventierecht III* (2003), par. 3056 e.v.

50 In zijn conclusie vóór HR 2 februari 2007, LJN: AZ1611, spreekt advocaat-generaal Huydecoper over een samenhang tussen de vereisten ‘benadeling’ en ‘wetenschap’, die gelijk is op die van ‘communicerende vaten’.

51 Zij het kennelijk alleen beperkt tot overwaardearrangementen, zie De Weijs, WPNR 6652 (2006).

52 Zie Van Dijck, diss. 2006, p. 122. Ten onrechte meent overigens deze auteur dat de aanleiding voor deze benadering in de figuur van het overwaardearrangement is gelegen.

Hartkamp lijkt in het geheel geen causaliteitsverband te willen eisen. Zo meent hij dat verkoop van goederen tegen een normale prijs binnen het bereik van artikel 3:45 BW ligt, waarbij echter bijkomende omstandigheden kunnen bewerkstelligen dat er van benadeling van schuldeisers sprake is.⁵³ De vraag rijst of met een dergelijke beschouwing de door artikel 42 Fw verlangde causaliteit (weten dan wel behoren te weten dat benadeling het gevolg zou zijn) wel in voldoende mate tot haar recht komt. Vriesendorp is van mening dat zodra er maar enigszins gereede twijfel bestaat over de haalbaarheid van een reorganisatie van de onderneming, er een (al dan niet geobjectiveerde) wetenschap van benadeling is. De vraag rijst hier of het woord 'gevolg' in artikel 42 lid 1 in dergelijk ruime termen kan worden gevat. In dit geval gaat het niet over het oorzakelijke verband tussen rechtshandeling en benadeling, maar om de relatie (objectieve) 'wetenschap' en benadeling.⁵⁴

Ik ga minder ver. Het vereiste van benadeling moet worden beoordeeld naar het moment dat de pauliana wordt ingeroepen of dat daarover in rechte wordt beslist (moment I). De wetenschap van die benadeling moet worden beoordeeld naar het moment van het aangaan c.q. verrichten van de desbetreffende handeling (moment II). Die wetenschap betreft niet de kans van benadeling, maar (het vereiste) dat met redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers daadwerkelijk benadeeld zouden worden.⁵⁵ Ik geef een voorbeeld. Bij een financiering tegen zekerheden, aangegaan in mei 2005, met een faillissement in juni 2006, zal het zelden voorkomen dat in mei 2005 wetenschap bestaat van benadeling die zich metterdaad voordoet in juli 2007 (op het moment dat de curator de pauliana inroept) dan wel in augustus 2008 (indien over de vernietigbaarheid in rechte wordt beslist). Ook een kredietverlening tegen zekerheden een maand vóór datum faillissement zal in het algemeen geen pauliana rechtvaardigen. Zwakke financiële omstandigheden sec zijn onvoldoende om wetenschap van daadwerkelijke benadeling aan te nemen. Hoe ruimer het tijdsverloop tussen de momenten I en II des te minder lijkt de mogelijkheid te bestaan om een pauliana-actie succesvol te doen zijn. En voorts: hoe verder verwijderd van moment II er metterdaad van benadeling blijkt, des te minder lijkt een geslaagde pauliana voor de hand te liggen, omdat in het algemeen niet aan het wetenschapsvereiste zal zijn voldaan.

De Hoge Raad heeft voor het insolventierecht in 1995 de eerder in *civilibus* aanvaarde leer van de middellijke benadeling bevestigd:

53 Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 442.

54 Vriesendorp, Eenheid in verscheidenheid, in: bundel *Erudita Ignorantia*, 1992, p. 191.

55 HR 26 augustus 2003, JOR 2003/211, nt. Van Hees; NJ 2004, 549, hiervoor aangehaald.

‘Benadeling moet aanwezig zijn op het tijdstip waarop de schuldeiser zijn rechten doet gelden (HR 23 december 1949, NJ 1950, 262). Indien (...) in rechte wordt gestreden over de vraag of de schuldeiser terecht beroep doet op artikel 1377 BW (oud), is het met betrekking tot de door dat artikel vereiste benadeling nodig, doch ook voldoende dat zij aanwezig is ten tijde dat omtrent het beroep op die bepaling wordt beslist.’⁵⁶

De aanvaarding van deze leer brengt met zich dat aan het vereiste van wetenschap (ook) is voldaan wanneer tijdens het verrichten van de onverplichte rechtshandeling verwacht mocht worden dat toekomstige schuldeisers op het moment van de faillietverklaring schuldeiser zouden zijn en dat van daadwerkelijke benadeling blijkt op het tijdstip dat de pauliana wordt ingesteld dan wel daarover in rechte wordt beslist. Hierin ligt naar mijn mening een adequatiecriterium besloten, te weten de mate waarin de benadeling te verwachten was respectievelijk redelijkerwijs (‘behoorde te weten’) kon worden verwacht. Verstijlen en Vriesendorp⁵⁷ zien de noodzaak van een causaal verband of een adequatiecriterium niet en werpen mij voor de voeten dat de toepassing van de pauliana te ingewikkeld wordt.⁵⁸ Deze laatste opmerking is niet zuiver, omdat de tekst nu eenmaal (‘(...) het gevolg zou zijn’) een oorzakelijkheidsverband als vereiste stelt.⁵⁹

9 Wetenschap van ‘insiders’

Het spreekt voor zich dat de ene schuldeiser méér van een debiteur weet dan de andere. De ene schuldeiser doet al jaren zaken met zijn wederpartij en kent of is gewend geraakt aan diens betalingsgedrag. De andere schuldeiser is alleen maar een incidentele leverancier. Er zijn talloze signalen die op een 5-vóór-12-situatie en een mogelijk naderend faillissement kunnen wijzen: er worden lagere verkoopprijzen dan gewoonlijk gehanteerd respectievelijk geaccepteerd; er worden kredietlimieten ‘volgetrokken’ dan wel overschreden; debiteuren worden geïnd met het toestaan van ongebruikelijke betalingskortingen; uitstaande vorderingen worden versneld geïnd; de betaling van enkele schulden wordt telkens weer uitgesteld; er vinden opmerkelijke bank- en kastransacties plaats; een bepaalde schuldeiser wordt vóór de vervaldatum voldaan; in de administratie komen afboekingen voor (hetgeen kan wijzen op een overdracht om niet ter voldoening aan een openstaande schuld), enzovoort. De vereisten voor het instellen van de faillissementspau-

⁵⁶ HR 22 september 1995, NJ 1996, 706, nt. HJS.

⁵⁷ Verstijlen en Vriesendorp, WPNR 2004 (6602-6603).

⁵⁸ Verstijlen en Vriesendorp, WPNR 2004 (6602-6603) in de bespreking van de serie Polak-Wessels, Insolventierecht.

⁵⁹ Instemmend met mijn benadering zijn De Weijts, WPNR 6652 (2006) en, zij het minder expliciet, Van Eeghen, diss. (2006), p. 141 e.v.

liana, in het bijzonder het geobjectiveerde wetenschapsvereiste, moeten vaak worden toegepast op een partij die in hoedanigheid geïnformeerd is over de financiële positie van de debiteur. Dit algemene of meer bijzondere inzicht in de vermogens- en liquiditeitspositie hangt samen met de rol die deze partij vervult.

Globaal ingedeeld kunnen er drie categorieën van ‘insiders’ worden onderscheiden:

(a) aandeelhouders, in het bijzonder de enig-aandeelhouder en de grootaandeelhouder, zullen in het algemeen goed en systematisch geïnformeerd zijn. In hun hoedanigheid ontvangen zij de jaarrekening en het jaarverslag, en soms ook andere financiële rapportages (liquiditeitsoverzicht; onderhanden werkstaat, en dergelijke);

(b) kredietinstellingen hebben vaak een grondig inzicht. Dat kan zijn ontleend aan gepubliceerde cijfers. Daarnaast kunnen afzonderlijke informatieverplichtingen zijn overeengekomen en zal de bank wetenschap kunnen opbouwen aan de hand van de financiële transacties die via haar zijn geleid. Niet zelden zal een bank in een betrekkelijk laat stadium van een verslechterde situatie kennis krijgen en dan haar maatregelen treffen door voorwaarden te stellen aan het beschikbaar stellen van aanvullend krediet, aan de noodzaak van investeringen hier en van desinvesteringen daar, en dergelijke;⁶⁰

(c) adviseurs, zoals een notaris, accountant, advocaat of organisatieadviseur, die door de aard van de opdracht wel van de financieel precaire situatie op de hoogte is of soms juist ter oplossing van de problematiek is aangetrokken. Indien van deze adviseur vrij kort vóór een faillissement de declaratie wordt voldaan, zal het vereiste van wetenschap van benadeling vrij spoedig kunnen worden aangenomen. Er is nogal wat lagere rechtspraak over (wijzen van) betaling van declaraties respectievelijk voorschotten van advocaten, accountants of interim-managers.⁶¹ Voor zover de betaling van een declaratie de voldoening van een opeisbare schuld is, zal zij met behulp van artikel 47 Fw kunnen worden vernietigd dan wel kan mogelijk sprake zijn van selectieve betaling.⁶²

29. Hoewel bij deze ‘insider’-schuldeisers (moedervenootschap; enig- of grootaandeelhouder; bank; huisaccountant; huisadvocaat) veelal geen subjectief verwijt zal kunnen worden gemaakt, zal geobjectiveerde wetenschap van benadeling vrij snel mogen worden aangenomen. Een moedermaatschappij of een kredietverlener is veelal beter op de hoogte van de gehele

60 Zie Slijkhuis, ‘De bank als kredietverschaffer/aandeelhouder’, in: Timmerman (red.), *De dubbelrol in het vennootschapsrecht* (1993), p. 63 e.v.

61 Zie Wessels *Insolventierecht III* (2007), par. 3126.

62 Vergelijk Hof Den Bosch 8 november 2005, JOR 2006/194.

financiële situatie van een dochtervennootschap respectievelijk geldlener dan een incidentele handelscrediteur dat is. Systematisch is het passend om bij dergelijke 'insider' schuldeisers te verwachten dat zij eerder dan wel beter weten en dat van hen vrij snel kan worden aangenomen dat zij wisten respectievelijk behoorden te weten dat van een rechtshandeling benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. In deze zin reeds Langman die uit HR 16 januari 1987, NJ 1987, 528, nt. G, citeert, dat het gegeven dat de desbetreffende bank '(...) in deze situatie de mogelijkheid van faillissement of surseance van betaling onder ogen zag inherent (is) aan het bankbedrijf (...)'.⁶³

De vraag of de schuldenaar (en diens wederpartij) wist of behoorde te weten dat van de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, is overigens een feitelijke vraag.⁶⁴ Tegen de hiervoor geschetste achtergrond kom ik tot behandeling van de in de inleiding aangekondigde vragen.

10 Afschaffen vereiste van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar

Van Galen heeft de interessante vraag opgeworpen naar de reden voor het stellen van het vereiste van wetenschap van benadeling aan de zijde van de schuldenaar.⁶⁵ In zijn opvatting speelt diens wetenschap geen rol meer aangezien het erom gaat vast te stellen dat de wederpartij zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid jegens zijn gezamenlijke medeschuldeisers heeft gedragen. Hij verwijst naar de parlementaire stukken, waarin onder meer wordt opgemerkt:

'(...) De schuldeischer (...) mag gezegd worden in strijd te handelen met de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeisers in acht te nemen, wanneer hij onder die omstandigheden nog betaling van zijn schuldenaar vraagt en aanneemt, en zich op die wijze aan de concursus onttrekt.'⁶⁶

De verwijzing naar deze passage acht ik op zich niet erg relevant, omdat zij betrekking heeft op het aangeven van de strekking achter de vernietiging van een verplichte (niet een onverplichte) rechtshandeling, als bedoeld in artikel 47 Fw. De grondslag voor de vernietiging van onverplichte rechtehandelingen ex artikel 42 Fw is een andere.

63 Langman, in: *Beschouwingen over concernfinanciering* (1993), p. 29 e.v.

64 Zie bijvoorbeeld ook Rb. Utrecht 18 februari 1998, Tvl-N 1998, p. 64, aannemend dat een schuldeiser 'een professionele financier' is en dus van de benadeling geweten moet hebben.

65 Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2000-4/5, p. 130.

66 MvT bij Van der Feltz I (1896), p. 449.

Ik zou doorslaggevend willen vinden de idee achter de paulianaregeling van herstel van wat oorspronkelijk voor verhaal van de schuldeisers aanwezig was dan wel zou moeten zijn. Ik meen dat aan het belang dat crediteuren voor benadeling worden beschermd niet kan afdoen het gegeven dat de schuldenaar wist dat van zijn (onverplichte!) rechtshandeling benadeling het gevolg zou zijn. Voorts wordt de reconstructie van de boedel nodeloos bemoeilijkt door het stellen van het vereiste van wetenschap van benadeling bij de schuldenaar. De benadeling voortvloeiend uit een onverplichte rechtshandeling *sec*, blijkend uit de enkele verstoring van de onderlinge rangorde in verhaalsrechten van hen die later faillissementscrediteuren blijken te zijn, komt mij reeds als voldoende maatschappelijke rechtvaardiging voor reconstructie voor.⁶⁷

11 Versterking bescherming van ‘insider-banken’?

Ik concentreer me nu op de groep van insider-financiers. In de literatuur is er al vroeg op gewezen dat bepaalde schuldeisers (in het bijzonder kredietverleners) meer in bescherming zouden moeten worden genomen. Zo heeft Beekhuis bepleit om het vereiste van wetenschap van benadeling in dergelijke gevallen alleen aan te nemen indien bij de schuldeiser, die zich zekerheid laat geven, (tevens) sprake is van een onbehoorlijke gedraging van zijn kant jegens bestaande of toekomstige schuldeisers. Indien de schuldeiser daarentegen in redelijkheid tot de opvatting kan komen dat het belang van de debiteur (waaronder de continuïteit van zijn bedrijf) door de kredietverlening is gebaat en hem geen bijzondere redenen bekend zijn waardoor toekomstige schuldeisers door de handeling benadeeld kunnen worden, ontbreekt in deze opvatting bedoelde onbehoorlijkheid.⁶⁸ Ook Nieuwenhuis pleit in deze richting door het gebruikmaken door de bank van haar zekerheidsrechten te koppelen aan het al dan niet verwijtbare gebrek aan zorg voor de belangen van haar medeschuldeisers, mogelijk leidend tot een onrechtmatige verstoring van de *paritas creditorum*.⁶⁹ Van Hees zoekt het in het maken van een uitzondering op het vereiste van wetenschap: geen wetenschap van benadeling wordt aangenomen zolang als redelijkerwijze rekening gehouden kan worden met het op de een of andere wijze weer financieel gezond worden van de schuldenaar.⁷⁰

Beter passend in het huidige stelsel van de toepassing van de faillissementspauliana acht ik de opvatting van Winter. Deze komt erop neer dat het ver-

67 In gelijke zin Van Dijck, diss. (2006), p. 64.

68 Zie Beekhuis, De NV 1959, p. 64. Vergelijk in deze zin ook Abendroth, a.w., p. 56.

69 Nieuwenhuis, in: Insolad Jaarboek 1998, p. 60 e.v.

70 Van Hees, in: Insolad Jaarboek 1998, p. 9.

eiste van wetenschap van benadeling betrekking heeft op wetenschap niet van mogelijke, maar van werkelijke benadeling. Indien een rechtshandeling niet onmiddellijk tot benadeling leidt, bestaat er ruimte om met verwachtingen omtrent ondernemingscontinuïteit rekening te houden.⁷¹ In de rechtspraak hebben ideeën die het wetenschapsvereiste nuanceren of relativeren amper weerklank gevonden. In verschillende arresten van de Hoge Raad wordt overwogen dat het hof uit de voorliggende feiten en omstandigheden (soms wel, soms niet) de overtuiging heeft gekregen dat wetenschap van benadeling bestond, in welk oordeel de cassatierechter niet treden kan.

Ik teken aan dat er in de wetsgeschiedenis wel een aanwijzing ligt die kan doen verwachten dat kredietinstellingen op enig begrip zouden mogen rekenen. In de toelichting op de oorspronkelijke Faillissementswet wordt opgemerkt:

‘Crediet kan men niet verleenen, indien men er niet op kan vertrouwen dat, wanneer de schuldenaar betaalt, die betaling ook voor altijd onaanastbaar blijft, al moge hij later, misschien zelfs kort daarna, in staat van faillissement geraken.’⁷²

In een enkel geval vindt deze idee ook weerklank in de rechtspraak, zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 3 oktober 2002, NIPR 2003, 208, die aanneemt dat niet sprake is van benadeling, omdat de debiteur met de kredietverlening zijn financiële moeilijkheden te boven kon komen.

Het pleidooi dat door een aantal auteurs is gehouden, is onlangs versterkt met ‘een kleine zijsprong’, ook wel ‘ontboezeming’ van advocaat-generaal Huydecoper.⁷³ Hij staat stil bij de positie van een bank die geconfronteerd wordt met een in financiële moeilijkheden geraakte cliënt-debiteur. Beëindiging van de kredietrelatie wordt soms als tekortkoming of als onrechtmatig aangevochten, terwijl uitbreiding van de kredietrelatie met verstrekking van nadere zekerheden soms ook wordt aangevochten via de pauliana of via onrechtmatige daad:

‘Ook als men wil aannemen dat het nu eenmaal aan de positie van de bankier eigen is dat hij de zojuist summier aangeduide risico's moet lopen en dat hij daarin de juiste keuzes moet maken, valt niet helemaal te ontkomen aan de indruk dat de marges waarbinnen over die keuzes valt te twisten breed zijn.’

71 Winter, diss. (1992), p. 251.

72 MvT bij Van der Feltz (1896), p. 436 e.v.

73 Conclusie vóór HR 2 februari 2007, LJN: AZ1611.

Mede door de ontwikkeling die bepaalde vermogensrechtelijke begrippen hebben doorgemaakt of nog steeds doormaken (zorgplichten; misbruik van bevoegdheid bij opzegging kredietverhouding, e.d.) sluit Huydecoper zijn (wat hij noemt) 'ontboezeming' af met het fraaie beeld dat voor menig bank 'de (zee)weg die voert tussen de Scylla van (mogelijk) paulianeuze herfinanciering en de Charybdis van als ontijdig beoordeelde krediet-afbouw, kronkelig is, en smal'. In het licht van het grote maatschappelijke belang dat gemoeid is met een adequate financiering van ondernemingsactiviteiten, óók in financieel zwakke of benarde omstandigheden, dient aan de 'insider' financier een boei te worden toegeworpen. Ik kom hier zo op terug.

12 Differentiëren naar aard en inhoud van de rechtshandeling

Eigenlijk is de paulianaregeling (in art. 3:45 e.v. BW en) in artikel 42 Fw een weinig flexibele regeling. Zij geldt voor alle rechtshandelingen en maakt – voor de toepassing van het wetenschapsvereiste – alleen een onderscheiding in rechtshandelingen niet om niet en rechtshandelingen om niet. Bij de in het bedrijfsleven gangbare rechtshandelingen niet om niet (om baat) kent artikel 42 Fw niet een verdere differentiatie, bijvoorbeeld naar aard of inhoud van de desbetreffende rechtshandeling of naar de mate van aanwezige wetenschap. In de bewijsvoering ten aanzien van het element 'wetenschap van benadeling' wordt de curator geruggesteund door artikel 43 Fw. Indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld is verricht binnen een jaar vóór de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht, wordt de in artikel 42 lid 1 Fw bedoelde wetenschap, behoudens tegenbewijs, in een zestal gevarieerde gevallen vermoed te bestaan. De bepaling is geformuleerd in de vorm van een wettelijk vermoeden, waartegen tegenbewijs openstaat. In artikel 43 Fw worden de handelingen aangewezen,

'(...) waarvan om hun verdacht karakter, in verband met het tijdstip, waarop zij verricht werden, tot op tegenbewijs vermoed wordt dat zij verricht werden met de wetenschap van benadeeling der schuldeischers. Er zijn een aantal handelingen waarvan, vooral wanneer zij in den vooravond van een faillissement verricht worden, terecht getuigd mag worden dat zij een verdacht karakter dragen, waartoe gewoonlijk wordt overgegaan in het volle bewustzijn dat de schuldeischers er door benadeeld worden en die het bewijs daarvan als het ware in zich zelve dragen. Eene omkeering van den bewijslast schijnt hier aangewezen'.⁷⁴

74 Zie MvT bij Van der Feltz I (1896), p. 443, gedeeltelijk geciteerd door Rb. Den Bosch 18 juli 1997, JOR 1997/129, nt. Faber.

De omkering van de bewijslast heeft zoals aangegeven alleen betrekking op de wetenschap van partijen.⁷⁵ De andere vereisten voor de toepassing van de pauliana ((a) rechtshandeling, (b) onverplichtheid, (c) benadeling en (d) verband tussen rechtshandeling en benadeling), dienen door de curator te worden bewezen.

Teneinde tot een meer voorspelbare toepassing van de pauliana te komen kan eraan worden gedacht van de paulianaregeling uit te sluiten een aantal handelingen die in de gewone bedrijfspraktijk schering en inslag zijn, bijvoorbeeld alle rechtshandelingen anders dan om niet, die zijn aangegaan binnen het kader van de gewone bedrijfsuitoefening zulks in overeenstemming met de geldende gewoonten en gebruiken. Ik acht me ontslagen van het voortbrengen van een tekst voor een ontwerp-wetsbepaling, maar tekstueel kan bijvoorbeeld aansluiting worden gezocht bij uitzonderingsbepalingen als artikel 2:204c lid 6 onder b BW en artikel 2:247 lid 2 BW (lid 1 is niet van toepassing op rechtshandelingen die onder de bedongen voorwaarden tot de gewone bedrijfsuitoefening van de schuldenaar behoren). Indien deze 'ongewoon' worden, zou de curator moeten kunnen volstaan met het enkele stellen hiervan, waarbij op de wederpartij de bewijslast rust aan te geven dat de verrichte handeling (i) 'gewoon' is én (cumulatief) (ii) geen benadeling teweegbrengt. Onder de uitzondering kunnen vervolgens – enuntiatief – enkele gevallen in de wet worden opgenomen, die samenhangen met de aard of de inhoud van bedoelde rechtshandelingen. Bij wijze van voorbeeld valt te denken aan gewone bankovermakingen (tenzij deze afwijken van het gangbare patroon van overboekingen), het verstrekken van zekerheden voor aanvullende financiering op basis van een plan dat gericht is op het weer gezond maken van het bedrijf, welk plan door een onafhankelijke derde een 'feasible' verklaring (criteria nader uit te werken bij AMvB) heeft verkregen. In deze uitzonderingscategorie zou ook een plaats kunnen worden ingeruimd voor betalingen van voorschotten c.q. (vooraf te voldoende) declaraties van adviseurs.⁷⁶

Slot

In deze bijdrage heb ik een aantal vragen behandeld die verband houden met het vereiste van wetenschap ('wist of behoren te weten') van benadeling bij de regeling van de (faillissements)pauliana. Een aantal elementen die deze 'wetenschap' vormen, zijn daarbij onder de loep genomen. Ik heb aangegeven dat wetenschap van benadeling niet betreft de kans van bena-

⁷⁵ Voor een recent voorbeeld, zie Rb. Utrecht 28 maart 2007, LJN: BA6272.

⁷⁶ Inspiratie kan worden ontleend aan de recent vernieuwde Italiaanse wetgeving (Wet van 9 januari 2006, nr. 5), in werking getreden 16 juli 2006.

deling, evenmin de wetenschap van een op handen zijnde insolventie (toestand), maar (het vereiste) dat met redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat de schuldeisers metterdaad benadeeld zouden worden.

De belangrijkste conclusies zijn:

1. Indien de rechtshandeling meer personen als wederpartij kent, geldt de algemene regel dat wetenschap bij allen dient te bestaan alleen indien sprake is van een rechtshandeling die niet-deelbare verbintenissen behelst. Gezien de relatieve werking van de vernietiging werkt deze alleen ten behoeve van de schuldeiser jegens wie zij door de curator wordt ingeroepen en niet verder dan nodig is ter opheffing van de door de boedel ondervonden benadeling. Bij deelbare verbintenissen is het bestaan van wetenschap van benadeling bij slechts één van de wederpartijen-schuldeisers voldoende;
2. Op basis van de wettekst noopt artikel 42 lid 1 Fw tot het zoeken van een antwoord op een vraag van causaliteit, namelijk die van het oorzakelijke verband tussen een 'rechtshandeling' en de benadeling die daarvan 'het gevolg zou zijn'. In de rechtsliteratuur wordt deze causaliteitsvraag onvoldoende onderkend. Naar mijn mening moet worden gezocht naar een oorzakelijkheidsverband dat loopt via de band van 'weten' respectievelijk 'behoren te weten' dat benadeling van de rechtshandeling 'het gevolg zou zijn'. Hierin vullen de belangrijkste vereisten voor de toepassing van de faillissementspauliana elkaar aan. In deze elastische benadering zullen meer gezichtspunten een rol kunnen spelen.
3. Het betoog is vervolgens uitgemond in een drietal voorstellen tot verbetering van de wettekst met het oog op een meer gerichte toepassing van de pauliana:
 1. het afschaffen van het vereiste van wetenschap van benadeling die bij de schuldenaar moet bestaan;
 2. de versterking van een vorm van bescherming van 'insider-banken', welke laatste resulteert;
 3. in een in de wet op te nemen regel die van de toepassing van de pauliana uitsluit (onverplichte dan wel verplichte) rechtshandelingen die onder de bedongen voorwaarden tot de gewone bedrijfsuitoefening van de schuldenaar behoren (of soortgelijke bewoordingen).

Een differentiatie naar aard en inhoud van de rechtshandeling zal een meer voorspelbare en gerichte toepassing van de pauliana ten goede kunnen komen.