

Boekbespreking R.J. van der Weijden, De faillissementspauliana (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012.

Doel van het onderzoek

1. Op 28 november 2012 promoveerde Robbert Jan van der Weijden op het onderwerp 'de faillissementspauliana'. Het proefschrift kan worden geplaatst in een reeks dissertaties over het onderwerp, waaronder in ieder geval Van Koppen (1998), Van Dijck (2006) en De Weijs (2010).
2. De dissertatie betreft een positiefrechtelijk onderzoek naar de faillissementspauliana (art. 42-47 Fw). De vraag die centraal staat, is of de huidige regels nog voldoen (p. 4). Deze vraag wordt mede beantwoord in het licht van de door de wetgever geformuleerde uitgangspunten. Mede, want de maatschappij en het recht zijn niet meer hetzelfde als aan het einde van de 19e eeuw, toen de faillissementswet, met daarin de faillissementspauliana, van kracht werd. Van der Weijden noemt de opkomst van het girale betalingsverkeer, de toename van het aantal 'negatieve boedels' (waarmee, denk ik, wordt bedoeld boedels met te weinig actief) en de toegenomen complexiteit van transacties waardoor rechtshandelingen geregeld niet langer op zichzelf kunnen worden beschouwd, maar in onderling verband moeten worden gezien en beoordeeld (p. 3).
3. De uitgevoerde analyse dient vier doelen: om te bepalen (i) op basis van welke uitgangspunten de huidige regeling tot stand is gekomen, (ii) hoe de huidige regeling wordt uitgelegd in literatuur en jurisprudentie, (iii) hoe de uitgangspunten

zich tot elkaar verhouden en (iv) of er ontwikkelingen zijn die dwingen tot het verlaten of aanpassen van de uitgangspunten.

De analyse

4. De dissertatie begint met een bespreking van de uitgangspunten die aan de artt. 42-51 Fw ten grondslag liggen. De auteur gaat, refererend aan onder andere Van der Feltz en Ankum, onder meer in op de reconstructie-gedachte (herstel in oude toestand, geen schadevergoeding) en het begrip 'rechtshandeling'. Van der Weijden vervolgt met een heldere uiteenzetting van de verschillende vereisten.

5. Op verschillende momenten neemt hij stelling. Zo stelt de auteur dat verhaalsbemoelijking niet of zelden aan de orde is bij de faillissementspauliana. Dat lijkt mij juist.¹ Er zijn geen of nauwelijks voorbeelden en bovendien is het ook verdedigbaar om gevallen van verhaalsbemoelijking als vermogensbenadeling te beschouwen (zie Van Koppen 1998, p. 96-97).

6. Een ander voorbeeld betreft het aantasten van een (zuiver) nalaten. Ten aanzien daarvan stelt de auteur dat bijkomende omstandigheden een rol zouden moeten spelen (p. 33 e.v.) (verondersteld dat een zuiver nalaten als rechtshandeling kan worden gekwalificeerd, waarover je van mening kunt verschillen). De discussie spitst zich toe op gevallen waarin de schuldenaar een verval- of verjaartermijn laat lopen. Van der Weijden wijst terecht op de opmerkelijke situatie die zou kunnen ontstaan, namelijk de mogelijkheid dat het laten lopen van een verjaringstermijn zou kunnen leiden tot ongedaanmaking van de verjaring (lees: het zich niet kunnen

¹ Het feit dat ik het eens met Van der Weijden is opmerkelijk, omdat hij juist mij bekritiseert (ik noem de categorie als afzonderlijke categorie).

beroepen op verjaring). Het is moeilijk voor te stellen dat de rechtszekerheid van de ingetreden verjaring niet zwaarder zou wegen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Tegelijk haalt de relatieve werking – de vernietiging heeft alleen werking jegens degene tegen wie de vernietiging wordt ingeroepen – de scherpe kanten van de vernietiging af. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor een schadevergoedingsactie in plaats van vernietiging, ofwel via een OD ofwel via niet-nakoming van de restitutieplichting. Deze oplossingen lijken mij dogmatisch gezien zuiverder dan bijvoorbeeld afwijzen conform art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid), de route die Van der Weijden in sommige situaties voorstaat (p. 36). Bovendien geldt steeds de eis van wetenschap van benadeling aan de zijde van de persoon jegens wie de verjaring geen werking zou hebben. Aan deze eis zal niet snel zijn voldaan in het geval van een zuiver nalaten, zeker niet in het beoordelingskader van Van der Weijden, die stelt dat wetenschap van benadeling in dit soort situaties onvoldoende is en er sprake moet zijn van bijkomende omstandigheden (zie ook hieronder onder 7 e.v.). Een geval waarin een beroep op de faillissementspauliana zou kunnen slagen is het voorbeeld waarin de schuldeiser er in het zicht van de het faillissement bij de schuldenaar op heeft aangedrongen om de verjaringstermijn te laten verlopen (p. 36).

7. Een belangrijk deel van het proefschrift gaat over het vereiste van 'wetenschap van benadeling' van art. 42 Fw. Terecht, want het is het kernvereiste en staat centraal in veel discussies. Van der Weijden verwerpt de door de Hoge Raad gestelde, en door een aantal anderen verdedigde, rechtsregel dat wetenschap van benadeling inhoudt dat ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort

daarin redelijkerwijs waren te voorzien (p. 108-109). In de benadering van Van der Weijden gaat het zuiver om wetenschap van de benadeling, ontbreekt daarbij het verband met de financiële toestand van de schuldenaar, maar zal soms sprake moeten zijn van bijkomende omstandigheden wil een beroep op wetenschap van benadeling slagen. Die bijkomende omstandigheden spelen met name een rol in gevallen waarin de benadeling is veroorzaakt door een samenstel van handelingen, dat wil zeggen een rechtshandeling die de benadeling mogelijk maar waarbij de benadeling later intreedt door een rechtsfeit dat op dat latere moment plaatsvindt.

8. De eis van bijkomende omstandigheden is interessant en sluit aan bij de wijze waarop andere situaties in het vermogensrecht waarin derden in het spel zijn worden beoordeeld (bijvoorbeeld het profiteren van andermans wanprestatie). Een bijkomende omstandigheid kan volgens Van der Weijden zijn het motief voor de overeenkomst: wordt bijvoorbeeld een kredietovereenkomst gesloten met het motief dat bepaalde schuldeisers zullen worden voldaan, pas dan kan sprake zijn van ongeoorloofd handelen. Te denken valt ook aan de mate waarin de wederpartij (van de schuldenaar) bepaalde kennis bezit of vaardigheden heeft: van een bank mag doorgaans meer en eerder 'wetenschap' worden verwacht dan van een willekeurige andere crediteur.

9. De benadering spreekt mij aan, want het zou curatoren in staat stellen om rechtshandelingen aan te pakken die op een 'veilig' moment een positie voor een schuldeiser creëren waardoor deze in faillissement beter af is dan andere schuldeisers. Van der Weijden haalt de eis van insolventie van de schuldenaar echter weer binnen via het benadelingsvereiste ('schuldenaar op het moment

waarop de benadeling vast moet staan materieel insolvent is', 'schuldenaar met een redelijke mate van waarschijnlijkheid materieel insolvent zou raken (of dit reeds was)') (p. 111 e.v.). Hierdoor zijn er dogmatisch gezien misschien wel grote verschillen met de rechtspraak van de Hoge Raad, maar feitelijk gezien niet.

De conclusie

10. Na een kritische bespreking van voorstellen die in het Voorontwerp zijn gedaan in het kader van de faillissementspauliana en het bespreken van het rechtsgevolg, volgt de conclusie. Daarin staan, zoals beloofd in de inleiding, voorstellen voor verbetering. Van der Weijden stelt onder meer voor om het subjectief vereiste aan de zijde van de schuldenaar te verwijderen. Andere voorstellen zijn het laten vervallen van het onderscheid tussen onverplichte rechtshandelingen om niet en anders dan om niet, en het schrappen van het overlegcriterium van art. 47 Fw. De andere aanbevelingen betreffen vooral kritiek en nuanceringen ten aanzien van het wetenschaps criterium van art. 42 Fw.

Tot besluit

11. De voorbeelden zijn nuttig en het geheel is helder geschreven. Zoals meestal het geval is, kun je anders denken over bepaalde conclusies of standpunten. Hoewel dat ook geldt voor dit proefschrift, neemt Van der Weijden geen onhoudbare posities in en onderbouwt hij zijn keuzes doorgaans op verantwoorde wijze. Heel kort samengevat geeft dit proefschrift een overzichtelijke analyse van het leerstuk van de faillissementspauliana; lezers die op zoek zijn naar een nieuwe benadering of wilde

ideeën zullen mogelijk wat minder enthousiast zijn. Het boek is hiermee zeer zeker bruikbaar voor degenen die informatie willen over hoe je de faillissementspauliana moet interpreteren en toepassen. Het helpt bij het beter inzichtelijk maken van dit lastige leerstuk. Dat is een knappe prestatie van de auteur.

Gijs van Dijck

Universiteit van Tilburg