

4 De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad

J.H. NIEUWENHUIS*

4.1 Inleiding

In het voetspoor van Evelyn Waugh zijn, na zijn *Brideshead* uit 1945, al heel wat plaatsen op de juridische kaart 'revisited'. In 1988 was het de beurt aan het kruispunt van de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad. 'Het Erba-arrest revisited' heet het in een artikel van Blomkwist in TVVS.¹ In dit arrest ging het om een vordering uit onrechtmatige daad ingesteld door een onbetaald gebleven verkoper van textielgoederen tegen een bank, die aan de koper van deze goederen krediet had verleend en daarbij een omvangrijke fiduciaire zekerheid had bedongen.² De Hoge Raad overwoog:

'dat geen grond bestaat om aan te nemen, dat wanneer iemand bij het verichten van een tweezijdige, een derde schadelijke rechtshandeling zodanig heeft gehandeld dat art. 1401 BW (thans 6:162) voor toepassing in aanmerking komt, de benadeelde niet op grond van dat artikel schadevergoeding van hem zou mogen vorderen omdat hij ook de nietigheid van de handeling zou kunnen invoeren ingevolge art. 1377 BW (thans art. 3:45).'

Met betrekking tot de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad oordeelde de Hoge Raad:

'dat het toch in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van eens anders goed betaamt, dat een bank, die krediet verleent tegen beding van zekerheidstelling in de omvang als hierboven verondersteld (fiduciare zekerheidsoverdracht van [nagenoeg] alle activa, de in de toekomst te verwerven goederen inbegrepen; JHN), hetzij willens en wetens, hetzij door gebrek aan zorg voor de belangen van anderen – die alleen tengevolge van de instandhouding van diens bedrijf door het bankkrediet de schuldenaar nog als afnemer tegenover zich vinden en vertrouwend op diens uiterlijke kredietwaardigheid aan hem leveren – ten koste van nieuwe leveranciers wordt voldaan, doordat zij niet slechts de door de debiteur bij verkoop van de door hen geleverde goederen gemaakte winst verwerft, doch

* Auteur is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

1. J.H.W. Blomkwist, TVVS 1988, p. 114 e.v.

2. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514.

mede de inkoopwaarde dan wel de eigendom van de geleverde doch onbetaald gebleven goederen zelf, terwijl voor deze leveranciers het vinden van verhaal onder hun schuldenaar bij voorbaat onmogelijk is gemaakt'

Het betoog van Blomkwist komt in de kern hierop neer dat het Erba-arrest 'praktisch gesproken zijn betekenis voor een belangrijk deel heeft verloren' als gevolg van de rechtspraak van de Hoge Raad uit de jaren zeventig, waarin is beslist dat de zekerheidsoverdracht 'buiten beschouwing' moet worden gelaten voor zover zulks nodig is voor de erkenning van rechten waarop door derden aanspraak wordt gemaakt met betrekking tot bepaalde onder die overdracht vallende goederen. Het eerste van deze nog onder het oude Burgerlijk Wetboek gewezen arresten verleende een – in resultaat met de Pauliana overeenstemmende – bescherming aan de verkoper

'dat tot de aldus beschermde derden ook moet worden gerekend de verkoper die m b t een of meer der onder de zekerheidsoverdracht vallende zaken het hem in art 1185, aanhef en sub 3e, toegekende voorrecht wenst geldend te maken,

dat het immers redelijk is, het belang van een door een zekerheidsoverdracht beschermde

geldschietster bij de uitoefening van zijn verhaalsrechten op bepaalde in die overdracht betrokken zaken te laten wijken voor het belang van de verkoper van deze zaken bij de uitoefening van diens voorrecht, daar de door fiduciaire zekerheid beschermde geldschietster geen recht op de betreffende zaken zou hebben kunnen doen gelden, als zij niet door de verkoper waren geleverd,'³

Blomkwist is van oordeel dat wanneer de bank de belangen van de aldus beschermde derden respecteert, er wel 'bizarre dingen' gebeurd moeten zijn, wil een tegen de bank ingestelde vordering uit onrechtmatige daad slagen.

De levensduur van 'standaardarresten' van de Hoge Raad is zeer wisselend, sommige zijn duurzamer dan brons, andere vluchtiger dan een sneeuwvlok in de lentezon. Het belang van het arrest Van Wessem/Traffic smolt weg toen het nieuwe Burgerlijk Wetboek aan de horizon verscheen. De fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid werd in de ban geslagen⁴ en het voorrecht van de verkoper verdween van het toneel.⁵

3 HR 6 maart 1970, NJ 1970, 433, Van Wessem/Traffic

4 Zie art 3:84 lid 3 BW, zie ook de nadere precisering van het fiducia-verbod in HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (Sogelease)

5 Een zekere compensatie voor dit verlies verkreeg de verkoper door een enigszins verruimd recht van reclame, zie de artikelen 7:39 e.v. BW

Een hernieuwd weerzien met het Erba-arrest biedt nieuwe perspectieven. Wanneer toont een bank die in het kader van door haar verleende kredieten de nieuwe zekerheden van het nieuwe wetboek bedingt (stil pandrecht op roerende zaken en vorderingen op naam; zie de artikelen 3:237 en 239) ‘een gebrek aan zorg voor de belangen van anderen’? Wanneer handelt zij paulianeus en kan een beroep worden gedaan op de nietigheid van de verpanding, en wanneer handelt zij onrechtmatig en is zij uit dien hoofde gehouden tot schadevergoeding?

Over de verhouding tussen de actio Pauliana en de vordering uit onrechtmatige daad valt in het Erba-arrest niet méér te lezen dan dat zij mogelijk zijn *naast* elkaar. Maar is hun verhouding niet inniger? Een van de conclusies van het recent verschenen proefschrift van Van Koppen luidt, dat met betrekking tot rechtshandelingen anders dan om niet, de Pauliana moet worden aangemerkt als een bijzondere vorm van de vordering uit onrechtmatige daad. Slechts waar het gaat om een handeling om niet, verricht met een wederpartij die geen wetenschap droeg van de benadeling, is de Pauliana op te vatten als een toepassing van de verrijkingsactie.⁶

Nu banken en hun klanten, anders dan sinterklaas, een uitgesproken voorkeur hebben voor rechtshandelingen anders dan om niet, lijkt het gerechtvaardigd deze kanttekeningen hiertoe te beperken.

4.2 Rechtmatige en onrechtmatige doorbreking van de *paritas creditorum*

De gedachte dat de Pauliana een uitwerking vormt van het leerstuk van de onrechtmatige daad is niet nieuw. In 1932 concludeerde Eggens: ‘Art. 1377 is dus eigenlijk een toepassing van art. 1401.’⁷ In die geest ook Schoordijk: ‘Een *onrechtmatige* vermindering van vermogen en een *onrechtmatige* doorbreking van de *paritas creditorum* vormen de grondpijlers, die toepassing van art. 3:45 rechtvaardigen.’⁸ Schrijvend over de faillissementspauliana, is Ophof van oordeel dat ‘crediteuren die de *paritas creditorum* verstoren door zich *onoorbaar* een voorsprong op andere crediteuren te verschaffen (...) uit die positie verwijderd (dienen) te worden door toepassing van de actio Pauliana.’⁹ Deze passage veronderstelt – terecht – dat het ook mogelijk is zich op oorbare wijze een voorsprong op andere crediteuren te verschaffen, en het voordringen pas paulianeus

6. F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadsvordering*, Deventer, 1988, p. 86.

7. WPNR 3267.

8. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht* boek 3, 1986, p. 154.

9. H.P.J. Ophof, *De Actio Pauliana: terug van weggeweest of ook: weggevoerd?* Intreerede, Deventer, 1992, p. 31.

wordt, indien het als onoorbaar, met andere woorden, als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd.

Het debat over de vraag of de voorwaarden voor een beroep op de Pauliana (op de voet van art. 3:45 BW, dan wel art. 42 Fw) zijn vervuld, dient te worden gevoerd tegen de achtergrond van het leerstuk van de onrechtmatige daad. Het belang van deze constatering is vooral hierin gelegen dat alleen zo zicht wordt verkregen op het punt waarop het uiteindelijk aankomt: hebben de schuldenaar en zijn wederpartij, gelet op de voor hen kenbare (verhaals)belangen van crediteuren, gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt? Worden daarentegen de vereisten van art. 3:45 BW en 42 Fw (onverplichte rechtshandeling, benadeling, wetenschap) los van deze achtergrond 'afgeveinkt', dan leidt dit tot onaantvaardbare consequenties.

Een en ander wordt duidelijk als we de afzonderlijke vereisten van de artikelen 3:45 BW en 42 Fw mechanisch toepassen op een ABC-relatie van het Erba-type.

Bij gelegenheid van de verkrijging van een bankkrediet van f 100.000,- verleent A een stil pandrecht op een rotatiedrukkers (geschatte executiewaarde f 150.000,-) aan bank B. De drukpers is zo ongeveer het enige vermogensbestanddeel dat de moeite van verhaal waard is. Het is de bank bekend dat C nog f 80.000,- heeft te vorderen van A.

Is de verpanding een onverplichte rechtshandeling?

Ja, de verpanding berust niet op een wettelijke of contractuele plicht. De omstandigheid dat A in feite gedwongen was de drukpers te verpanden, omdat hij anders het krediet niet zou krijgen, kan er niet toe leiden de verpanding als 'verplicht' aan te merken.¹⁰

Is sprake van benadeling?

Ja, C is benadeeld, omdat, in de woorden van de Hoge Raad, zijn 'bevredigingsmogelijkheid door verhaal geringer is dan zij zou zijn geweest indien de handeling (hier: de verpanding van de drukpers aan B) achterwege ware gebleven.'¹¹

Bestaat bij A en B wetenschap van benadeling?

Ja, banken en hun klanten weten, althans behoren te weten, dat door verpanding van een substantieel deel van het bedrijfskapitaal schuldeisers worden benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden.

Driemaal ja; de conclusie lijkt onontkoombaar: de verpanding is paulianeus en dus rijp voor vernietiging.

De begrijpelijke aarzeling wordt ingegeven door het feit dat niet iedere kenbare benadeling van schuldeisers in strijd is met hetgeen in het maatschappelijk

10. HR 10 december 1976, NJ 1977, 617.

11. HR 23 december 1949, NJ 1950, 262.

verkeer betaamt Pandrecht is naar zijn aard gericht op de verstoring van de paritas creditorum Wie een pandrecht bedingt, is erop uit voorrang te verwerven boven de overige schuldeisers Dit streven vindt erkenning in de wet (vgl art 3 227 BW) Uiteraard moeten daarbij bepaalde grenzen in acht worden genomen, maar de zorgplicht van de pandhouder ten opzichte van de overige schuldeisers gaat niet zover, dat hij ervoor moet waken dat slechts een zodanig gedeelte van de activa van de schuldenaar aan hem wordt verpand dat voor de anderen voldoende onbelaste vermogensbestanddelen overblijven om daaruit hun vorderingen te kunnen verhalen

Welk perspectief ontstaat wanneer we, in het voetspoor van Eggens c s , de actio Pauliana opvatten als een toepassing van de vordering uit onrechtmatige daad? Een blik op het delictuele decor van de artikelen 3 45 BW en 42 Fw kan licht werpen in drie duistere gangen van de actio Pauliana

4.3 Middellijke benadeling

De nietigheid kan worden ingeroepen door iedere door de rechtshandeling in zijn verhaalsmogelijkheden benadeelde schuldeiser, *onverschillig of zijn vordering voor of na de handeling is ontstaan* (art 3 45 lid 1 BW) Het nieuwe Burgerlijk Wetboek heeft, in navolging van de rechtspraak, gekozen voor de leer van de 'middellijke benadeling'

*'juist omdat onmiddellijke benadeling niet nodig, doch middellijke benadeling voldoende is, (kan) de pauliana ook bescherming geven aan hem die eerst schuldeiser werd na het plaatsgrijpen van de benadelende handeling'*¹²

Vriesendorp koestert ernstige bezwaren tegen deze keuze

'Iemand die *na* de onverplichte rechtshandeling door de schuldenaar in een schuldeisersverhouding tot de schuldenaar komt te staan () treft een vermogen aan waarin die onverplichte rechtshandeling reeds is verdisconteerd () Alleen als er een daadwerkelijk *oogmerk* van benadeling heeft bestaan, is de sanctie van deze nietigheid op zijn plaats' ¹³

Voor de keuze van de wetgever, en tegen het standpunt van Vriesendorp, pleit dat het bij de Pauliana nu eenmaal gaat om de bescherming van de paritas creditorum, het beginsel dat schuldeisers een gelijke rang hebben, ongeacht de datum waarop hun vordering is ontstaan Maar de opvatting van de wetgever, dat de Pauliana mede kan worden ingeroepen door schuldeisers wier vordering

12 HR 23 december 1949, NJ 1950, 262

13 R D Vriesendorp, *Erudita Ignorantia*, Deventer, 1992, p 194 e v

eerst is ontstaan *nadat* de gewraakte rechtshandeling is verricht, is niet zonder problemen. Zij werpt zwarigheden op met betrekking tot het vereiste van wetenschap van benadeling. Hoe is *wetenschap* van benadeling van schuldeisers mogelijk, wanneer die schuldeisers ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling nog aan de horizon moeten verschijnen? Op dit punt zal men genoeg moeten nemen met *verwachtingen*. Aldus ook de Hoge Raad, die geen onjuiste rechtsopvatting ontwaarde in het oordeel van het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen 'dat bij Divi NV en Divi inc wetenschap van benadeling heeft bestaan, in die zin dat zij ten tijde de aangevochten handeling redelijkerwijs hebben moeten *verwachten* dat door de uitvoering van het reorganisatieplan *mogelijk* nadeel zou ontstaan voor (Arubaanse) werknemers van Divi NV'¹⁴

Verwachtingen omtrent mogelijk nadeel, is dit voldoende ter rechtvaardiging van een zo drastische ingreep: de vernietiging van de nadelige rechtshandeling?¹⁵

Vriesendorp grondt zijn oordeel, dat het inroepen van de nietigheid door latere schuldeisers slechts kan worden aanvaard, indien sprake is van het *oogmerk* van benadeling, op een stevig, wetshistorisch argument. In de parlementaire geschiedenis worden de slotwoorden van art. 3:45 lid 1 ('onverschillig of zijn vordering voor of na de handeling is ontstaan') gemotiveerd met een verwijzing naar een arrest uit 1881.¹⁶ Toen gold echter een versie van art. 1377 waarin de nietigheidssanctie was beperkt tot rechtshandelingen verricht 'ter bedrieglijke verkorting' van de rechten van schuldeisers.¹⁷ Dat verklaart het oordeel van de Hoge Raad, dat het voor het slagen van de Pauliana geen bezwaar oplevert dat de vordering pas is ontstaan nadat de gewraakte rechtshandeling is verricht 'omdat, indien vast staat, dat op het ogenblik van het sluiten der handeling, zij strekte ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeisers, er in de wet geen aanleiding is om niet later aan ieder belanghebbend schuldeiser de actie tot vernietiging toe te staan'.¹⁸ Met andere woorden: gedurende de negentiende eeuw was de actio Pauliana een gekwalificeerde vorm van de vordering uit onrechtmatige daad: een bedrieglijke inbreuk op de rechten van schuldeisers. Een redelijke uitleg van het wetenschapsvereiste, vervat in het huidige art. 3:45 BW, biedt de mogelijkheid om, met behoud van de delictuele grondslag van de

14 HR 16 februari 1996, NJ 1996, 367

15 De Hoge Raad was strenger in HR 1 oktober 1993, NJ 1994, 257, niet voldoende is de wetenschap dat de handeling de kans op benadeling van een of meer schuldeisers schiep

16 Parl. Gesch. Boek 3, p. 215

17 Zie omtrent de geschiedenis van de actio Pauliana gedurende de negentiende eeuw, J. A. Ankum, *De Pauliana buiten faillissement*, Zwolle, 1962

18 HR 14 april 1881, W. 4635

Pauliana, de bescherming van de latere schuldeisers binnen aanvaardbare grenzen te houden. Niet slechts bij bedrog en oogmerk, maar ook in geval van een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de verhaalsmogelijkheden van latere schuldeisers, slaagt de actio Pauliana. De vernietiging van de aangevochten rechtshandeling door een schuldeiser wiens vordering eerst na het verrichten van die rechtshandeling is ontstaan, is in deze opvatting slechts dan gerechtvaardigd als hetgeen de schuldenaar en zijn wederpartij ten tijde van die rechtshandeling redelijkerwijs konden verwachten omtrent nadeel voor toekomstige schuldeisers, hen had behoren te weerhouden van het verrichten van die rechtshandeling.

4.4 Het doelwit van de actio Pauliana

Anders dan de algemene vordering uit onrechtmatige daad, richt de actio Pauliana haar pijlen niet op al hetgeen de schuldenaar en zijn wederpartij hebben gedaan en gelaten ten opzichte van de schuldeisers, maar op een of meer door hen verrichte rechtshandelingen, in de gevallen die thans aan de orde zijn, de stille verpanding. Als uitsluitend deze rechtshandeling¹⁹ op de korrel zou mogen worden genomen, ligt de conclusie in de meeste gevallen voor de hand benadeling. De verhaalsmogelijkheden voor schuldeisers zijn allicht gunstiger, indien de verpanding achterwege was gebleven. Zo wordt echter uit het oog verloren dat de verpanding een rechtshandeling anders dan om niet is, zij geschiedt in ruil voor de verkrijging van krediet. Moeten niet ook de voor schuldeisers gunstige gevolgen van de kredietverschaffing worden meegewogen bij het oordeel of al dan niet sprake is van benadeling? Deze vraag kwam aan bod in het arrest Van de Voort c.s. en q.q./BACM²⁰.

BACM, de Canadese kredietverschaffer van het Italiaanse bouwbedrijf Eneca, overwoog de kredietverlening te beëindigen. Op aandringen van de Antilliaanse overheid heeft BACM de kredietverlening voortgezet in ruil voor de fiduciaire eigendomsoverdracht van het 'equipment' van Eneca. Als Eneca vervolgens desondanks in staat van faillissement wordt verklaard, roepen de curatoren, op de voet van de Pauliana, de nietigheid in van de zekerheidsoverdracht.

Het Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen oordeelde dat van benadeling geen sprake was, onder meer op grond van de overweging dat BACM aan haar gecedeerde aanneemsommen na de fiduciaire eigendomsoverdracht heeft doen

19 Strikt genomen is hier sprake van twee rechtshandelingen: de obligatoire overeenkomst tot verlening van een pandrecht en de 'zakelijke' overeenkomst waarbij het pandrecht wordt gevestigd.

20 IIR 10 december 1976, NJ 1977, 617.

strekken tot betaling van schuldeisers van Eneca. Het cassatiemiddel voert hier-
tegen aan dat het Hof aldus eraan heeft voorbijgezien dat voor de vraag of sprake
is van benadeling het erop aankomt of schuldeisers door de betrokken hande-
deling (de zekerheidsoverdracht) zijn benadeeld. 'En voor die vraag is niet –
althans niet zonder meer – beslissend of daarnaast nog andere feiten of hande-
lingen bestaan in de relatie tussen de schuldenaar en degene met wie deze de
handeling verricht (zoals in casu het tot betaling van schuldeisers van Eneca
doen strekken – zoals het Hof veronderstelt – van in totaal f 1.175.000,-).'

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep, overwegende:

*'dat voorop gesteld dient te worden dat wanneer het verrichten van een han-
deling door de schuldenaar een noodzakelijke voorwaarde is voor een
gedraging van degene met wie of te wiens behoefte de handeling werd ver-
richt, de voor andere schuldeisers gunstige gevolgen van die gedraging van
de wederpartij van de schuldenaar niet buiten beschouwing gelaten mogen
worden bij de beantwoording van de vraag of zij door de handeling van de
schuldenaar benadeeld zijn.'*

De gunstige gevolgen van de voortzetting van het krediet mogen niet buiten
beschouwing worden gelaten. Zo wordt het perspectief verbreed. De blik moet
worden gericht, niet alleen op de gevolgen van de aangevochten rechtshande-
ling (de verpanding) voor de verhaalsmogelijkheden van schuldeisers, maar
ook op de gevolgen van hetgeen daartegenover staat: de verschaffing, verrui-
ming of voortzetting van krediet. De laatstbedoelde gevolgen zullen deels gun-
stig zijn, doordat de ondernemer zijn activiteiten kan voortzetten, en hij zo
inkomsten verwerft waarmee zijn schuldeisers kunnen worden betaald. Maar
de (voortgezette) kredietverlening kan voor de overige schuldeisers ook nade-
lige gevolgen hebben, bijvoorbeeld wanneer zij daardoor voorshands nalaten
het faillissement van de schuldenaar uit te lokken, en zij later, als de passiva
verder zijn toegenomen, tot de ontdekking komen dat 'de spoeling dunner is
geworden' (een zegswijze die op beeldende wijze aangeeft dat het verheven
paritas-ideaal bij een concursus creditorum steevast onttaardt in het gedrang van
varkens rond de trog). In het Duitse recht bestaat daarvoor een al even beel-
dende term: 'Konkursverschleppung'. Daarvan is sprake als de kredietver-
schaffer:

*'dem konkursreifen Unternehmen nicht (mehr) Kredit in der Höhe geben
oder belassen will, den es zur Sanierung braucht, sondern nur einen sol-
chen, der den wirtschaftlichen Todeskampf des Unternehmens lediglich ver-
längert, damit sie sich in der so gewonnenen Zeit aus ihren Sicherheiten zum
Nachteil der anderen Gläubiger ungehindert und besser befriedigen kann.'*²¹

21. BGH 9 december 1969, NJW 1970, p. 658.

In de beantwoording van de vraag of de overige schuldeisers door de verpanding zijn benadeeld, moeten de voor hen gunstige gevolgen van de kredietverlening worden verdisconteerd. Dit mag niet worden opgevat als een louter boekhoudkundig procédé: is de executiewaarde van de verpande zaken per saldo groter dan de financiële voordelen die de schuldeisers hebben genoten als gevolg van de (voortgezette) kredietverlening? In dat geval zou immers een bank die, in het kader van een reddingsoperatie die achteraf toch niet succesvol blijkt te zijn, zekerheid bedingt in een omvang die in redelijke verhouding staat tot het beloop van het verleende krediet, niettemin steeds erop bedacht moeten zijn dat haar zekerheid sneuvelt door een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, en wel in alle gevallen waarin de executiewaarde van verschaftte zekerheid de financiële voordelen van de (voortgezette) kredietverlening voor de overige schuldeisers overtreft. Waar het op aankomt is dit: heeft de bank normen van maatschappelijk behoren overtreden door een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de belangen van de overige schuldeisers? Ter zake van een vordering uit onrechtmatige daad heeft de Hoge Raad in het Erba-arrest een dergelijke zorgplicht geformuleerd. Een bank die bij gelegenheid van de hernieuwing van een krediet een omvangrijke zekerheid bedingt, handelt dan onrechtmatig ten opzichte van latere leveranciers, indien zij:

*'heeft geweten, althans kunnen voorzien, dat bij stopzetting van dit hernieuwde krediet de nieuwe leveranciers, indien zij dan nog niet betaald waren, zouden worden benadeeld wegens gebrek aan verhaal en de Bank desniettemin heeft nagelaten zorg te dragen dat de debiteur tevoren in de gelegenheid was of alsnog werd gesteld deze leveranciers te betalen of de goederen terug te geven, tenzij de bank zelf dit alsnog doet.'*²²

Als de actio Pauliana wordt opgevat als een vordering uit onrechtmatige daad, ligt het voor de hand de vereisten van benadeling en wetenschap van benadeling te interpreteren in het licht van dergelijke normen van behoorlijke kredietverlening. In hoeverre is de Bank gehouden ervoor te zorgen dat de voorzetting van de kredietverlening leidt tot schuldsanering, doordat schuldeisers worden betaald? In de zaak Van de Voort/BACM kon Eneca haar bouwbedrijf voortzetten, dankzij een door BACM gecontinueerd krediet. Als gevolg van de voortgezette bouwactiviteiten betaalden opdrachtgevers door hen verschuldigde aanneemsommen. Daaromtrent hadden BACM en Eneca afgesproken dat deze gelden zouden strekken tot kwijting van oude schulden. Dat is uiteraard nobel ten opzichte van de desbetreffende schuldeisers, zij het dat de afspraak niet louter was ingegeven door menslievendheid; BACM had zich in het verleden borg

22. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514.

gesteld voor de betaling van die schulden. Een kleine stap van feit naar fictie. A verleent aan het noodlijdende bedrijf B krediet tegen stille verpanding van tegenwoordige en toekomstige bedrijfsinventaris. Partijen spreken dat het krediet niet zal worden gebruikt voor de voldoening van vorderingen van andere schuldeisers, doch uitsluitend ten behoeve van nieuwe investeringen. B koopt met behulp van het verleende krediet, tegen onmiddellijke betaling, twee machines. Als de verwachte verbetering van de conjunctuur uitblijft, geraakt B in staat van faillissement.

Bij de beantwoording van de vraag of schuldeisers op paulianeuze wijze zijn benadeeld, mogen de gunstige gevolgen van de kredietverlening niet buiten beschouwing worden gelaten. Tot die gunstige gevolgen behoort het feit dat het bedrijfsvermogen van B is toegenomen door de verkrijging van de eigendom van de beide machines. Als verhaalsobject strekken zij echter, als gevolg van de stille verpanding, uitsluitend ten voordele van A. De nadelige gevolgen van de stille verpanding worden daarentegen in volle omvang afgewenteld op de overige schuldeisers. Zonder de verpanding zou de opbrengst van de voordien reeds aanwezige bedrijfsinventaris voor hen beschikbaar zijn geweest. Ook al zou de waarde van de verpande zaken in een redelijke verhouding staan tot de omvang van het verleende krediet, dient onder deze omstandigheden een beroep op de faillissementspauliana te worden gehonoreerd. Uit de hiervoor aangehaalde overweging uit het Erba-arrest komt naar voren dat de betaling van opeisbare vorderingen een jegens schuldeisers bestaande rechtsplicht is die niet alleen de schuldenaar, maar tot op zekere hoogte ook de kredietverlenende bank zich moet aantrekken. In het kader van de actio Pauliana hoort dit niet anders te zijn.

4.5 Verpanding ingevolge art. 20 van de bankvoorwaarden; verplicht dus onaantastbaar?

Voortbouwend op het zojuist gegeven voorbeeld: De kredietverlenende bank en de schuldenaar weten, althans behoren te weten, dat door de stille verpanding schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Kan de bank het beroep op de Pauliana afweren met de mededeling dat de verpanding niet onverplicht is, omdat zij steunt op een contractuele plicht, te weten art. 20 van de bankvoorwaarden: ‘De cliënt is verplicht desgevraagd voldoende zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn bestaande verplichtingen jegens de bank (...)?’

Volgens de heersende opvatting moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Daartoe wordt een beroep gedaan het arrest Kok/Okma q.q. waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een dergelijk beding geldig is:

‘onverschillig of het gaat om zekerheid in de vorm van pand of hypotheek, dan wel in die van eigendomsoverdracht tot zekerheid, en onverschillig of in

verband met de omvang van de schuld de zekerheid zich zal kunnen uittrekken tot een deel of tot alle goederen van de schuldenaar (), mits partijen zorg dragen niet in strijd te komen met de artikelen 1377 BW en 42 volg Fw²³

Van verschillende zijden is gewezen op de onbevredigende consequenties van dit standpunt. Op wel heel eenvoudige wijze zou de bank zo de actio Pauliana kunnen pareren, hoe nadelig de door haar, op de voet van haar eigen voorwaarden, bedongen zekerheid ook zou zijn voor de andere schuldeisers. Door sommigen is aangedrongen op wijziging van de wet, en wel aldus dat op ruimere schaal dan thans het geval is²⁴ ook *verplicht* verrichte rechtshandelingen met een beroep op de Pauliana kunnen worden vernietigd.²⁵ Van Koppen keert zich hiertegen, 'gezien de grote belangen van het betalings- en kredietverkeer die hierbij betrokken zijn'.²⁶ Dit laatste is zeker waar, maar het onderstreept slechts de urgentie van de speurtocht naar mogelijkheden om, met handhaving van de bestaande tekst van de artikelen 3:45 BW en 42 Fw, te ontkomen aan de onbevredigende consequenties van het standpunt dat een door de bank, op de voet van art. 20, verlangde verpanding steeds als verplicht, en reeds daarom als onaantastbaar, zou moeten worden aangemerkt. Die mogelijkheden lijken wel aanwezig. Eerst twee paardenmiddelen.

In de eerste plaats is het mogelijk het beroep op de Pauliana achterwege te laten en de vordering tegen de bank rechtstreeks te baseren op art. 6:162 BW. De omstandigheid dat de bank in haar verhouding tot de schuldenaar de bevoegdheid heeft bedongen om desgewenst zekerheid te verlangen, sluit volstrekt niet uit dat de wijze waarop de bank van die bevoegdheid gebruik maakt, onrechtmatig is jegens de andere schuldeisers. Art. 6:103 BW biedt vervolgens de mogelijkheid om de bank te dwingen, bij wege van schadevergoeding, afstand te doen van het aan haar verleende zekerheidsrecht.

In de tweede plaats is het zo dat ook in de verhouding tussen de bank en haar medeschuldeisers de eisen van redelijkheid en billijkheid hun (derogerende) werking doen gelden.²⁷ Een tussen hen krachtens de wet geldende regel (hier het vereiste van 'onverplichtheid' in de artikelen 3:45 BW en 42 Fw) is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Vgl. Art. 6:2 BW.

23 HR 13 januari 1938, NJ 1938, 566

24 Zie art. 47 Fw

25 Zie de auteurs vermeld door I. P. van Koppen: *Actio Pauliana en onrechtmatige daadsvordering*, Deventer, 1998, p. 45

26 Het in de vorige noot vermelde werk, p. 45

27 HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104

Zoals gezegd, dit zijn paardenmiddelen. Een subtieler spoor, dat op minder drastische wijze naar een bevredigend resultaat voert, is wellicht het volgende. Het beding waarbij de bank en de schuldenaar overeenkomen dat de laatste op verlangen van de bank zekerheid zal verschaffen, is geldig. De Hoge Raad houdt echter een belangrijke slag om de arm: 'mits partijen zorg dragen niet in strijd te komen met de artikelen 1377 BW en 42 volg. Fw.'²⁸

Hoe te oordelen, indien de pijlen van de actio Pauliana worden gericht op het beding waarbij kredietgever en -nemer overeenkomen dat de eerste bevoegd zal zijn zekerheid te verlangen?

Kunnen partijen redelijkerwijs verwachten dat benadeling van een of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zal zijn van dit beding? In haar algemeenheid is deze vraag niet met ja of nee te beantwoorden. Een bevestigend antwoord is zeker niet uitgesloten. Veel zal afhangen van de wijze waarop de kredietverlener gebruik maakt van de door hem bedongen bevoegdheid om zekerheid te eisen. Weinig indruk maakt in dit verband de tegenwerping dat de voor de overige schuldeisers nadelige zekerheidsverschaffing eerst heeft plaatsgevonden, nadat het met de Pauliana bestreden beding is overeengekomen. Zoals gezien, kan ook elders binnen de Pauliana-regeling de vernietigbaarheid van de rechtshandeling voortvloeien uit feiten die eerst na het verrichten van de rechtshandeling zijn voorgevallen: het opdoemen van een nieuwe schuldeiser bijvoorbeeld. Consequentie van de (heersende) leer van de 'middellijke benadeling' is, dat aan het vereiste van wetenschap van benadeling is voldaan, wanneer schuldenaar en wederpartij behoorden te *verwachten* dat toekomstige schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zouden worden benadeeld.

Ook bij het overeenkomen van een bepaling als die van art. 20 bankvoorwaarden kan sprake zijn van voorzienbare 'middellijke benadeling'. Als een door de bank verlangde verpanding, gezien haar omvang en de omstandigheden waaronder zij plaatsvond, op zichzelf beschouwd paulianeus is – dus afgezien van het feit dat zij voortvloeit uit een beding waarbij de bank voor zichzelf de bevoegdheid heeft ingeruimd zekerheid te eisen – pleit veel ervoor ook dat (onverplicht) overeengekomen beding als paulianeus te bestempelen. De bank en haar kredietnemer kunnen redelijkerwijs verwachten dat een dergelijk beding benadeling van schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden tot gevolg zal hebben, voor het geval de bank van de door haar bedongen bevoegdheid gebruik zou maken op een wijze die blijk geeft van een verwijtbaar gebrek aan zorg voor de belangen van haar medeschuldeisers en die leidt tot een onrechtmatige verstoring van de *paritas creditorum*.

28. Zie het in noot 23 vermelde arrest.

4.6 Ten slotte

'E questo uno dei punti piu difficili e disputati di tutto quanto il diritto romano,' de overrompelende opening van het proefschrift van Ankum *'De geschiedenis der Actio Pauliana'*²⁹ Voor het moderne recht is het niet anders. Zoveel is echter wel zeker: vernietiging van de gewraakte rechtshandeling slechts in geval van *fraus creditorum*, bedrieglijke verkorting van de rechten van schuldeisers, is een te scherpe koers, maar als de enkele wetenschap van nadeel voor hun verhaalsmogelijkheden voldoende reden voor vernietiging zou zijn, verliest het kredietverkeer iedere vaste grond. Te midden van beide uitersten biedt art. 6:162 BW een gunstige ankerplaats.

De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad, de vraag ligt voor de hand: betekent dit niet het einde van de Pauliana als zelfstandige rechtsoverdracht? Waarom dan niet rechtstreeks naar art. 6:162 BW, waarbij slechts een enkel punt aan de orde behoeft te komen: hebben de schuldenaar en zijn wederpartij jegens de schuldeisers gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt?

Het antwoord ligt evenzeer voor de hand: de artikelen 3:45 BW en 42 Fw bieden een overzichtelijke agenda, onmisbaar voor een geordend debat over die vraag. De wettelijke vermoedens, neergelegd in de artikelen 3:46 BW en 43 Fw bevatten waardevolle aanwijzingen voor rechter en partijen omtrent de verdeling van de bewijslast in dat debat.

Een ander voordeel van de actio Pauliana is gelegen in haar heldere sanctie: nietigheid van de aangevochten rechtshandeling. Weliswaar kan ook bij een vordering uit onrechtmatige daad vaak een vergelijkbaar resultaat worden geboekt door op de voet van art. 6:103 BW te vorderen dat het vervreemde goed terugkeert in het vermogen van de schuldenaar. Maar deze weg is omslachtiger, en succes niet steeds verzekerd. Wordt bijvoorbeeld een onroerende zaak paulianeus verkocht en geleverd, dan leidt een geslaagd beroep op de artikelen 3:45 BW en 42 Fw ertoe dat de zaak zonder omhaal voor verhaal ter beschikking komt van degenen door wie (te wier behoefte) de Pauliana is ingeroepen. Indien daarentegen de weg van art. 6:162, in verbinding met art. 6:103 BW, wordt ingeslagen, dan kan de terugkeer van de onroerende zaak in het vermogen van de schuldenaar slechts worden bereikt door *teruglevering*. Een eventueel faillissement van de wederpartij vormt in dat geval een blokkade.

Kortom: de gedachten van Julius Paulus (derde eeuw na Chr.)³⁰ omtrent de restitutie van hetgeen *in fraudem creditorum* is vervreemd³¹ en de rangorde van

29 J.A. Ankum, *De geschiedenis der 'Actio Pauliana'*, Zwolle, 1962.

30 Zie over diens leven en werken, W.J. Zwolve, *Keizers, soldaten en juristen*, Deventer 1998.

31 D. 22, 1, 38, 4.

het bijzondere en het algemene in het recht (*semper enim species generi derogat*)³² markeren ook thans, aan de vooravond van een nieuw millennium, het kruispunt van de onrechtmatige daad en de actio Pauliana. Begrepen als vordering uit onrechtmatige daad, is de Pauliana nog niet aan het eind van haar Latijn.

32 D 32, 99, 5, zie daarover J.H. Nieuwenhuis, RM Themis 1997, p. 41 e.v.