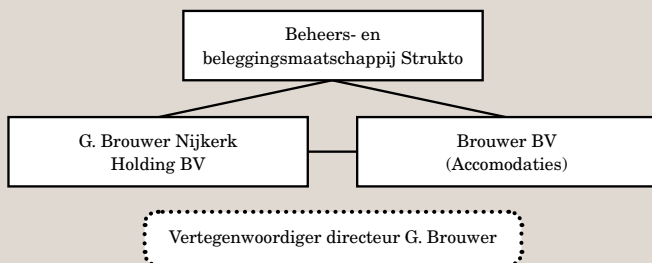


# Een juridisch advies over Paulianeus handelen

Prof. mr. W.H. van Boom

HR 18 januari 2008, LJN: BB5067, nr. C06/111HR, (Advocaat S/Brouwer)<sup>1</sup> (mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, E.J. Numann, J.C. van Oven en F.B. Bakels; conclusie A-G mr. D.W.F. Verkade), *RvdW* 2008, 103, *NJ* 2008, 335 (m.nt. Van Schilfgaarde), *JOR* 2008, 83 (m.nt. I. Spinath)

Een advocaat wordt gevraagd om te adviseren over een verkoop van de inventaris van een bedrijf dat in financiële moeilijkheden verkeert. De advocaat stelt een meerpartijencontract op waarmee hij denkt de risico's van een beroep op de Actio Pauliana (art. 42 Fw) in een eventueel faillissement te hebben ingedamd. Het komt inderdaad tot een faillissement, maar de curator beroept zich op andere gronden dan waar het contract vanuit ging, te weten paulianeuze betaling van een opeisbare schuld ('samenstelling' als bedoeld in art. 47 Fw) en onrechtmatige deelname aan deze betaling (art. 6:162 BW). Het gevolg is dat de betrokken partijen tot terugbetaling en schadevergoeding worden veroordeeld. Een van deze partijen spreekt de advocaat aan tot schadevergoeding wegens gebrekkig juridisch advies. Om te kunnen beoordelen of dat advies tot schade heeft geleid, moet o.a. worden bepaald of artikel 47 Fw terecht is ingeroepen en zo ja, wat de gevolgen van het beroep van de curator op dat artikel zijn geweest voor het contract van partijen. De Hoge Raad geeft daarover aanwijzingen.



## Feiten en procesverloop

Dit is een ingewikkelde zaak waarin ten minste twee leerstukken samenkomen: de aansprakelijkheid van een advocaat voor gebrekkig juridisch advies en de gevolgen van een beroep door de curator in faillissement op de zogenaamde faillissementspauliana (art. 42 e.v. Fw). Eerlijk gezegd spelen ook het leerstuk van de onrechtmatige be-

nadeling van de faillissementscrediteuren én het leerstuk van de hoofdelijkheid een rol; dat maakt de zaak nog ingewikkelder. Om het kluwen te ontwarren, beginnen we met de feiten. Die zijn als volgt.

Advocaat S. krijgt in 1993 opdracht van G. Brouwer Nijkerk Holding BV (hierna: Holding) opdracht om een driepartijenovereenkomst op te stellen tussen de partijen Holding, Brouwer BV (hierna Accomodaties; inderdaad met één 'm') en Beheer- en Beleggingsmaatschappij Strukro (hierna: Strukro).

Advocaat S. was er van op de hoogte dat Accomodaties in financiële moeilijkheden verkeerde en een geldschuld had aan Holding. Juist met het oog daarop had de advocaat opdracht gekregen om te adviseren op welke wijze de onderneming van Accomodaties kon worden voortgezet en Holding haar vordering op Accomodaties zou kunnen innen.

De advocaat stelt een overeenkomst op, en die wordt door de drie partijen in april 1993 ondertekend. G. Brouwer, de directeur van zowel Holding als Accomodatie, treedt daarbij op als vertegenwoordiger van deze beide vennootschappen.

In de overeenkomst is opgenomen dat Accomodaties haar bedrijfsinventaris levert en aan Strukro overdraagt voor een bedrag van fl. 337.175,-, dat Strukro de koopsom rechtstreeks aan Holding zal betalen, dat Accomodaties Strukro voor deze betaling kwijting zal verlenen en dat Holding het van Strukro ontvangen bedrag zal verrekenen met de (ongezekerde en dus concurrente) vordering van fl. 340.202,- die Holding op Accomodaties heeft. Partijen hadden de waarde van de inventaris getaxeerd op het bedrag van de koopsom. Het contract wordt daadwerkelijk uitgevoerd, waarbij Strukro de koopsom betaalt aan Holding.

Het contract was niet zonder risico's en partijen waren daarvan op de hoogte. Zij voorzagen althans dat in een eventueel faillissement van Accomodaties de curator mogelijk tot vernietiging van de overeenkomst zou kun-

nen overgaan wegens benadeling van de gezamenlijke faillissementscrediteuren. De contractanten meenden dit Pauliana-risico te hebben verdisconteerd in hun contract door de volgende clausules op te nemen:

#### Ontbindende voorwaarde

V. 1. Deze driepartijenovereenkomst is van rechtswege in zijn geheel ontbonden, wanneer om welke reden dan ook één of meerdere bepalingen in deze akte hun werking verliezen, tenzij partijen alsdan anders overeenkomen. De reeds nagekomen verbintenissen moeten op de onder VI beschreven wijze worden ongedaan gemaakt.

2. (...) komen partijen overeen, dat de onder V sub 1 genoemde ontbinding terugwerkt tot het moment van het ondertekenen van deze akte en zakelijke werking heeft.

#### Ongedaanmaking van reeds nagekomen verbintenissen

VI. Indien aan de ontbindende voorwaarde wordt voldaan, dienen – voor zover door de overeengekomen zakelijke werking nog nodig – de reeds nagekomen verbintenissen als volgt ongedaan worden gemaakt:

1. Stukro wordt geacht niet aan Accomodaties te hebben gepresteerd. Accomodaties wordt geacht niet aan Holding te hebben gepresteerd.
2. Stukro heeft aan Holding onverschuldigd betaald. Holding zal het bedrag van de onverschuldigde betaling per omgaande aan Stukro terugbetalen. Stukro heeft de verplichting met het terugontvangen bedrag de op de machines en inventarisstukken betrekking hebbende financiering af te lossen.

De transactie helpt Accomodaties er niet bovenop, want nog geen maand later wordt de vennootschap op eigen aanvraag failliet verklaard. De curator, mr. Werner, doet iets wat partijen niet hadden verwacht: hij vernietigt *niet* de *transactie* als geheel, maar alleen de *betaling*. In juni 1993 sommeert hij Holding om het bedrag van de koopsom aan de failliete boedel terug te betalen. Bovendien vordert hij hetzelfde van directeur G. Brouwer en van Stukro. Zij hadden volgens de curator niet mogen meewerken aan deze betaling omdat zij daarmee de crediteuren van Accomodaties benadeelden. Bovendien meent de curator dat de zaken voor een te lage prijs zijn verkocht, nu de waarde zijns inziens veel hoger zou zijn geweest dan de koopprijs. Ook daarvan vordert hij vergoeding. Complicatie was bovendien dat de inventaris stil verpand was aan ING Bank tot zekerheid van een concernkrediet waar niet alleen Accomodaties, maar bijvoorbeeld ook Holding voor instonden. ING Bank leek overigens weinig bezwaar tegen de overdracht van de goederen te hebben omdat ook Holding instond voor het krediet.

In november 1993 dagvaardt de curator zowel de contractuele wederpartijen van Accomodaties als directeur G. Brouwer in persoon. Hij vordert hoofdelijke betaling van een bedrag ter grootte van de koopsom alsmede betaling van een aanvullend bedrag wegens het beneden de waarde verkopen van de inventaris. In deze procedure wordt Holding overigens niet meer door advocaat S. bijgestaan.

De rechtbank Zwolle komt tot het oordeel dat de betaling Paulianus was en dat de inventaris in werkelijkheid fl 148.519,37 meer waard was dan Stukro er voor betaald heeft. De rechtbank veroordeelt Stukro, Holding en

Directeur G. Brouwer tot 'afgifte' van de betaling aan de curator. Holding wordt als ontvanger van de betaling tot die terugbetaling veroordeeld op grond van artikel 47 Fw en de partijen Brouwer en Stukro bij wijze van schadevergoeding op grond van hun onrechtmatige daad. Directeur G. Brouwer en Stukro worden bovendien wegens onrechtmatige daad jegens kort gezegd de gezamenlijkheid van crediteuren veroordeeld tot vergoeding aan de curator van de hiervoor genoemde meerwaarde.

Van dit rechtbankvonnis wordt weliswaar appel ingesteld, maar zonder succes. Het vonnis krijgt uiteindelijk kracht van gewijsde. Vervolgens sommeert de curator Holding en Stukro om het verschuldigde totaalbedrag van fl 752.804,69 te betalen (zijnde de koopprijs, de meerwaarde en de inmiddels flink opgelopen rente en proceskosten). Stukro voldoet aan het vonnis en betaalt aan de curator het gehele bedrag. Stukro heeft dan dus in wezen twee keer de koopprijs betaald: eerst aan Holding en daarna aan de curator van Accomodaties. Bovendien vergoedt Stukro aldus de meerwaarde aan de curator.

Stukro cedeert de vordering die zij op advocaat S. meent te hebben aan de broer van G. Brouwer, te weten N.D. Brouwer. Cessionaris Brouwer stelt vervolgens S. aansprakelijk wegens een beroepsfout jegens Stukro. S. zou zijn tekortgeschoten in zijn verplichting als juridisch adviseur door niet te wijzen op de risico's verbonden aan de transactie. De advocaat betwist dit.

#### De procedure

Het arrest van de Hoge Raad dat hier centraal staat, betreft dus de procedure die N.D. Brouwer als cessionaris van de vermeende vordering van Stukro instelt tegen advocaat S. Omdat het voor de beslissing hier niet uitmaakt, maar voor de overzichtelijkheid wel, spreek ik hierna van Stukro als procespartij waar het in werkelijkheid N.D. Brouwer betreft.

Welnu, Stukro vordert in rechte betaling van het verschuldigde totaalbedrag van fl 752.804,69 (inmiddels opgelopen en geconverteerd tot € 473.538,62). Advocaat S. betwist aansprakelijkheid. De rechtbank Groningen wijst de vordering van Stukro af, die daarop hoger beroep instelt bij het Gerechtshof Leeuwarden. De vraag waar het Hof zich over moet buigen is in essentie of de advocaat een beroepsfout heeft gemaakt door niet te wijzen op de risico's van de transactie. Duidelijk moge zijn dat partijen zelf ook wel wisten dat de transactie eventueel aan vernietiging bloot zou kunnen komen te staan, maar Stukro stelt dat zich hier juist andere risico's hebben verwezenlijkt dan partijen voor lief hadden genomen. Die andere risico's blijken er drie te zijn:

1. De curator heeft niet de koopovereenkomst met een beroep op de Actio Pauliana van artikel 42 Fw vernietigd, maar hij heeft de *betaling* van de opeisbare schuld door Accomodaties aan Holding aangetast met een beroep op artikel 47 Fw met als gevolg dat Holding het van Stukro ontvangen bedrag van de koopprijs op grond van artikel 51 Fw moest teruggeven, en wel aan de curator.

2. De curator heeft in de verhaalsprocedure tegen Directeur G. Brouwer, Stukro en Holding gesteld – en de rechtbank Groningen heeft hem daarin gelijk gesteld – dat Brouwer, Stukro en Holding onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van Accomodaties hebben gehandeld door samen te spannen teneinde Holding te bevoordelen boven de andere crediteuren.
3. Directeur G. Brouwer en Stukro blijken onrechtmatig te hebben gehandeld tegenover de gezamenlijke crediteuren door mee te werken aan de totstandkoming van een overeenkomst waarbij zaken van de latere gefailleerde tegen een te lage waarde zijn verkocht.

Advocaat S. stelt dat de door hem ontworpen driepartijenovereenkomst niet paulianeus en evenmin onrechtmatig was. Hij beroept zich daarbij in het bijzonder op het volgende:

1. De boedel is niet benadeeld omdat er op de verkochte zaken een pandrecht rustte ten gunste van ING Bank. Zou de transactie niet zijn verricht, dan was de waarde van de inventaris aan de pandhouder en dus evenmin ten gunste gekomen van de gezamenlijkheid van crediteuren.
2. Er is geen sprake van betaling door een schuldenaar in de zin van artikel 47 Fw want niet Accomodaties maar Stukro betaalde aan Holding.
3. Het invoeren van artikel 47 Fw door de curator heeft de ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst in werking gesteld, dus is de gehele transactie juridisch gezien teruggedraaid en is er dus geen benadeling. Stukro had eenvoudig de betaling van Holding kunnen terugvragen en het bedrag aan de curator kunnen afstaan.

Het Hof wijst al deze stellingen van de hand en oordeelt dat S. jegens Stukro aansprakelijk is voor de schade die Stukro heeft geleden als gevolg van de beroepsfout van S. De advocaat had volgens het hof moeten wijzen op de mogelijkheid dat de curator niet de transactie als geheel maar slechts de betaling door Accomodaties via Stukro aan Holding zou aantasten én de betrokken partijen uit onrechtmatige daad tot vergoeding van dat bedrag zou aanspreken. Het Hof oordeelt dat het feit dat Stukro de betaling heeft moeten vergoeden, het gevolg is van de beroepsfout. Dat Stukro daarnaast ook de meerwaarde moest vergoeden aan de curator, valt volgens het Hof niet als gevolg van de beroepsfout aan S. toe te rekenen.

### In cassatie

S. gaat in cassatie tegen het arrest van het Hof. Hij herhaalt in cassatie de drie stellingen die hij het Hof ook al had voorgehouden. In de eerste plaats moet de Hoge Raad zich dus uitspreken over de vraag of er wel sprake is van benadeling van de boedel, gegeven dat de zaken anders door de pandhouder zouden zijn geëxecuteerd. De Hoge Raad meent van wel:

‘In rov. 11 heeft het hof het door S. aangevoerde argument behandeld dat er geen sprake is van benadeling van de boedel omdat er op de verkochte zaken een pandrecht rustte ten gunste van de ING Bank. Het argument gaat naar het oordeel van het hof niet op, omdat vaststaat dat de koopsom niet ten goede aan de boedel of de ING Bank is gekomen, doch aan Holding, die daarmee haar concurrente vordering voldaan heeft gekregen, zodat de paritas creditorum is doorbroken. Onderdeel I.1 klaagt dat het hof hier een onjuiste maatstaf heeft aangelegd dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven. De klachten miskennen dat het hof in de bestreden rechtsoverweging geen oordeel geeft over de vraag of de schuldeisers benadeeld zijn doordat Accomodaties kort voor haar faillissement haar machines en inventaris vervreemde en dusdoende aan faillissementsverhaal onttrok, maar slechts oordeelt dat de schuldeisers benadeeld zijn doordat de koopsom die Accomodaties voor haar verpande zaken nu eenmaal had bedongen, ten goede van één concurrente crediteur (Holding) is gekomen. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van de omstandigheid dat de in de driepartijenovereenkomst bedongen wijze van betaling van de koopsom een essentieel onderdeel van die overeenkomst vormde. De klachten van het onderdeel zijn derhalve ongegrond.’ (r.o. 3.4.1)

De tweede vraag is of wel gesproken kan worden van betaling door Accomodaties van een opeisbare schuld aan Holding in de zin van artikel 47 Fw. Ook hier volgt de Hoge Raad het Hof:

‘Onderdeel I.2 is gericht tegen de verwerping door het hof (rov. 12) van S.’ argument dat geen sprake is van een betaling door de schuldenaar als in artikel 47 Fw bedoeld. Het onderdeel gaat ervan uit dat, nu het hof dat in het midden liet, de overeengekomen betalingsconstructie kan worden geduid als betaling door een derde. Het klaagt allereerst dat, daarvan uitgaande, het hof van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven door te oordelen dat die betaling, nu die heeft plaatsgevonden met goedvinden/medewerking van Accomodaties, kan worden aangemerkt als “voldoening door de schuldenaar” in de zin van artikel 47. Deze klacht faalt. Een betaling van een aan de schuldenaar verschuldigde geldsom, met diens goedvinden niet aan hem maar aan een van zijn schuldeisers in mindering op het door hem aan die schuldeiser verschuldigde, kan wel degelijk gelden als een “voldoening door de schuldenaar” als bedoeld in artikel 47. Een dergelijke wijze van voldoening kan niet aan de toepassing van artikel 47 worden onttrokken doordat men de schuldenaar van de schuldenaar (in dit geval: Stukro) als “derde” aanmerkt. De klacht berust dus op een onjuiste rechtsopvatting.’ (r.o. 3.4.2)

De derde vraag betreft de vraag wat de gevolgen zijn geweest van het invoeren van artikel 47 Fw voor de ontbindende voorwaarde in het contract. Advocaat S. had gesteld dat het door hem opgestelde contract de risico’s van het eventueel paulianeuze danwel onrechtmatige karakter ondervinding met de ontbindende voorwaarde; door het beroep van de curator op artikel 47 Fw was de gehele transactie immers komen te vervallen. Het Hof oordeelde weliswaar dat de ontbindende voorwaarde ook op de ontstane situatie zag en dus in werking was getreden, maar het oordeelde ook dat de ontbindende voorwaarde niet zo ver ging dat deze ook het paulianeuze en onrechtmatige karakter ontnam aan de transactie. Bovendien oordeelde het Hof dat de voorwaarde evenmin goederenrechtelijke werking kon hebben aangezien dat in strijd zou komen met het systeem van de Faillissementswet. Bovendien was de curator niet bereid gebleken om mee te werken aan het geheel terugdraaien van de transactie, zodat de bedoelde risico’s per saldo dus helemaal niet ondervangen waren.

De Hoge Raad volgt deze redenering van het Hof slechts tot op zekere hoogte. Allereerst geeft de Hoge Raad aan dat het Hof juist heeft geoordeeld wat betreft het dwingende karakter van artikel 47 Fw:

‘3.5.2 De onderdelen II.1 en II.2 berusten op de opvatting dat het beroep van de curator op artikel 47 F. tot vervulling van de ontbindende voorwaarde heeft geleid en dat als gevolg daarvan de partijen bij de driepartijenovereenkomst terugkeren in de situatie van vóór het sluiten daarvan, waardoor van enige benadeling als gevolg van de overeenkomst geen sprake zou zijn. Het hof heeft deze opvatting terecht verworpen. Zij miskent dat de benadeling die de curator aan zijn beroep op artikel 47 ten grondslag heeft gelegd niet daarin is gelegen dat de machines en inventaris van Accomodaties aan haar vermogen zijn onttrokken, maar daarin dat de voor die zaken door Accomodaties bedongen koopsom ten goede is gekomen aan een concurrente crediteur in plaats van aan de boedel. Daarnaast ziet deze opvatting eraan voorbij dat het beroep van de curator op artikel 47 F., met gevolg dat Holding de door haar in mindering op haar vordering op Accomodaties van Stukro ontvangen koopsom ingevolge artikel 51 F. moest door- of terugbetalen aan de curator, niet kon worden doorkruist door de intreding van de ontbindende voorwaarde, omdat de dwingendrechtelijke bepalingen van de artikel 47 en 51 lid 1 F. niet door het bedingen van een dergelijke ontbindende voorwaarde kunnen worden ontkracht. De klachten van de onderdelen stuiten hierop af. (...)’

Dat betekent volgens de Hoge Raad echter niet dat vast staat dat Stukro schade heeft geleden door het inroepen van artikel 47 Fw. Het is namelijk niet ondenkbaar dat Stukro de betaling van Holding kon terugvorderen:

‘3.8 Het vijfde verweer van S. behelst dat Stukro geen schade lijdt omdat de betaling aan Holding gemakkelijk kon worden teruggedraaid. Het hof heeft dit verweer verworpen op de in rov. 24 vermelde gronden (a) dat de koop en de overdracht van de bedrijfsinventaris door Accomodaties aan Stukro door de acties van de curator ongemoeid zijn gebleven, (b) dat (zoals het hof in rov. 16 heeft geoordeeld) de vervulling van de ontbindende voorwaarde het in die voorwaarde beoogde goederenrechtelijke gevolg ontbeert en (c) dat daarmee, mede gelet op de samenhang tussen de bepalingen V en VI van de driepartijenovereenkomst, niet strookt om aan te nemen dat voor het overige tussen contractspartijen de gevolgen van de inwerkingtreding van de ontbindende voorwaarde zoals geregeld onder VI van de overeenkomst gelden en dat Stukro dan ook niet op grond van artikel VI onder 2 van de driepartijenovereenkomst gerechtigd is om de koopprijs uit hoofde van onverschuldigde betaling van Holding terug te vorderen.

Het onderdeel klaagt onder meer dat dit oordeel onbegrijpelijk is omdat niet valt in te zien waarom de genoemde omstandigheden (a) en (b) meebrengen dat Stukro niet op grond van artikel VI onder 2 van de driepartijenovereenkomst de koopsom van Holding zou kunnen terugvorderen. Deze klacht slaagt. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, valt niet in te zien waarom Stukro het voor het geval van vervulling van de ontbindende voorwaarde – wat er overigens zij van ‘s hofs oordeel dat het beoogde goederenrechtelijke gevolg daarvan niet is ingetreden – van Holding bedongen recht op terugbetaling niet zou hebben kunnen uitoefenen. Te minder valt dit in te zien indien Stukro, zoals zij heeft gesteld, voldaan heeft aan de hoofdelijke veroordeling tot betaling van de koopsom als hiervoor in 3.1 (ix) bedoeld, zodat Holding bevrijd is van haar veroordeling om diezelfde koopsom (op de voet van artikel 51 F.) aan de curator te betalen. De overige klachten van het onderdeel behoeven geen behandeling. Hetzelfde geldt voor onderdeel VI. De verwijzingsrechter zal, zo nodig, opnieuw moeten oordelen over het beroep van S. op eigen schuld.’

De Hoge Raad vernietigt op deze laatste grond het arrest van het Hof Leeuwarden en verwijst naar het Hof Arnhem, onder meer om de vraag te beantwoorden of Stukro schade heeft geleden door het beroep van de curator op 47 Fw, gegeven dat dit beroep de ontbindende voorwaarde in werking heeft gesteld en Stukro dus van Holding de koopprijs had kunnen terugvorderen.

## Noot<sup>1</sup>

De Stukro-zaak is illustratief voor het type handelingen dat in het zicht van faillissement verricht wordt en voor de risico's die dergelijke handelingen voor betrokkenen en hun juridische adviseurs met zich brengen. In deze annotatie kunnen slechts een paar aspecten van de zaak aan de orde komen. Dat zijn achtereenvolgens de plaats en functie van de faillissementspauliana (hierna par. 1.), de werking van artikel 47 Fw (par. 2), aansprakelijkheid voor medewerking aan Paulianeuze handelingen (par. 3), het contractueel indammen van het risico van vernietiging (par. 4) en ten slotte (het procederen over) de aansprakelijkheid voor gebrekkig juridisch advies (par. 5).

### 1 De faillissementspauliana

De faillissementspauliana is een actie die de curator in het faillissement mag instellen als de latere gefailleerde vóór de faillietverklaring handelingen heeft verricht die nadelig zijn gebleken voor de schuldeisers in het faillissement.

De twee grondvormen van de faillissementspauliana treft men aan in artikel 42 Fw en 47 Fw. De eerste betreft (te) kort gezegd de aantasting van onverplichte meerzijdige rechtshandelingen waarvan de betrokken partijen wisten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Veel genoemd voorbeeld is de verkoop van een goed door iemand die in geldnood verkeert, tegen een lagere prijs dan de werkelijke waarde. Dat levert benadeling op voor de schuldeisers in het latere faillissement als een vermogensbestanddeel ter waarde van bijvoorbeeld 100 zodoende is ‘verwisseld’ voor een geldbedrag van 50. Dat de latere boedel is benadeeld, is overigens niet voldoende: de curator moet ook bewijzen dat beide partijen bij de wederkerige overeenkomst wisten of behoorden te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. De bewijslast ten aanzien van deze objectieve wetenschap wordt overigens omgekeerd in ‘verdachte gevallen’ opgesomd in artikel 43 Fw.

Het gevolg van vernietiging op grond van artikel 42 Fw is ingrijpend: door vernietiging ontvalt de ‘causa’ aan de overdracht van het vermogensbestanddeel en de betaling. Een goed dat het vermogen van de latere gefailleerde had verlaten, keert dus met terugwerkende kracht terug

1 Met dank aan R. Westrik en F. Damsteegt voor op- en aanmerkingen.



(vgl. art. 3: 53 jo. 3:84 BW). De curator kan het goed als boedelvertegenwoordiger revindiceren en de opbrengst onder de schuldeisers verdelen conform hun rang (art. 51 Fw). Een eventuele tegenprestatie die de latere gefailleerde had ontvangen, behoeft de curator alleen direct terug te geven voor zover de boedel gebaat was door die tegenprestatie (art. 51 lid 3 Fw).<sup>2</sup> Heeft in ons voorbeeld de latere gefailleerde het geldbedrag van 50 wel ontvangen maar direct in de kroeg uitgegeven, dan is van baattrekking door de boedel geen sprake. In dat geval kan de wederpartij zijn vordering tot terugbetaling van 50 als concurrent crediteur ter verificatie indienen. Meestal geeft concurrent schuldeiserschap weinig kans op enige uitbetaling, en dus is sprake van een zware sanctie op het meewerken aan een Paulianeuze transactie: de wederpartij zal wél het verkregen goed moeten retourneren, maar heeft géén zekerheid van terugontvangst van hetgeen hij onverschuldigd betaalde.

De tweede grondvorm is die van artikel 47 Fw, waarbij de latere gefailleerde in het zicht van faillissement niet zozeer een nieuwe overeenkomst aangaat zoals bij artikel 42 Fw veelal het geval zal zijn, maar hij een al bestaande opeisbare schuld voldoet. Natuurlijk kan in het betalen van opeisbare schulden in de regel niet veel verkeers in worden gezien, maar in uitzonderlijke omstandigheden kan dat anders zijn. Artikel 47 Fw geeft de curator de mogelijkheid om betalingen door de latere gefailleerde in twee gevallen te vernietigen: als de crediteur op het moment van inontvangstnemen van de betaling daadwerkelijk weet dat het faillissement al is aangevraagd óf als bij beide partijen het oogmerk om deze schuldeiser boven de andere schuldeisers te bevoordelen, centraal stond bij de betalingshandeling (samenspanning).<sup>3</sup> Het gevolg van de vernietiging op grond van artikel 47 Fw is anders dan bij artikel 42 Fw niet gericht op het ongedaanmaken van de gehele transactie maar alleen op het ongedaan maken van de betaling door de latere gefailleerde: de ontvanger moet de betaling teruggeven aan de curator en zich eventueel ter verificatie melden om alsnog betaling te verkrijgen conform rang.

De curator was hier van mening dat de inventaris tegen een te lage prijs aan Stukro was verkocht; dat levert benadeling van de schuldeisers op in de zin van artikel 42 Fw. Het had dus voor de hand gelegen dat de curator een beroep op artikel 42 Fw zou doen en zodoende de verkochte inventaris terug in de boedel zou krijgen. Hij deed dat echter niet: hij tastte met zijn beroep op artikel 47 Fw niet de transactie aan, maar slechts *de betaling* door

Accomodaties (via Stukro) van haar opeisbare schuld aan Holding. Op grond daarvan moest Holding het indirect ontvangen bedrag teruggeven aan de curator. De anderen, Stukro en directeur G. Brouwer, werden uit onrechtmatige daad aangesproken tot ‘teruggave’ van de koopprijs bij wijze van vergoeding van het meewerken aan de ‘samenspanning’. Bovendien werden zij uit onrechtmatige daad aansprakelijk gesteld (en bevonden) tot vergoeding van de overwaarde.

Door met een beroep op artikel 47 Fw de betaling van de opeisbare schuld aan Holding aan te tasten en voor het overige van Stukro en Brouwer schadevergoeding te vorderen voor deelname aan de samenspanning en benadeling door verkoop beneden marktwaarde, wist de curator te voorkomen dat hij de inventaris weer terugkreeg zoals bij de algehele vernietiging ex artikel 42 Fw het geval zou zijn (met alle lasten van executie van dien). De opzet van de curator was duidelijk: hij wilde niet de inventaris terug in de boedel krijgen, maar alleen de reële tegenwaarde van de inventaris.<sup>4</sup>

Advocaat S. op zijn beurt had wellicht de driepartijenconstructie juist gekozen om het risico van aantasting van de betaling door Accomodaties aan Holding ex artikel 47 Fw zo klein mogelijk te maken. Had hij Accomodaties geadviseerd om de goederen te verkopen aan Stukro, de koopprijs rechtstreeks in ontvangst te nemen en deze vervolgens rechtstreeks aan Holding te betalen, dan zouden namelijk zowel de verkoop bloot worden gesteld aan vernietiging op grond van artikel 42 Fw als de betaling van de schuld aan Holding. Veel heeft de constructie niet geholpen: naar nu blijkt, komt de curator via een andere weg (art. 47 Fw en art. 6:162 BW) tot hetzelfde gewenste resultaat van ongedaanmaking van de benadeling.

## 2 Het beroep op artikel 47 Fw

Over het beroep op artikel 47 Fw werden in cassatie twee vragen voorgelegd aan de Hoge Raad:

1. Is wel sprake van benadeling van de boedel?
2. Is betaling door Stukro aan Holding betaling door Accomodaties van een opeisbare schuld aan Holding?

De eerste vraag is een erkende breinbreker. Om vast te stellen of de faillissementscrediteuren in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld, moet men proberen te achterhalen wat er zou zijn gebeurd zonder de gewraakte handeling.<sup>5</sup> Dat is in wezen dezelfde vraag die ook in het

2 J.B. Huizink, *Insolventie*, 5<sup>e</sup> druk Deventer: Kluwer 2005, p. 83. Vgl. het in essentie gelijklopende art. 3.2.7. lid 3 Voorontwerp Insolventiewet.

3 Deze enge interpretatie van ‘samenspanning’ werd gegeven door HR 24 maart 1995, *NJ* 1995, 628, *AA* 1996, p. 183 (m.nt. Vriesendorp) (Gispen q.q./IFN). Vgl. HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, *AA* 2001, p. 159 (nt. Vriesendorp) (Van Dooren q.q./ABN Amro). In de literatuur is meermalen bepleit dat art. 47 Fw een ruimer werkbereik zou moeten krijgen; art. 3.2.5 van het Voorontwerp

Insolventiewet volgt dit pleidooi. Zie hierover bijv. N.E.D. Faber, in: J.A. van de Hel e.a. (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, 179 e.v. Tegen een te ruim werkbereik zijn R.J. de Weijers en N.J. Huurdeman, Kortsluiting in schuldeisersbescherming: Over de onwenselijkheid van gelijkshakeling van de criteria van art. 47 Fw en art. 54 Fw, *WPNR* 2007 (6713), p. 511 e.v.; vgl. H.S. Mensonides, Vernietiging van verplicht verrichte rechtshandelingen volgens de nieuwe Insolventie-

wet: terug naar de negentiende eeuw?, *TvI* 2007/4, p. 136 e.v.

4 In feite is deze processtrategie van de curator geheel in lijn met de ‘proportionele benadering’ (in de literatuur ook wel ‘relativering’ genoemd) bij art. 42 Fw volgens welke vernietiging niet verder moet gaan dan nodig om de benadeling te redresseren.

5 HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001 654 (D. / Gilhuis q.q.). Over benadeling bijv. G. van Dijk, *Pauliana*, Mon. BW B4, Deventer: Kluwer 2008, p. 33 e.v., met verdere verwijzingen.

schadevergoedingsrecht vaak gesteld wordt, namelijk de vraag naar causaal verband. En net als bij het schadevergoedingsrecht is het niet met zekerheid te zeggen hoe de wereld er uit had gezien zonder de gewraakte handeling. Als bewijsvermoeden bij artikel 47 Fw zou naar mijn mening moeten gelden dat zonder de gewraakte betaling de ontvanger zijn vordering in het faillissement ter verificatie had moeten indienen en conform wettelijke rangorde voldaan zou hebben gekregen. Het is dan aan de ontvanger om aannemelijk te maken dat er iets anders zou zijn gebeurd en dat dientengevolge geen benadeling zou hebben plaatsgevonden.<sup>6</sup>

Hier was het betoog van advocaat S. kort gezegd dat als partijen de transactie niet hadden verricht, de inventaris door de stille pandhouder opgevorderd en verkocht zou zijn, zodat in dat geval de opbrengst ten goede van één preferente separatist zou zijn gekomen. De boedel – dat wil zeggen de gemeenschappelijkheid van faillissementscrediteuren die door de curator worden vertegenwoordigd in zijn beroep op de faillissementspauliana – zou dan dus óók achter het net vissen. Het Hof oordeelde dat deze redenering mogelijk relevant was als de *transactie* zou zijn aangetast, maar dat had de curator nu juist niet gedaan. De koopsom<sup>7</sup> die Accomdaties had bedongen, was niet ten goede van alle crediteuren gekomen maar door de wijze van betaling aan slechts één concurrente crediteur (Holding). Daarin school de benadeling als vereist voor een beroep op artikel 47 Fw,<sup>8</sup> en aangezien niet de transactie als geheel was aangetast kon de vraag naar benadeling door de transactie dus ook niet relevant zijn. Daarom oordeelt de Hoge Raad (zie hierboven, r.o. 3.4.1) dat de redenering van het Hof op dit punt de toets der kritiek kan doorstaan.

De tweede vraag betreft uitleg van ‘betaling van een opeisbare schuld’.<sup>9</sup> Hier gaat het meerbepaald om de wijze van betaling: is betaling ‘over drie banden’ ook betaling? Verbintenisrechtelijk is sprake van twee betalingen: als A een bedrag is verschuldigd aan B, en B op zijn beurt een bedrag verschuldigd is aan C, dan kunnen A en B afspreken dat A het bedrag rechtstreeks aan C betaalt zodat A gekwetend wordt tegenover B en B tegenover C. In de relatie A-B is dit de uitvoering van een nadere betalingsaf-

spraak, in de relatie B-C is sprake van betaling door een derde die B bevrijdt (art. 6:30 BW).

De vraag of het ook betaling in de zin van artikel 47 Fw oplevert, beantwoordt de Hoge Raad met weinig omhaal van woorden bevestigend: een betaling van een aan de latere gefailleerde verschuldigde geldsom, met diens goedvinden niet aan hem maar aan een van zijn schuldeisers in mindering op het door hem aan die schuldeiser verschuldigde, kan gelden als een ‘voldoening door de schuldenaar’ als bedoeld in artikel 47 Fw.

Het oordeel van de Hoge Raad over het bereik van het begrip ‘betaling’ in artikel 47 Fw lijkt mij zonder meer juist. Met goedvinden van Accomdaties rechtstreeks doorbetalen aan Holding – beide rechtspersonen werden nota bene vertegenwoordigd door dezelfde persoon – levert niet alleen een betaling door Stukro aan Accomdaties, maar ook betaling door die laatste aan Holding. Na vernietiging ex artikel 47 Fw moet Holding het bedrag dan aan de curator afstaan. De bewoordingen ‘met goedvinden’ zijn strikt genomen overbodig omdat zonder goedvinden geen sprake van bevrijdende betaling was door Stukro. Belangrijker is dat in het oordeel besloten ligt dat de ‘betaling over drie banden’ niet gebruikt mag worden als rookgordijn om zich aan artikel 47 te onttrekken. Uit eerdere rechtspraak waarin de ontvanger van de betaling een bank was, volgde overigens ook al dat ‘betaling’ ruim uitgelegd moest worden. Als de bankrekening van de latere gefailleerde een debetstand vertoont en een van zijn debiteuren doet een betaling aan hem op die bankrekening, dan neemt de debetstand af. Dát is ook betaling door de latere gefailleerde aan zijn schuldeiser, de bank.<sup>10</sup>

### 3 Meewerken aan Paulianeuze handelingen: artikel 6:162 BW

Artikel 47 Fw is beperkt tot de ontvanger van de betaling: die moet het bedrag aan de curator afstaan.<sup>11</sup> Waarom werden dan naast Holding ook Stukro en directeur G. Brouwer in persoon gehouden dit bedrag af te staan? Dat is omdat de curator niet alleen artikel 47 Fw maar ook artikel 6:162 BW in stelling had gebracht. Bijzonder is dat in de loop der tijd buiten de Faillissementswet om, het leerstuk

6 Ik zou bijna van een analoge toepassing van de zgn. omkeringsregel willen spreken.

7 Ik wijs er op dat het begrip ‘koopsom’ verwarrend is in die zin dat het de curator niet te doen was om de koopsom als schuld van Stukro aan Accomdaties, maar om de betaling door Accomdaties aan Holding van een opeisbare schuld van Accomdaties aan Holding uit andere hoofde, maar met behulp van die koopsom.

8 Een vergelijkbare maatstaf voor benadeling hanteerde de Hoge Raad overigens ten aanzien van art. 42 Fw (HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526; Montana I). In de onderhavige zaak zou zodoende mogelijk ook sprake zijn geweest van benadeling in de zin van art. 42 Fw. Gesteld al dat bij het ontbreken van de transactie de waarde van inventaris werkelijk aan de stil pandhouder toegekomen zou zijn en dus voor benadeling van deze pandhouder maar niet van de gezamenlijkheid van crediteuren

gesproken zou kunnen worden, dan nog lijkt in de rechtspraak een minder streng benadelingsvereiste te worden gehanteerd. Zo levert het aangaan van een transactie die een concurrente crediteur ‘vervangt’ door een preferente crediteur benadeling op voor de overige concurrente crediteuren (HR 8 juli 2005, *NJ* 2005, 457 Van Dooren/ABN Amro II; zie F.P. van Koppen, in: *SDU Commentaar Insolventierecht 2007/08*, Den Haag: SDU 2007, p. 137). Pleitbaar is dat ook als men zich onttrekt aan de concursus creditorum ten nadele van één andere crediteur, dit niettemin benadeling in de zin van art. 42/47 Fw oplevert. Zo ook het Hof in deze zaak, waar deze oordeelt dat van benadeling sprake is omdat ‘de koopsom niet ten goede is gekomen aan de ING Bank dan wel de boedel, doch aan Holding, die daarmee haar concurrente vordering voldaan heeft gekregen, zodat de paritas creditorum is doorbroken’ (Hof, r.o. 11). Omdat het cassatie-

middel op dit punt zich concentreerde op de vraag of de transactie benadeling opleverde, kon de Hoge Raad het middel terzijde stellen met de constatering dat het Hof niet over de onoirbaarheid van de transactie maar van de betaling van de koopsom had geoordeeld. Het Voorontwerp Insolventiewet hakt overigens de knoop door: benadeling van één crediteur is voldoende (art. 3.2.5).

9 Ik merk op dat ‘betaling’ sowieso een ruim begrip is, omdat het niet alleen betaling van geldschulden maar de nakoming van elke opeisbare verbintenis is (ook dus bijvoorbeeld de overdracht van goederen op grond van een bestaande verbintenis). Vgl. over het begrip ‘verplichte rechtshandeling’ bijv. Van Dijk, a.w., p. 27 e.v.

10 Zie HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees en Hope I).

11 Vgl. art. 51 Fw en daarover Van Schilfgaarde in zijn *NJ*-annotatie onder 7.

van de onrechtmatige daad een belangrijke aanvulling is gaan geven op – sommigen zullen met recht zeggen: verbetering van – de faillissementspauliana.<sup>12</sup> De norm die artikel 6:162 BW in abstracto geeft, is: gij zult in het zicht van naderend faillissement geen medewerking verlenen aan transacties waarvan u weet of behoort te weten dat deze benadeling van een of meer crediteuren zal kunnen opleveren. Zo uitgekristalliseerd is die norm overigens in werkelijkheid niet, maar ik denk dat de verzameling rechtspraak terzake van artikel 6:162 BW en faillissementspauliana in essentie wel neerkomt op deze algemene norm. Ik denk overigens dat het nauw luistert hoe men het verwijt formuleert: als men medewerking aan een betaling als bedoeld in artikel 47 Fw verwijt, dan moet wel aan de vereisten van artikel 47 Fw zijn voldaan.<sup>13</sup>

Dat de vordering uit artikel 6:162 BW toekomt aan de curator in zijn hoedanigheid van dwangvertegenwoordiger van de gezamenlijke crediteurenbelangen en dat dit op zichzelf al samenloopproblemen oplevert met individuele rechtsvorderingen van individuele schuldeisers, laat ik rusten.<sup>14</sup> Hier is vooral van belang hoe de samenloop tussen artikel 47 Fw en artikel 6:162 BW gezien moet worden. Het object van beide acties kan identiek zijn, namelijk het (terug)brenge van de waarde van de betaling in de boedel. Met artikel 47 Fw is dat object redelijk eenvoudig, omdat deze verplicht tot afgifte van hetgeen is betaald (restitutie). Bij een actie uit artikel 6:162 BW zal in de regel *schadevergoeding* worden gevorderd (hoewel op grond van art. 3:296 BW en 6:103 BW ook andere remedies denkbaar zijn) en dan is de vraag welke schade het meewerken aan de samenspanning heeft veroorzaakt.

Kan nu bijvoorbeeld Stukro stellen: de boedel lijdt geen schade door mijn medewerking aan de samenspanning, want de curator kan het bedrag terugvorderen bij Holding? Zou men dat verweer toestaan, dan leidt dat er toe dat de actie uit artikel 6:162 BW subsidiair van aard is ten opzichte van de restitutieplicht uit artikel 47 jo. 51 Fw. Dat is dogmatisch – vanuit het schadebegrip bezien – wellicht zuiver, maar het verkleint wel de praktische bruikbaarheid van artikel 6:162 BW als instrument van bestrijding van faillissementsfraude. De curator moet in die opvatting immers eerst de weg van de faillissementspauliana aflopen en pas als dat niet tot restitutie leidt, is duidelijk dat er schade wordt geleden.

Tegenover subsidiariteit staat echter hoofdelijkheid. In artikel 6:102 BW is de hoofdregel dat als twee of meer personen tot vergoeding van dezelfde schade verplicht zijn, zij in beginsel hoofdelijk aan te spreken zijn. Een vergelijkbare regel geeft artikel 6:6 BW voor die gevallen waarin uit de wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat twee of meer personen tot voldoening van dezelfde prestatie (c.q. de ‘nakoming van dezelfde schuld’) hoofdelijk verbonden zijn. De crediteur kan dan kiezen welke van de debiteuren hij tot vergoeding van de gehele schade aanspreekt. De aldus aangesproken debiteur kan, nadat hij heeft betaald, regres nemen op zijn mededebiteuren ten belope van hun interne draagplicht (die draagplicht kan door verschillende factoren worden bepaald; ik laat dat hier rusten). Nu is het zeer de vraag of artikel 6:102 BW zomaar toegepast kan worden op de verhouding tussen Stukro, Holding en directeur Brouwer. Holding is namelijk niet tot schadevergoeding maar tot restitutie aangesproken. Hoewel mij persoonlijk een ruimere toepassing van artikel 6:102 BW voor ogen staat, wordt voor geldend recht wel aangenomen dat in dergelijke gevallen het artikel in het beste geval analoog toegepast kan worden.<sup>15</sup> De Hoge Raad lijkt in r.o. 3.8 overigens wel op enige vorm van samenloop en regres te zinspelen tussen Stukro en Holding (en, zo lijkt mij, directeur Brouwer) daar waar Stukro uit hoofde van artikel 6:162 BW voldeed hetgeen ook Holding gehouden was te betalen uit hoofde van artikel 47 jo. 51 Fw.

Dus: is het nu subsidiariteit of hoofdelijkheid die hier moet worden toegepast? Kan nu van de één vergoeding van schade worden gevorderd, terwijl die schade strikt genomen niet bestaat als men een ander (uit anderen hoofde) tot betaling van het betreffende bedrag aanspreekt? Ik denk het wel; dezelfde innerlijke tegenstrijdigheid zit in zekere zin ook in artikel 6:102 BW ingebakken. Als er geen aanwijzingen zijn dat de wetgever subsidiariteit heeft gewild, lijkt mij gewone samenloop en dus hoofdelijkheid of analoge toepassing van de regels van hoofdelijkheid aangewezen.<sup>16</sup> Dit komt de bruikbaarheid van de vordering uit artikel 6:162 BW ten goede, vergroot de inningskansen en draagt wellicht ook bij aan het afschrikken van medewerking aan samenspanning. De argumentatie voor rechtstreekse toepasbaarheid van artikel 6:102 BW wordt nog sterker als men wil aanne-

12 Daarover bijv. F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, diss. Tilburg 1998. Specifiek over art. 47 Fw en de normering die art. 6:162 BW geeft, L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement*, diss. Tilburg 2006, p. 264 e.v.  
13 Dat is een andere vraag dan de vraag of de ontvanger uit art. 6:162 BW kan worden aangesproken als niet ook aan de vereisten van art. 47 Fw is voldaan. Dat zal slechts onder bijzondere omstandigheden het geval kunnen zijn, zo volgt uit HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, *AA* 2001, p. 159 (nt. R.D. Vriesendorp). Een ruimere werking kan aan art. 6:162 BW overigens ook toekomen waar het gaat om betrokkenheid bij selectieve betaling van crediteuren, het wegsluizen van vermogensbestanddelen, etc. Zie bijv. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Coral/Stalt).

14 Daarover bijv. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95 (Lünderstadt/De Kok), HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, *AA* 2003, p. 105 (nt. M.J.G.C. Raaijmakers) (Sobi/Hurks II), HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311, *AA* 2006, p. 732 (nt. S.C.J.J. Kortmann en N.S.G.J. Vermunt) (De Bont q.q./Bannenberq.q.).

15 Zie over werkingsbereik van art. 6:6 BW en 6:102 BW (de verwijzingen bij) Asser-Hartkamp/Sieburgh, *Verbintenissenrecht, De verbintenissen in het algemeen*, eerste gedeelte, 6-I\*, 13<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2008, nr. 99 e.v., Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht, De verbintenissen in het algemeen*, 4-I, 12<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 458 e.v. Mijn ideeën hierover werkte ik uit in Hoofdelijke verbintenissen, diss. Tilburg 1999, p. 18 e.v.

De Hoge Raad heeft hierover nog niet heel precies hoeven oordelen. Ik merk op dat L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement*, diss. Tilburg 2006, p. 232 e.v., ook van een meer materiële samenloop lijkt uit te gaan als voldoende voorwaarde voor hoofdelijkheid.

16 Dit vraagstuk doet licht denken aan de discussie over de vraag of een verrijkingsvordering tegen de een kan samenlopen met een schadevergoedingsvordering tegen de ander. Zie nader R.D. Vriesendorp, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 4<sup>e</sup> druk Deventer: Kluwer 2006, p. 351 e.v.

men dat de restitutie-vordering uit artikel 51 Fw alleen proportioneel kan worden ingesteld, dat wil zeggen *ten belope van* de benadeling en dus tot ten hoogste het bedrag van de benadeling.<sup>17</sup> In die visie lijkt de Pauliana-restitutie minder op een ongedaanmakingsvordering en veel meer op een schadevergoedingsvordering (en daarmee valt zij dus sneller rechtstreeks te vatten onder het regime van artikel 6:102 BW).<sup>18</sup>

#### 4 Contracteren over de gevolgen van een beroep op de Pauliana

Kan de latere gefailleerde een overeenkomst sluiten die de curator in het latere faillissement kan dwarsbomen in het uitoefenen van de Pauliana? De vraag stellen is haar beantwoorden: dat kan niet. De curator hoeft zich dus in die zin niets gelegen te laten liggen aan het driepartijencontract als hij een geslaagd beroep weet te doen op artikel 47 Fw.<sup>19</sup> Men kan niet het beroep op artikel 47 Fw bij betaling over drie banden frustreren door te stellen dat door het beroep de ontbindende voorwaarde is ingetreden, de betaling geacht wordt nooit te zijn gedaan, en de goederen die onder ontbindende voorwaarde geleverd zijn van rechtswege weer terugvallen in het vermogen van Accomodaties.<sup>20</sup> Dat laatste is niet de inzet van het beroep op artikel 47 Fw en voor zover het de strekking ervan frustreert kan het dus niet worden toegelaten. Voor het overige is de 'interne' afwikkeling van de transactie na het beroep op artikel 47 Fw een kwestie van toepassing van en uitleg van de contractuele rechtsverhouding tussen partijen. Allereerst moet worden bezien of het beroep op artikel 47 Fw de ontbindende voorwaarde in werking stelt. Daarbij dient de overeenkomst aan de hand van de bekende Haviltex-criteria te worden uitgelegd. Dat had het Hof min of meer gedaan en het resultaat was dat de ontbindende voorwaarde volgens het Hof inderdaad was ingetreden. De Hoge Raad toetste (zoals te doen gebruikelijk) deze uitleg marginaal en kwam niet tot een andere opvatting.<sup>21</sup>

Vervolgens zal met diezelfde criteria moeten worden vastgesteld hoe partijen de risico's van ongedaanmaking hebben verdeeld; de bewoordingen van de clausule zijn

daarbij natuurlijk leidend maar niet doorslaggevend. Dat Stukro één van meerdere hoofdelijke debiteuren is (althans een zekere regresverhouding met Holding en Brouwer in persoon heeft), maakt die contractuele risicoverdeling overigens niet overbodig; de onderlinge rechtsverhouding van hoofdelijke debiteuren kan op grond van artikel 6:102 BW heel wel door hun contractuele risicoverdeling worden geregeerd (zie lid 1, dat verwijst naar 'rechtshandeling' als bron van verdelingsmaatstaf).

#### 5 Procederen over beroepsfouten van advocaten

Na al deze bespiegelingen over de Pauliana zouden we bijna uit het oog verliezen dat de kern van de procedure de vraag betreft of en in hoeverre de advocaat aansprakelijk is wegens gebrekkige dienstverlening. Procederen over beroepsfouten van een advocaat is een doornig pad. Allereerst is er uiteraard de materiële maatstaf. Een advocaat die adviseert en contracten opstelt is opdrachtnemer in de zin van artikel 7:400 BW en uit dien hoofde is hij gehouden om zijn taak als zorgvuldig opdrachtnemer te vervullen (art. 7:401 BW). Een vergelijkbare maatstaf geldt overigens als men zijn advocaat voor een beroepsfout aanspreekt op grond van artikel 6:162 BW. Het komt steeds aan op de vraag of de advocaat de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die van een redelijk bekwame en redelijk handelende advocaat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht.<sup>22</sup>

Centraal in deze zaak staat dat de advocaat had behoren te voorzien dat de gekozen constructie niet waterdicht was en dat het risico bestond dat de curator voor andere wegen (zoals die van artikel 47 Fw) zou kunnen kiezen. Hij had partijen op dat risico moeten wijzen (vgl. arrest HR r.o. 3.7). Overigens laat deze zaak ook zien dat het betrekkelijk irrelevant is wie van de partijen die bij de transactie betrokken is, de overeenkomst van opdracht met de advocaat sluit: de zorg die de advocaat in acht moet nemen bij het uitvoeren van de opdracht is hij niet alleen verschuldigd aan zijn contractuele wederpartij Holding maar ook aan de direct betrokkenen, zoals hier Stukro.<sup>23</sup>

17 Ik gebruik niet de term 'relativering' zoals dat in de literatuur soms gebeurt; die term kunnen we naar mijn mening beter reserveren voor de positie van derden.

18 Zie *Voorontwerp Insolventiewet*, toelichting (uitgave Kluwer), p. 225. Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. Nijmegen 2005, p. 357. Wat het Voorontwerp niet duidelijk maakt, is hoe revindicatie – nogal een alles-of-niets remedie – zich verdraagt met proportionaliteit. Vgl. over de wenselijke vorm van de 'remedies' bij de Pauliana tentatief G. van Dijk, *De faillissementspauliana – revisie van een relic*, diss. Tilburg 2006, p. 180 e.v.

19 Wel is (uitleg van) het contract waar de betaling uit voortvloeide, bepalend voor de vraag of sprake was van een verplichte betalingshandeling in de zin van art. 47 Fw. Recent is (mede naar aanleiding van HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, *AA* 2007, p. 233 (Nebula)) de discussie over

de vraag in welke mate de curator 'gebonden' is aan de contractuele positie van de failliet, weer opgelaaid. Zie bijv. F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters / Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, preadvies 2006 Vereniging voor Burgerlijk Recht.

20 Het Hof had geoordeeld dat goederenrechtelijke werking niet was ingetreden; de Hoge Raad geeft en passant aan dat dit hier wel vraagt tevens bij te stellen zijn ('wat er overigens zij van 's hofs oordeel dat het beoogde goederenrechtelijke gevolg daarvan niet is ingetreden'). Juist is dat terugwerkende kracht niet door partijen kan worden bedongen, maar goederenrechtelijke werking bij het intreden van de ontbindende voorwaarde is wel mogelijk. Zie art. 3:84 lid 4 jo. 6:22 jo. 3:38 lid 2 BW. Het is natuurlijk wel een kwestie van uitleg van de clausule of deze ook onder deze omstandigheden tot terugvallen van de eigendom aan Accomodaties leidt.

21 Om precies te zijn oordeelde de HR: 'Dat oordeel, waarvoor het hof de wijze waarop die overeenkomst redelijkerwijze dient te worden uitgelegd redengevend acht, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoefde in het licht van de tekst van de ontbindende voorwaarde geen nadere motivering.' (r.o. 4).

22 Bijv. HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455 (Benjaddi/Neve); HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 420; HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 460; HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 302.

23 Over de zorgplicht van juridische dienstverleners tegenover anderen dan de directe wederpartij, zie bijv. E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever*, diss. Tilburg 2001.



Maar met de vaststelling dat de advocaat toerekenbaar tekortgeschoten is c.q. toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld, is de benadeelde er nog lang niet. De benadeelde moet bewijzen dat die fout schade heeft veroorzaakt en vervolgens moet de omvang van die schade worden vastgesteld. De benadeelde moet dus rekenen op een survivaltocht langs alle valkuilen op het pad van afd. 6.1.10 BW. In dat kader staan twee belangrijke kwesties centraal: 'herbeoordeling' van de eerste procedure en de gevolgen daarvan voor de contractspartijen.

Allereerst de 'herbeoordeling'. Van belang is dat de advocaat geen partij was bij de procedure tussen de curator en Stukro, Holding en directeur Brouwer. Het gezag van gewijsde van die procedure strekt zich dus niet uit over de advocaat en hij mag zich in deze procedure dus op het standpunt stellen – zoals hij deed – dat het beroep op artikel 47 Fw eigenlijk had moeten falen omdat niet aan alle eisen was voldaan. De rechter moet zich dan afvragen: zou de zaak anders zijn verlopen als de verweren die de advocaat nu aanvoert, in de eerste procedure zouden zijn aangevoerd? Preciezer geformuleerd: de rechter moet de goede en kwade kansen inschatten van een ander verloop van de procedure als de verweren zouden zijn aangevoerd. De uitkomst kan dus zijn dat een schadevergoeding wordt toegevoerd die uitdrukking geeft aan de mate van waarschijnlijkheid dat de verweren succesvol zouden zijn geweest.<sup>24</sup> De rechter in deze procedure moet dus min of meer oordelen over de uitkomst van de vorige procedure. Men noemt dit wel een 'trial within a trial', en dat is juridisch wel verklaarbaar (de advocaat heeft het recht om gehoord te worden en hoeft zich niets gelegen te laten liggen aan een vonnis waarin hij niet als partij is opgetreden) maar feitelijk is het bijzonder inefficiënt. De partij die een advocaat wil aanspreken wegens gebrekkig advies, heeft dus wel uithoudingsvermogen nodig om de survivaltocht te volbrengen.

Deze tocht is overigens nog niet ten einde, want de Hoge Raad heeft de zaak nu verwezen naar het Hof Arnhem. Dat brengt mij bij de tweede kwestie: de gevolgen voor contractspartijen. Het Hof moet onder andere de vraag beantwoorden of Stukro schade heeft geleden door de fout van de advocaat. Daarvoor is nodig dat nogmaals goed wordt gekeken naar de gevolgen van het instellen van de Pauliana door de curator voor het driepartijencontract. Als de vordering van de curator ertoe leidde dat partijen de 'schade' van de tweede koopsom onderling moesten verdelen, dan had Stukro zich eerst tot Holding (en mogelijk Directeur G. Brouwer) moeten wenden alvorens van schade door gebrekkig juridisch advies gesproken kon worden. Dat is overigens precies het nadeel van het procederen tussen Stukro (c.q. dier rechtsopvolgende cessionaris) en de advocaat: geen van de andere partijen is betrokken in die procedure en is dus evenmin gebonden aan de uitkomsten daarvan.<sup>25</sup>

Wat deze casus daarmee onbedoeld aantoonde, is hoe moeilijk het is om tussen twee procederende partijen een alomvattende uitspraak te doen over de rechtsverhouding tussen ten minste zes partijen: de curator, de betalende debiteur Accomodaties, de ontvangende crediteur Holding, de tussenschakel Stukro, de pandhouder, én de juridische beroepbeoefenaar die gebrekkig advies gaf. In een ideale wereld zouden al die partijen tegelijk in één gerechtelijke procedure betrokken zijn waarin snel en efficiënt duidelijkheid ontstaat over de feiten en rechtsposities en waarin vervolgens met kracht van gewijsde voor alle betrokkenen een toedeling dan wel verdeling van de pijn plaatsvindt. Die ideale wereld vinden we vooral uitgetekend op het universitaire krijtbord, niet in de praktijk van ons burgerlijk procesrecht of faillissementsprocesrecht. ■

24 Vgl. 16 februari 2007, NJ 2007, 256 (Tuin Beheer); HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63.

25 Het gezag van gewijsde tussen (de cessionaris van de vordering van) Stukro en de advocaat strekt zich niet uit over de andere betrokkenen die geen partij waren in deze procedure. Zie (a contrario)

art. 236 Rv. Met de ingewikkelde en m.i. lang niet altijd voor de hand liggende verdelingregel van art. 6:102 lid 2 BW (samenloop van eigen schuld en hoofdelijke aansprakelijkheid) kan het gebrek aan gezag van gewijsde overigens niet worden geheeld. Over dat art. bijv. F.B.M. Kun-

neman, *De Gordiaanse knoop van eigen schuld en medeschuld: Enkele beschouwingen over de rationaliteit van art. 6:102 lid 2 BW*, oratie UNA 1994, alsook losbl. *Schadevergoeding*, art. 102 (Boonekamp), aant. 7.