

Reacties

Reactie op reacties en nawoord inzake Kuijsters/Gaalman q.q.

Mr. J.B. Huizink*

Met belangstelling heb ik kennis genomen van de reactie van Verschoof en van mevrouw Sevenheck op de noot van Faber en Kortmann onder het arrest Kuijsters/Gaalman q.q., HR 30 september 1994, *RvdW* 1994, 190; *AA* 1995, p. 124 e.v. De reacties met naschrift van genoemde annotatoren zijn verschenen in *AA* 1995, p. 566 e.v.

Het valt mij op dat in de vaktijdschriften meer wordt gepolemiseerd en het is een goede zaak dat dat fenomeen eveneens in de kolommen van *Ars Aequi* doordringt.

Na lezing van al het geschrevene moet mij echter één ding van het hart. Alle betrokkenen gaan er van uit dat vernietiging van een handeling ex artikel 42 e.v. F leidt tot een vordering uit onverschuldigde betaling. Dat lijkt mij niet juist. De actio pauliana en daarmee ook de faillissements-

mentspauliana, leidt slechts tot een relatieve nietigheid; namelijk ten behoeve van de boedel. Vernietiging van de rechtshandeling door de curator betekent niet dat er zonder rechtsgrond in de zin van artikel 6:203 BW is gepresteerd. Ware het anders, dan zou artikel 51 F een overbodige bepaling zijn. Zie omtrent dit een en ander ook de conclusie van Advocaat-Generaal Vranken bij het desbetreffende arrest. Zoals ik in *Tvl* 1995, pp. 18/19 heb betoogd, betekent een en ander dat, evenals in het arrest Peters-Gatzen q.q. (door Van Schilfgaarde in 1984 in *Ars Aequi* geannoteerd) geen plaats is voor verrekening. Eenzelfde standpunt wordt ingenomen door Verstijlen, die het arrest besprak in *Bedrijfsjuridische Berichten* 1994, p. 238 e.v. Zie ook mijn *Insolventie*, tweede druk (1995), p. 76.

Nawoord op bovenstaande reactie

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. N.E.D. Faber

I Huizink is het niet eens met onze stelling dat de vernietiging op grond van de (faillissements)pauliana tot een vordering uit onverschuldigde betaling leidt. De relatieve werking van de vernietiging staat daaraan zijns inziens in de weg. Wij delen de opvatting van Huizink niet. Ook in geval van vernietiging van een rechtshandeling op grond van de (faillissements)pauliana ontstaat er een vordering uit onverschuldigde betaling. Dit is ook de opvatting van de wetgever. In de Memorie van Toelichting op het huidige artikel 51 lid 1 Fw wordt opgemerkt:

Duidelijkheidshalve is aan het slot van lid 1 een verwijzing naar afdeling 6.4.2 toegevoegd. Men zou anders

immers op de gedachte kunnen komen dat de vordering van de curator tot teruggave aan de boedel er een sui generis is.¹

In dit opzicht zou men artikel 51 Fw een overbodige bepaling kunnen noemen. Dit geldt echter niet voor de leden 2 en 3 van artikel 51 Fw, waarop het eerste lid de inleiding vormt.

2 Slechts de curator kan een rechtshandeling op grond van de faillissementspauliana vernietigen. Deze vernietiging heeft relatieve werking. Dit betekent niet meer dan dat de vernietiging slechts werkt ten opzichte van de boedel. De relatieve werking van de vernietiging staat er niet aan in de weg dat de gefaillieerde de schuldeiser is van

Mr. J.B. Huizink is verbonden aan de vakgroep handelsrecht en ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen.

Zie MvT (16 593), Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, wetswijzigingen, Zwolle 1995, p. 152.

de vordering uit onverschuldigde betaling. Ook dient men het gegeven dat slechts de curator de rechtshandeling kan vernietigen, niet te verwarren met de vraag aan wie de uit de vernietiging resulterende vordering tot teruggave toekomt. De relatieve werking van de vernietiging brengt met zich dat (in beginsel) slechts de curator zich kan beroepen op het feit dat zonder rechtsgrond in de zin van artikel 6:203 BW is gepresteerd. Voorts is de curator exclusief bevoegd tot inning en tegeldemaking van de vordering. In deze zin dient onzes inziens de tekst van artikel 51 lid 1 Fw te worden verstaan:

'Hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar gegaan is, moet door hen jegens wie de vernietiging werkt, aan de curator worden teruggegeven met inachtneming van afdeling 2 van titel 4 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.'

Uit artikel 51 lid 1 Fw mag niet worden afgeleid dat de curator in hoedanigheid schuldeiser is van de vordering tot teruggave. In beginsel komen vorderingen van de boedel niet aan de curator, maar aan de gefailleerde zelf toe; zij staan echter onder het exclusieve beheer van de curator. Dit neemt niet weg dat de curator in bepaalde gevallen kan bewerkstelligen dat hij zelf (in zijn hoedanigheid van curator) rechthebbende van een vordering is. Zo is de vordering op een bankgiro-instelling ter zake van het saldo van de faillissementsrekening (een kwaliteitsrekening) volgens de heersende leer als een vordering van de curator in hoedanigheid te beschouwen. De vordering komt toe aan de curator in persoon, waarbij de toevoeging 'in hoedanigheid van cu-

rator in het faillissement van X' aangeeft dat de curator het saldo van de rekening afgescheiden houdt van de rest van zijn vermogen (het privé-vermogen). Het grote bezwaar tegen de opvatting van Huizink is hierin gelegen, dat de vordering die ontstaat door het met succes invoeren van de actio Pauliana, nimmer in aanmerking zou komen voor verrekening met een tegenvordering op de boedel. Aan het wederkerigheidsvereiste zou dan immers niet zijn voldaan.

3 Van een vordering die aan de curator in hoedanigheid toekomt, was overigens evenmin sprake in het door Huizink aangehaalde arrest Peeters q.q./Gatzen.² Zoals wij in onze noot reeds hebben betoogd, betrof het in dit arrest een vordering uit onrechtmatige daad, die aan de benadeelde schuldeisers toekomt, maar door de curator in eigen naam ten behoeve van die schuldeisers kan worden ingesteld.³ De grond voor verwerping van het beroep op verrekening in het arrest Peeters q.q./Gatzen verschilt wezenlijk van die in het arrest Kuijsters/Gaalman q.q. Huizink ziet dit over het hoofd. Hetzelfde antwoord zouden wij willen geven aan Verstijlen.⁴ Voor verrekening met een vordering op de gefailleerde was in het arrest Peeters q.q./Gatzen geen plaats, nu niet aan het wederkerigheidsvereiste was voldaan. In het arrest Kuijsters/Gaalman q.q. daarentegen waren Kuijsters en de gefailleerde vennootschap over en weer eikaars schuldeiser en schuldenaar, maar stuitte het beroep op verrekening af op het aan de kant van de vennootschap in van elkaar gescheiden vermogens vallen van vordering en schuld, waartegen artikel 53 Fw Kuijsters geen bescherming kon bieden.

2 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, nt. BW; AA 1984, p. 220 e.v., nt. PvS.

3 Zie onze noot onder het arrest Kuijsters/Gaalman q.q..

AA 1995, pp. 131-132, onder 14.

4 Zie *Bb* 1994, pp. 239-240.