

De ‘samengestelde rechtshandeling’ en de Actio Pauliana



Mr. R. Westrik*



Mr. S.M.M. van Dooren**

1. Inleiding

Het doel van de Actio Pauliana in faillissement is datgene terug te brengen in de boedel, wat oorspronkelijk voor verhaal door de schuldeisers aanwezig was.¹ Met het oog hierop heeft de curator in faillissement de bevoegdheid om een rechtshandeling te vernietigen die de crediteuren heeft benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden en die door de schuldenaar onverplicht is aangegaan.

In de regeling van de Pauliana wordt gesproken van een ‘rechtshandeling’. Maar hoe moet de Pauliana uitgeoefend worden indien zich een ‘samenstel van rechtshandelingen’ voordoet? Een dergelijk samenstel kan bestaan in het willens en wetens optuigen en uitvoeren van een constructie met als doel vermogen aan de latere boedel te onttrekken ter integrale voldoening van één of meer schuldeiser(s). Een voorbeeld is een serie rechtshandelingen die erop gericht is een onderneming binnen een concern te ‘verhangen’, of waarmee wordt beoogd – uiteindelijk – een voor verrekening vatbare vordering op de latere failliet te verkrijgen. De wet zwijgt over dit verschijnsel.² In art. 43 F zijn weliswaar enkele vermoedens voor ‘samenhang’ binnen concernverhoudingen opgenomen, maar daarin staan specifieke kenmerken van een transactie centraal en wordt een ‘samenstel van rechtshandelingen’ niet als zodanig – als algemene rechtsfiguur – benaderd. Over het onderwerp ‘samengestelde rechtshandeling’ is ook betrekkelijk weinig literatuur en jurisprudentie voorhanden. Een eventuele bespreking van het probleem vindt incidenteel plaats, veelal naar aanleiding van één casus.³ In dit artikel wordt in meer algemene zin aandacht aan het verschijnsel besteed. Daarbij zal blijken dat vragen rijzen die niet zonder meer eenduidig te beantwoorden zijn, zoals:

- i. wat moet verstaan worden onder ‘een samenstel’ of ‘een constructie’ en kan zo iets als zodanig voorwerp van vernietiging met de Pauliana zijn?
- ii. kan de constructie als geheel, als ‘samenstel van rechtshandelingen’ in één keer aangetast worden, of moet de Pauliana gericht worden op iedere rechtshandeling afzonderlijk om het samenstel of de constructie ongedaan te maken?
- iii. kan aantasting van het samenstel van rechtshandelingen of de constructie plaatsvinden door slechts de ‘dragende’ rechtshandeling te vernietigen, opdat deze de overige rechtshan-

delingen, benodigd om de constructie te vervolmaken en aan haar doel te laten beantwoorden, in haar val meetrekt, zulks omdat het in dit samenstel van handelingen feitelijk om een causale keten gaat?

De navolgende, meer casus-overstijgende bestudering van het verschijnsel mondt uit in een voorstel voor een benadering van een ‘samenstel van rechtshandelingen’, met de eisen van de Pauliana, *als geheel* (dus niet per afzonderlijke rechtshandeling). De bespreking is ingedeeld in drieën: het ‘samenstel van rechtshandelingen’ (par. 2), de rol van causaal verband bij toepassing van de Actio Pauliana (par. 3) en de rol van relativiteisvereiste bij de Actio Pauliana (par. 4). Het geheel wordt besloten met een slotbeschouwing (par. 5).

* Universitair hoofddocent privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam (westrik@frg.eur.nl), tevens verbonden aan een wetenschappelijk bureau van een advocatenkantoor te Den Bosch (r.westrik@holla.nl).

** Advocaat te Den Bosch. (b.vandooren@holla.nl)

1. Vgl. het overzicht van de geschiedenis van de Actio Pauliana bij B. Wessels, *Insolventierecht III*, 3e druk, 2010, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), nr. 3017 v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 586 v.
2. Ook in het ontwerp Insolventiewet vindt men hierover geen artikel of passage in de toelichting (*Geschiedenis van de Faillissementswet*, S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Serie Onderneming en Recht* deel 2-IV). Een blik op (o.m.) de *Principles of European Insolvency Law* (W.W. McBryde, A. Flessner en S.C.J.J. Kortmann, eds.), *Law of Business and Finance*, Vol. 4, Kluwer Legal Publishers 2003, leert voorts dat ook in de ons omringende rechtstelsels voor de toepassing van de Actio Pauliana wordt uitgegaan van een ‘legal act’ of een ‘transaction’ (beide enkelvoud).
3. Een uitzondering vormen F.P. van Koppen, annotatie onder Hof Leeuwarden 9 december 1998, V-N 1999, p. 636, TvI 1999/7 – *Rechtspraak*, p. 161-163 en Wessels, *Insolventierecht III*, a.w., par. 3053-3056 en – m.b.t. concernverhoudingen in de zin van art. 43 F – nrs. 3032, 3274 v. en 3284 v. en recent, (n.a.v. HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 m.n. P van Schilfgaarde en JOR 2009, 172 (Pannevis q.q./Air Holland)), M.L. Lennarts, TvI 2009/4, p. 139-1142, en R.J. de Weijs en J. Barneveld, *Aantasting van dividend in schijnbaar complexe transacties*, TvI 2010/2, p. 38-47. Zie voorts hierna, voetnoot 7, voor de meer incidentele besprekingen in de (overige) literatuur.

2. Het ‘samenstel van rechtshandelingen’

Om zicht te krijgen op het verschijnsel ‘samenstel van rechtshandelingen’ volgt een klein onderzoek in vier onderdelen: het vereiste van een rechtshandeling in art. 42 F (par. 2.1), het begrip ‘samenstel van rechtshandelingen’ (par. 2.2), de vraag naar een maatstaf om te beoordelen of en wanneer sprake is van een ‘samenstel van rechtshandelingen’ (par. 2.3) en vernietiging van een ‘samenstel van rechtshandelingen’ (par. 2.4).

2.1. Het vereiste van ‘een rechtshandeling’ in art. 42 F

Voor de betekenis van het begrip ‘rechtshandeling’ in art. 42 lid 1 F moet worden aangesloten bij de betekenis die dit begrip heeft in het burgerlijk recht. In art. 3:33 BW is de rechtshandeling gedefinieerd als een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Feitelijke handelingen en schijnhandelingen kunnen niet met de Actio Pauliana worden aangetast.⁴

Algemeen wordt voorts de visie aangehangen dat ‘rechtshandeling’ in art. 42 lid 1 F ziet op obligatoire rechtshandelingen die voorafgaand aan het faillissement zijn verricht. Het belangrijkste argument voor deze visie is dat het object van de vernietiging de obligatoire rechtshandeling is. In het vigerende causale stelsel bij goederenrechtelijke rechtsfiguren als overdracht of de vestiging van beperkte rechten brengt het wegvallen van die titel, die ten grondslag ligt aan de goederenrechtelijke rechtshandelingen, mee dat ook het rechtsgevolg van die handelingen (overdracht, vestiging) komt te vervallen. Men vergelijk art. 3:84 lid 1 jo. art. 3:53 BW.

Wessels verdedigt dat ook goederenrechtelijke rechtshandelingen (de zogenoemde goederenrechtelijke overeenkomst van levering) onder ‘elke rechtshandeling’ begrepen kunnen worden geacht.⁵ Art. 51 lid 1 F zou voorts op de wederpartij een zelfstandige verbintenis uit de wet leggen om de boedel het paulianeus onttrokken ‘terug te geven’. Die teruggeveverbintenis is zowel verbintenis- als goederenrechtelijk van aard, aldus Wessels, in wiens benadering de titel – de met de Pauliana aangetaste rechtshandeling – gewoon in stand blijft.

Wessels’ benadering leidt echter tot resultaten die zich niet verdragen met het heersende causale stelsel zoals hierboven beschreven. In dat stelsel wordt bijvoorbeeld gesproken van een verbintenis ex art. 51 lid 1 F tot feitelijke ongedaanmaking, omdat de *rechtsgrond* aan het gevolg – bijvoorbeeld een vermogensverschuiving door een levering – is komen te vervallen.⁶

2.2. Het begrip ‘samengestelde rechtshandeling’ in het faillissementsrecht

In de Faillissementswet komt het begrip ‘samengestelde rechtshandeling’ als zodanig niet voor. Er

wordt uitgegaan van één, als eenheid opgevatte, rechtshandeling. Het is daarmee in beginsel één rechtshandeling (per keer) die wordt aangetast met de Actio Pauliana. In literatuur en jurisprudentie is incidenteel de vraag te signaleren of in sommige gevallen verschillende rechtshandelingen voor de toepassing van de Pauliana als één samenstel zijn te beschouwen.⁷ Het antwoord is in de regel bevestigend.⁸ In dit verband rijst allereerst de vraag waaruit een ‘samenstel van rechtshandelingen’ zou kunnen bestaan. Het antwoord is niet eenduidig te geven. Verondersteld mag worden, zoals in de inleiding al werd vermeld, dat een samenstel kan bestaan in het willens en wetens optuigen en uitvoeren – door middel van meer dan één rechtshandeling – van een constructie met het oog op onttrekking van activa aan de latere boedel c.q. de integrale voldoening van één of meer schuldeiser(s). Welke rechtshandelingen

4. Vgl. Wessels, Insolventierecht III, a.w., par. 3041-3042.
5. Vgl. Wessels, Insolventierecht III, a.w., par. 3043.
6. Zie bijv. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 28, 84; Goederenrecht (H.J. Snijders), Deventer 2007, nr. 318; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, Deventer 2006, nr. 114-114a; F.P. van Koppen, De rechtsgevolgen van het inroepen van de (faillissements)pauliana, in: Vragen rond de faillissementspauliana, Insolad Jaarboek 1998, Deventer 1998, p. 17.
7. Literatuur: Wessels, Insolventierecht III, a.w., par. 3053-3056; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 592; G. van Dijk, De faillissementspauliana: revisie van een relic, diss. Tilburg 2006, Nijmegen 2006, p. 120, 208; R.J. de Weij, Faillissementspauliana, Insolventzandfechtung & Transaction Avoidance in Insolencies, Serie Recht en Praktijk, Insolventierecht InsR1, Deventer 2010, p. 230-235; J.W. Winter, Aantasting van voor het faillissement verplichte rechtshandelingen, in: Vragen rond de faillissementspauliana, Insolad Jaarboek 1998, p. 68-70; Mon. BW-B4 (Van Dijk) (2008), nr. 4, 12. Zie voorts N.E.D. Faber, Actio Pauliana en verrekening, in: Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd, Nijmegen 2008, p. 185-188. De jurisprudentie kent bekende gevallen als HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (curatoren/BACM), waarover N.J. Polak, Een niet geannoteerd arrest over de Pauliana, WPNR 5444 (1978), p. 485-489; HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.n. W.C.L. van der Grinten (Loeffen q.q./BMH I); HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 m.n. P van Schilfgaarde (Loeffen q.q./BMH II); HR 18 december 1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.); HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 m.n. P van Schilfgaarde, JIN 2006/343 (Smittrans) en HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 m.n. P van Schilfgaarde en JOR 2009, 172 (Pannevis q.q./Air Holland). Zie voorts het overzicht incl. lagere rechtspraak bij Wessels, Insolventierecht III, a.w., par. 3053-3056.
8. Anders oordelen Faber, annotatie onder Rb 's-Hertogenbosch 18 juli 1997, JOR 1997, 129 en onder Rb 's-Hertogenbosch 5 september 1997, JOR 1997, 131, nr. 3, die betoogt dat bij een verkoop, gevolgd door verrekening van de koopprijs de Pauliana enkel moet worden gericht tegen de verrekening en niet tegen de koopovereenkomst (laat staan een samenstel); Van Koppen, TvI 1999/7, a.w., p. 162; (waarschijnlijk) I. Spinath, noot onder HR 18 januari 2008, JOR 2008, 83 (Slijm/Brouwer); Lennarts, a.w., TvI 2009/4, p. 141-142; A.J. Verdaas, Verhaalsbenadeling en kredietverlening door banken, in: De bewindvoerder, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 44, Deventer 2008, p. 234. Verdaas spreekt van een ‘bizarre situatie’ wanneer twee rechtshandelingen in onderlinge samenhang worden beoordeeld (waarbij m.b.t. één rechtshandeling wel wetenschap van benadeling bestond en m.b.t. de ander niet).

voor het optuigen en doen ‘slagen’ van een constructie nodig zijn, zal van geval tot geval verschillen (het recht biedt vele mogelijkheden).⁹ Belangrijker – en mogelijk beter te beantwoorden – is dan ook de vraag naar welke maatstaf moet worden beoordeeld of er sprake is van een samenstel van rechtshandelingen.

2.3. *Maatstaf ter beoordeling van het bestaan van een ‘samenstel van rechtshandelingen’?*

De rechtsontwikkeling – lees: de ingewikkeldheid van transacties – heeft in de voorbije vijftien jaar gaandeweg een maatstaf doen ontstaan ter beoordeling van de vraag of sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, dat wil zeggen, of het gaat om een groter geheel van onderling samenhangende rechtshandelingen. Betoogt Vriesendorp¹⁰ in 1996 nog dat criteria voor de beantwoording eigenlijk niet zijn te geven en dat daarom een ‘samenstel’ voor de toepassing van de Pauliana niet mogelijk is, in 1998 reikt Winter¹¹ onder aanhaling van twee Hoge Raad-arresten¹² al enkele criteria aan waarmee wél aan een samenstel gedacht kan worden:

‘De omstandigheden van het geval, waaronder de tijdsfactor, het verband tussen de verschillende transacties, de bij de transacties betrokken partijen en hun wetenschap en intenties zullen gezamenlijk bepalen of men de transacties als een samengestelde onverplichte transactie kan beschouwen in de zin van artikel 42.’

In 2006 overweegt de Hoge Raad in objectieve zin:¹³

‘Opmerking verdient nog dat ter beantwoording van de vraag of een samenhang (...) inderdaad bestaat, de bedoeling van alle betrokken partijen beslissend is, die mede kan blijken uit de inhoud van de desbetreffende rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan, mede blijkens de formulering van de daarvan eventueel opgemaakte akten, en de samenhang tussen die rechtshandelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen.’

In 2008¹⁴ lijkt de Hoge Raad zelfs te denken aan het, in de beoordeling te betrekken, ‘totale effect van het samenstel’¹⁵, als een optelsom van doel en effect van de onderscheiden rechtshandelingen:

‘3.6.2 (...) Zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld kunnen het besluit tot uitkering van dividend en de voldoening daarvan door verrekening met de koopprijs van de aandelen niet los worden gezien van de Reorganisatieovereenkomst I. Deze overeenkomst en het Dividendbesluit vormden een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld. (...)’

Bij de beoordeling of sprake is van dit ‘totale effect van het samenstel’ zou de volgende toets of vraagstelling overigens (onzes inziens) nuttige diensten kunnen bewijzen:

1. Kunnen de verschillende transacties en rechtshandelingen los van elkaar, dus als zelfstandige transactie of rechtshandeling gezien worden?
2. Wat zou in een dergelijk geval het doel van die zelfstandige actie of handeling zijn of moeten zijn (geweest)?

Anders gezegd, wat zou het effect van ieder van die rechtshandelingen zijn geweest, indien de andere niet zouden zijn verricht? Wat is het gevolg van het ‘wegdenken’ van één van de rechtshandelingen of van alle overige rechtshandelingen?

Op de ruime benadering, zoals door de Hoge Raad in 2006 en 2008 geformuleerd, zal hieronder, in paragraaf 2.4 verder worden ingegaan. Op deze plaats moet nog gewezen worden op twee in de rechtspraak genoemde argumenten die met die benadering niet stroken en die ertoe zouden leiden dat de vraag of sprake is van een ‘samenstel van rechtshandelingen’, negatief zou moeten worden beantwoord. Een curator zou dan het risico lopen niet te slagen in zijn vordering tot vernietiging. De argumenten luiden:

- a. Indien de curator een ‘complex van afspraken’ op het oog heeft, kan dit te weinig specifiek zijn, met als gevolg dat niet voldoende duidelijk is wat – welke rechtshandeling(en) – als het object van vernietiging moet(en) worden

9. Verwezen zij naar de verschillende (complexe) casus in de arresten, genoemd in voetnoot 7. Vgl. ook de bespreking van het ‘samenstel van rechtshandelingen’ bij Wessels, Insolventierecht III, a.w., par. 3053-3056.
10. R.D. Vriesendorp, Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?, in: De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer 1996, p. 71-73.
11. J.W. Winter, Aantasting van voor het faillissement verrichte rechtshandelingen, in: Vragen rond de faillissementspauliana, Insolad Jaarboek 1998, Deventer 1998, p. 69-70.
12. HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 en HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 m.n. P. van Schilfgaarde (Loeffen q.q./Bank Mees en Hope II).
13. HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 m.n. P. van Schilfgaarde, JIN 2006/343 (Smittrans). In de casus die leidde tot het arrest was sprake van ‘overboeking, cessie en overwaarde-arrangement’. Annotator Van Schilfgaarde is kritisch ten aanzien van het criterium ‘de bedoeling van partijen’, stellende dat de bedoeling van ‘sommige, zo niet alle betrokkenen zal zijn geweest een transactie aan te gaan waardoor zij ieder voor zich er zo goed mogelijk uit zouden springen’, en dat het bestaan van de vereiste samenhang los van die bedoeling is vast te stellen.
14. HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 m.n. P. van Schilfgaarde, JOR 2009, 172 (Pannevis q.q./Air Holland).
15. Aldus Van Schilfgaarde in zijn annotatie onder het arrest. In zijn annotatie onder HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./Bank Mees en Hope II), onder 4 merkt Van Schilfgaarde al op dat deze benadering – ‘de visie dat het bij de toepassing van art. 42-47 Fw gaat om het totale effect van de handeling’ – niet nieuw zou zijn, daarbij verwijzende naar HR 10 december 1976, NJ 1977, 617. In deze enkele gevallen is Van Schilfgaarde echter de enige die dit ‘totale effect van het samenstel’ signaleert en het als zodanig aanduidt.

gezien. In deze zin de Hoge Raad (wellicht) in 2006 (Smittrans¹⁶);

- b. Indien één van de rechtshandelingen een verplichte blijkt te zijn, bijvoorbeeld een gegeven kwijting, kan mogelijk het gehele resultaat van het samenstel als niet onverplicht aangemerkt worden. In deze zin wordt het Hof 's-Hertogenbosch aangehaald¹⁷ en oordeelt ook Van Koppen¹⁸, stellende dat het niet mogelijk is om de onderscheiden rechtshandelingen als een samenstel te vernietigen indien niet voor iedere rechtshandeling aan de vereisten van de Pauliana is voldaan.

2.4. Vernietiging van een 'samenstel van rechtshandelingen'

De moeilijkheid bij het aantasten van een 'samenstel van rechtshandelingen' komt voort uit het feit dat de wet slechts criteria kent voor het aantasten van één rechtshandeling.¹⁹ Gaat het om een onverplichte rechtshandeling, dan stelt art. 42 F vijf voorwaarden om een succesvol beroep te kunnen doen op de Actio Pauliana (rechtshandeling, onverplichtheid, benadeling, wetenschap bij de schuldenaar en – indien rechtshandeling anders dan om niet – bij de wederpartij).²⁰ Hoe moet, gezien deze vereisten, een 'samenstel van rechtshandelingen' vernietigd worden? Een algemeen antwoord is (nog) niet te geven. Op grond van de hierboven aangehaalde jurisprudentie en literatuur tot nu toe is echter verdedigbaar dat een 'samenstel' als verschijnsel meebrengt dat kan worden geabstraheerd van de eisen van art. 42 F in die zin, dat slechts éénmalig het 'samenstel' *als geheel* aan die eisen kan worden getoetst. Het is dan niet langer nodig om de bewoordingen van art. 42 F – aantasting van 'een rechtshandeling' – tot uitgangspunt te nemen. Deze 'abstraherende benadering' wordt hieronder, sub d, nader uitgewerkt.

Een 'samenstel van rechtshandelingen' dient zich in de regel aan door een dusdanig verknoopt zijn van verschillende rechtshandelingen, dat die rechtshandelingen niet goed los van elkaar gezien kunnen worden. In de casus die leidde tot het recente oordeel van de Hoge Raad in het arrest Pannevis q.q./Air Holland²¹ was bijvoorbeeld sprake van (onder meer) een reorganisatieovereenkomst, gevolgd door achtereenvolgens een besluit tot uitkering van dividend, een aandelenoverdracht, voldoening van de dividenduitkering door verrekening met de koopprijs van aandelen. De onderlinge verknooptheid van de rechtshandelingen creëert dan het 'samenstel'.²² Het creëert echter ook een rechtsfiguur met een min of meer zelfstandige juridische identiteit. Het is feitelijk die rechtsfiguur die moet worden benaderd met het gedachtegoed en het denken omtrent de Actio Pauliana, lees: de voorwaarden van art. 42 F en de rechtsleer daaromtrent. Dat gedachtegoed lijkt echter niet in staat te zijn een antwoord te bieden op de vraag hoe een 'samenstel van rechtshandelingen' vernietigd moet worden. Dit laatste mag blijken uit

de volgende deelvragen, waarin – dankzij dit 'onvermogen' van de voorwaarden van art. 42 F om in een antwoord te voorzien op de vraag – een zekere overlap onvermijdelijk is:

- Moet iedere rechtshandeling afzonderlijk aangetast worden?
- Zo nee, kan of moet de vernietiging dan gericht zijn op het 'samenstel' als geheel?
- Kan volstaan worden met de vernietiging van één, de 'samenhang' schragende rechtshandeling, die in haar val dan alle daarop volgende, daarop voortbouwende en daarmee samenhangende rechtshandelingen meetrekt?
- Moet iedere in het samenstel betrokken rechtshandeling afzonderlijk voldoen aan de eisen voor vernietiging ex art. 42 F?

Ad a. Moet iedere rechtshandeling afzonderlijk aangetast worden?

Moet een samenstel van rechtshandelingen vernietigd worden door iedere rechtshandeling afzonderlijk aan te tasten? Een bevestigend antwoord is onwaarschijnlijk²³, gezien:

- de hierboven bedoelde complexiteit van transacties (een complexiteit die in de voorbije twee decennia eerder is toe- dan afgenomen);
- de erkenning door de Hoge Raad dat van een 'samenstel' sprake kan zijn en diens benadeling – nog min of meer impliciet – van een 'samenstel' als één geheel;
- het doel van de Actio Pauliana, zijnde het terugbrengen in de boedel van daaruit verdwenen activa; en
- overwegingen van efficiency.

Het ligt daarmee voor de hand de pijlen te richten op het 'samenstel' als geheel (ad b) of op de rechtshandeling(en) die het samenstel schraagt of schragen (ad c). De slotvraag is dan echter (toch) die naar de eisen die art. 42 F stelt aan de vernietiging (van het geheel) (ad d).

16. Zie voetnoot 13.

17. Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2006, LJN: AW 4177, zie Wessels, Insolventierecht III, a.w., nr. 3054.

18. Van Koppen, TvI 1999/7, a.w., p. 161-163.

19. Vgl. Van Koppen, TvI 1999/7, a.w., p. 162.

20. Vgl. Wessels, Insolventierecht III, a.w., nr. 3037 v.

21. HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 m.n. P. van Schilfgaarde, JOR 2009, 172, alsmede HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 m.n. P. van Schilfgaarde (Smittrans).

22. Vgl. ook annotator Van Schilfgaarde onder HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 (Smittrans), onder 2, waar deze opmerkt: 'Het vereist enige hersengymnastiek om te doorgronden wat het samenstel van transacties precies inhoudt.'

23. Zulks ondanks de eerdere – en op zich begrijpelijke – pleidooien voor een vernietiging *per* rechtshandeling van Faber en Van Koppen; zie hierboven, bij voetnoot 8 en 18. De Weijts en Barneveld, a.w., TvI 2010/2, p. 47 richten zich (als gevolg van de uitspraak door de Hoge Raad in het arrest Pannevis q.q./Air Holland) op één rechtshandeling, zijnde de dividenduitkering als 'stap binnen een samenstel van rechtshandelingen' en als 'een onverplichte benadelende rechtshandeling om niet'.

Ad b. Kan of moet de vernietiging gericht zijn op het ‘samenstel’ als geheel?

De vernietigingsactie moet krachtens algemene opvatting geacht worden gericht te kunnen zijn op het ‘samenstel’ als geheel. Wessels²⁴, onder aanhaling van een Hoge Raad-arrest van 1931 en verder van lagere jurisprudentie, betoogt dat een samenstel van rechtshandelingen als geheel het voorwerp van vernietiging kan zijn (óók) wanneer de rechtshandelingen afzonderlijk beschouwd niet aan de vereisten voor toepassing van de Pauliana zouden voldoen. *A fortiori* vloeit uit deze benadering voort dat, indien alle rechtshandelingen afzonderlijk beschouwd wél aan de vereisten voor toepassing van de Pauliana voldoen, een samenstel als geheel het object van één vernietigingshandeling door de curator kan zijn.

Het recente arrest Pannevis q.q./Air Holland²⁵ lijkt voor deze benadering een illustratie te kunnen zijn, hoewel de formulering door de Hoge Raad nog geen uitsluitsel biedt:

‘3.6.2 (...) Zoals het hof, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld kunnen het besluit tot uitkering van dividend en de voldoening daarvan door verrekening met de koopprijs van de aandelen niet los worden gezien van de Reorganisatie-overeenkomst I. Deze overeenkomst en het Dividendbesluit vormden een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld. *Hieruit vloeit voort dat de vorderingen van de curatoren alleen kans van slagen hadden als zij de nietigheid van al deze rechtshandelingen hadden ingeroepen* (cursivering RW/BvD). De aan de onderdelen ten grondslag liggende rechtsopvatting dat afzonderlijke vernietiging van een van de rechtshandelingen mogelijk is en dat de bevoordeling daardoor van de boedel niet relevant is, kan niet als juist worden aanvaard. Het oordeel van het hof dat de curatoren zich ook niet mochten beperken tot vernietiging van een van de rechtshandelingen omdat daardoor de boedel ongerechtvaardigd zou worden bevoordeeld, is niet onjuist of onbegrijpelijk.’

De in het citaat gecursiveerde zin kan grammaticaal op twee wijzen gelezen worden:

- i. de nietigheid van al deze rechtshandelingen kan in één keer worden ingeroepen, dus bij één vernietigingshandeling (in één zin), gericht op de samengestelde transactie als zodanig;
- ii. de curatoren hadden de nietigheid van *al* de rechtshandelingen *afzonderlijk* moeten inroepen.

Een keuze voor een benadering van het ‘samenstel’ als geheel wordt niet expliciet uitgesproken door de Hoge Raad, wellicht als gevolg van het feit dat in dit arrest een specifieke vraag in een even specifieke

casus speelde, te weten: mag een voordeel dat als gevolg van het ‘samenstel’ aan de boedel toekwam, worden gehandhaafd, onder gelijktijdige vernietiging van een of meer andere rechtshandelingen (uit het ‘samenstel’) die tot de benadeling hadden geleid?²⁶ Het antwoord op die specifieke vraag is ontkennend.

Ad c. Kan volstaan worden met de vernietiging van één, het ‘samenstel’ schragende rechtshandeling?

Kan volstaan worden met de vernietiging van één rechtshandeling, wanneer die geacht kan worden het ‘samenstel’ te schragen, zodanig dat die ene rechtshandeling in haar val alle daarop volgende, daarop voortbouwende en daarmee samenhangende rechtshandelingen meetrekt? Wederom kan aangeknoopt worden bij de hierboven weergegeven overweging van de Hoge Raad in het arrest Pannevis q.q./Air Holland, dat de reorganisatieovereenkomst en het dividendbesluit een zodanig samenhangend geheel van rechtshandelingen vormden dat de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moesten worden beoordeeld. In deze overweging worden de (nadelige) gevolgen van het onderlinge verband van de (benadelende) rechtshandelingen tot uitgangspunt van redeneren genomen. Het is dat ‘totale effect van het samenstel’ dat ongedaan gemaakt moet worden. Het ligt dan voor de hand – denkende in termen van oorzaak en gevolg, alsmede in termen van het causale stelsel – om aan te nemen dat volstaan kan worden met de vernietiging van één of meer voor dat ‘totale effect’ cruciale rechtshandelingen, waarbij (uiteraard) een *conditio sine qua non*-verband vereist is tussen rechtshandeling(en) en benadeling. Men zie de verbinding die de Hoge Raad in de geciteerde overweging maakt tussen de rechtshandelingen enerzijds en ‘de (nadelige) gevolgen ervan’ anderzijds, een en ander ‘in onderling verband’ beschouwd. Andere voorbeelden van een dergelijke, het samenstel funderende rechtshandeling, zijn een obligatoire overeenkomst, verplichtende tot levering of tot vestiging van zekerheden, welke verplichtingen later zijn uitgevoerd, of een aandelen-transactie die erop gericht is een onderneming binnen een concern te ‘verhangen’ (op welke transactie andere en latere rechtshandelingen gericht zijn, rechtshandelingen die zonder de aandelen-transactie geen zelfstandige betekenis hebben). Vernietiging van alléén de titel van die levering of vestiging van het zekerheidsrecht, of van alléén de koopovereen-

24. Wessels, Insolventierecht III, 3e druk, 2010, a.w., par. 3054.

25. HR 19 december 2008, NJ 2009, 220 m.n. P van Schilfgaarde, JOR 2009, 172, alsmede HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 m.n. P van Schilfgaarde (Smittrans).

26. Tot een gelijke conclusie – specifiek oordeel in specifieke situatie – komt De Weijs, Faillissementspauliana, Insolventzancheitung & Transaction Avoidance in Insolventcies, a.w., p. 232-235.

komst met betrekking tot de aandelen, doet het 'totale effect' van het samenstel dan al tenietgaan.²⁷

De uitkomsten van deze en de voorgaande subparagraaf zijn nu als volgt:

- een vernietigingsactie kan – en moet – gericht zijn op een samenstel als geheel (ad b);
- vernietiging van één, het samenstel schragende, rechtshandeling is mogelijk en moet geacht worden de overige rechtshandelingen van het samenstel in zijn val mee te trekken (ad c).

Dit resultaat laat echter onverlet dat de eisen van art. 42 F zijn gericht op de vernietiging van iedere rechtshandeling *afzonderlijk*; art. 42 F is niet ingericht op de situatie van een 'samenstel van rechtshandelingen'. Hoe moet de vernietigingsactie, die in feite gericht is op verschillende rechtshandelingen uit een 'samenstel', benaderd worden met dit wettelijke instrumentarium?

Ad d. Moet iedere in het samenstel betrokken rechtshandeling afzonderlijk voldoen aan de eisen voor vernietiging ex art. 42 F? Voorstel voor een abstraherende benadering

Noodzakelijkerwijs bepalen de tekst van en de rechtsleer rond de art. 42 F het denken over vernietiging met de Pauliana-actie. Dit denken strookt echter niet met de werkelijkheid van ingewikkelde juridische constructies zoals die is gegroeid. In die werkelijkheid wordt gebruik gemaakt van bijvoorbeeld verschillende rechtspersonen en verschillende transacties die volgens de geldende juridische regels activa van de latere failliet op een juridisch 'sluitende' wijze buiten diens vermogen brengen. Het denken over de vernietiging van die transacties vindt echter nog plaats in termen van vernietiging van 'een (één) rechtshandeling', tezamen genomen met de andere eisen voor vernietigbaarheid van die ene rechtshandeling. Het staat aldus in de weg aan de mogelijkheid een passend antwoord te formuleren op de vraag of een 'samenstel van rechtshandelingen' vernietigd kan worden en zo ja, op welke wijze dit dient te geschieden.²⁸

Het zou dan ook wenselijk zijn om aan te sluiten bij de gegroeide werkelijkheid. Immers, zouden pogingen om via afzonderlijke maar onderling samenhangende rechtshandelingen activa aan een vermogen te onttrekken ten detrimente van de overige schuldeisers kunnen slagen, dan levert het samengaan van de constituerende rechtshandelingen kennelijk meer op dan de enkele 'som' der rechtshandelingen. Gezien het doel en de strekking van de Actio Pauliana – rechtshandhaving (handhaving van de rangorde in verhaalsrechten) door herstel of reconstructie van hetgeen oorspronkelijk aanwezig was voor verhaal door schuldeisers²⁹ – ligt het dan voor de hand om de pijlen te richten op die hogere waarde van het samengaan, dus op het 'samenstel van rechtshande-

lingen' als geheel genomen. Ofwel, de gegroeide werkelijkheid geeft aanleiding om bij de beoordeling van een 'samenstel van rechtshandelingen' in zoverre te abstraheren van de eisen van art. 42 F, dat een 'samenstel' slechts als geheel, dus maar één keer aan die eisen wordt getoetst. Het is immers dat geheel dat leidt tot onttrekking van activa aan de boedel en tot benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. In de uitkomst van het arrest Pannevis q.q./Air Holland van 2008 zou deze benadering goed passen: de vorderingen van de curatoren zouden kans van slagen hebben gehad, indien zij de nietigheid van alle (samenhangende) rechtshandelingen hadden ingeroepen (het besluit tot dividenduitkering, de aandelenoverdracht en de verrekening van de dividenduitkering met de koopprijs van de aandelen). Een ander voorbeeld waarin de benadering van het 'samenstel' als geheel zou passen, is het meerge-noemde arrest 'Smittrans' van 2006.³⁰ De Hoge Raad oordeelt hier dat het hof had moeten ingaan op het betoog dat, ook wanneer het 'samenstel van rechtshandelingen' zou worden 'weggedacht', geen benadeling zou hebben plaatsgevonden.

In de abstraherende benadering van een 'samenstel' ligt het ontkennende antwoord besloten op de vraag of iedere in het samenstel betrokken rechtshandeling afzonderlijk dient te voldoen aan de eisen voor vernietiging ex art. 42 F. De abstraherende benadering sluit ook aan op de ruime benadering van een 'samenstel' door de Hoge Raad in de voornoemde arresten Smittrans (2006) en Pannevis q.q./Air Holland (2008). Toch kunnen bij deze stand van zaken de volgende drie kanttekeningen worden gemaakt. In de eerste plaats lijkt Van Schilfgaarde in zijn annotatie onder het arrest Pannevis q.q./Air Holland³¹ te stellen dat wanneer het uitsluitend gaat om rechtshandelingen waarbij de gefailleerde rechtstreeks is betrokken, als regel heeft te gelden dat de vernietiging betrekking moet hebben op het hele samenstel, dus op alle daartoe behorende rechtshandelingen. Selectieve vernietiging is niet mogelijk,

27. Vgl. HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q./ABN Amro I); HR 8 juli 2005, NJ 2005, 457 (Van Dooren q.q./ABN Amro II). Zie ook hiervoor, voetnoot 6.

28. In dezelfde zin Wessels, Insolventierecht III, a.w., nr. 3032; vgl. voorts het commentaar van M. Huijizingh bij HR 24 april 2009, JOR 2010, 22 m.n. N.E.D. Faber (Dekker q.q./Lutèce), NTBR 2009/8, p. 308-311, i.h.b. p. 310: 'Wanneer (...) niet duidelijk wordt welke rechtshandeling(en) door de curator precies worden vernietigd, kan geen zuivere discussie worden gevoerd over die vernietiging, de vereisten daarvoor en de gevolgen daarvan.'

29. Insolventierecht III, a.w., nr. 3033. Vgl. ook nr. 3255, waar Wessels aangeeft dat het 'reconstructie karakter' van de Pauliana er niet in mag resulteren dat wat moet worden teruggegeven aan de boedel door degene jegens wie de vernietiging werkt, door deze verrekend mag worden met hetgeen hij van de boedel moet krijgen. Zie voorts nr. 3017 v., het overzicht van de geschiedenis van de Actio Pauliana, alwaar ook verdere literatuur, alsmede Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 586 v.

30. HR 9 juni 2006, NJ 2007, 21 m.n. P. van Schilfgaarde, JIN 2006/343; zie r.o. 3.4.2.

31. HR 19 december 2008, NJ 2009, 220, onder punt 9.

aldus de annotator, daarbij mede verwijzend naar de conclusie van de A-G en naar de Hoge Raad in het arrest. Onzes inziens gaat deze stelling in zijn algemeenheid te ver. Er is immers een eenvoudiger route. Wanneer de gehele transactie wordt beoordeeld en de samenhangende rechtshandelingen in onderling verband tot benadeling blijken te leiden – éénmalige toetsing van het ‘samenstel’ aan de benadelingseis³² – staat niets in de weg aan de ‘selectieve’ vernietiging van alleen die rechtshandeling(en) die geacht kunnen worden het ‘samenstel’ als geheel te schragen. Zie hierboven, ad c. In dit licht kan de vernietiging gericht zijn op enkele rechtshandelingen, indien het causale verband met het ‘samenstel’ als zodanig en met het uit dat ‘samenstel’ voortvloeiende nadeel onomstotelijk vaststaat (een vraag die met behulp van het causaliteitscriterium beantwoord kan worden; zie hierna, paragraaf 3).

In de tweede plaats kunnen in de abstraherende benadering tot het ‘samenstel’ ook behoren rechtshandelingen waarbij de gefailleerde niet zelf is betrokken.³³ Bijvoorbeeld: het uiteindelijke doel van een samenstel is verrekening door een derde – die een vordering op de failliet heeft – van de koopsom van de activa die hij verwerft. Die activa zijn eerst, via overdracht, via het vermogen van een of meer vennootschappen gegaan. Het ‘samenstel’ kan nu bestaan in de vervreemding van die activa door de failliet, gevolgd door een aantal andere rechtshandelingen met en door derden. Die andere rechtshandelingen hebben op zichzelf genomen geen andere betekenis dan het creëren van de uiteindelijke mogelijkheid tot verrekening van de crediteur van de failliet.

In de derde plaats strookt niet met de abstraherende benadering het oordeel van het Hof Den Bosch, hierboven, in paragraaf 2.3, sub b aangehaald (indien één van de rechtshandelingen een verplichte blijkt te zijn, bijvoorbeeld een gegeven kwijting, kan mogelijk het gehele resultaat van het samenstel als niet onverplicht aangemerkt worden). Tevens ondervangt de abstraherende benadering het in paragraaf 2.3 sub a genoemde risico voor een curator (het ‘complex van afspraken’ dat hij op het oog heeft kan te weinig specifiek zijn, met als gevolg dat niet voldoende duidelijk is wat – welke rechtshandeling(en) – als het object van vernietiging worden gezien). Immers, indien het ‘samenstel van rechtshandelingen’ als geheel aan de vereisten voor vernietiging voldoet, is dit ‘samenstel’ als zodanig voldoende specifiek.

3. De rol van het causale stelsel bij de Actio Pauliana, in verband met het doel en de strekking van de rechtsfiguur Actio Pauliana

In een abstraherende benadering van de eisen van art. 42 F passen nog vier opmerkingen aangaande de eis van het causale verband tussen oorzaak (rechts-

handeling) en gevolg (benadeling). In de eerste plaats strookt die benadering – zodra sprake is van een samenstel, moet vernietiging betrekking hebben op dat hele samenstel, dus op alle daartoe behorende rechtshandelingen – alleen met de causaliteitsvraag wanneer het samenstel *als geheel* – en dus niet per afzonderlijke, tot het samenstel behorende rechtshandeling – wordt benaderd met de eisen van art. 42 F.

In de tweede plaats opent de eis van het causale verband – opgevat als een *conditio sine qua non*-verband³⁴ – de mogelijkheid tot het vernietigen van alleen die rechtshandeling(en) die het ‘samenstel’ schragen. Ook dit strookt met het causale stelsel zoals neergelegd in Burgerlijk Wetboek. Het vloeit zelfs rechtstreeks voort uit het bovenbeschreven doel en de strekking van de Actio Pauliana, zijnde reconstructie van de boedel met het oog op het ongedaan maken van plaatsgevonden hebbende benadeling.

In de derde plaats past een opmerking bij Wessels’ betoog³⁵ dat in de problematiek van een ‘samen-gestelde rechtshandeling’ niet alleen het element ‘rechtshandeling’ in een afzonderlijke of samen-gestelde vorm aan de orde is, maar dat art. 42 lid 1 F de noodzaak met zich brengt het oorzakelijke verband tussen een rechtshandeling en de benadeling die daarvan het gevolg zou zijn, centraal te stellen. In het licht van de abstraherende benadering zoals hierboven uiteengezet is het zelfs raadzaam om de woorden ‘tussen een rechtshandeling’ te vervangen door ‘tussen een samenstel van rechtshandelingen’. Het centraal stellen van het causale verband tussen de rechtshandelingen in onderling verband en het doel dat met de gezamenlijkheid daarvan wordt

32. Zie over de invulling van de benadelingseis o.m. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 592-596; Wessels, Insolventierecht III, a.w., nr. 3077 v.; Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 82-88; De Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies, a.w., p. 222 v.; Van Dijck, diss. 2006, a.w., Deel I, hfst. 2; F.P. van Koppen, Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering, diss. Tilburg 1998, Serie Recht en Praktijk nr. 105, Deventer 1998, hfst. 2-3.

33. Een eerste vereiste voor vernietiging ex art. 42 F is dat het gaat om een rechtshandeling van de *schuldenaar*. In deze richting gaat wellicht ook F.P. van Koppen, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung en Transaction avoidance in insolventies, Proefschrift van mr. R.J. de Weijs, MvV 2011, nummer 1, p. 7, eerste alinea, die op basis van connexiteit tussen rechtshandelingen van schuldenaar en derden, met benadeling tot gevolg, die derden onder de bewijsvermoedens van art. 43 lid 1 sub 3 t/m 6 F begrepen acht.

34. Wessels, Insolventierecht III, a.w., nr. 3056, meldt dat de hier spelende causaliteit er niet een is van *conditio sine qua non*. In deze zin lijkt ook het Hof ’s-Hertogenbosch te oordelen, 14 februari 2006, LJN: AZ 2859. Anders Rb Almelo 16 oktober 2002, NJkort 2002, 85, JOR 2003, 44 (vernietiging overeenkomst strekt zich ook uit over op die overeenkomst gevolgde cessies).

35. Insolventierecht III, a.w., nr. 3056.

nagestreefd, strookt dan met de bewoordingen van de Hoge Raad in Pannevis q.q./Air Holland (vernietiging van ‘het hele samenstel, dus (...) alle daartoe behorende rechtshandelingen’). Het gaat immers om de vraag welke rechtshandeling of welke rechtshandelingen vernietigd moeten worden om de goederen die paulianeus uit de boedel zijn gegaan, daarin terug te brengen.

In de vierde plaats kent de eis van causaliteit twee aspecten, die elkaar deels overlappen maar toch onderscheiden moeten worden. Het eerste aspect ziet op het goederenrechtelijke gevolg van de rechtshandeling. Dit is de causaliteit die besloten ligt in art. 3:53 BW. De vernietiging heeft terugwerkende kracht én goederenrechtelijke werking; de rechtshandeling wordt geacht niet te zijn verricht en het met de rechtshandeling beoogde en mogelijk al ingetreden rechtsgevolg wordt geacht nimmer te zijn ingetreden. In de abstraherende benadering van de eisen van art. 42 F kan dit aspect een (grote) rol spelen bij de mogelijkheid te volstaan met de vernietiging van een ‘schragerende’ rechtshandeling. Het tweede aspect betreft het oorzakelijke verband tussen de rechtshandeling(en) en de benadeling. Over de bepaling van dit verband lopen de meningen enigszins uiteen. Van Hees³⁶ bepleit een ‘connexiteit’ tussen rechtshandeling en benadeling waarin onder meer de ‘wetenschap van benadeling’ bij partijen een bepalende rol speelt. Van Hees ziet als aanknopingspunten voor de bepaling van het oorzakelijke verband:

- de benadeling dient voort te vloeien uit de overeenkomst zelf en te worden beoordeeld naar alle omstandigheden van dat moment, zoals het feit dat dan vaststaat dat de betaling door de wederpartij plaats zal vinden op een rekening die een debetstand vertoont;
- concursus dreigt;
- partijen hadden op het moment van de totstandkoming van de overeenkomst wetenschap van deze benadeling.

Benadeling die niet voortvloeit uit de overeenkomst zelf of uit later verkregen wetenschap van benadeling, dienen deze niet aantastbaar te maken, aldus Van Hees. Dit betoog lijkt geënt te zijn op de klassieke benadering van art. 42 F (beoordeling van één rechtshandeling per keer). Voor de beoordeling van een ‘samenstel van rechtshandelingen’ is dan ook geschikter het voorstel van Wessels, die stelt dat

‘(...) gezocht moet worden naar een oorzakelijkheidsverband dat loopt via de band van ‘weten’ respectievelijk ‘behoren te weten’ dat benadeling van de rechtshandeling ‘het gevolg zou zijn’.

Wessels³⁷ bepleit een ‘elastische benadering’ waarin de volgende gezichtspunten – in het licht van het doel en de strekking van de Pauliana – een rol kunnen spelen:

- de al dan niet onverbrekelijkheid van de (niet afzonderlijk te beschouwen) rechtshandelingen;
- de inhoud en de strekking van de gehele transactie gezien als één geheel;
- de vraag wat uiteindelijk per saldo het gevolg is;
- wat partijen weten en behoorden te weten, mede gemeten hun ervaring en voorkennis;
- de tijd die er tussen de verschillende acties (‘rechtshandelingen’) verloopt.

De ‘elastische benadering’ van Wessels, juist gezien in het licht van het doel en de strekking van de Pauliana, strookt beter met de abstraherende benadering van een ‘samenstel van rechtshandelingen’ dan de benadering door Van Hees. Wij zouden bovendien aan de beoordeling van het causale verband tussen een ‘samenstel van rechtshandelingen’ en de benadeling nog willen toevoegen de hierboven, in paragraaf 2.3 genoemde ‘toets’:

1. Kunnen de verschillende transacties en rechtshandelingen los van elkaar, dus als zelfstandige transactie of rechtshandeling gezien worden?
2. Wat zou in een dergelijk geval het doel van die zelfstandige actie of handeling zijn of moeten zijn (geweest)?

4. De (objectieve) relatieve werking van de Actio Pauliana, in verband met het doel en de strekking van de rechtsfiguur Actio Pauliana

De relatieve werking van de Pauliana houdt in dat de vernietiging niet verder werkt dan nodig is om de ondervonden benadeling ongedaan te maken. Deze regel vloeit voort uit het doel en de strekking van de Pauliana (wegnemen benadeling schuldeisers door herstel van de boedel). In de abstraherende benadering van de eisen van art. 42 F bij vernietiging van een ‘samenstel van rechtshandelingen’ onderstreept de relatieve werking dat vernietigd moet worden wat nodig is om de boedel te herstellen en de benadeling op te heffen. De relatieve werking past aldus in die benadering. Het ‘samenstel’ kan als geheel beoordeeld worden op het al dan niet paulianeuze karakter, zonder in de toetsing ex art. 42 F van iedere rechtshandeling afzonderlijk terecht te komen. De vernietiging zal echter in haar gevolgen niet verder reiken dan dat de ondervonden benadeling ongedaan wordt gemaakt.

36. A. van Hees, Enkele pauliana-perikelen, in: Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk recht, Serie Onderneming en Recht, deel 7, Deventer 1997, p. 572.

37. Wessels, Insolventierecht III, a.w., nr. 3056. Kritisch over de door Wessels voorgestelde ‘elastische benadering’ zijn Van Dijk, diss., a.w., p. 122 en De Weijs, Faillissements-pauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies, a.w., p. 254-255.

5. Conclusie

Een ‘samenstel van rechtshandelingen’ is een betrekkelijk nieuwe rechtsfiguur binnen het leerstuk van de Actio Pauliana. De toenemende complexiteit van juridische constructies zorgt ervoor dat een ‘samenstel’ als een zelfstandige juridische identiteit beschouwd kan worden. Activa worden immers veelal niet door één afzonderlijke rechtshandeling aan het vermogen van de latere failliet onttrokken, maar door een ‘samenstel van rechtshandelingen’. Strikt genomen kan echter krachtens de Faillissementswet een ‘samenstel’ slechts benaderd worden door iedere rechtshandeling afzonderlijk te toetsen aan de eisen voor vernietiging (art. 42 F gaat uit van de vernietiging van ‘een rechtshandeling’). Op dit punt beantwoordt het instrumentarium van de Faillissementswet niet aan de eisen van de huidige tijd. Immers, wanneer een ‘samenstel’ dat als geheel de boedel benadeelt en ook overigens aan de eisen voor vernietiging voldoet³⁸ bijvoorbeeld niet vernietigd zou kunnen worden omdat één van de samenstellende rechtshandelingen niet aan de eisen voor vernietiging voldoet, zou kwade opzet kunnen lonen. Het ‘totale effect’ van het ‘samenstel’ zou dan meer opleveren dan de som der samenstellende rechtshandelingen.

Het ligt voor de hand, teneinde recht te doen aan het doel en de strekking van de Actio Pauliana – herstel van de boedel, teneinde benadeling van overige schuldeisers ongedaan te maken – om een ‘samenstel van rechtshandelingen’ van een passend antwoord te voorzien. Het verdient in dit licht aanbeveling om bij de beoordeling van een ‘samenstel van rechtshandelingen’ te abstraheren van de eisen van art. 42 F in die zin, dat een ‘samenstel’ *als geheel* en éénmalig (dus niet per afzonderlijke rechtshande-

ling) wordt getoetst aan de eisen van onverplichtheid, benadeling, causaal verband en wetenschap. Een ‘samenstel van rechtshandelingen’ dat de boedel benadeelt is als zodanig gelijk te stellen met een (één) benadelende rechtshandeling zoals bedoeld in art. 42 F. De Hoge Raad is die weg al ingeslagen, maar laat tegelijkertijd nog ruimte voor de opvatting dat een ‘samenstel’ per afzonderlijke rechtshandeling moet worden benaderd.

De abstraherende benadering bewerkstelligt dat een transactie die als ‘samenstel’ aan de eisen van de Actio Pauliana voldoet, niet kan worden ‘gered’ omdat bijvoorbeeld één van de rechtshandelingen die het ‘samenstel’ mede constitueert, niet tot een nadeel leidt maar juist tot een voordeel. De vernietiging kan ook niet gehinderd worden doordat tot het ‘samenstel’ behoren rechtshandelingen waarbij de gefailleerde niet zelf is betrokken (art. 42 F spreekt van een rechtshandeling van ‘de gefailleerde’).

De eis van causaliteit in verband met het doel en de strekking van de Pauliana, brengt voorts mee dat niets in de weg staat aan de ‘selectieve’ vernietiging van alleen die rechtshandeling of rechtshandelingen van het ‘samenstel’ die geacht kunnen worden het ‘samenstel’ als geheel te schragen. De vernietiging kan dan gericht zijn op enkele rechtshandelingen, indien het causale verband tussen het ‘samenstel’ als zodanig en de uit dat ‘samenstel’ voortvloeiende benadeling onomstotelijk vaststaat.

38. Onverplichtheid, benadeling, causaal verband tussen benadeling en ‘samenstel’; wetenschap bij handelende partijen.