



De actio Pauliana inzonderheid naar het nederlands burgerlijk recht

<https://hdl.handle.net/1874/242017>

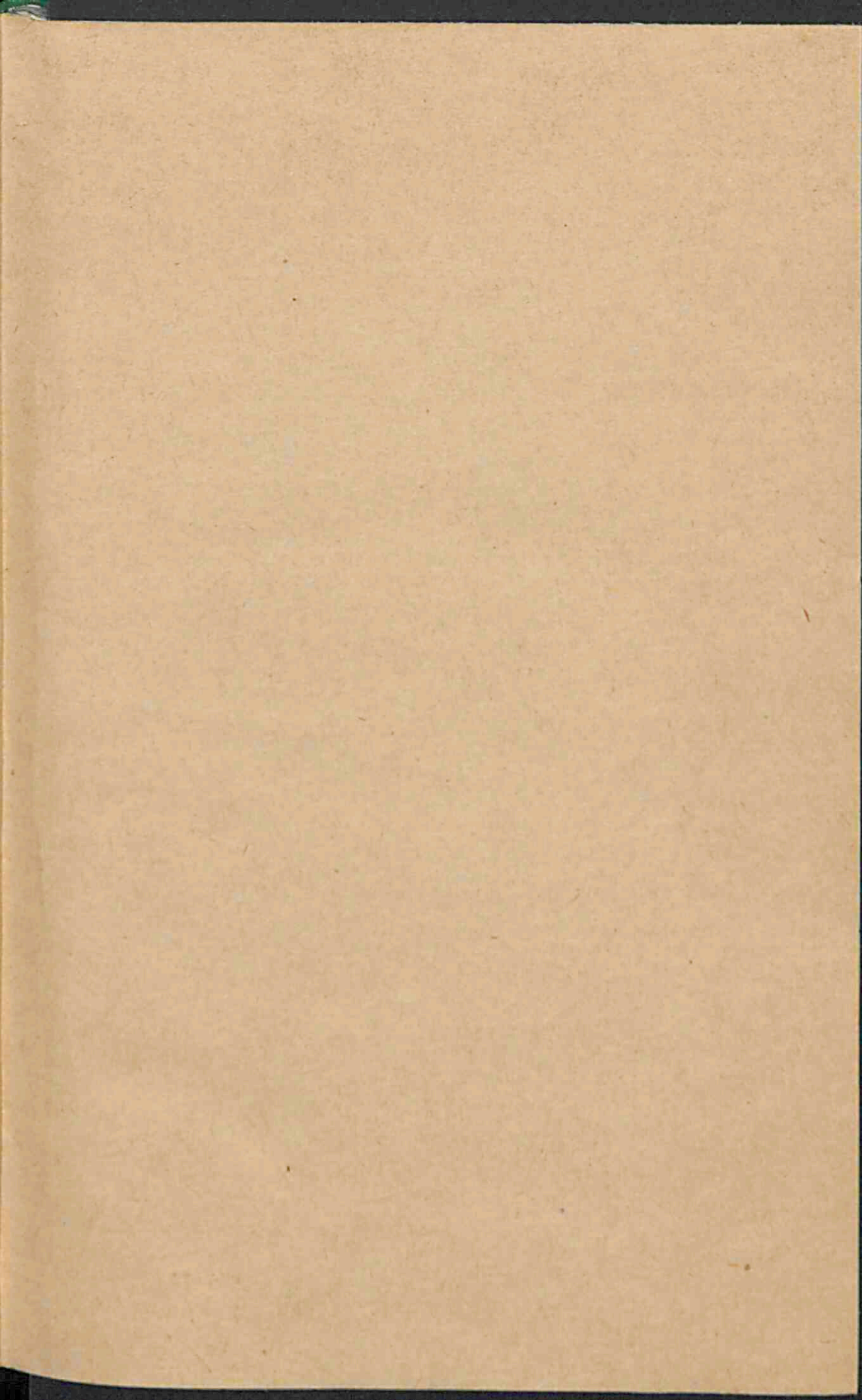
DE ACTIO PAULIANA

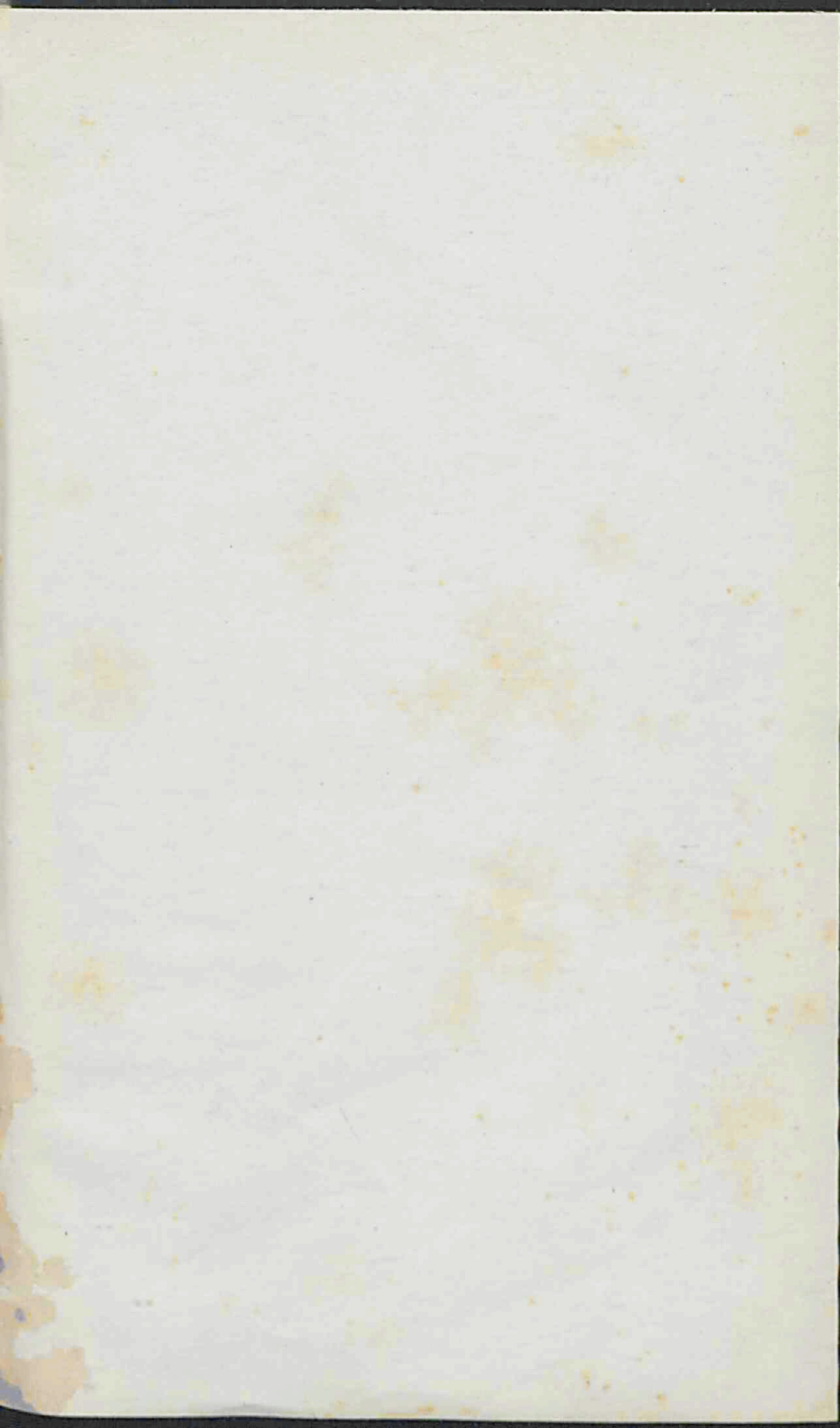
INZONDERHEID NAAR

HET NEDERLANDSCH BURGERLIJK RECHT.



ht
0





DE ACTIO PAULIANA

INZONDERHEID NAAR

HET NEDERLANDSCH BURGERLIJK RECHT.

DE ACTIE PAULI

VERVOLG

DE ACTIE PAULI

RIJKSUNIVERSITEIT TE UTRECHT



1894 4698

Diss. Utrecht 1880

DE ACTIO PAULIANA

INZONDERHEID NAAR

HET NEDERLANDSCH BURGERLIJK RECHT,

~~~~~  
Proefschrift

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD

VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Dr. E. MULDER,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,

VOLGENS BESLUIT VAN DEN SENAAAT DER UNIVERSITEIT

EN

OP VOORDRACHT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TE VERDEDIGEN

op Maandag, den 19. Januari 1880, 's namiddags te 3 uren,

DOOR

PETRUS LODEWIJK ALBERTUS COLLARD,

GEBOREN TE BREDA.



~~~~~  
UTRECHT — JEMINK & ZOON — 1880.

DE ACTIO PAULIANA

ARTICULUS PRIMUS

HET NEDERLANDSCH BURGERSLUK RECHT.

Prolegomena

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

1801

BOEK IZ DE ALPHABETISCH

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE UTRECHT

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

DE E. N. L. J. D. E.

VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

IN VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

DE VERBODENDE VAN VERKRIJGEN

Aan mijnen Vader.

1968 1968 1968

HOOFDSTUK I.

Grond, aard en strekking der actie.

Waar in een rechtssysteem het beginsel is opgenomen, dat niet het lichaam van den schuldenaar, maar slechts diens vermogen voor zijne verbindtenissen aansprakelijk is, dat zijne schuldeischers slechts daarop hun verhaal zullen kunnen uitoefenen, daar zullen toch dezen spoedig gevoelen, dat hierdoor nog niet genoeg voor hen gedaan is. Immers, waar in datzelfde systeem als eerste uitvloeisel der persoonlijkheid bovenaan staat de erkenning, dat ieder rechts- en handelingsbevoegde naar willekeur over de rechten, die hem toekomen, beschikken mag, kan hierdoor het recht der schuldeischers vrij wel illusoir gemaakt worden. De schuldenaar behoeft slechts te zorgen, dat hij, ten tijde dat zijne crediteuren komen, geen vermogen meer bezit, en ziedaar hun recht, wel niet weggenomen, maar toch krachteloos gemaakt, daar het object, waarop het moet worden uitgeoefend, ont-

breekt. Zoo ziet men, dat de erkenning van het recht van eigendom, eene erkenning in 't belang van het algemeen, in 't belang der burgers geschied, en als zoodanig een beginsel van het strenge recht, in sommige gevallen zeer ten nadeele van enkelen kan werken. Het belang van die enkelen, d. i. de billijkheid, vordert daarin voorziening. In ieder rechtssysteem, waarin de bovengenoemde beginselen zijn aangenomen, zal die behoefte zich doen gevoelen. Waar in Rome het eigendomsrecht werd erkend, moest, nadat door de *lex Poetelia* (a° 428 a. u. c.) de vermogensexecutie was ingevoerd, noodwendig na verloop van tijd eene *actio Pauliana* volgen. Waar in het Nederlandsch burgerlijk recht de bepalingen van de artt. 625 B. W. ¹⁾ en 1177 B. W. ²⁾ bestaan, wordt ook art. 1377 B. W. vereischt.

„... De schuldeischers kunnen in eigen naam opkomen tegen de handelingen, welke door den schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner rechten ge-

1) „Eigendom is het recht om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrektste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige macht, die daartoe volgens de grondwet de bevoegdheid heeft, en mits men aan de rechten van anderen geen hinder toebrengt, alles behoudens de onteigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling ingevolge de grondwet.”

2) „Alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoowel tegenwoordige als toekomstige, zijn voor deszelfs persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk.”

daan zijn, mits zij zich overigens gedragen naar de voorschriften der wet, overeenkomstig den aard der handelingen, waartegen zij willen opkomen.

Indien de handeling onder een bezwarenden titel is aangegaan, moeten de schuldeischers bewijzen, dat er van den kant der beide partijen bedrog heeft plaats gehad.

Indien de handeling om niet heeft plaats gehad, is het voldoende, dat er bedrog aanwezig zij van den kant van den schuldenaar alleen" ¹⁾).

Door dit artikel worden dus de rechten der schuldeischers op het vermogen van hunnen schuldenaar beschermd. Hun wordt in dit art. de bevoegdheid gegeven op te komen tegen handelingen van hunnen schuldenaar, en wel, zooals door art. 1490 B. W. ²⁾ duidelijk wordt, door middel eener rechtsvordering. Om in deze rechtsvordering ontvankelijk te zijn hebben zij niets te bewijzen dan hetgeen in het art. is genoemd: 1° eene rechtshandeling huns schuldenaars; 2° dat hunne rechten door deze rechtshandeling zijn verkort; 3° waar deze rechtshandeling onder bezwarenden titel heeft plaats gehad, bedriegelijke samenspanning tusschen den schuldenaar en dengene met wien hij gehandeld heeft; waar

1) Eene kritiek der redactie van het art. vindt men in het academisch proefschrift van Mr. van Hettinga Tromp: „Over de verwerping eener erfenis ten nadeele der schuldeischers,” in 1861 te Leiden verdedigd. Zie daartegen de recensie dezer dissertatie door Mr. Hingst in N. Bijdr. Dl. 13, blz. 310—323.

2) „In alle gevallen, waarin eene rechtsvordering tot nietigverklaring eener verbindtenis (daaronder begrepen die, waarvan bij art. 1377 wordt gehandeld)”

zij om niet is geschied, bedriegelijke bedoeling van den schuldenaar alleen. Over elk van deze vereischten tot de actie zal ik later afzonderlijk handelen, thans noem ik ze slechts op, omdat ons daaruit het karakter der actie duidelijk wordt. De schuldeischers gronden hun eisch niet daarop, dat zij op het vervreemde vermogensbestanddeel eenig zakelijk recht bezitten, hetgeen ons trouwens nog helderder worden zal, wanneer wij de strekking der actie hebben uiteengezet, zij beweren slechts, dat de schuldenaar met eenen derde eene rechtshandeling heeft verricht, met het doel en het gevolg, dat daardoor de waarborg, die zij in zijn vermogen meenden te hebben, wordt verkort. Hun vorderingsrecht steunt dus alleen op eene handeling van hunnen schuldenaar en wel op eene ongeoorloofde handeling.

Het karakter der actie van art. 1377 is dus zuiver persoonlijk. Voor zoover mij bekend is, wordt dit dan ook voor ons recht niet betwist en de strijd is, zoo zij bestaan heeft, slechts uit een historisch oogpunt te verklaren. Over het karakter der Romeinschrechtelijke *actio Pauliana*, die in raison d'être en doel met onze actie overeenstemde, is ten allen tijde en wordt nog door de rechtsgeleerden gestreden. Sommigen zagen haar voor persoonlijk, anderen voor zakelijk aan, naar mate zij bij het bezien van het rechtsinstituut zich op eenen verschillenden grondslag plaatsten. De *actio Pauliana* wordt in de Romeinsche rechtsbronnen behandeld in den 8sten titel van het 42ste boek der Digesten en in den 75sten titel van het 7de boek van den Codex.

In de Instituten komt echter ééne plaats voor ¹⁾, die volgens het gevoelen van sommigen ook over de *actio Pauliana* handelt. Die deze laatste meening zijn toegedaan, gaan voor het meerendeel ²⁾, wanneer zij zich een denkbeeld van de actie pogen te vormen, uit van deze Institutenplaats, van de paraphrase van Theophilus daarop, die de actie, hier behandeld, *Pauliana* en wel *in rem* noemt, en van de woorden der Basilica, waarin gezegd wordt, dat deze actie eene *utilis actio* is. Die de *actio Pauliana* voor persoonlijk houden, steunen zich op hetgeen ons de Digestentitel omtrent haar mededeelt en beroepen zich nog daarenboven op het uitdrukkelijk getuigenis van Paulus in L. 38 § 4 D. de usuris 22, 1, in verband met § 1 derzelfde lex. ³⁾ Om-

1) § 6 L. de act. 4. 6: „Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.”

2) Onder hen dient voor den laatsten tijd vooral genoemd te worden: Huschke, die zijne meening in eene verhandeling: „Ueber A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium” in het Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, neue Folge, Dl. 14, blz. 1—130 breedvoerig heeft uiteengezet. Aan zijn oordeel omtrent het zakelijke der actie sluiten zich aan Rudorff in zijne verhandeling „Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict,” in het Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Dl. 8 blz. 62 volgg. en Brinz in zijn „Lehrbuch der Pandekten.” Erlangen 1857, § 123.

3) § 1 „Videamus, quando in actione, quae est *in personam* etiam fructus veniant;” § 4: „In Faviana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur.”

trent de uitlegging van § 6 I. de act. 4. 6 verschillen deze laatsten dan weder. Op deze verscheidene meeningen dieper in te gaan ligt buiten mijn bestek. Ook voor het Romeinsche recht houd ik de *actio Pauliana* voor *in personam* en meen, dat ook § 6 I. de act. 4. 6 over haar handelt ¹⁾.

Beschouwen wij thans de strekking onzer actie.

In sommige rechtshandelingen ligt, ofschoon aan alle vereischten, door de wet voor haar bestaan gesteld, is voldaan ²⁾, eene kiem, die haar vatbaar maakt voor

1) Wie een overzicht van de kwestie in het Romeinsche recht wenscht te verkrijgen, leze het werkje van Reinhart: „Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, actio Pauliana, nach römischem und gemeinem Recht,” Winterthur 1871.

2) Ontbreekt een dezer vereischten, dan is er geene *rechtshandeling* tot stand gekomen. Er is dan wel *feitelijk* gehandeld, maar eene rechtshandeling heeft niet plaats gehad. Eene *vernietiging* kan dus hier nooit te pas komen. „Da das nichtige Rechtsgeschäft juristisch gar nicht vorhanden ist, so ist eine *Umstoszung* desselben durch ein besonderes Rechtsmittel nicht nur nicht nothig sondern gar nicht möglich, da nur dasjenige, was an sich besteht, angefochten und umgestoszen werden kann, und jeder Angriff ein Anzugreifendes, somit *Existirendes* voraussetzt.” (Unger, System d. allg. oesterr. Privatr. Dl. II, blz. 145.) Over de zoogenaamde „querela nullitatis” der oude juristen, zie Unger ter zelfder plaatse. Waar nu eene nietigheid aanwezig is, kan er slechts van eene *nietigverklaring* sprake zijn. Dan maakt de rechter niet eerst door zijne uitspraak de handeling in rechten niet bestaande, maar constateert slechts, dat hetgeen de wet als vereischte tot het bestaan van die handeling stelt, ontbreekt. B.v. iemand beroept zich op eene overeenkomst. De gedaagde beweert, dat hij ten tijde dat de handeling plaats had krankzinnig was, dat dus, daar bij hem de *wil* ontbrak, er geen contract is tot stand gekomen. In dit geschil zal

vernietiging ¹⁾. In hun wezen kan iets liggen, dat zoozeer tegen de goede trouw strijdt, dat de wetgever heeft gemeend hunne rechtelijke werking niet te mogen in stand houden. Dan wordt aan den belanghebbende de bevoegdheid gegeven om de rechtshandeling, die op zichzelf beschouwd volkomen wettige kracht zoude hebben, wegens de begeleidende omstandigheden of wegens het motief, dat er aan ten grondslag ligt, te bestrijden, m. a. w. van den rechter te eischen, dat hij de rechterlijke werking aan de rechtshandeling *ontneemt*. Heeft zij feitelijke gevolgen gehad, dan moeten ook deze worden opgeheven, m. a. w. de rechter gelast, dat alles in dien toestand worde teruggebracht, alsof de bedoelde rechtshandeling niet ware geschied ²⁾.

Dit is de kracht van alle vernietigingsacties, dit is

de rechter uitspraak hebben te doen en, waar hij de krankzinnigheid aanneemt, tevens moeten *verklaren*, dat de handeling der bewuste personen *nietig* is, m. a. w., dat er nooit eene rechtshandeling heeft bestaan. Het verschil tusschen *vernietiging* en *nietigverklaring* wordt door het Nederl. burg. recht geheel uit het oog verloren. Zie de artt. 1357 volgg. B. W. jis 1482 volgg. B. W. Over de vraag of de G. N. de tegenstelling tusschen *nietigheid* en *vernietigbaarheid* kent, verg. men het werkje van Windscheid „Zur Lehre des G. N. von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte,” blz. 30 volgg. en de fraaie dissertatie, door Mr. A. A. de Pinto in 1852 te Leiden verdedigd: „De obligationum nullitate earumque rescissione,” blz. 33 volgg. Verder over het verschil tusschen oorspronkelijke en opvolgende, absolute en relatieve nietigheid, Unger, t. a. p. blz. 141 volgg.

1) Over de oorzaken van vernietigbaarheid in 't algemeen. zie men Puchta, Vorlesungen, Dl. 1 blz. 151.

2) „Si la rescision ou restitution est ordonnée, les choses seront remises de la part de celui, qui est relevé, au même état, ou

ook de kracht van de bepaling van art. 1377 B. W. Ook in de rechtshandelingen des schuldenaars, waarvan hier sprake is, ligt de kiem tot vernietiging opgesloten. Die kiem is hier: de bedriegelijke bedoeling, hetzij van den schuldenaar alleen, hetzij van den schuldenaar en zijnen medecontrahent. Zij is hier slechts aanwezig ten aanzien der schuldeischers van den schuldenaar, en daarom zijn ook slechts deze en niemand anders bevoegd op te komen, de actie tot vernietiging in te stellen¹⁾. En nu vinde men het niet vreemd, dat de actie tot vernietiging eener rechtshandeling hier wordt gegeven aan iemand, die toch geene partij was bij de rechtshandeling. Indien het tegendeel het geval is bij de vordering tot vernietiging eener verbintenis op grond van dwang, dwaling, bedrog of minderjarigheid, dan is dit zoo, omdat slechts ten aanzien van hem, die te jong was, gedwaald heeft, misleid of gedwongen werd, de kiem tot vernietiging bestaat.

Door de actie van art. 1377 wordt dus bewerkt, dat het vermogen van den schuldenaar in denzelfden toestand wordt teruggebracht, waarin het zou verkeer-

elles auraient du être, si l'acte, qui est annullé par la rescision, n'avoit pas été fait" (Domat, Lois civiles dans leur ordre naturel, I, liv. 4 tit. 6 sect. 1 n 10). „Obligationes rescissae quum nunquam exstittisse finguntur" (de Pinto t. a. p. blz. 66).

1) „Das anfechtbare Geschäft kann bloß von der dazu berechtigten Person, d. h. von demjenigen (und dessen Rechtsnachfolgern) *welcher aus dem Anfechtungsgrund das Recht dazu erworben hat*, angegriffen werden." Unger t. a. p. blz. 161.

ren, zoo de bedriegelijke handeling niet had plaats gehad ¹⁾).

1) „O., dat het rechtsgevolg van het vernietigen der onderwerpelijke acte van cessie behoort te zijn het terugbrengen van de zaak en de partijen in den toestand, waarin zij waren vóór 29 Mei 1864” (dag, waarop de bedriegelijke handeling plaats had). Amsterdam, 19 Maart 1868, W. n° 3018. De overweging is niet geheel juist. Volgens haar toch zou er van een uitkeeren der in den tusschentijd door de zaak opgeleverde vruchten nooit sprake kunnen zijn.

Het is hier mogelijk de geschikte plaats om een enkel woord te spreken over eene opvatting, die ik, reeds bij Aubry en Rau aangetroffen hebbende, uitvoerig uiteengezet vond in eene zeer lezenswaardige „thèse pour le doctorat,” door den Hr. Eiliacin Naquet aan de universiteit te Parijs verdedigd (Etude sur l'action Paulienne en droit romain et en droit français, Paris 1869).

De schrijver ontzegt aan de *actio Pauliana* in allen deele het karakter van eene actie van rescissie. Volgens hem is zoowel de *actio Pauliana* der Digesten als de actie van art. 1167 C. G. eene zuivere schadevergoedingsactie, op eene onrechtmatige daad gegrond. Zoowel voor het eene als voor het andere recht moet dit ontkend worden. Wel kon natuurlijk in het Romeinsche recht eene formele vernietiging door uitspraak van den praetor niet te pas komen, maar dit neemt niet weg, dat de *actio Pauliana* was eene actie tot herstel van 't vermogen des schuldenaars in den toestand, waarin het zonder het franduleuse *gestum* zou verkeerd hebben, en die, hoewel uit haren aard persoonlijk, juist door deze strekking, de kenmerken kreeg eener zakelijke actie. Dit blijkt ons uit den geheelen inhoud van l. 42. § 8 D. quae in fraud. cred. j° § 6 l. de act. 4. 6. Men leze b. v. de woorden van Ulpianus in l. 40. § 22. D. h. t.: „praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione *restitutionem fieri oportere in pristinum statum*, sive res fuerunt, sive obligationes; ut perinde omnia essent, *acsi liberatio facta non esset*.”

En ook wat aangaat art. 1167 C. G. is de meening van Naquet m. i. geheel ongegrond. Ik wil mij niet vastklemmen aan de woorden:

Waarop in ieder concreet geval de conclusie van den eischer zal gericht zijn en waartoe het rechterlijk

„attaquer les actes,” in art. 1167 gebruikt. Maar de kracht van dit art. wordt volkomen duidelijk, indien men de action Paulienne in den Code de Commerce gadeslaat. De artt. 443—447 van den ouden C. d. C., de artt. 446—448 van de loi sur les faillites et banqueroutes van 28 Mei—8 Juni 1838 zijn alle (het blijkt uit de beraadslagingen over die artt. gevoerd, en door niemand, voor zoover ik weet, ook niet door Naquet, wordt het betwist) toepassingen van de action Paulienne, van de actie van art. 1167 C. C., in geval van faillissement. Die artt. zijn slechts daar om, waar het handelingen van den thans gefailleerden koopman betreft, het bewijs van kwade trouw bij schuldenaar en derde, of bij den schuldenaar alleen, in sommige gevallen te verlichten. Wanneer nu die artt. eene handeling van den schuldenaar onder zekere omstandigheden niet slechts *annulables* verklaren, maar zelfs, zij het ook verkeerdelijk, zoo ver gaan eene *nullité* uit te spreken, hoe is het dan mogelijk de rechtsvordering van art. 1167 C. C. niet voor eene „action en rescision” maar voor eene gewone schadevergoedingsactie te houden?

In het Nederl. burg. recht zal voor eene opvatting als die van Naquet nog te minder aanleiding bestaan door de woorden van art. 1490 B. W.: „daaronder begrepen die, waarvan bij art. 1377 wordt gehandeld,” die in het Fransche recht ontbreken.

En nu meene men niet, dat het slechts een theoretisch verschil maakt, of men de actie van art. 1167 C. C., 1377 B. W., als eene schadevergoedingsactie, dan wel als eene vordering tot rescissie beschouwe. Om van meer te zwijgen, noemen wij slechts dit ééne groote verschil in gevolgen. Is de actie eene tot schadevergoeding, dan komt het vonnis slechts ten voordeele van den schuldeischer, die haar instelde, en kan de derde haar afweren door zijn aanbod om den eischer schadeloos te stellen. Dit is dan ook de conclusie van Aubry en Rau en Naquet. Heeft de actie echter een rescissoir karakter, dan komt het vonnis ten gunste van alle schuldeischers, en kan de derde nooit aan de actie ontsnappen door zijn aanbod

vonnis strekken zal, is a priori niet te bepalen. Maar één ding is zeker: de eischer zal moeten eischen ver-

om den eischer zijne schuldvordering te voldoen. Hierdoor toch neemt hij het *vitium*, dat van den beginne af aan de rechts-handeling kleefde, niet weg.

Julianus drukte de strekking eener actie van rescissie goed uit, toen hij zeide: „*judicium redhibitoriae actionis utrumque, idest venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere*” (l. 23 § 7 D. de aed. ed. et redh. 21. 4). In l. 60 van denzelfden titel zegt Paulus: „*facta redhibitione omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessit.*” Dat men echter moet oppassen, hier niet aan eene wezenlijke *in integrum restitutio* te denken, wordt door Unger terecht opgemerkt: „Diese Fälle der mittelbaren Wiederherstellung des vorigen Zustands müssen von der *unmittelbaren* Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (der eigentlichen *in integrum restitutio*) wohl unterschieden werden.” Unger, t. a. p. Dl. 2, blz. 161. Verg. ook blz. 693 en onder de schrijvers, aldaar aangehaald, vooral von Schröter: „Ueber Wesen und Umfang der *in integrum restitutio*,” Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Dl. 6, blz. 137 volgg. Nadat Heyse in zijne „Grundrisse des gemeinen Civilrechts” de praetorische acties, die men gewoonlijk met de *restitutiones* had verwisseld: de *dolo*, *quod metus causa*, *in factum actio propter alienationem judicii mutandi causa*, hare plaats in het obligatierecht had aangewezen, voegde v. Schröter hier terecht nog de *actio Pauliana* der Digesten bij en drukte het groote verschil tusschen de werkelijke *in integrum restitutio* en de *actio Pauliana* voortreffelijk uit in de woorden: „Die *in integrum restitutio* ist eine *redintegratio amissae causae*, die Pauliana in factum eine *actio rei restituendae gratia comparata.*” Maar waar v. Schröter de actie van 6 l. de act. 4. 6 wel degelijk voor eene *in integrum restitutio* houdt, mag ook dit m. i. niet toegegeven worden. Het is mij niet mogelijk zijne meening te onderschrijven aangaande deze Institutenplaats: „Die prätorische Praxis, vielleicht wieder durch kaiserliche Rescripte geleitet, gewährte aber im Falle einer Eigenthumsveräusserung auch in *in integrum restitutio*. Der Prätor re-

nietiging der rechtshandeling en de rechter zal die *vernietiging* moeten uitspreken. Waar dit niet geschiedt, kan van eene opheffing der feitelijke gevolgen der rechtshandeling geen sprake zijn. Want dit *herstel* is slechts eene consequentie daarvan, dat door de rechterlijke uitspraak de rechtshandeling wordt beschouwd niet te hebben plaats gehad.

Terecht nam dan ook de Rechtbank te Maastricht, in een vonnis van 29 Januari 1852 (W. n°. 1335), aan, dat de vernietiging der rechtshandeling altijd moet gevorderd worden.

„O. dat de gedaagden en geopposeerden wel beweerd hebben, dat de bovengemelde acten van koop en verkoop ter bedriegelijke verkorting hunner rechten zijn gemaakt; dat zij echter niet gevorderd hebben, dat bedoelde acten uit dien hoofde nietig zouden verklaard worden, en dat derhalve de rechter, zonder te gaan *ultra petita*, de nietigheid niet mag uitspreken.”

Maar onjuridisch is dan ook m. i. het stelsel door den H. R., bij arrest van 24 December 1846, gehuldigd

scindirte causa cognita die geschene Tradition, Mancipation, u. s. w. und ertheilte dann den restituirten Gläubigern die *verlorene Eigenthumsklage* in der bezeichneten Weise.” Hoe het mogelijk is door de fictie, dat er geene traditio enz. heeft plaats gehad, *den schuldeischers* eene rei vindicatio terug te geven, die zij nooit hebben gehad en dus nooit kunnen hebben verloren, wil mij niet helder worden. v. Schröters opvatting omtrent § 6 I. de act. 4. 6 is ook die van Windscheid en Vangerow. De laatste echter houdt de actie hier behandeld voor eene species der *in integrum restitutio propter dolum*, de beide eersten voor eene op zich zelf staande *in integrum restitutio*.

(W. n°. 724), „dat bij dit art. (art. 1377) wel aan de schuldeischers de bevoegdheid wordt toegekend om tegen handelingen, welke door eenen schuldenaar ter bedriegelijke verkorting hunner rechten gedaan zijn, op te komen, doch daarbij niet is voorgeschreven, dat *nietigverklaring van de handelingen*, bij het instellen eener vordering op grond van dit art. in alle mogelijke gevallen zou moeten worden gevorderd.”

Waar de vernietiging niet gevorderd wordt, mag de rechter haar niet uitspreken en blijft de rechtshandeling dus in stand. Hoe is het nu mogelijk, dat er van het gevolg (feitelijk herstel) kan sprake zijn, waar de oorzaak (opheffing der rechtshandeling) niet bestaat?

Gelijk wij reeds opmerkten, is het niet te voren ten aanzien van ieder bijzonder geval te bepalen, waarin dat feitelijk herstel zal gelegen zijn. Dikwijls zelfs zal een *feitelijk herstel* niet te pas kunnen komen, daar het vermogen van den schuldenaar zich nog feitelijk in den ouden toestand bevindt. Is er b.v. *in fraudem creditorum* eene overeenkomst gesloten, maar nog geene uitvoering er aan gegeven, dan is het voldoende, dat de overeenkomst en mitsdien het vorderingsrecht van den medecontrahent worde opgeheven. Heeft er echter reeds levering plaats gehad, dan zal ook deze moeten worden ongedaan gemaakt. Betreft het dus eene onroerende zaak, waarvan de levering plaats grijpt door de overschrijving der akte in de registers van den hypotheekbewaarder, dan zal ook deze inschrijving moeten worden te niet gedaan, m. a. w. doorgehaald.

Bij een geding b.v. over eene hypotheek, verleend *in fraudem creditorum*, in het jaar 1866 voor de Rechtbank te Appingedam gevoerd (R. B., Dl. 19, blz. 701 volgg.) concludeerde de eischer „dat het der rechtbank gelieve te behagen te verklaren nietig en van onwaarde de overeenkomst van verbruikleen en van hypotheccatie tusschen de gedaagden aangegaan bij voorschreven akte van 29 November 1864 met wijderen in die dagvaarding vermeld.” De Rechtbank wees hierop het volgende vonnis:

„O. enz.;

Gezien enz.;

Recht sprekende enz.;

Verklaart den gedaagde W. niet ontvankelijk in de door hem voorgestelde exceptie van niet ontvankelijkheid met veroordeeling van hem excipient in de kosten;

En voorts ten principale tusschen al de partijen uitspraak doende, verklaart nietig en van onwaarde de overeenkomst tusschen de gedaagden aangegaan bij akte, 29 November 1864, gepasseerd voor den te Groningen residerenden notaris S., in bijzijn van getuigen, behoorlijk geregistreerd;

Krachtens welke inschrijving is genomen ten kantore van hypothecken en kadaster te Appingedam, 30 November 1864, in Dl. 61, n°. 92;

Stelt mitsdien die akte en de op grond daarvan gedane hypothecaire inschrijving buiten effect;

Gelast den bewaarder van hypothecken om, op vertoon van dit vonnis en onder overlegging van het vereischte bewijs van beteekening daarvan aan gedaagden en verder bewijs, dat daartegen geen verzet, hooger

beroep of cassatie is aangeteekend, voormelde hypothecaire inschrijving door te halen, alles met veroordeeling van den gedaagde in de kosten;..."

En evenzoo in een proces voor de Amsterdamsche Rechtbank in 1876 gevoerd (W. n°. 3987) wegens den verkoop van een huis, door den schuldenaar bedriegelijk verricht, dagvaardde de eischer: „ten einde bij vonnis worde verklaard nietig en van onwaarde de zoogenaamde overeenkomst van koop en verkoop, beschreven in de onderhandsche acte van 26 October 1874, door beide gedaagden geteekend; voorts de gedaagden zullen worden veroordeeld om het vonnis te doen inschrijven in de registers van den hypotheekbewaarder te Amsterdam, met machtiging op den eischer om, indien de gedaagden met die inschrijving in gebreke blijven binnen den gestelden termijn, die alsdan zelve te doen effectueren ten koste der gedaagden, alles met veroordeeling van de gedaagden, immers van dengene, die de vordering mocht tegenspreken in de proceskosten.”

De rechtbank wees het volgende vonnis:

„O., enz.

Gezien enz.;

Recht doende enz.;

Verleent acte, waarvan acte is gevraagd;

Passeert het nader aangeboden bewijs;

Verklaart nietig en van onwaarde de zoogenaamde overeenkomst van koop en verkoop beschreven in de onderhandsche akte van 26 October 1874, door beide gedaagden geteekend;

Veroordeelt de gedaagden om dit vonnis binnen tweemaal vier en twintig uren na de beteekening daarvan, te doen inschrijven in de registers van den hypotheekbewaarder te Amsterdam met machtiging op den eischer, om, indien de gedaagden die inschrijving binnen den gestelden termijn niet mochten bewerkstelligen, die alsdan zelve te doen effectueren, ten koste van de gedaagden;

Verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad, zonder borgstelling;

Veroordeelt de gedaagden in de kosten van het proces.”

Heeft de bedriegelijke handeling roerende lichamelijke zaken tot onderwerp gehad en is de levering hiervan geschied, dan zullen de schuldeischers, nevens de vernietiging der rechtshandeling ook de *feitelijke terugbrenging* dier goederen in 't vermogen des schuldenaars vorderen.

Zijn roerende onlichamelijke zaken ook feitelijk uit het vermogen van den schuldenaar getreden, dan moet er verschil worden gemaakt.

Betreft het effecten of schuldvorderingen aan toonder, dan heeft het feitelijk herstel plaats, door dat de medecontrahent die effecten of dat papier aan toonder weder in het vermogen van den schuldenaar *overdraagt*¹⁾.

Betreft het schuldvorderingen, die niet aan toonder luiden, dan moet naast de vernietiging der overeenkomst, ook de buiten effect stelling der akte plaats

1) Verg. art. 668, al. 3, B. W.

hebben, waarbij de rechten op die voorwerpen aan den medecontrahent zijn overgedragen¹⁾.

Betreft het inschrijvingen op het grootboek der nationale schuld, dan zal de medecontrahent veroordeeld worden, deze weder op naam van den schuldenaar te doen overschrijven²⁾.

In de eerste plaats moet dus degene, die met den schuldenaar gehandeld heeft, de vervreemde zaak zelve teruggeven. Maar in de meeste gevallen is dit niet voldoende. Want de kracht der bepaling van art. 1377 is, dat het vermogen van den schuldenaar in dien toestand moet worden gebracht, alsof de bedriegelijke handeling niet had plaats gegrepen. Is er dus eene zaak vervreemd, die, ware zij in het vermogen van den schuldenaar gebleven, vruchten zou hebben opgeleverd, dan zal de medecontrahent veroordeeld worden om ook deze uit te keeren. Dus niet alleen de vruchten sedert den dag der instelling der actie tot vernietiging, en niet alleen de vruchten, die hij genoten heeft, maar *alle vruchten, die de schuldenaar zou hebben genoten, indien de zaak in zijn vermogen ware gebleven*. En hier mag geen verschil worden gemaakt, naarmate de medecontrahent al dan niet in goede trouw heeft verkeerd³⁾. Art. 1377 geeft tot zulk eene onderscheiding

1) Verg. art. 668, al. 1, B. W.

2) Verg. art. 669 B. W.

3) De vraag, welke vruchten door den gedaagde bij de *actio Pauliana* moeten gerestitueerd worden, is voor het Romeinsche recht een twistpunt. L. 10 § § 20, 21 D. quae in fraud. cred. 42. 8

geene aanleiding en van toepassing der bepalingen van de artt. 630 volgg. B. W. is hier geen sprake. Deze

leert ons, dat de gedaagde de zaak *arbitrio judicis* zal moeten uitkeeren met alle vruchten, ook die, welke hij zelf niet genoten heeft, zoo maar de *fraudator*, d. i. de schuldenaar, ze in dien tusschentijd had kunnen genieten. Ook de *partus ancillae* inmiddels geboren. Want, zegt § 22, de uitslag moet zijn „*ac si liberatio facta non esset.*” Hoe dit te rijmen met l. 25 § 4, 5, 6 D. h. t.? § 4 zegt, dat niet alleen de vervreemde zaak moet worden teruggegeven, maar ook de vruchten, die ten tijde der vervreemding aan den grond vast waren, omdat zij *in bonis* van den *fraudator* waren, eveneens de sedert het begin van het rechtsgeding gepercipieerde, *dat echter de tusschentijds gepercipieerde niet behoeven teruggegeven te worden, evenmin als de partus ancillae tusschentijds geboren, „quia in bonis non fuerit.*” Tegen dit laatste werd, zooals de volgende § ons leert, door Proculus opgemerkt, dat dit slechts waar was voor 't geval, dat de slavin na hare vervreemding bevrucht was. (De opmerking is onjuist, de *partus ancillae* als zelfstandige zaak bestaat eerst sedert de geboorte; voor dien tijd is zij „*portio viscerum mulieris.*” Al was dus de moeder zwanger reeds tijdens de alienatio, toch kan men niet zeggen, dat de *partus* ooit *in bonis* van den schuldenaar is geweest.)

Huschke en Rudorff trachten deze tegenstrijdigheid weg te nemen, door in l. 10 § 20 de woorden „*verum etiam hi qui percipi potuerunt a fraudatore*” te verstaan alleen van die vruchten, die ten tijde der vervreemding aan de zaak vast waren.

Behalve dat men dan nog altijd de tegenstrijdigheid zou behouden tusschen l. 10 § 21 en l. 25 § 4, wordt hun beweren volkomen wederlegd door hetgeen Ulpianus ons in l. 10 § 22 omtrent de strekking der actie mededeelt: „*praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, UT PERINDE OMNIA REVOCENTUR AC SI LIBERATIO FACTA NON ESSET; PROPTER QUOD ETIAM MEDII TEMPORIS COMMODUM, QUOD QUIS CONSEQUERETUR LIBERATIONE NON FACTA, PRAESTANDUM ERIT,*” en door de woorden van l. 38 § 4 D. de usuris

regelen alleen de verhouding van den bezitter tegenover den eigenaar, die van het recht, hem in art. 629 B. W. toegekend, gebruik maakt.

Indien er van den kant van dengene, die met den schuldenaar heeft gehandeld, eene tegenpraestatie is verricht, dan zal de schuldenaar moeten worden veroordeeld van zijnen kant die tegenpraestatie terug te geven, want het gevolg der rescissie moet zijn, gelijk het ontwerp van Burgerlijk Wetboek van 1820 het in art. 3547 zoo juist uitdrukte, „dat de boedel van den schuldenaar aan de eene en degene, met wien deze gehandeld heeft, aan de andere zijde, worden gesteld in zoodanigen staat, alsof de handeling, welke gerescindeerd wordt, nimmer had plaats gehad en dat hetgeen uit krachte van de handeling gegeven en bekomen is, over en weder moet worden teruggegeven” 1).

22. 1: „in *Faviana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur fructus quoque restituantur, nam praetor idagit, ut perinde sint omnia, ATQUE SI NIHIL ALIENATUM ESSET; quod non est iniquum, nam et verbum restituas, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.*”

Ik acht den strijd tusschen deze verschillende plaatsen niet anders weg te nemen, dan door de oplossing, die reeds door onzen Voet is gegeven en die wij ook bij Reinhart aantreffen. Volgens deze oplossing handelen l. 10, §§ 20, 21 en l. 25, §§ 4, 5, 6, D. h. t. over verschillende vormen der *Pauliana actio*, de eerste plaatsen namelijk over de *actio Pauliana in scientem*, de tweede over de *actio Pauliana scientiae mentione detracta*.

1) Het hof van 's Gravenhage huldigde deze juiste beginselen in een arrest van 4 Juni 1877 (R. B., Afd. B., blz. 194). Het betrof

Hetzelfde voorschrift vinden wij in het Pruisische recht. § 107 der Conc. Ordn. van 8 Mei 1855 bepaalde:

de vernietiging van een koop, waarbij door den koper een deel der koopsom was voldaan. Het O. M. was, in overeenstemming met het vonnis *a quo* der rechtbank te Rotterdam, van oordeel, dat de koper veroordeeld moest worden tot teruggave der gekochte goederen, bij gebreke van dien tot uitkeering der waarde en voor den gedeeltelijk door hem betaalden koopprijs als schuldeischer in den faillieten boedel moest opkomen. De gronden voor deze meening waren, dat er van compensatie op grond van art. 1470 B. W. geen sprake mocht zijn en dat overigens de vraag, of de werkelijk betaalde prijs aan hem, welke dien betaald heeft, ten goede moet komen, naar het Romeinsche recht moet beoordeeld worden. Volgens dat recht nu kan degene, die met den schuldenaar gecontraheerd heeft, het door hem betaalde slechts terugvorderen, voor zoover het nog in den boedel aanwezig is. — Tot zulk een beroep op het Romeinsche recht zou men mogelijk niet gekomen zijn, indien men er op had gelet, dat reeds in ons oud-vaderlandsch recht op dit punt van de „beschreve rechten” was afgeweken. „Ende moet in zulken gevalle de zake weder gegeven werden met de vruchten, mits dat aen d'ander zijde ook weder gegeeuen werde 'tgunt daerop zoude mogen zijn betaelt.” (de Groot, Inleiding, B. 2, Dl. 5, § 4). Deze afwijking van de strenge consequenties van het ongedaan maken, welke wij ook in § 107 der pruisische Concurs-Ordnung van 8 Mei 1855 terugvinden, is in het Romeinsche recht alleen te verklaren uit het poenale, dat de actie daar aankleefde.—

Het Hof vereenigde zich niet met het oordeel van het O. M. op dit punt en overwoog te recht:

„dat, indien de appellant nu moet inbrengen de som van f 2200, als waarde van de bloem, die hij als inmiddels verkocht, niet meer *in natura* kan teruggeven, zonder dat hij van dit bedrag mag aftrekken de door hem in contanten betaalde som, zeer zeker zijn toestand niet dezelfde zal zijn als vóór het aangaan der overeenkomst, daar hij alsdan zal verliezen de door hem betaalde f 1108,50 (?);

„Dem Erwerber muss seine Gegenleistung vollständig erstattet werden” ¹⁾. En evenzoo § 13 van het „Anfech-

dat *in casu* van eene uitsluiting der compensatie op grond van art. 1470 B. W. geen sprake kan zijn;

dat toch de faillietverklaring van L. op de rechten en verplichtingen van den appellant, die ten gevolge der nietigverklaring der bedoelde handeling geboren werden, van geenen invloed kan zijn;

dat op het tijdstip der nietigverklaring de appellant stond niet tegenover L. maar tegenover den failliten boedel, welke van hem teruggave kan vorderen van de verkochte bloem of van de waarde daarvan, terwijl de appellant van dien boedel en niet van L. terug kan vorderen den door hem betaalden koopprijs;

dat ten opzichte dier wederzijdsche vorderingen compensatie op grond van art 1470 B. W. niet is uitgesloten, daar hier van geene benadeeling der verkregene rechten van een derde de rede is;

dat de appellant in zijn vorigen toestand zal zijn hersteld, indien zijne vroegere schuldvordering met de daarop verschuldigde renten, in zooverre die met den koopprijs der bloem is verrekend, herleeft, en hij de waarde der bloem ad f 2200, na aftrek van hetgeen hij daarop in contanten heeft betaald, ad f 1108,50, inbrengt;

dat dus de appellant door het vonnis *a quo*, voor zoover hij daarbij is veroordeeld om de waarde der bloem ad f 2200, in den faillieten boedel van L. in te brengen, is bezwaard, dat het vonnis op dit punt behoort te worden vernietigd en dat het door den appellant in te brengen bedrag moet worden bepaald op f 1091,50.”

1) Het tweede lid der § laat daar echter op volgen: „Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevorthellen, so kann er die Gegenleistung aus der Masse nur insoweit zurückfordern, als letztere dadurch reicher geworden ist.” Hierdoor is men eigenlijk bijna geheel tot de beginselen van het Romeinsche recht teruggekeerd. De derde toch zal nu slechts daár zijne tegenpraestatie geheel terugbekomen, waar deze van zoo geringe waarde was, dat de handeling gerekend

tungsgesetz" van 9 Mei 1855, dat over de actie tot vernietiging buiten den *concurfus* handelt: „Gegen Rückgewähr des Empfangenen muss dem Erwerber seine etwanige Gegenleistung vollständig erstattet werden."

Deze bepalingen vloeien onmiddellijk uit het begrip der rescissie voort. Wat echter niet daaruit voortvloeit, wat op grond der billijkheid *contra rationem juris* is opgenomen, is hetgeen § 13 Anfechtungsgesetz verder bepaalt, dat nml. de derde, die te goeder trouw was, zijne tegenpraestatie van den schuldeischer, die de actie instelt, kan terug vorderen ¹⁾.

Daar eene dergelijke bepaling in ons recht ontbreekt, zal, waar bij ons de *actio Pauliana* buiten den *concurfus* wordt ingesteld, de derde zich steeds aan den schuldenaar, met wien hij gecontraheerd heeft, moeten houden.

Wordt de actie in den *concurfus* ingesteld, dan zal de derde natuurlijk zijne tegenpraestatie moeten terug-

wordt om niet te hebben plaats gehad en er dus geene *conscientia fraudis* is vereischt.

Geheel het Romeinschrechtelijke beginsel vinden wij in § 31 der Conc. Ordn. voor het Duitsche rijk, 1 Oct. 1879 in werking gereden: „Die Gegenleistung ist aus der Masse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Werth bereichert ist."

1) § 13 drukt dit op negatieve wijze aldus uit: „Wenn jedoch dem Erwerber bekannt war, dass der Schuldner die Rechtshandlung nur zum Schein oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevorzugen, so kann er sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten."

vorderen van den boedel, vertegenwoordigd door den curator.

Voldoet nu degene, die met den schuldenaar gecontraheerd heeft, niet aan de veroordeeling om van zijne zijde het vermogen van den schuldenaar terug te brengen in den toestand, waarin het zich zou bevinden, zoo de handeling niet ware geschied, dan lost deze veroordeeling zich, volgens het voorschrift van art. 1275 B. W., op in eene vergoeding van kosten, schaden en interessen. Zoo concludeerde dan ook in een rechtsgeding voor de Rotterdamsche Rechtbank in 1856 gevoerd (R. B. jg. 1857, blz. 165 volgg.), de curator in een faillieten boedel, dat de derde, aan wien door den thans gefailleerde bedriegelijk waren overgegeven 230 balen rijst en 64 balen meel, na vernietiging dezer handeling zou „worden veroordeeld tot teruggave dier goederen binnen een bepaalden termijn en *bij gebreke daarvan, tot betaling van f 3000, of zooveel minder als zou vermeend worden te behooren* en in de kosten van het rechtsgeding.”

In een vonnis der Rechtbank te Arnhem van 11 April 1868 (W. n°. 3023) werd de medecontrahent van den schuldenaar, nadat een bedriegelijke koop en verkoop was vernietigd, veroordeeld „de aan hem ten gevolge dier overeenkomst geleverde goederen binnen tweemaal vierentwintig uren na beteekening van dit vonnis in den faillieten boedel van S. terug te brengen; en, bij gebreke van hieraan te voldoen, tot het betalen eener som van f 15654,16⁵ met de renten dier som sedert 20 Augustus 1866 tot de werkelijke voldoening toe.”

Moet nu op deze algemeene strekking der actie van art. 1377 herstel der vermogens van beide partijen in den toestand, waarin zij zouden geweest zijn, zoo de bedriegelijke handeling niet ware geschied, eene uitzondering worden gemaakt voor 't geval, dat degene, die met den schuldenaar contraheerde, te goeder trouw was? Zal in dat geval de rechter den medecontrahent moeten veroordeelen tot uitkeering van de zaak, die hij om niet verkreeg, slechts voor zoover zij zich nog in zijn vermogen bevindt of voor zoover hij door de handeling is gebaat? De billijkheid van zulk eene onderscheiding geef ik volkomen toe, maar toch meen ik, dat zij niet mag worden toegelaten. Zij vloeit niet voort uit het wezen eener actie van rescissie. Het verlof tot het maken van zulk eene onderscheiding zou dus uitdrukkelijk door de wet moeten verleend zijn. Dit nu is niet geschied.

In het Romeinsche recht werd het verschil gemaakt. Wanneer dáár de *actio Pauliana* tegen iemand werd ingesteld, die te goeder trouw was, strekte zij slechts tot het *extorquere lucrum*. En, gelijk ik reeds opmerkte, de praetor hield wèl de billijkheid in 't oog, toen hij, het gebied der eigenlijke *actio Pauliana* uitbreidende, door ze „*interdum*” te geven, „*etsi scientia non sit*” ¹⁾, hare strekking aldus beperkte. Maar louter op gezag der Digesten, gelijk de Fransche juristen algemeen doen, zulk eene onderscheiding te maken,

1) l 10 pr. D. quae in fraud' cred. 42. 8.

waarvan de wet niets weet, dit dunkt mij niet eene geoorloofde wetsinterpretatie.

Door de rechtsvordering van art. 1377 B. W. wordt dus de rechtshandeling van den schuldenaar met den derde ten opzichte van de schuldeischers vernietigd; er wordt verklaard, dat zij ten aanzien van dezen ongeldig is, en dat dientengevolge de vermogens van beide partijen in den toestand moeten worden gebracht, waarin zij zouden geweest zijn, zoo de handeling niet ware geschied. De schuldenaar krijgt terug, wat hij vervreemd heeft, de medecontrahent krijgt zijne praestatie terug, en de schuldeischers kunnen dientengevolge op het vermogen van hunnen debiteur hun verhaal uitoefenen, alsof er niets ware gebeurd. Maar wanneer nu degene, die met den schuldenaar gecontraheerd heeft, de zaak aan een ander heeft overgedragen en ze dus niet kan teruggeven, wat dan? Wij zeiden het reeds, hij zal dan de waarde moeten uitkeeren. Maar mogelijk is hij niet eens meer in staat dat te doen, misschien is er op hem zoo goed als niets te verhalen. Zullen de schuldeischers dan onverrichter zake naar huis moeten gaan en zich hebben te troosten met den regel, die thans ten aanzien van den medecontrahent geldt: „*ultra posse nemo obligatur*.” Dan zal art. 1377 hun soms weinig baten. Maar door de kracht van onze bepaling zijn zij ook in zulke gevallen niet van hulp geheel verstoken. Zij zullen rondzien of zij ergens de zaak bespeuren, die door den medecontrahent op zijne beurt is vervreemd. En waar zij die zaak, zij 't geheel of gedeeltelijk, in 't bezit van iemand zien, daar zullen zij — niet met

eene actie de zaak kunnen terugvorderen, maar — executoriaal beslag onder derden kunnen leggen. Want door het rechterlijk vonnis is teweeggebracht, dat de rechtshandeling van den schuldenaar met den medecontrahent is vernietigd, dat de eerste wordt beschouwd het eigendom nooit verloren, de tweede het nooit verkregen te hebben. De laatste heeft dus ook nimmer dat recht kunnen overdragen, „*nemo plus juris in alium transferre protest, quam ipse habet*,” en dien ten gevolge is ieder, die de bewuste zaak onder zich heeft, ten opzichte der schuldeischers slechts te beschouwen als houder voor den waren eigenaar, d. i. den schuldenaar. De crediteuren zullen thans gebruik maken van de bevoegdheid, hun door art. 735 Rv.¹⁾ verleend, de zaak, voor zooverre zij nog *in natura* aanwezig is, gerechtelijk doen verkoopen en daaruit trachten te verkrijgen zooveel mogelijk van 't geen hun als schuldeischers toekomt.

Maar is dit stelsel wel het ware? Het is gebouwd op de onderstelling dat de rescissie werkt *ex tunc*. Is dit wel juist? Werkt zij niet *ex nunc*? Dan wordt door het rechterlijk vonnis de rechtshandeling voor het vervolg opgeheven, maar behoudt zij voor het verledene hare

1) Art. 735, al. 1, Rv.: „Behoudens het geval in de tweede afdeling van den tweeden titel des tweeden boeks van dit wetboek vermeld, kan ieder schuldeischer, uit kraachte van authentieke of onderhandsche bescheiden, beslag leggen, onder handen van derden, op de gelden en goederen aan zijnen schuldenaar verschuldigd of toebehoorende.”

kracht. Hebben derden in den tusschentijd rechten op de vervreemde zaak verkregen, dan blijven deze in stand ¹⁾. Heeft de medecontrahent dus de vervreemde zaak aan een ander overgedragen, dan blijft het eigendomsrecht van dien derde bestaan, want op het oogenblik, dat hij de zaak kreeg, was zijn *auctor* volkomen eigenaar. Werkte toch niet de rescissie zóó reeds in het Romeinsche recht? L. 43 § 8 D. de aed. ed. et redh. 21. 1 zegt: „*Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus, quemadmodum si eum alienasset, aut usumfructum ejus, non recte redhibetur, nisi redemptum sit, et pignore liberatum redhibeatur.*” En l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6: „*si debitor, cujus res pignori obligatae erant, servum, quem emerat, redhibuerit, an desinat Servianae locum esse? Et magis est, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.*”

Hoe de rescissie in het Romeinsche recht werkte, wil ik thans niet onderzoeken. De beantwoording dezer vraag komt mij overbodig voor, daar zij niet de kwestie praejudiceert, hoe de Nederlandsche wetgever de kracht eener rescissoire actie en speciaal der *actio Pauliana* heeft opgevat. Zelfs afgescheiden van alle positief recht,

1) „Wird das Geschäft aufgehoben, so wirkt diese Aufhebung *ex nunc*, d. h. das Geschäft wird für die Folgezeit aufgehoben, zugleich aber Alles in den vorigen Stand zurückversetzt, soweit diesz noch möglich ist. Für die Vergangenheit nemlich behält das Geschäft seine Wirkungen; Rechte, welche dritte Personen an dem nunmehr zurückzustellenden Gegenstande etwa erworben haben, werden dadurch nicht aufgehoben, sondern bleiben aufrecht bestehen.” Unger t. a. p. blz. 161 volg.

zouden wij m. i. moeten aannemen, dat de rescissie, waarvan bij de *actio Pauliana* sprake is, *ex tunc* moet werken. Door de rescissoire actie toch bij eene oorspronkelijke vernietigbaarheid, en eene zoodanige is de *actio Pauliana*¹⁾, wordt een gebrek geldend gemaakt, dat reeds van den beginne af aan de rechtshandeling kleefde. Wat is nu logischer, dan dat de opheffing werkt van het oogenblik af, waarop dat gebrek aanwezig was, m. a. w. van het tijdstip, waarop de rechtshandeling is tot stand gekomen?

Maar wij hebben, zij het dan ook niet een uitdrukkelijk getuigenis van onzen wetgever omtrent de kracht die hij aan eene actie tot rescissie toekende, dan toch een gegeven in onze wet, waaruit wij kunnen opmaken, welke in het Nederlandsch burgerlijk recht de werking der rescissie is. Art. 1215 B. W. bepaalt, dat „zij,

1) De vraag, van wanneer de actie van rescissie bij eene opvolgende vernietigbaarheid werkt, kan ik dus hier buiten aanmerking laten. Uit algemeene rechtsbeginselen redeneerende, zou er misschien wel wat voor te zeggen zijn, dat in dit geval de rescissie *ex nunc* moest werken, daar juist de reden, waardoor men er toe gebracht wordt, buiten alle positieve recht om, bij de oorspronkelijke vernietigbaarheid, de werking der actie *ex tunc* aan te nemen, het nml. van den beginne af aanwezig zijn van een gebrek in de rechtshandeling, hier ontbreekt. Windscheid, t. a. p. blz. 450, drukt zich dan ook te algemeen uit, als hij omtrent elke actie van rescissie opmerkt, wat ik in den tekst beperkte tot de rescissoire actie bij oorspronkelijke vernietigbaarheid. Voor ons positief recht zal men echter op grond van art. 1215 B. W. ook bij opvolgende vernietigbaarheid de werking der actie *ex tunc* moeten aannemen.

die op een onroerend goed slechts een zoodanig recht hebben, hetwelk door eene voorwaarde is opgeschort, of in zekere gevallen kan worden ontbonden of *te niet gedaan*, *geene hypotheek kunnen toestaan*, dan die aan dezelfde voorwaarden, ontbinding of *te niet doening* onderworpen is."

Heeft iemand een eigendomsrecht, dat aan rescissie onderhevig is, dan *kan*, zegt ons art., *hij slechts eene zoodanige hypotheek verleen*, *die ook aan rescissie blootstaat*, m. a. w., indien zijn eigendomsrecht gerescindeerd wordt, wordt tegelijk hiermede ook de door hem verleende hypotheek opgeheven. Iedere rescissoire actie, dus ook die van art. 1377, heeft deze kracht.

Het beginsel van deze bepaling ligt in de woorden van het artikel zelf uitgedrukt. De eigenaar *kan* geene hypotheek verleen, die niet aan dezelfde vernietiging is onderworpen. Het is eene volstrekte onmogelijkheid, want zijn eigen recht, waarvan hetgeen hij afstaat toch slechts een deel uitmaakt, bestaat slechts voorwaardelijk: indien het niet wordt gerescindeerd: „*nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*." Volgt hieruit niet onwedersprekelijk, dat volgens de meening van den Nederlandschen wetgever de kracht eener rescissoire actie zoover gaat, dat zij de rechtshandeling en hare gevolgen van den beginne af vernietigt, m. a. w. dat zij werkt *ex tunc*, niet eerst *ex nunc*?

En voor de bijzondere *species* van het *genus* der rescissoire acties, voor onze actie van art. 1377 B. W., vinden wij nog uitdrukkelijk deze kracht aangegeven

door de beraadslagingen in de Tweede-kamer der Staten-Generaal over art. 776 K. gevoerd. In dit artikel wordt de *actio Pauliana* gegeven in geval van faillissement, wegens schenkingen door den thans gefailleerde gedaan. „Indien bewezen wordt, dat de schenker op welk tijdstip de gifte ook moge hebben plaats gehad, van den nadeeligen staat zijns boedels heeft kennis gedragen, kan dezelve ten behoeve der schuldeischers worden nietig verklaard, al ware het dat de begiftigde in de goede trouw verkeerde.”

„De 4^{de} afdeeling gaf in bedenking of niet ter voorkoming van geschillen, achter het eerste lid diende gevoegd te worden: voor zooverre het gegeven goed nog onder den beschonkene *in natura* aanwezig en niet in handen van derden ter goeder trouw of *titulo oneroso* overgegaan is.

Luidens hare antwoorden was de regeering van een tegenovergesteld gevoelen, omdat degene die zoodanig goed *titulo oneroso* verkrijgt, den titel van aankomst kent, en alzoo kennis draagt, dat de eigendom van den verkooper bij gifte is verkregen. Hij is derhalve niet onbewust, dat hij gevaar van rescissie loopt, anderszins zoude de begiftigde de wetsbepaling kunnen vrijdelen, door het geschonkene dadelijk te vervreemden”¹⁾.

Eene kritische beschouwing te leveren van dit antwoord der regeering, dat voorzeker niet aan te groote

1) Voorduin, Gesch. en beg. der Nederlandsche wetboeken, Dl. 10, blz. 703.

mate van helderheid of logisch verband lijdt ¹⁾, ligt buiten mijne taak. Ik merk slechts op, dat uit dit antwoord de bedoeling der regeering duidelijk wordt, dat door de rescissie der rechtshandeling ook zou worden opgeheven iedere vervreemding der zaak, in den tusschentijd geschied. De Tweede-kamer vereenigde zich met de meening der regeering, welke dus de meening van den wetgever werd.

Maar toegegeven, dat de rescissie van art. 1377 werkt *ex tunc*, dat de schuldeischers executoriaal beslag kunnen leggen op de vervreemde zaak, die zich in handen van derden bevindt, is dit dan wel zoo onbepaald waar? Moet dit niet beperkt worden tot het geval, dat ook die derde te kwader trouw was, wist, dat de handeling van den schuldenaar met zijnen medecontrahent eene vernietigbare was? Het spoor van zulk eene opvatting meenen wij te vinden in een vonnis der Amsterdamsche Rechtbank, van 7 Juli 1863. En eveneens schijnt een dergelijk denkbeeld aan de 4de afdeeling der Tweede-kamer bij de behandeling van art. 776 K. door 't hoofd gespeeld te hebben ²⁾.

1) Alsof de derde altijd kennis draagt, hoe zijn *auctor* aan de zaak gekomen is! En alsof de geheele wetsbepaling zonder de interpretatie der regeering zou worden krachteloos gemaakt, zoo de begiffigde het geschonkene vervreemde!

2) „Bij het verslag der centrale afdeeling, was de 4de afdeeling van oordeel, dat hier eene uitzondering moest worden gemaakt ten aanzien van roerende goederen, wanneer dezelve te goeder trouw in handen van derden zijn overgegaan, aangezien het bezit daarvan (zie artt. 637 en 667 B. W.) voor *titre* geldt." Voorduin, t. a. p.

Voor de Amsterdamsche Rechtbank werd door den curator in het faillissement vernietiging gevraagd van een verkoop van roerende goederen, *in fraudem creditorum* verricht, en tevens van waardeverklaring van het *revindictoir beslag*, door hem op die goederen gelegd. De derden, aan wie inmiddels door den persoon, onder wien het beslag was gelegd, de goederen waren overgedragen, intervenieerden en eischten opheffing van het arrest. Omtrent dit incidenteel geschil overwoog de Rechtbank:

„dat om het gelegd *revindictoir beslag* van waarde te doen zijn, moet blijken, dat de eischer eigenaar der goederen is, immers daarop een zakelijk recht heeft; dat zulks hem wordt betwist door de beide intervenienten, op grond, dat de intervenient W. die voor f 2200 heeft gekocht van de derde, vierde en vijfde gedaagden;

dat hij, die voor f 2250 weder heeft verkocht aan de intervenienten K. en C° en dat deze dus als eigenaars gerechtigd waren, die in openbare veiling te doen verkoopen door den eersten gedaagde;

blz. 703. Wat de 4de afdeeling bedoelde, is niet recht duidelijk. Gold de regel „*en fait de meubles possession vaut titre*,” dan alleen voor zoover de bezitter te goeder trouw was? Wat meende de 4de afdeeling met dezen regel aan te voeren? Dacht zij, dat de derde bezitter der vervreemde roerende zaak daarvan eigenaar is? Of meende zij, dat op grond van dien regel de revindicatie dier zaak bij hem is uitgesloten? Maar, hoe men den regel moge opvatten, stond hij in eenig opzicht aan 't instellen der actie van art. 776 in den weg?

Terecht is dan ook op deze duistere opmerking der 4de afdeeling door kamer noch regeering acht geslagen.

dat de eischer wel ter loops en in het voorbijgaan twijfel heeft geopperd omtrent de goede trouw der intervenienten, maar hunne kwade trouw geenszins heeft bewezen, noch daaromtrent bewijs heeft aangeboden;

dat dus, vermits het tegendeel niet blijkt, moet aangenomen worden, dat de intervenienten zijn bezitters te goeder trouw krachtens eene wettige oorzaak en, vermits het hier roerende goederen geldt, dus eigenaars;

dat tegen de zoodanigen geen *revindictoir beslag* en eisch tot teruggave kan geschieden;

dat wel is waar de eischer beweert, dat door het effect der ingestelde actie tot vernietiging der handeling, de eigendom, zoowel als het burgerlijk bezit, bij den tweeden gedaagde en derhalve bij den oorspronkelijken eischer als curator in diens faillissement moet zijn verbleven; doch dat die fictie als alleen berustende op de kwade trouw der handelende personen, niet gelden kan ten aanzien van derden ter goeder trouw, wier bezit als titel geldt; ..."

Er heerscht in dit proces eene niet geringe begripsverwarring. Hoe kon het hier ooit den curator invallen een *revindictoir* beslag te leggen? Dat recht komt toch slechts den eigenaar der goederen, i. c. den schuldenaar na de vernietiging der rechtshandeling toe, en deze juist mag zich op de nietigheid zijner handeling niet beroepen. De schuldeischers slechts kunnen *opkomen* tegen de frauduleuse handeling van hunnen schuldenaar. Slechts met betrekking tot hen draagt de handeling zulk een onzedelijk karakter, dat de wet de rechtelijke werking ervan niet mag in stand hou-

den; slechts ten hunnen behoefte heeft de vernietiging plaats ¹⁾. De vervreemde zaak wordt beschouwd niet uit het vermogen van den schuldenaar te zijn gegaan, opdat zij in dat vermogen den waarborg hunner rechten zouden vinden, evengoed alsof er niets was gebeurd. Slechts in zooverre kan men zeggen dat de schuldenaar wordt beschouwd eigenaar te zijn gebleven; hij zelf zal zich op dat eigendomsrecht tegenover derden niet kunnen beroepen, en van revindicatoir beslag zal dus bij hem in geen geval sprake kunnen zijn. Van waar zal dan de curator het recht ontleenen dit te leggen? Hij zal toch wel niet gemeend hebben, dat hij in dit revindicatoir beslag een recht geldend maakte, dat den schuldeischers toekwam.

In plaats van nu, zooals had behoord, dit revindicatoir arrest op te heffen, op grond, dat een zoodanig na vernietiging eener handeling *in fraudem creditorum* verricht niet kan te pas komen, daar het recht om dit beslag te leggen toch slechts den eigenaar, i. e. den schuldenaar, toekomt en deze zich niet op zijn bij hem verbleven eigendomsrecht mag beroepen, hief de Rechtbank het beslag op op dezen vreemden grond: *dat de intervenienten zijn bezitters te goeder trouw krachtens een wettigen titel en, vermits het hier roerende goederen geldt, dus eigenaars*. En in plaats van te zeggen, dat de beslaglegger dus geen eigenaar is en dus ook geen revindicatoir arrest kan leggen; zeide zij zeer naief, dat *tegen den eigenaar geen revindicatoir beslag kan*

1) Zie vooral ook art. 776 K.

geschieden ¹⁾ Waren de intervenienten te kwader trouw, dan, voegde zij er bij, zou hare uitspraak anders luiden. Dan toch waren zij geene eigenaars en was het beslag allezins wettig. Volgens het oordeel dus der Amsterdamsche Rechtbank was de kracht van het voorschrift van art. 2014 B. W. deze: degene, die te goeder trouw, krachtens wettigen titel, eene roerende zaak bezit, is daarvan eigenaar!

M. i. spreekt uit het geheele geding eene verwarring van het *revindicatoir* met het *executoriaal* beslag, en is hieruit alleen het zonderlinge vonnis der Rechtbank eenigszins te verklaren. Tot het leggen van een *executoriaal* beslag waren de schuldeischers bevoegd, op grond van de vernietiging der rechtshandeling, ten gevolge waarvan het er ten hunnen opzichte voor wordt gehouden, dat het vervreemde goed niet uit den boedel van den schuldenaar is gegaan. Dit beslag nu moest, als een belang van den boedel betreffende, door den curator worden gelegd. De Rechtbank meende hier (waarschijnlijk naar aanleiding van 't Romeinsche recht, waar de *actio Pauliana* tegen den derden bezitter slechts kon gericht worden, voor zoover hij *mala fide* was of *titulo lucrativo* had verkregen) te moeten onderscheiden, of de bezitter der vervreemde zaak al dan niet te goeder trouw was. In 't laatste geval moest, scheen zij te meenen, het executoriaal beslag niet toegelaten zijn.

1) In plaats van dus de onwettigheid van 't beslag te zoeken in een beletsel aan de zijde van den beslaglegger, zocht zij 't aan de zijde van den beslagene.

Zulk eene onderscheiding nu mist allen grond.

Door de rescissie toch wordt de rechtshandeling van den beginne af opgeheven, het vervreemde recht wordt beschouwd in het vermogen des schuldenaars te zijn gebleven, de medecontrahent wordt beschouwd dat recht nooit te hebben gehad en dus nooit geldig te hebben kunnen overdragen. De vervreemde zaak, waar zij zich ook bevindt, wordt er voor gehouden in 't vermogen des schuldenaars te zijn gebleven en de crediteuren kunnen daarop hunne rechten verhalen, m. a. w. daarop *executoriaal* beslag leggen. Dit gevolg der rescissie is niet afhankelijk van den persoon, bij wien de zaak zich toevallig bevindt. Om zoo iets aan te nemen, dat tegen het karakter eener actie van rescissie strijdt, zou de wet daartoe aanleiding moeten geven. Dit doet zij niet.

De vraag, tegen wien onze *actio Pauliana* moet worden ingesteld, is na het gezegde niet moeielijk meer te beantwoorden. Zij moet m. i. worden gericht zoowel tegen den medecontrahent, als tegen den schuldenaar zelve. Zij beiden zijn het, die door hunne handeling met elkander de actie hebben doen geboren worden. Zij zijn het, tegen welke beiden het vonnis zijne kracht doet gelden. „De boedel van den schuldenaar aan de eene, en degene, met wien deze gehandeld heeft, aan de andere zijde, moeten worden gesteld in zoodanigen staat, alsof de handeling, welke gerescindéerd wordt, nimmer had plaats gehad” ¹⁾. Uit kracht van het vonnis wordt de medecontrahent verplicht het ont-

1) Art. 3547. O. van 1820.

vangene terug te geven, uit kracht van hetzelfde vonnis wordt de schuldenaar gedwongen van zijnen kant de tegenpraestatie weder uit te keeren.

De jurisprudentie is omtrent deze vraag niet gevestigd. In een vonnis der Rechtbank te Utrecht van 14 April 1847 (W. n°. 858) vinden wij ons gevoelen aangenomen, eveneens in een vonnis der Rechtbank te Almelo van 25 Januari 1871 (M. v. H. Dl. 13, blz. 44). De Rechtbank te Maastricht, 3 Januari 1861 (W. n°. 2259) en die te Rotterdam, 27 October 1875 (W. n°. 3915) namen daarentegen aan, dat de schuldenaar buiten het geding kan worden gelaten ¹⁾.

1) Dit laatste stelsel vinden wij ook verdedigd door Mr. van Manen in een opstel: „De actio Pauliana in het faillietrecht” (N. Bijdr. Dl. 18, blz. 329 volgg.). Wij zijn door het betoog van dezen rechtsgeleerde niet overtuigd en allerm minst kunnen wij het voor een ernstig argument houden, wanneer hij voor zijne meening aanvoert, dat de gefailleerde dikwijls voortvluchtig zal zijn en het dan op hetzelfde neerkomt, of hij al dan niet gedagvaard is.

HOOFDSTUK II.

Wie zijn bevoegd tot het instellen der actie?

In art. 1377 B. W. wordt de bevoegdheid tot het instellen der vernietigingsactie geheel algemeen toegekend aan: „de schuldeischers” ¹⁾.

1) Voor het Romeinsche recht is het eene twistvraag, of de *actio Pauliana* alleen toekomt aan de schuldeischers, die de *missio in bona* hebben verkregen, of ook reeds voor dat deze verleend is kan worden ingesteld. Wanneer Reinhart, t. a. p. blz. 63 voor de laatste meening zich beroept op de praktijk van het gemeene recht, waarin meestal niet wordt gevorderd, dat de *concursum* zij geopend, kan hiertegen aangevoerd worden, dat het hier een geheel ander geval is. Ofschoon ik het er voor houd, dat in het Romeinsche recht noodwendig tot instelling der *Pauliana actio* de *missio in bona* wordt vereischt, ben ik van oordeel, dat in het gemeene recht niet noodwendig als requisiet is gesteld dat de *concursum* begonnen zij. Niet omdat ik met oudere rechtsgeleerden, o. a. Dabelow (*Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger*, blz. 318 volgg.) en Weishaar (*Der Concursum und Präcursum*, blz. 7 volgg., 21 volgg.) het gerechtvaardigd acht, aan 't begrip van *concursum formalis* 't be-

Onafhankelijk daarvan, of er een *concursum creditorum* plaats heeft, wat wel is waar gewoonlijk het geval zal zijn ¹⁾, verleent ons artikel de actie aan elk der

grip van *concursum materialis* gelijk te stellen. De laatste uitdrukking voor *status insolventiae* is aan de Romeinsche rechtsbronnen geheel vreemd en de gelijkstelling van twee geheel verschillende zaken op grond, dat men goedvindt willekeurig aan de eene een naam te geven, die aan de andere doet denken, dunkt mij vrij ongerijmd. De reden voor mijne meening is deze. In de *missio in bona* van het Romeinsche recht lag zoowel het Concurs- als het Executions-Verfahren opgesloten. Dat de *missio in bona* vereischt werd tot het instellen der *actio Pauliana*, beteekent dus, dat het proces van den *concursum* of van de executie moest begonnen zijn. De *missio in bona* is in het gemeene recht weggefallen en Concurs- en Executions-Verfahren zijn van elkander gescheiden. Men is het tot instellen der *Pauliana actio* voldoende blijven achten, dat het Concurs-Verfahren door eene rechterlijke uitspraak begonnen is. Wat reden bestaat er nu om te zeggen: dat het Executions-Verfahren begonnen is, is niet genoeg? Het tegendeel juist is volkomen in innerlijke harmonie met het Romeinsche recht. „Es hiesze demnach das Gebiet der *actio Pauliana* in ganz ungehörlicher und dem wohlverstandenen römischen Rechte nicht entsprechender Weise beschränken, wenn man heutzutage, wo sich jene beiden Funktionen in formell verschiedene Arten des Verfahrens gespaltet haben, nur noch die eine und nicht mehr die andere als genügende Voraussetzung der *actio Pauliana* anerkennen wollte.“ (Fitting, Ist die *Pauliana actio* durch Concurseröffnung bedingt? Archiv. f. d. civ. Praxis, Dl. 49 blz. 318). Zie ook nog Meischeider: Die preussische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts, Berlijn 1864, blz. 4 volg.

1) Een voorbeeld van zulk een zeldzaam voorkomend geval eener *actio Pauliana* buiten staat van kennelijk onvermogen of faillissement vinden wij in W. n° 3987. Zoowel de eischer als de Rechtbank begaan in dit proces telkens de fout, van een *zoogenaamden* koop en

schuldeischers ¹⁾. Toch wordt het duidelijk, wanneer men den grond der actie in het oog houdt, dat men

verkoop te spreken. Een van beiden. De handeling van den schuldenaar was of een *werkelijke* koop en verkoop en dan kon er van de *actio Pauliana* sprake zijn. Of de handeling bestond slechts *in schijn*. Maar dan was ook de *actio Pauliana* niet ontvankelijk.

1) Anders was het in het oudere Pruisische recht. De aan de *actio Pauliana* analoge Anfechtungsklage was door de Allgem. Ger. Ordn. van 1793 slechts gegeven aan de schuldeischers, die in den formellen Concurs opkwamen. Alleen voor het contract van lijfrente bevatte het Allgem. Landrecht van 1794 eene uitzondering in §§ 640, volgg. Het gevolg hiervan was, dat van de Anfechtungsklage zeer weinig gebruik werd gemaakt, daar de formelle Concurs van de A. G. O. met zijne lange tusschenpoozen, zijne lastige formaliteiten, de groote kosten er aan verbonden, voor de schuldeischers een grooter schrikbeeld was dan voor den schuldenaar. Hieraan maakte de wet van 26 April 1835 een einde. Zij gaf de actie aan den schuldeischer ook buiten den formellen Concurs, bij ontoereikendheid van 't vermogen des schuldenaars, zoo hij slechts eene opeischbare vordering had. Ook moest reeds met de executie een aanvang zijn gemaakt. De Pruisische Conc. Ordn. van 8 Mei 1855, de A. G. O. vervangende, regelde de Anfechtungsklage in den formellen Concurs. Zij werd buiten werking gesteld door de invoering eener Conc. Ordn. voor het geheele Duitsche rijk op 1 October 1879. De Anfechtung wordt daar behandeld in §§ 22—34. Het Anfechtungsrecht buiten den *concurfus* wordt thans in Pruisen geregeerd door de wet van 9 Mei 1855. Deze vordert niet meer, dat de schuldeischer reeds met de executie begonnen zij. In het recht van het koninkrijk Saksen (Wetboek van 1 Maart 1865) kan de Anfechtungsklage ook buiten den *concurfus* voorkomen. § 1509 bepaalt: „Wenn ein Schuldner in der Absicht seine Gläubiger zu benachtheiligen, sein Vermögen durch Veräußerung so mindert, dass sie von ihm gar nicht oder nicht ganz befriedigt werden können, so sind sie zur Anfechtung dieser Veräußerung berechtigt,

deze algemeene uitdrukking moet beperken tot die schuldeischers, die zulks reeds waren ten tijde der bedriegelijke handeling. De schuldeischers ontleenen hun recht geheel aan eene tegen de goede trouw strijdende daad des schuldenaars, waardoor hij hun den waarborg voor hunne rechten ontnemt. Verricht hij eene rechtshandeling, dan kan, daar zijne goederen toch slechts strekken tot waarborg van schuldeischers, die hij op dat oogenblik had, er van eene *verkorting* van den waarborg van hen, die eerst later zijne schuldeischers zouden worden, wel geen sprake zijn. Zij hadden toe te zien, hoe het stond met het vermogen van den persoon, dien zij aan zich wenschten te verbinden. Deden zij dat niet, dan waren zij zeer onvoorzichtig, maar er kan in de rechtshandeling van den schuldenaar tegenover hen nooit iets frauduleus gelegen zijn.

In het Romeinsche recht, waar hetzelfde beginsel gold ¹⁾, was op den regel ééne uitzondering toegelaten. Had de schuldenaar na het *gestum fraudulosum* op nieuw geld opgenomen en met dit geld de tot de *actio Pauliana* gerechtigde schuldeischers bevredigd, dan

soweit es zu ihrer Befriedigung nöthig ist." Het is hier niet noodig, dat de insolventie uit een executieproces zij gebleken.

In Frankrijk, waar men, evenzeer als in Italie, den *concursum formalis* slechts kent bij kooplieden (faillite), is natuurlijk het meest gewone geval, dat de action Paulienne wordt ingesteld buiten den *concursum*, door elk der schuldeischers voor zich.

1) l. 10 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8: „Si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit fraudator, bona ipsius vendiderunt."

konden de geldschieters de actie instellen ¹⁾. Deze uitzondering, die aan eene subrogatie uit kracht der wet doet denken ²⁾, kan, als zijnde niet in ons recht opgenomen, bij ons niet gelden, maar ook de billijkheid ervan mag worden betwist. De geldschieder moest, toen hij geld leende, zelf toezien of het vermogen van den persoon, aan wien hij leende, toereikend was om daarop zijne vordering te verhalen. Deed hij dat niet, zoo heeft hij het zichzelf te wijten. Door hetgeen de schuldenaar vóór de geldschieting heeft verricht, kan in het minst de waarborg van den geldschieder niet verkort zijn. Het eenige mogelijke is, dat de bevrediging der oude schuldeischers eene handeling was, gedaan ter bedriegelijke verkorting van de rechten der nieuwe, en dan ook als zoodanig door deze kan vernietigd worden ³⁾.

1) l. 10 § 1 D. h. t.

2) Dat de Romeinen haar niet als zoodanig kunnen hebben opgevat, volgt genoegzaam daaruit, dat de subrogatie, zoowel de conventioneele, als die uit kracht der wet aan hen onbekend was.

3) De regel, dat slechts die schuldeischers bevoegd zijn de *actio Pauliana* in te stellen, wier vorderingen ouder zijn dan de bedriegelijke handeling, zal, als zijnde een zuiver uitvloeisel van de beginselen, waarop de actie rust, ook voor het Fransche recht moeten aangenomen worden. Zie Aubry en Rau, Cours de droit civil français, Dl. 3, blz. 96. Toullier, Le droit civil français, Deel 6, § 351, laat de uitzondering van het Romeinsche recht op dezen regel ook voor het Fransche toe.

In het recht der Pruisische A. G. O. was het vernietigingsrecht allen schuldeischers gegeven, onverschillig of hunne vorderingen vóór of ná de bedriegelijke handeling ontstaan waren. Slechts dan, wanneer het om de vernietiging eener schenking te doen was, die de schuldenaar voor langeren tyd dan een jaar, van de opening van

Over de vernietigingsactie ten aanzien van handelingen, verricht door eenen schuldenaar, in wiens vermogen de *concursum creditorum* plaats heeft, m. a. w. die in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is verklaard, wordt gehandeld in de artt. 776, 777 K. j° 891 Rv. Art. 776 geeft de rechtsvordering wegens schenkingen door den schuldenaar gedaan, al ware het dat de begiftigde in goede trouw verkeerde; art. 777 wegens alle handelingen van den schuldenaar, hoe ook genaamd, indien het oogmerk van bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers aan beide zijden aanwezig is geweest. Geheel dezelfde actie, die in art. 1377 B. W. aan de schuldeischers buiten den *concursum* wordt gegeven. Wie zijn nu bevoegd in de gevallen der artt. 776 en 777 K. de actie in te stellen? Art. 776 zegt slechts, dat de gift *ten behoeve* der schuldeischers kan worden nietigverklaard, art. 777, dat de vernietiging kan plaats hebben op *vordering der schuldeischers*.

Over deze vraag bestaat verschil van gevoelen ¹⁾. Drie

den *concursum* teruggerekend, had verricht, kwam het vernietigingsrecht hun alleen toe, wier schuldvorderingen ouder waren dan de schenking. Ook bij een lijfrentecontract behoeften de vorderingen der schuldeischers, om het instellen der actie te wettigen, niet ouder te zijn dan het sluiten van het contract (A. L. R. Dl. 1, t. 41, §§ 1131, 640—642).

In het latere Pruisische recht (wetten van 26 April 1835 en 9 Mei 1855) is men weder tot het juiste beginsel teruggekeerd. Over de vraag of dit ook in de Conc. Ordn. van 8 Mei 1855 is geschied, vergelijk Meischeider t. a. p. blz. 91 volg.

1) De kwestie loopt voornamelijk over art. 777. Voor zoover ik

verschillende stelsels hebben hunne verdedigers gevonden. 1° slechts de schuldeischers zelf zijn bevoegd de *actio Pauliana* in den *concurfus* in te stellen¹⁾; 2° ook den curator komt deze bevoegdheid toe²⁾; 3° alleen de curator heeft dit recht³⁾. Het laatste stelsel komt mij voor het juiste te zijn.

Het faillissement, resp. de staat van kennelijk onvermogen, is eene instelling, in het leven geroepen zoowel ten behoeve van alle schuldeischers als van den schuldenaar. Het doel ervan is de belangen zoowel van den laatste als van de eersten in het oog te houden. Liet men de zorg voor den boedel aan den failliet over, dan liepen de belangen der schuldeischers gevaar niet behartigd te worden. Liet men die zorg over aan de schuldeischers, dan zou, omdat ieder in de eerste plaats voor zijn belang zou wenschen te waken, een eindeloos gewist hiervan 'tgevolg zijn, waarvan en schuldeischers en schuldenaar de nadeelige gevolgen zouden ondervinden. Al deze verschillende belangen moeten met elkander in overeenstemming worden gebracht, en daartoe is eenheid

weet, wordt algemeen aangenomen, dat de bevoegdheid der curators in art. 776 ten minste niet uitgesloten is. De woorden: „op vordering der schuldeischers” in art. 777 zijn 't, waaraan men zich vooral stoot.

1) De Pinto, Handleiding tot het Wetboek van Koophandel, § 567 n° 2; H. R., 11 December 1846 (v. d. Honert, B. R. Dl. 8, blz. 257 volg.); Mr. W. Boonacker, in R. B. Dl. 9, blz. 68.

2) Alkmaar, 21 Mei 1840 (R. B. Dl. 7, blz. 323). Kist, Beginselen van Handelsregt, Dl. 6, blz. 96.

3) Asser c. s., Aanteekening op art. 777 K.; H. R., 25 Februari 1853 (W. n° 1415); Amsterdam, 7 Juli 1863 (Mag. v. H., Dl. 5. blz. 180).

van beheer door een zelfstandig tusschenpersoon noodig. Dit is de curator. Daarom is het onjuist diens werkring in eens te willen omschrijven door te zeggen, dat hij is vertegenwoordiger van den gefailleerde of vertegenwoordiger van de schuldeischers. Hij vertegenwoordigt slechts de belangen van den boedel, van de *universitas bonorum*, en als zoodanig zal hij nu eens den debiteur, dan weer de crediteuren repraesenteren ¹⁾. Oordeelen de laatsten, dat de curator niet genoeg voor hunne rechten waakt, zij zijn niet bevoegd zelf daarvoor te zorgen, maar kunnen van de rechtbank de benoeming van eenen anderen curator verzoeken, die beter zijne plichten begrijpt. Dit zijn de beginselen, waarop ons faillitenrecht steunt en die in art. 813 K. worden gehuldigd ²⁾. Dat nu de *actio Pauliana* zulk eene is, waarvan in dit artikel gehandeld wordt, is niet twijfelachtig. Door haar toch wordt het vervreemde vermogensdeel in den boedel teruggebracht en daardoor de actief-massa vergroot.

1) Hiermede vervalt dan ook geheel het bezwaar, door de Pinto gemaakt, „dat de curator moeielijk kan optreden met eene actie, die wordt gegeven niet *aan* maar *tegen* den gefailleerde, dien hij vertegenwoordigt, en waardoor men dus *revera* den gefailleerde zou laten procederen *tegen zich zelven*.“ Dat de gefailleerde zijne *persona standi in judicio* niet door het faillissement verloren heeft, is m. i. onbetwistbaar. Zie omtrent dit laatste Kist, t. a. p. blz. 43 en de dissertatie van Mr. J. C. M. van Riemsdijk: De beperkte rechtsbevoegdheid van den gefailleerde, aldaar geciteerd.

2) Art. 813 K. eerste lid: „In geval er gronden zijn om eene rechtsvordering aan te vangen of eene aanhangige voort te zetten, waarbij de belangen van den boedel betrokken zijn, geschiedt die aanleg of voortzetting door of tegen de curators.”

Beroept men zich nu hiertegen op de woorden: „op vordering der schuldeischers,” in art. 777 K., dan valt daartegen aan te merken, dat in dit artikel volstrekt niet over de uitoefening van het vernietigingsrecht gesproken wordt. De artt. 774—777 zijn, zooals het opschrift der afdeeling ¹⁾ doet zien, daarin slechts opgenomen om aan te toonen, welke gevolgen de faillietverklaring op de voorafgegane handelingen des schuldenaars heeft. Bij sommige rechtshandelingen van eenen schuldenaar, zeggen de artt. 774, 775, geeft reeds de opvolgende staat van faillissement zulk een *zwaar vermoeden* van kwade trouw, dat de wet daarom alleen ze niet mag in stand houden. Artt. 776, 777 laten hierop volgen, dat dit laatste bij andere handelingen, die niet onder de categorieën der beide vorige artikels vallen, slechts dan het geval zal zijn, wanneer *animus fraudandi* en *conscientia fraudis* bewezen zijn. De artikels zijn niet daar, om aan te duiden, *door wien* in het faillissement de *actio Pauliana* zal kunnen worden ingesteld. Wel verre dan ook, dat men uit de woorden „op vordering der schuldeischers” eenige conclusie dienaangaande trekken mag, drukken deze woorden niets anders uit dan den grond der actie, namelijk een recht der schuldeischers. Na al het gezegde nog te wijzen op het zeer vreemde stelsel om de actie van art. 776 wèl, die van art. 777 daarentegen niet aan den curator toe te kennen en op de noodzakelijkheid om, als men zich streng aan de letter van art. 777 wil houden,

1) „Van de faillietverklaring en derzelver gevolgen in 't algemeen.”

de actie, daar bedoeld, door *alle schuldeischers te zamen* te doen instellen, acht ik overbodig.

De vraag, door mij in het opschrift van dit hoofdstuk gesteld, wordt dus beantwoord als volgt:

Buiten den *concursum* wordt onze *actio Pauliana* ingesteld door ieder schuldeischer voor zich, wiens schuldvordering ouder is dan de bedriegelijke handeling.

In den *concursum* (faillissement, staat van kennelijk onvermogen) kan slechts de curator dit recht der schuldeischers geldend maken ¹⁾.

1) De vraag der actief-legitimatie heeft niet alleen voor ons recht de geleerden verdeeld gehouden. In het Romeinsche recht was de *actio Pauliana* in de eerste plaats aan den *curator bonorum* gegeven. Ook de Concurs-Curator van het Duitsche gemeene recht was tot de actie bevoegd. In het oudere Pruisische recht (A. G. O.) was men het oneens, of de curator reeds door zijn ambt bevoegd was de vernietigingsactie in te stellen. Het Ober-Tribunal hield hem daartoe dan bevoegd, wanneer de *gezamenlijke* schuldeischers het vernietigingsrecht hadden en meende, dat, wanneer dit slechts aan *enkele* schuldeischers toekwam, de curator om het geding te voeren volmacht noodig had. Dit gevoelen wordt ook door Koch (Recht der Forderungen, Dl. 1., blz. 769) verdedigd, die, wanneer de gezamenlijke schuldeischers het vernietigingsrecht hadden, de actie dan ook *slechts* door den curator wenscht ingesteld te zien. Verg. tegen de meening van het Ober-Tribunal en van Koch, Korb. Juristische Wochenschrift, jg. 1839, blz. 632—697 en Meischeider, t. a. p. blz. 96.

In het nieuwere Pruisische recht (Conc. Ordn. van 8 Mei 1855) wordt vooreerst de massa der schuldeischers tot de actie bevoegd verklaard. Zij oefent dit recht uit door den curator. Wil de massa van haar recht geen gebruik maken, dan staat het iederen schuldeischer vrij de actie op zijne kosten in te stellen. Wat hij hierdoor verkrijgt vloeit in den boedel. Doch eerst moeten daaruit, op des

schuldeischers verlangen, hem alle kosten vergoed worden, die hij heeft gemaakt (Conc. Ordn. § 112). In den materiellen Concurs stelt natuurlijk ieder schuldeischer voor zich de actie in. Zie § 1 der wet van 9 Mei 1855.

Het stelsel der Pruisische Conc. Ordn. is dat, hetwelk Mr. Mom Visch, in N. Bijdr. Dl. 11, voor ons recht wenscht gehuldigd te zien. Ik meen van dit gevoelen te moeten verschillen. Door de bepaling van art. 788 K. acht ik genoegzaam voor de belangen der schuldeischers gezorgd. Evenmin kan ik voor het *jus constitutum* de onderscheiding overnemen, op blz. 519 gemaakt. In eene opvatting van het doel van het faillissement en van den werkkring des curators, zooals die door Mr. Mom Visch zelf op blz. 504 volgg. zoo uitnemend helder wordt uiteengezet, is er m. i. voor zulk eene onderscheiding geene plaats.

De praktijk schijnt ook niet het nut der Pruisische regeling te hebben aangetoond.

Immers in de Conc. Ordn. voor het Duitsche rijk heeft men dit systeem laten varen en is gekomen tot het stelsel, dat m. i. voor ons recht is aan te nemen; § 29 bepaalt daar zonder uitzondering: „Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.”

Ook voor het Fransche recht ben ik van oordeel, dat de bevoegdheid in art. 447 C. d. C. (van 1838) gegeven, slechts door de „syndics” kan worden geldend gemaakt, ofschoon in den C. d. C. eene bepaling als ons art. 813 K. ontbreekt. „L'action du droit commercial n'appartient qu' à la masse représentée par les syndics” (Naquet, t. a. p., blz. 220).

HOOFDSTUK III.

Voorwaarden der actie.

§ 1.

Handelingen.

Opdat de actie van art. 1377 B. W. kunne worden ingesteld, moet er zijn eene rechtshandeling van den schuldeenaar, die vernietigd kan worden. Waarin die handeling bestaat, is onverschillig ¹⁾, zoodra maar de overige ver-

1) Even algemeen spreekt het Romeinsche recht. Het edict van den praetor bepaalde (l. 1 pr. D. quae in fraud. cred. 42. 8): „*quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum, vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo,...*” Ulpianus teekent daarop aan (l. 1 § 2 D. h. t.): „*quae fraudationis causa gesta erunt; haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, nam late ista verba patent.*”

eischen (*animus fraudandi, conscientia fraudis, eventus fraudis*) aanwezig zijn, kan de actie ingesteld worden.

Het oudere Pruisische recht ging anders te werk. „De redacteurs der A. G. O. hebben,” zegt Meischer, „gedachtig aan de spreuk:

Wer will was Lebendiges erkennen und beschreiben,
Sucht erst den Geist herauszutreiben;
Dann hat er die Theile in seiner Hand, ...

het algemeen begrip *gesta* stuk geslagen en de brokstukken een voor een opgeteld. Eenige fragmenten hebben zij daarbij verloren en daarop dus niet kunnen letten.”

In de wet van 26 April 1835 waren schenkingen en contracten onder bezwarenden titel vernietigbaar verklaard.

Het nieuwere Pruisische recht (Conc. Ordn. van 8 Mei 1855, wet van 9 Mei 1855) is men, ofschoon dit op het eerste gezicht niet zoodadelijk blijkt, weder tot eenen algemeenen regel gekomen, waaraan *iedere* handeling des schuldenaars moet getoetst worden. § 103¹ Conc. Ordn. verklaart vernietigbaar: „Alle Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevorthellen.” (Verg. de aantekening van Koch op deze §, die terecht wijst op het ongepaste om hier over schijnhandelingen te spreken, die niets met de *actio Pauliana* te maken hebben). Met deze bepaling komt overeen § 7¹ der wet van 9 Mei 1855. Naast dit algemeene voorschrift zijn in verschillende § § nog vele *species* van het *genus* rechtshandeling vernietigbaar verklaard.

In de Conc. Ordn. voor het Duitsche rijk is het beginsel, waarnaar eene handeling van den schuldenaar beoordeeld moet worden, uitgesproken in § 24¹. „Anfechtbar sind: Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat.” De daarenevensstaande bepalingen der § § 24², 23, 25 zijn, even als de voorschriften in het Pruisische recht omtrent bepaalde soorten van

Maar het moeten inderdaad handelingen zijn; nalatigheden hieronder te brengen, door het begrip handeling in twee deelen te splitsen, t. w. en positieve en negatieve handelingen, waarbij dan de laatste uitdrukking de juridische zou zijn voor een nalaten, is zoo onjuridisch mogelijk. Eene handeling is altijd positief. De *ratio aequitatis* moge voor eene gelijkstelling van een niet-doen met handelingen pleiten, de duidelijke woorden van art. 1377 B. W. verbieden haar ¹⁾). Voor het tegen-

„Rechtsgeschäfte,” slechts daár, om het zoo lastige bewijs der kwade trouw in sommige gevallen te verlichten.

Art. 1167 C. C. spreekt even algemeen als art. 1377 B. W. „Ils” (les créanciers) „peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.”

Anders het Italiaansche burgerlijk wetboek. Het noemt de soorten van handelingen op, waartegen, buiten geval van faillissement, de schuldeischers zich kunnen verzetten. Zij zijn slechts drie in getal: 1° de verdeeling eener gemeenschap, waarin hun schuldenaar betrokken was (art. 680 C. C.); 2° de verwerping eener erfenis door den schuldenaar (art. 949 C. C.); 3° de scheiding van goederen, die tusschen den schuldenaar en zijne echtgenoot heeft plaats gehad (art. 1422 C. C.).

Een algemeen beginsel, waarnaar de vernietigbaarheid eener handeling van den schuldenaar moet beoordeeld worden, vinden wij in het Italiaansche recht slechts voor het geval, dat het handelingen betreft, door den thans gefailleerde gedaan. Art. 556 van het Handelswetboek van 1 Januari 1866 bepaalt: „Ogni altro pagamento fatto dal debitore per debiti scaduti ed ogni altro atto a titolo oneroso da esso fatto dopo la cessazione dei pagamenti, e prima della sentenza dichiarativa del fallimento, possono essere annullati se coloro che hanno ricevuto dal debitore, o che hanno contrattato col medesimo, conoscevano la cessazione dei pagamenti.”

1) Heeft dus b. v. de schuldenaar eene actie laten verjaren, dan

deel mag men zich niet beroepen op het verzet door derden (art. 376 Rv.). Dit is toegelaten, ook waar geen sprake is van kwade trouw bij de gedingvoerende partijen en heeft dus met de *actio Pauliana* niets gemeen.

De handeling moet echter eene zoodanige zijn, waardoor de waarborg der schuldeischers wordt verkort. Die verkorting moet een direct gevolg zijn van de daad des schuldenaars. Was niettegenstaande deze zijn vermogen nog voldoende om de schuldeischers te bevredigen, en is eerst later door eene onvoorziene omstandigheid het ontoereikende ervan teweeggebracht, dan kunnen de schuldeischers zich niet tegen die handeling verzetten.

kan onze *actio Pauliana* niet te pas komen. In het Romeinsche recht was door de interpretatie der juristen het begrip van het woord *gesta* ook tot een *nalaten* uitgebreid. „*Gesta fraudationis causa*,“ zegt Ulpianus in l. 2 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8, „accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam, si forte data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiat, vel a debitore non petit ut a tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittit.“ En Paulus zegt in l. 4 D. h. t. „in fraudem facere videri etiam eum, qui non facit, quod debet facere, intelligendum est.“

In het Pruisische recht, zoowel het oudere als het nieuwere, zijn de nalatigheden in een proces de eenige, die tot de vernietigingsactie aanleiding geven. Zie A. G. O., Anh. § 321; Conc. Ordn., § § 103², 373², 393²; wet van 9 Mei 1855, § 7². In de Conc. Ordn. voor het Duitsche rijk zijn verzuimen aan het gebied der actie onttrokken.

Ook voor het Fransche recht, waar in art. 1167 C. C. het woord „*actes*“ wordt gebruikt, dat, even als ons woord „handelingen“, alleen eene positieve daad uitdrukt, zal men moeten aannemen, dat verzuimen niet tot de actie van art. 1167 C. C. aanleiding geven.

Zij het ook al waar, dat het ongelukkige toeval hun geen of ten minste niet zooveel nadeel had kunnen toebrengen, wanneer daaraan niet de handeling des schuldenaars ware voorafgegaan, zoo kan men toch niet zeggen, dat hunne benadeeling een gevolg is dier handeling. Er moet een causaalverband tusschen beide bestaan.

Uit het beginsel, dat er moet zijn eene *verkorting van de rechten der schuldeischers*, vloeit onmiddellijk voort dat de schuldeischers nooit kunnen opkomen tegen eene handeling van hun schuldenaar, waardoor hij veroorzaakt, dat zijn vermogen niet vergroot wordt. Aan den schuldenaar, die weigert zijn vermogen te vermeerderen, kan geen bedrog geweten worden, en van eene *verkorting der rechten der schuldeischers* kan wel allerm minst sprake zijn. Op al wat tijdens het ontstaan der schuldvordering zich in 't vermogen des schuldenaars bevond, of na dat tijdstip daarin kwam, mochten de schuldeischers verwachten, bij niet nakoming zijner verplichtingen door den schuldenaar, hunne rechten te zullen kunnen verhalen. De schuldenaar en de derde, die hun die verwachting ontnemen, handelen zoo onbillijk mogelijk. Maar op hetgeen nimmer in het vermogen des schuldenaars komt, hebben de schuldeischers ook zelfs geen toekomstig recht. Zij mogen niet verwachten, dat hun schuldenaar zijn vermogen zal vermeerderen. Doen zij dit toch, verbinden zij hem aan zich, in de hoop, dat hij een schatrijk man zal worden, dan hebben zij het aan hunne eigene onvoorzichtigheid te wijten, zoo zij in deze verwachting bedrogen worden.

Zoo vatten reeds de Romeinsche juristen het op. Ulpianus zegt in l. 6 pr. D. h. t.: „quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet, *pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.*” Daarom valt dan ook het verwerpen eener erfenis of van een legaat niet onder het gebied der *actio Pauliana* ¹⁾.

De eenige uitzondering, die op dit beginsel was toegelaten, betrof den *fiscus*. Met betrekking tot dezen wordt het *gemis* van vermogensvermeerdering, moedwillig veroorzaakt, voor eene *alienatio in fraudem* gehouden. L. 45 pr. D. de J. F. 49. 14 bepaalt: „In fraudem fisci non solum per donationem sed quocunque

1) l. 6 § 2 D. h. t.: „Proinde et qui repudiavit hereditatem vel legitimam vel testamentariam, non est in ea causa ut huic Edicto locum faciat,” § 4: „Sed et illud probandum, si legatum repudiavit, cessare Edictum; ...”

In het Fransche recht zijn eveneens handelingen, die *gemis van vermogensvermeerdering* veroorzaken, aan het gebied der *action Paulienne* onttrokken. De beginselen toch, waarop de actie van art. 1167 C. C. rust, zijn dezelfde juiste beginselen als die van de Romeinsch-rechtelijke *actio Pauliana*. Aubry en Rau echter zijn van meening, dat op dit punt de Fransche wetgever van de beginselen van het Romeinsche recht is afgeweken. Waar zij zich tot staving van dit gevoelen op art. 2225 C. C. (art. 1989 B. W.) beroepen, is dit beroep niet ontvankelijk. Hier wordt zonder twijfel over eene *vervreemding* gehandeld. Hoe zij er toe konden komen om dit art. als bewijs voor hunne meening aan te voeren, is vooral met het oog op de onmiddellijk voorafgaande bepaling van art. 2220 C. C. (art. 1984 B. W.), dat men slechts van eene *verkrege* *verjaring* kan afstand doen, niet duidelijk. Verg. Aubry en Rau, t. a. p. Dl. 3, blz. 89.

modo res alienatae revocantur, idemque juris est, *et si non quaeratur*; aequè enim in omnibus fraus punitur."

Voor het Nederlandsch burgerlijk recht bepaalt art. 1107 B. W.: „De schuldeischers van dengene, die ten na-deele hunner rechten eene erfenis heeft verworpen, kunnen zich door den rechter doen machtigen, om de nalatenschap in naam van hunnen schuldenaar, in zijne plaats en voor hem te aanvaarden. In dat geval wordt de verwerping der erfenis niet verder dan ten voordeele der schuldeischers en ten beloope van hunne schuldvorderingen vernietigd; dezelve is geenszins nietig ten voordeele van den erfgenaam, die de erfenis heeft verworpen."

Hebben wij hier met eene toepassing van art. 1377 B. W. te doen? Maar bij de verwerping eener erfenis weigert de schuldenaar slechts zijn vermogen te vermeerderen, is er dus van eene *verkorting* der rechten van schuldeischers geen sprake. In art. 1377 B. W. wordt *bedrog* vereischt, hier niet. Is art. 1107 niet veeleer te beschouwen als toepassing op een bepaald geval van het instituut der „subrogation judiciaire," in art. 1166 C. C. uit het Fransche costumierrecht opgenomen, maar in ons wetboek niet overgegaan? Hangt art. 1107 nu niet als de toepassing van een verworpen beginsel in de lucht? Dit laatste wordt krachtig betoogd door Mr. van Hettinga Tromp in zijn, reeds door mij vermeld, proefschrift ¹⁾.

1) Verg. omtrent deze dissertatie, behalve de recensie van Mr. Hingst, ook nog die van Mr. Kappeijne van de Coppello, in Themis, 2de Verz., Dl. 9, blz. 671.

Wij kunnen met dit gevoelen niet instemmen en wel om de volgende redenen:

1° De bepaling van art. 1107 B. W., overgenomen uit den C. C., stammende uit het oud-Fransche recht, werd, gelijk door Tromp wordt erkend, aldaar steeds beschouwd als eene toepassing der *actio Pauliana*¹⁾. De reden, waarom men tot deze uitbreiding van het Romeinsche recht meende te moeten komen, was het bestaan van het instituut der *saisine* uit het Germaansche recht afkomstig, in het Fransche costumierrecht. Dat deze beschouwing geheel onjuist was, dat het adagium „le mort saisit le vif” niet tot de gevolgtrekking kon leiden, dat degene, die eene erfenis afsloeg, zijn vermogen verminderde, wordt door Mr. Tromp zeer terecht opgemerkt²⁾. Maar dit neemt niet weg, dat

1) Zie de woorden van François de Boutaric en van Claude Serres, door Mr. Tromp geciteerd op blz. 39 v.

2) Dat men door de *saisine* onmiddellijk door den dood des erflaters erfgenaam en daarmede eigenaar en bezitter der nalatenschap wordt, gold toch slechts en geldt ook thans nog, tenzij men verwerpe (art. 1104 B. W.). Want doet men dat, dan wordt men geacht nooit erfgenaam geweest te zijn. Wie aanneemt, dat door het leerstuk der *saisine* de verwerping eener erfenis eene vermogensvermindering wordt, moet in het Romeinsche recht de verwerping van een legaat en het *abstinere* van de nalatenschap door den *suus et necessarius* of den bij testament vrijgemaakten slaaf, die zich in *mancipio* van den erflater bevond, voor eene *deminutio patrimonii* houden. Want ook dáár had de legataris (wel te weten: bij een zuiver legaat) terstond door den dood van den erflater een vorderingsrecht op den erfgenaam. Maar ook dáár was er de mits aan verbonden: „nisi repudiet.” Deed hij dit wél, dan werd hij gerekend nooit legataris

men het recht, aan de schuldeischers gegeven, om op te komen tegen de verwerping eener erfenis, heeft beschouwd als uitvloeisel van de beginselen der *actio Pauliana*.

2° Toen men deze bepaling in den C. C. overnam, bezag men de zaak van hetzelfde valsche gezichtspunt. Dit blijkt uit de woorden „au préjudice de leurs droits” ¹⁾ en nog meer uit de woorden van art. 1167 C. C., dat uitdrukkelijk verwijst naar zijne toepassing op het punt der „successions,” eene verwijzing, die wel is waar overbodig, doch daardoor te verklaren is, dat in plaats van het bewijs der „fraude,” in art. 1167 vereischt, voor het geval van art. 788 C. C., eene *praesumptio juris et de jure* treedt

3° Art. 788 is woordelijk in art. 1107 B. W. overgenomen ²⁾ en daarmede de gedachtengang van den

te zijn geweest, nooit een recht te hebben gehad. Evenzoo was de *suus et necessarius* onmiddellijk door den dood des erflaters erfgenaam en eigenaar der nalatenschap, viel bij hem de *delatio* en de *acquisitio hereditatis* te samen. Maar ook hier werd hij, zoodra hij van het „*beneficium abstinendi*” gebruik maakte, geacht nooit de erfenis te hebben verkregen.

1) Tromp erkent dit zelf. „Dat men later het bewijs eener „renonciation au préjudice des créanciers” heeft gevorderd, om deze uitoefening van de rechten des schuldenaars te beperken, ligt in het verband, dat de latere rechtsgeleerden tusschen dit rechtsbeginsel en dat der *Pauliana* gezocht hebben.”

2) Eveneens in het Italiaansche Burgerlijk Wetboek van 1 Januari 1866. Art. 949 bepaalt: I creditori, di colui che rinunzia ad una eredità in pregiudizio dei loro diritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore.

In questo caso la renunzia è annullata non in favore dell' erede che ha rinunciato, ma solamente a vantaggio de'suoi creditori e per la concorrenza de'loro crediti.”

Franschen wetgever¹⁾. Want dat men zich over de bepaling van het artikel op eens een ander idee is gaan vormen, dat men het is gaan terugbrengen tot een beginsel, waaraan de Fransche wetgever, toen hij het art. 788 in den C. C. plaatste, geen oogenblik dacht, en welk beginsel men zelf verwierp, kan toch moeielijk aangenomen worden. Men nam het over, omdat men, even als de Fransche wetgever, er eene toepassing in meende te zien op verwerping van erfenissen van het beginsel van art. 1377 B. W., resp. art. 1167 C. C.

4° Wanneer Mr. Tromp zich daarop beroept, dat in de artt. 1377 B. W., 1167 C. C., *bedrog* vereischt wordt, in de artt. 1107 B. W., 788 C. C., alleen van *benadeeling* sprake is, kan hiertegen vooreerst aangevoerd worden, dat dit beroep op de woorden „au préjudice,” „ten nadeele,” evenveel *tegen* zijne eigene stelling bewijst. Want noch in het oud-Fransche recht, noch in den C. C. is de „subrogation judiciaire” van *benadeeling* afhankelijk gemaakt. Maar verder moet worden opgemerkt, dat het zoo vreemd niet is, wanneer de wet, nadat zij eenmaal had aangenomen, dat de ver-

1) Hoeveel beter had de wetgever gedaan, met een weinig op het oud-vaderlandsch recht aangaande dit punt te letten! Daarin werden de juiste beginselen van het Romeinsche recht gehuldigd. „Vermids men niet verstaat, dat de schuldeijsschers verkort werden, indien yets bij de Schuldenaar nagelaten werd te verkrijgen, maar dan alleen so van zijn albereeds verkregen goed, yets werd vermindert. Sulk dat een Soon van zijn Vaders erffenis, ja zelfs van zijn *legitime portie* tot agterdeel van zijn Schuldenaars, mag afstand doen en quijtschelden” (van Leeuwen, Rooms-Hollands-Regt, B. 2, Dl. 7, § 10).

werping eener erfenis *de rechten der schuldeischers kan verkorten*, hier van het *bewijs* van bedrog vrijstelde. Uit eene handeling zelve kan het bedrog spreken. De gedachtengang van Mr. Hingst is wel de hare geweest „Het feit is dit, dat het verwerpen eener erfenis reeds het kenmerk in zich draagt eener frauduleuse daad, wanneer schuldeischers daardoor worden benadeeld, of althans van dergelijke *magna culpa*, die met *dolus* is gelijk te stellen. Het is toch bekend, dat er middelen bestaan en wel bepaald in het voorrecht van boedelbeschrijving, waardoor men bij aanvaarding eener erfenis alle nadeel kan afweren; nu eischt art. 1107 niet, dat men in ieder geval aanvaarde, zelfs als klaarblijkelijk de erfenis met schuld is bezwaard, — maar, om nu niet te spreken van het geval, waarin het actief het passief overtreft, als wanneer de *dolus* genoegzaam voor de hand ligt, zoo is het duidelijk, dat hij, die hetzij uit achteloosheid, hetzij om andere redenen, de gelegenheid verzuimt, om door het onder boedelbeschrijving aanvaarden eener erfenis zijn toestand te verbeteren en zich van zijne verplichtingen jegens zijne crediteuren te kwijten, reeds eene met *dolus* gelijk staande *culpa* pleegt.”

5° Mr. Tromp moet, wil hij consequent zijn ¹⁾, den

1) Tromp ziet echter deze consequentie over het hoofd. „*Was de erfenis reeds vóór de machtiging aanvaard ... dan zullen zij het vonnis der machtiging aan dezen erfgenaam beteekenen en hem tevens dagvaarden om de voorwerpen van het verworpen erfdeel van hunnen schuldenaar op te geven en voorts om te worden veroordeeld om af te geven of ter executie over te geven, wat aldus gebleken is tot dat erfdeel te behooren, ...*” (t. a. p. blz. 62).

schuldeischers het recht, waarover art. 788 C. C., 1107 B. W. handelen, slechts geven, zoolang de erfenis nog niet door een ander is aanvaard. Want heeft dit plaats gehad, dan, en dit gold reeds in 't oud-Fransche recht, bestaat er voor den schuldenaar geen recht meer om te aanvaarden¹⁾ en kan er dus van de *uitoefening van dit recht* door de schuldeischers geen sprake zijn. Van zulk eene beperking van de bevoegdheid der schuldeischers nu heeft noch het oud-Fransche recht iets geweten, noch is zij in het thans geldende Fransche en Nederlandsche recht bekend.

Mijne opvatting van de artt. 788 C. C., 1107 B. W. is deze: beide artikelen bevatten eene niet genoegzaam gemotiveerde uitbreiding van 't gebied der *actio Pauliana*²⁾.

1) Artt. 1102 B. W., 790 C. C. Ook in het Romeinsche recht kon degene, die eenmaal verworpen had, slechts nog aanvaarden, voor zoover degene, die na hem kwam, nog niet van zijn recht had gebruik gemaakt. Zie l. 6. § 1. D. ad SC. Tertullianum, 38. 17.

2) Wanneer Opzoomer (Het burgerlijk wetboek verklaard, Dl. 4, blz. 424) zegt: „Art. 1107 B. W. is geheel vertaald uit art. 788 C. C. Maar dit art. stond in het fransche wetboek niet alleen. Art. 622, in ons wetboek niet overgenomen kwam er mee overeen in de bepaling, dat „les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation, qu'il aurait faite à leur préjudice...” kan hiertegen opgemerkt worden, dat er in het geval van art. 622 C. C., in tegenstelling met dat van art. 788 C. C., wel degelijk eene verkorting van de rechten der schuldeischers bestaat, en dus in ons recht de afstand van een ususfruct, bedriegelijk verricht, onder het bereik der *actio Pauliana* valt, al is eene met art. 622 C. C. overeenkomende bepaling in ons recht niet opgenomen, terwijl de verwerping eener erfenis zonder het uitdrukkelijk voorschrift van art. 1107 B. W. niet tot de *actio Pauliana* zou aanleiding geven.

De Pruisische A. G. O. van 1793 (I. 50 § 50) stelde het verwerpen van erfenissen en legaten ten aanzien van de vernietigingsactie met schenkingen gelijk. De reden van dit verschil met het Romeinsche recht werd door Koch ¹⁾ daarin gezocht, dat het niet verkrijgen eener erfenis in het Romeinsche recht een nalaten, in het Pruisische recht daarentegen eene positieve handeling zou vereischen, en tot de actie, naar Romeinsch zoowel als naar Pruisisch recht, nooit een nalaten, wèl eene positieve handeling aanleiding geeft ²⁾. Het ongegronde van dit beweren volgt voldoende uit hetgeen naar aanleiding van het begrip *handeling* over het Romeinsche recht door ons is gezegd. In de wet van 26 April 1835 was eene soortgelijke bepaling als die der A. G. O. niet opgenomen. Daarom nam dan ook het Ober-Tribunal aan dat de verwerping van erfenissen en legaten volgens die wet niet vernietigbaar was.

In het nieuwere Pruisische recht (Conc. Ordn. van 8 Mei 1855, wet van 9 Mei 1855) is het verwerpen van erfenissen en legaten, als eene soort van vrijgevege beschikking, geheel aan schenkingen gelijk gesteld ³⁾.

1) Juristische Wochenschrift, jg. 1836, blz. 177 volg.

2) Zie Meischerder, t. a. p. blz. 33.

3) Conc. Ordn. §§ 102¹, 103², 373³, 393⁴. Wet van 9 Mei 1855 §§ 5¹, 7². Of in het recht der Reichs-Ger. Ordn. van 1879 eene handeling waardoor de schuldenaar nalaat zijn vermogen te vermeerderen tot de Anfechtungsklage kan aanleiding geven? De vraag moet ontkennend beantwoord worden. Het beginsel, waarvan de Conc. Ordn. van 1879 is uitgegaan, is vervat in § 24¹. Er moet zijn eene „Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner vorge-

De afwijking van het Romeinsche recht is volgens Meischeider daaraan te wijten, dat in het Pruisische recht het beginsel is opgegeven, dat tegen een *nolle acquirere* de *Pauliana* geene plaats vindt. Meischeider breidt dan ook het gebied der actie nog buiten de twee genoemde gevallen uit, en houdt de Anfechtungsklage ook dan voor gegrond, wanneer er in 't algemeen een gemis van vermogensvermeerdering is, zoo dit slechts door eene positieve handeling is veroorzaakt. Zoo zal, volgens hem, de handeling des schuldenaars vernietigbaar zijn, waardoor hij het tot stand komen der voorwaarde, onder welke de verbindtenis van een derde tegenover hem zou ontstaan, verhindert. — Het mag niet toegegeven worden. Dat alles valt buiten het be-

nommen hat in der Absicht, seinen Gläubiger zu benachtheiligen." Van eene „Benachtheiligung" nu kan er m. i., waar de schuldenaar weigert zijn vermogen te *vermeerderen*, geen sprake zijn. Op dit beginsel is niet, zooals in de Pruisische wetten van 8 en 9 Mei 1855, eene uitzondering gemaakt, waar het de verwerping van erfenissen of legaten betreft. In het Pruisische recht doet zich dus thans het vreemde verschijnsel voor, dat schuldeischers in den *concurfus* opkomende niet zullen kunnen bestrijden de verwerping van eene erfenis of van een legaat door hunnen schuldenaar gedaan, terwijl buiten den *concurfus* ieder schuldeischer voor zich dat wel zal kunnen doen.

Op § 953 van het Oostenrijksch Burgerlijk Wetboek van 1811, welke over de herroeping eener schenking door den schuldeischer handelt, teekent Ellinger, met verwijzing naar § 939, terecht aan: „Die Repudirung eines Erbrechts ist noch keine Schenkung." Zie ook het opstel van Pratobevera: „Ob ein Schuldner in oder ausser dem Concurse einer angefallenen Erbschaft ohne Willen der Gläubiger entsagen könne."

reik der Anfechtungsklage, om de eenvoudige reden, dat er bij het *gemis eener vermogensvermeerdering* nooit van eene „Verkürzung der Gläubiger” kan sprake zijn. Dit laatste is een vereischte, een *essentiale* der actie, en eene afwijking hiervan mogen wij slechts dáár aannemen, waar wij door eene uitdrukkelijke bepaling der wet gedwongen worden dit te doen. Dit is in het Pruisische recht slechts bij de verwerping van erfennissen en legaten het geval, in de opname van welke handelingen onder de „anfechtbare” de Pruisische wetgever, wel verre van eene afwijking, eene huldiging meende te vinden van de oude, juiste beginselen der *actio Pauliana* door hem overgenomen, daar hij geleid werd door eene onjuiste opvatting van 't instituut der *saisine* in het Pruisische landrecht opgenomen ¹⁾, en van den regel van § 288 A. L. D. 1 Tit. 12 ²⁾, dat

1) § 368 A. L. D. 1, Tit. 9: „Dieser” (de erfgenaam) „erlangt das Eigenthum der Erbschaft, nebst allen damit verbundenen Rechten und Pflichten, ohne dasz es weiter einer Besitzergreifung bedarf.”

2) „Das Eigenthum der in einem Testamente Jemandem zu Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht in der Regel mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium über.” Koch, in zijne uitstekende aantekeningen op het Pruisische landrecht, zegt aangaande deze bepaling: „Wäre das nach dem Wortlaute zu verstehen, so müsste der Legatar berechtigt sein, sein Eigenthum, selbst wenn es eine legirte fremde Sache wäre, von jedem Dritten, in dessen Gewahrsame die Sache zur Zeit des Todes zufällig sich befände, mit Vorbeiehung des Erben zu vindiciren und Forderungsrechte sogleich einzuziehen. Es müsste auch in dem Falle, wo der Legatar wegen Ueberschuldung der Erbschaft schliesslich nichts erhält, das Eigenthum von dem Legatar auf den Erben zurück übertragen wer-

nml. door des erflaters dood de legataris onmiddelijk een verkregen recht heeft. Dat men tot zulk een volkomen misverstand van beide regels niet zoude zijn gekomen, indien men in 't oog had gehouden, dat ook in het Pruisische recht dit slechts geldt, ten zij de erfgenaam of legataris verwerpe — is, na hetgeen wij hierboven reeds gezegd hebben, duidelijk ¹⁾.

Volgens het Nederlandsch burgerlijk recht kunnen dus *alle handelingen* des schuldenaars, waardoor de rechten der schuldeischers zijn verkort, aanleiding geven tot de actie van art. 1377 B. W., zoo bij hen slechts aanwezig zijn de andere vereischten tot het instellen

den. So ist es jedoch nicht gemeint. Die Stelle will nichts über das Eigenthum des Vermächtnissgegenstandes, sondern nur über den Zeitpunkt bestimmen, wo der Legatar das Recht auf das Legat erworben hat (*ubi dies legati cedit*). Dieses Recht erwirbt der Legatar, in der Regel, mit dem Tode des Testators, *ipso jure*, ohne sein Wissen, bei allen Legaten, ohne Unterschied des Gegenstandes, wie nach R. R. L. 5, § 1 D. quando dies 36. 2; L. un. §§ 1, 5 C. de cad toll. 6. 51. Es steht ihm aber frei, dasselbe auszuschlagen, wo es dann so ist, als wäre es ihm nie angefallen."

1) Volgens § 1511 van het Burgerlijk Wetboek voor het koninkrijk Saksen moet het weigeren om iets te verkrijgen niet als eene vermogensvermindering beschouwd worden, behalve het verwerpen eener erfenis of van een legaat. Terecht merkt Schönemann (Die Paulianische Klage wegen Veräusserungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger, Gera 1873) hieromtrent op: „Diese Abweichung vom gemeinen Recht lässt sich gegenüber den guten Gründen, auf welchen dieses beruht, nicht rechtfertigen und es wäre zu wünschen gewesen, dass die sächsische Legislative in diesem Punkte zum gemeinen Recht zurückgekehrt wäre und *jede* Ausschlagung eines Erwerbs durch die *a. P.* ausgeschlossen hätte."

der actie in ons art. genoemd. Over deze andere vereischten zal ik in de volgende § spreken en daar tevens de vraag behandelen, die zich thans aan ons voordoet: kan eene gedane betaling, volgens art. 1377 B. W., vernietigbaar zijn?

§ 2.

Animus fraudandi en conscientia fraudis.

De handelingen van den schuldenaar moeten, zegt art. 1377 B. W., al. 1, willen zij vernietigd kunnen worden, zijn verricht *ter bedriegelijke* verkorting van de rechten der schuldeischers. Over dat *bedriegelijke* wordt dan gesproken in al. 2 en 3, maar geene nadere omschrijving ervan gegeven. Er wordt slechts gezegd, dat bij handelingen onder bezwarenden titel *bedrog* aan beide zijden vereischt wordt, dat daarentegen, indien de handeling om niet heeft plaats gehad, het voldoende is, dat er *bedrog* aanwezig zij van den kant van den schuldenaar alleen. Wat is hier onder *bedrog* te verstaan?

Beschouwen wij eerst het *bedrog* aan de zijde van den schuldenaar.

In het Romeinsche recht werd door het edict des Praetors eveneens *fraus* bij den schuldenaar gevorderd. En deze *fraus* moest in ruime beteekenis worden opgevat. De *actio Pauliana* steunde geheel op de goede trouw, die de schuldenaar tegenover zijne schuldeischers verplicht was in acht te nemen; elke handeling van hem, die tegen deze goede trouw streed, waardoor hij opzettelijk de crediteuren in hunnen waarborg verkortte,

viel onder het bereik der actie. Die weet, dat hij schuldeischers heeft en niettegenstaande dat hij weet, dat zij door zijne handeling minder zullen krijgen, dan hun wettig toekomt, toch vrijwillig die handeling verricht, begaat daardoor een *gestum FRAUDULOSUM*. En in sommige gevallen ligt dat resultaat der handeling zóó voor de hand, dat ieder schuldenaar gecenseerd wordt het te hebben vooruitgezien. Wie b.v., niettegenstaande dat hij weet schuldeischers te hebben, al zijne goederen vervreemdt, *moet weten*, dat hij hierdoor zijnen schuldeischers te kort doet. Hij zal er zich later niet op kunnen beroepen, dat hij op 't oogenblik der vervreemding in 't geheel niet aan zijne schuldeischers dacht ¹⁾.

Op dezelfde wijze moet men het vereischte van bedrog in art. 1377 B. W. opvatten. De Nederlandsche wetgever heeft met het overnemen van 't instituut der *Pauliana* uit het Romeinsche recht tevens het gezichtspunt overgenomen, waaruit de Romeinsche wetgever het verleen dezer actie beschouwde, nml. de overweging, dat het niemand moest vrijstaan willens en wetens zijne

1) L. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Voet (t. a. p. 1. 1. n^o 14) merkt bij deze plaats aangaande den schuldenaar op: „ut fraudandi animum seu consilium habuerit, sciens se non esse solvendo, et tamen bona diminuens, licet forte non praecise cogitaverit de hoc vel illo in specie fraudando.” „Wanneer wij resumeren, dan komen wij tot dit besluit, dat, *jure Romano*, bedrog in de eigenlijke beteekenis van het woord voor de *actio Pauliana* ook bij den schuldenaar niet werd gevorderd.” (Conclusie van den Advocaat-Generaal Mr. Gregory, in R. B., jg. 1877, afd. B. blz. 194 volg.).

schuldeischers in hunnen waarborg te verkorten. Met het doel om dat te beletten, nam hij de actie van art. 1377 in ons recht op.

Dat dit de opvatting van onzen wetgever is geweest, wordt uitdrukkelijk bevestigd door de beraadslagingen over onze *actio Pauliana* in geval van faillissement. Uit hetgeen naar aanleiding van art. 777 K. is gesproken¹⁾, blijkt dat men het *fond* der actie geheel van 't Romeinschrechtelijke standpunt heeft gezien.

Wel verre dus van het bedrog bij den schuldenaar in art. 1377 B. W. in strafrechtelijke beteekenis, als „manoeuvres frauduleuses,” op te vatten, heeft men er niets anders door te verstaan dan het opzet, den wil, om door de handeling de verkorting tot stand te brengen²⁾. De toepassing van art. 1377, op het bijzondere geval in art. 247 B. W. genoemd, luidt dan ook: „De schuldeischers van den man, die niet in het geding zijn tusschen beiden gekomen, kunnen zich tegen de scheiding verzetten, al ware dezelve reeds ten uitvoer gelegd, indien hunne rechten daardoor *opzettelijk* mochten verkort zijn”³⁾.

En thans het *bedrog* bij den medecontrahent.

1) Zie Voorduin, t. a. p., blz. 704.

2) De rechtbank te Tiel nam dan ook in een vonnis van 2 Juni 1865 (W. n°. 2701) terecht aan, dat „onder bedriegelijke verkorting eenvoudig wordt uitgedrukt het tegenovergestelde van goede trouw, zoodat daarbij niet aan het bezigen van bedriegelijke middelen moet gedacht worden.”

3) Het overeenkomstige art. 1447 C. C. gebruikt dezelfde uitdrukking als art. 1467 C. C.: „en fraude de leurs droits.”

In het Romeinsche recht werd bij dezen *conscientia fraudis* vereischt. Hij moest weten, aan welk euvel de handeling van den schuldenaar leed en desniettemin zich daarmede inlaten. Dan was hij mede voor dat euvel, voor die kwade trouw, aansprakelijk; uit een zedelijk oogpunt de zaak beschouwende, kon men van hem zeggen, dat hij aan die kwade trouw deelnam ¹⁾. Geene bepaald bedriegelijke handeling wordt bij hem gevorderd, slechts *het bewustzijn van het booze opzet van den schuldenaar* ²⁾.

Evenzoo moet men het opvatten, wanneer art. 1377 B. W. bedrog bij den medecontrahent vordert. Wat wij straks zeiden, geldt ook hier. Onze wetgever heeft ook op dit punt den gedachtengang van den Romeinschen gevolgd. Het strijdt tegen de goede trouw, dat de derde, die *weet* dat de handeling, door den schuldenaar verricht, zulk eene oneerlijke is, zich niettemin met die handeling inlaat, zich deelgenoot van die handeling maakt. Deze zijne kennis doet ook hem in kwade trouw verkeeren. Daarom heeft hij in 't minst geen recht zich te beklagen, wanneer de wet zijne rechtshandeling met den schuldenaar niet in stand houdt ³⁾.

1) In dien zin heeft men de uitdrukking *particeps fraudis* te verstaan, die met betrekking tot hem in de Digesten gebruikt wordt.

2) Dit laatste wordt door Vangerow en Windscheid herhaaldelijk uit het oog verloren.

3) Dat onder *bedrog* bij den medecontrahent slechts *kwade trouw* moet verstaan worden, blijkt nog (de Wal merkt het in zijn

Bij de contraheerende partijen wordt dus, om de vernietigingsactie in te kunnen stellen, *kwade trouw* gevorderd. Het booze opzet, de *animus fraudandi* bij den schuldenaar: de kennis van dat booze opzet, de *conscientia fraudis* bij den medecontrahent. Dit alles wordt vereischt om tegen eene handeling van den schuldenaar op te komen. Beide echter slechts dan, wanneer het eene handeling is geweest onder bezwarenden titel. Heeft de handeling om niet plaats gehad, dan wordt de kwade trouw bij den derde, het bewustzijn van 't motief, dat aan de handeling ten grondslag ligt, niet gevorderd. Deze onderscheiding, uit het Romeinsche recht overgenomen en ook voor het Fransche recht aangenomen ¹⁾, ofschoon art.

Nederlands Handelsrecht, Dl. 3, n° 71 zeer juist op) uit eene vergelijking van art. 777 met de artt. 775a en 776b K. In het eerste art. wordt onze *actio Pauliana* toegestaan, indien de handelingen van beide zijden ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers hebben plaats gehad. Art. 776 bevat op dit algemeene beginsel eene uitzondering voor schenkingen. Hierbij wordt de actie toegestaan, al verkeerde de begiftigde in de goede trouw, als was er van bedriegelijke verkorting aan zijne zijde geen sprake. Het *bedriegelijke* wordt dus hier aan de goede trouw tegenovergesteld en valt dus met de *kwade trouw* klaarblijkelijk samen. Op dezelfde wijze stelt art. 775a tegenover het „ter bedriegelijke verkorting van beide zijden” de „goede trouw van beide partijen.”

1) Durantou (Cours de droit civil, Dl. 10, blz. 577), Zachariae (Handbuch des französischen Civilrechts, Dl. 2, blz. 345) en Aubry en Rau (t. a. p. Dl. 3, blz. 90) zijn zelfs van meening, dat er bij vervreemdingen om niet geen *animus fraudandi* aan de zijde van den schuldenaar vereischt wordt, voornamelijk op grond van artt.

1167 C. C. haar niet uitdrukkelijk bevat, is geheel rationeel ¹⁾.

622, 788 etc. C. C. Zie daarentegen Toullier (t. a. p. Dl. 6, n° 353) en Marcadé (Cours de droit civil, Dl. 4, blz. 406).

Het stelsel door de eerstgenoemde schrijvers voor het Fransche recht verdedigd, wordt door het Oostenrijksche Burgerlijk Wetboek gehuldigd. De schuldeischers echter, wier vorderingen jonger zijn dan de schenking, hebben het terugvorderingsrecht slechts dan, wanneer de begiftigde van een „hinterlistiges Einverständniss” met den schuldenaar kan overtuigd worden. Zie A. B. G. § 953.

1) Ook in het Pruisische recht is zij gemaakt. Reeds in de A. G. O., ofschoon zij daar niet als algemeen beginsel was uitgesproken. Ook in de wet van 26 April 1835 werd bij schenkingen in den medecontrahent de kennis van de bedriegelijke bedoeling des schuldenaars niet gevorderd. In het nieuwere Pruisische recht (Conc. Ordn. van 8 Mei 1855, wet van 9 Mei 1855) wordt op het algemeene beginsel, dat rechtshandelingen van den schuldenaar slechts vernietigbaar zijn, indien ze zijn verricht met het doel om de schuldeischers te benadeelen en *dit doel aan de andere partij bekend was*, eene uitzondering voor het geval van schenkingen niet beslist uitgesproken. Toch, geloof ik, is het onderscheid ook dáár in het oog gehouden. § 102² Conc. Ordn. en § 5 Anfechtungsgesetz nopen mij dit aan te nemen. In deze §§ wordt eene vrijgevege beschikking van den schuldenaar vernietigbaar verklaard reeds dáárom alleen, dat zij is verricht sedert den dag der staking van betaling of der aangifte der insolventie of van 't verzoek tot opening van den concursus of binnen de twee laatstvoorafgegane jaren (binnen de twee laatste jaren voor het instellen der Anfechtungsklage). In het tijdstip, waarop de handeling plaats had, ligt hier een wettelijk vermoeden voor de kwade trouw, maar slechts bij den schuldenaar alleen. De Pruisische wetgever is dus van meening geweest, dat, waar het schenkingen betreft, de kwade trouw bij den begiftigde tot de vernietigbaarheid geen vereischte is.

Is in de Conc. Ordn. voor het Duitsche rijk van 1 Oct. 1879 op het verschil tusschen verkrijgingen *ex causa onerosa* en *ex causa*

De reden ervan is zeer juist uitgedrukt door Ulpianus, in l. 6 § 11 D. h. t.: „nec videtur injuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur.” Er staan hier twee belangen tegenover elkaar: dat van den schuldeischer bij de vernietiging der handeling, dat van den derde bij de geldigheid daarvan. Hunne belangen zijn echter niet gelijk; aan de eene zijde betreft het een *lucrum cessans*, aan de andere een *damnum emergens*. In den strijd van deze beide moet het eerste voor het laatste wijken. Betrof het ook aan de zijde van den derde een *damnum emergens*, dan zou het anders moeten zijn. De *par conditio* was dan aanwezig en „in pari conditione melior est causa possidentis” ¹⁾.

lucratica, wat betreft het al of niet vereischt zijn der *conscientia fraudis* bij den medecontrahent, gelet? De onderscheiding is hier, evenmin als in het Pruisische recht, uitdrukkelijk opgenomen, maar toch meen ik ook hier, op grond van § 25 R. G. O. en vooral van het eerste lid dezer §, dat, waar er sprake is van eene „unentgeltliche Verfügung” van den schuldenaar, de *conscientia fraudis* bij de andere partij niet vereischt wordt. In § 25a worden vernietigbaar verklaard: „die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern dieselben nicht Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten.” Ook hier pleit de tijd, waarin de handeling plaats had, voor de kwade trouw van den schuldenaar, maar niet voor het bewustzijn daarvan bij den medecontrahent. Men heeft dus bij vrijgevege beschikkingen het tot het instellen der Anfechtungsklage voldoende geacht, dat de schuldenaar in kwade trouw verkeerde.

1) Men heeft de *actio Pauliana* tegen den verkrijger *ex titulo lucrativo* ook op den *dolus* van dezen laatste willen gronden. Deze,

Thans ligt de vraag voor ons, die wij aan het einde der vorige § stelden: kan eene gedane betaling tot de

die weigert het *lucrum* op de eerste vordering af te geven, zou dáardoor in kwade trouw geraken. Schöneman, t. a. p. blz. 10 en 39: „Anders steht es, wenn er (der Dritte) auf diesen Erwerb kein Recht hatte, dieser für ihn ein reines *lucrum* ist. Erfährt er nun, dass er sich zum Nachtheil eines Anderen bereichert hat, und *will er trotzdem den Erwerb behalten*, so macht er sich damit des *dolus* des Veräußerers theilhaftig. Es widerspricht der Rechtsordnung, dass Jemand einen Gewinn an Werthen soll machen dürfen, die einem Dritten durch ein Delict entzogen worden sind, und wer sich mit der Rechtsordnung dadurch in Gegensatz stellt, *dass er trotzdem die Herausgabe des ihm auf objectiv unerlaubte Weise zugekommenen weigert*, der handelt subjectiv unerlaubt, *dolos*... Auch bei Erwerbungen *ex titulo lucrativo* ist die Paulianische Klage darauf gegründet, dass der Erwerber in *dolo* ist. Nur kommt nichts darauf an, ob er zur Zeit der anzufechtenden Veräußerung schon Kenntniss von der betrügerischen Absicht des Schuldners hatte. Es genügt, dass er diese Kenntniss jetzt besitzt, will er den lucrativen auf solche unbillige Weise an ihn gekommenen, also schlechthin unbilligen Erwerb gleichwohl behalten, so handelt er eben *dolos*. Dies ergibt sich aus der Sachlage. Daneben noch das Vorhandensein des *dolus* zu erörtern und dessen Beweis zu verlangen, wäre unnütz.“ Verg. over deze leer: von Hasenbalg (Zur Lehre von der *actio Pauliana*, enz. Berlijn 1874, blz. 78 volg.), die zich echter vergist, waar hij meent, dat zij eene nieuwigheid is, door v. Schönemann uitgevonden. Wij vinden haar reeds in een academisch proefschrift door den Hr. Dury Spiering in 1835 te Leiden verdedigd. De theorie is volkomen valsch. Het ligt buiten mijn bestek, er diep op in te gaan. Ik wil slechts ter loops wijzen op eene juridische ongerijmdheid, die in haar ligt en waarop von Hasenbalg heeft verzuimd te letten. Vorderingsrecht en rechtsvordering steunen steeds op denzelfden grondslag. De laatste is niet anders dan het eerste in den toestand van strijd. „het recht zelf, dat aangerand en aangevallen, zich tot den strijd aangordt, in

actie van art. 1377 B. W. aanleiding geven? En hare beantwoording komt ons nu niet moeielijk meer voor. Wij hebben slechts te onderzoeken, of bij de betaling, door den schuldenaar gedaan, die toch eene *rechtshandeling* is, de overige vereischten der actie kunnen voorkomen. Kan er bij haar van eene *verkorting* der rechten der schuldeischers sprake zijn? Wanneer wij nagaan, dat de schuldeischers recht hebben niet alleen om uit het vermogen van hun schuldenaar *bevredigd* te worden, maar ook recht hebben om uit dat vermogen gelijkelijk bevredigd te worden, ten ware er

een woord: het recht in actie" (Goudsmit, Pandekten-systeem, Dl. I, blz. 210). De *rechtsvordering* tegen den verkrijger *ex titulo lucrativo* steunt nu volgens Spiering c. s. daarop, dat deze niet terstond aan de vordering voldoet. Maar waarop rust dan het *vorderingsrecht*?

De vraag of de handeling door den schuldenaar verricht is om niet, dan wel onder bezwarenden titel, is natuurlijk ter beoordeeling aan den rechter overgelaten. Hoeveer de Fransche jurisprudentie is gegaan in het brengen van handelingen onder de laatste rubriek, blijkt uit het aangehaalde bij Aubry en Rau. De Cour de Cassation nam 2 Maart 1857 aan, dat het geven van eene bruidschat niet alleen ten opzichte van den man, maar zelfs ten opzichte van de vrouw als eene vervreemding onder bezwarenden titel moest beschouwd werden. Terecht noemen Aubry en Rau zulk eene opvatting te onbegrijpelijker, daar in het Fransche recht in tegenstelling met het Romeinsche (waar door de verplichting der *constitutio dotis* eenige aanleiding bestond om de actie tegen de vrouw slechts toe te staan, voor zoover ook zij *consciens fraudis* was, zie l. 25, §§ 1, 2 D. h. t.) de regel „ne dote, qui ne veut" geldt. Zie Aubry en Rau t. a. p. Dl. 3, blz. 93 en verder over de *actio Pauliana* bij *constitution de dot* voor Fransch zoowel als Romeinsch recht, vooral Naquet, t. a. p. blz. 33 volgg., 144 volgg., die de leer van de Cour de Cassation verdedigt.

tusschen hen wettige redenen van voorrang mochten bestaan ¹⁾, wanneer wij nagaan, dat de inhoud van dit recht kan worden illusoir gemaakt, doordat de schuldenaar, in wiens vermogen het actief het passief overschrijdt, aan één zijner crediteuren diens vordering geheel voldoet, zoodat de overige minder krijgen dan hun anders zou ten deel gevallen zijn, is deze vraag slechts voor bevestiging vatbaar. Dat de schuldenaar den wil kan hebben gehad om door zijne handeling dat gevolg teweeg te brengen, dat er dus bij hem *animus fraudandi* kan bestaan, zal wel niet ontkend kunnen worden. En evenmin, dat de medecontrahent kan geweten hebben met welk doel de handeling werd verricht, en door zich hiertoe te leenen, evenzeer aan kwade trouw zich kan hebben schuldig gemaakt; dat er bij hem de vereischte *conscientia fraudis* kan zijn aanwezig geweest.

Wij komen dus tot het resultaat, dat daar eene betaling aan alle voorwaarden kan voldoen, door de wet voor de vernietigbaarheid van rechtshandelingen gesteld, de actie ook in haar aanleiding kan vinden.

Dit wordt bevestigd door de beraadslagingen in de Tweede-kamer der Staten-Generaal gehouden ²⁾, over art. 777 K., waarin onze *actio Pauliana* in geval van faillissement gegeven wordt. „Een der afdeelingen had op ons artikel eene zeer uitvoerige aanmerking gemaakt, hoofdzakelijk inhoudende, dat daar de bepaling

1) Art. 1178 B. W.

2) Zie Voorduin, t. a. p. DL 10, blz. 704 volg.

algemeen was, zij ook betrof *de betaling van deugdelijk bestaande schuldvorderingen*, omdat er ten dien aanzien *bedriegelijk* gehandeld wordt, „als de schuldeischer weet, dat zijn debiteur staat te *failleren*,” dit was in strijd met het Romeinsche regt en wel in 't bijzonder met den regel, „dat de rechten voor de waakzamen zijn ingesteld.” Ook zou het een wijde deur openstellen voor „rechtsvorderingen, in welke de crediteuren, door den curator vertegenwoordigd ¹⁾, ligtelijk kunnen beproeven om lang verleden handelingen aan te tasten en dus onzekerheid te doen ontstaan in al wat ooit met den gefailleerde is gehandeld of door hem betaald is...” Men meende dus in bedenking te mogen geven of art. 10 wel *zoo algemeen* en *zonder tijdsbepaling* behoorde te zijn gesteld, en of niet met juistheid diende bepaald te worden, wat men verstond door „*bedriegelijken handel met opzicht tot gedane betalingen*.” De regeering antwoordde... „men gelieve in het oog te houden, dat *de enkele vrees* voor een proces geene uitzondering op het *gemeen recht* kan wettigen; en dat men de kwade trouw te veel zoude begunstigen, door het bepalen van een korten termijn, na welke de billijke vordering der schuldeischers niet ontvankelijk zoude zijn. Het bedrog verdient geenszins zulk eene begunstiging en het belang des handels vordert, dat men

1) „Door den curator vertegenwoordigd.” Uit deze woorden blijkt ook, dat men toen in de Staten-Generaal terecht van meening was, dat de actie van art. 777 K. steeds door den curator zou moeten worden ingesteld.

steeds worde toegelaten om bedriegelijke handelingen te doen vernietigen. De wet heeft het aan de voorzichtigheid des regters overgelaten om de daden te waardeeren, die bedrog kenmerken en om derzelver nietigheid uit te spreken; het was onmogelijk dezelve *vooraf* bij de wet uit te drukken." Het artikel bleef onveranderd, wat de hoofdzaak betreft, en 't is dus zeker, dat het — in de dubbele beteekenis van 't woord — de bedoeling des wetgevers is geweest, betalingen van schuldvorderingen ook voor vernietiging vatbaar te maken" ¹⁾).

Het hier door mij verdedigde gevoelen wordt thans vrij algemeen door de jurisprudentie aangenomen ²⁾. Dat over de vraag strijd is kunnen gevoerd worden, is, zou ik meenen, dan ook meer aan eene gewoonte, dan aan onduidelijkheid onzer wet te wijten. Over de vraag in het Romeinsche recht was men zóó gewoon te twisten, dat men onwillekeurig den strijd op 't gebied van 't hedendaagsche recht overbracht, zonder zich volkomen rekenschap te geven, of, wat in het eerste de eigenlijke *casus belli* was geweest, nog wel in het laatste aanwezig was. Voor het Romeinsche recht zijn over het al of niet vallen van betalingen onder het

1) van Manen, t. a. p. blz. 361 volg.

2) Alkmaar, 21 Mei 1840 (R. B. Dl. 7, blz. 323; Hof Groningen, 2 Juni 1852 (W. n° 1866); Tiel, 2 Juni 1865 (W. n° 2701); Gelderland, 25 Maart 1867 (W. n° 2896); Arnhem 11 April 1867 (M. v. H. Dl. 9), 29 Mei 1876 (W. n° 4037); Amsterdam, 18 Maart 1875 N. R. B. jg. 1875. afd. B, blz. 96), 3 Dec. 1875 (N. R. B. jg. 1876, afd. B, blz. 8).

gebied der *actio Pauliana* drie gevoelens verdedigd. 1° Betalingen, door den schuldenaar gedaan, geven aanleiding tot de *actio Pauliana*, wanneer al de overige vereischten, in 't edict van den praetor genoemd, er bij aanwezig zijn ¹⁾. 2° Eene betaling valt onder het bereik der *actio Pauliana*, indien zij *per gratificationem* is gedaan, met het doel om den eenen schuldeischer willekeurig boven den anderen te bevoordeelen ²⁾. 3° Bij eene gedane betaling kan er nooit van de *actio Pauliana* sprake zijn. Dit laatste is het thans meest aangenomen gevoelen en wordt verdedigd door Franke, Windscheid, Vangerow (Lehrbuch der Pandekten). Zij steunen hun gevoelen in de eerste plaats daarop, en het is vooral Vangerow, die tracht dit te doen uitkomen, dat bij eene betaling de schuldeischer, die ontvangt, nooit *fraus* kan plegen. In de tweede plaats op positieve uitspraken der juristen, in den Digestentitel: quae in fraud. cred. bevat (l. 6 § 6, 7, l. 24 D. h. t.). Het ligt buiten mijne taak in eene breedvoerige wederlegging hunner argumenten te treden, ik wil slechts kortelijk opmerken, dat er bij dengene, die betaling

1) Laspeyres, Ueber Anfechtung von Zahlungen mit der *actio Pauliana*. Archiv f. d. civ. Praxis, DL 21, blz. 35—101.

2) De zoogenaamde Gratificationstheorie. Hare voorstanders vindt men opgenoemd bij Franke (Ueber die Zulässigkeit der *actio Pauliana* bei Zahlungen etc., Archiv f. d. civ. Praxis, DL 16, blz. 135 noot 20) en bij Meischeider, t. a. p. blz. 69. Zooals deze theorie door hen werd ontwikkeld, leidde zij tot onzinnigheden, die door de nieuwere rechtsgeleerden terecht verworpen zijn, zoodat men kan zeggen, dat zij, als zelfstandige theorie, tegenwoordig zoo goed als

ontvangt, wel degelijk de vereischte *conscientia fraudis* kan bestaan, dat de vraag of deze *conscientia fraudis* nu zelf eene *fraus* bevat, niets ter zake afdoet en dat hun beroep op de uitspraken der juristen mij op dit punt niet afdoende schijnt. Ik vereenig mij daarom met het gevoelen *sub 1°* genoemd ¹⁾).

geheel is opgegeven. Den grond voor de Gratificationstheorie had men meenen te vinden in l. 6 §§ 1, 2 D. de reb. auct. jud. poss. 42. 5 en in het eerste gedeelte van l. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Dat deze plaatsen over geheel andere zaken als over de *actio Pauliana* handelen, is door Franke m. i. overtuigend aangetoond. Ten onrechte wordt door sommigen, o. a. Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts), Meischer, t. a. p., Rieser (Die Anfechtung geleisteter Zahlungen im Concurs, nach Englischem Recht enz., Neues Archiv f. Handelsr. Dl. 2, jg. 1860, blz. 1—40) Laspeyres onder de verdedigers der eigenlijke Gratificationstheorie gerekend. Wat deze terecht betoogt is slechts dit, dat het begrip van *gratificatio*, juist opgevat, samenvalt met dat van *animus fraudandi*.

1) Bij de Groot (Inleiding, B. 2, Dl. 5, § 4) lezen wij: doch een schuldenaar meer schuldig zijnde dan hij heeft, vermag voor bankbrekinge betalinge te doen aan zijne maners. Is hier „maner” synoniem met schuldeischer? Dan was onze de Groot van het gevoelen, in den tekst *sub 3°* medegedeeld. Of was hij van meening, dat eene betaling door den schuldenaar, gedwongen door het aandringen der schuldeischers, gedaan, in stand blijft? Dan komt zijne leer aan mijn gevoelen vrij nabij.

Voor het tot stand komen van het Burgerlijk Wetboek voor het koninkrijk Saksen werd de Gratificationstheorie daar door de praktijk van het gemeene recht krachtig in bescherming genomen. Een arrest van het Ober Appell. Ger. te Dresden, van 31 December 1863 (Annalen, Dl. 8, blz. 322) formuleerde als vereischte der actie het volgende: „daz der mit dem Schuldner contrahirende Theil durch den Geschäftsabschluss einen Vermögenstheil erlangt hat, auf welchen

Voor het Fransche recht moet hetzelfde aangenomen worden als voor het onze. Bijna alles, wat ik ten bewijze mijner stelling voor ons recht heb aangevoerd, beantwoordt ook de vraag daâr. Bovendien wordt elke twijfel voor het Fransche recht onmogelijk door art. 447 C. d. C. (overeenkomende met ons art. 777 K.): „Tous paiemens faits par le debiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux, par lui passés après la cessation de ses paiemens et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux, qui ont reçu du debiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiemens.” Hier wordt over de actie van art. 1167 C. C. in geval van faillissement gesproken en deze uitdrukkelijk ook bij eene gedane betaling toegekend.

Het oudere Pruisische recht der A. G. O. verklaart de betaling eener schuld dãn vernietigbaar, wanneer de

er entweder überhaupt nicht, oder in dem Umfange nicht, wie er ihm zu Theil geworden, oder doch nicht zu der Zeit, wo er ihn erlangt, oder *wenigstens nicht in höherem oder doch in gleich hohem Grade* wie diejenigen, welche die Gültigkeit des Geschäfts als Gläubiger des nämlichen Schuldners bestreiten, einen Anspruch hatte.” Volgens een arrest van 24 Maart 1859 komt het er hoofdzakelijk op aan, of de aldus bevredigde of zekergestelde schuldeischer zijne betere positie werkelijk aan de *bloote gunst des schuldenaars* of aan zijne *eigene vigilantia* dankt, en worden daarbij nog geheel bijzondere onderscheidingen gemaakt, naarmate de begunstigde schuldeischer zich *minus* of *aeque vigilans* als de verkorte heeft bewezen. Zie Schönemann, t. a. p. blz. 56 volg.

vraag of de *concurfus* geopend moet worden reeds verhandeld is en ten gevolge daarvan het „offene Arrest” is afgekondigd. Ook in het nieuwere Pruisische recht kunnen gedane betalingen vernietigbaar zijn. Zij kunnen zonder eenigen twijfel vallen onder het algemeene voorschrift van § 103¹ der Conc. Ordn. van 8 Mei 1855, § 7¹ der wet van 9 Mei 1855. Uit het aanwezig zijn van § 100, 101 Conc. Ordn. mocht het tegendeel niet afgeleid worden. De betalingen, waarvan hier gesproken wordt, werden afzonderlijk vermeld, omdat hier, in tegenstelling met het algemeene voorschrift van § 103¹, wegens de omstandigheden, waaronder ze zijn verricht, er geen bewijs van „die betrügliche Absicht” en „die Kenntniz des anderen Theiles” was vereischt. Eene andere meening was het Ober-Tribunal toegedaan (Entscheidungen, Dl. 38, blz. 423). „Als Grund für diese Ansicht wird das geltend gemacht, was die römischen und gemeinrechtlichen Juristen für die Nichtanfechtbarkeit der Zahlungen vorbringen, insbesondere der Satz: *jus civile vigilantibus scriptum est*, sowie die Erwägung, dasz wer sich seines Rechtes bediene, Niemandem ein Unrecht thue, und dasz von einer Bevortheilung der Gläubiger nicht die Rede sein könne, wenn der bezahlte Gläubiger nur erhalte, was ihm gebühre. Diese Ausführung hat aber darum keinen Halt, weil die Anschauung des preussischen Rechtes gerade vermöge der §§ 100 und 101 als eine andere erkannt werden musz, als die des römischen. Das Ober-Tribunal sucht sich nun zwar zu helfen, indem es weiter ausführt, dasz die §§ 100 und 101 ausnahms-

weise unter gewissen Voraussetzungen eine Anfechtung der Zahlungen neu eingeführt haben. Wo ist aber der Anhalt dafür, dass die §§ 100 und 101 die einzigen Fälle der Anfechtung von Zahlungen enthalten? Sie sind schon deshalb nicht die einzigen, weil auch unter der Voraussetzung des § 103 die Anfechtung der Zahlung unzweifelhaft stattfindet" (Meischeder t. a. p. blz. 71 volg.). Zie ter bevestiging van de meening, dat § 7¹ der wet van 9 Mei 1855 ook op gedane betalingen betrekking heeft, nog het voorschrift van § 13 al. 2 derzelfde wet.

§ 1512 van het meergenoemde Saksische Burgerlijk Wetboek sluit de Anfechtungsklage bij betalingen van opeischbare schulden uit.

In de Duitsche Reichs-Conc.-Ordn. vindt men behalve het algemeene voorschrift van § 24¹, waaronder ook gedane betalingen kunnen vallen, nog de bepalingen van § 23. In het eerste lid dezer § worden vernietigbaar verklaard „die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Concursgläubiger Sicherung oder *Befriedigung* gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit als die Handlung erfolgte die Zahlungseinstellung, oder der Eröffnungsantrag bekannt war."

In het tweede lid vinden wij weder als vereischte de *gratificatio* terug. Vernietigbaar zijn „die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Concursgläubiger

eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine *Absicht des Gemeinschuldners ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen*, bekannt war."

In het Engelsche recht, waar de leer der vernietigbaarheid van de „acts of fraudulent preference” met het instituut der *actio Pauliana* overeenkomt, is eene door den schuldenaar gedane betaling vernietigbaar, indien zij is geschied „in contemplation of bankruptcy,” en het karakter draagt eener „fraudulous preference” 1). Zij moet derhalve zijn geschied met vooruitzicht van 't bankroet, eene vrijwillige en duidelijk op het vóór-trekken van eenen schuldenaar gericht zijn geweest 2). Daaruit volgt, dat eene betaling, die de schuldenaar

1) Ik spreek hier natuurlijk slechts van zoodanige betaling, waaraan niet een „act of bankruptcy” is voorafgegaan. Zulk een „act” heeft, even als bij ons de faillietverklaring, invloed op de handelsbevoegdheid des schuldenaars, en wanneer dus eene betaling, door den schuldenaar, na zulk een „act” gedaan, in het Engelsche recht niet wordt in stand gehouden, steunt dit op een anderen grondslag als de *actio Pauliana*.

2) Mit der Gratificationstheorie der älteren Romanisten fällt diese Lehre im Wesentlichen zusammen, allein sie ist consequenter und bewegt sich freier als jene, weil sie auf das Erfordernisz einer *mala fides*, einer *conscientia fraudis* auf seiten des Empfängers der Zahlung von vorn herein gänzlich verzichtet,” Rieszer, t. a. p. blz. 21 volg.

heeft gedaan, *genoodzaakt* door het *aandringen van den schuldeischer*, moet in stand gehouden worden ¹⁾).

Eene wet der Kaap-kolonie (the insolvent law of the Cape of good Hope, enacted by the legislative Council on the 24th. and published in the Government Gazette of the 27th. October 1843) bepaalt in § 84, dat iedere betaling, die een insolvente schuldenaar doet in het vooruitzicht van zijn faillissement, en waardoor hij ten doel heeft den eenen schuldeischer direkt of indirekt boven den anderen voor te trekken, voor eene ongeoorloofde begunstiging moet gehouden worden en daarom nietig moet zijn. De curatoren zijn bevoegd van zulk een bevoordeelden schuldeischer terug te vorderen het bedrag tot hetwelk hij boven de anderen bevoordeeld is. Heeft de insolvente schuldenaar betaald om hierdoor wèl niet den schuldeischer te bevoordeelen, maar zijn borg te bevrijden, dan zal de betaling gelden als eene ongeoorloofde begunstiging van dezen laatste, en zullen de curatoren gerechtigd zijn van den borg het aldus betaalde terug te vorderen (§ 85) ²⁾. § 86 bepaalt, dat echter iedere betaling, ook met vooruitzicht van

1) Zie verder omtrent het Engelsche recht op dit punt, Rieszer t. a. p. en de schrijvers door hem op blz. 43 geciteerd.

2) Rieszer, t. a. p. blz. 34 merkt naar aanleiding hiervan op: „Dasselbe Resultat würde freilich auf einem Umwege erreicht werden können, der vielleicht weniger unjuristisch erscheinen möchte, wenn man nämlich die Rückforderung gegen Denjenigen gestattete, der die Zahlung empfangen, dagegen dessen Klage gegen den Bürgen wieder aufleben liesze.”

't bankroet gedaan, geldig is, wanneer zij is geschied „in the usual and ordinary course of trade and business.” Voor 't geval, dat er ook aan de zijde van den ontvanger kwade trouw is aanwezig geweest, stelt § 88 eene strenge aan 't Engelsche recht onbekende strafbepaling vast. Heeft nml. zulk eene ongeoorloofde bevoordeeling plaats gehad „by or through any collusive arrangement, mutual understanding or common consent, the one to give and the other to get such undue preference,” dan verliest de schuldeischer zijne geheele vordering en krijgt alzoo niet eens een dividend uit de massa. De curatoren moeten dan tegelijk met het instellen der terugvorderingsactie eene uitspraak van 't gerecht tot tenietdoening der schuldvordering provoceren.

HOOFDSTUK IV.

Bewijs.

Omtrent het door de schuldeischers te voeren bewijs der feiten, die voor hen de *actio Pauliana* hebben in 't leven geroepen, heeft de wet geene bijzondere bepalingen gemaakt, en zij zullen dus de gewone, algemeene regelen te volgen hebben, waar zij den rechter willen overtuigen, dat zij door de rechtshandeling van hun schuldenaar zijn verkort, en dat er bij den schuldenaar en zijnen medecontrahent, of bij den eerste alleen, toen de handeling verricht werd, kwade trouw aanwezig was.

Hiertoe zullen alle middelen, die art 1903 B. W. geeft, kunnen strekken, maar uit den aard der zaak volgt dat, voor zooveel *animus fraudandi* en *conscientia fraudis* betreft, welke beide niet van buiten af waarneembaar zijn, een schriftelijk bewijs of een bewijs door getuigen, hier weinig te pas zal komen. Waar

de beide partijen niet van een opgedragen eed de beslissing van haar geschil afhankelijk willen maken, zal de rechter nagaan de omstandigheden, waaronder de handeling is verricht, die òf grond genoeg zullen leveren tot het opleggen van een suppletoire eed ¹⁾, òf, reeds op zich zelve beschouwd, voldoende zullen zijn om zijne overtuiging te vestigen, dat bij het verrichten der rechtshandeling kwade trouw is aanwezig geweest. M. a. w. meestal zal hier slechts van een bewijs door vermoedens sprake kunnen zijn, dat door den wetgever terecht in alle gevallen, waarin „uithoofde van kwade trouw of bedrog tegen eene handeling of akte wordt opgekomen,” is toegelaten ²⁾.

Welke die omstandigheden nu zijn, die zulke vermoedens voor 't bestaan van *animus fraudandi* en *conscientia fraudis* te weeg brengen, dat de rechter daardoor overtuigd wordt, is geheel aan de beoordeeling van dezen laatste overgelaten. Slechts zegt art. 1959 B. W., dat het omstandigheden moeten zijn, welke vermoedens doen geboren worden: gewichtig, nauwkeurig, bepaald en met elkander in overeenstemming ³⁾.

1) Art. 1977 B. W. De rechter kan amts halve aan eene der partijen den eed opleggen, hetzij om daarvan de beslissing der zaak te doen afhangen. . . .

Art. 1978 B. W. Hij kan dat slechts doen in de twee volgende gevallen:

1° indien de vordering of exceptie niet volledig bewezen is;
2° indien dezelve ook niet geheel van bewijs onthloot is.

2) Zie art. 1959 B. W.

3) Het Hof van Gelderland nam 25 Maart 1867 (W. n° 2896) aan,

In enkele gevallen bepaalt de wet zelf de omstandigheden, waardoor de overtuiging van den rechter gevestigd moet worden; ten aanzien van sommige handelingen geeft zij een wettelijk vermoeden voor den animus *fraudandi* en de *conscientia fraudis*, die bij het verrichten er van aanwezig was. Bij sommige categorieën van handelingen spreekt uit de handeling zelve of uit het tijdstip, waarop zij is verricht, reeds zóó zeer de kwade trouw, dat elke handeling, die onder deze categorieën valt, reeds dáárom alleen vernietigbaar moet zijn. En dit is in die mate het geval, dat de wetgever heeft gemeend, dat het zonder resultaat zou zijn den gedaagde hier nog gelegenheid te geven voor zijne goede trouw te pleiten ¹⁾.

dat de debiteur, die, terwijl zijne roerende goederen in conservatoir beslag zijn genomen, een onroerend goed (de aanzienlijkste bate zijns boedels) aan een zijner crediteuren verkoopt, met het recht van wederinkoop en bevoegdheid om als huurder op het goed te blijven (terwijl zijne schuld hem bij de voldoening van den overigens niet te lagen koopprijs wordt in rekening gebracht), handelt ter bedriegelijke verkorting van de rechten der schuldeischers, als in art. 777 K. bedoeld. Hetzelfde is het geval met den crediteur, die aldus het goed koopt.

De Rechtbank te Tiel oordeelde in een vonnis van 7 Februari 1845 (R. B. Dl. 8, blz. 319), dat er een rechtsgeldig vermoeden bestaat, dat een verkoop van roerende goederen door een schuldenaar ter bedriegelijke verkorting van de rechten zijner schuldeischers gedaan is, indien hij verkooper onder den titel van huur in 't bezit der verkochte goederen is gebleven.

1) Art. 1958, 2de lid, B. W. Geen bewijs wordt tegen een wettelijk vermoeden toegelaten, in geval de wet, op grond van dit vermoeden, zekere bepaalde handelingen nietig verklaart,....

Zoo is het bij alle binnen de veertig dagen voor den aanvang van den *concurfus* gedane betalingen van nog niet opeischbare schulden ¹⁾; bij alle verleeningen van pand of hypotheek binnen den tijd van veertig dagen vóór den aanvang van den *concurfus* geschied, indien deze zijn verleend tot waarborg van vóór dien tijd aangegane verbintenissen, of indien zij tot waarborg van binnen voorschreven termijn aangegane verbintenissen toegestaan, maar niet dadelijk bij de oorspronkelijke overeenkomst zijn gevestigd ²⁾. Voorts wordt de *animus fraudandi* van den schuldenaar gepraesumeerd bij alle schenkingen, door hem gedaan binnen den termijn van zestig dagen vóór de opening van den *concurfus* ³⁾. Ten aanzien van schenkingen, gedaan aan sommige den schuldenaar nauwverwante personen, is deze termijn op honderd twintig dagen verlengd.

In alle deze gevallen heeft de wetgever uit de tijdsomstandigheden, waaronder de handeling plaats had, het bestaan der kwade trouw afgeleid ⁴⁾.

1) Art. 773 K.

2) Art. 774 K.

3) Art. 775 K.

4) Dat de wetgever hier in plaats van *nietigheid* eene volstrekte *vernietigbaarheid* had moeten uitspreken, is, na hetgeen wij in het eerste hoofdstuk over het verschil tusschen beiden gezegd hebben, duidelijk. Hoe hij er toe kwam, om op het voetspoor van den Franschen wetgever de handelingen, waarvan hier gesproken wordt, *ipso jure* nietig te verklaren, is mogelijk hierin te zoeken, dat het eene voor ieder duidelijke zaak is, of eene handeling valt onder de categorieën in de artt. 773, 774, 775 K. aangewezen, en, dat daarom eene tusschenkomst van den rechter minder noodig

Bij verwerping eener erfenis door den schuldenaar spreekt uit deze handeling, geheel op zichzelf be-

schijnt. Dat zou overeenkomen met het stelsel, dat volgens Toullier en Troplong in den C. C. wordt gehuldigd. Volgens hen spreekt de C. C. van rescission daâr, waar men de ongeldigheid der overeenkomst niet onmiddellijk uit de vergelijking met de wet bespeurt, zoodat haar voorhandenzijn eerst door den rechter moet worden vastgesteld, van nullité of nullité de plein droit daâr, waar slechts een blik op de wet aan de eene zijde en de overeenkomst aan de andere zijde noodig is om te erkennen, dat de laatste ongeldig is. Verg. tegen Toullier en Troplong, Windscheid, t. a. p. blz. 38 volg. 47 volgg.

Ik neem dus ook in art. 775 K. een wettelijk vermoeden van kwade trouw aan, ofschoon het art. zegt: „al ware het, dat beide partijen in de goede trouw hadden verkeerd.” De geschiedenis der artt. 773, 774, 775 K. laten niet den minsten twijfel over, dat de wetgever in alle deze slechts toepassingen heeft willen leveren van het beginsel in art. 1377 B. W. uitgesproken. De woorden „al ware enz.” moeten dan ook zóó worden opgevat, dat zij nog eens uitdrukkelijk voor dit geval voorschrijven, hetgeen a. c. 1959 al. 2, B. W. in 't algemeen had vastgesteld, nml., dat tegen een wettelijk vermoeden in dit geval geen bewijs wordt toegelaten, dat hier het bewijs der goede trouw niet *kan* geleverd worden. Het is mij dus onmogelijk met Kist in te stemmen, als hij (t. a. p. blz. 93) zegt: „deze bepaling is eigenlijk niet gegrond op het vermoeden van kwade trouw, want zij geldt ook al ware de goede trouw van beide partijen bewezen, maar op de overweging, dat niemand het recht heeft om zijn vermogen door liberaliteiten te verminderen ten koste zijner wettige schuldeischers, wier waarborg in dit vermogen bestaat.” Indien dit juist ware, indien werkelijk de wetgever bij de samenstelling zijner wet, zich door zulk eene overweging had laten leiden, tot welke consequenties had hij dan niet moeten komen! Waarom zou dan ook de termijn, waar het eene schenking geldt, aan de personen, in al. 2 van het art. genoemd, tot op het dubbele verlengd zijn?

schouwd, reeds zulk een zwaar vermoeden van kwade trouw of van met deze gelijkstaande onachtzaamheid, dat de wetgever gemeend heeft deze handeling, wanneer de crediteuren er door benadeeld zijn, niet te mogen in stand houden ¹⁾). Hetzelfde geldt in 't geval, waarvan art. 1024 al. 2 B. W. spreekt.

Ook het Fransche recht, het oude costumierrecht hierin volgende, spreekt in sommige gevallen eene *présomption de droit* voor het bestaan der kwade trouw uit. Zie de artt 446, 447 C. de C., 622, 788 enz. C. C. ²⁾).

In geen rechtsstelsel is men met het stellen van wettelijke vermoedens zoover gegaan als in het Pruisische. „De opstellers der A. G. O. hebben er bedenkingen

1) Zie art. 1107 B. W. en hetgeen wij hierboven daaromtrent opmerkten.

2) Een reglement voor Lyon van 1667 sprak de nietigheid uit van alle overdrachten door den failliet gedaan, zoo zij niet waren geschied ten minste tien dagen vóórdat het faillissement algemeen bekend was. Eene algemeene ordonnantie van 't jaar 1702 stelde even eens eene *présomptie* van bedrog vast voor alle verkoopen en overdrachten, verricht sedert het openbaar zijn van 't faillissement of binnen de tien laatst voorafgegane dagen. Reeds de *coutumes* der Italiaansche handelssteden, o. a. die van Florence, bevatten soortgelijke bepalingen. Zie Naquet, t. a. p. blz. 212 volg. Voor het thans geldende Italiaansche recht verg. art. 555 C. di C.

Het bewijs der goede trouw wordt tegen deze vermoedens ook in het Fransche recht niet toegelaten; verg. art. 1352 C. C. Dit laatste art. wordt door Marcadé uit het oog verloren, waar hij op art. 788 C. C. aantee kent: „nous avons fait observer que, dans les cas de renonciations gratuites, la fraude, par le seul fait du *préjudice*, se *présume de droit* au profit du créancier, *jusqu'à preuve contraire par le débiteur*” (t. a. p. Dl. 3, blz. 161).

tegen gehad, van hem, die van het vernietigingsrecht gebruik wil maken, het bewijs van de bedriegelijke bedoeling des schuldenaars te vorderen. Zij hebben gemeend, naar het schijnt, den tot geldendmaking van het recht geroepen niet zooveel vertrouwen te mogen schenken, om aan te nemen, dat deze met een zoo delicaat begrip als dat der bedriegelijke bedoeling konden omgaan. Tengevolge daarvan hebben zij in eenige gevallen van het bewijs der bedriegelijke bedoeling vrijgesteld, en in andere in plaats van het bewijs daarvan, het bewijs van feiten, die van eene meer uitwendige natuur zijn en in 't oog loopen, als voorwaarde voor de vernietigbaarheid gesteld" ¹⁾.

De wet van 26 April 1835 sprak bij schenkingen ten aanzien van de bedriegelijke bedoeling des schuldenaars hetzelfde rechtsvermoeden uit, dat ook in den *concurfus gold* ²⁾. Bij alle rechtshandelingen onder bezwarenden titel, door den schuldenaar verricht met zijn echtgenoot, met een zijner ad- of descendente of met een der ad- of descendente van zijn echtgenoot, nam de wet het bestaan der kwade trouw aan ³⁾.

1) Meischer, t. a. p. blz. 37 volg. Verg. A. L. R. I. 11, §§ 641—642, 1129, 1130, 1132, 1133; II, 1, § 312; A. G. O. I., 50, §§ 44, 45, 63.

2) Om eene schenking te doen vernietigen, was het voldoende, dat de schuldeischers bewezen, dat de schuldenaar ten tijde der schenking boven zijn vermogen bezwaard was. Hierin werd de bedriegelijke bedoeling van den schuldenaar geacht te zijn opgesloten.

3) Zie § 2 der wet van 26 April 1835 en verg. de critiek van Meischer (t. a. p. blz. 40) op de redactie dezer §.

In het nieuwere Pruisische recht zijn de §§ 100, 101, 102, 103^{2, 3, 4} der Conc. Ordn. van 8 Mei 1855 en de §§ 5, 7^{2, 3, 4, 5} der wet van 9 Mei 1855 aan 't stellen van rechtsvermoedens gewijd.

Bovendien is men, wegens de moeielijkheid van 't bewijs, in het Pruisische recht, waarin de strenge bewijstheorie geldt, hiervan afgeweken, waar het een vernietigingsproces betreft. Terwijl de A. G. O. bepaalde, dat bij contracten onder bezwarenden titel de medecontrahent de insolventie van den schuldenaar moest gekend hebben, bepaalde zij tevens, dat het al of niet bestaan van deze kennis moest beoordeeld worden uit het geheele verloop der handeling, uit de omstandigheden, die daaraan waren voorafgegaan, die ze hadden begeleid of daarop waren gevolgd, in 't bizonder uit den ongeëvenredigden prijs. § 111 Conc. Ordn. van 8 Mei 1855 en § 17 Anfechtungsgesetz bepalen: „Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Anfechtung bleiben die positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise ausser Anwendung. Der erkennende Richter hat, unter Erwägung aller vorliegenden Umstände und unter genauer Prüfung aller beigebrachten Beweise, nach seiner freien, aus dem Inbegriff der stattgehabten Verhandlungen geschöpften, Überzeugung zu entscheiden, ob ein angetretener Beweis als geführt anzusehen sei oder nicht, oder ob es noch der Auferlegung eines nothwendigen Eides bedürfe.”

Ook in de Conc. Ordn. voor het Duitsche rijk is het bewijs der kwade trouw door het stellen van wettelijke vermoedens aanmerkelijk verlicht. Uit het tijdstip,

waarop de handeling is verricht, of uit de nauwe betrekking, die tusschen de partijen bestond, kan de kwade trouw blijken ¹⁾. Tegen deze vermoedens echter wordt het bewijs der goede trouw toegelaten.

In het Engelsche recht is het oordeel daarover, of eene concreete handeling al dan niet het karakter draagt van „fraudulous preference,” al of niet is geschied „in contemplation of bankruptcy”, geheel aan het inzicht van den rechter overgelaten.

De Digestentitel: quae in fraud cred. 42. 8 vermeldt ééne *praesumptio juris et de jure* voor het bestaan van den *animus fraudandi* bij den schuldenaar, in l. 17 § 1. Bij de handeling, waarover l. 19 en l. 20 h. t. spreken, kan het bestaan van den *animus fraudandi* niet bewezen worden.

1) Zie R. Conc. Ordn. § § 23, 24, 25.

HOOFDSTUK V.

Te niet gaan der actie. Verjaring of *déchéance*?

Zoo heeft dan de Nederlandsche wetgever door de bepaling van art. 1377 B. W. er voor gezorgd, dat het eigendomsrecht niet ten nadeele van enkelen, met name van de schuldeischers wordt misbruikt, en verbond hij aldus de billijkheid aan het strenge recht. Maar waar een wetgever op de billijkheid let, moet hij met de grootste omzichtigheid te werk gaan; hij moet nauwkeurig acht geven, hoevèr hij kan gaan in 't behartigen der belangen van enkelen, zonder de belangen van het algemeen uit het oog te verliezen. Hij moet tot het verzoenen van die beide zich bepalen; verder mag hij niet gaan. Anders toch ware het geneesmiddel erger dan de kwaal. Zóó vatte reeds in het Romeinsche recht de praetor, die bij uitnemendheid een orgaan der billijkheid was, zijne taak op. Waar hij de gestrengheden van het *jus civile* verzachtte, stond hij zijne weldaden slechts gedurende een bepaalden, niet te langen tijd toe. Het ging niet aan, door

zijne buitengewone hulp voortdurend al het bestaande op losse schroeven te laten. Rechtszekerheid toch was eene eerste levensvoorwaarde van den staat.

Daarom bond hij dan ook, waar hij den schuldeischers de bevoegdheid verleende eene *jure civili* bestaande rechtshandeling van hunnen schuldenaar ongedaan te maken, die bevoegdheid aan een zekeren termijn. „Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, *intra annum*, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo; . . .” ¹⁾ Na verloop van dat jaar moesten de schuldeischers alles laten, zooals het was, hadden zij geene bevoegdheid meer om de *actio Pauliana* te vragen. ²⁾ Niet het *ongebruikt laten* van hunne bevoegdheid gedurende

1) l. 1 pr. D. quae in fraud. cred. 42. 8.

2) Slechts konden de schuldeischers billijkheidshalve na een jaar van den derde nog opvorderen, voor zooveel deze door de rechtshandeling op dat oogenblik nog verrijkt was: „Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit, iniquum enim praetor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude; idcirco lucrum ei extorquendum esse.”

Van wanneer begint de termijn van een jaar te loopen? Het edict van den praetor bepaalt: van het oogenblik af, dat men van de bedriegelijke handeling heeft kunnen kennis dragen. Moet hier aan eene objectieve mogelijkheid gedacht worden, loopt, m. a. w., de termijn van den dag af, dat het *gestum fraudulosum* is verricht? Zóó is de meening vna Huschke c. s., die dan ook in l. 6. § 44 D. h. t. de woorden „ex die venditionis” verstaan als in 't algemeen het tijdstip van 't tot stand komen der bedriegelijke handeling aanduidende en dan ook van oordeel zijn, dat l. 10 § 18 D. h. t. over eene van de eigenlijke *actio Pauliana* verschillende in *factum actio*

dien tijd verschaft den gedaagde eene exceptie, maar het *verstrijken* van den termijn deed het recht *vervallen*, dat de praetor den schuldeischers slechts gedurende een jaar wilde toekennen.

Evenzoo de Nederlandsche wetgever. Waar hij in sommige gevallen om redenen van billijkheid aan belanghebbenden toestond, van den rechter te vorderen, dat deze eene rechtens bestaande handeling rechtens en feitelijk ongedaan make, heeft hij tevens gezorgd, hiermede niet te ver te gaan, niet ter wille van enkelen het belang van 't algemeen in de waagschaal te stellen. Dit laatste zou 't geval zijn, indien hij vergunde, rechtshandelingen aan te vallen, die reeds honderderlei verhoudingen hebben in 't leven geroepen, die verhoudingen, welke reeds in 't dagelijksch verkeer hebben wortel geschoten, omver te werpen en zodoende een chaos te doen ontstaan. Daarom liet hij, waar hij een vernietigingsrecht verleende, het niet aan den betrokken persoon over, er van gebruik te maken, wanneer het hem goeddunkt, maar beperkte het *bestaan van dat recht* binnen een onveranderlijken, korten termijn ¹⁾.

handelt. Anderen, met wier opvatting ik mij vereenig, meenen, dat beide plaatsen over de *Pauliana actio* handelen. Volgens hen drukt ook het woord „venditio”, in l. 6 § 14 D. h. t., den *verkoop der goederen van den schuldenaar* uit, en loopt van af dezen dag de termijn. Dit zal ook bijna in ieder concreet geval eerst de dag zijn, waarop de „*experiundi potestas*,” de subjectieve mogelijkheid om te bespeuren, of er grond is tot het instellen der *actio Pauliana*, bestaat.

1) Mr. H. Boonacker, in zijn Academisch Proefschrift, voor eenige

Die fatale termijn is voor de vernietigingsacties op grond van dwang, dwaling of bedrog en voor onze *actio Pauliana*, in art. 1490 B. W. op vijf jaren bepaald. De actie „duurt vijf jaren.” Na verloop van dien tijd bestaat zij niet meer. Nog krachtiger drukte het Ontw. van 1820 zich uit in art. 3549: „De rescissie *kan niet meer gevraagd worden*, nadat een vol jaar sedert het verklaren der insolventie zal verlopen zijn” ¹⁾.

maanden te Leiden verdedigd, „Iets over déchéance van rechtsverderingen,” waarvan hij, op mijn verzoek, de welwillendheid had mij een exemplaar toe te zenden, zegt (blz. 23 volg.) het volgende. „En nu zijn er gevallen, waarin de wetgever acties toekent, maar met uitdrukkelijke beperking tot een bepaalden tijd, en wel in dien geest, dat hij het recht beperkt tot dien termijn, omdat het rechterlijk onderzoek naar het bestaan van dat recht moeielijk, ja soms onmogelijk zou zijn, indien beroep daarop na langen tijd was toegestaan. — Doch niet alleen om het moeielijke van het rechterlijk onderzoek, beperkt de wetgever sommige acties tot eenen bepaalden termijn; er zijn ook gevallen, waarin de wetgever à contre coeur eene actie geeft, omdat hij het als eene anomalie beschouwt, hetzij als eene anomalie in zijn systeem, hetzij omdat in een bestaanden rechtstoestand vernietigend wordt ingegrepen en hij ze daarom alleen bij uitzondering toekent en met strenge beperking binnen zekeren tijd.”

1) Art. 1304 C. C., waaruit art. 1490 B. W., met toevoeging van de woorden „daaronder begrepen die, waarvan bij art. 1377 wordt gehandeld” letterlijk is vertaald, gebruikte de uitdrukking „l'action dure dix ans” en Delvincourt teekent (Cours de Code Napoléon. DI. II, blz. 84t) daarop aan: „L'action dure dix ans, dit l'art. 1304, donc après dix ans il n'y a plus d'action.” Hij laat daaraan voorafgaan: „Dans les prescriptions ordinaires l'action n'est pas éteinte *ipso jure*, elle subsiste toujours, quoiqu'elle puisse être rendue inutile par la

De termijn van vijf jaren begint, volgens het voorschrift van art. 1490, telooopen van den dag af, waarop de schuldeischers van de bedriegelijke handeling van hun schuldenaar hebben kennis bekomen.

Voor 't geval eener schenking, in *fraudem creditorum* verricht door den schuldenaar, over wiens vermogen thans de *concursum* is geopend, geeft art. 776 K. eene bijzondere bepaling. Het tweede lid van dat artikel stelt vast, dat in dit geval de bevoegdheid om de *actio Pauliana* in te stellen, „vervalt, zoodra de rekening van de curators, naar aanleiding van art. 885, zal zijn afgelegd.”

prescription, mais il faut que la prescription soit opposée, et si elle ne l'est pas, les juges ne peuvent la suppléer plus qu'une autre exception, mais dans les actions rescisoires l'action est éteinte *ipso jure* après l'expiration du délai.” Zie verder omtrent de praktische gevolgen van het onderscheid tusschen verval en verjaring het pleidooi van Mr. Goudsmit in W. n° 1368.

Het gemis in art. 1304 C. C. van eene verwijzing naar de action Paulienne gaf tot verschil van meening aanleiding. Werde de actie van art. 1167 C. C. door art. 1304 C. C. dan wél door art. 2262 C. C. geregeerd? Verviel zij in tien jaar of verjaarde zij in dertig jaren? Zij, die het eerste beweerden, beriepen zich op de algemeenheid der bewoordingen van art. 1304. Zij, die het laatste volhielden, meenden, dat het zoowel uit den verderen inhoud van art. 1304 als uit de geheele afdeeling, waarin het art. zich bevond, duidelijk was, dat hier alleen eene vernietigingsactie was bedoeld, in te stellen door iemand, die partij bij de rechtshandeling was geweest.” Bij degenen, die de action Paulienne voor een zuivere schadevergoedingsactie houden, is het laatste gevoelen natuurlijk boven allen twijfel verheven.

STELLINGEN.

I.

De *actio Pauliana* is eene *actio in personam*.

II.

Ook door den schuldenaar gedane betalingen kunnen tot de *actio Pauliana* aanleiding geven.

III.

Ten onrechte staan Aubry en Rau de actie van art. 1167 C. C. bij schenkingen, ook zonder den *animus fraudandi* bij den schuldenaar, toe.

IV.

Het kind, in ons land door hier gevestigde ouders verwekt, maar buiten 's lands geboren, nadat de ouders hadden opgehouden hier gevestigd te zijn, is Nederlander.

V.

Art. 79 B. W. is overbodig.

VI.

De eigenaar van den grond is eigenaar van den opstal.

VII.

Het tiendrecht is een zakelijk recht op den grond.

VIII.

Eene verbintenis is niet voorwaardelijk, als zij afhangt van eene reeds gebeurde, doch aan partijen nog onbekende zaak.

IX.

Art. 1507 B. W. strijdt tegen het in 't Nederlandsch burgerlijk recht opgenomen instituut der vrijwaring.

X.

Eene naamlooze vennootschap is geene rechtspersoon.

XI.

De geïndosseerde bij onvolledig endossement kan niet bewijzen, dat dit om de omstandigheden waaronder, of de bedoeling waarmede het is gesteld, hem toch den eigendom heeft gegeven.

XII.

Slechts de curator in het faillissement kan de actie van art. 777 K. instellen.

XIII.

Een vreemdeling, in Nederland zijn verblijf niet houdende, kan niet door een vreemdeling voor den Nederlandschen rechter worden gedagvaard, ter zake van verbintenissen, tusschen hen in Nederland of in een vreemd land aangegaan.

XIV.

Art. 1978 B. W. is een toonbeeld van onjuiste redactie.

XV.

De tweeledige indeeling der misdrijven en straffen in het nieuwe Ontw. van Strafr. is evenmin houdbaar als de drieledige.

XVI.

Het voorloopig ontslag van gevangenen met een verlofpas verdient ten hoogste aanbeveling.

XVII.

Bij eene eventueele herziening van het Wetb. van Strafv. behoort het stelsel van wederspanningverklaring aan de wet, in de procedure tegen afwezend geblevene of ontvluchte beschuldigten, te vervallen.

XVIII.

Het notariaat behoort een vrij beroep te zijn.

XIX.

In het Nederlandsch vertegenwoordigend stelsel behoort de Eerste-kamer der Staten-Generaal te vervallen.

XX.

Verhooging van den accijns op gedistilleerd is geen aanbevelenswaardig middel om het drankverbruik te keer te gaan.

XXI.

Niettegenstaande de tegenwoordige omstandigheden is het voor Nederland niet wenschelijk het vrijhandelsbeginsel te laten varen.

ADDENDA ET CORRIGENDA.

Op blz. 26 moet in plaats van de woorden „zooveel mogelijk van 't geen hun als schuldeischers toekomt” gelezen worden: zooveel mogelijk van 't geen hun nog als schuldeischers toekomt, totdat de vernietigde rechthandeling geheel hare nadeelige gevolgen voor hen verloren heeft.

Op blz. 36, regel 9 v. o., leze men: Zij moet m. i. worden gericht, waar het eene eenzijdige rechthandeling van den schuldenaar betreft, tegen dezen alleen, maar dan ook, waar eene tweezijdige rechthandeling vernietigd moet worden, wat het meest gewone geval is, zoowel tegen hem als tegen den medecontrahent. Zij beide zijn het, enz.

Op blz. 37 moet bij de vonnissen, waarin mijn gevoelen werd aangenomen, nog vermeld worden een arrest van het Hof te Groningen, van 28 April 1868 (R. B. 1869, blz. 701). Daartegenover staat nog een arrest, op 7 Januari 1879 door het Hof te 's Hertogenbosch geveld (R. B. 1879, afd. B. blz. 323).

In de door mij op blz. 58 geciteerde woorden van Simon van Leeuwen bevindt zich klaarblijkelijk een drukfout: „tot agterdeel van zijn Schuldenaers” zal wel moeten gelezen worden: „tot agterdeel van zijn Schuldeysschers.”

Na het afdrukken van dit proefschrift verscheen het zesde deel van Prof. Opzoomers werk: Het Burgerlijk Wetboek verklaard. De bladzijden, die de schrijver hier aan art. 1377 B. W. wijdt, hebben dus, tot mijn spijt, mij niet meer tot gids bij mijnen arbeid kunnen strekken. Maar tot mijn genoegen heb ik slechts op één hoofdpunt, bij Z. H. g. een van 't mijne afwijkend gevoelen gevonden. Die verschillende zienswijze — zij was mij reeds gebleken uit Prof. Opzoomers kleiner werk — betreft de vraag, of een verzuim van vermogensvermeerdering al dan niet tot de actie van art. 1377 kan aanleiding geven. Het, zoo als altijd, scherpzinnig betoog van den Hoogleraar heeft mij echter nog niet van de onjuistheid mijner meening op dit punt overtuigd.

THE HISTORY OF THE

... of the ...

... of the ...

... of the ...

... of the ...

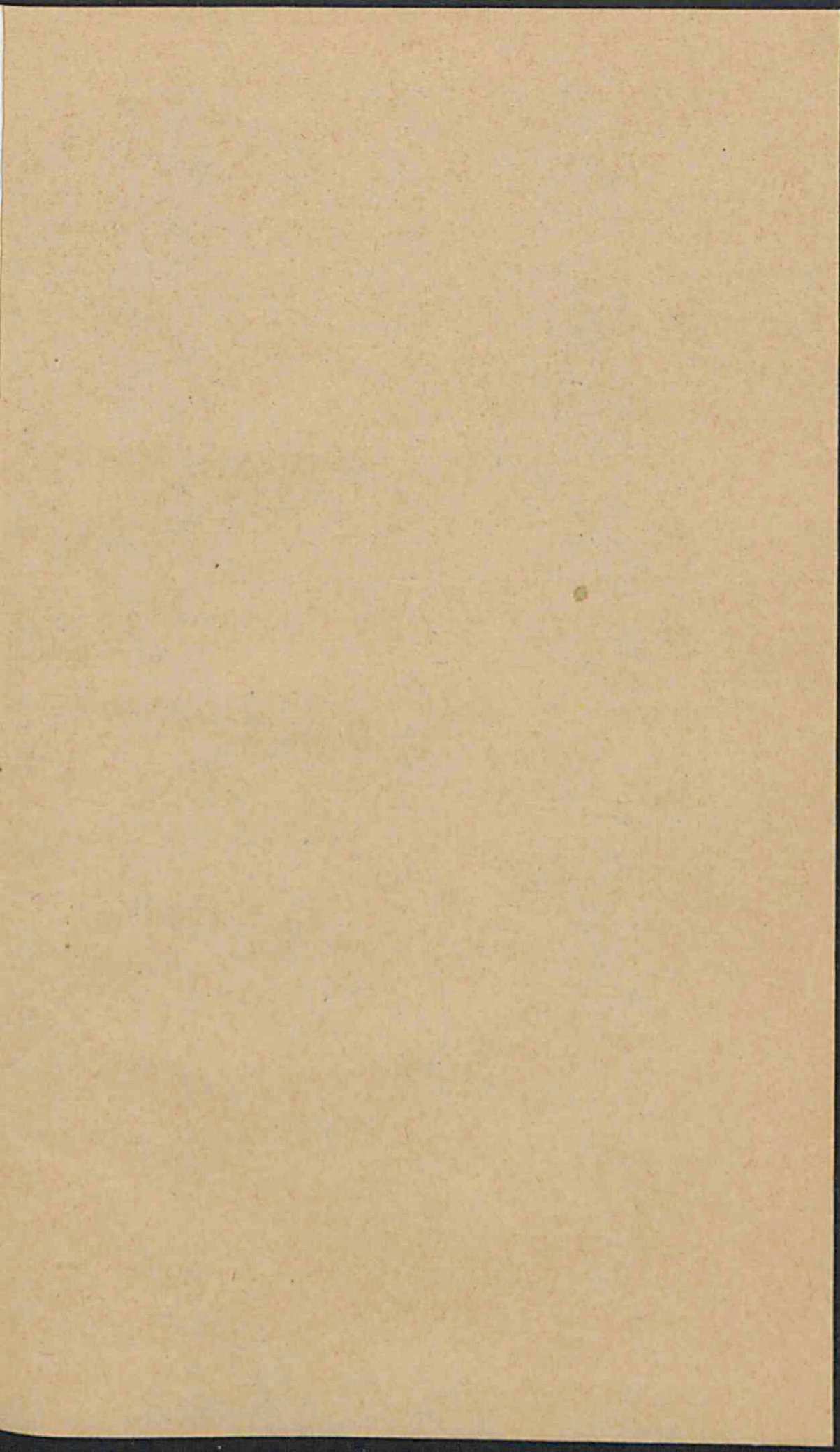
... of the ...

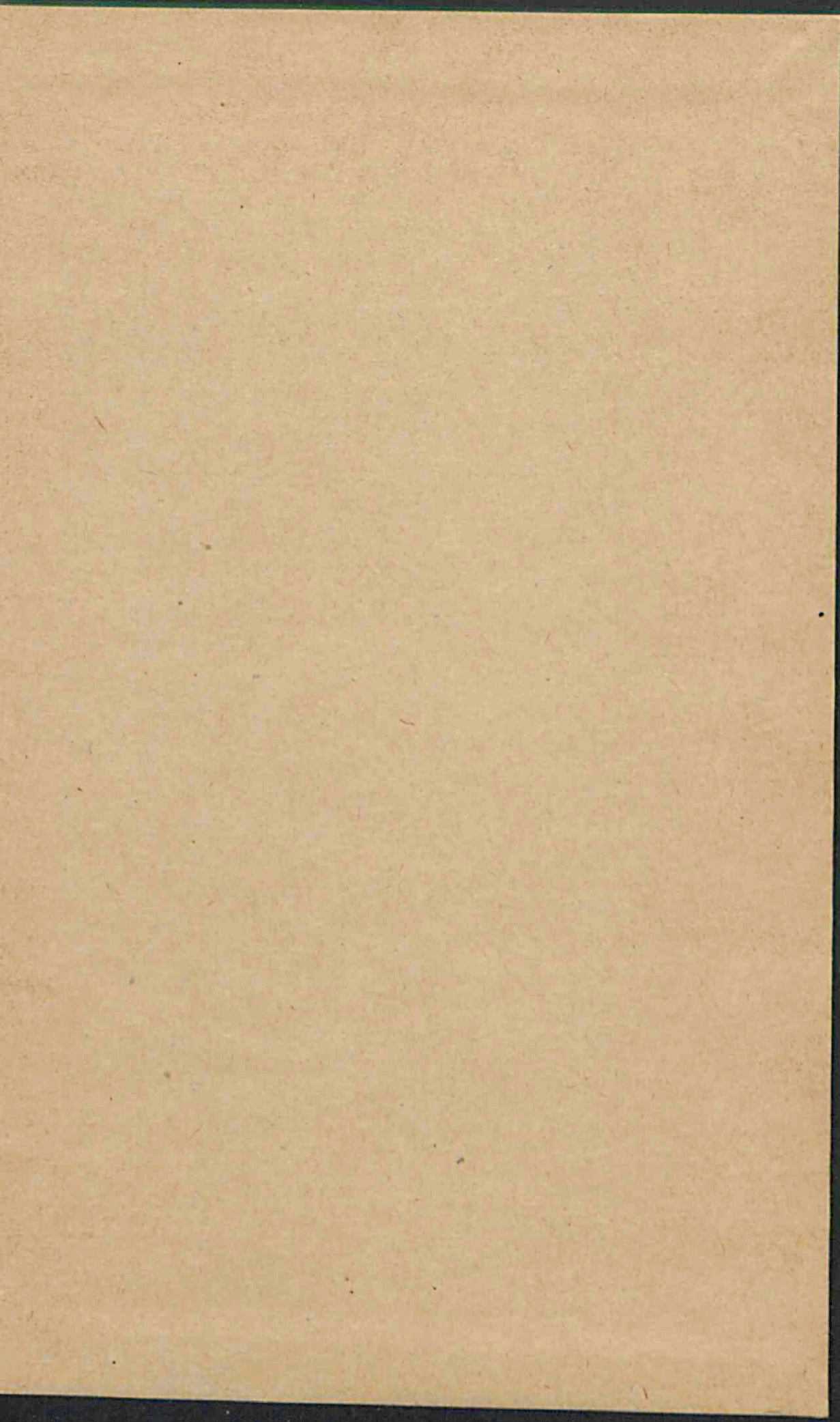
... of the ...

... of the ...

... of the ...

... of the ...





U
1