

Betreft de bedrieglijke handeling de overdracht van een vermogensbestanddeel door de schuldenaar aan een derde, dan bestaat de vergoeding in beginsel hierin dat die overdracht aan de agerende schuldeiser niet tegenwerpelijk is, zodat hij tot tenuitvoerlegging op het overgedragen vermogensbestanddeel kan overgaan.

3. De vordering ingesteld door de schuldeiser op grond van artikel 1167 Burgerlijk Wetboek tegen de derde-verkrijger, strekkende tot de niet-tegenwerpelijkheid aan de schuldeiser van de overdracht van een onroerend goed, verricht door de schuldenaar aan de derde, betreft geen onsplitsbaar geschil.

Het is bijgevolg niet noodzakelijk om de schuldenaar of diens rechtsopvolgers in het geding te betrekken, opdat de pauliaanse vordering ontvankelijk zou zijn.

4. De appelrechters stellen vast dat de pauliaanse vordering werd ingesteld door de eisers tegen de verweerders als derde-verkrijgers van het onroerend goed dat hen door de schuldenaar werd geschonken en oordelen dat aangezien de schuldenaar niet in het geding werd betrokken, zulks “gelet

op het onsplitsbaar karakter van het geding, de niet-ontvankelijkheid tot gevolg [heeft] van de door de eisers ingestelde pauliaanse vordering”.

5. Door op die gronden te oordelen dat de pauliaanse vordering niet ontvankelijk is, verantwoordt zij hun beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent over aan de feitenrechter.

Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

(...)

Noot

De actio pauliana: zelfstandige aanspraak, splitsbare rechtszaak

Gillis Lindemans¹

INLEIDING

1. EEN JUIST BESLUIT NA EEN VERKEERDE GEDACHTEGANG. In het geannoteerde arrest verheldert het Hof van Cassatie de processuele rol van de schuldenaar in een geding betreffende de *actio pauliana* (art. 1167 BW).

Zoals bekend, kan een schuldeiser met een dergelijke pauliaanse vordering een rechtshandeling van zijn schuldenaar niet-tegenwerpelijk laten verklaren als die hem heeft benadeeld in zijn verhaalsrechten. Daartoe is wel een zgn. “subjectief element” in hoofde van de schuldenaar vereist. Dat wordt doorgaans ingevuld als *wetenschap* van benadeling, behalve in bepaalde uitzonderlijke gevallen waarin bedrieglijke intentie wordt vereist (zoals wanneer de bestreden handeling voorafgaat aan het ontstaan van de schuldvordering van de opkomende schuldeiser)². Hoewel met de pauliana een rechtshandeling van de schuldenaar wordt geviseerd, wordt zij ingesteld tegen de partij tot wie de rechtshandeling gericht was. Die laatste wordt wel beschermd als hij te goeder trouw en onder bezwarende titel heeft gekregen³.

De vraag die rees in het geannoteerde arrest, is of ook de schuldenaar op straffe van niet-ontvankelijkheid in het geding moet worden betrokken. In deze zaak vorderde een schuldeiser de niet-tegenwerpelijkheid van de overdracht van een onroerend goed door zijn schuldenaar. In het arrest *a quo* had het hof van beroep van Antwerpen geoordeeld dat de afwezigheid van de schuldenaar “gelet op het onsplitsbaar karakter van het geding” tot de niet-ontvankelijkheid van de pauliaanse vordering leidde. Het Hof van Cassatie heeft dat standpunt van de hand gewezen: de pauliaanse vordering tegen de derde-verkrijger bij een overdracht schept geen onsplitsbaar geschil. Het Hof vernietigt dan ook het bestreden arrest.

Met het *dictum* van het arrest kan worden ingestemd, zij het dat het probleem van de onsplitsbaarheid eigenlijk ten onrechte was opgeworpen door de feitenrechter. Bovendien komt het Hof van Cassatie tot zijn oordeel op grond van overwegingen die wel betwistbaar zijn. Het Hof her-

¹ Doctoraatsbursaal, Instituut voor Handels- en Insolventierecht, KU Leuven. Dank aan prof. J. Vananroye, mevr. E. Vandensande en de heren F. Peeraer en D. Gilis voor hun opmerkingen.

² Zie bv. I. SAMOY, “Over de pauliaanse vordering en de vraag hoe uitzonderlijk de uitzonderingen zijn op de anterioriteitsvoorwaarde” (noot onder Rb. Luik 10 september 2000), *TBH* 2000, (383) 384-385, nrs. 7-8.

³ Zie reeds Cass. 9 januari 1890, *Pas.* 1890, I, p. 59.

haalt immers zijn vaste rechtspraak dat de pauliaanse vordering “*streckt tot vergoeding van de schade die de bedrieglijke verarming van de schuldenaar aan de schuldeiser berokkent*”. Hoewel die zienswijze grote aanhang geniet, bekritiseert de recente rechtsleer ze – terecht – in toene-

mende mate (zie deel 1). Het concept “bevoegdheidsafwending” biedt dan een betere grondslag voor de pauliana (zie deel 2). Die grondslag helpt ook een helder antwoord te formuleren op de vraag of de pauliana een onsplitsbaar geding schept of niet (zie deel 3).

1. DE ONRECHTMATIGE DAAD ALS GEBREKKIGE VERKLARING VOOR DE ROL VAN DE DERDE

2. DRIE VERHOUDINGEN IN TWEE BENADERINGEN. Uit het cassatiearrest blijkt dat de schuldenaar die de beweerdelijk paulianeuze rechtshandeling heeft gesteld, niet op straffe van niet-ontvankelijkheid in het geding moet worden betrokken. De vraag rijst waarom dat zo is. De schuldeiser die zich op de pauliana beroept, ontleent immers zijn recht daartoe aan zijn schuldvordering op de schuldenaar. Waarom is het dan de begunstigde – en niet noodzakelijk de schuldenaar – die moet worden aangesproken? Het antwoord op die vraag kent verschillende varianten, die ruwweg kunnen worden ingedeeld in twee types⁴:

- ofwel wordt geargumenteed dat de derde controle heeft over de paulianeuze handeling en dus *ex ante* ont-raden moet worden eraan deel te nemen, en *ex post* een sanctie moet krijgen als hij er toch aan deelneemt;
- ofwel wordt geargumenteed dat de derde een voordeel heeft gekregen dat om deze of gene reden ongerechtvaardigd is. Het gaat er dan niet zozeer om dat de derde een eigen fout heeft begaan waarvoor hem een sanctie wordt opgelegd, maar eerder om het feit dat er iets niet pluis is met de manier waarop het betrokken goed bij hem terecht is gekomen.

De eerste redenering wordt gevolgd door de stroming die de pauliana ziet als een sanctie op de onrechtmatige daad van de derde. Het is ook deze redenering die het Hof van Cassatie van oudsher, en ook in het geannoteerde arrest, aanneemt. Binnen de tweede categorie valt een andere klassieke stroming, die de pauliana als een toepassing van het algemene rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit* beschouwt. Een recentere visie van de tweede categorie is o.i. de meest accurate: die beschouwt de pauliana als een sanctie op bevoegdheidsafwending. In wat volgt, worden die zienswijzen met elkaar gecontrasteerd.

De juiste grondslag van de *actio pauliana* bepalen, is geen zuiver theoretische oefening. Zo is de kwalificatie van de pauliana onder meer van belang om te weten welke regels van internationaal privaatrecht erop van toepassing zijn, als ook aan welke verjaringstermijn ze onderworpen is⁵. Boven-

dien biedt, zoals we zullen zien, de juiste kwalificatie een heldere materieelrechtelijke onderbouw in de procesrechtelijke discussie of een geschil over een *actio pauliana* onsplitsbaar is (zie deel 3).

3. IS DE DERDE AANSPRAKELIJK VOOR EIGEN OF ANDERMANS FOUT? De gedeelde uitgangspunten van de stroming die de pauliana als een onrechtmatige daad ziet, zijn als volgt: (i) de pauliana veronderstelt een fout die schade heeft veroorzaakt; (ii) de schade die deze fout heeft veroorzaakt, moet worden hersteld; (iii) het herstel kan in dat geval inhouden dat de onrechtmatigheid wordt teruggeschoefd; en (iv) omdat de remedie enkel beoogt de opkomende schuldeisers te vergoeden, is de onrechtmatige handeling enkel tegenover hen niet-gegenwerptelijk.

Hoewel dat doorgaans onderbelicht blijft, bestaat er echter onenigheid onder de verdedigers van de aquiliaanse benadering van de pauliana over *wiens* onrechtmatige daad nu eigenlijk aan de basis ligt van de vordering.

Een eerste strekking is van mening dat de onrechtmatige daad van de derde de grondslag voor de pauliana vormt⁶. Zo zegt De Page: “*Il faut, pour que le tiers puisse être atteint, qu’il ait commis lui-même un quasi-délit. Ce quasi-délit sera la justification de la poursuite dirigée contre lui*”⁷; of nog: “[L’action paulienne] n’est recevable que contre le tiers qui s’est rendu coupable d’un quasi-délit...”⁸.

Die opvatting wordt echter gefalsifieerd door het feit dat de derde te goeder trouw toch kan worden aangesproken als hij om niet verkreeg. De verkrijging om niet kan immers niet worden herleid tot een onweerlegbaar vermoeden van onrechtmatigheid (*infra*, nr. 7). Uiteraard zijn de rechtsgeleerden van deze strekking zich ervan bewust dat het schoentje hier wringt. Zo oordeelt De Page dat de regel bij derdevervaardigers om niet een uitzondering is die gerechtvaardigd wordt vanuit een belangenafweging tussen de derde en de schuldeiser. De regel blijft volgens hem echter dat een onrechtmatige daad vereist is⁹. Vananroye stelt dan weer dat

⁴. Zie ook B. ADLER en M. KAHAN, “The Technology of Creditor Protection”, *U.Pa.L.Rev.* 2013, (1773) 1781.

⁵. P. WÉRY, “L’action paulienne: sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle” (noot onder Cass. 26 april 2012), *RCJB* 2015, (66) 89, nr. 23.

⁶. Zie bv. D. DEVOS, “La réparation du préjudice du créancier demandeur à l’action paulienne” (noot onder Cass. 15 mei 1992), *RCJB* 1995, (317) 320, nr. 4 en de bronnen aldaar; E. DIRIX, “De vergoedende functie van de *actio pauliana*” (noot onder Cass. 15 mei 1992), *RW* 1992-93, (331) 331, nrs. 2-4; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 245, nr. 236.

⁷. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 245, nr. 236.

⁸. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 257, nr. 252.

⁹. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 247-248, nr. 238.

wanneer de derde geen fout kan worden aangewreven, de grondslag moet gezocht worden in de leer van de ongerechtvaardigde verrijking¹⁰. De poging om een grondslag te geven aan de *actio pauliana* middels de onrechtmatige daad van de derde, leidt dus onvermijdelijk tot doctrinair knip- en plakwerk.

Dat de pauliana moet worden gericht tegen de derde, kan dus niet zonder meer worden verklaard doordat hij zelf onrechtmatig zou hebben gehandeld.

Een andere strekking binnen de aquiliaanse stroming ziet de onrechtmatige daad van de *schuldenaar* als grondslag van de pauliana¹¹. Het is deze strekking waarachter het Hof zich in het geannoteerde arrest andermaal lijkt te scharen. Eertijds verwees het Hof naar het bedrog van zowel schuldenaar als begunstigde. Zo oordeelde het Hof in een arrest van 1890: “*Attendu, en effet, que cette action, trouvant sa source dans un quasi-délit, est personnelle, ne se donne contre les coupables ou les complices de la fraude (...)*”¹². Of nog: “*Considérant que l’action paulienne (...) prend sa source dans un quasi-délit...; qu’elle n’est accordée que contre ceux qui ont agi de mauvaise foi*”¹³. Ook kon volgens het Hof wettig worden gezegd dat de faillissementspauliana “*de in gemeen overleg gegroeide wil om aan de bedrieglijk daad deel te nemen*” vereist¹⁴. In zijn recentere rechtspraak vermeldt het Hof echter niet langer de medeplichtigheid van de derde, maar stelt het louter vast dat de pauliana “*strekt tot vergoeding van de schade die de bedrieglijke verarming van de schuldenaar aan de schuldeiser berokkent*”¹⁵.

Tegen deze opvatting is echter op te werpen dat zij de derde aansprakelijk ziet voor *andermans* onrechtmatige daad. Het valt niet goed te zien hoe dat verenigbaar is met de foutaansprakelijkheid van artikel 1382 BW. Men zou kunnen argumenteren dat de begunstigde derde nu eenmaal het risico heeft aanvaard dat de rechtshandeling als paulianeus zou worden aangemerkt, hetzij omdat hij zelf te kwader trouw was, hetzij omdat hij om niet heeft verkregen¹⁶. Die redenering lijkt echter niet helemaal gelukkig. Ze suggereert immers dat eenieder die te goeder trouw om niet verkrijgt een principiële verantwoordelijkheid af te leggen heeft voor het onrechtmatig gedrag van zijn wederpartij, wat niet het

geval is. Risicoaansprakelijkheid, zoals we die kennen bij bijvoorbeeld lastgeving, aanstelling en onderhuur, veronderstelt immers dat de onrechtmatige daad is gepleegd door iemand die (feitelijk) voor de aansprakelijke optreedt¹⁷. Degene die feitelijk handelt, kan door de benadeelde in zekere zin als “verlengstuk” van de aansprakelijke worden gezien. Het lijkt ons daarentegen vreemd om te zeggen dat de paulianeus handelende schuldenaar het “verlengstuk” van de begunstigde is.

Voorts kan tegen die strekking geopperd worden dat een paulianeuze handeling een contractuele wanprestatie kan vormen: de overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar kan immers de paulianeuze rechtshandeling uitdrukkelijk verbieden. Als de pauliana een onrechtmatige-daadvordering zou zijn, zou het quasi-verbod op samenloop een beroep op de pauliana in een dergelijk geval uitsluiten¹⁸. Dat is echter niet het geval. Het is inderdaad zo dat de pauliana kan gericht zijn tegen handelingen die uitdrukkelijk verboden waren door een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar. Het contractuele verbod wordt dan als een verdachte omstandigheid beschouwd¹⁹. Van een samenloopverbod tussen een contractuele bepaling en de pauliana is dan ook geen sprake. De pauliana kan dan ook geen vordering op grond van artikel 1382 BW zijn. Let wel: daaruit kan geen algemene uitspraak worden afgeleid over wat een onrechtmatige daad is. Het samenloopverbod belet dus *niet* dat het paulianeus handelen van de schuldenaar een onrechtmatige daad vormt²⁰. Zo is het ook niet omdat iemand zich contractueel ertoe kan verbinden andermans eigendom niet te beschadigen, dat beschadiging van andermans eigendom conceptueel geen onrechtmatige daad is. Een paulianeus handelende schuldenaar handelt wel degelijk onrechtmatig. Dat maakt de pauliana echter nog geen onrechtmatige-daadvordering.

4. BEVESTIGING IN DE REMEDIE: DE PAULIANA VERGOEDT GEEN SCHADE. Bovendien is het idee betwistbaar dat de pauliana de *schade vergoedt* die door deze daad zou veroorzaakt worden. Daarover zijn de verdedigers van de aquiliaanse visie op de pauliana het nochtans eens: de *actio pauliana* zou recht geven op schadevergoeding, die “*idealiter*” de vorm aanneemt van de niet-tegenwerpelijkheid van de betwiste

10. J. VANANROYE, “Collectieve schade in het faillissement, in het bijzonder bij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige kredietverlening en handhaving”, *TRV* 1999, (152) 161, vn. 58 en 61.

11. Zie bv. S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 233, nr. 326.

12. Cass. 9 januari 1890, *Pas.* 1890, I, p. 59; Cass. 16 mei 1890, *Pas.* 1890, I, p. 210.

13. Cass. 6 november 1902, *Pas.* 1903, I, p. 25.

14. Cass. 9 juli 1953, *Arr. Cass.* 1953, 788.

15. Zie het geannoteerde arrest (eigen benadrukking); zie ook Cass. 25 januari 2013, *Pas.* 2013, I, p. 237; Cass. 26 april 2012, *Pas.* 2012, I, p. 922; Cass. 9 februari 2006, *Arr. Cass.* 2006, 338.

16. Zie in die zin ook S. LOOSVELD, “L’action paulienne: une institution séculière en pleine vogue”, *TBBR* 2001, (153) 167-168, nr. 25; S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat, Pratique du droit*, Waterloo, Kluwer, 2006, 160, nr. 301.

17. Zie S. DE GEYTER, *Organisatieaansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 44, nr. 38. Zie ook R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek Burgerlijk Recht*, III, Antwerpen, Intersentia, 2007, 797, nr. 1430.

18. A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme*, Brugge, die Keure, 2013, 122, nr. 133.

19. Zie bv. Gent 2 januari 2001, *DAOR* 2001, 49, noot L. BALLON; Rb. Brugge 18 maart 2003, *T.Agr.R.* 2004, 39.

20. *Contra*: A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme*, Brugge, die Keure, 2013, 122, nr. 133.

rechtshandeling²¹. Zo bevestigt ook het Hof van Cassatie andermaal in het geannoteerde arrest: “*Betreft de bedrieglijke handeling de overdracht van een vermogensbestanddeel door de schuldenaar aan een derde, dan bestaat de vergoeding in beginsel hierin dat die overdracht aan de agerende schuldeiser niet tegenwerpelij is, zodat hij tot tenuitvoerlegging op het overgedragen vermogensbestanddeel kan overgaan.*”²². De niet-tegenwerpelijheid wordt dus gedegradeerd van het noodzakelijk gevolg naar de meest wenselijke, maar niet vanzelfsprekende, sanctie.

Deze degradatie is echter juridisch niet verdedigbaar. Dat blijkt het duidelijkst wanneer de derde insolvelabel is: de pauliana kan dan ook worden ingesteld tegen het insolvente vermogen (de boedel) van de derde en is dus tegenwerpelij aan diens schuldeisers²³. Als het om een recht op schadevergoeding zou gaan, zou de schuldeiser enkel een schuldvordering in de boedel hebben, onderworpen aan de samenloop²⁴. Het doet dan ook de pauliana onrecht aan haar als een vordering uit onrechtmatige daad te beschouwen. Het pseudo-zakelijk karakter van de pauliana maakt haar immers in zekere zin sterker dan de onrechtmatige-daadvordering. Het is dan ook logisch dat de pauliaanse vordering bij onroerende goederen gekantmeld moet worden in het hypotheekregister²⁵.

Dat neemt overigens, zoals gezegd, niet weg dat een paulianeuze handeling een onrechtmatige daad is. De schuldeiser kan dan ook verkiezen – bijvoorbeeld wanneer niet aan alle voorwaarden voor pauliaanse niet-tegenwerpelijheid is voldaan – op grond van artikel 1382 BW een onrechtmatige-daadvordering in te stellen tegen de schuldenaar of de derde indien die onrechtmatig heeft gehandeld²⁶. De *actio pauliana* van artikel 1167 BW is echter *geen* onrechtmatige-daadvordering.

Kortom, anders dan vaak wordt voorgehouden, is de pauliana (i) geen vordering die haar grondslag vindt in een onrechtmatige daad; en (ii) geen vordering tot vergoeding van schade. Wéry heeft er terecht op gewezen dat deze vergissing kadert in, wat hij noemt, een “dubbele hypertrofie”. Hij bedoelt daarmee de tweeledige tendens om (i) elke rechtsfiguur te gaan zien als een toepassing van de buitencontractuele aansprakelijjkheid; en (ii) elk rechtsherstel dat niet bestaat uit een geldelijke vergoeding te beschouwen als een vergoeding in natura²⁷. De foutaansprakelijjkheid biedt dan ook geen afdoende verklaring voor het feit dat de pauliana niet tot de paulianeus handelende schuldenaar, maar tot diens derde moet worden gericht.

2. DE DERDE, LIJDEND VOORWERP VAN EEN AFWEERRECHT

5. ACTIO PAULIANA, TOEPASSING VAN FRAUS OMNIA CORRUMPIT? Als de derde niet wordt aangesproken op grond van foutaansprakelijjkheid, op welke grond dan wel? Het klassieke alternatief voor de aquiliaanse benadering is die welke de pauliana ziet als een toepassing van het algemene rechtsbeginsel *fraus omnia corrumpit*²⁸. De pauliaanse vordering kan in die optiek enkel met succes worden ingesteld tegen

een schuldenaar die “*een onrechtmatig voordeel [wil] bekomen en, als keerzijde van de medaille, schadelijke rechtsgevolgen doen ontstaan voor zijn schuldeiser*”²⁹. De wetenschap van benadeling die doorgaans door de rechtspraak vereist wordt (zie ook *supra*, nr. 1), zou slechts een weerlegbaar vermoeden van bedrog scheppen³⁰.

²¹ Term gebruikt door I. VERVOORT, “Paulianeuze inbreng in vennootschap” (noot onder Antwerpen 6 maart 2000), *AJT* 2000-01, (552) 554, nr. 3. Zie ook H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 252, nr. 244.

²² Zie ook Cass. 9 februari 2006, *Arr. Cass.* 2006, 338.

²³ C. CAUFFMAN, “Pauliaanse vordering” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV, Kluwer, Mechelen, 2007, www.jura.be, s.p.; M.E. STORME, “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken” in D. DEVOS, X. DIEUX et al., *Het kontrakt en de derden; de externe gevolgen; de derde medeplichtigheid*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1995, (119) 147-148, nr. 13.

²⁴ Betwist is evenwel of een eigenlijke schadevergoeding die gebaseerd is op paulianeus handelen, van een voorrecht kan genieten. Zie M. STORME, *Zekerheden- en insolventierecht*, Deel II en V, Gent-Mariakerke, 2013, 134 en de verwijzingen aldaar.

²⁵ Zie Cass. 25 oktober 2001, *RW* 2002-03, 940; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VII, Brussel, Bruylant, 1957, 982, nr. 1090; C. VAN HEUVERSWEYN, “Paulianabeslag op onroerend goed en pauliaanse vordering” (noot onder Gent 19 december 1995), *T.Not.* 1996, (227) 230.

²⁶ Zie ook M.E. STORME “Een aanvechtbare constructie. De pauliana in het arrest van 9 februari 2006”, *RW* 2007-08, (1497) 1500, nr. 12.

²⁷ P. WÉRY, “L’action paulienne: sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle” (noot onder Cass. 26 april 2012), *RCJB* 2015, (66) 79-80, nr. 14.

²⁸ Zie o.a. P. WÉRY, “L’action paulienne: sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle” (noot onder Cass. 26 april 2012), *RCJB* 2015, (66) 88, nr. 21 en 102, nr. 33; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme*, Brugge, die Keure, 2013, 49-55, nrs. 62-65 en 120-149, nrs. 132-153; A. DELEU en A. SAYDÉ, “La place de l’action paulienne au sein de la procédure fiscale”, *RGCF* 2005, (367) 368; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 575, nrs. 261 et seq. die de pauliana ziet als “*un véritable microcosme de la fraude*” (*ibid.*, 649, nr. 288); L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 299, nr. 244 en 382, nr. 307. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations. De Page. Traité de droit civil belge*, II, vol. 3, Brussel, Bruylant, 2013, 2219.

²⁹ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme*, Brugge, die Keure, 2013, 51, nr. 62.

³⁰ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht. Autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme*, Brugge, die Keure, 2013, 52, nr. 62.

De voorvechters van de zienswijze dat de pauliana een toepassing is van het beginsel *fraus* hebben alvast de tekst van artikel 1167 BW aan hun kant, dat wel degelijk spreekt van *bedrieglijke* benadeling³¹. Toch lijkt deze opvatting verkeerd, om verschillende redenen.

Ten eerste is wetenschap van benadeling geen noodzakelijke, en evenmin een voldoende voorwaarde voor bedrieglijke intentie. Men kan immers de intentie hebben om schuldeisers te benadelen, zonder dat men enige kennis heeft die dergelijke benadeling waarschijnlijk of zelfs maar aannemelijk maakt. Omgekeerd is het perfect mogelijk wetenschap van benadeling te hebben, zonder dat die benadeling ook gewenst of bedoeld is. Men ziet dus niet goed in waarom wetenschap van benadeling noodzakelijk een aanwijzing van bedrog zou zijn.

Dat wetenschap van benadeling een graadmeter van bedrieglijke intentie zou zijn, strookt ook niet met de manier waarop de nagenoeg unanieme Belgische rechtspraak de problematiek benadert. Die beschouwt wetenschap van benadeling overwegend als een zelfstandige invulling van het subjectief element, naast (en niet als bewijsvermoeden voor) bedrog. Er wordt, met name wanneer de handeling “abnormaal” is, genoeg genomen met een “(behoren te) weten”³². Daarbij wordt niet nagegaan of de schuldenaar een ander motief had dan het benadelen van schuldeisers³³. De “objectieve invulling” van het subjectief element wordt in deze rechtspraak dus niet ondergeschikt gemaakt aan de “subjectieve invulling”. Andere rechtspraak leidt bedrieglijke intentie achter de handeling dan weer af uit de afwezigheid van een legitieme doelstelling, zonder de abnormaliteit ervan te toetsen³⁴. De rechtspraak beschouwt wetenschap en intentie blijkbaar als alternatieve toetsingsgronden met een eigen invulling, en maken wetenschap geen *proxy* voor intentie.

Een ander, pragmatisch bezwaar, is dat de pauliana erg aan kracht inboet wanneer per definitie bedrieglijke intentie vereist is om haar toe te passen. De derde-begunstigde kan de dans ontspringen – zelfs al toont de schuldeiser aan dat de handeling abnormaal was en met wetenschap van benade-

ling is gesteld – wanneer hij kan aantonen dat de schuldenaar een andere beweegreden had dan het oogmerk om een onrechtmatig voordeel te bekomen en daarbij anderen te schaden. De bewijsdrempel voor de benadeelde schuldeiser ligt hier dus wel erg hoog³⁵.

6. DE PAULIANA ALS VEILIGHEIDSSLOT OP HET ONDERPAND VAN PERSOONLIJKE RECHTEN. Het o.i. meest accurate antwoord op de vraag waarom de derde (en niet noodzakelijk de schuldenaar) moet worden aangesproken, voert ons terug naar de *summa divisio* van ons vermogensrecht: het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten. Een persoonlijk recht is een gedragsregel opgelegd aan (de titularis van) een *ander* vermogen. Het kan enkel worden “gerealiseerd” – omgezet in het werkelijke voordeel dat de schuldvordering inhoudt – via dat ander vermogen. De zakelijk gerechtigde heeft daarentegen “iets reëls”: zijn recht beantwoordt aan een “niet-recht” in elk ander vermogen. Zo impliceert een recht van vruchtgebruik dat het vermogen van de blote eigenaar het eigendomsrecht bevat *minus* het vruchtgebruik. In het Frans komt dat onderscheid taalkundig beter tot zijn recht: “*un droit réel*” is een reëel “hebben”, terwijl “*une créance*” een hoopvolle verwachting is, een claim op toekomstige realisatie³⁶. Enkel via dat verschillend voorwerp kunnen zakelijke en persoonlijke rechten worden onderscheiden op een manier die erg steek houdt³⁷.

Omdat persoonlijke rechten slechts een claim geven op een toekomstige realisatie, strekt, zoals bekend, het hele vermogen van de schuldenaar tot waarborg voor zijn schuldeisers³⁸. Deze waarborg mag uiteraard niet worden uitgehold door de schuldenaar. Daarom verbindt ons recht aan elke verbintenis het accessoire verbod het verhaalsrecht van de schuldeiser met paulianeus inzicht uit te hollen. Het Burgerlijk Wetboek verwoordt dat verbod door te verwijzen naar het actiemiddel van de schuldeisers bij schending ervan: de *actio pauliana* (art. 1167 BW). De wetgever heeft zich dus ertoe beperkt een remedie ter beschikking te stellen waarmee de schuldeiser de inbaarheid van zijn schuldvordering kan beschermen³⁹.

³¹. Zie ook S. BAR en C. ALTER, *Les effets du contrat*, Waterloo, Kluwer, 2006, 133, nr. 239.

³². Zie o.a. Cass. 15 maart 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 969; Cass. 26 oktober 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 282 (*mutatis mutandis* subjectief element derde-begunstigde); Luik 21 oktober 2014, *NJW* 2015, 858; Bergen 23 juni 2014, *DAOR* 2015, 124 (samenvatting); Brussel 20 november 2013, *Fiscoloog* 2014, 12 (samenvatting C.B.); Luik 21 maart 2011, *JLMB* 2011, 1830; Antwerpen 16 november 2009, *NJW* 2010, 668; Antwerpen 29 juni 2009, *NJW* 2010, 700; Antwerpen 22 mei 2007, *RW* 2009-10, 928, noot (“*bedrieglijke karakter (...) minstens het gegeven dat hij hoorde te weten (...)*”); Brussel 30 oktober 2001, *RPS* 2002, 88; Brussel 11 oktober 1999, *RPS* 2000, 146; Luik 28 juni 1996, *Pas.* 1995, II, p. 100; Antwerpen 19 maart 1996, *Not.Fisc.M.* 1997, 209, noot L. VAEL; Kh. Brugge 6 juni 2011, *RW* 2012-13, 671; Rb. Brugge 18 maart 2003, *T.Agr.R.* 2004, 39; Kh. Dendermonde (afd. Aalst) 9 december 1997, *TRV* 1998, 325, noot S. LOOSVELD. Zie ook A. VAN OEVELEN, “Kroniek van het verbintenisrecht (1993-2004)”, *RW* 2004-05, (1641) 1662, nr. 43.

³³. *Contra*: uitzonderlijk wordt het unieke motief om schuldeisers te benadelen gekoppeld aan het abnormale karakter van de handeling, zie Kh. Bergen 27 februari 2014, *TBBR* 2014, 411.

³⁴. Gent 29 maart 2012, *NJW* 2013, 316, noot M. BEYER en M. TISON; Antwerpen 7 oktober 2004, *RABG* 2007, 45, noot S. LOOSVELD (geen intentie want legitieme reden).

³⁵. Zie ook J. VANANROYE en L. MARIËN, “*Fraus* en schuldeisersbenadeling in het ondernemingsrecht” in A. DE BOECK, I. SAMOY, S. STIJNS en R. VAN RANSBEECK (eds.), *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 122, nr. 12.

³⁶. S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parijs, LGDJ, 1960, 22, vn. 38.

³⁷. Zie ook C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 83-84, nr. 73.

³⁸. Art. 7-8 Hyp.W.

³⁹. Zie ook L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 380, nr. 306.

Het uitgangspunt blijft echter dat de titularis van het bezwaarde vermogen alles is toegestaan, wat hem niet verboden is. Het verbod op paulianeus handelen is dus een uitzondering op dat principe⁴⁰. Het is het resultaat van een afweging tussen het principiële vrije beschikkingsrecht van de schuldenaar tegenover de verhaalsrechten van de schuldeisers⁴¹. Met een rechtseconomische term heet het dat de pauliana een “*modified property rule*” is: het laat de bevoegdheid om aanspraken over vermogensbestanddelen over te dragen op zich onverlet, maar onderwerpt die aan een aantal voorwaarden⁴². In die zin heeft elk rechtssubject op wie een verbintenis rust een “negatief-functionele bevoegdheid”. De principiële beschikkingsvrijheid van het rechtssubject wordt begrensd door zijn hoedanigheid als schuldenaar⁴³. Schendt de schuldenaar die grenzen, dan begaat hij *bevoegdheidsafwending*⁴⁴. Het gaat hier uiteraard niet om de bevoegdheidsafwending in de gebruikelijke zin van het woord – d.i. het onrechtmatig gebruik van een *gedelegeerde* (bewinds)bevoegdheid – maar om de afwending van een eigen bevoegdheid, een eigen “kunnen en mogen” over zijn vermogen⁴⁵.

7. WAAROM HET VERMOGEN VAN DE DERDE WORDT AANGESPROKEN EN NIET DAT VAN DE SCHULDENAAR. De vaststelling dat de pauliana een sanctie is op bevoegdheidsafwending, maakt duidelijk waarom zij moet worden ingesteld tegen de derde, en niet noodzakelijk tegen de schuldenaar. De *actio pauliana* doet immers geen nieuwe rechtsband ontstaan (een vergoedingsaanspraak), maar is gewoon de afdwinging van de *oorspronkelijke rechtsband* (de schuldvordering op de schuldenaar)⁴⁶. De pauliana is met andere woorden eerder een afweerrecht dan een vergoedingsrecht⁴⁷. Als de schuldenaar een rechtshandeling heeft gesteld die zijn functionele bevoegdheid tegenover een schuldeiser te buiten gaat, dan kan die schuldeiser de rechtshandeling aan hem niet-gegen-

werpelijk laten verklaren en het voorwerp van die rechtshandeling “volgen” tot bij de derde. In die zin is de pauliana voor persoonlijke rechten wat het “volgrecht” (beter: de onwerkzaamheid) is voor zakelijke rechten:

- wanneer een rechtssubject een daad van beschikking stelt terwijl het daartoe niet de zakenrechtelijke bevoegdheid heeft (bv. de verkoop door een niet-eigenaar), wanneer het dus *beschikkingsonbevoegd* handelt, is die daad zakenrechtelijk *niet werkzaam*⁴⁸;
- wanneer een rechtssubject een rechtshandeling stelt die de negatieve bevoegdheidsbeperkingen overschrijdt die op het beheer van zijn vermogen rusten door zijn hoedanigheid van schuldenaar, wanneer het dus *bevoegdheidsafwending* pleegt, is die daad *niet-gegenwerpelijk* aan de opkomende schuldeiser.

Het vermogen van de derde moet dus gezien worden als het “lijdend voorwerp” van de bevoegdheidsafwending door de schuldenaar. De rechtstreekse afdwinging tegenover de derde is bij de pauliana overigens een feitelijke noodzaak, omdat de verhaalsrechten van schuldeisers maar zover reiken als het vermogen van hun schuldenaar kan dragen. Wanneer schuldeisers geschaad worden in hun verhaalsrechten, biedt een bijkomende vergoedingsaanspraak op de schuldenaar weinig soelaas: diens vermogenskalf is al verdrongen⁴⁹.

Wat dan met het vereiste dat de derde ofwel om niet moet hebben verkregen, ofwel te kwader trouw was? Deze regel is eigenlijk de keerzijde van derdenbescherming tegen de gevolgen van bevoegdheidsafwending, een exceptie, net zoals die bestaat tegen de gevolgen van beschikkingsonbevoegdheid⁵⁰. De derde te goeder trouw wordt beschermd tegen de bevoegdheidsafwending van zijn wederpartij, tenzij hij om niet verkregen heeft. Omdat de derde in dat laatste geval louter een voordeel wil behouden (*certat de lucro captando*), is zijn belang ondergeschikt aan dat van de opko-

⁴⁰ Zie C. CAUFFMAN, “Pauliaanse vordering” in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, IV, Kluwer, Mechelen, www.jura.be, s.p.

⁴¹ I. VERVOORT, “Paulianeuze inbreng in vennootschap” (noot onder Antwerpen 6 maart 2000), *AJT* 2000-01, (552) 554, nr. 12.

⁴² S. ROSE-ACKERMAN, “Inalienability and the Theory of Property Rights”, *Columbia Law Review* 1985, (931) 949-950.

⁴³ Zie ook J. VANANROYE, *Organisatierecht: werfbezoek aan een onvoltooide piramide*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 27, nr. 14.

⁴⁴ N. GEELHAND, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, II, Gent, Mys & Breesch, 1994, 793-794, nrs. 1994 en 1995; M.E. STORME, “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken” in D. DEVOS, X. DIEUX *et al.*, *Het kontrakt en de derden; de externe gevolgen; de derde medeplichtigheid*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1995, (119) 150-151, nr. 15; V. SAGAERT, “De gevolgen van de *actio pauliana* en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking”, *TBBR* 2001 (569) 581, nr. 19. Zie ook S. ROSE-ACKERMAN, “Inalienability and the Theory of Property Rights”, *Columbia Law Review* 1985, (931) 950.

⁴⁵ Zie W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Brussel, Bruylant, 1962, 110, nr. 73.

⁴⁶ Zie M.E. STORME, “Een aanvechtbare constructie. De pauliana in het arrest van 9 februari 2006”, *RW* 2007-08, (1497) 1498, nr. 3; zie ook M.E. STORME, “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken” in D. DEVOS, X. DIEUX *et al.*, *Het kontrakt en de derden; de externe gevolgen; de derde medeplichtigheid*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1995, (119) 146-148, nr. 13.

⁴⁷ Zie ook M.E. STORME, “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken” in D. DEVOS, X. DIEUX *et al.*, *Het kontrakt en de derden; de externe gevolgen; de derde medeplichtigheid*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1995, (119) 146-148, nr. 13.

⁴⁸ Zij het dat (i) materiële handelingen meestal onomkeerbaar zijn aangezien de kapitaalwaarde is aangetast; en (ii) rechtshandelingen soms toch standhouden als de derde-verkrijger beschermd wordt. Zie R. JANSEN, *Beschikkingsonbevoegdheid*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 13, nrs. 14 *et seq.*

⁴⁹ Zie B. ADLER en M. KAHAN, “The Technology of Creditor Protection”, *U.Pa.L.Rev.* 2013, (1773) in het bijzonder 1794 *et seq.*

⁵⁰ Zie ook M.E. STORME, “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken” in D. DEVOS, X. DIEUX *et al.*, *Het kontrakt en de derden; de externe gevolgen; de derde medeplichtigheid*, Brussel, Vlaams Pleitgenootschap, 1995, (119) 155, nr. 16.

mende schuldeiser, die een nadeel wil vermijden (*certat de damno vitando*)⁵¹. De derdenbescherming tegen *bevoegdheidsafwending* is dus zwakker dan de derdenbescherming tegen *beschikkingsonbevoegdheid* (wellicht omdat de sanctie bij de pauliana minder ver gaat).

Men zou met Ginossar echter kunnen argumenteren dat de derde die om niet verkregen heeft onweerlegbaar vermoed wordt te kwader trouw te zijn⁵². Dat kan echter niet worden volgehouden, nu de rechtsgevolgen van een succesvolle pau-

liana tegen de verkrijger te goeder trouw anders zijn dan die tegen de verkrijger te kwader trouw⁵³. Zo moet de derde enkel als hij te kwader trouw is de vruchten afstaan die het voorwerp van de paulianeuze handeling heeft opgeleverd⁵⁴. Deze voordeelafdracht is een sanctie die ook in andere rechtsfiguren terugkomt en kan niet herleid worden tot aansprakelijkheid voor schade uit onrechtmatige daad (de vruchten zijn immers geen schade)⁵⁵.

3. ONSPLITSBAARHEID EN PAULIANA

8. GESPLETEN RECHTSPRAAK OVER EEN ONSPLITSBAAR GEDING. De kwalificatie van de pauliana als een afweerrecht helpt ook te verantwoorden waarom zij geen geding schept dat onsplitsbaar is ten aanzien van de schuldenaar.

Die verantwoording is nodig, want de splitsbaarheid van de pauliana wordt verre van algemeen aanvaard. Niet alleen kwam het beroepsarrest waartegen de voorziening werd ingesteld tot de tegenovergestelde vaststelling, ook de cassatierechtspraak zelf lijkt op dat vlak geen duidelijke lijn aan te houden. In een cassatiearrest van 19 maart 1998 oordeelde het Hof immers met zoveel woorden dat een geding inzake een pauliaanse vordering tegen de schuldenaar en diens wederpartijen onsplitsbaar is. In dat geding had de schuldenaar te laat cassatievoorziening ingesteld. Echter, door de onsplitsbaarheid van het geding kwam de cassatievoorziening van de wederpartijen ten goede aan de schuldenaar. Het feit dat de cassatievoorziening van de schuldenaar te laat werd ingesteld, leidde dan ook niet tot de niet-ontvankelijkheid van de voorziening⁵⁶.

In wat volgt, wordt geanalyseerd waarom de pauliana wel degelijk splitsbaar is, en het Hof van Cassatie het in het geannoteerde arrest dus bij het rechte eind heeft. Wel is het opmerkelijk dat het begrip “onsplitsbaarheid” eigenlijk irrelevant was in het geding dat aanleiding gaf tot het cassatiearrest. Daarom verduidelijken we eerst wat eigenlijk de inzet van de discussie is.

9. WAAROM ONSPLITSBAARHEID EEN PROBLEEM KAN ZIJN. Volgens artikel 31 Ger.W. is een geschil slechts onsplitsbaar

“wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn”. De wet spreekt van *materiële* onmogelijkheid. Het begrip moet dan ook beperkend worden geïnterpreteerd⁵⁷. Dat in tegenstelling tot vroegere cassatierechtspraak, die ook onsplitsbaarheid aanvaardde als gelijktijdige uitvoering *logisch* ondenkbaar zou zijn⁵⁸.

Het begrip “onsplitsbaarheid” zoals gedefinieerd in artikel 31 Ger.W. is slechts aan de orde in een aantal, in dat artikel genoemde, gevallen. Zo gelden afwijkende verstekregels voor een onsplitsbaar geding dat op de inleidingszitting wordt behandeld (art. 735, § 5 Ger.W.) of in staat wordt gesteld (art. 747, § 2, zevende lid Ger.W.). Bovendien moet in zo’n geval het hoger beroep (art. 1053 Ger.W.), de voorziening in cassatie (art. 1084 Ger.W.) of de herziening van gewijsde (art. 1135 Ger.W.) worden gericht tegen alle betrokken partijen, op straffe van niet-ontvankelijkheid.

Het opmerkelijke aan de hier besproken zaak is dat geen van de voornoemde gevallen waarin onsplitsbaarheid relevant is, aan de orde lijkt geweest te zijn. De partij ten aanzien van wie het geding beweerdelijk onsplitsbaar was, *i.c.* de schuldenaar, was immers helemaal niet (zelfs niet in eerste aanleg) in het geding betrokken⁵⁹. Het concept “onsplitsbaarheid” lijkt dus niet op zijn plaats te zijn. Van onsplitsbaarheid kan immers geen sprake zijn tegenover derden die gewoon nooit in het geding betrokken zijn. De notie van onsplitsbaarheid is dan ook principieel irrelevant bij het instellen van de vordering⁶⁰. De rechter mag een vordering dus niet wegens onsplitsbaarheid niet-ontvankelijk verkla-

⁵¹. Zie H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 248, nr. 238, onder meer bevestigd door Bergen 5 maart 2008, *RGCF* 2008, 379.

⁵². S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Parijs, LGDJ, 1960, 85, nr. 33.

⁵³. Zie V. SAGAERT, “De gevolgen van de *actio pauliana* en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking”, *TBBR* 2001, (569) 577-579, nrs. 11-15.

⁵⁴. Zie de verwijzingen bij V. SAGAERT, “De gevolgen van de *actio pauliana* en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking”, *TBBR* 2001, (569) 579, nr. 14.

⁵⁵. Zie per analogie M. KRUIHOF, “De vordering tot voordeeloverdracht”, *TPR* 2011, (13) 55, nr. 37.

⁵⁶. Cass. 19 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 338.

⁵⁷. Verslag van de heer Charles Van Reepinghen, Koninklijke Commissaris voor de Gerechtelijke Hervorming, *Parl. St.* Senaat 1963-64, nr. 60, 32.

⁵⁸. Zie de rechtspraak besproken bij E. KRINGS en M. STORME, “Preadvies onsplitsbaarheid” in VERENIGING VOOR DE VERGELIJKENDE STUDIE VAN HET RECHT IN BELGIË EN NEDERLAND (ed.), *Jaarboek 1969-1970*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1970, (306) 311, nr. 8.

⁵⁹. Dat blijkt uit het arrest a quo, Antwerpen 2 juni 2014, 2011/AR/1487, onuitg.

⁶⁰. G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Droit judiciaire*, T. 1, Brussel, Larcier, 2014, 425, nr. 545.

ren omdat hij van oordeel is dat bepaalde belanghebbende derden niet gedaagd zijn – uiteraard tenzij er een bijzondere wetsbepaling de betrokkenheid van een partij verplicht⁶¹. Behoudens wettelijke uitzonderingen, kan hij hen ook niet ambtshalve in de zaak betrekken⁶². Derden kunnen alsnog in de zaak worden betrokken door tussenkomst of, achteraf, via derdenverzet⁶³. We nemen dus aan dat in de voorliggende zaak de schuldenaar in eerste aanleg wel degelijk betrokken was in het geding. Het lijkt er dus op dat de feitenrechter ten onrechte de onsplitsbaarheid van het geding heeft opgeworpen om de vordering van de schuldeisers niet-ontvankelijk te verklaren.

10. HET (ON)SPLITSBAAR KARAKTER VAN DE PAULIANA. Dat gezegd zijnde, blijft de vraag of een geschil over een pauliaanse vordering onsplitsbaar is. Stel bijvoorbeeld dat in een geding betreffende een pauliaanse vordering het hoger beroep niet mede gericht is tot een partij die in eerste aanleg wel in het geding betrokken was. In een dergelijk geval is het hoger beroep niet-ontvankelijk als het geschil onsplitsbaar is⁶⁴. Krachtens artikel 31 Ger.W. is, zoals gezegd, de enige relevante vraag in dat verband of de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de onderscheiden beslissingen waartoe het geschil aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn. Toegepast op de *actio pauliana*, rijst dus de vraag of de gelijktijdige tenuitvoerlegging mogelijk is:

- van een beslissing waarbij een *actio pauliana* ten aanzien van de derde gegrond wordt verklaard enerzijds, en een beslissing waarbij zij ten aanzien van de schuldenaar ongegrond zou worden verklaard anderzijds; en
- omgekeerd, van een beslissing waarbij een *actio pauliana* ten aanzien van de schuldenaar gegrond wordt verklaard enerzijds, en een beslissing waarbij zij ten aanzien van de derde ongegrond zou worden verklaard anderzijds.

De eerste hypothese impliceert dat de opkomende schuldeiser bij de derde verhaal kan nemen op het voorwerp van de niet-tegenwerpelijke rechtshandeling. In de ogen van de schuldenaar blijft de rechtshandeling tegenwerpe-lijk jegens de betrokken schuldeiser. Deze laatste vaststelling heeft echter geen gevolg op de tenuitvoerlegging van het vonnis waarin de pauliaanse vordering tegen de derde werd toegestaan. De schuldenaar zelf ondervindt van de tenuitvoerlegging immers geen gevolgen, of hij nu in het geding betrokken was of niet. In de relatie schuldeiser-schuldenaar verandert er eigenlijk helemaal niets. Met of zonder pauliana, het vermogen van de schuldenaar is en blijft het verhaalsobject

van zijn schuldeisers. Toegegeven, de schuldenaar zou gevolgen kunnen ondervinden van het paulianabeslag bij de derde als die laatste op hem regres neemt (waarbij de vraag rijst of regres wel mogelijk is als de pauliana is afgewezen in het geding waarin de schuldenaar partij was). Dat eventuele regres staat echter los van de vraag of de beslissing waarbij de pauliaanse vordering gegrond werd verklaard, materieel kan worden tenuitvoergelegd.

De tweede hypothese betekent dat de schuldenaar moet erkennen dat de litigieuze rechtshandeling niet-tegenwerpe-lijk is aan de opkomende schuldeiser. Dat terwijl de schuldeiser geen verhaal kan nemen op de derde van die rechtshandeling, omdat er in die relatie van niet-tegenwerpe-lijkheid geen sprake is. Maakt dat de gelijktijdige tenuitvoerlegging onmogelijk? Ook hier luidt het antwoord ontkennend. De schuldenaar draagt immers geen rechtstreekse gevolgen van het feit dat een bepaalde rechtshandeling die hij heeft verricht, niet-tegenwerpe-lijk wordt verklaard aan zijn schuldeiser. Hij kan zich er niet op beroepen dat de pauliana gegrond werd verklaard in het vonnis waarbij hij partij was, om verhaal van zijn schuldeiser te ontlopen. Op grond van artikelen 7-8 Hyp.W. is en blijft zijn vermogen immers het verhaalsobject van zijn schuldeiser. De schuldeiser wiens pauliaanse vordering gegrond wordt verklaard, is ook niet verplicht eerst de derde aan te spreken – wel integendeel. Slechts wanneer het vermogen van de schuldenaar is uitgewonnen, dient de schuldeiser zich te wenden tot het vermogen van de derde om daar het voorwerp van de niet-tegenwerpe-lijk verklaarde overdracht uit te winnen. De derde geniet dus een soort “voorrecht van uitwinning”, naar analogie met dat van de borg⁶⁵. Het feit dat verhaal bij de derde niet mogelijk is omdat de pauliana ten aanzien van hem werd afgewezen, verandert daar niets aan.

Kortom, of een beslissing waarin over een *actio pauliana* wordt beslist gezag van gewijsde heeft tegenover de schuldenaar, heeft geen invloed op de vraag of deze beslissing tegenover de derde kan worden tenuitvoergelegd. Dat is ook logisch als we de pauliana als afweerrecht erkennen (zie deel 2). Stelt de schuldenaar een rechtshandeling waarbij hij het verbod op paulianeus handelen overtreedt, dan is die rechtshandeling ten aanzien van de benadeelde schuldeiser aangeta-ast door bevoegdheidsafwending. De pauliana verschaft de benadeelde schuldeiser dan het recht om de litigieuze rechtshandeling niet-tegenwerpe-lijk te laten verklaren en aldus het voorwerp ervan te “volgen” tot bij de derde. De schuldeiser kan aldus de rechten “afweren” die de derde heeft verkregen

⁶¹. Zie art. 1514 Ger.W. inzake revindicatie bij roerend uitvoerend beslag; zie G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Droit judiciaire*, T. 1, Brussel, Larcier, 2014, 425, nr. 545.

⁶². Zie art. 811 Ger.W. Zie voor een uitzondering bv. art. 331*decies*, tweede lid BW inzake afstamming; zie G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Droit judiciaire*, T. 1, Brussel, Larcier, 2014, 425-426, nr. 545.

⁶³. Art. 812 *et seq.* resp. art. 1122 *et seq.* Ger.W. Zie ook G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Droit judiciaire*, T. 1, Brussel, Larcier, 2014, 426, nr. 545.

⁶⁴. Artikel 1053, derde lid Ger.W.

⁶⁵. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, III, Brussel, Bruylant, 1967, 242, nr. 233. Het voorrecht van uitwinning van de derde-begunstigde bij een pauliana is zelfs in zekere zin sterker dan dat van de borg. Zo kan van hem geen voorschot worden gevraagd die de schuldeiser toelaat de schuldenaar uit te winnen; zie F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XVI, Brussel, Bruylant, 1878, 502, nr. 437.

door de bevoegdheidsafwijking van de schuldenaar. Een vonnis waarin een pauliaanse vordering wordt toegekend, behoeft dan ook enkel tenuitvoerlegging bij de derde. De schuldenaar die de paulianeuze rechtshandeling heeft gesteld, blijft eigenlijk vreemd aan deze tenuitvoerlegging.

Het Hof van Cassatie heeft o.i. dan ook terecht beslist dat een pauliaanse vordering geen uitkomsten kan scheppen waarvan de gelijktijdige tenuitvoerlegging materieel onmogelijk is. Dat, nogmaals, hoewel het begrip “onsplitsbaarheid” eigenlijk irrelevant lijkt te zijn voor de concrete zaak die heeft geleid tot het cassatiearrest (*supra*, nr. 9). Hoe dan ook, de pauliana schept dus geen onsplitsbaar geschil.

11. ONDERSCHIED MET *EX ANTE* SCHULDEISERSBESCHERMING. Dat is anders wanneer de schuldeiser een invloed kan uitoefenen op de rechtshandeling die hem dreigt te benadelen. Zo heeft het Hof terecht geoordeeld dat een schuldeiser die is tussengekomen in de vereffening van een huwelijksvermo-

gen op grond van de schuldeisersbescherming van artikel 882 BW ook in hoger beroep in het geding moet worden gehouden⁶⁶. Het recht van tussenkomst op grond van artikel 882 BW is een *ex ante* schuldeisersbescherming (d.i. voordat de betwiste rechtshandeling is voltrokken). Ze vormt een uitdrukkelijke afwijking van de gemeenrechtelijke, *ex post* bescherming (dus nadat de rechtshandeling is voltrokken) die de *actio pauliana* biedt⁶⁷. Aangezien de schuldeiser hier de rechtshandeling zelf kan beïnvloeden, moeten alle betrokken partijen in het geding worden gehouden. Zo kan eenzelfde postcommunautaire onverdeeldheid uiteraard niet tegelijkertijd worden verdeeld volgens twee verschillende verdeelsleutels (bv. 60/40 voor de ene echtgenoot en 50/50 voor de andere)⁶⁸. Tussen hen en de schuldeiser is een geschil over de verdeling dan ook onsplitsbaar. Niet zo bij de pauliana: aan de rechtshandeling zelf verandert helemaal niets; alleen is die per hypothese niet-tegenwerpe-lijk aan een bepaalde schuldeiser.

4. CONCLUSIE

12. DE PAULIANA ALS SPLITSBARE FIGUUR. Het Hof van Cassatie besluit in het geannoteerde arrest terecht dat het geschil over een pauliaanse vordering niet onsplitsbaar is. Het Hof beslecht daarmee een rechtsvraag die merkwaardig genoeg als irrelevant voorkomt in het onderliggende geding. De feitenrechter had immers de onsplitsbaarheid van het geding opgeworpen terwijl, zo lijkt het, geen van de gevallen zich voordeed waarin dat begrip relevant is. Wat er ook van zij, het Hof heeft de rechtsvraag wel correct beantwoord.

Jammer genoeg houdt het wel vast aan zijn zienswijze dat de pauliana een schadevergoedingsactie is. De pauliana is een krachtig afweerrecht waarover een schuldeiser als accessorium van zijn schuldvordering beschikt. Ze schept een quasi zakelijk “volgrecht” dat de gevolgen van de bevoegdheidsafwijking door de schuldenaar ongedaan maakt tegenover de opkomende schuldeiser.

Zo wordt ook duidelijk waarom de pauliana geen onsplitsbaar geding schept. Een geding is immers slechts onsplitsbaar wanneer de daaruit voortvloeiende beslissingen onmogelijk tegelijkertijd kunnen worden tenuitvoergelegd. Welnu, een rechterlijke beslissing waarin de schuldeiser de pauliana wordt toegekend, laat de schuldeiser toe het voorwerp van de overdracht te “volgen” in het vermogen van de derde. De beslissing moet dan ook enkel worden tenuitvoergelegd op het vermogen van de derde – de schuldenaar blijft daar eigenlijk buiten. Van onmogelijke gelijktijdige tenuitvoerlegging is bijgevolg geen sprake.

De pauliana is dus niet alleen in de technische, procesrechtelijke zin “splitsbaar”. Ook in conceptuele zin is het van belang de pauliana af te splitsen, te onderscheiden, van de onrechtmatige-daadvordering.

⁶⁶. Cass. 18 november 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2498.

⁶⁷. Zie art. 1167, tweede lid BW.

⁶⁸. Zie S. MOSSELMANS, “Is een geschil omtrent de verdeling van een geldsom ‘onsplitsbaar?’” (noot onder Cass. 18 november 2002), *P&B* 2002, (140) 142, nr. 5.