

Tilburg University

**Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana**  
van Dijck, G.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Insolventierecht

*Publication date:*  
2006

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Dijck, G. (2006). Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana. *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 12(4), 112-124.

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

(Dit artikel is gepubliceerd in *TvI* 2006/4, p. 112-124.)

Mr. G. van Dijk\*

## **Empirisch onderzoek naar problemen bij de toepassing van de faillissementspauliana**

**In deze bijdrage staat de vraag centraal tot welke praktische problemen de toepassing van de faillissementspauliana leidt. Het inventariseren van deze problemen gebeurt met kwantitatief en kwalitatief empirisch onderzoek.**

### **1. Verantwoording van het onderzoek**

#### *1.1 Aanleiding*

Over de faillissementspauliana bestaat nogal wat (faillissementsrechtelijke) literatuur waarin een aantal (mogelijke) problemen met de toepassing van de faillissementspauliana wordt besproken.<sup>1</sup> Onduidelijk is echter in welke mate ze zich voordoen en wat de ernst ervan is. Voorts is het mogelijk dat er problemen bestaan die niet in de literatuur aan de orde zijn gekomen. Deze aspecten vormen de aanleiding voor een breder onderzoek naar de problemen die zich bij de toepassing van de faillissementspauliana voordoen.

#### *1.2 Onderzoeksvraag en doel van het onderzoek*

Dit breder onderzoek bestaat uit een analyse van de problemen die zich in de uitvoering of toepassing van de faillissementspauliana voordoen. De vraag die dan ook centraal staat, is:

*Tot welke praktische problemen leidt de toepassing van de faillissementspauliana?*

De beantwoording van deze vraag draagt bij aan het krijgen van een beter en volledig beeld van de problemen, alsmede aan het ontwikkelen van oplossingen voor die problemen.

#### *1.3 Enquête (kwantitatief onderzoek)*

Kwantitatief (enquête) en kwalitatief (focusgroepen) empirisch onderzoek is gebruikt om de problemen in kaart te brengen die zich bij de toepassing voordoen. De informatie die in de volgende paragrafen aan de orde komt, is dan ook ontleend aan deze bronnen.

---

\* Als onderzoeker verbonden aan het Centrum van Aansprakelijkheidsrecht en het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg.

<sup>1</sup> De voorstellen om art. 47 Fw op te rekken zijn hiervoor illustratief. Zie voor deze voorstellen en de kritiek erop Vriesendorp 1996; Kortmann/Faber 1996; Winter 1998; Vriesendorp 1999; van Koppen 2000; Huizink 2001; van Koppen 2001.

De enquête is gebruikt om na te gaan in welke mate de verschillende onderdelen van de faillissementspauliana problemen veroorzaken. Daarbij is ervoor gekozen de verschillende criteria en het rechtsgevolg van een succesvolle toepassing (art. 51 Fw) afzonderlijk te toetsen. De criteria die zijn onderscheiden zijn: (i) het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte (rechts)handeling, (ii) benadeling van schuldeisers, (iii) wetenschap van benadeling, (iv) wetenschap van de faillissementsaanvraag en (v) overleg.

Deze criteria zijn getoetst op drie aspecten, te weten onduidelijkheden, bewijsproblemen en geschillen. Voor de verschillende criteria dienden respondenten op een schaal van 1-5 aan te geven in hoeverre de criteria (on)duidelijk en moeilijk danwel eenvoudig te bewijzen zijn, alsmede hoe regelmatig er geschillen over ontstaan. Bij het laatste aspect werd ruimte geboden voor een ander antwoord. Het is immers denkbaar dat geschillen gaan over aspecten die niet de criteria betreffen.

De reden dat van de criteria ook is getoetst in hoeverre deze (on)duidelijk zijn en bewijsmoeilijkheden veroorzaken, is dat dit duidt op problemen. Dat ook is getoetst in hoeverre de criteria geschillen veroorzaken, is omdat een relatief grote hoeveelheid geschillen een indicatie kan zijn voor problemen. Dit kan (transactie)kosten of andere barrières impliceren, maar ook een uitvloeisel zijn van onduidelijkheden en/of bewijsproblemen. Overigens wijzen geschillen op zichzelf nog niet direct op problemen. Waar criteria zijn, zijn geschillen. Waar daarom op is gelet, is de vraag of en waarom bij het ene criterium meer geschillen ontstaan dan bij het andere.

Omdat er in de literatuur weinig is geschreven over de problemen met de rechtsgevolgen van een geslaagd beroep op de faillissementspauliana, is zoveel mogelijk aangesloten bij de kenmerken die in de literatuur zijn gesignaleerd, waarbij de respondenten de mogelijkheid werd geboden om andere problemen kenbaar te maken.

Voor het invullen van de enquête zijn leden van de Vereniging voor Insolventierechtadvocaten (Insolad) benaderd. Veel leden treden op als curator. en deze is exclusief bevoegd tot het instellen van een faillissementspauliana (art. 49 Fw). Het lidmaatschap van deze vereniging zou moeten impliceren dat het lid over voldoende kennis, deskundigheid en inzicht op het terrein van het insolventierecht beschikt om adequaat over de materie te kunnen discussiëren. Zo stellen de statuten en het huishoudelijke reglement van Insolad eisen aan haar leden wat de deskundigheid (permanente opleiding) en het minimum aantal aan insolventierecht te besteden uren betreft.<sup>2</sup>

De elektronische enquête leverde na rappel en het verstrekken van een schriftelijke variant op het Insoladcongres in 2005, een respons op van 33% (n=173). Hiervan heeft één respondent de vragen niet kunnen beantwoorden omdat deze geen ervaring had met de faillissementspauliana. Deze is buiten beschouwing gelaten, waarmee het aantal respondenten op 172 komt te staan. In de afgelopen vijf jaren is daarvan 73% (n=126) zowel als curator als adviseur of advocaat van een door de curator aangesproken wederpartij met enige regelmaat met een faillissement in aanraking gekomen, 25% (n=43) uitsluitend als curator, en 2% (n=3) uitsluitend als adviseur of advocaat van een wederpartij.

#### *1.4 Focusgroepen (kwalitatief onderzoek)*

---

<sup>2</sup> Zo moet een lid de door Insolad verzorgde specialisatiecursus met goed gevolg hebben afgelegd, zie artt. 3.2, 3.4, 5.2 en 5.3 van de statuten, alsmede artt. 1.4 en 2.4 van het huishoudelijk reglement.

Daarnaast is kwalitatief onderzoek gedaan. Het is problematisch om aan de hand van uitsluitend een enquête vast te stellen waar bijvoorbeeld de onduidelijkheden, bewijsproblemen en geschillen uit bestaan, en in hoeverre bewijsproblemen of geschillen worden veroorzaakt door onduidelijkheden. Ook is het mogelijk dat de direct betrokkenen op verschillende wijzen met de problemen omgaan.

Om op dergelijke aspecten zicht te krijgen, zijn drie bijeenkomsten gehouden met respectievelijk acht, negen en zes personen. Er is specifiek voor een groepsdiscussie (en niet voor bijvoorbeeld interviews) gekozen. De redenen hiervoor zijn dat dit de kans op sociaal wenselijke antwoorden reduceert, dat groepsdiscussies tot onderlinge vragen en antwoorden leiden die de onderzoeker niet zou hebben bedacht (synergetisch effect), dat gedetailleerde informatie boven tafel komt omdat mensen op elkaar reageren, dat om toelichting kan worden gevraagd en dat kan worden doorgevraagd.<sup>3</sup> De materie is complex zodat de mogelijkheid tot doorvragen gewenst is. Verder kan uit de interactie tussen deelnemers beter inzicht worden gekregen in de ervaringen, belevingen en perspectieven van de deelnemers met de faillissementspauliana.<sup>4</sup>

Er is geprobeerd de focusgroepen zo samen te stellen dat de deelnemers aan de bijeenkomsten een grote groep vertegenwoordigen. Verder is er voor gekozen om de groepen samen te stellen op basis van ervaring. Dat was mogelijk omdat in de enquête was gevraagd naar de ervaring van respondenten met faillissementen.

Andere rubriceringen, zoals aan de hand van het type faillissement of het type schuldenaar, lagen minder voor de hand. Zo is niet bekend of er een verband bestaat tussen een paulianeuze handeling enerzijds en het type faillissement (groot, klein, type sector) of het type schuldenaar anderzijds.

Het is een gegeven dat rechtbanken het beleid hanteren om curatoren allerlei typen (groot/klein van omvang, complex/eenvoudig etc.) faillissementen toe te wijzen. Dit brengt mee dat een curator of adviseur die lang meedraait, allerlei typen faillissementen heeft meegemaakt en daarom inzicht zou moeten hebben in de problematiek die zich zoal voordoet. Bovendien brengt de rubricering op basis van ervaring mee dat curatoren met veel ervaring ook bij veel faillissementen betrokken zijn geweest, zodat zij een relatief groot aantal faillissementen vertegenwoordigen.

Het voorgaande neemt niet weg dat ervaren curatoren, adviseurs en advocaten van wederpartijen anders kunnen omgaan met de faillissementspauliana dan minder ervaren curatoren. Daarom is ervoor gekozen om twee 'ervaren' focusgroepen (n=8 en n=9) samen te stellen en één met personen met relatief weinig ervaring (n=6). Daarbij is getracht een regionale spreiding te krijgen. Tevens is ervoor gewaakt dat niet uitsluitend curatoren en adviseurs van grote of alleen van kleine kantoren zouden worden benaderd. Hiermee is geprobeerd te voorkomen dat eventuele problemen over het hoofd worden gezien die zich regionaal of afhankelijk van het type kantoor voordoen.

Alle 'ervaren deelnemers' aan de focusgroepen gaven aan dat hun praktijk voor minimaal 50% bestaat uit zaken die aan het insolventierecht zijn gerelateerd. Het merendeel trad voorts op als adviseurs en/of advocaat van een wederpartij. Ook de meeste relatief onervaren deelnemers besteedden tussen 50% (of meer) van hun tijd aan insolventierecht als curator, adviseur of advocaat van een wederpartij.

---

<sup>3</sup> Swanborn 2002, p. 187.

<sup>4</sup> Swanborn 2002, p. 193.

## 2. Tendensen en algemene opmerkingen

In de focusgroepen kwam een aantal algemene tendensen en ontwikkelingen aan het licht. Die komen eerst aan de orde.

### *Professionalisering*

In de bijeenkomsten met de ervaren curatoren is opgemerkt dat de aandacht voor de faillissementspauliana over de jaren is toegenomen. Als mogelijke oorzaak wordt genoemd dat curatoren alerter zijn geworden, ondermeer als gevolg van de Insolad-(vervolg)opleiding. Die zou ook meebrengen dat curatoren kundiger zijn geworden in bijvoorbeeld het lezen van een boekhouding en het herkennen en volgen van geldstromen.

Ook banken hebben, beter dan vroeger, in de gaten wanneer een pauliana in beeld komt. Het bewustzijn van mogelijk paulianeus handelen is ook groeiende onder grote bedrijven. Kleine bedrijven (MKB) hebben echter vaak geen idee dat ze evident paulianeus handelen. Volgens een aantal curatoren is het ook moeilijk uit te leggen aan de kleine ondernemer als sprake is van ontoelaatbaar handelen.

### *Drijfveren om paulianeus handelen tegen te gaan*

Curatoren blijken verschillende drijfveren te hebben om paulianeuze handelingen tegen te gaan. Volgens sommigen gaat het uitsluitend om het behartigen van belangen van schuldeisers. Voor anderen speelt ook normbesef mee. Zij gaan daarom soms ook achter benadelende handelingen aan, ook al is de verwachting dat dit niet leidt tot een (wezenlijk) hogere uitkering aan de crediteuren.

### *Instrumentarium te beperkt*

Een belangrijk knelpunt van de bestaande faillissementspauliana is dat een aantal 'grote spelers' vóór faillissement de regie in handen kan nemen zonder dat deze daarover (in faillissement) verantwoording hoeft af te leggen. Vooral banken regelen, al dan niet in overleg met de schuldenaar, veel vóór faillissement. Volgens sommige curatoren hebben zij een draaiboek hoe ze een (toekomstig) failliet moeten aanpakken. Dit draaiboek wordt soms al meer dan een jaar vóór het faillissement erbij gepakt.

Hoewel banken vaak goed saneren en reorganiseren, zien zij de ellende, in de gevallen waarin het misgaat, over het algemeen tijdig aankomen. Zij dienen dan vooral hun eigen belangen door bodemverhuurconstructies toe te passen en onbewerkte voorraden te laten bewerken waar een eigendomsvoorbehoud op rust. Hierdoor worden boedels steeds leger. En hoewel deze ontwikkeling door sommige (vooral de minder ervaren) curatoren wordt gezien als een strijd of spel tussen curator en bank, ervaren de (vooral ervaren) curatoren het als frustrerend dat, door toedoen van de bank en zijn zekerheidspositie, de verdeling van het vermogen eenzijdig uitvalt, dat wil zeggen ten voordeel van de bank.

Bij nogal wat (ervaren) curatoren bestaat de behoefte aan (meer) controle en verantwoording ten aanzien van banken. Die wordt vaak al afgelegd voor de rechtsgeldigheid van de vestiging van zekerheidsrechten en andere juridische constructies die beogen de positie van de bank veilig te stellen, maar deze zou volgens de (vooral ervaren) deelnemers aan de focusgroepen mogen worden uitgebreid. De behoefte aan verantwoording geldt overigens niet alleen voor banken. Ook accountants zouden vaker controledossiers moeten tonen. Een ander voorbeeld is de grootaandeelhouder/directeur die zelf de doorstart regelt van een BV naar een andere

BV van hem. Deze groep van personen weet veel beter dan ‘gewone’ crediteuren hoe de vork in de steel zit. Die ziet immers slechts één keer per jaar en vaak pas na dertien maanden een jaarrekening of verkorte balans en heeft vaak geen benul van wat zich bij de schuldenaar afspeelt.

#### *Afstemming vennootschapsrecht en faillissementsrecht*

Een aantal curatoren komt ingewikkelde vennootschappelijke constructies tegen, die de toepassing van de faillissementspauliana bemoeilijken. In dit kader signaleren enkele curatoren een opkomst van stichtingen, die als tussenstation worden gebruikt om ‘fraude’ mogelijk te maken. In hun adviespraktijk bedenken de deelnemers aan de focusgroepen zelf ingewikkelde (vennootschappelijke) constructies bij het ‘Pauliana-proof’ maken van bepaalde transacties.

Volgens diezelfde curatoren wordt het leggen van dit soort barrières veroorzaakt of mogelijk gemaakt door de flexibilisering van het vennootschapsrecht (bijvoorbeeld het afschaffen van kapitaalbeschermingsregels) en de gebrekkige afstemming daarvan op het vennootschaps- en faillissementsrecht. Anderen vragen zich af of er werkelijk een verband bestaat tussen de flexibilisering en paulianeuze transacties (‘kwaadwillenden worden niet gehinderd door eisen van kapitaalbescherming’). Op basis van de informatie uit de focusgroepen kan dan ook niet worden geconcludeerd dat een (veronderstelde) gebrekkige afstemming van het vennootschapsrecht op het faillissementsrecht (en viceversa) van invloed is op het aantal en type paulianeuze (rechts)handelingen.

#### *Geschillen*

De algemene indruk is dat de aard van de conflicten en discussies sterk afhankelijk is van het type wederpartij. Het verweer van een ‘leek’ stelt doorgaans weinig voor. Voor ondernemers is de Pauliana nogal eens een vreemd beestje. In de top van ondernemingen beschouwt men de verschillende vennootschappen vaak als geconsolideerd, terwijl ondernemers niet begrijpen dat ze paulianeus handelen als ze recht hebben om een betaling af te dwingen maar ‘genoegen nemen’ met het krijgen van zekerheid. De ‘leek’ zal daarom vrijwel standaard ingaan tegen de kwalificatie van een handeling als paulianeus. Daarbij komt dat de schuldenaar het geregeld eens is met de wederpartij.

De ‘huisadvocaat’ is volgens de deelnemers aan de focusgroepen nogal eens niet op de hoogte van faillissementsrecht. Deze vindt de problemen dan lastig en geeft eerder toe (‘regel het maar, het is mij te ingewikkeld’). Sommige advocaten van bedrijven werken onbewust mee aan een Pauliana omdat ze, net als de ondernemer, gericht zijn op continuïteit.

Als een curator zich geconfronteerd ziet met een advocaat die deskundig is op het terrein van de faillissementspauliana, loopt een onderhandeling of procedure vlotter. Men kan het probleem beter kanaliseren en een regeling treffen, waartegenover staat dat verwerpen van dit type wederpartij in de regel lastiger zijn te pareren.

### **3. Onderscheid verplicht-onverplicht**

Een (rechts)handeling is verplicht verricht als er een rechtsgrond aan ten grondslag ligt en de daaruit voortvloeiende verplichting opeisbaar is. Ontbreekt een rechtsgrond of schort het aan de opeisbaarheid, dan is de (rechts)handeling onverplicht verricht.

Volgens de geënquêteerden weten zij (in theorie) wanneer een handeling als verplicht of onverplicht moet worden gekwalificeerd (Tabel 1).

**In hoeverre is duidelijk wanneer een handeling als verplicht of onverplicht dient te worden gekwalificeerd?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	4,2	80,4
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	5,3	76,3

Tabel 1

Slechts voor enkele deelnemers aan de focusgroepen was het niet geheel duidelijk wanneer een handeling als ‘om niet’ moet worden gekwalificeerd (geschiedt een onverplichte zekerheidsstelling ‘om niet?’), of ten opzichte van wie de verplichting geldt (is de verkoop van een bedrijfsauto aan een koper verplicht als de verkoper zich jegens zijn echtgenote heeft verplicht tot verkoop van de bedrijfsauto?).

Curatoren hebben naar eigen zeggen over het algemeen weinig moeite om een handeling (in een concrete situatie) als verplicht of onverplicht te kwalificeren (Tabel 2).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om een handeling als verplicht of onverplicht te kwalificeren?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	6,5	68,7

Tabel 2

Toch ontstaan er volgens 36% van de geënquêteerde curatoren (heel) vaak geschillen over de kwalificatie van een handeling (Tabel 3). Bij advocaten van wederpartijen ligt dit percentage zelfs 15% hoger (51%) (Tabel 3).

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op de kwalificatie van een handeling als verplicht of onverplicht?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	37,3	35,5
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	28,1	50,6

Tabel 3

Conflicten tussen de curator en de wederpartij, zo bleek in de focusgroepen, ontstaan in de regel doordat de wederpartij een andere perceptie heeft van de gebeurtenissen.

Wat voor discussies een curator voert over het onderscheid verplicht-onverplicht, blijkt af te hangen van het type wederpartij. De ‘leek’ is onbekend met het juridische onderscheid verplicht-onverplicht. Met name in concernverband voelen bestuurders zich vaak gedwongen (en daarmee verplicht) op een bepaalde wijze te handelen. Daarbij komt als gezegd dat in de top van ondernemingen men de verschillende vennootschappen vaak als geconsolideerd beschouwt en dat de schuldenaar het (daarom) vaak eens is met de wederpartij. Omdat er een discrepantie bestaat tussen wat de leek en de jurist als verplicht danwel onverplicht beschouwen, komt het voor dat de wederpartij ingaat tegen de kwalificatie van een handeling met een verweer als ‘ik kon niet anders’ of ‘in het kader van de reorganisatie was het al het plan om...’. Dit verweer stelt volgens de deelnemers doorgaans niet veel voor.

Als de wederpartij wordt bijgestaan door een materiedeskundige gaat de procedure over het algemeen vlotter. Het probleem kan beter worden gekanaliseerd en

men komt eenvoudiger tot een schikking. Daar staat tegenover dat de materiedeskundige wederpartij beter verweer voert.

De ‘huis’- of bedrijfsadvocaat is nogal eens onvoldoende op de hoogte van faillissementsrecht. Deze vindt de problemen lastig en geeft eerder toe dan een materiedeskundige. Soms zelfs werkt de advocaat als gezegd onbewust mee aan het creëren van een pauliana omdat de advocaat gericht is op continuïteit van de schuldenaar en mogelijke Pauliana’s over het hoofd ziet.

Verder viel in de focusgroepen op dat in de praktijk wordt getracht een transactie ‘Pauliana-proof’ te maken en dat het onderscheid verplicht-onverplicht in dit kader een belangrijke rol speelt. Of het mogelijk is een handeling ‘Pauliana-proof’ te maken, hangt af van het moment waarop de cliënt met het verzoek komt. Als er financiële problemen zijn, houdt het al snel op. Het verplicht ‘maken’ van een handeling moet gebeuren in een onverdachte periode, anders, zo werd opgemerkt, werk je als advocaat mee aan een paulianeuze handeling. Wat daarbij lastig is, is als je als adviseur een moedermaatschappij vraagt naar een rechtsgrond, die de moeder in eerste instantie niet heeft, maar een aantal dagen ‘opeens’ wél. Als adviseur beginnen dan wel enige twijfels te rijzen en wellicht later ook bij een curator. Een dergelijke rechtsgrond is echter in het algemeen moeilijk te verifiëren.

Het in een onverdachte periode ‘Pauliana-proof’ maken van een (rechts)handeling gebeurt door een rechtsgrond voor een (latere) handeling te creëren. De deelnemers aan de focusgroepen adviseren hun cliënten dit te doen met raamovereenkomsten, intentieverklaringen of algemene voorwaarden. Het meest bekende voorbeeld is art. 20 Algemene Bankvoorwaarden (ABV), dat zekerheidsstellingen als het ware verplicht ‘maakt’, terwijl deze zonder art. 20 ABV onverplicht zouden zijn.

#### 4. Benadeling van schuldeisers

Voor de meeste curatoren, adviseurs en advocaten van wederpartijen is het (heel) duidelijk wat ‘benadeling van schuldeisers’ (in abstracto) inhoudt: 60% van de curatoren beschouwt de inhoud van het begrip als (heel) duidelijk, tegen slechts 13% dat het (heel) onduidelijk vindt (Tabel 2). Voor adviseurs en advocaten van wederpartijen liggen de waarden niet wezenlijk anders: 56% tegen 16% (Tabel 4).

**In hoeverre is het duidelijk wat onder 'benadeling van schuldeisers' dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	13,0	60,4
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	15,8	56,1

Tabel 4

Problematischer is het om (in concreto) vaststellen van benadeling van schuldeisers. Van de geënquêteerde curatoren geeft 37,5% aan dat dit (heel) eenvoudig is, tegenover 20,1% dat het (heel) moeilijk vindt (Tabel 5).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om 'benadeling van schuldeisers' vast te stellen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	20,1	38,5

Tabel 5



Het vaststellen van benadeling blijkt in een aantal situaties niet eenvoudig. Allereerst geldt dat het belangrijk is om over een goede inzichtelijke administratie te beschikken wil een curator benadeling kunnen vaststellen. Daarnaast is het nogal eens moeilijk om de waarde van objecten te bepalen. Met name bij ondernemingen (denk aan merkrechten en goodwill) is dit heel moeilijk. Hierdoor valt een door de curator gestelde benadeling eenvoudig te betwisten. Ook taxateurs komen tot verschillende bedragen. Dit leidt tot bewijsproblemen met en onduidelijkheid over het benadelingscriterium.

De vermogensvergelijking uit Diepstraten/Gilhuis<sup>5</sup> – wat is de financiële situatie nu de benadelende (rechts)handeling heeft plaatsgevonden en hoe had deze eruit gezien als de benadelende handeling *niet* had plaatsgevonden? – wordt door de ervaren curatoren als een hanteerbaar criterium gezien. Een aantal relatief onervaren curatoren had hier naar eigen zeggen meer moeite mee, vooral in de situatie dat de schuldenaar ten tijde van de benadelende (rechts)handeling technisch failliet is (‘de schuldeisers krijgen én kregen niets’).

Tot slot bestaat er, zo bleek in de bijeenkomsten, ook enige verwarring over de zogenaamde voordeeltorekening. In HR Eneca<sup>6</sup> werd bepaald dat ook de mogelijk gunstige gevolgen van een transactie bij de vraag naar de benadeling dient te worden betrokken. Zo rees de vraag of de uitstelregeling van de fiscus benadelend is (kan uitstel in ruil voor zekerheid worden geschaard onder ‘gunstige gevolgen’?).

Er bestaat, kortom, een grijs gebied dat het soms lastig maakt om benadeling aan te tonen en waar eenvoudig discussies over kunnen ontstaan. De moeilijkheid om benadeling te bewijzen heeft gevolgen voor de aard en het aantal geschillen. Maar liefst 60% van de curatoren geeft aan dat er (heel) vaak geschillen ontstaan over ‘benadeling van schuldeisers’. Slechts 14% geeft aan dat er nooit of (heel) weinig geschillen over ontstaan (Tabel 6). Ook hier zijn de percentages bij de adviseurs niet wezenlijk anders: 64% tegenover 7% (Tabel 6).

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op benadeling van schuldeisers?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	14,2	60,4
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	6,7	64,0

Tabel 6

Hoewel het betwisten van en het discussiëren over de benadeling als onderdeel van het ‘spel’ wordt gezien waarin men stelling neemt (‘bewijs het dan maar’), geeft het grijze gebied aanleiding voor relatief veel discussies. Volgens de deelnemers aan de focusgroepen is het eenvoudig om de gestelde benadeling te betwisten. Deels vloeit dit voort uit de onduidelijkheden, maar toch vooral uit de moeilijkheid om goederen, diensten en goodwill te waarderen. Er werd dan ook opgemerkt dat er behoefte is aan duidelijkheid over waarderingvragen.

## 5. Wetenschap van benadeling

<sup>5</sup> HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (Diepstraten/Gilhuis q.q.).

<sup>6</sup> HR 10 december 1976, NJ 1977, 617 (Eneca).

Artikel 42 Fw eist wetenschap aan de zijde van de schuldenaar en de wederpartij. Volgens sommige curatoren komt deze wetenschap in gesprekken met de gefailleerde nogal eens naar boven. Vaak zijn er ook aanmaningen van schuldeisers voorhanden. Deze bronnen leveren over het algemeen voldoende informatie op om wetenschap aan de zijde van de schuldenaar aan te tonen. Een enkele keer komt het voor dat de wederpartij wetenschap aan de zijde van de schuldenaar betwist, hetgeen voor (bewijs)problemen kan zorgen voor de curator, zeker omdat de schuldenaar het geregeld met de wederpartij eens is.

De kern van art. 42 Fw wordt echter gevormd door de wetenschap aan de zijde van de wederpartij. Dit brengt volgens de deelnemers (unaniem) mee dat er een dreiging bestaat van faillissement of financiële problemen. Sommige curatoren vinden wetenschap een moeilijk criterium. De moeilijkheid daarbij is dat een ondernemer positief vooruit kijkt: moet je als ondernemer of wederpartij, hoe optimistisch je ook bent ingesteld, op een bepaald tijdstip rekening houden met omvallen? Veel curatoren blijken dit aspect van de wetenschap anders te beoordelen.

Waarschijnlijk draagt dit gegeven bij aan de geringe onduidelijkheid van het wetenschapscriterium van art. 42 Fw. Voor de meeste curatoren, adviseurs en advocaten is het duidelijk wat onder wetenschap van benadeling moet worden verstaan. Circa 50% vindt het criterium (in theorie) (heel) duidelijk, tegen een krappe 20% dat het (heel) onduidelijk vindt (Tabel 7).

**In hoeverre is duidelijk wat onder wetenschap van benadeling dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	19,0	58,6
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	17,6	48,2

Tabel 7

Opvallender zijn de percentages over de bewijsproblemen. Wat blijkt, is dat de bewijsvermoedens van artikel 43 Fw een cruciale rol spelen om wetenschap van benadeling aan te kunnen tonen (Tabel 8).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van benadeling (art. 42 Fw) aan te tonen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Indien een bewijsvermoeden (art. 43 Fw) van toepassing is?	7,1	66,2
Indien een bewijsvermoeden (art. 43 Fw) NIET van toepassing is?	74,5	4,2

Tabel 8

Mede dankzij art. 43 Fw lukt het aantonen van wetenschap aan de zijde van de wederpartij vooral als het gaat om een ‘insider’, zoals een familielid of vriend. Vaak is het bij iemand met verschillende ‘petten’ binnen een bedrijf ook relatief eenvoudig om wetenschap aan te tonen. Echter, hoe eerder de handeling heeft plaatsgevonden, hoe moeilijker het is om wetenschap van benadeling aan te tonen.

Voorts werd tijdens een focusgroep opgemerkt dat een bewijsvermoeden in de regel het begin van een discussie is, niet het einde ervan. Wat ook aan de orde kwam, was dat discussies over de benadelingsvraag kunnen terugkomen bij de

toepasselijkheid van de bewijsvermoedens. Immers, art. 43 lid 1 sub a Fw vraagt dat de waarde van de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar die van de wederpartij aanmerkelijk overtreft. Wil dit bewijsvermoeden van toepassing zijn, dient zicht te worden verkregen op de waarde van de verschillende prestaties.

Als er géén bewijsvermoeden van toepassing is, kan wetenschap nog wel eens worden aangetoond als er sprake is handelingen die afwijken van wat gebruikelijk is. Het doorvragen naar situaties waarin wetenschap op deze wijze is geobjectiveerd, leverde voorbeelden op waarin ‘alles ineens vooruit wordt betaald’, waarin een huis ver beneden de werkelijk waarde wordt verkocht, of een geval als *Kin/Emmerig*<sup>7</sup>, waarin de vordering anders wordt voldaan dan in geld en de transactie zo ongebruikelijk is dat het evident is dat de wederpartij wetenschap van benadeling had. Andere vormen van objectivering werden in de focusgroepen niet vastgesteld.

Buiten evidente gevallen als deze blijkt men – ook als een bewijsvermoeden van toepassing is – wetenschap vooral aan te tonen aan de hand van (e-mail)correspondentie, verklaringen van getuigen, notities e.d. Ook op andere manieren stuit men op bruikbare informatie. Nogal wat deelnemers aan de groepen houden direct na het uitspreken van het faillissement gesprekken met gefailleerden, werknemers en accountants. Dergelijke informatie leidt wel eens tot het kunnen aantonen van wetenschap, met name van die aan de zijde van de schuldenaar.

Buiten de bewijsvermoedens blijkt het aantonen van wetenschap moeilijk. Dit geldt bijvoorbeeld voor zogenaamde kasrondjes, waarbij A aan B verkoopt en B vervolgens doorverkoopt aan zijn werkmaatschappij voor een veel te hoge prijs. Deze maatschappij gaat hierdoor uiteindelijk over de kop, waarna ‘alles terugkomt bij de moeder’. Ook het aantasten van constructies met ‘afgeslankte ondernemingen’ blijkt soms problematisch. Een voorbeeld is de moedermaatschappij die de schulden in de dochter stopt en de dochter vervolgens failliet laat gaan, waarna de moeder met zogenaamd goede wil alles terugkoopt en weer een nieuwe dochter start. Dergelijke praktijken zouden te meer klemmen omdat schuldeisers zich er vaak niet van bewust zijn dat ze zakendoen met een afgeslankte onderneming.

## 6. Wetenschap van de faillissementsaanvraag

Het blijkt voor curatoren niet eenvoudig om wetenschap van de faillissementsaanvraag aan te tonen (Tabel 9).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om wetenschap van de faillissementsaanvraag (art. 47 Fw) aan te tonen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	38,5	31,4

Tabel 9

Het succes dat curatoren behalen met het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw blijkt op toevalstreffers te berusten. Voorbeelden zijn betalingen aan de interim-manager, die in de regel op de hoogte is van de faillissementsaanvraag, en de schuldeiser die het faillissement aanvraagt maar deze aanvraag vergeet in te trekken nadat hij is betaald. Soms wil het verzoekschrift bruikbare informatie opleveren om wetenschap vast te stellen. Buiten gevallen als deze komt een succesvol beroep op het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw nauwelijks voor.

<sup>7</sup> HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 169 (*Kin/Emmerig q.q.*).

Over het criterium ontstaan in de praktijk weinig geschillen, zeker niet als de wederpartij wordt bijgestaan door een advocaat die in het insolventierecht is gespecialiseerd (Tabel 10).

**Indien er – in of buiten rechte – geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op wetenschap van de faillissementsaanvraag?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	41,4	23,0
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	53,9	14,6

Tabel 10

In de focusgroepen bleek dat het wetenschaps criterium van artikel 47 Fw als vrij ‘zwart-wit’ wordt gezien. Dit maakt ook dat het criterium dan ook relatief duidelijk is (Tabel 11).

**In hoeverre is duidelijk wat onder wetenschap van de faillissementsaanvraag dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	10,1	76,9
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	7,1	75,5

Tabel 11

## 7. Overlegcriterium (samenspanning)

Het overlegcriterium is volgens de deelnemers aan de gehouden bijeenkomsten uitsluitend danwel vooral succesvol in situaties als HR Cikam/Siemon, waarin persoon A zowel betrokken is bij de schuldenaar als bij de wederpartij.<sup>8</sup> Volgens curatoren is het overlegcriterium van art. 47 Fw niet erg bruikbaar. Zodra er een verweer wordt gevoerd, is het eigenlijk gedaan met de mogelijkheid om een beroep op art. 47 Fw te laten slagen. Cijfers bevestigen dit beeld. Uit de antwoorden van de enquête blijkt dat curatoren (76%) het inderdaad (heel) moeilijk vinden om overleg aan te tonen (Tabel 12).

**In hoeverre is het moeilijk danwel eenvoudig om overleg aan te tonen?**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Curatoren	76,3	5,9

Tabel 12

Sommige curatoren voeren art. 47 Fw voor de vorm nog wel ooit primair aan, maar er wordt altijd subsidiair iets anders aan toegevoegd omdat de kans van slagen anders zeer klein is. Anderen zijn gestopt met het aanvoeren van het overlegcriterium.

Geschillen over het overlegcriterium komen volgens 30% nooit of (heel) weinig voor (Tabel 13). Volgens advocaten van wederpartijen ligt dit percentage substantieel lager: maar liefst 45% van de respondenten geeft aan dat zij nooit of (heel) weinig geschillen over het overlegcriterium meemaakt (Tabel 13).

<sup>8</sup> HR 7 maart 2003, NJ 2003, 429 (Cikam/Siemon q.q.).

**Indien er - in of buiten rechte - geschillen ontstaan over de vraag of de wederpartij paulianeus heeft gehandeld, hoe vaak hebben deze betrekking op het overlegcriterium?**

	Nooit / (Heel) weinig	(Heel) vaak
Curatoren	29,6	37,3
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	45,0	24,7

Tabel 13

Ook in de focusgroepen wordt duidelijk dat het overlegcriterium relatief weinig geschillen veroorzaakt. Daar wordt gesteld dat zodra er over overleg verweer wordt gevoerd, er nauwelijks mogelijkheden zijn om een beroep op het overlegcriterium te laten slagen. Dat er toch geschillen over ontstaan, kan te maken hebben met het gegeven dat curatoren ‘voor de vorm’ nog wel eens een beroep op het criterium doen. Dit kan een zeker opportunistische suggesteren: omdat bepaalde handelingen in de ogen van curatoren niet door de beugel kunnen, proberen ze de handeling aan te tasten in de hoop dat de wederpartij niet tegenspuddert. Dit zou tevens verklaren waarom als een wederpartij juridisch wordt bijgestaan, er meer geschillen ontstaan dan als de wederpartij een ‘leek’ is.

Ondanks dat de deelnemers aan de focusgroepen alleen kans op succes zien in gevallen als Cikam/Siemon, stelt toch 25% van de geënquêteerden dat het overlegcriterium (heel) onduidelijk is (Tabel 14).

**In hoeverre is, in de beleving van curatoren, duidelijk wat onder overleg dient te worden verstaan?**

	(Heel) onduidelijk	(Heel) duidelijk
Curatoren	25,4	48,0
Adviseurs en advocaten van wederpartijen	24,6	38,6

Tabel 14

In de focusgroepen kon niet worden achterhaald waarom het overlegcriterium onduidelijk zou zijn. Het is denkbaar dat het negatieve beeld van het overlegcriterium van invloed is op hoe (on)duidelijk men het criterium vindt.

## **8. Rechtsgevolg van een succesvolle toepassing van de criteria (art. 51 Fw)**

Over mogelijke problemen met het rechtsgevolg van art. 51 Fw – de vernietiging – is relatief weinig literatuur verschenen. Daarom is aan de hand van de kenmerken van het rechtsgevolg en wat daarover in de literatuur is geschreven, gevraagd in hoeverre deze kenmerken problemen opleveren. Zo is uit de objectgerichtheid afgeleid dat het rechtsgevolg het nadeel mogelijk niet (altijd) wegneemt. De objectgerichtheid houdt in dat de faillissementspauliana erop is gericht om het object of anders de waarde ervan terug te brengen in het vermogen van de gefailleerde.<sup>9</sup> Een voorbeeld is de verkoop van een machine waardoor het productieproces stil komt te liggen. Met het terughalen van het object (de machine) kan eventueel ander nadeel (gederfde winst of omzet) niet worden vergoed.

De ontwikkeling van het terugdringen van nietig- en vernietigbaarheden<sup>10</sup> gaf aanleiding voor de vraag of er en, zo ja, in welke gevallen behoefte bestaat aan vernietiging (restitutie). Deze mogelijke problemen zijn in de enquête voorgelegd,

<sup>9</sup> Van Koppen 1998, p. 195 e.v.

<sup>10</sup> Hierover Hijma 1998.

waarbij respondenten tevens de ruimte werd geboden om andere problemen kenbaar te maken. Ook in de focusgroepen is gevraagd of het bestaande rechtsgevolg nog andere problemen veroorzaakt.

Van de 183 antwoorden die de 169 respondenten hebben gegeven – het geven van meerdere antwoorden was toegestaan – blijkt inderdaad dat het bestaande rechtsgevolg het nadeel niet altijd (geheel) wegneemt en tot onnodige restitutieverplichtingen leidt, dat wil zeggen: de curator ontvangt goederen die eerst moeten worden verkocht voordat tot uitkering kan worden overgegaan (Tabel 15).

**Functioneert de bestaande sanctie van de faillissementspauliana – de relatieve nietigheid – optimaal?**

Antwoord (per persoon zijn meerdere antwoorden mogelijk)	Aantal (183)	Percentage <sup>11</sup>
Ja	51	27,9
Nee, deze sanctie neemt niet altijd het nadeel (geheel) weg	88	48,1
Nee, deze sanctie leidt tot onnodige restitutieverplichtingen: de curator ontvangt goederen die eerst moeten worden verkocht voordat tot uitkering kan worden overgaan	40	21,9
Nee, om een andere reden	4	2,2

Tabel 15

Volgens 23% van de respondenten komt het (heel) vaak voor dat het rechtsgevolg het nadeel niet (geheel) wegneemt, tegenover 18% dat (heel) weinig in aanraking komt met dit probleem, terwijl 59% er soms mee te maken heeft gehad (Tabel 16). Het percentage respondenten dat (heel) vaak ziet dat het bestaande rechtsgevolg leidt tot onnodige restitutieverplichtingen is 28%. Hier staat tegenover dat 28% hier (heel) weinig mee te maken heeft, en ‘slechts’ 44% soms (Tabel 16).

**Functioneert de bestaande sanctie van de faillissementspauliana – de relatieve nietigheid – optimaal?**

	(Heel) weinig	(Heel) vaak
Hoe vaak neemt de sanctie het nadeel niet weg?	18,1	22,7
Hoe vaak leidt de sanctie tot onnodige restitutieverplichtingen?	27,7	27,8

Tabel 16

Van de overige vier ‘andere redenen’ heeft er één betrekking op onduidelijkheden (‘niet flexibel; onduidelijkheid over rechtsgevolgen vernietiging, vooral indien vernietiging niet wordt "vervolgd"”) en zien er twee op het probleem van de onverhaalbare wederpartij. Verder merkt één respondent op dat bij de vernietiging van een overdracht van een onderneming het de vraag is of de vernietiging jegens het personeel werkt. Het UWV wil dan dat de koper (die na herstel alsnog van de curator koopt) de achterstand in loonverplichtingen ook voorafgaand aan de vernietigde overname voor haar rekening neemt, wat de verkoopbaarheid uit faillissement bemoeilijkt. Tot slot gaf één respondent aan niet te weten waarom het bestaande rechtsgevolg niet optimaal functioneert.

Ook in de focusgroepen was het beeld over het bestaande rechtsgevolg overwegend negatief. Als de onttrokken goederen niet waardevast zijn, zoals registergoederen, levert restitutie over het algemeen weinig op, zeker niet na een lange periode.

<sup>11</sup> Door verschillen in de afronding is het totale percentage in deze tabel 100,1%.

Sommige curatoren zijn daarom bij het formuleren van hun vordering voorzichtig door het daadwerkelijk inroepen van de nietigheid te vermijden. Gedeeltelijk vernietigen en andere oplossingen worden gezien als omwegen. Verder roept het bestaande rechtsgevolg heel soms strategisch gedrag op bij de wederpartij ('roep de nietigheid maar in, je hebt er niets aan').

In een enkel geval lijken curatoren de relatieve nietigheid te prefereren boven schadevergoeding. Het gaat dan om de situatie waarin de wederpartij door de benadelende handeling en het inroepen van de nietigheid slechter af is dan zonder de benadelende handeling. Een voorbeeld is de verkoop met daaropvolgende verrekening: de schuldenaar verkoopt onroerend goed voor € 100.000 aan de wederpartij, die de aankoopprijs verrekent met de vordering van € 25.000 die hij heeft op de schuldenaar. Zonder de verkoop heeft de wederpartij een concurrente vordering van € 25.000. Als de curator de verkoop vernietigt, heeft de wederpartij niet alleen diezelfde concurrente vordering, maar daarbij een concurrente vordering van € 75.000.

Over het algemeen prefereren curatoren schadevergoeding boven vernietiging. De meeste schikkingen resulteren in de regel ook in schadevergoeding. Ideaal zou volgens curatoren zijn als de curator (rechter) kan kiezen tussen schadevergoeding en restitutie. Dat kan nu ook (Pauliana of onrechtmatige daad), maar gebeurt niet of weinig; tijdens de bijeenkomsten bleek dat curatoren vooral de faillissementspauliana inroepen en minder snel de onrechtmatige daad.

## 9. Conclusies en bespiegelingen

De vraag tot welke praktische problemen de toepassing van de faillissementspauliana leidt, laat zich opsplitsen in het oordeel ten aanzien van het instrumentarium als geheel en ten aanzien van de specifieke onderdelen (criteria en rechtsgevolgen).

### *Totaalbeeld*

De faillissementspauliana wordt gezien als een nuttig instrumentarium met een aantal belangrijke beperkingen. Die zien voornamelijk op de mate waarin bepaalde personen verantwoording dienen af te leggen over of inzicht dienen te geven in hun optreden voorafgaand aan het faillissement van de schuldenaar. Het gaat daarbij om personen die op de hoogte zijn van het reilen en zeilen binnen een onderneming of daar invloed op (kunnen) hebben, zoals banken, accountants, grote dwangcrediteuren, de (directeur-)grootaandeelhouder en potentiële overnamekandidaten. Er bestaat een zekere behoefte om deze personen te kunnen dwingen (meer) inzicht te geven in de beslissingen die zijn genomen en de keuzes die zijn gemaakt in de aanloop naar de financiële problemen en het faillissement van de schuldenaar.

Verder valt op dat nagenoeg alle criteria problemen veroorzaken, waarbij moet worden vermeld dat de aard en de ernst van de problemen verschillend is.

### *Bewijsproblemen en geschillen*

Uit de resultaten van de enquête kan worden afgeleid in welke mate er waar problemen ontstaan als de curator paulianeus handelen moet bewijzen (Tabel 17)

**Mate waarin het (voor curatoren) eenvoudig danwel moeilijk is een criterium te bewijzen (in procenten)**

	(Heel) moeilijk	(Heel) eenvoudig
Kwalificatie in verplicht of onverplicht	6,5	68,7

Benadeling van schuldeisers	20,1	38,5
Overleg	75,3	5,9
Wetenschap van benadeling MET bewijsvermoeden	7,1	66,2
Wetenschap van benadeling ZONDER bewijsvermoeden	74,5	4,2
Wetenschap van de faillissementsaanvraag	38,5	30,4

Tabel 17

danwel deze de wederpartij aanspreekt omdat deze paulianeus zou hebben gehandeld (Tabel 18).

	Mate waarin er geschillen ontstaan over een criterium (in procenten)			
	Nooit / (Heel) weinig		(Heel) vaak	
	Curatoren	Adviseurs/ advocaten	Curatoren	Adviseurs/ advocaten
Kwalificatie in verplicht of onverplicht	37,3	28,1	35,5	50,6
Benadeling van schuldeisers	14,2	6,7	60,4	64,0
Overleg	29,6	45,0	37,3	24,7
Wetenschap van benadeling	8,3	5,6	67,5	66,3
Wetenschap van de faillissementsaanvraag	41,4	53,9	23,0	14,6

Tabel 18

Samen met de informatie uit de focusgroepen kan worden vastgesteld dat de grootste problemen betrekking hebben op:

- *Benadeling van schuldeisers*. De benadeling is eenvoudig te betwisten, zodat er snel discussies (kunnen) ontstaan over waarderingvragen ten aanzien van goederen, diensten en goodwill.
- *Wetenschap van benadeling*. Deze wetenschap, die de kern vormt van art. 42 Fw, blijkt buitengewoon moeilijk aan te tonen, vooral als bewijsvermoedens niet van toepassing zijn. Zelfs als zo'n vermoeden van toepassing is, is succes onzeker. De oorzaak daarvoor lijkt te zijn gelegen in het subjectieve bewijs dat de curator dient te leveren: aan de hand van verklaringen of notities dient hij het bewijsvermoeden te onderbouwen danwel (als een bewijsvermoeden niet van toepassing is) wetenschap aan te tonen. Verder kan het betwisten van de wetenschap aan de zijde van de *schuldenaar* volgens curatoren tot bewijsproblemen leiden, vooral omdat de schuldenaar het geregeld met de wederpartij eens is.
- *Overleg*. Over dit criterium bestaat nogal wat onvrede. Samenspanning is moeilijk te bewijzen, terwijl veel curatoren menen dat een beroep erop gedoemd is te mislukken, tenzij er sprake is van de specifieke situatie als in HR Cikam/Siemon. Van dit criterium kan dan ook worden geconcludeerd dat het nagenoeg onbruikbaar is.

Minder wezenlijk zijn de problemen met:

- Het *onderscheid verplicht-onverplicht*. Dit is relatief vaak onderwerp van discussie. Dit verrast niet, omdat de bewijspositie van de curator wezenlijk anders is als deze de ongeoorloofdheid van een verplichte (rechts)handeling dient aan te tonen dan die van een onverplichte (rechts)handeling. Deskundige advocaten van wederpartijen zullen daarom trachten aannemelijk te maken dat de handeling verplicht is verricht. Discussies met 'leken' vinden hun oorzaak in de discrepantie



tussen wat juristen als verplicht en onverplicht beschouwen en wat men in het maatschappelijk verkeer als verplicht of onverplicht ziet.

- *Wetenschap faillissementsaanvraag*. Dit criterium blijkt weinig problemen te veroorzaken, maar kan niet op veel enthousiasme rekenen. Dat lijkt vooral te maken te hebben met het gegeven dat het succes van het criterium vooral berust op toevalstreffers.

### *Onduidelijkheden*

Gegeven het feit dat in ieder criterium enige mate van onduidelijkheid schuilt, zijn de criteria van de faillissementspauliana (in abstracto) redelijk duidelijk (Tabel 19).

**Mate waarin het duidelijk is wat onder een criterium dient te worden verstaan (in procenten)**

	(Heel) onduidelijk		(Heel) duidelijk	
	Curatoren	Adviseurs/ advocaten	Curatoren	Adviseurs/ advocaten
Onderscheid verplicht-onverplicht	4,2	5,3	80,4	76,3
Benadeling van schuldeisers	13,0	15,8	60,4	56,1
Overleg	25,4	24,6	38,0	38,6
Wetenschap van benadeling	19,0	17,8	58,6	48,2
Wetenschap van de faillissementsaanvraag	10,1	7,1	76,9	75,5

Tabel 19

Het overlegcriterium was volgens het overleg het meest onduidelijk, maar in de focusgroepen konden onduidelijkheden niet worden vastgesteld. De negatieve perceptie (kansloosheid) van het overlegcriterium verklaart mogelijk de relatief hoge mate van onduidelijkheid. Hetzelfde geldt voor de wetenschap van de faillissementsaanvraag.

Andere onduidelijkheden betreffen:

- Benadeling van schuldeisers. Het gaat hierbij vooral om het vaststellen van de waarde en (soms) de hypothetische vergelijking.
- Wetenschap van benadeling. Bij curatoren speelt de vraag hoe en in hoeverre wetenschap dient te worden geobjectiveerd bij de optimistisch ingestelde ondernemer: wanneer moet deze ermee rekening houden dat de vennootschap gaat omvallen?

Het onderscheid verplicht-onverplicht is (in theorie) nauwelijks onduidelijk.

### *Rechtgevolg / Sanctie*

Bij het bestaande rechtsgevolg valt op dat dit het nadeel geregeld niet geheel wegneemt en voorts leidt tot onnodige restitutieverbodingen. Curatoren prefereren over het algemeen schadevergoeding boven restitutie.

### *Verdere bespiegelingen*

De inventarisatie van de praktische problemen waartoe de toepassing van de faillissementspauliana leidt, geeft aanleiding voor het zoeken (en vinden) van een oplossing voor de gevonden problemen. Daartoe dient een beoordelingskader te worden opgesteld dat zich in de eerste plaats richt tot de geschetste kernproblemen die de huidige toepassing veroorzaakt.

Voor de veronderstelling, dat het instrumentarium niet goed kán functioneren omdat er sprake zou zijn van een gebrekkige afstemming van het faillissementsrecht

en het vennootschapsrecht, geldt dat deze nader (vervolg)onderzoek verdient. Voordat kan worden geconcludeerd dat de gebrekkige afstemming tussen deze twee rechtsgebieden van invloed is op de situaties en mate waarin zich paulianeuze (rechts)handelingen voordoen, dient eerst (i) te worden vastgesteld dat er daadwerkelijk sprake is van een gebrekkige afstemming en (ii) dat deze van invloed is op de situaties en mate waarin zich paulianeuze (rechts)handelingen voordoen.

## Literatuur

Hijma 1988

Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Huizink 2001

J.B. Huizink, 'Nogmaals artikel 47 Fw', *WPNR* 6429 (2001), p. 33-34.

Van Koppen 1998

F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Kluwer: Deventer 1998.

Van Koppen 2000

F.P. van Koppen, 'Geen twijfel meer mogelijk: de Hoge Raad legt de Paulianabepalingen restrictief uit', *TvI* 2000/6, p. 190-196.

Van Koppen 2001

F.P. van Koppen, 'Moet "wetenschap van faillissementsaanvraag" in art. 47 Fw geobjectiveerd worden?' (reactie op 'Nogmaals art. 47 Fw', *WPNR* (2001) 6429), *WPNR* (2001) 6454, p. 708-711.

Kortmann/Faber 1996

S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, 'Honderd jaar faillissementswetgeving', *TvI* 1996, 5, p. 123-133.

Swanborn 2002

P.G. Swanborn, *Basisboek sociaal onderzoek*, Amsterdam: Boom 2002.

Vriesendorp 1996

R.D. Vriesendorp, 'Art. 47 Fw: een geamputeerde tentakel of verdient de curator meer?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 65-79.

Vriesendorp 1999

R.D. Vriesendorp, 'Een van de grenzen van artikel 47 Fw nader verkend', *TvI* 1999/10, p. 172-180.

Winter 1998

J.W. Winter, 'Aantasting van voor het faillissement verplicht verrichte rechtshandelingen', in: L. Timmerman (red.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 65-83.