

De faillissementspauliana

van Dijck, G.

Published in:
Ars Aequi

Publication date:
2007

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
van Dijck, G. (2007). De faillissementspauliana: revisie van een relict. *Ars Aequi*, 56(2), 164-168.

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.

(Deze bijdrage is in de rubriek literatuur verschenen in *Ars Aequi* 2007/2, p. 164-168.)

G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (dissertatie Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

G. van Dijck promoveerde op 1 december 2006 aan de Universiteit van Tilburg op een proefschrift, getiteld 'De faillissementspauliana: revisie van een relict' (Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006). Promotoren waren prof.mr. J.B.M. Vranken, prof.mr. R.D. Vriesendorp en prof.mr C.E.C. Jansen. Gijs van Dijck is als universitair docent privaatrecht verbonden aan de Universiteit van Tilburg.

Inleiding

Je bent schuldeiser in faillissement. Het blijkt dat de gefailleerde schuldenaar kort voor zijn faillissement een auto die € 20.000 waard is, aan een familielid heeft verkocht voor € 5.000. Hierdoor ontvang je als schuldeiser in faillissement een lagere uitkering; er is sprake van benadeling. Met de faillissementspauliana (art. 42-51 Fw.) kunnen deze, en andere transacties die (kort) vóór een faillissement plaatsvinden en die schuldeisers in faillissement benadelen, worden aangetast. Dit civielrechtelijk instrument is erop gericht het nadeel op te heffen dat schuldeisers lijden als gevolg van de transactie.

Uit de literatuur kan worden opgemaakt dat de faillissementspauliana niet altijd een goed onderscheid maakt tussen wat geoorloofd is en wat ongeoorloofd. Hierdoor rijst de vraag of de bestaande faillissementspauliana adequaat is. Het onderzoek brengt in kaart welke bezwaren zich in de literatuur hebben geopenbaard en, aan de hand van empirisch onderzoek, welke problemen zich in de praktijk volgens curatoren voordoen. Verder richt het onderzoek zich op de relatie tussen de gevonden knelpunten en belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. De faillissementspauliana is ruim 100 jaar oud en het vermogensrecht heeft zich sindsdien sterk ontwikkeld. Zijn de gesignaleerde knelpunten grotendeels te relateren aan deze ontwikkelingen, en zo ja, wat gebeurt er als de faillissementspauliana wél in lijn wordt gebracht met deze ontwikkelingen?

Hypothese en onderzoeksvraag

De hypothese die is getoetst, is de veronderstelling dat een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande, ruim honderd jaar oude faillissementspauliana zijn aangevoerd, zijn oorzaak vindt in, en dus te relateren is aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Deze hypothese dient als opstap naar de vraag die in deze studie centraal staat: *kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt, en zo ja, welke mogelijk nieuwe kritiek genereert dit instrument?*

Bezwaren bestaande faillissementspauliana

Daartoe is onderzocht

- (i) bezien vanuit belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht: welke bezwaren bestaan tegen de criteria en het rechtsgevolg van de huidige faillissementspauliana;
- (ii) aan de hand van empirisch onderzoek: welke van deze bezwaren zich daadwerkelijk in de praktijk manifesteren en;
- (iii) welke van de gevonden bezwaren overeenkomen met de kritiek die in de literatuur is geuit.

De criteria die zijn getoetst, betreffen het onderscheid tussen een verplichte en een onverplichte rechtshandeling, het benadelingsvereiste, de eis van wetenschap van benadeling, de eis van wetenschap van de faillissementsaanvraag en het overlegcriterium. Bij de belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht gaat het concreet om:

- a. De *beoordeling aan de hand van lijsten van gezichtspunten*. Vanaf ongeveer 1960 vindt de beoordeling van een feitenconstellatie steeds vaker plaats aan de hand van gezichtspuntencatalogi. Het gaat om gezichtspunten als de betrokkenheid, de kenbaarheid, aard, ernst en omvang van de bij de gedraging betrokken belangen, waarvoor het Kelderluik- en Saladin/HBU-arrest illustratief zijn.¹
- b. De ontwikkeling van het *leerstuk van de overeenkomst (aansprakelijkheid) en derden*. In hoeverre is het terecht dat, in het licht van de opkomst van andere gevaltypen binnen het leerstuk van de overeenkomst en derden, eisen worden gesteld als wetenschap aan de zijde van de schuldenaar en/of aan de kant van de wederpartij?
- c. De *brede erkenning van zorgplichten*.² Het frequenter en indringender rekening houden met belangen van anderen roept niet alleen de vraag op wie met wie rekening dient te houden, maar ook hoe ver dat rekening houden dient te gaan. Brengt de opkomst van zorgplichten mee dat het *ius vigilantibus* – vrij vertaald: het ieder voor zich –³ dat mede aan de faillissementspauliana ten grondslag ligt, op een zijspoor moet worden gezet?
- d. De *objectivering van normen* in het vermogensrecht. De beoordeling van gedragingen gebeurt steeds vaker aan de hand van geobjectiveerde normen, waarvoor de functionele vergelijkingen met bijvoorbeeld de redelijk denkende mens in vergelijkbare omstandigheden illustratief zijn. Hoe verhoudt deze ontwikkeling zich tot de toepassing van de bestaande en subjectieve criteria van de faillissementspauliana, zoals ‘overleg’ als bedoeld in artikel 47 Fw?
- e. De ontwikkeling van de *veranderende positie van schadevergoeding en nietig- en vernietigbaarheden*. Vernietiging is al honderd jaar het enige rechtsgevolg van de faillissementspauliana. In diezelfde honderd jaar zijn nietig- en vernietigbaarheden teruggedrongen, heeft het rechtsgevolg schadevergoeding zich verder ontwikkeld, en zijn rechtsgevolgen gevarieerder geworden. De vraag rijst hoe deze ontwikkelingen zich verhouden tot het klassieke rechtsgevolg van de faillissementspauliana.

Van de verschillende criteria van de faillissementspauliana is getoetst in hoeverre er, tegen de achtergrond van genoemde ontwikkelingen, bezwaren tegen bestaan. De criteria die zijn onderscheiden zijn:

- Benadeling van schuldeisers (art. 42-47 Fw).
- Onderscheid verplicht-onverplicht (art. 42-47 Fw).

¹ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*) en HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (*Saladin/HBU*).

² Hieronder versta ik het rekening behoren te houden met gerechtvaardigde belangen van anderen. Vergelijk HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (*Baris/Riezenkamp*).

³ Zie hierover P. van Schilfgaarde, ‘*Ius vigilantibus scriptum*’, WPNR 2001, p. 24 e.v.

- Wetenschap van benadeling (art. 42 Fw).
- Wetenschap van de faillissementsaanvraag (art. 47 Fw).
- Overlegcriterium (art. 47 Fw).

Daarnaast is het bestaande rechtsgevolg – de vernietiging uit art. 51 Fw – getoetst.

Het onderzoek laat zien dat het bezwaar tegen het onderscheid verplicht-onverplicht is dat het soms eenvoudig kan worden omzeild, terwijl bij het overlegcriterium te veel wordt gekeken naar de daadwerkelijke wetenschap en intenties van partijen. Dit laatste geldt ook voor de wetenschapseisen (wetenschap van benadeling en wetenschap van de faillissementsaanvraag), die ook op andere punten niet aansluiten bij belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Zo wordt van wederpartijen te weinig een actieve opstelling verwacht: te weinig hoeven zij in faillissement verantwoording af te leggen over hun gedrag vóór faillissement. Daarnaast hoeven wederpartijen pas in een relatief laat stadium rekening te houden met belangen van de schuldeisers in faillissement, waardoor de faillissementspauliana soms een soort ‘mosterd na de maaltijd’-karakter krijgt. De vernietiging kent als bezwaar dat dit rechtsgevolg het nadeel niet altijd wegneemt of dat wordt gerestitueerd terwijl schadevergoeding minder bezwaarlijk zou zijn.

De verschillende bezwaren staan in de tabel hieronder. Daarbij staat steeds aangegeven welke bezwaren zich in de literatuur hebben geopenbaard of zich in de praktijk hebben verwezenlijkt.

<i>Bezwaren die verband houden met belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht</i>	<i>In praktijk?</i>	<i>In literatuur?</i>
Manipuleerbaarheid onderscheid verplicht-onverplicht	Ja	Ja
Onvoldoende aansluiting van het overlegcriterium bij de objectivering van normen	Ja	Ja
Wetenschap aan zijde schuldenaar behoort geen vereiste te zijn	Ja	Ja
Rekening houden met andermans belangen begint niet vanaf het moment dat deze in het geding komen	Ja	Ja
Alleen bij een (rechts)handeling kan sprake zijn van ongeoorloofdheid	Nee	Nee
Van wederpartijen wordt onvoldoende een actieve opstelling verwacht	Ja	Nee
Wetenschapscriteria sluiten onvoldoende aan bij objectivering van normen / behoren op te gaan in andere gezichtspunten	Ja	Deels
Nietig-/vernietigbaarheid	Ja	Nee

Uit het overzicht blijkt dat de literatuur geen volledig beeld geeft van de bezwaren, maar dat veel van de bezwaren die daarin zijn gesignaleerd, te relateren zijn aan belangrijke ontwikkelingen in het vermogensrecht. Dit betekent dat de onderzochte hypothese juist is; dat een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, hun oorzaak vinden in, en dus te relateren zijn aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.

Voorts geldt dat er relatief weinig ‘andere problemen’ bestaan, dit wil zeggen problemen die *niet* te relateren zijn aan een ontwikkelingslijn:

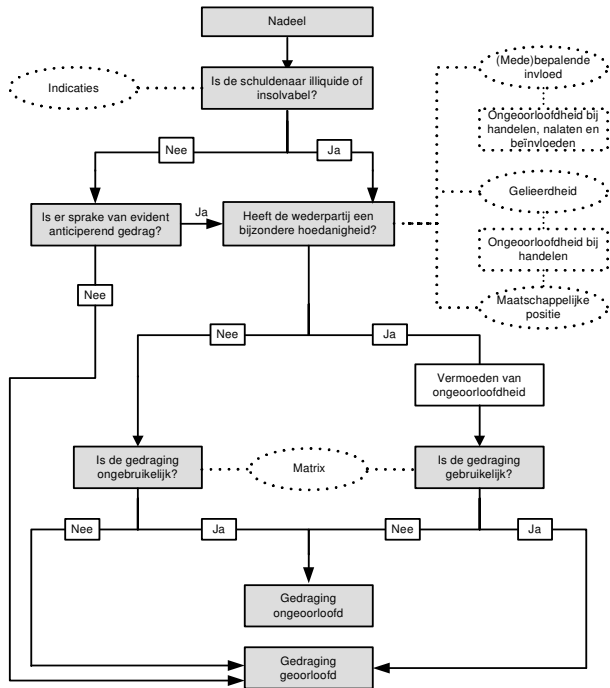
<i>'Andere problemen'</i>
Waardebepalingen bij het vaststellen van benadeling (H2)
Contextuele benadering benadelingsvereiste (H2)
(Andere) Onduidelijkheden (H2-H4)
Wetenschapscriteria niet altijd bestand tegen vennootschappelijke constructies (H4)

De conclusie is dat de problemen die géén verband houden met de ontwikkelingslijnen de bezwaren die daar wél aan te relateren zijn niet overschaduwden. Dit rechtvaardigt de gedachte om de faillissementspauliana te reviseren.

Revisie

In het tweede deel van de studie is op zoek gegaan naar gezichtspunten waarmee het alternatieve instrument zou kunnen worden geconstrueerd. Een inventarisatie aan de hand van internationale studies en de bestudering van het Duitse en Engelse recht leveren zeven gezichtspunten op die in verschillende landen worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen. In willekeurige volgorde zijn dit de verdachte periode, de financiële toestand van de schuldenaar, intenties, wetenschap, de hoedanigheid van partijen, het onderscheid verplicht-onverplicht en de gebruikelijkheid (of normaliteit).

Van die gevonden gezichtspunten blijkt een aantal aan te sluiten bij de geschetste hoofdlijnen. Geschikt blijken de financiële toestand van de schuldenaar, de hoedanigheid van partijen, het onderscheid verplicht-onverplicht en de gebruikelijkheid (of normaliteit). Deze gezichtspunten worden verder geconcretiseerd, waarna het mogelijk blijkt om er een rangorde (of hiërarchie) in aan te brengen. Die komt tot uitdrukking in het volgende stappenplan:



De gebruikelijkheid valt uiteen in drie factoren. De mate waarin deze moeten worden meegewogen, is afhankelijk van de hoedanigheid van de wederpartij en dus niet in iedere situatie gelijk. Deze differentiatie komt in de volgende matrix tot uitdrukking, waar ook in het stappenplan naar wordt verwezen.

Factoren gebruikelijkheid \ Hoedanigheid	(Mede) bepalende invloed	Gelieerd- heid	Maatschap- pelijke positie	Wederpartij zonder bijzondere hoedanigheid
Kans op gedraging bij wegdenken mogelijkheid faillissement - Aard van de gedraging - Verplicht-onverplicht	+	+	+	++
Omvang nadeel	++	++	++	+
Rechtvaardiging - 'Eigen' voordeel - Adequaat monitoren	+++	-	-	-

Daarbij geldt dat hoe meer plussen er bij een factor staan, hoe belangrijker die factor is ten opzichte van andere factoren. Een minteken betekent dat de betreffende factor niet bij de beoordeling dient te worden betrokken.

Voor geseceerde kredietverschaffers (met name banken) geldt dat deze in faillissement laten zien of danwel hoe deze hebben gemonitord. Zij zouden inzicht dienen te geven in de keuzen die zij hebben gemaakt en de redenen die daarvoor bestonden, waarmee zij hun zekerheidspositie (voorlopig) hebben gerechtvaardigd. Op basis van de aangeleverde informatie kan de curator overwegen om de zekerheden te erkennen of te vorderen dat de kredietverschaffer zich slechts op een deel van de zekerheden mag beroepen.

De verschillende gezichtspunten kunnen nog worden aangescherpt in het kader van co-regulering; een proces waarin materiedeskundigen de door de wetgever gestelde normen nader concretiseren. Het concrete doel hiervan is:

- Het ontwikkelen van indicatoren voor het beoordelen van de liquiditeit en solvabiliteit.
- Het bedenken van richtlijnen of vuistregels om vast te stellen of een wederpartij een bijzondere hoedanigheid heeft. Concreet kan aan de orde komen wie (mede)bepalende invloed heeft, wie gelieerd is en welke personen een functie hebben in het maatschappelijk verkeer die hen structureel voordeel oplevert.
- Het desgewenst geven van een (verdere) invulling aan de (on)gebruikelijkheidstoets. Daaronder valt ook het bedenken van richtlijnen, vuistregels of iets dergelijks aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of geseceerde schuldeisers adequaat hebben gemonitord.
- Meer duidelijkheid te creëren over de waardering van goederen en goodwill.

De toepassing van de ontwikkelde criteria heeft tot gevolg dat criteria van een aantal andere instrumenten overbodig worden. Dit geldt concreet voor criteria van rechtsfiguren als bestuurdersaansprakelijkheid wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur, de aansprakelijkheid wegens selectieve betaling, de doorbraak van aansprakelijkheid en de verrekening vóór faillissement. De criteria die bij die rechtsfiguren worden gebruikt om de (on)geoorloofdheid te beoordelen kunnen worden ingepast in het alternatieve instrument.

Om het alternatieve instrument te complementeren, is onderzocht wat de rechtsgevolgen van een succesvolle toepassing van de criteria dienen te zijn. Daarbij, zo luidt de conclusie, heeft als hoofdregel te gelden dat gedragingen zoveel mogelijk als geldig moeten worden beschouwd en dat het rechtsgevolg niet verder dient te reiken dan met het oog op het geschonden belang noodzakelijk is. Deze gedachte sluit aan bij het terugdringen van nietig- en vernietigbaarheden, maar brengt mee dat de rechtsgevolgen niet eenduidig zijn. Meestal zal het rechtsgevolg schadevergoeding volstaan, maar het kan ook voorkomen dat, om het nadeel op te heffen, de wederpartij zaken moet overdragen of geen aanspraak mag maken op zijn zekerheidsstelling. Dit moet per geval worden bezien, wat overigens aansluit bij de wens van curatoren om te kunnen kiezen tussen restitutie en schadevergoeding.

Verkenning en discussie

Aan het slot van het proefschrift wordt bekeken welke bezwaren het alternatieve instrument wegneemt en welke nieuwe kritiek het oproept. De conclusie is dat mag worden verwacht dat de meeste bezwaren niet terugkeren bij de toepassing van het ontwikkelde alternatieve instrument. Naar verwachting keert een aantal 'andere problemen' wél terug onder het alternatieve instrument. Dit geldt met name voor het probleem met de waardebepalingen en de contextuele benadering van het benadelingsvereiste.

Wat opvalt aan het alternatieve instrument, is dat het voor curatoren, in vergelijking met de bestaande faillissementspauliana, eenvoudiger is om gedragingen aan te tasten die benadelend zijn voor schuldeisers, mede ook omdat van wederpartijen meer en vaker wordt gevergd dat zij hun gedrag verantwoorden. Dit draagt bij aan de effectiviteit van het alternatieve instrument ten opzichte van de bestaande faillissementspauliana, omdat tijd en kosten worden voorkomen, waarmee andere knelpunten zoals de 'lege boedel'-problematiek (de curator kan geen actie ondernemen omdat de boedel daartoe te weinig middelen biedt) naar verwachting minder problematisch worden.

Door het alternatieve instrument toe te passen op casus van vlees en bloed kan een eerste indruk worden gekregen van mogelijk nieuwe kritiek. Op het eerste gezicht blijkt die zich te beperken tot vier punten, te weten:

- Een verhoogde kans op inschattingfouten bij het geven van waarschijnlijkheidsoordelen vanwege een mogelijke toename van het aantal waarschijnlijkheidsoordelen.
- Moeilijkheden om de uitkomst te voorspellen omdat deze meer afhankelijk is van de concrete omstandigheden van het geval dan bij de bestaande faillissementspauliana.
- Strijd met het autonomiebeginsel omdat partijen meer rekening met elkaar dienen te houden dan onder de bestaande faillissementspauliana.
- Mogelijke problemen bij de toepasbaarheid in gevallen waarin de vraag moet worden beantwoord of een geseceerde schuldeiser adequaat heeft gemonitord.

Bij deze mogelijke kritiekpunten kunnen en dienen de nodige kanttekeningen en nuanceringen te worden geplaatst. Bovendien staan ook voordelen tegenover deze mogelijk nieuwe kritiek. Zo is het alternatieve instrument flexibeler dan de bestaande faillissementspauliana. Verder geldt dat het een belangrijk deel van de bezwaren tegen de bestaande faillissementspauliana wegneemt. Geconcludeerd wordt dat, gezien deze voordelen en de beperkte mogelijk nieuwe kritiek, men op voorhand en zonder diepgaand onderzoek niet kan concluderen dat het onverstandig is om de bestaande faillissementspauliana te vervangen door het alternatieve instrument.

Eindconclusie

De eindconclusie is dat de hypothese is bevestigd: een belangrijk deel van de bezwaren die in de Nederlandse faillissementsrechtelijke literatuur tegen de bestaande faillissementspauliana zijn aangevoerd, vindt zijn oorzaak in, en is dus te relateren aan, belangrijke ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht. Ook de centrale vraag kan bevestigend worden beantwoord: er kan op basis van ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht een alternatief instrument worden ontwikkeld dat een belangrijk deel van de bestaande bezwaren tegen de faillissementspauliana wegneemt. De verwachting is voorts dat het alternatieve instrument relatief weinig nieuwe kritiek genereert, in ieder geval onvoldoende om op voorhand te concluderen dat het geen goed idee is om de faillissementspauliana te laten aansluiten bij ontwikkelingen in het Nederlandse vermogensrecht.

Deze conclusie kan aanleiding zijn voor verder onderzoek. Daarin kan de problematiek vanuit een andere invalshoek worden benaderd, de nieuwe kritiek nader worden geanalyseerd en mogelijk ook worden opgelost. Daarmee kan het alternatieve instrument verder worden ontwikkeld. Wie pakt de handschoen op?