

KENNISBANK HERSTRUCTURERING & INSOLVENTIE

Faillissementspauliana

Wanneer u niet voldoende geld heeft om uw schuldeisers te voldoen, mag u dan zelf kiezen wie u betaalt? In financiële moeilijkheden kan een aanvullend krediet uitkomst bieden, maar de kredietverstrekker wil wel met voorrang terugbetaald worden. Mag en kan dat zomaar? Indien een onderneming faillieert, liggen alle handelingen die voorafgaand aan het faillissement zijn verricht onder het vergrootglas van de curator. In deze bijdrage zal worden ingegaan op de 'faillissementspauliana', een juridisch instrument waarover de curator beschikt om op te komen tegen rechtshandelingen van de schuldenaar waardoor de [schuldeisers](#) worden benadeeld.

Selectieve betaling of gelijkheid van schuldeisers?

In beginsel staat het de onderneming vrij om schulden in een zelf te bepalen volgorde te voldoen, ook als daarbij de ene schuld wel, en een andere schuld niet wordt voldaan. Naar Nederlands recht is er namelijk geen algemene regel die voorschrijft dat een debiteur gehouden is om al zijn crediteuren naar evenredigheid van hun vorderingen te betalen. Selectieve betaling is dan ook in beginsel niet onrechtmatig. Het beginsel van 'gelijkheid van schuldeisers' (dat wil zeggen: alle crediteuren dienen in gelijke mate te worden betaald) geldt pas op het moment dat er sprake is van een collectief verhaal op het vermogen van de schuldenaar, zoals in een faillissementssituatie.

Het doel van de faillissementspauliana

Ter bescherming van voornoemd beginsel van gelijkheid van crediteuren staat aan de faillissementscurator de faillissementspauliana van artikel 42 Fw ter beschikking. Op grond van dit artikel kan de curator bepaalde rechtshandelingen die voorafgaand aan het faillissement zijn verricht en waardoor (bepaalde) schuldeisers zijn benadeeld, vernietigen. Vernietiging houdt in dat de handeling juridisch gezien nooit heeft plaatsgevonden en dat de gevolgen ervan moeten worden teruggedraaid. Een vernietigde betaling zal dus door de ontvanger moeten worden teruggegeven aan de curator. Hiermee wordt voorkomen dat ondernemingen die weten dat ze niet meer iedereen kunnen betalen, hun eigen relaties voortrekken en er voor de overige schuldeisers niets overblijft.

Onverplichte rechtshandelingen

Artikel 42 Fw geldt alleen voor onverplichte rechtshandelingen. Daarbij moet onder andere worden gedacht aan het voldoen van vorderingen die (nog) niet opeisbaar zijn, zoals het betalen van facturen waarvan de betalingstermijn nog niet is verlopen, of het vooruitbetalen van de maandelijkse huur voor het volledige komende jaar. In dreigende faillissementssituaties komt het vaak voor dat een aandeelhouder, leverancier of andere derde een noodkrediet verstrekt onder de voorwaarde dat hij hiervoor aanvullende zekerheden (zoals een pand- of hypotheekrecht) verkrijgt. Het vestigen van zo'n zekerheid kan een onverplichte rechtshandeling zijn en de verstrekker van het noodkrediet loopt dan het risico dat zijn pand- of hypotheekrecht door de curator wordt vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Het zekerheidsrecht is hij dan kwijt. Weliswaar heeft hij ook recht op terugbetaling van het verstrekte krediet, maar ten gevolge van het faillissement rest hem niets anders dan deze vordering bij de curator in te dienen.

De uitzonderingen van artikel 47 Fw

Tegenover de onverplichte rechtshandelingen staan de *verplichte* rechtshandelingen. Een betaling van een opeisbare factuur is een voorbeeld van zo'n verplichte rechtshandeling. Dergelijke rechtshandelingen kunnen niet door de curator worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw, maar mogelijk wel op grond van artikel 47 Fw. In artikel 47 staan twee nauwkeurig geformuleerde

uitzonderingen op de regel dat verplichte rechtshandelingen niet aan te tasten zijn met een actio pauliana, waarbij de volgende cumulatieve voorwaarden gelden:

Uitzondering 1: wetenschap van de faillissementsaanvraag

1. het faillissement van de schuldenaar was reeds aangevraagd; en
2. degene die de betaling ontving wist daarvan.

Uitzondering 2: overleg teneinde de schuldeiser te begunstigen

1. de betaling heeft plaatsgevonden na overleg tussen de schuldeiser en de schuldenaar; en
2. de schuldenaar en de schuldeiser hadden beiden ten doel om met de betaling de schuldeiser te begunstigen.

De bewijslast voor het bestaan van een dergelijke uitzonderingssituatie rust op de curator.

Conclusie

Indien uw onderneming in zwaar weer verkeert, is het in sommige gevallen niet meer toegestaan om bepaalde schuldeisers wél, en andere niet of minder te betalen. Als bestuurder van een onderneming in moeilijkheden raden wij u aan om advies te vragen wat wel kan en wat niet. Het bespaart u veel ellende als betalingen niet later aangetast kunnen worden.

Indien u als leverancier, financier, aandeelhouder of op andere wijze rechtshandelingen verricht met een bedrijf dat financiële moeilijkheden verkeert, kan het verstandig zijn juridisch advies in te winnen. Mogelijk wordt u onverhoopt betrokken in het rechtmatigheidsonderzoek van de curator.

Heeft u vragen over dit onderwerp? Neemt u dan contact op met Margreet Eveleens.

Margreet Eveleens

+ 31 30 25 95 566

margreeteveleens@vbk.nl