

De Peeters q.q./Gatzen-vordering in verhouding tot de faillissementspauliana

Tvl 2022/14

De Peeters q.q./Gatzen-vordering is ontstaan vanuit een klassieke pauliana-situatie. In deze bijdrage wordt vanuit de historische context van het Peeters q.q./Gatzen-arrest geanalyseerd waarom de curator in dat geval behoefte had aan een actie uit onrechtmatige daad, terwijl het om een pauliana-situatie ging. In het verlengde daarvan wordt antwoord gegeven op de vervolgvraag of in het huidige wettelijke systeem nog behoefte bestaat aan een schadevergoedingsvordering gebaseerd op de onrechtmatige daad voor pauliana-situaties zoals in het Peeters q.q./Gatzen-arrest.

1. Inleiding

De Peeters q.q./Gatzen-vordering (hierna: “PGV”) is een op de onrechtmatige daad gebaseerde bevoegdheid van de curator. De Hoge Raad oordeelde in het Peeters q.q./Gatzen-arrest² dat een curator onder omstandigheden bevoegd is voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers op te komen bij benadeling van die schuldeisers door de gefailleerde door een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad tegen een derde in te stellen die bij die benadeling betrokken is, ook al kwam die vordering niet aan de gefailleerde zelf toe, omdat de gefailleerde zelf betrokken was bij dat onrechtmatige handelen. Aan het Peeters q.q./Gatzen-arrest lag een klassieke pauliana-casus ten grondslag. Nadien is de PGV door curatoren ook ingezet om bestuurders en derden die een al dan niet instrumentele rol hebben gespeeld bij de benadeling van schuldeisers tot schadevergoeding aan te spreken.³

De PGV en de faillissementspauliana hebben gemeen dat zij tot doel hebben de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in een faillissement op te heffen. Zij verschillen echter van elkaar qua rechtsgevolg, omdat de faillissementspauliana een vernietigingsactie is en de PGV een schadevergoedingsactie. Uit rechtspraak volgt dat rechtshandelingen die als paulianeus kwalificeren in veel gevallen tevens als een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers

kunnen worden beschouwd.⁴ In dit verband rijst de vraag welke functie de PGV in dit soort situaties heeft,⁵ naast de faillissementspauliana. Het antwoord op die vraag kan deels worden gevonden in een analyse van het Peeters q.q./Gatzen-arrest zelf. Ik geef vanuit de historische context van het Peeters q.q./Gatzen-arrest antwoord op de vraag waarom de curator in dat geval behoefte had aan een actie uit onrechtmatige daad, terwijl het om een pauliana-situatie ging. In het verlengde van die analyse ligt de vervolgvraag of in het huidige wettelijke systeem eveneens behoefte bestaat aan een schadevergoedingsvordering gebaseerd op de onrechtmatige daad in pauliana-situaties. Met het antwoord op deze vragen kan vervolgens het toepassingsbereik van de PGV in verhouding tot de faillissementspauliana worden afgebakend.

In het navolgende behandel ik eerst de Peeters q.q./Gatzen-casus,⁶ waarbij ik analyseer waarom de curator destijds niet uit de voeten kon met de faillissementspauliana (paragraaf 2). Vervolgens beantwoord ik de vraag of de curator in de Peeters q.q./Gatzen-casus naar huidig recht nog behoefte zou hebben aan een schadevergoedingsvordering gebaseerd op de onrechtmatige daad (paragraaf 3). Daarna ga ik in op vergelijkbare pauliana-situaties waarin de behoefte nog zou kunnen bestaan om een schadevergoedingsactie in te stellen, en de vraag welke mogelijkheden de wet in dat kader thans biedt (paragraaf 4). Tot slot volgt op basis van de voorgaande paragrafen een analyse van hoe de PGV zich verhoudt tot de faillissementspauliana en wat dat betekent voor het toepassingsbereik van de PGV in verhouding tot de faillissementspauliana (paragraaf 5). Ik sluit af met een korte samenvatting en conclusie (paragraaf 6).

2. De Peeters q.q./Gatzen-casus

Mr. C.M.J. Peeters (hierna: “de curator” of “mr. Peeters q.q.”) werd in 1979 benoemd als curator in het faillissement van de heer J.E.C. van Rooy (hierna: “Van Rooy”).⁷ Op dat moment was het nieuw Burgerlijk Wetboek nog niet ingevoerd. Hoewel de beginselen van het wettelijk systeem voor de

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: F. Ortiz Aldana, ‘De Peeters q.q./Gatzen-vordering in verhouding tot de faillissementspauliana’, *Tvl* 2022/14. Ferry Ortiz Aldana is advocaat-partner en curator bij Recoup advocaten te Utrecht en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

2 HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. B. Wachter (Peeters q.q./Gatzen), r.o. 3.3.

3 Denk aan notarissen, zoals in HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (Notarissen/Curatoren THB II). Ik beperk mij in deze bijdrage uitdrukkelijk tot de PGV in pauliana-situaties.

4 HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663, *JOR* 1997/111, m.nt. J.J. van Hees (Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman), r.o. 3.4, slotlinea en HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I), r.o. 3.6.

5 Hierna aangeduid als “pauliana-situaties”.

6 Mr. C.M.J. Peeters heeft mij ten behoeve van dit onderzoek de beschikking gegeven over het volledige procesdossier dat heeft geleid tot het Peeters q.q./Gatzen-arrest. Ik heb ook informatie gebruikt uit een interview dat mr. Peeters in 2015 gaf voor het *Tijdschrift voor Curatoren*, zie Kuit & Willems, ‘Terugkijk met q.q./De praktische ontstaansgeschiedenis van de Peeters Gatzen vordering’, *Tijdschrift voor Curatoren* 2015, 04/05, nr. 2, p. 85.

7 Kuit & Willems, ‘Terugkijk met q.q.: De praktische ontstaansgeschiedenis van de Peeters Gatzen vordering’, *Tijdschrift voor Curatoren* 2015, p. 85.

faillissementspauliana hetzelfde waren als nu (het is immers terug te voeren op Romeins recht), liep de curator toch tegen een obstakel aan. Ik licht dat toe aan de hand van een beschrijving van de casus en de procedure.

Van Rooy was op huwelijkse voorwaarden getrouwd met mevrouw M.C.M. Gatzen (hierna: "Gatzen"). Van Rooy droeg de hem toebehorende echtelijke woning drie jaar voorafgaand aan zijn faillietverklaring, op 1 november 1976, over aan Seco-Vastgoed Maatschappij BV (hierna: "Seco")⁸ voor een koopsom van f 90.600,-, waarmee Van Rooy zijn hypotheekschuld van ongeveer gelijke hoogte aan de Westland/Utrecht Hypotheekbank NV aflost. Op dat moment liet Van Rooy meerdere schuldeisers onbetaald en was zijn financiële situatie allesbehalve rooskleurig. Seco droeg de woning amper drie maanden later, op 31 januari 1977, over aan Gatzen voor de koopsom van f 95.840,-. Ten behoeve van de terugkoop van de woning door Gatzen waren de echtelieden gezamenlijk een nieuwe hypotheeklening van f 90.000,- aangegaan bij de Westland/Utrecht Hypotheekbank NV, die de woning op 24 januari 1977 liet taxeren op een executiewaarde van f 150.000,-.

Met deze transacties werd de woning met een getaxeerde executiewaarde van f 150.000,- aan het vermogen van Van Rooy onttrokken. Daarvoor in de plaats kwam slechts de door Seco betaalde koopsom van f 90.600,-, terwijl Van Rooy wel hoofdelijk verbonden werd voor de gezamenlijke hypotheekschuld jegens de Westland/Utrecht Hypotheekbank NV van f 90.000,- voor de woning die inmiddels volledig in het vermogen van Gatzen viel. Seco werd voor haar medewerking aan de transacties beloond met per saldo f 5.240,-, zijnde het verschil tussen de aankoopssom van f 90.600,- en de (terug)koopsom van f 95.840,- die mevrouw Gatzen bijna drie maanden later betaalde. Uit het procesdossier blijkt dat de echtelieden tot begin 1980 in de woning samenwoonden, dus ook in de drie maanden dat Seco daarvan eigenaar was. Naar de buitenwereld veranderde er ten tijde van de transacties derhalve niets: de echtelijke woning bleef de echtelijke woning.

Om de verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers van Van Rooy ongedaan te maken, kon de curator – vóór de erkenning van de PGV door de Hoge Raad – uitsluitend gebruikmaken van de faillissementspauliana. Hij had in rechte de vernietiging van de verkoop van de woning door Van Rooy aan Seco kunnen inroepen, zodat de titel die ten grondslag lag aan de overdracht aan Seco zou wegvallen. Het goederenrechtelijke gevolg van die vernietiging zou zijn dat de woning, wegens het wegvallen van een geldige titel, niet rechtsgeldig aan Seco was overgedragen en dus (vanuit het perspectief van de curator) nimmer het vermogen van Van Rooy had verlaten, zodat hij zich ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers erop kon verhalen. Bij de daaropvolgende overdracht door Seco aan Gatzen zou zij geen (derden)bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van

Seco genieten.⁹ Gatzen was immers niet te goeder trouw. Een vernietigingsactie zou er dus toe hebben geleid dat de eigendom van de woning zou terugkeren in de boedel, belast met de door de echtelieden opnieuw aangegane hypotheek bij Westland/Utrecht Hypotheekbank NV ter hoogte van f 90.000,-.¹⁰

Met het inroepen van de faillissementspauliana kon de curator destijds echter niet voorkomen dat Gatzen de woning in de tussentijd – gedurende de daarover te voeren procedure – zou doorverkopen. De vrees dat dat zou kunnen gebeuren was gerechtvaardigd omdat de woning intussen voor een marktconforme prijs te koop bleek te staan bij een makelaar.¹¹ Om te verhinderen dat Gatzen de woning zou doorverkopen en leveren aan een derde te goeder trouw,¹² wilde de curator conservatoir beslag op de woning kunnen leggen. Revindicatoir beslag op een onroerende zaak was destijds echter niet mogelijk omdat alleen de figuur van 'beslag tot revindicatie van roerende goederen' bestond.¹³ Dat strekte er uitsluitend toe om – zoals thans het beslag tot afgifte¹⁴ – een roerende zaak die goederenrechtelijk aan de beslaglegger toebehoorde, weer in diens macht (terug) te brengen.¹⁵ De curator zocht daarom een verbintenisrechtelijke schadevergoedingsvordering die als grondslag voor een conservatoir verhaalsbeslag op de woning (een onroerende zaak) zou kunnen dienen.¹⁶

In het Erba-arrest¹⁷ uit 1957 had de Hoge Raad al duidelijk gemaakt dat de mogelijkheid om een rechtshandeling te vernietigen op grond van een actio pauliana, niet in de weg hoeft te staan aan het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad door de benadeelde schuldeiser jegens de derde die is bevoordeeld door de paulianeuze rechtshandeling. Volgens mr. Peeters was het in die tijd een wijdverbreide opvatting dat de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kon optreden; het was alleen merkwaardig dat nog geen curator ook daadwerkelijk de onrechtmatige daad had toegepast in een pauliana-situatie.¹⁸ Mr. Peeters werd geïnspireerd door Schoordijk, die de curator op de eerste plaats beschouwde als zogenaamde *Gesamtvertreter* van de

⁸ Seco was een relatie van de echtelieden, zo heb ik uit het dossier afgeleid.

⁹ Als gevolg van het bepaalde in (thans) art. 51 lid 2 Fw, voorheen art. 51 lid 3 Fw. Zie ook *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 145. Art. 51 lid 2 Fw biedt een vergelijkbare, maar toch andersoortige bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid dan art. 3:88 BW, zie hierover R.J. van der Weijden (2012), p. 222-223.

¹⁰ Aangenomen werd dat de hypotheekhouder te goeder trouw was, en dus wel derdenbescherming genoot.

¹¹ Kuit & Willems, 'Terugkijk met q.q.: De praktische ontstaansgeschiedenis van de Peeters Gatzen vordering'. *Tijdschrift voor Curatoren* 2015, 04/05, nr. 2, p. 85.

¹² In de zin van art. 51 lid 2 Fw en/of art. 6:88 BW.

¹³ Art. 721-726 oud Rv.

¹⁴ Art. 730 e.v. Rv.

¹⁵ Zie L.P. Broekveldt, *Derdenbeslag (Serie Burgerlijk Procesrecht & Praktijk, deel I)*, 2003/3.2.

¹⁶ Thans art. 725 Rv.

¹⁷ HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514, m.nt. L.E.H. Rutten (*Erba*).

¹⁸ Kuit & Willems (2015), p. 86.

schuldeisers en pas daarna als boedelbeheerder.¹⁹ De curator was in die visie dus primair iemand die ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren pleegt op te treden. Mr. Peeters zocht aansluiting bij de zorgvuldigheidnorm die ten grondslag ligt aan de faillissementspauliana, door te argumenteren dat onverplichte rechtshandelingen waardoor voorzienbaar is dat schuldeisers van de latere failliet benadeeld worden, achterwege dienen te worden gelaten. In de procedure die daarop volgde voerde hij aan dat Gatzen die norm had geschonden en daarom onrechtmatig had gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Van Rooy ten behoeve van wie de curator bevoegd was een onrechtmatige daad in te stellen. Dat heeft uiteindelijk geleid tot het inmiddels bekende oordeel van de Hoge Raad in zijn arrest van 14 januari 1983.²⁰

“dat een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe.”

Inmiddels volgt uit rechtspraak dat rechtshandelingen die in faillissement als paulianus kunnen worden bestempeld, in veel gevallen tevens als een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers kunnen worden beschouwd.²¹ In de regeling van de pauliana ligt immers besloten wat in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is. Dat bepaalt ook wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW.

Er is een geval bekend uit dezelfde periode, waarin een curator op andere wijze heeft geprobeerd om de verkoop van een in zijn ogen paulianus overgedragen onroerende zaak aan een derde te goeder trouw te blokkeren. In de zaak Claassen q.q./Van Elderen²² vorderde de curator in kort geding dat de wederpartij bij de paulianeuze rechtshandeling zou worden gedwongen om mee te werken aan het inschrijven van een notariële akte in de openbare registers, inhoudende dat de overdracht van de echtelijke woning – kort gezegd – paulianus was, een en ander in afwachting van een definitief oordeel daarover in de bodemprocedure. Met

die inschrijving werd verhinderd dat een opvolgende derde-verkrijger van de onroerende zaak te goeder trouw zou zijn omdat uit de registers zou blijken dat de eerste overdracht paulianus was, althans dat daarover een procedure aanhangig was. Annotator Van der Grinten omschreef dit middel als “weinig fraai”, maar wees ook op de beperkingen van het toenmalige recht in dit kader, te weten de onmogelijkheid om een vernietigingsactie in te schrijven en de onmogelijkheid van revindicatoir beslag op onroerende zaken. In de conclusie van A-G Ten Kate werden nog andere wegen besproken om te verhinderen dat een derde te goeder trouw zou zijn, te weten het conservatoir verhaalsbeslag (zoals in het Peeters q.q./Gatzen-arrest) en sequestratie.²³ Aan dit laatste kleefde echter het bezwaar dat het kostbaar was, net als een kort geding met als inzet het afdwingen van de inschrijving van een notariële akte in de openbare registers inhoudende dat de rechtshandeling (mogelijk) paulianus is.

In de volgende paragraaf behandel ik de vraag of de curator in de Peeters q.q./Gatzen-casus naar huidig recht nog behoefte zou hebben aan een schadevergoedingsvordering gebaseerd op de onrechtmatige daad. Meer specifiek gaat het dan om de vraag of het, naar huidig recht, voor het nemen van conservatoire maatregelen ten aanzien van een onroerende zaak in een pauliana-situatie, nog nodig is om een schadevergoedingsactie zoals in de Peeters q.q./Gatzen-zaak in te stellen of andere wegen te bewandelen, zoals in de Claassen q.q./Van Elderen-zaak.

3. Conservatoire maatregelen en de faillissementspauliana

Uit de Peeters q.q./Gatzen-zaak en de Claassen q.q./Van Elderen-zaak volgt dat het voor curatoren onder het oud BW een probleem vormde dat het alleen mogelijk was om revindicatoir beslag te leggen op roerende zaken. Om verhaal op een paulianus overgedragen onroerende zaak veilig te stellen moest conservatoir verhaalsbeslag worden gelegd op de betreffende onroerende zaak, hetgeen een schadevergoedingsactie noodzakelijk maakte. Andere oplossingen, zoals aan de orde in Claassen q.q./Van Elderen, waren vergezocht en kostbaar.

Sinds de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 heeft een curator echter meer mogelijkheden om conservatoire maatregelen te nemen na het inroepen van de faillissementspauliana met betrekking tot de overdracht van een onroerende zaak. Het oude revindicatoir beslag²⁴ is thans vervangen door conservatoir beslag tot afgifte van roerende zaken en levering van goederen.²⁵ Deze regeling heeft een ruimer toepassingsbereik gekregen, en kan ook strekken tot levering van goederen in het algemeen, zoals

19 H.C.F. Schoordijk, ‘Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op?’, in: *Goed en Trouw* (Opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 531 e.v.

20 HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597, m.nt. B. Wachter (Peeters q.q./Gatzen), r.o. 3.3.

21 HR 30 mei 1997, NJ 1997, 663, JOR 1997/111, m.nt. J.J. van Hees (Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman), r.o. 3.4, slotalinea en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2000/201 (Van Dooren q.q./ABN AMRO I), r.o. 3.6.

22 HR 27 april 1984, NJ 1984, 680, m.nt. W.C.L. van der Grinten (Claassen q.q./Van Elderen).

23 Thans art. 710 Rv.

24 Art. 721-726 oud Rv.

25 Art. 730-737 Rv. De executoriale variant pendant hiervan is geregeld in art. 491-500 Rv.

goederen op naam (registergoederen en vermogensrechten).²⁶ Een bijzondere vorm van het beslag tot afgifte of levering is het huidige paulianabeslag.²⁷ Het kan worden gelegd op het goed dat door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is verdwenen, als in rechte vernietiging van de rechtshandeling wordt gevorderd. In afwijking van de overige beslagen tot afgifte en levering geregeld in deze artikelen, verandert het paulianabeslag, nadat de rechter de vernietiging heeft uitgesproken en voldaan is aan de eisen van art. 704 lid 1 Rv, in een executoriaal verhaalsbeslag.²⁸ Zo bezien is het eindresultaat hetzelfde als wanneer eerst een conservatoir verhaalsbeslag op de onroerende zaak zelf wordt gelegd met een schadevergoedingsactie als grondslag (zoals in het Peeters q.q./Gatzen-arrest).

Verder is het bij de faillissementspauliana thans ook mogelijk om zonder tussenkomst van een rechter conservatoire maatregelen te nemen. Bij een vernietiging in rechte kan de dagvaarding zélf worden ingeschreven in de openbare registers.²⁹ Wanneer vervolgens de vernietiging door de rechter wordt uitgesproken, kan het constitutieve vonnis worden ingeschreven in de openbare registers.³⁰ Wanneer een rechtshandeling door middel van een buitengerechtigde vernietigingsverklaring wordt vernietigd, kan deze bij onroerende zaken worden ingeschreven in de openbare registers, ook wanneer de wederpartij niet in de vernietiging berust.³¹ Indien het vervolgens tot een procedure komt waarin de vernietiging wordt bevestigd, kan het declaratoire vonnis worden ingeschreven in de openbare registers.³² Van deze mogelijkheden gaat een conservatoire werking uit in die zin dat het goede trouw van derden verhindert, hetgeen ook door de wetgever is beoogd.³³ Wie zou immers een onroerende zaak willen kopen of geleverd krijgen, waarvan niet duidelijk is of de in de openbare registers geregistreerde eigenaar wel beschikkingsbevoegd is? Het zijn eenvoudige, effectieve en snelle methodes om in voorkomende gevallen derdenbescherming tegen

beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder bij een opvolgende overdracht of bezwaring te verhinderen. Deze mogelijkheden laten overigens onverlet dat ook naar huidig recht de PGV kan worden gebruikt om een conservatoir beslag op de paulianeus verdwenen onroerende zaak zelf te leggen.³⁴

In de volgende paragraaf behandel ik vergelijkbare pauliana-situaties waarin de behoefte nog zou kunnen bestaan om een schadevergoedingsactie in te stellen, en de vraag welke mogelijkheden de wet in dat kader thans biedt. Meer specifiek gaat het dan om de vraag in welke gevallen een curator naar huidig recht nog de voorkeur zou kunnen geven aan een schadevergoedingsactie in plaats van een vernietigingsactie in pauliana-situaties.

4. Schadevergoeding op grond van de faillissementspauliana

De Peeters q.q./Gatzen-casus roept de vraag op of zich vergelijkbare pauliana-situaties kunnen voordoen, waarin – niettegenstaande de nieuwe mogelijkheden met de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 om conservatoire maatregelen te nemen – toch de behoefte zou kunnen bestaan om in plaats van een vernietigingsactie een schadevergoedingsactie in te stellen.

Gedacht kan worden aan situaties waarbij een terugkeer van het goed in de boedel mogelijk is, maar de curator liever vergoeding in geld zou ontvangen en hij daarom keuzevrijheid wil ten aanzien van de rechtsgevolgen van de faillissementspauliana. Die wens kan voortkomen uit het feit dat de curator zich bij terugkeer van het goed in de boedel voor de uitdaging ziet gesteld dat hij alsdan het goed weer te gelde moet (laten) maken, hetgeen in sommige gevallen kostbaar is en waarvan de uiteindelijke opbrengst voor de boedel onzeker is. Verder kan worden gedacht aan de situatie dat het goed dat paulianeus uit het vermogen van de gefailleerde is gegaan, in de tussentijd in waarde is gedaald. De terugkeer van een goed in de boedel is voor een curator een weinig aantrekkelijke optie. Empirisch onderzoek bevestigt dat curatoren in de praktijk de voorkeur geven aan vergoeding in geld in plaats van teruggave van een goed.³⁵ Minnelijke regelingen zien er dan ook vaak zo uit, dat de wederpartij een bedrag aan de boedel betaalt ter compensatie van de geconstateerde benadeling.

Een interessante vraag blijft daarom of een curator de wederpartij ook in rechte zou kunnen dwingen tot opheffing van de benadeling door betaling van een geldsom aan de boedel.

26 Zie Verheul, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 730 Rv, aant. 2 (online, bijgewerkt 15 maart 2021).

27 Art. 737 Rv. Zie hierover M.M.L. Harreman, *Conservatoire beslagen tot afgifte en levering*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 49-50 en 120. De wetgever spreekt in dit kader van een opgevolde lacune, zie *Kamerstukken II 1980/81*, 16 593, nr. 3, p. 123.

28 Art. 737 lid 2 Rv. De wetgever spreekt hier van een mengvormtussen conservatoir beslag tot verhaal van een geldvordering en beslag tot afgifte, zie *Kamerstukken II 1980/81*, 16 593, nr. 3, p. 126 en 127.

29 Art. 3:17 lid 1 aanhef en onder f BW. Onder oud recht ontbrak een met art. 3:17 BW vergelijkbare bepaling. Tot de invoering van art. 3:17 BW werd daarom in bijzondere wetten aangegeven of een bepaald feit in de registers kon worden ingeschreven. Zie hierover Parl. Gesch. Kadasterwet (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 7 (nr. 2).

30 Art. 3:17 lid 1 aanhef en onder e BW jo. art. 25 Kadasterwet.

31 Art. 42 lid 1 slotzin Fw jo. art. 3:50 lid 2 BW jo. art. 3:17 lid 1 aanhef en onder a BW. In de oude wettekst was deze mogelijkheid niet opgenomen, zie ook Van der Feltz I, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, 1896, p. 432 e.v. Van der Grinten wees in zijn annotatie bij het arrest Claassen q.q./Van Elderen al op deze nieuwe mogelijkheid bij invoering van het Nieuw BW. Zie ook S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber & B.A. Schuijling, *Wetswijzigingen Faillissementswet (Onderneming en Recht nr. 2-III)*, art. 42, aant. 2 (16 593)/Eindtekst (Stb. 1986, 295).

32 Art. 3:302 BW jo. art. 3:17 lid 1 aanhef en onder e BW jo. art. 25 Kadasterwet.

33 *Kamerstukken I 1984/85*, 16 593, nr. 141a, p. 31.

34 Art. 725 Rv.

35 G. van Dijck, 'Empirisch onderzoek naar problemen bij toepassing van de faillissementspauliana', *TvI 2006/26*.

4.1 Literatuur en rechtspraak

Faber heeft in dit kader betoogd dat uit de objectieve kant van de relatieve werking van de pauliana volgt dat de wederpartij aan de vernietiging van een rechtshandeling kan ontkomen door aan te bieden het bedrag van de benadeling aan de failliete boedel te vergoeden.³⁶ Die relatieve werking zou volgens Faber echter minder gemakkelijk als basis kunnen dienen voor een ongedaanmaking in geld wanneer niet de wederpartij, maar de curator zélf de voorkeur geeft aan een vergoeding in geld boven teruggave van de zaak. Toch zijn er in lagere rechtspraak voorbeelden te vinden, die Faber ook noemt, waarin op grond van de objectieve kant van de relatieve werking en op basis van het doel c.q. de ratio van de faillissementspauliana (opheffing van de benadeling) het verzoek van de curator tot vergoeding in geld werd gehonoreerd.³⁷

Dat de lagere rechters in de door Faber aangehaalde uitspraken de objectieve kant van de relatieve werking hebben gebruikt als grondslag voor het oordeel dat de vordering van de curator tot vergoeding in geld kon worden toegewezen, is op zich een juiste constatering. Deze uitspraken zijn naar mijn mening echter voorbeelden van gevallen waarin de gevolgen van de vernietigde rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan konden worden gemaakt³⁸ en waarin teruggave feitelijk onmogelijk³⁹ was. In de zaak Quist q.q./AEL ging het om de paulianeuze verkoop, ruim een jaar voor faillissement, van een aantal volledige ondernemingen inclusief hun handelsvoorraden, huurrechten en rechten van intellectuele eigendom, waarna die ondernemingen zijn voortgezet. De verkoop kon bezwaarlijk ongedaan worden gemaakt, zo blijkt uit de uitspraak zelf.⁴⁰ In de zaak Stadig q.q./AVZ ging het om een situatie waarin de wederpartij zelf aangaf dat teruggave feitelijk onmogelijk was geworden en de curator daarom aanspraak maakte op compensatie in geld.⁴¹ Voor beide situaties bestaan al concrete wettelijke grondslagen om vergoeding in geld te vorderen op basis van de faillissementspauliana.⁴² Deze uitspraken van lagere rechters bieden derhalve geen basis voor de gedachte dat de curator de wederpartij, in plaats van teruggave van een goed wanneer dat nog wel mogelijk is, ook in rechte zou moeten kunnen dwingen tot opheffing van de benadeling door betaling van een geldsom aan de boedel.

In de zoektocht naar keuzevrijheid van de curator om een vordering tot vergoeding in geld te baseren op de faillissementspauliana, heeft Faber vervolgens de gedachte geopperd dat art. 3:54 lid 2 BW zich zou kunnen lenen voor

analoge toepassing.⁴³ Faber komt evenwel toch tot de conclusie dat de curator een actie uit onrechtmatige daad moet instellen (de PGV dus) om schadevergoeding te verkrijgen in plaats van teruggave van een goed, omdat het uitgangspunt is dat de faillissementspauliana een vernietigingsactie is. Tot dezelfde conclusie komt Van der Weijden.⁴⁴ Van Koppen concludeert echter dat de curator op grond van art. 51 Fw ook schadevergoeding kan vorderen en lijkt daarbij – net als voornoemde lagere rechters – aan te haken bij de ratio van de relatieve werking.⁴⁵ Wessels is van mening dat art. 51 Fw een alternatieve verbintenis veronderstelt, in die zin dat de curator in plaats van teruggave ook aanspraak kan maken op schadevergoeding.⁴⁶ Volgens De Weijs moet de curator een keuzebevoegdheid tussen vernietiging en afgifte enerzijds en schadevergoeding anderzijds onder de pauliana juist worden ontzegd.⁴⁷

Het heeft voor een curator voordelen om, in plaats van de onrechtmatige daad, de faillissementspauliana zélf als grondslag voor een vordering tot vergoeding in geld te kunnen gebruiken. De faillissementspauliana is immers een specifiek reconstructie-instrument voor schuldeisers-benadelende rechtshandelingen met een overzichtelijk toetsingskader, en de wetgever is de curator in zijn bewijslast tegemoetgekomen met rechtsvermoedens van wetenschap.⁴⁸ De gedachte dat art. 3:54 lid 2 BW als wettelijke basis kan dienen voor de bedoelde keuzevrijheid van de curator, verdient daarom verdere uitwerking.

4.2 De wijzigingsmogelijkheid van artikel 3:54 lid 2 BW

In art. 3:54 lid 2 BW is bepaald dat de rechter op verzoek van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de rechtshandeling kan wijzigen. Een soortgelijke regeling is opgenomen in art. 6:230 lid

36 Met inachtneming van art. 51 lid 3 Fw, zie Faber (2005), par. 332-333.

37 Rb. Dordrecht 16 mei 2001, JOR 2001/163 (Quist q.q./AEL) en Rb. 's-Hertogenbosch 17 juli 1998, JOR 1998/156 (Stadig q.q./AVZ), r.o. 23.

38 Waarvoor reeds de regeling van art. 3:53 lid 2 BW bestaat.

39 Waarvoor reeds de regeling van art. 6:277/74 jo. 6:203 BW bestaat. Zie over de verhouding van art. 6:277 BW tot art. 6:74 BW: Dammingh, 'Art. 6:277 BW is overbodig naast art. 6:74 BW', ORP 2021/8.

40 Quist q.q./AEL, r.o. 7 onder het kopje "vaststaande feiten".

41 Stadig q.q./AVZ, r.o. 23.

42 Art. 3:53 lid 2 BW en art. 6:277/74 jo. 6:203 BW.

43 Faber (2005), par. 332-333.

44 R.J. van der Weijden (2012), p. 213.

45 Van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Kluwer: Deventer 1998, par. 3.4.

46 Wessels *Insolventierecht III*, nr. 3033: "De bevoegdheid heeft een goederenrechtelijk effect: zij richt zich in beginsel niet op vergoeding van schade, maar op teruggave van het ontvangen goed respectievelijk de verplichting de waarde daarvan te vergoeden." en nr. 3236: "Art. 51 veronderstelt een alternatieve verbintenis in de zin dat als de curator niet prijs stelt op teruggave van activa hij aanspraak heeft op schadevergoeding."

47 R.J. De Weijs, *Faillissementspauliana, Insolventzandfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies (serie Recht en Praktijk, Insolventierecht, nr. InSR1)* 2010, p. 350 e.v.: "De curator zal vaak de voorkeur geven aan het ontvangen van een geldbedrag in plaats van de vervreemde goederen terug te ontvangen. De curator moet echter een keuzebevoegdheid tussen vernietiging en afgifte enerzijds en schadevergoeding anderzijds onder de pauliana worden ontzegd. De pauliana is een vernietigingsgrond en geen actie tot schadevergoeding. (...) De curator zal een separate vordering uit onrechtmatige daad dienen in te stellen."

48 Art. 43/45 Fw. Zie Van der Feltz I, p. 443: "Er zijn een aantal handelingen waarvan, vooral wanneer zij in den vooravond van een faillissement verricht worden, terecht getuigd mag worden dat zij een verdacht karakter dragen, waartoe wordt overgegaan in het volle bewustzijn dat de schuldeisers erdoor benadeeld worden en die het bewijs daarvan als het ware in zich zelve dragen. Eene omkeering van den bewijslast schijnt hier aangezezen."

2 BW voor de vernietigingsgrond dwaling.⁴⁹ Hoewel het om een discretionaire bevoegdheid gaat,⁵⁰ stelt de Hoge Raad geen hoge eisen.⁵¹ De gedachte hierachter is dat door wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling het veel ingrijpendere middel van vernietiging achterwege kan blijven.⁵² De rechter kan dan ook geen vernietiging meer uitspreken als de benadeelde uitsluitend wijziging van de rechtsgevolgen heeft gevorderd.⁵³ Art. 3:54 lid 2 BW zou mogelijk een grondslag kunnen zijn voor een vordering tot vergoeding in geld jegens de wederpartij bij een paulianeuze rechtshandeling.

De wetgever heeft deze wijzigingsmogelijkheid blijkens de tekst van art. 3:54 lid 2 BW echter beperkt tot de vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden. De benadeelde zou bij misbruik van omstandigheden voldoende zijn geholpen met opheffing van zijn benadeling.⁵⁴ In gevallen als bedreiging en bedrog kan dat niet worden gezegd. Het slachtoffer van bedrog of bedreiging zou volgens de wetgever altijd de mogelijk moeten houden om de rechtsverhouding met de bedrieger of degene die zich aan bedreiging heeft schuldig gemaakt te verbreken middels vernietiging, ook als deze aanbiedt het nadeel op te heffen.⁵⁵ Voor bedreiging en bedrog is de wijzigingsmogelijkheid, zelfs op verzoek van de benadeelde partij, uitdrukkelijk uitgesloten.⁵⁶ In die gevallen is de gedraging van degene die het wilsgebrek opwekte kennelijk zo laakbaar, waardoor het vertrouwen van de andere partij zo zeer is verstoord, dat het onredelijk zou zijn de benadeelde partij tegen haar wil aan de overeenkomst

gebonden te laten blijven, ook al zou het nadeel dat zij heeft geleden kunnen worden opgeheven.⁵⁷

Uit de hiervoor weergegeven parlementaire geschiedenis blijkt niet dat de wetgever de actio pauliana buiten faillissement en de faillissementspauliana bij de invoering van deze wijzigingsmogelijkheid heeft meegenomen in zijn afweging. De afweging om de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW wel of niet voor de pauliana open te stellen, moet dus nog worden gemaakt. Daarbij speelt mijns inziens de ratio achter de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW en de pauliana een belangrijke rol. Volgens de wetgever is de ratio achter art. 3:54 lid 2 BW dat wanneer de over en weer bestaande belangen van de betrokken partijen daartoe aanleiding geven, de (vergaande) gevolgen van vernietigbaarheid moeten kunnen worden gewijzigd.⁵⁸ Mijns inziens sluit dat naadloos aan op de objectieve kant van de relatieve werking van de pauliana, die inhoudt in dat deze niet verder werkt dan nodig is ter opheffing van de benadeling.⁵⁹ Het past bij dat uitgangspunt om de mogelijkheid te openen de (vergaande) gevolgen van vernietigbaarheid achterwege te kunnen laten, wanneer de benadeling op andere, minder ingrijpende wijze kan worden opgeheven. Van een paulianeuze rechtshandeling kan bovendien niet worden gezegd dat het verstoorde vertrouwen van de partij die wordt benadeeld (in faillissement de gezamenlijke schuldeisers) in de weg staat aan toepassing van deze wijzigingsmogelijkheid, zoals bij bedreiging en bedrog het geval zal zijn. Sterker nog, curatoren geven er in de praktijk vaak juist de voorkeur aan de vernietigbare overeenkomst in stand te laten en in plaats van teruggave juist vergoeding in geld te ontvangen. Niets staat er dus aan in de weg om de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW ook toe te passen op de pauliana.⁶⁰

Bij toepassing van art. 3:54 lid 2 BW heeft de rechter veel vrijheid om de wijze waarop benadeling zou moeten worden opgeheven, te bepalen.⁶¹ Bij een vernietigingsactie op grond van de faillissementspauliana, zou een wijziging bijvoorbeeld kunnen zijn dat alsnog een reële prijs voor het

49 Zie voor soortgelijke regelingen bij andere leerstukken zoals de voortbouwende overeenkomst, verdeling van gelden, legaten en giften, *Asser/Sieburgh 6-III 2018/632*.

50 *Parl. Gesch. BW Boek 3, MvA II*, p. 242: "In het tweede lid is voorts de wending "is de rechter bevoegd" verkort tot "kan de rechter", de gebruikelijke term in het gewijzigd ontwerp, waarmee wordt aangegeven dat de rechter discretionaire bevoegdheid heeft."

51 HR 28 november 1997, NJ 1998, 659 (*Luycks/Kroonenberg*), r.o. 3.6.

52 *Parl. Gesch. BW Boek 3, TM*, p. 241: "(...) het veel ingrijpender middel der vernietiging kan dan achterwege blijven."

In de wetsgeschiedenis van art. 6:230 lid 2 BW ontbreekt een dergelijke toelichting, *MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 1449-1450. Aannemelijk is dat dezelfde gedachte ten grondslag ligt aan de in art. 6:230 lid 2 BW gelijklopende wijzigingsmogelijkheid.

53 *Parl. Gesch. BW Boek 3, N.v.W.*, p. 242: "Ten slotte verdient aandacht dat het artikel niet uitsluit dat de benadeelde uitsluitend wijziging van de rechtshandeling vordert, zodat het niet tot een uitspreken van een vernietiging kan komen, zoals ook de wederpartij de vernietiging kan beletten door tijdig een afdoende aanbod tot opheffing van het nadeel te doen."

54 *Parl. Gesch. BW Boek 3, TM*, p. 241: "In geval een handeling op grond van misbruik van omstandigheden vernietigbaar is, kan de benadeelde gewoonlijk afdoende geholpen worden, indien de benadeler wil medewerken om de rechtshandeling een gewijzigde inhoud te geven."

55 *Parl. Gesch. BW Boek 3, Eindverslag I*, p. 240: "Zo behoort degene die het slachtoffer is geworden van bedrog of bedreiging, vrij te zijn om zijn rechtsverhouding met de bedrieger of degene die zich aan bedreiging heeft schuldig gemaakt te verbreken, ook als deze aanbiedt het nadeel op te heffen."

56 *Parl. Gesch. BW Boek 3, Eindverslag I*, p. 240: "Deze vergaande bevoegdheid behoort zelfs niet bij alle vormen van vernietigbaarheid te gelden (...) Zulk een bevoegdheid past in het geheel niet bij een nietigheid die is voorgeschreven in het belang van derden of in het algemeen belang."

57 Zie hierover *Asser/Sieburgh 6-III 2018/629*. Als die partij zelf toch de overeenkomst wil laten gelden, zou zij ter opheffing van het nadeel een vordering uit onrechtmatige daad ter opheffing van het nadeel kunnen instellen, zie *Asser/Sieburgh 6-III 2018/256*.

58 *Parl. Gesch. BW Boek 3, Eindverslag I*, p. 240: "In de eerste plaats moet worden bedacht dat de artikelen 3.2.176 en 3.2.17c beide tot strekking hebben de gevolgen van een vernietigbaarheid te matigen of eventueel op te heffen, wanneer de over en weer bestaande belangen van de betrokken partijen daartoe aanleiding geven."

59 Hetgeen tot uitdrukking komt in art. 51 leden 1 en (vooral) 3 Fw. In lid 3 is een regeling opgenomen die in feite beoogt de te vergaande gevolgen van een vernietigingsactie te herstellen.

60 Verschillende auteurs hebben reeds analoge toepassing bepleit, zie *Asser/Sieburgh 6-III 2018/632*: "(...) Voorts kunnen de bepalingen in daarvoor in aanmerking komende gevallen analoog worden toegepast op andere vernietigingsgronden"; Zie ook Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss.), 1988, p. 189; Hesselink, *Europees contractenrecht*, 1995, p. 55; Wammes, 'De Pauliana in het Nieuw BV', in: *Onderneming en burgerlijk recht*, 1991, p. 102-103; Olthof, *Sdu Commentaar* (Boek 3 BW), art. 54 en Verbeek, *GS Vermogensrecht*, art. 3:54 BW, aant. 20.2.

61 *Parl. Gesch. BW Boek 3, N.v.W.*, p. 242: "Wat in de gegeven omstandigheden ter opheffing van het nadeel voldoende is, is aan de rechter overgelaten."

goed wordt betaald, zodat de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers wordt opgeheven, waarbij ook rekening kan worden gehouden met het door de benadeelde genoten voordeel.⁶² In een pauliana-situatie zou(den) de benadeelde(n), ten behoeve van wie de curator in faillissement optreedt, met een wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling die erop neerkomt dat de benadeling wordt opgeheven door middel van een vergoeding in geld, in de regel voldoende geholpen zijn.

Het invoeren van deze wijzigingsmogelijkheid vereist volgens de tekst van art. 3:54 lid 2 BW een gang naar de rechter en dus een vernietiging in rechte. Indien de curator al gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om buitengerechtelijk te vernietigen en deze verklaring de wederpartij heeft bereikt,⁶³ dan zijn de rechtsgevolgen van de vernietiging reeds ingetreden. Hoewel partijen daarop zelf in beginsel niet kunnen terugkomen,⁶⁴ is mijns inziens verdedigbaar dat een rechter op verzoek van (één van de) partijen de buitengerechtelijke vernietiging in een declaratoir vonnis niet bevestigt en in plaats daarvan ter opheffing van het nadeel alsnog de gevolgen van de (eerder buitengerechtelijk vernietigde) rechtshandeling wijzigt.⁶⁵

4.3 De vervangende schadevergoeding van artikel 6:87 BW

Om aanspraak te kunnen maken op een vergoeding in geld nadat reeds een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring is uitgebracht, zou de teruggaveplicht ook kunnen worden omgezet in een verplichting tot vervangende schadevergoeding.

De regeling van art. 51 lid 1 Fw is gebaseerd op de algemene regeling van de onverschuldigde betaling.⁶⁶ Wanneer de wederpartij tekortschiet, dan stelt dat de curator in staat om de teruggaveverplichting om te zetten in een verplichting tot vervangende schadevergoeding.⁶⁷ Hiervoor is vereist dat de wederpartij in verzuim is en hem schriftelijk wordt medegedeeld dat de curator schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. Als de wederpartij te kwader trouw is, dan is hij zonder ingebrekestelling in verzuim.⁶⁸

62 Vgl. art. 51 lid 3 Fw.

63 Art. 3:37 lid 3 BW. Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt.

64 Zie Verbeek, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:50 BW, aant. 8, met verwijzing naar MvT, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1157 en MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1161. Degene die buitengerechtelijk vernietigt, kan niet meer eenzijdig op zijn verklaring terugkomen. Partijen kunnen ook niet in onderling overleg onder de vernietiging uitkomen. Indien zij de gevolgen van de vernietiging niet meer wensen, zullen zij een nieuwe overeenkomst moeten sluiten. In geval van onzekerheid of geschil zal dit een vaststellingsovereenkomst zijn. Zie echter HR 7 oktober 1994, NJ 1995, 171 (*Dibbets/Pinkers*), waarin de Hoge Raad aangeeft dat een werknemer kan terugkomen op vernietiging van zijn ontslag door ondubbelzinnig van zijn beroep op nietigheid afstand te doen. Anders ook Van Schilfgaarde, *WPNR* 5621 (1982), p. 552, die voorstelt in de wet op te nemen dat partijen in onderling overleg op de buitengerechtelijke vernietiging kunnen terugkomen.

65 In gelijke in *Asser/Sieburg 6-III 2018/631*.

66 Zij vormt geen zelfstandige bron van verbintenissen, zie Faber (2005), par. 329.

67 Art. 6:87 lid 1 BW.

68 Art. 6:205 BW.

De vraag of sprake is van kwade trouw dient te worden beantwoord aan de hand van de subjectieve kennis van de wederpartij ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling.⁶⁹ Daarvan is bij een rechtshandeling die achteraf wordt vernietigd op grond van de faillissementspauliana geen sprake, wanneer het wetenschapsvereiste alleen is ingevuld met de geobjectiveerde vermoedens van art. 43 en/of 45 Fw. Voor het intreden van verzuim is dan alsnog een ingebrekestelling vereist waarin een redelijke termijn voor de nakoming (van in dit geval de teruggaveverplichting) wordt geboden en is eveneens vereist dat deze ongebruikt verstrijkt.

Wanneer in een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring ook een ingebrekestelling is opgenomen gebaseerd op de teruggaveverplichting en de wederpartij de daarin gestelde termijn vervolgens laat verstrijken, treedt derhalve verzuim in.⁷⁰ Indien de wederpartij daarvoor al antwoordt met een (ongegronde) betwisting van de vernietiging, treedt verzuim reeds op dat eerdere moment in.⁷¹ In beide situaties wordt de curator bevoegd om de teruggaveverplichting – die reeds is ontstaan door het uitbrengen van de buitengerechtelijke vernietiging – door middel van een mededeling aan de wederpartij om te zetten in een verplichting tot vervangende schadevergoeding.⁷² De hoogte van die vergoeding zou mijns inziens moeten worden bepaald door toepassing van de vermogensvergelijking die wordt gebruikt om de benadeling vast te stellen.⁷³ Uit de objectieve kant van de relatieve werking volgt immers dat de vernietiging niet verder mag gaan dan nodig is ter opheffing van het geleden nadeel.

In de volgende paragraaf analyseer ik hoe de PGV zich in het huidige wettelijke systeem verhoudt tot de faillissementspauliana en beantwoord ik de vraag wat dat betekent voor het toepassingsbereik van de PGV.

5. De verhouding tussen de faillissementspauliana en de PGV

Uit het voorgaande (paragraaf 3) volgt dat de wet thans voldoende mogelijkheden biedt om op basis van de faillissementspauliana conservatoire maatregelen te nemen. De beperkingen waar mr. Peeters q.q. zich mee zag geconfronteerd zullen zich naar huidig recht dus niet meer voordoen. Voorts volgt uit het voorgaande (paragraaf 4) dat de wet thans mogelijkheden biedt om, in plaats van teruggave van een goed, op basis van de faillissementspauliana zelf een vergoeding in geld van de wederpartij bij een paulianeuze rechtshandeling te vorderen. Daarmee wordt beantwoord aan een in de praktijk bestaande wens van curatoren om

69 Zie HR 5 april 2019, NJ 2019/212 en in het bijzonder voor de faillissementspauliana Hof Den Haag 2 april 2013, JOR 2014/138.

70 Art. 6:82 lid 1 BW.

71 Art. 6:83 aanhef en sub c BW.

72 Ook deze schadevergoedingsactie zou mijns inziens ten grondslag kunnen worden gelegd aan een conservatoir beslag op andere goederen van de wederpartij bij de paulianeuze rechtshandeling.

73 HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 654 (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*).

geen teruggave van een goed, maar vergoeding in geld te ontvangen.

Voor het baseren van een actie tot vergoeding van de benadeling in geld op de faillissementspauliana zélf in plaats van op de onrechtmatige daad (de PGV) pleit het wetssystematische argument dat de wetgever voor paulianeuze rechtshandelingen niet voor niets een aparte verhaalsactie met een overzichtelijke regeling of “spoorboekje” heeft ontworpen.⁷⁴ In dit kader is in het verleden wel geopperd dat de faillissementspauliana een uitwerking vormt van de onrechtmatige daad, specifiek voor gevallen van verhaalsbenadeling.⁷⁵ Juist bij verhaalsbenadeling is de wetgever de curator ook tegemoetgekomen met rechtsvermoedens van wetenschap.⁷⁶ Het aannemen van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad kan ook juist als een zwaardere sanctie dan vernietiging op grond van de faillissementspauliana worden gezien,⁷⁷ hetgeen ook pleit voor toepassing van de faillissementspauliana in combinatie met de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW, in plaats van toepassing van de PGV op pauliana-situaties.

In Europees verband is in modelwetgeving ook voorgesteld de pauliana te harmoniseren tot een actie die in beginsel dient te leiden tot compensatie van de boedel voor het geleden nadeel.⁷⁸ Dat kan volgens deze modelwetgeving door teruggave van het goed, indien de curator dat verlangt, maar ook door een vergoeding in geld.⁷⁹ Hier ligt, net als bij art. 3:54 lid 2 BW, onder andere de gedachte aan ten grondslag dat vernietiging een te vergaand middel kan zijn om het beoogde doel, compensatie voor de schuldeisers, te bereiken:

“Transaction avoidance law aims at compensating the estate for the disadvantage caused by the challengeable transaction. Under the principle of efficiency, the legal consequences must be shaped in a way that this objective can be reached as simply as possible. At the same time, the principle of legal certainty must be taken into account. This requires the legal consequences to be as predictable and clear as possible. Also, the principle of proportionality has an impact, since the consequence should not burden more on the opponent than necessary for compensating the estate for the disadvantage suffered. Against this background, we suggest describing the result of transactions avoidance primarily as an obligation of the opponent to compensate the estate for the disadvantage. As explained in more detail below, this can be done in various ways: by returning an asset transferred by the debtor, by paying the amount of money the estate is lacking (...).”⁸⁰

Als deze modelwetgeving wordt overgenomen in een richtlijn, zou toepassing van de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW op de pauliana ook bij een richtlijnconforme interpretatie passen. Om iedere onduidelijkheid weg te nemen kan aan de wettekst worden toegevoegd dat deze wijzigingsmogelijkheid ook kan worden toegepast bij benadeling van schuldeisers,⁸¹ zodat het artikellid als volgt komt te luiden:

“Bovendien kan de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden of benadeling van schuldeisers uit te spreken, ter opheffing van dit nadeel de gevolgen van de rechtshandeling wijzigen.” [toevoeging is onderstreept]

Ik merk in dit kader nog op dat de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW een discretionaire bevoegdheid van de rechter inhoudt om vast te stellen welk bedrag de wederpartij dient te vergoeden ter opheffing van het nadeel. In de literatuur verschilt men van mening over de vraag of afdeling 6.1.10 BW over de wettelijke verplichting tot schadevergoeding hierop van toepassing is.⁸² Praktisch gezien valt deze verplichting om het nadeel op te heffen voor de wederpartij echter nauwelijks of niet van een schadevergoeding te onderscheiden.⁸³ Beide regelingen beogen ook hetzelfde doel te bereiken. Het doel van de pauliana is immers om de benadeelde partij in de positie

74 Zie J.J. van Hees, ‘De wetenschap van de pauliana’, in: Kortmann e.a., *10 jaar “JOR” alsnog geannoteerd*, Den Haag: SDU 2006, p. 142-148, met verwijzing naar Nieuwenhuis in het *INSOLAD Jaarboek 1998*.

75 Zie J.H. Nieuwenhuis, ‘De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad’, in: L. Timmerman (red.), ‘De actio Pauliana’, in: *Insolad Jaarboek*, Deventer: Kluwer 1998, p. 53, met verwijzing naar o.a. Eggens en Schoordijk, ‘Vragen rond de faillissementspauliana’, in: L. Timmerman (red.), *INSOLAD Jaarboek 1998*. Vgl. De Weijs & Heems, *GS Faillissementswet*, commentaar op art. 42 Fw, aant. 14, ‘Actio pauliana en onrechtmatige daad’, met verwijzingen naar literatuur.

76 Art. 43/45 Fw. Zie Van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, 1896, p. 443.

77 Zie in deze zin R.J. De Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies (serie Recht en Praktijk, Insolventierecht, nr. InsR1)*, 2010, p. 351.

78 Bork & Veder, Model Law on Transactions Avoidance Law, § 7 onder 1: “The opponent is obliged to compensate the estate for the detriment caused by the voidable legal act. If the return of the received is not possible, the opponent is obliged to pay an amount equivalent to the value of the received. Lapse of enrichment can only be invoked if the opponent neither was aware, nor should have been aware, of the circumstances on which the transactions avoidance is based.” Zie <https://www.intersentiaonline.com/publication/model-law-on-transactions-avoidance-law/1?version=v-83104b9c-b4c1-a06f-023a-047656fd27d6>.

79 Bork & Veder, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, Part I, Cambridge: Intersentia 2022, Chapter 4, nr. V, onder B (nr. 4.245).

80 Bork & Veder, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, Part I, Cambridge: Intersentia: Cambridge 2022, Part I, Chapter 4, nr. V., onder A.1, (nr. 4.215).

81 De mijns inziens ongelukkige figuur van analoge toepassing is dan ook niet meer nodig.

82 Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen 1 (Mon. BW nr. B34)*, Deventer: Kluwer 1982, nr. 16, ontkennend wat betreft art. 3:54 lid 2 en art. 6:230 lid 2 BW, omdat het geen wettelijke verplichting zou zijn. Anders Asser/Sieburgh 6-II 2021/2-3, wat betreft art. 3:54 lid 2 en art. 6:230 lid 2 BW, mits het door de rechter toegekende bedrag materieel strekt tot vergoeding van schade. Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/632, waarin wordt expliciet wordt gesproken over een schadevergoeding.

83 Zie hierover Jac. Hijma, annotatie bij HR 16 december 2016, NJ 2018/223 (woonboerderij), onder 13, die pleit voor analoge toepassing, omdat dat vanuit het oogpunt van sanctiecoherentie aantrekkelijk zou zijn.

te brengen alsof de vernietigde rechtshandeling niet heeft plaatsgevonden.⁸⁴ Het doel van een schadevergoedingsverplichting is om degene die schade lijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, zoveel mogelijk terug te brengen in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.⁸⁵ Niets staat er dan ook aan in de weg om afdeling 6.1.10 BW ook toe te passen op de verplichting tot opheffing van nadeel ex art. 3:54 lid 2 BW.

De rol van de PGV in pauliana-situaties lijkt echter nog niet helemaal uitgespeeld. Bij de onrechtmatige daad gaat het om de vraag of de gedragingen van de wederpartij van de gefailleerde beschouwd worden als in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is jegens de gezamenlijke schuldeisers. Dat is een open norm en geeft meer ruimte om recht te doen aan specifieke omstandigheden van het geval.⁸⁶ Deze norm kan worden ingevuld met de vereisten van de pauliana,⁸⁷ maar kent een ruimer toepassingsbereik. Ook wanneer sprake is van benadeling door een feitelijke handeling of wanneer een rechtshandeling niet onverplicht was maar buiten het bereik van art. 47 Fw valt,⁸⁸ kan sprake zijn van een schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidnorm die de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden beoogt te beschermen. Er zullen dan wel bijzondere omstandigheden aanwezig moeten zijn.⁸⁹ Ook in de hiervoor genoemde modelwetgeving wordt er overigens van uitgegaan dat samenloop met de onrechtmatige daad mogelijk blijft.⁹⁰

Verder geldt voor de onrechtmatige daad een verjaringstermijn van vijf jaar na ontdekking van de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.⁹¹ De Faillissementspauliana kent een verjaringstermijn van slechts drie jaar nadat de curator de benadeling heeft ontdekt. Dat geldt zowel voor vernietiging in rechte⁹² als buiten rechte.⁹³ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever zich dit verschil in verjaringstermijnen voor andere vernietigingsacties ook heeft gerealiseerd en daarvoor heeft geopperd dat in dat geval de onrechtmatige daad de enige weg tot herstel van schade zal zijn.⁹⁴ Voor de gevallen waarin de vernietigingsactie is verjaard, zal de curator die zich op de faillissementspauliana kan beroepen mijns inziens dus nog gebruik kunnen maken van de PGV. In dit verband signaleer ik nog dat een rechtsoverdracht uit onverschuldigde betaling, dus ook die van art. 51 lid 1 Fw jo. 6:203 BW, een met de onrechtmatige daad vergelijkbare verjaringstermijn van vijf jaar kent.⁹⁵ Deze begint pas te lopen op het tijdstip waarop de pauliana is ingeroepen, omdat op dat moment pas de teruggaveplicht van art. 51 lid 1 Fw ontstaat. Dat betekent mijns inziens dat een vervangende schadevergoedingsactie gebaseerd op deze teruggaveplicht (zoals hiervoor in paragraaf 4.3 uitgewerkt), pas verjaart vijf jaar nadat de pauliana is ingeroepen.

Naast de hiervoor genoemde verschillen en overeenkomsten tussen de faillissementspauliana en de PGV, zijn er nog meer te bedenken. In onderstaande tabel zijn alle relevante verschillen en overeenkomsten die ik heb kunnen bedenken, schematisch weergegeven.

84 Concl. A-G J.B.M. Vranken, bij HR 30 november 1994, NJ 1995, 626, m.nt. P. Van Schilfgaarde (*Kuijsters/Gaalman q.q.*), punt 27: "De strekking van de Pauliana is herstel van het vermogen in de oude toestand. Alles wat paulianeus uit het vermogen is verdwenen, moet daarin worden teruggebracht. Dit dient te geschieden met inachtneming van afd. 6.4.2 BW over onverschuldigde betaling."

85 Zie bijvoorbeeld HR 5 december 2008, NJ 2009/387 (*Rijnstate/R.*).

86 Zie J.J. van Hees, "Benadeling in verhaalsmogelijkheden: pauliana of onrechtmatige daad?", *JORplus* 2002, nr. 1, p. 66 e.v.

87 Vgl. Hof 's-Gravenhage 1 februari 2005, *JOR* 2005/197 (*Hulsbergen q.q./Sijnja*), r.o. 2.7 en Rb. Rotterdam 21 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7436 (*Borsboom q.q./Drinkwaard Vastgoed BV*), r.o. 4.1.

88 Denk aan een selectieve betaling, zoals in HR 12 juni 1998, *JOR* 1998/107 (*Coral/Stalt*).

89 Zie HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*), r.o. 3.6. Vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./BMH I*).

90 Bork & Veder, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, Part I, Cambridge: Intersentia 2022, Chapter 4, nr. V, onder A.1 (nr. 4.218).

91 Art. 3:310 lid 1 BW.

92 Art. 3:52 lid 1 aanhef en sub c BW.

93 Art. 3:52 lid 2 BW.

94 Zie MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 3*, p. 212-213, slotlinea.

95 Art. 3:309 BW.

Faillissementspauliana	Peeters q.q./Gatzen-vordering
In beginsel vernietigingsactie, maar wijziging rechtsgevolgen ter opheffing nadeel ex art. 3:54 lid 2 BW en vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW mogelijk (zie par. 4), beide met toepassing van afdeling 6.1.10 BW.	Schadevergoedingsactie waarop afdeling 6.1.10 BW van toepassing is.
Sinds invoering nieuw BW conservatoire maatregelen bij onroerende zaken mogelijk zonder tussenkomst rechter door inschrijving buitengerechtelijke vernietigingsverklaring in openbare registers (zie par. 3).	Voor het nemen van conservatoire maatregelen is altijd tussenkomst van een rechter vereist ex art. 700 e.v. Rv.
Goed keert terug in de boedel vanwege de goederenrechtelijke werking van de vernietigingsactie, ⁹⁶ bij toepassing art. 3:54 lid 2 BW of art. 6:87 BW valt opbrengst in de boedel.	Opbrengst van de vordering valt in de boedel. ⁹⁷
Verhaalsactie die niet leidt tot enige vorm van aansprakelijkheid.	Leidt tot (de zware sanctie van) aansprakelijkheid.
Duidelijk toetsingskader met "spoorboekje" in art. 42/47 Fw.	Open norm die met de pauliana-vereisten kan worden ingevuld, maar ruimer toepassingsbereik kent.
Alleen toepasbaar bij rechtshandelingen die de schuldenaar zelf heeft verricht.	Ook toepasbaar op feitelijke handelingen die tot verhaalsbenadeling hebben geleid, ongeacht of deze door de schuldenaar zelf zijn verricht.
Vernietigingsactie komt weliswaar exclusief aan de curator toe ex art. 49 Fw, ⁹⁸ schuldeisers blijven bevoegd een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad tegen de bij de verhaalsbenadeling betrokken derde in te stellen. ⁹⁹	Individuele schuldeisers blijven naast de curator bevoegd om zelf een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad tegen de bij de verhaalsbenadeling betrokken derde in te stellen. ¹⁰⁰
Wettelijke bewijsvermoedens in art. 43/45 Fw.	Geen bewijsvermoedens.
Verjaringstermijn van drie jaar na ontdekking verhaalsbenadeling, voor vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW vijf jaar na inroepen pauliana.	Verjaringstermijn van vijf jaar na ontdekking schade en aansprakelijke persoon.
Eigen schuld ex art. 6:101 BW aan de zijde van de benadeelde schuldeiser(s) speelt in beginsel geen rol.	Eigen schuld-verweer ex art. 6:101 BW kan gezamenlijke schuldeisers niet worden tegengeworpen. ¹⁰¹
Niet vatbaar voor cessie. ¹⁰²	Curator heeft niet de bevoegdheid om de vordering zonder medewerking van de gezamenlijke schuldeisers te cederen. ¹⁰³
Verrekening met een pre-faillissementsvordering is niet mogelijk. ¹⁰⁴	Verrekening met een pre-faillissementsvordering is niet mogelijk. ¹⁰⁵
Wettelijke rente kan worden gevorderd. ¹⁰⁶	Wettelijke rente kan worden gevorderd. ¹⁰⁷
Klachtplicht is niet van toepassing. ¹⁰⁸	Klachtplicht is niet van toepassing. ¹⁰⁹
Veel vrijheid voor de rechter om invulling te geven aan de wijzigingsmogelijkheid ex art. 3:54 lid 2 BW en matiging ex art. 6:109 BW mogelijk bij vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW.	Matiging mogelijk indien toekenning volledige schadevergoeding tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden (art. 6:109 BW).

96 E.e.a. als gevolg van het causale stelsel van art. 3:84 lid 1 BW. Zie ook HR 13 april 2001, NJ 2001, 26, JOR 2001/274 (Braat/Ros).

97 HR 16 september 2005, JOR 2006/52, m.nt. Kortmann (De Bont/Bannenbergh q.q.) en HR 24 april 2009, NJ 2009, 416, m.nt. Van Schilfgaarde (Dekker q.q./Lutece).

98 HR 21 december 2001, JOR 2002/37 (Lunderstadt/De Kok c.s.).

99 HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514, m.nt. L.E.H. Rutten (Erba).

100 HR 21 december 2001, JOR 2002/37 (Lunderstadt/De Kok c.s.) en HR 21 december 2001, JOR 2002/38 (Sobi/Hurks).

101 HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notaris M/Curatoren THB II).

102 Zie noot Maeijer onder HR 7 september 1990, NJ 1991, 52 (Den Toom/De Kreek) en bevestigd ten aanzien van de pauliana in HR 24 april 2009, JOR 2010/22, m.nt. Faber (Dekker q.q./Lutèce).

103 HR 24 april 2009, r.o. 3.4.4.2, JOR 2010/22, m.nt. Faber (Dekker q.q. Lutèce).

104 HR 30 september 1994, NJ 1995, 626, m.nt. P. van Schilfgaarde (Kuijsters/Gaalman q.q.).

105 Zoals reeds volgt uit het Peeters q.q./Gatzen-arrest zelf, r.o. 3.4.

106 Art. 3:54 lid 2 jo. art. 6:119 BW dan wel art. 51 lid 1 Fw jo. 6:87 en 6:119 BW.

107 Blijkens art. 6:119 BW.

108 De Hoge Raad heeft in het Van de Steeg/Rabobank-arrest (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600) geoordeeld dat de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing is op alle verbintenissen. De pauliana is een verhaalsactie met goederenrechtelijk gevolg. De verplichting tot teruggave ex art. 51 lid 1 Fw is weliswaar een verbintenis, maar het valt niet goed in te zien hoe de klachtplicht daarop van toepassing zou kunnen zijn, nu daar geen wederkerige overeenkomst aan ten grondslag ligt.

109 Op een vordering ex art. 6:162 BW is de klachtplicht in beginsel niet van toepassing, tenzij de vordering ex art. 6:162 BW is gericht tegen de schuldenaar en is gegrond op een gebrek in een prestatie (HR 13 juli 2018, NJ 2020/7 (verkoopmakelaar)).

Wat is nu de betekenis van deze analyse voor de praktijk? Uit jurisprudentieonderzoek blijkt dat de PGV in de praktijk sinds de invoering van het nieuw BW nauwelijks meer is gebruikt in pauliana-situaties. Kennelijk grijpen curatoren toch altijd eerst naar de faillissementspauliana. Ik heb slechts twee gevallen gevonden waarin, sinds de invoering van het nieuw BW, de PGV is ingezet in een pauliana-situatie met als doel vergoeding in geld in plaats van teruggave van een goed te verkrijgen.¹¹⁰ In beide gevallen had toepassing van bijvoorbeeld art. 3:54 lid 2 BW tot hetzelfde resultaat geleid.

Dat de PGV sinds de invoering van het nieuw BW nauwelijks meer wordt toegepast in pauliana-situaties, is logisch verklaarbaar vanuit de historische context van het Peeters q.q./Gatzen-arrest zelf, zoals in paragraaf 2 uiteengezet. In de Peeters q.q./Gatzen-casus zocht de curator simpelweg naar een manier om conservatoir maatregelen op een onroerende zaak toe te passen, hetgeen onder het oud BW met de faillissementspauliana niet zonder omwegen mogelijk was, waardoor een schadevergoedingsactie moest worden geconstrueerd om vervolgens conservatoir verhaalsbeslag te kunnen leggen. Sinds de invoering van het nieuw BW is deze beperking opgeheven, zoals in paragraaf 3 uiteengezet. Kennelijk leiden de andere relevante (theoretische) verschillen tussen de faillissementspauliana en de PGV, zoals in bovenstaande tabel weergegeven, in de praktijk niet tot een grotere rol voor de PGV in pauliana-situaties.

De PGV is sinds de invoering van het nieuw BW vooral een middel geworden dat wordt ingezet in situaties van bestuurdersaansprakelijkheid¹¹¹ en aansprakelijkheid van derden voor betrokkenheid bij verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers.¹¹²

6. Conclusie

In deze bijdrage heb ik vanuit historische context geanalyseerd waarom de curator in de Peeters q.q./Gatzen-casus een schadevergoedingsactie instelde in plaats van een vernietigingsactie. Die behoefte bleek voort te komen uit de wens om conservatoire maatregelen te treffen zodat de overdracht aan een derde te goeder trouw kon worden geblokkeerd, hetgeen destijds met de faillissementspauliana bij onroerende zaken niet zonder meer mogelijk was.

Uit mijn analyse volgt dat naar huidig recht in een casus als die waarmee mr. Peeters q.q. zich geconfronteerd zag, het niet meer nodig is een schadevergoedingsactie als de PGV in te stellen om conservatoire maatregelen te kunnen treffen in een pauliana-situatie. Het is sinds de invoering van het nieuw BW immers mogelijk om paulianabeslag te leggen en om een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring of een

dagvaarding waarin een vernietiging in rechte wordt gevorderd, in te schrijven in de openbare registers. Van de mogelijkheden tot inschrijving in de openbare registers gaat ook een conservatoire werking uit, in die zin dat de overdracht aan een derde te goeder trouw kan worden geblokkeerd.

Vervolgens heb ik geanalyseerd of er andere pauliana-situaties denkbaar zijn waarin de behoefte nog zou kunnen bestaan om een schadevergoedingsactie in te stellen, en of daarvoor de PGV noodzakelijk is. Uit voorgaande analyse volgt dat de faillissementspauliana in de verschillende voorkomende situaties die ik heb behandeld, reeds de mogelijkheid biedt om vergoeding in geld van de wederpartij die betrokken was bij de paulianeuze rechtshandeling te vorderen, zowel via de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW, als via vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW. Hoewel onzeker is of afdeling 6.1.10 BW over de wettelijke verplichting tot schadevergoeding op de wijzigingsmogelijkheid van art. 3:54 lid 2 BW van toepassing is, is toepasselijkheid daarvan te prefereren, omdat de ratio achter beide regelingen gelijk is en er praktisch gezien nauwelijks een onderscheid te bedenken is.

Toch is de rol van de PGV in pauliana-situaties nog niet helemaal uitgespeeld. Wanneer de verjaringstermijn voor een vernietigingsactie is verstreken, zal de PGV de enige mogelijkheid zijn om tot herstel van schade te komen. Ook wanneer de benadeling is veroorzaakt door een feitelijke handeling of de rechtshandeling niet onverplicht was maar buiten het bereik van art. 47 Fw valt, zal een curator moeten terugvallen op de PGV. Zo heb ik nog enkele andere overeenkomsten en verschillen tussen beide acties geïdentificeerd. Vanuit systematisch oogpunt verdient het de voorkeur om in de gevallen dat is voldaan aan de vereisten van de faillissementspauliana die actie dan ook te gebruiken, vanwege het specifieke, op paulianeuze rechtshandelingen toegesneden toetsingskader (het "spoorboekje" van art. 42/47 Fw) en het feit dat de wetgever de curator juist voor die gevallen tegemoet is gekomen met de rechtsvermoedens van wetenschap van benadeling. Ook wordt daarmee de zware sanctie van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad voorkomen. In dat kader is ook van belang dat in Europees verband modelwetgeving is gepubliceerd waarin ter harmonisatie van nationale wetgeving wordt voorgesteld de faillissementspauliana tot een actie te maken die in beginsel dient te leiden tot compensatie van de boedel voor het geleden nadeel.

Uit jurisprudentieanalyse blijkt dat de PGV in de praktijk nauwelijks meer wordt gebruikt in pauliana-situaties, maar vooral in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van derden voor betrokkenheid bij verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers. Vanuit de historische context van het Peeters q.q./Gatzen-arrest is dat goed te verklaren.

110 Hof 's-Gravenhage 1 februari 2005, JOR 2005/197 (Hulsbergen q.q./Sijnja), r.o. 2.7 en Rb. Rotterdam 21 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7436 (Borsboom q.q./Drinkwaard Vastgoed BV), r.o. 4.1.

111 Vgl. HR 23 mei 2014, JOR 2014/229, m.nt. J. van Bekkum (Kok/Maas q.q.).

112 Vgl. HR 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notarissen/Curatoren THB II).