

HC 10, 13-12-2017 (Faillissements-)pauliana

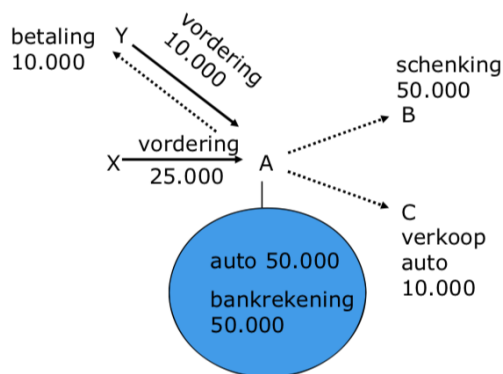
Pauliana is een vernietigingsactie. Als iets paulianeus is dan is het vaak ook strafbaar.

(Faillissement)pauliana

- Actio Pauliana van art. 3:45-3:48 BW; en de faillissementspauliana van art. 42-45 Fw zien op **onverplichte rechtshandelingen**
- Faillissementspauliana van art. 47 Fw zien op **verplichte rechtshandelingen**. Voor dit artikel bestaat geen equivalent in het BW.

Bescherming tegen een benadeling in de verhaalsmogelijkheden

Pauliana: Het is een vernietigingsactie die ertoe strekt de schuldeiser te beschermen in zijn verhaalsmogelijkheden. Een schuldeiser kan zijn vordering verhalen op het gehele vermogen van de schuldenaar, zowel bestaand als toekomstig vermogen. Art. 3:276 (of 277) BW beperkt een schuldenaar niet in zijn mogelijkheden over zijn vermogen te beschikken.



Schuldenaar X heeft een vordering op A van €25.000. A heeft een auto ter waarde van €50.000 en een bankrekening van €50.000. X heeft hier dus genoeg verhaalsmogelijkheden; hij kan zijn vordering makkelijk voldoen en dan blijft er ook nog wat over. Maar het betekent niet dat A op zijn vermogen moet blijven zitten. In bovenstaand voorbeeld doet A een schenking van €50.000 aan B. Dit betekent dat die €50.000 uit het vermogen van A gaat, waardoor X zich hier niet meer op kan verhalen. Geen probleem van de auto is er nog wel en daar kan X zich ook op verhalen.

Maar vervolgens: A verkoopt de auto voor €10.000 aan persoon C. Als de auto is verkocht en geleverd dan is de auto weg. Stel A heeft nog een andere schuldeiser, namelijk Y. Art. 3:276 BW staat er niet aan in de weg dat A de vordering van Y voldoet. A houdt zijn bevoegdheid over zijn eigen vermogen. A kan ervoor kiezen om Y te voldoen. X heeft dan vervolgens geen verhaalsmogelijkheden meer, X zal zich bedrogen voelen. Wellicht heeft A bewust zo gehandeld, zodat X zijn vordering niet meer kan verhalen. Dit kan, maar hoeft niet.

Een schuldeiser kan opkomen tegen een benadeling in zijn verhaalsmogelijkheden. Let op: de schuldeiser is een buitenstaander, niet één van de partijen. De auto betreft een koopovereenkomst tussen A en C. X is een buitenstaander want hij is geen partij bij de overeenkomst A-C. Hierbij verschilt het van de vernietiging wegens bedrog, wilsgebrek etc. X heeft niets met de transactie A-C te maken. Er is niets mis met de 'wil' want A en C hebben dit gewild.

Als X zijn verhaal heeft veiliggesteld dan kan voor de rest zijn rechtshandeling gewoon in stand blijven; Dit is relatieve nietigheid. Een nietigheid wordt gerelativeerd. Dit maakt het ingewikkeld, want iets dat geldig is in relatie tot de ene partij en nietig is in relatie tot de andere partij leidt altijd tot spanningen/botsingen.

Bescherming tegen een benadeling in de verhaalsmogelijkheden

Art. 3:276 (of 277) BW beperkt een schuldenaar niet in zijn mogelijkheden over zijn vermogen te beschikken. **Maar** wanneer hij zijn schuldeisers benadeelt, kan hiertegen met de (faillissements)pauliana worden opgetreden.

Relatieve nietigheid

Een vernietiging op grond van de (faillissements)pauliana leidt tot een relatieve nietigheid:

- 1. Het geldt slechts tegenover de inroepende schuldeiser of curator (subjectief-relatief);** alleen tegenover hem is de rechtshandeling nietig. Op basis van bovenstaand voorbeeld: dus als X ervoor kiest om zich te beroepen op rechtshandeling A-C en hij beroept zich hier op de Pauliana, dan is de verkoopovereenkomst in relatie tot X vernietigd. De titel aan de overdracht is dan vervallen vanuit het gezichtspunt van X. X kan beslag leggen op de auto en dit kan worden verkocht, voor X behoort de auto dan nog tot het vermogen van A. *Maar voor de rest van de wereld is er niets mis met de overeenkomst, ook niet voor A en C. Het is immers een geldige overeenkomst.* Als X inderdaad deze verkoop vernietigt dan kan C boos zijn op A. Door een probleem in de sfeer van A heeft C niet meer het vrije genot van de auto. C kan A aanspreken en hij kan schadevergoeding eisen voor de koopprijs, maar ook vervangende schadevergoeding, aangezien hij de auto is verloren. In die relatie is het een geldige overeenkomst. Om de belangen van X te beschermen moet je die overeenkomst in de relatie tot X vernietigen.
- 2. En slechts voor zover nodig om de benadeling ongedaan te maken (objectief-relatief).** De nietigheid gaat slechts zover als het nodig is om de benadeling ongedaan te maken. Als we bij bovenstaand voorbeeld blijven: als we aannemen dat de transactie A-C wordt vernietigd. Dit brengt €50.000 op. De vordering van X is maar €25.000. Wat moet er met die overige €25.000 gebeuren? Wie krijgt dat? De positie van X is nu veiliggesteld. De Pauliana is uitgewerkt dus het geld behoort nu toe te komen aan degene die los van de Pauliana deze functie heeft vervuld, dus dan zou het restant naar C moeten gaan. *Als we het toespitsen op de schenking A-B, dan kan B dus de schenking van €25.000 wel houden, want het gaat erom dat X is voldaan.*

Vereisten (faillissements)pauliana

Art. 3:45-48 BW en art. 42-45 Fw.:

- Rechtshandeling
- Onverplicht
- Benadeling
- Wetenschap van benadeling schuldenaar
- Wetenschap van benadeling wederpartij (tenzij rechtshandeling om niet)

Stel tentamenvraag: het betreft een onverplichte rechtshandeling, dan moet je deze 5 vereisten aflopen.

Vereiste #1: rechtshandeling

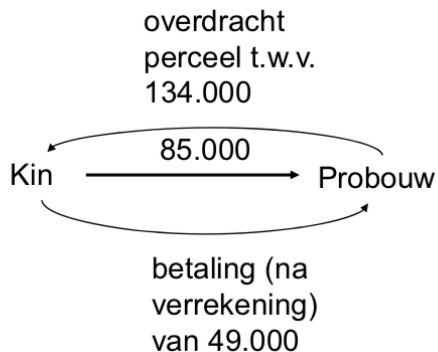
De (faillissements)pauliana is een vernietigingsactie en treft (dus) alleen rechtshandelingen.

Vereiste #2: onverplichtheid

Een rechtshandeling is onverplicht als er geen rechtsplicht bestaat tot het verrichten van deze rechtshandeling. *Stel het is een verplichte rechtshandeling dan is de schuldenaar verplicht iets te doen, dus dan kun je hem moeilijk aanrekenen dat hij iets doet wat hij moet doen. Je pakt dan ook iets af van de wederpartij alleen maar omdat er ook een ander is die een recht heeft (hierover later, bij art. 47 Fw).* Betaling van (nog) niet-opeisbare schuld is onverplicht. Voldoening van een andere prestatie dan die welke is overeengekomen, is onverplicht. Als er geen rechtsplicht bestond dan kun je de rechtshandeling aantasten op basis van art. 45 Fw. Feitelijke dwang is niet hetzelfde als een rechtsplicht. Als het niet ergens in de overeenkomst staat dan staat ergens in de wet dat je dit moet doen.

Als je een schuld voldoet die wel al bestaat, maar nog niet opeisbaar is dan wordt dit in de termen van Pauliana gezien als een onverplichte rechtshandeling. De wederpartij kon het op dat moment nog niet afdwingen. Zie het volgende arrest.

HR 18 december 1992, NJ 1993/169 (Kin/Emmerig q.q.)



Kin is een leverancier van wc's, sanitair etc. Probouw had allerlei dingen betrokken van Kin en was hiervoor een behoorlijk geldbedrag verschuldigd. Probouw was een aannemer, dus die 85.000 gulden aan badkamers had hij in de huizen gestopt. Probouw had een stuk grond ter waarde van 134.000 gulden. Kin zei: je draagt je grond maar aan mij over en dan verrekenen we het doordat ik jou dan weer 49.000 gulden betaal. Probouw heeft zijn schuld dan afgelost en Kin houdt er een stuk grond aan over. **Is dit een onverplichte rechtshandeling?** Als je kijkt naar wat Probouw verplicht was te voldoen, dat was de betaling van 85.000 gulden. Dit heeft Probouw niet gedaan, hij heeft grond geleverd. Dit hoefde hij niet te doen, dus het was een onverplichte rechtshandeling. Aan die voorwaarde is dus voldaan.

In de praktijk is het heel vaak zo dat rechtshandelingen verplicht worden verricht. Pauliana wordt vaak ingezet bij financiering gerelateerde transacties. Als je ervoor zorgt dat de situatie bestaat dat er altijd een plicht bestaat dat die ander iets doet dan ben je er al; je stelt immers zelf de overeenkomst op. Een belangrijk artikel in dit verband is art. 26 Algemene Bankvoorwaarden. Deze voorwaarden worden door alle banken gehanteerd. Je bent meteen gebonden voor alle transacties die je ook met de bank zal verrichten, je bent dan een rechtsplicht aangegaan. Alles zal dan een verplichte rechtshandeling zijn.

HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuven q.q./ING)

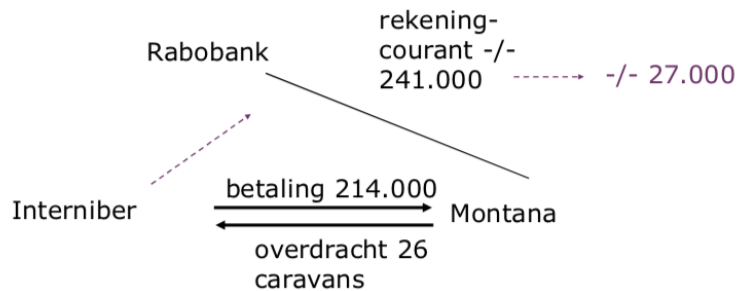
De verzamelpandakte bestaat eruit dat er een volmacht is en op basis daarvan worden elke dag nieuwe pandakten opgemaakt. Dit was uit de begintijd van de verzamelpandaktes. De volmacht moest nog apart gevraagd worden en werd apart gegeven. De curator zei dat de kredietnemer verplicht was te verpanden, dus de vestiging van het pandrecht als zodanig kon niet worden aangetast o.g.v. art. 42 Fw. Maar wat deed de curator, hij richtte zijn pijlen op de volmacht. **Verplichte verpanding op basis van een onverplicht verleende volmacht.** Het verstrekken van een volmacht is ook een rechtshandeling en deze was onverplicht, dus de curator wilde dit aantasten. Als de volmacht vernietigd is dan trek je de grond onder de verzamelpandakte vandaan want alle pandrechten zijn dan niet meer namens deze pandnemer gevestigd. Maar dit werkte niet! Vernietiging van volmacht op grond van art. 42 Fw?

⇒ “Evenals inpandgeving [...] door middel van afzonderlijke pandaktes, moet een volmachtverlening [...] die uitsluitend ertoe strekt de verpandingen tot stand te brengen, worden beschouwd als uitvoering van de in die stampandakte neergelegde verplichting tot verpanding. De volmachtverlening kan derhalve **niet** worden aangemerkt als een onverplichte rechtshandeling in de zin van art. 42 Fw, ook al was deze specifieke wijze van uitvoering van de verplichting tot verpanding niet overeengekomen.”

Vereiste #3: Benadeling

Vergelijking situatie met rechtshandeling met de hypothetische situatie dat rechtshandeling niet heeft plaatsgevonden. *Toetsmoment is het moment van (de beslissing op) het beroep op de (faillissements)pauliana.* Ook bij betaling van redelijke prijs, kan er sprake zijn van benadeling.

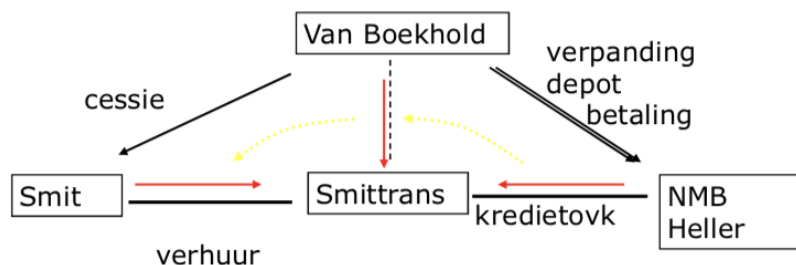
Het volgende arrest gaat over de situatie dat er een redelijke prijs betaald is, maar dat er dan toch sprake kan zijn van benadeling → HR 22 mei 1992, NJ 1992/526 (Bosselaar q.q./Interniber)



Ook wel: Montana/Caravan-arrest. Montana is bankier bij de Rabobank. Montana staat 241.000 in het rood. Montana draagt 26 caravans over aan Interniber. Interniber betaalt hiervoor 214.000. Iedereen was het erover eens dat het een redelijke prijs was voor de 26 caravans. Interniber betaalt 214.000 gulden op de bankrekening bij de Rabobank, gevolg: negatieve saldo loopt terug tot 27.000 op de bankrekening van Montana. **Vraag: is dit een benadelende transactie?** Ja! Als we dit bekijken vanuit de positie van de curator met de bril van de gezamenlijke schuldeisers dan geldt dat zonder de transactie er 26 caravans in de boedel van Montana zouden zitten; wel met een vordering van 241.000 van de Rabobank, maar de verkochte caravans zouden worden verdeeld over de gezamenlijke schuldeisers. Nu door de verkoop van caravans, wordt het geld in de zak van 1 schuldeiser gestoken, namelijk de Rabobank. Benadeling voor de gezamenlijk schuldeisers, grijpen volledig naast de opbrengst van de caravans.

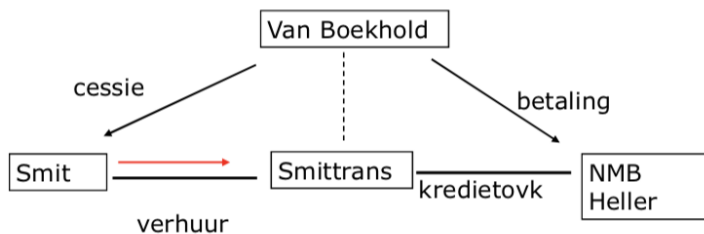
In dit arrest kwam ook nog de vraag aan de orde of er sprake was van een verplichte rechtshandeling. Dit werd in het nadeel van Bosselaar q.q. beslecht. Er was hier inderdaad sprake van een **verplichte** rechtshandeling. Montana maakte caravans voor Interniber en deze verkocht ze inmiddels. Montana zou verder niets met die caravans doen, het was een montagebedrijf. Dit was voor de Hoge Raad genoeg om het te beoordelen als een verplichte rechtshandeling.

HR 9 juni 2006, NJ 2007/21 (Smit/ Van Hees q.q.)



01-06-1998 Huurovereenkomst Smit-Smittrans
06-07-1998 Verpanding depot NLG 150.000
19-11-1998 Betaling NLG 150.000/ subrogatie
Cessie aan Smit voor NLG 3.000
Overwaarde-arrangement

Het leerstuk van het samenstel van rechtshandelingen: feitelijk ingewikkelde casus. Smittrans is de schuldenaar, hij bankiert bij NMB Heller en Van Boekhold. Smittrans verhuurt een perceel aan Smit. Op een gegeven moment zet Van Boekhold op depot, op de rekening 150.000 bij NMB Heller. Pandrecht van 150.000 voor de zekerheid van de vordering van NMB Heller op Smittrans. Uiteindelijk wordt dit verpande bedrag betaald; Van Boekhold subrogeert in de rechten van NMB Heller. De vordering van NMB Heller tot een bedrag van 150.000 gaat over op Van Boekhold. Hierdoor krijgt Van Boekhold een vordering van 150.000 op Smittrans. Vervolgens wordt deze vordering gecedeerd aan Smit voor 3.000. Hierdoor komt de vordering bij Smit terecht. Smit heeft nu 150.000 te vorderen van Smittrans. Vervolgens sluiten Smit en NMB Heller een overwaarde-arrangement (wederzijdse zekerheid); als er een overwaarde wordt gerealiseerd ten aanzien van andere zekerheden dan wordt de overwaarde gebruikt om de schuldvordering van de vordering op Smittrans te voldoen. Vervolgens gaat Smittrans failliet. Nu wordt beweerd dat het overwaarde-arrangement benadelend werkt.



Curator vernietigt overwaarde-arrangement. Zonder overwaarde-arrangement zou er 150.000 in de boedel vallen. Door het arrangement is dat geld niet naar Smittrans teruggegaan, maar naar Smit. Dit is benadelend. Smit heeft 3.000 betaald voor die vordering en dan is het ook nog een overwaarde-vordering geworden. Dit is benadelend. Je moet kijken naar de big picture; het overwaarde-arrangement is gesloten als gevolg van medewerking aan de cessie. Van Boekhold kon cederen omdat hij is gesubrogeert in de rechten van NMB Heller. Dit kon enkel door het voldoen van 150.000 gulden aan NMB Heller. Als je dat in zijn totaliteit bekijkt dan is het niet benadelend, aldus Smit. Want zonder die betaling zou de vordering van NMB Heller 150.000 gulden hoger zijn geweest. Doordat het nu zo betaald is, daarom is er een overwaarde. In zijn totaliteit is het niet benadelend.

⇒ **Wie heeft aanspraak op overwaarde NLG 135.536,05?**

Middel: samenstel van transacties van 19 november 1998 (overboeking, cessie en overwaarde-arrangement) niet benadelend. Dit betoog had succes.

Hoge Raad: “3.4.3 Opmerking verdient nog dat ter beantwoording van de vraag of een samenhang [...] inderdaad bestaat, de bedoeling van alle betrokken partijen beslissend is, die mede kan blijken uit de inhoud van de desbetreffende rechtshandelingen, de onderlinge afstemming daarvan, mede blijkens de formulering van de daarvan eventueel opgemaakte akten, en de *samenhang tussen die rechtshandelingen wat betreft het moment waarop zij tot stand zijn gekomen.*”

Even later wijst de HR een ander arrest, waarin het net iets anders in elkaar zit.

HR 19 december 2008, NJ 2009/220 (Pannevis q.q./Air Holland Finance)



Er wordt een 'reorganisatieovereenkomst I' gesloten inhoudende een overdracht van aandelen AHL I door AHC aan AH; hierdoor wordt AHL I een zustermaatschappij van AH. De boekwaarde van de aandelen werd als koopprijs gehanteerd. De koper AH moet betalen aan AHC. Maar ze zijn moeder/dochter dus 'dividendbesluit': uitkering dividend ter hoogte van de koopprijs door AHC aan AH. Het is toch allemaal intercompany, dus er kan zo onderling worden verrekend. In AHL I zat een vliegtuig, deze had een bepaalde waarde (reële waarde) maar de boekwaarde was veel lager. Verkoop vliegtuig, grote bak geld kwam binnen. Renteloze lening AHL I aan ANC. Werd nooit afgelost. Uiteindelijk gaat AHL I failliet. Vliegtuig is verkocht voor boekwaarde maar was veel meer waard. Tijdens transactie waren de aandelen nog wat waard maar nu niet meer want vliegtuig is verkocht. Geld uitgeleend renteloos dus ook geen waarde meer. Wat doet de curator? Dividendbesluit vernietigen. Hierdoor kan er geen verrekening meer plaatsvinden waardoor de koopprijs nog kan worden gevorderd. Uiteindelijk faalt de vordering van de curatoren: er was hier sprake van een samenstel. De rechter kijkt niet eens naar de vraag of het benadeeld is, omdat je niet de goede rechtshandelingen hebt uitgekozen kom je niet eens binnen bij de rechter. **Hoge Raad:** geen afzonderlijke vernietiging van dividendbesluit.

Vereiste #4: wetenschap van benadeling schuldenaar

HR 22 december 2009, NJ 2010/273 (Van Dooren q.q./ ABN AMRO III). Het faillissement moet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid zijn te voorzien; idem: tekort. De curator zal dit moeten bewijzen: hij moet hebben geweten dat de transactie benadelend was en dit kan door aan te tonen dat het faillissement te voorzien was. *Toetsmoment is het moment van verrichten van de rechtshandeling.* **Bewijsvermoedens:** 'Verdachte' rechtshandelingen (art. 3:46 BW en 43 Fw.) en rechtshandelingen om niet (art. 3:47 BW en 45 Fw.). *De wetenschap van benadeling moet nog steeds bewezen worden door de curator.*

Vereiste #5: wetenschap van benadeling wederpartij

Slechts vereist bij rechtshandeling 'anders dan om niet'. **Want:** bij een rechtshandeling om niet, ontgaat de wederpartij alleen een voordeel. **Maar:** vernietiging heeft dan geen werking voor zover wederpartij niet is gebaat (art. 3:45 lid 3 en 42 lid 3 Fw.). Weten of behoren te weten dat benadeling het gevolg zal zijn van de rechtshandeling. Ook hier: HR 22 december 2009, NJ 2010/273 (Van Dooren q.q./ABN AMRO III).

Toetsmoment is het moment van verrichten van de rechtshandeling. Bewijsvermoedens bij 'verdachte' rechtshandelingen (art. 3:46 BW en 43 Fw.). Wetenschap van 'kans op benadeling' onvoldoende

Art. 47 Fw.: vernietiging van verplichte rechtshandelingen

- Gegrond op de goede trouw tussen schuldeisers
- Verplichte rechtshandelingen (betalingen) slechts vernietigbaar in twee gevallen.
 1. Wetenschap van faillissementsaanvraag;
 2. Overleg ten doel hebbende deze schuldeiser boven de andere schuldeisers te begunstigen.

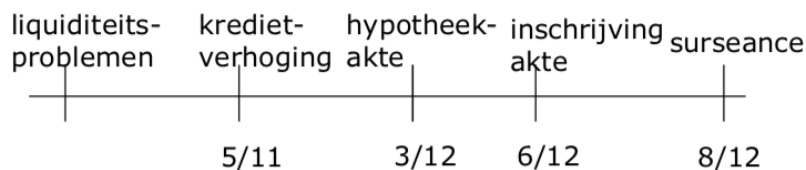
Als curator moet je dus 1 van deze punten bewijzen. Beide criteria worden door de Hoge Raad *restrictief* uitgelegd. Een voorbeeld hiervan is onder andere het Van Dooren q.q./ABN Amro I arrest. Van Dooren wist van de financiële moeilijkheden. Op 6/12 wisten ze echt wel dat het faillissement er aan zat te komen.

HR 16 juni 2000, NJ 2000/578 (Van Dooren q.q./ABN Amro I)
Wetenschap dat het faillissement spoedig zal worden aangevraagd is onvoldoende.

Casus: ABN Amro Bank verhoogt de kredietfaciliteit van in liquiditeitsproblemen verkerende groep ondernemingen. In verband daarmee heeft de bank hypothecaire zekerheid bedongen, niet alleen voor het extra verleende krediet van f 1 000 000, maar ook voor het reeds gebruikte krediet van f 8 000 000. Twee dagen na de inschrijving van de hypotheek in de openbare registers is surseance van betaling gevraagd en verkregen. Vijf dagen daarna werd het faillissement uitgesproken. De curator vordert vernietiging van de vestiging van de hypotheek, stellende (1) dat wetenschap van ophanden zijn van aanvraag surseance is gelijk te stellen aan wetenschap van aanvraag van faillissement als bedoeld in art. 47 Fw, (2) dat de bank door de aanvaarding van de hypotheek de concursus tussen de schuldeisers doorbrak en aldus onrechtmatig handelde, en (3) dat de toezegging tot zekerheidstelling een onverplichte rechtshandeling is als bedoeld in art. 43, lid 1, sub 2 Fw.

In deze zaak gaat het vooral om twee vragen:

1. Is er aanleiding - althans in het geval van zekerheidstelling kort voor het faillissement - voor de toepassing van art. 47 lid 1 Fw een vergelijkbare maatstaf te hanteren als die geldt bij de toepassing van artikel 54 Fw?
2. In hoeverre is er plaats voor een vordering uit onrechtmatige daad tegen de wederpartij van de schuldenaar als vaststaat dat de rechtshandeling niet vernietigbaar is op grond van de artikelen 42 en 47 Fw?



Hoge Raad: De wetgever heeft - in het kader van de regeling van de faillissementspauliana - op de regel "geen nietigheid van verplichte handelingen" in art. 47 Fw twee nauwkeurig geformuleerde uitzonderingen toegelaten (wetenschap aanvraag faillissement en "overleg"); er is geen grond om voldoening aan een opeisbare verbintenis tot het verstrekken van hypotheek buiten de aan art. 47 ontleende gronden nietig te verklaren op de in art. 54 Fw vervatte grond dat de hypotheekhouder niet te goeder trouw heeft gehandeld. Hof heeft geen blijk gegeven van onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat slechts bijzondere omstandigheden de hypotheekvestiging onrechtmatig zouden kunnen doen zijn ingeval geen sprake is van vernietigbaarheid o.g.v. art. 47 en 42 Fw.

HR 24 maart 1995, NJ 1995/628 (Gispen q.q./IFN)

'Samenspanning' vereist: ook de schuldenaar moet het oogmerk hebben gehad deze schuldeiser boven de andere te bevoordelen. Het overleg wordt ook restrictief ingevoerd. IFN was de schuldeiser die betaald werd, maar IFN werd hier beduveld door de schuldenaar. IFN verstrekt L & V Rotterdam krediet op voorwaarde dat deze vennootschap niet de vorderingen van haar debiteuren zal innen. Wanneer dit toch gebeurt, dwingt IFN L & V Rotterdam het bedrag van een vordering die zij inde direct aan IFN terug te betalen tijdens een bespreking. Bij deze langdurige bespreking is de hachelijke financiële situatie van L& V uitvoerig aan de orde geweest, waarbij onder meer het mislukte aanbod aan een aantal crediteuren, het voornemen van de fiscus bodembeslag te leggen en de reeds in gang gezette sterfhuisconstructie aan de orde zijn gesteld.

Rechtsregel: *Voor de toepassing van het in art 47 Fw genoemde overleg, dan wel samenspanning, is vereist dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk bestaat, de schuldeiser door de gewraakte betaling boven alle andere schuldeisers te bevorderen.*