

Faillissementspauliana: tijdstip waarop benadeling van schuldeisers aanwezig moet zijn

HR 19 oktober 2001, RvdW 2001, 159

Inleiding

Op grond van artikel 42 Faillissementswet (Fw), de faillissementspauliana, kan de curator de door de schuldenaar voor het faillissement verrichte rechtshandelingen die de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden hebben benadeeld, vernietigen. Bij een beroep op de faillissementspauliana dient de curator te bewijzen dat de vereisten die artikel 42 Fw stelt, zijn vervuld. Eén van deze vereisten is dat de rechtshandeling heeft geleid tot benadeling van schuldeisers. Een ander vereiste is dat bij het verrichten van de rechtshandeling de schuldenaar wist of behoorde te weten dat die handeling zou leiden tot benadeling van schuldeisers. Onder omstandigheden wordt deze wetenschap van benadeling ook vereist bij de wederpartij van de schuldenaar. In dit laatste geval moet er sprake zijn van handelingen die om baat zijn verricht.

Met betrekking tot de benadeling van schuldeisers en het moment waarop deze benadeling moet plaatsvinden, heeft de Hoge Raad in 1995 (HR 22 september 1995, NJ 1996, 706), onder verwijzing naar zijn arrest van 23 december 1949 (NJ 1950, 262), reeds geoordeeld dat benadeling aanwezig moet zijn op het tijdstip waarop de schuldeiser zijn rechten doet gelden. Dit moment wordt door de Hoge Raad in het arrest van 1995 nader gespecificeerd. Kort gezegd gaat het om het moment waarop over de oproeping in rechte moet worden beslist, waarmee bedoeld moet zijn het moment waarop de feitelijke rechter (eventueel in beroep) over de zaak oordeelt.

Het arrest van 1995 betrof een beroep op de actio pauliana buiten faillissement (neergelegd in het huidige art. 3:45 BW). In het arrest dat hierna zal worden besproken, heeft de Hoge Raad een oordeel gegeven over het tijdstip waarop de benadeling aanwezig dient te zijn in het geval door de curator een beroep wordt gedaan op artikel 42 Fw.

De feiten en het geding in feitelijke instanties

Feiten

D. is in 1951 in het huwelijk getreden met U. Bij huwelijkse voorwaarden is tussen hen elke gemeen-

schap van goederen uitgesloten. In artikel 5 van deze voorwaarden is evenwel een verrekenbeding opgenomen, inhoudende dat hetgeen van het inkomen van U. en de jaarlijkse bijdrage van D. aan de huishoudkosten na aftrek van die kosten resteert, aan beide echtelieden voor de helft toekomt. De huwelijkse voorwaarden verplichten U. daaromtrent jaarlijks rekening en verantwoording af te leggen aan D.

Bij een op 3 april 1974 notarieel vastgelegde vaststellingsovereenkomst heeft U. erkend op grond van het verrekenbeding over de periode 1951 tot en met 1973 aan D. een bedrag van NLG 100.000 schuldig te zijn. D. heeft erin toegestemd dat deze schuld in een geldlening werd omgezet. Bij een op 12 oktober 1984 door notaris Damstra notarieel vastgelegde vaststellingsovereenkomst (akte A) heeft U. erkend op grond van het verrekenbeding over de periode 1974 tot en met 1983 minimaal NLG 1.000.000 aan D. schuldig te zijn. D. heeft er wederom in toegestemd dat deze schuld in een direct opeisbare geldlening werd omgezet. In artikel 11 van deze vaststellingsovereenkomst heeft U. zich vervolgens verplicht tot het stellen van hypothecaire zekerheid voor al hetgeen hij aan D. verschuldigd is.

Eveneens op 12 oktober 1984 heeft U. hypotheek verleend op een aantal aan hem toebehorende percelen bebouwde grond tot zekerheid voor de betaling van genoemde schuld. De hypotheekakten zijn op dezelfde datum om 16.00 uur verleden voor notaris Damstra (akte B). De inschrijving van deze akten in de daartoe bestemde openbare registers heeft plaatsgevonden op 15 oktober 1984.

Wederom op 12 oktober 1984 hebben de Ontvanger der Rijksbelastingen en de Staat der Nederlanden vier dwangbevelen ten laste van U. uitgevaardigd en hebben zij beslag gelegd op de reeds genoemde en aan U. toebehorende percelen grond. Deze beslagen zijn toen niet ingeschreven in het betreffende hypotheekregister. Drie van deze dwangbevelen (voor een totaal bedrag van NLG 3.811.528 aan belastingschulden) zijn diezelfde dag om 14.45 uur aan D. betekend. De betekening vond derhalve plaats voordat de hiervoor vermelde notariële akten A en B zijn verleden.

Uit een telefoongesprek tussen een medewerker van de Ontvanger en notaris Damstra op 16 oktober 1984 is komen vast te staan dat U. met de hypotheekverlening aan D. de rechten van zijn vrouw wilde veiligstellen voordat de fiscus ertussendoor zou komen en dat U. zich wilde wapenen tegen de fiscus, omdat de

onderhandelingspositie van U. ondergraven zou worden als de fiscus alle troeven in handen had.

Bij vonnis van 8 mei 1991 is U. op verzoek van de Belastingdienst in staat van faillissement verklaard.

Rechtbank en hof

Tegen deze achtergrond heeft de curator bij dagvaarding van 1 oktober 1992 de procedure aanhangig gemaakt. De curator heeft – voorzover voor de bespreking van onderhavig arrest van belang – aan zijn vordering tot waardeloosverklaring van de in de dagvaarding nader omschreven hypothecaire inschrijvingen, het volgende ten grondslag gelegd. Op grond van artikel 42 Fw is artikel 11 van de vaststellingsovereenkomst (d.d. 12 oktober 1984) vernietigd, aangezien er sprake is van een onverplichte rechtshandeling die om niet is aangegaan, terwijl zowel U. als D. wist dat die overeenkomst benadeling van de schuldeisers van U. tot gevolg zou hebben.

De rechtbank wijst de vordering van de curator af. Naar het oordeel van de rechtbank kan een vaststellingsovereenkomst zoals in de onderhavige casus tussen partijen gesloten en waarin de omvang van hetgeen de ene echtgenoot aan de andere op grond van het tussen hen geldende huwelijksgoederenregime verschuldigd is wordt vastgesteld, niet tot benadeling van schuldeisers leiden, mits – aldus de rechtbank – er sprake is van een realistische vaststelling. Verder oordeelt de rechtbank dat er weliswaar sprake is van een onverplichte opname van artikel 11 in de vaststellingsovereenkomst en de daarbijbehorende hypothecaire zekerheidsstellingen, maar aangezien deze verplichtingen om baat zijn aangegaan (de rechtbank ziet in het verlenen van betalingsuitstel door D. een tegenprestatie) kunnen deze rechtshandelingen slechts worden vernietigd indien D. wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers van U. het gevolg zou zijn. Dit laatste achtte de rechtbank niet bewezen.

De curator wenste zich niet neer te leggen bij deze beslissing en ging in beroep tegen de tussenvonnissen (de volledige procedurele aspecten zijn in het kader van deze bespreking niet relevant en zullen dan ook niet nader worden genoemd). Het hof bekrachtigt echter de tussenvonnissen van de rechtbank onder verbetering van gronden en verwijst de zaak vervolgens naar de rechtbank ter verdere beslissing, met inachtneming van het door het hof gewezen arrest. Van belang is dat het hof, anders dan de rechtbank, wel van oordeel is dat D. in de specifieke omstandigheden van het

geval heeft geweten of behoren te weten dat de schuldeisers van U. door de vestiging van de hypotheekrechten zouden worden benadeeld. Met andere woorden: het beroep van de curator op artikel 42 Fw dient daarom in zoverre te worden gehonoreerd.

Het geding in cassatie

Tegen genoemde beslissing van het hof wordt door D. cassatie ingesteld. Door middel van een zestal cassatiemiddelen tracht D. het tijt te keren. In het kader van dit artikel is hetgeen onder cassatiemiddel 1 en 2 naar voren wordt gebracht, het meest interessant.

Onderdelen 1 en 2 betogen dat het oordeel van het hof dat aan de curator een beroep op artikel 42 Fw toekomt onjuist is, nu het hof dit oordeel niet mede gebaseerd heeft op de omstandigheid dat de schuldeisers op de faillissementsdatum dan wel de datum waarop de curator de vordering ex artikel 42 Fw heeft ingesteld dan wel de datum waarop in rechte over deze vordering wordt beslist, werkelijk benadeeld zijn. Verder stellen de onderdelen dat het hof ten minste een onderzoek had moeten instellen naar het vermogen van U. op 12 oktober 1984 en de toename c.q. afname op een van de hiervoor genoemde relevante data.

De Hoge Raad maakt korte metten met deze onderdelen. Benadeling van schuldeisers als bedoeld in artikel 42 Fw moet aanwezig zijn op het tijdstip waarop de curator zijn rechten doet gelden. Indien echter zoals in het onderhavige geval in rechte wordt bestreden of het beroep van de curator op artikel 42 Fw terecht is, is in dat geval *voldoende dat de benadeling aanwezig is op het tijdstip dat over de rechtsgeldigheid van dit beroep wordt beslist*. De Hoge Raad trekt een vergelijking met HR 22 september 1995 (NJ 1996, 706, zie hiervoor). Nu verondersteld mag worden dat het hof niet van een ander moment dan dat van de beoordeling in hoger beroep is uitgegaan, missen de onderdelen feitelijke grondslag. Voorzover, zo vervolgt de Hoge Raad, de onderdelen betogen dat niet is komen vast te staan dat benadeling heeft plaatsgehad, falen zij eveneens. De vraag of benadeling aanwezig is op het moment waarop de rechter over de vordering beslist, moet worden beantwoord door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerend zonder de gewraakte rechtshandeling (in casu de hypothecaire zekerheidsstellingen) te vergelijken met de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die handeling onaangetast blijft. De rechter behoeft dan ook niet ambtshalve een onderzoek in te stellen naar de vermogensver-

schuivingen in de periode tussen de vernietigde rechtshandeling en het moment waarop het nadeel aanwezig moet zijn.

Aangezien alle andere onderdelen eveneens falen, verwerpt de Hoge Raad het beroep van D.

Het stellen van zekerheden

Uit het arrest blijkt voorts dat de Hoge Raad in dit arrest nogmaals lijkt te bevestigen dat onder benadeling ook kan vallen het hebben van zekerheid van een van de schuldeisers. In gelijke zin had het hof de benadeling van schuldeisers gezien in de op het tijdstip van de uitspraak nog bestaande hypotheekstellingen. Dit ligt voor de hand, aangezien de overige schuldeisers die zonder de zekerheidsverschaffing een bepaalde uitkering zouden hebben gekregen, door de zekerheidsstelling benadeeld zijn doordat zij minder of niets meer krijgen. Daarmee wordt de in artikel 3:277 BW neergelegde hoofdregel van gelijkheid van schuldeisers ('paritas creditorum') doorbroken.

Verder bevestigt het arrest dat het weliswaar voldoende is dat er benadeling bestaat op het tijdstip waarop de rechter over het beroep op de faillissementspauliana beslist, maar dat de wetenschap van de benadeling dient te bestaan op het moment waarop de betreffende rechtshandeling wordt verricht. Ook hier kan niet anders worden geconcludeerd dan dat deze beslissing voor de hand ligt. Immers, de vraag of men weet heeft gehad van de benadeling van schuldeisers is een subjectieve vraag. Deze vraag kan alleen maar worden beantwoord door terug te gaan naar het moment waarop de gewraakte rechtshandeling plaatsvond.

Tot slot

Het belang voor de praktijk van onderhavig arrest is dat nu ook voor een beroep op de actio pauliana in een faillissementssituatie voor wat betreft de vraag of er sprake is van benadeling van schuldeisers niet alleen van belang is het tijdstip waarop de curator een beroep doet op artikel 42 Fw, maar dat ook gekeken mag worden naar het moment waarop de rechter over de rechtsgeldigheid van dit beroep beslist. Als er op dat moment sprake is van benadeling, zal de vernietiging van de gewraakte rechtshandeling (mits ook overigens aan de voorwaarden van art. 42 Fw is voldaan) in rechte standhouden.

Mr. M. Bos
NautaDutilh