

De Actio Pauliana een inleiding

In de praktijk blijken bestuurders regelmatig te worstelen met de vraag welk doen of nalaten geoorloofd is. In deze bijdrage wordt de Actio Pauliana besproken. Er wordt gesignaleerd dat hoewel aansprakelijkheidsrisico's bestaan, er toch veel geoorloofd is.

Actio Pauliana

Buiten faillissement geeft de Actio Pauliana schuldeisers de mogelijkheid om bepaalde onverplicht verrichte rechtshandelingen van hun schuldenaar ongedaan te maken. In faillissement kan de curator op grond van de Actio Pauliana onder omstandigheden zowel verplicht als onverplicht verrichte rechtshandelingen van de gefailleerde vernietigen. Het doel is om vermogensbestanddelen die uit het vermogen van de betreffende

schuldenaar is verminderd of als de onderlinge rangorde tussen schuldeisers is doorbroken. Om vast te stellen of er sprake is van benadeling moet een vergelijking worden gemaakt tussen de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling en de situatie waarin ze verkeren als die handeling onaangetaast blijft.

Een rechtshandeling die is verricht terwijl daar geen rechtsplicht toe bestond (een onverplichte rechtshandeling) kan worden vernietigd als beide daarbij betrokken partijen wisten of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld het overdragen van een zaak om daarmee een vordering te voldoen (inbetalinggeving), het betalen

Een verplicht verrichte rechtshandeling kan in twee gevallen door de curator worden vernietigd. Dit kan als de partij waarmee gehandeld werd wist dat het faillissement van de andere partij daadwerkelijk was aangevraagd. Het kan ook als partijen overleg hebben gehad over de betaling met het doel om de ontvangende partij te bevoordelen boven de andere schuldeisers. Bij verplicht verrichte rechtshandelingen bestaan geen bewijsvermoedens en dient de curator op basis van concrete omstandigheden aan te tonen dat aan de hiervoor genoemde gevallen is voldaan. Dit blijkt vaak een vrijwel onmogelijke opgave voor een curator. Tegen die achtergrond is het verstandig om in een zo vroeg mogelijk stadium verplichtingen te creëren op basis waarvan later wordt gehandeld. De curator heeft dan een extra horde te nemen, namelijk het aantasten van de afspraak om die verplichting te creëren.

*“Het doel is om
vermogensbestanddelen die uit het
vermogen van de betreffende partij
zijn geraakt, daar weer in terug te
brengen.”*

partij zijn geraakt, daar weer in terug te brengen zodat diens crediteuren daar (alsnog) verhaal op kunnen zoeken.

Kern van de Actio Pauliana is dat er schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. Daar is sprake van als het vermogen van de

van een niet-opeisbare schuld of het voldoen van een verjaarde schuld. De wetgever heeft verschillende bewijsvermoedens opgenomen in de wet. Als er bijvoorbeeld wordt gehandeld tussen gelieerde partijen wordt onder omstandigheden wetenschap van benadeling aangenomen.

Actio Pauliana en zekerheidsrechten

In het algemeen zal de huisbankier van een onderneming zekerheid verlangen als krediet wordt verleend. Meestal zal sprake zijn van verpanding van voorraad, inventaris en vorderingen. Een hypotheek op het bedrijfspand is niet ongebruikelijk. In het algemeen wordt aangenomen dat het vestigen van zekerheid bij het verlenen van krediet niet aan de Actio Pauliana blootstaat.

Als de huisbankier op enig moment tot de conclusie komt dat aanvullende zekerheden wenselijk zijn, is de bank bevoegd deze te verlangen. Aangezien

in de algemene bankvoorwaarden een verplichting tot het verstrekken van extra zekerheid is opgenomen, kan uitsluitend een curator in een later faillissement trachten de vestiging van deze extra zekerheden aan te tasten. Immers, als activa in zekerheid zijn gegeven aan de bank is de opbrengst niet langer beschikbaar voor de gezamenlijke crediteuren. Deze zijn dan benadeeld.

Thans kan de bank zich door haar zekerheidsrecht wel met voorrang verhalen en blijven de gewone crediteuren met lege handen achter.

Het voorgaande betekent niet dat hiermee aanvullende kredietverlening met het vestigen van zekerheid onmogelijk is geworden of dat bestuurders wegens een eventueel risico van aansprakelijk-

Ook in de rechtspraak wordt aangenomen dat een bestuurder wel de mogelijkheid moet hebben om te ondernemen. Op het moment dat een deugdelijke prognose bestaat van de (financiële) vooruitzichten van de onderneming én daar niet uit blijkt dat continuïteitsproblemen zijn te verwachten, zal er geen wetenschap bestaan dat schuldeisers worden benadeeld. Ook als er wel problemen worden gesignaleerd, maar desalniettemin de verwachting op redelijke gronden gerechtvaardigd is dat de onderneming een moeilijke tijd kan doorkomen, lijkt het Pauliana- en aansprakelijkheidsrisico beperkt.

“Ook in de rechtspraak wordt aangenomen dat een bestuurder wel de mogelijkheid moet hebben om te ondernemen.”

Mr. D.J. (David) Bos
Restructuring & Insolvency
T +31 (0) 30 - 2121 590
E david.bos@cms-dsb.com

Zoals hiervoor aan de orde kwam, is het echter zeer moeilijk voor een curator om deze zekerheidsstelling die verplicht werd verricht, aan te tasten.

Als op enig moment blijkt dat aanvullende financiering nodig is om aan de liquiditeitsbehoefte van de onderneming te kunnen voldoen, is het niet vanzelfsprekend dat het vestigen van daarbij behorende zekerheden onaangetast blijft. Het verstrekken van het aanvullende krediet of het toestaan van een overstand op een rekening-courantlimiet wordt als onverplicht beschouwd. Dit raakt ook het vestigen van zekerheidsrechten. Als met die aanvullend beschikbaar gestelde middelen gewone schuldeisers zonder voorrangrecht worden betaald, verandert balanstechisch niets voor de onderneming. In plaats van een schuld aan de betreffende schuldeisers, prijkt er een schuld aan de bank op de balans. Het verschil is dat de gewone crediteuren zich niet met voorrang op vermogen van de schuldenaar konden verhalen, zodat dat vermogen beschikbaar was voor alle crediteuren.

heid zouden moeten afzien van het aantrekken van aanvullend krediet. Zoals hierna nog aan de orde zal komen, is een deugdelijke financiële prognose ten aanzien van de onderneming essentieel.

Aansprakelijkheid

Het komt voor dat partijen ervoor kiezen om een bepaalde rechtshandeling te verrichten, ondanks dat zij weten dat deze bloot staat aan een beroep op de Actio Pauliana. Immers, als de rechtshandeling is verricht, is het onzeker of ook daadwerkelijk door een schuldeiser of een curator in faillissement een beroep wordt gedaan op de Actio Pauliana.

Een derde die heeft meegewerkt aan een rechtshandeling die aangetast kan worden door de Actio Pauliana kan onder omstandigheden worden aangesproken op basis van onrechtmatig handelen door de schuldeiser of de curator. Een bestuurder die heeft meegewerkt aan een paulianeuze rechtshandeling kan worden aangesproken door de curator op grond van onbehoorlijk bestuur.