

Beroep van curator op nietigheid Pandakte wegens 'samenspanning' slaagt

Uit de Faillissementswet volgt dat de curator een beroep toekomt op vernietiging van een verplichte verrichte rechtshandeling door een schuldenaar wegens benadeling van overige schuldeisers (de actio Pauliana), indien die rechtshandeling het gevolg is geweest van overleg met de schuldenaar om de betreffende schuldeiser te bevoordelen. Zekerheid stellen op eerste verzoek van de bank wordt gezien als een verplichte rechtshandeling, indien dit wordt gedaan met een beroep op de contractuele algemene bankvoorwaarden.

In beginsel slaagt een beroep van de curator op vernietiging van een verplichte verrichte rechtshandeling, dat wil zeggen een op de wet of overeenkomst berustende verplichting, niet indien op grond van de algemene voorwaarden aanvullende zekerheden zijn gevestigd. De rechtbank Utrecht bepaalde op 6 juni 2007 echter in het voordeel van de curator. In deze bijdrage wordt ingegaan op dit vonnis en wordt vooruit geblikt op de nieuwe Insolventiewet waarvan thans een voorontwerp is gepresenteerd. De hierin geplande wijzigingen, kunnen aanzienlijke gevolgen hebben voor de huidige praktijk.

Feiten

In de casus die ten grondslag ligt aan het vonnis van de Rechtbank Utrecht heeft Fort Kruiwagens B.V. (hierna: Fort) een kredietovereenkomst met Rabobank (hierna: Bank) gesloten,

waarvoor pandrechten zijn gegeven. Daarnaast is een lease-overeenkomst met FGH Bank (hierna: FGH) gesloten waarvoor een recht van hypotheek tot zekerheid is gevestigd, alsmede een persoonlijke borgstelling door de bestuurder. Beide instellingen hebben het op eerste afroep stellen van zekerheden in hun algemene voorwaarden opgenomen.

Op 30 september 2005 zegt de Bank het krediet op. Beide financiers hebben een beroep gedaan op hun algemene voorwaarden. Op grond hiervan is op 7 oktober 2005 een pandrecht gevestigd ten gunste van de Bank en FGH. De bestuurder van Fort heeft hieraan meegewerkt en heeft daarbij in overleg met en bovendien op voorstel van FGH bedongen dat zijn eigen borgtochtverplichtingen werden verminderd. Op 10 oktober 2005 heeft Fort haar faillissement aangevraagd. De curator heeft het pandrecht van 7 oktober 2005 met een beroep op de actio Pauliana vernietigd, omdat sprake zou zijn geweest van overleg tussen schuldeiser en schuldenaar.

Rechtbank: samenspanning

De rechtbank oordeelt dat de curator de vernietiging van de verpanding terecht heeft ingeroepen. Door met de bestuurder te onderhandelen en hem een persoonlijk voordeel toe te kennen, heeft FGH zichzelf begunstigd. Door de vestiging van het pandrecht heeft FGH zichzelf een sterkere positie verschafte dan zij aanvankelijk had. Zij heeft zich hierbij verzekerd van de medewerking van de bestuurder, door

hem een voordeel in het vooruitzicht te stellen. Nu dit alles kort voor het te verwachten faillissement van Fort heeft plaatsgevonden, oordeelt de rechtbank dat sprake is van overleg tussen FGH en de bestuurder van Fort, welke ten doel had FGH bij het faillissement boven de andere schuldeisers van Fort te begunstigen. Bovendien ligt volgens de rechtbank het feit dat deze constructie ten koste zou gaan van de overige concurrente schuldeisers zo voor de hand, dat kan worden aangenomen dat de bestuurder hiermee bekend was. Tegen deze achtergrond moet het overleg worden gekwalificeerd als samenspanning met het doel om FGH te bevoordelen en slaagt de actio Pauliana.

Aanbeveling onder de huidige bepaling

In deze zaak had de bestuurder van Fort een persoonlijk belang bij de aanvullende verpanding. Dit is voor de rechtbank van doorslaggevende betekenis geweest bij de toewijzing van de vordering van de curator. Indien FGH niet had meegewerkt aan deze constructie, doch zich louter op haar algemene voorwaarden had beroepen, dan had de rechtshandeling de toets van de Pauliana moeten kunnen doorstaan. Zoals uit deze uitspraak blijkt, verdient het daarom aanbeveling om niet te onderhandelen met de pandgever teneinde aanvullende zekerheid te krijgen, maar om die zekerheid op grond van de algemene voorwaarden te eisen.

Voorontwerp Insolventiewet

Afgelopen november presenteerde de Commissie Insolventierecht (ook wel bekend als de commissie Kortmann) het Voorontwerp van de Insolventiewet (hierna: Voorontwerp), die de huidige Faillissementswet op termijn zou moe-

verrichten van de rechtshandeling een rechtvaardiging bestond. De bewindvoerder zal de wetenschap en benadeling dienen te bewijzen.

Allereerst wordt gesproken van een verdachte periode van drie maanden voor de indiening van het verzoek tot

stellen van zekerheden kunnen verstreken zolang insolventie nog niet onvermijdelijk is.

Bij een mislukte reddingsactie spelen andere factoren nog een rol. Indien blijkt dat de financier te optimistisch is geweest en bij zijn reddingsactie de insolventverklaring redelijkerwijs niet heeft kunnen voorzien, dan hoeft hij niet te vrezen voor een succesvolle actio Pauliana. Bovendien zal er in dergelijke gevallen van benadeling geen sprake zijn, indien er een proportionaliteit is en de aanvullende zekerheden niet dienen om een onderdekking voor de reeds bestaande financiering weg te nemen, of een feitelijke overschrijding van het bestaande kredietlimiet slechts op papier wordt gesanctioneerd zonder ter beschikking stelling van nieuw krediet. Aldus de toelichting bij deze bepaling. De praktijk zal moeten gaan uitwijzen wat dit concreet betekent. Het is duidelijk dat nog veel discussie mogelijk is.

Conclusie

Onder de huidige wet is duidelijk dat verplichte rechtshandelingen niet eenvoudig te vernietigen zijn door de curator. Het is afwachten of een nieuwe Insolventiewet daar verandering in zal brengen. Het Voorontwerp ligt overigens nog aan alle kanten onder vuur. De verwachting is dat het nog enige tijd zal duren voor de Faillissementswet wordt vervangen door de Insolventiewet. Tot die tijd blijft gelden dat er geen overleg in de vorm van samenspanning mag plaatsvinden met de schuldenaar kort voor een te verwachten faillissement, waarbij een begunstiging wordt overeengekomen voor de betreffende schuldeiser.

mr. S. E. (Serena) Sprenger
Corporate Restructuring & Insolvency

T +31 (0)30 2121 512

E serena.sprenger@cms-dsb.com

“Afgelopen november presenteerde de Commissie Insolventierecht het Voorontwerp van de Insolventiewet, die de huidige Faillissementswet op termijn zou moeten vervangen.”

ten vervangen. Relevant voor deze bijdrage is dat de vereisten van de huidige actio Pauliana bepaling voor verplichte rechtshandelingen sterk gewijzigd worden.

In het Voorontwerp is sprake van één insolventieprocedure en vervalt het onderscheid tussen faillissement, surséance van betaling en de wettelijke schuldsaneringsregeling van natuurlijke personen. Bovendien wordt niet meer gesproken van een curator, maar van een bewindvoerder. Men probeert het de bewindvoerder in het Voorontwerp eenvoudiger te maken om te ageren tegen verplicht verrichte rechtshandelingen die crediteuren hebben benadeeld. Hiervoor is een verdachte periode opgenomen van drie maanden vóór de datum dat het verzoek tot insolventverklaring is ingediend. De verdere vereisten zijn dat degene met of jegens wie de rechtshandeling werd verricht, wist of behoorde te weten dat de insolventverklaring van de schuldenaar niet te vermijden was én dat daarvan benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het gevolg zou zijn. Hieraan is toegevoegd de uitzondering dat de rechtshandeling niet vernietigbaar is, indien er onder de gegeven omstandigheden voor het

insolventverklaring. Eerder verplicht verrichte rechtshandelingen zijn niet vernietigbaar. Dat is op zich begrijpelijk, er dient een grens aan te worden gegeven gezien het verplichte karakter van de rechtshandeling. Men moet ervan uit kunnen gaan dat het verrichten van een dergelijke handeling onaangestast blijft.

Opvallend is verder dat gekozen is voor de subjectieve begrippen als “onvermijdelijk” en “rechtvaardiging”. Dat komt de rechtszekerheid niet ten goede. Op welk moment kan er bijvoorbeeld van een huisbank worden gezegd dat zij wist dat een insolventverklaring onvermijdelijk was? En van welke rechtshandelingen kan nog worden gezegd dat deze gerechtvaardigd waren in de verdachte periode voor het verzoek tot insolventverklaring? In de toelichting bij het Voorontwerp wordt richting gegeven aan de invulling van deze begrippen. Wanneer de schuldenaar gewoon doet wat hij moet doen, namelijk zijn verplichtingen nakomen, zal de bewindvoerder doorgaans niet slagen in het bewijs dat de wederpartij wist dat de insolventverklaring redelijkerwijs niet meer te vermijden was en dat benadeling van overige schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn. Een financier zal krediet tegen het