

Onder redactie van:
Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff
Mr. B.W.J. Theunissen

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2023-12

21 juni 2023

Iets over het civiele wapentuig van de erfrechtadvocaat: de actio Pauliana

Beoefenaren van het erfrecht doen het in de regel met een scherpe pen, tact en kracht van argumenten. Soms zal grover geschut ingezet moeten worden om (vermeend) onrecht bij de afwikkeling van een nalatenschap te kunnen redresseren. Zo kunnen met behulp van de verwoestende werking van de actio Pauliana (art. 3:45 e.v. BW) bepaalde handelingen die een schuldeiser benadelen zelfs met succes vernietigd worden. Met terugwerkende kracht worden benadelingshandelingen ten behoeve van die schuldeiser 'uitgewist', zodat in het vermogen van de schuldenaar alles bij het oude blijft en daarop door die schuldeiser verhaal kan worden genomen. Met name in erfrechtelijke wachtkamers vinden weinig verheffende strapatsen plaats van voor kruipende kinderen die met de loyale of afgedwongen medewerking van een ouder de erfrechtelijke buit eerder dan anderen proberen binnen te hengelen. Hoe zouden schuldeisers – bijvoorbeeld de andere, benadeelde kinderen – hierop kunnen reageren en hoe ziet dat redres eruit? Het vonnis van de rechtbank Gelderland van 22 februari 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:913, levert daarvan een aardig voorbeeld op.

Vader en moeder waren in gemeenschap van goederen gehuwd. Uit het huwelijk zijn drie kinderen geboren. Vader is op 25 februari 2008 overleden. Op zijn nalatenschap was de wettelijke verdeling van toepassing. Moeder is in de ouderlijke woning blijven wonen. Op enig moment is op het erf van de woning een kant-en-klare mantelzorgwoning geplaatst waarin één van de kinderen met zijn gezin intrek heeft genomen. Buiten medeweten van de andere twee kinderen is de woning vervolgens verkocht en geleverd aan de 'inwonende' zoon voor een bedrag van € 172.000. Hoe werd de koopprijs in dit geval voldaan? In de leveringsakte is bepaald dat de koopsom wordt verrekend met de vordering ad € 53.975 (inclusief 6% rente) die de zoon heeft op moeder wegens het overlijden van vader. Van het restant heeft de zoon € 50.000 aan moeder betaald. Een bedrag van € 68.025 is volgens de akte door moeder kwijtgescholden. Uit het vonnis blijkt dat moeder hulpbehoevend en volledig afhankelijk is van de hulp die het gezin van de zoon aan haar verleent.

Moeten de andere kinderen nu lijdzaam toezien hoe hun broer niet alleen bij de inning van de niet-opeisbare geldvordering uit hoofde van de nalatenschap van vader voor zijn beurt is gegaan, maar ook de hand heeft weten te leggen op het resterende vermogen van moeder? In dit geval kan de actio Pauliana tegen benadeling van schuldeisers een zekere bescherming bieden. Op grond van artikel 3:45 e.v. BW kan iedere schuldeiser opkomen tegen door zijn schuldenaar verrichte rechtshandelingen die de schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden heeft benadeeld. Bij een beroep op de actio Pauliana dient de schuldeiser ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv het volgende te stellen, en bij gemotiveerde betwisting, te bewijzen:

- a. de rechtshandeling is door de schuldenaar *onverplicht* verricht;
- b. de rechtshandeling heeft geleid tot *benadeling van schuldeisers*; en
- c. bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde de schuldenaar te weten dat die rechtshandeling zou leiden tot benadeling van schuldeisers; onder omstandigheden wordt deze *wetenschap van benadeling* ook vereist bij de wederpartij van de schuldenaar.

Duidelijk is aanstonds dat de actio Pauliana geen rechttoe rechtaan civiel wapentuig is, maar één met een verfijnd mechaniek. De bediening van dit civiele wapentuig vraagt daarom om een zeker kennersoog en een vakkundige afstelling van het vizier voor optimale vuurkracht en doelgerichtheid (ofwel, gaan we voor vernietiging van de gehele transactie of slechts voor een bepaald onderdeel daarvan?).

Onverplichte rechtshandeling van de schuldenaar

De mogelijkheid om met behulp van de actio Pauliana rechtshandelingen te vernietigen, is beperkt tot handelingen die de schuldenaar onverplicht heeft verricht. Onder een onverplichte rechtshandeling wordt verstaan een handeling die wordt verricht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat. Wanneer de schuldenaar op grond van een overeenkomst of de wet tot een bepaalde handeling verplicht is, zal een dergelijke handeling (buiten faillissement) niet zijn aan te tasten met een beroep op de actio Pauliana.

In het door de rechtbank Gelderland berechte geval was door de zoon aangevoerd dat de gewraakte verkoop van de woning had plaatsgevonden in de context van de door hem en zijn echtgenote aan moeder verleende mantelzorg. Met de verkoop van de woning zou moeder langdurige verzorging hebben 'ingekocht' en was haar opname in een bejaardentehuis of een verpleeghuis niet nodig. De rechtbank overweegt dat voor het geval de zoon daarmee zou willen stellen dat de verkoop en levering van de woning aan hem niet een onverplichte rechtshandeling is geweest:

'Mantelzorg is het onbetaald verlenen van hulp aan een naaste. Van het "inkopen" van mantelzorg kan daarom geen sprake zijn. Vast staat dat voor de zorg die [gedaagde sub 2] en zijn echtgenote aan moeder verlenen een persoonsgebonden budget (PGB) wordt uitgekeerd. [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 3] ontvangen dus al een vergoeding voor de zorg die zij aan moeder verlenen. Bij de berekening van de eigen bijdrage bij opname in een verpleeghuis of andere zorginstelling wordt geen rekening gehouden met de waarde van een eigen woning. Het verweer dat met de bij [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 3] "ingekochte" zorg een jaarlijkse afname van het vermogen van moeder van tussen € 50.000,00 en € 150.000,00 wordt voorkomen, houdt geen stand. Dit leidt tot het oordeel dat voor de verkoop en levering van de woning aan [gedaagde sub 2] geen rechtsplicht bestond.'

Ook het feit dat moeder in zekere zin feitelijk gedwongen was de woning te verkopen teneinde de mantelzorg zeker te stellen, maakt de verkoop niet verplicht. Volgens de Hoge Raad moeten onder onverplicht verrichte rechtshandelingen worden verstaan alle handelingen die worden verricht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestaat 'ook al is de feitelijke situatie aldus dat de schuldenaar praktisch niet anders kon doen dan de aangevochten handeling te verrichten' (HR 10 december 1976, NJ 1977/617).

Schematisch weergegeven, zijn de volgende voorbeelden van onverplichte rechtshandelingen te noemen:

- betaling van een niet-opeisbare schuld (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBOBR:2022:2052, r.o. 5.20);
- betaling van een – al dan niet opeisbare – schuld door middel van het overdragen van goederen (inbetalinggeving van art. 6:45 BW);
- verschaffing van zekerheid voor een eerder aangegane – al dan niet opeisbare – schuld en zonder dat hiertoe voor de schuldenaar reeds tevoren een verplichting bestond;
- verkoop van goederen (waarmee veelal wordt beoogd een mogelijkheid tot verrekening van de koopprijs met vorderingen op de verkoper-schuldenaar te creëren) (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBROT:2021:4839, r.o. 4.5); en
- schenking of gift van geld of goederen (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBMNE:2019:2313, r.o. 4.9 en ECLI:NL:RBOBR:2022:2052, r.o. 5.21).

Benadeling van schuldeisers

De kern van de actio Pauliana is gelegen in een correctie van het nadeel dat door schuldeisers wordt geleden. Van benadeling in de zin van artikel 3:45 lid 1 BW is sprake wanneer één of meer schuldeisers zijn benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. Dit betekent dat als gevolg van de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling de bevredigingsmogelijkheden voor schuldeisers minder dienen te zijn geworden. Niet is vereist dat alle schuldeisers zijn benadeeld.

De rechtbank oordeelt dat eisers, de twee andere kinderen van moeder, door de verkoop van de woning benadeeld zijn in hun verhaalsmogelijkheden:

‘Daardoor is immers het belangrijkste bestanddeel waarop zij zich alsdan zouden kunnen verhalen uit het vermogen van moeder geraakt. Een groot deel van de koopprijs werd door moeder kwijtgescholden. In plaats van een volledig onbelaste woning beschikte moeder nog slechts over een spaarrekening en een betaalrekening met in totaal enige tienduizenden euro’s. Dit saldo is sindsdien verminderd tot enige duizenden euro’s ten gevolge van opnames door [gedaagde sub 2]. Feitelijk komt het erop neer dat moeder op dit moment nauwelijks nog over enig vermogen beschikt. Ze heeft vrijwel al haar inkomsten nodig voor de lopende uitgaven. Het spreekt voor zich dat hierdoor de mogelijkheid voor [eiser sub 1] en [eiser sub 2] om zich voor het betaald krijgen van hun vordering op die woning of op de door de verkoop gegenereerde opbrengst te verhalen volledig is teniet gegaan, nog daargelaten dat het zeer de vraag is of voor de woning een reële prijs is betaald.’

De benadeling moet aanwezig zijn op het moment dat een schuldeiser zijn rechten doet gelden en daartoe een beroep doet op artikel 3:45 lid 1 BW. In dit geval was de benadeling van eisers in hun verhaalsmogelijkheden reeds manifest en aantoonbaar voordat hun geldvorderingen op moeder opeisbaar waren. Het is wel van belang dat concreet zicht bestaat op de omvang van deze geldvorderingen, omdat benadeling van schuldeisers anders moeilijk is aan te tonen (vgl. de problemen die speelden in ECLI:NL:RBAMS:2021:58, omdat iets te eerlijk een opmerking in de processtukken was gemaakt dat ‘mogelijk’ paulianeus was gehandeld).

De volgende vormen van benadeling van schuldeisers kunnen worden onderscheiden:

- vermindering van het actief;

Ten gevolge van de verrichte rechtshandeling is het vermogen van de schuldenaar kleiner dan het anders geweest zou zijn. Er zijn minder baten beschikbaar ter bevrediging van schuldeisers, zoals bij schenking of verkoop tegen een te lage prijs. Het

gaat bij deze vorm van benadeling om vermogen dat door de schuldenaar onoorbaar aan zijn vermogen is onttrokken.

– toename (per saldo) van het passief;

In dit geval zijn de schulden van de schuldenaar (per saldo) toegenomen bijvoorbeeld door een aangegane garantie of hoofdelijkheid voor de schuld van een ander, zodat de spoeling voor de schuldeisers dunner is geworden.

– verstoring van de onderlinge rangorde van de schuldeisers.

Bij deze laatste vorm van benadeling van schuldeisers is de *paritas creditorum* verstoord doordat één of meer schuldeisers zich een betere positie hebben verschaft, die zij eerst niet hadden. Die betere positie kan onder meer zijn verkregen als gevolg van zekerheidsverschaffing waardoor een vordering bij voorrang verhaald kan worden op het vermogen van de schuldenaar. Ook kan gewezen worden op betaling (in geld of goederen) aan één schuldeiser. Hierdoor ontvangt deze schuldeiser 100% van zijn vordering, en dat gaat ten koste van de andere schuldeisers. In geen van deze gevallen is het vermogen van de schuldenaar in bedrijfseconomische zin gewijzigd (immers, wie zijn schulden betaalt, wordt niet armer (maar raakt wel zijn centen kwijt)), doch is wel sprake van benadeling van schuldeisers.

In de aan de rechtbank Gelderland voorgelegde casus was sprake van een combinatie van een vermindering van actief en een verstoring van de onderlinge rangorde van schuldeisers. De rechtbank vermeldt dat de marktconformiteit van de hoogte van de koopprijs van de woning mogelijk kwestieus was, maar dat kan de rechtbank verder laten rusten. De wijze waarop de koopprijs in dit geval door de zoon aan moeder is voldaan (en dan met name de verrekening met een niet-opeisbare geldvordering en de kwijtschelding van een substantieel deel van de koopprijs), leidt ertoe dat sprake is van benadeling van de andere twee kinderen in hun hoedanigheid van schuldeiser (zie ook bijvoorbeeld ECLI:NL:RBROT:2021:4839, r.o. 4.6).

Onderkend moet intussen worden dat het vermogen van de schuldenaar geen statisch gegeven is. Tegenover stevig oprentende geldvorderingen van de in de erfrechtelijke wachtkamer verblijvende kinderen (met een successierechtelijk toegestaan maximum van 6% samengestelde rente per jaar (art. 9 lid 2 SW)) aan de passiefzijde staat het veelal gestaag interende en weinig renderende actief van de langstlevende ouder (waarop een 'aanslag' is gepleegd door één of meer benadelingshandelingen). Om de impact van de benadelingshandeling(en) op de verhaalsmogelijkheden overtuigend aan te kunnen tonen en daarna baat te kunnen hebben van de actio Pauliana, is het ten slotte van belang dat de benadeelde kinderen zo veel als mogelijk de gelederen gesloten houden en gezamenlijk optreden als eisers in de procedure. De actio Pauliana strekt immers slechts ten behoeve van de schuldeisers die zich op de actio Pauliana hebben beroepen. *Free riders* kent de actio Pauliana niet.

Wetenschap van benadeling

Ten slotte is voor een geslaagd beroep op de actio Pauliana vereist dat de schuldenaar bij het verrichten van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn (art. 3:45 lid 1 BW). Uit de wettekst blijkt duidelijk dat het wetenschapsvereiste geobjectiveerd is ('wist of behoorde te weten'). De vereiste wetenschap van benadeling dient in elk geval bij de schuldenaar aanwezig te zijn. In bepaalde gevallen is dat niet voldoende. Het volgende juridisch-technische onderscheid dient daarbij gemaakt te worden. Bij een rechtshandeling *om niet* (bijvoorbeeld een schenking) wordt slechts vereist dat de schuldenaar wist of behoorde

te weten van de benadeling. Bij een rechtshandeling *om baat*, die hetzij meerzijdig is (bijvoorbeeld een koopovereenkomst of een overeenkomst tot zekerheidsverschaffing), hetzij eenzijdig en tot één of meer bepaalde personen gericht (bijvoorbeeld de opzegging van een wederkerige duurovereenkomst) dient óók de wederpartij de vereiste wetenschap van benadeling te hebben (art. 3:45 lid 2 BW).

Het is niet eenvoudig om aan te geven onder welke omstandigheden partijen de vereiste wetenschap van benadeling hebben. Niet voldoende is de wetenschap dat als gevolg van de handeling benadeling van schuldeisers kan intreden. Die wetenschap zal immers altijd wel door een schuldeiser kunnen worden aangetoond. Ook mag het wetenschapsvereiste niet worden uitgebreid tot een verwachting van een mogelijke benadeling. Het gaat om wetenschap dat de benadeling van schuldeisers zal intreden. Die wetenschap van benadeling moet bestaan op het moment waarop de aangevochten rechtshandeling wordt verricht.

Omdat het bewijs van wetenschap van benadeling bij de wederpartij van de schuldenaar dikwijls moeilijk te leveren is, heeft de wetgever de bewijslast van een schuldeiser verlicht door in bepaalde gevallen een vermoeden van wetenschap van benadeling aan te nemen (art. 3:46 BW en art. 3:47 BW).

In dit geval was de wetenschap van benadeling 'ingebakken' in de wijze waarop de benadeling van schuldeisers plaatsvond: kwijschelding door moeder van een aanmerkelijk deel van de koopprijs en verrekening van een deel van de koopprijs met een niet-opeisbare geldvordering. Daarom staat de wetenschap van benadeling volgens de rechtbank zelfs 'buiten twijfel'. Ter ondersteuning van dit oordeel wordt verwezen naar de waarschuwende woorden van de notaris die 'zowel bij het verlijden van de leveringsakte als bij eerdere gesprekken moeder en [de zoon] uitdrukkelijk heeft voorgehouden dat de beide andere kinderen wellicht tekort gaan komen in hun legitieme porties, dat dit goed werd begrepen en dat ook de accountant dit met moeder en [de zoon] heeft besproken'. Een gewaarschuwd mens telt nu eenmaal voor twee. Betwijfeld mag overigens worden of deze verwijzing van de notaris naar de legitieme porties hier wel juist was. Eisers zouden door de gewraakte transactie tekortkomen in de voldoening van hun geldvordering uit hoofde van de wettelijke verdeling van de nalatenschap van vader.

Vernietiging van de paulianeus verrichte rechtshandeling

Wanneer aan alle vereisten van de actio Pauliana is voldaan, kan de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling worden vernietigd. Het verrichten van een paulianeuze rechtshandeling leidt tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling. De rechtshandeling is gewoon geldig totdat door een schuldeiser een geslaagd beroep wordt gedaan op de actio Pauliana. Let wel: de vernietiging krachtens artikel 3:45 BW heeft *relatieve werking*. Zij strekt slechts ten behoeve van de schuldeiser die zich op de actio Pauliana heeft beroepen en gaat niet verder dan nodig is ter opheffing van de door deze schuldeiser ondervonden benadeling (art. 3:45 lid 4 BW). Dit betekent dat het inroepen van de actio Pauliana door een schuldeiser niet ten voordele strekt van andere schuldeisers. De vernietiging heeft ook niet tot gevolg dat de rechtshandeling ten aanzien van de schuldenaar en degene, met of jegens wie hij handelde, als niet bestaande mag worden beschouwd. Zie *Asser-Sieburgh* 6-III 2022/599.

Het is maar zeer de vraag of de rechtbank die beperkte werking van de actio Pauliana op het netvlies had, omdat zij zonder enige relativering overweegt:

'Vernietiging van een rechtshandeling heeft terugwerkende kracht tot het moment waarop de vernietigde rechtshandeling is verricht. Dit betekent dat de koop- en

schenkingsovereenkomst geacht worden nooit tot stand te zijn gekomen. Gevolg hiervan is dat een geldige titel voor levering van de woning ontbreekt, zodat de levering aan [gedaagde sub 2] geen effect heeft gehad en de woning achteraf gezien het vermogen van de vervreemder, moeder, nooit heeft verlaten. Een achteraf gezien onjuiste inschrijving in de openbare registers maakt dat niet anders. Terug levering is dus niet nodig. Dit vonnis kan worden ingeschreven in de openbare registers.'

De actio Pauliana heeft volgens artikel 3:45 lid 4 BW slechts enige uitwerking ten aanzien van de schuldeiser die de vernietigbaarheid van de rechtshandeling heeft ingeroepen, en niet ten behoeve van eenieder. Dat heeft de rechtbank hier mijns inziens miskend.

De schuldeiser kan de paulianeuze rechtshandeling vernietigen door het uitbrengen van een vormvrije buitengerechtelijke verklaring (art. 3:49 BW). Deze buitengerechtelijke vernietigingsverklaring moet worden gericht tot de wederpartij van de schuldenaar (art. 3:50 lid 1 BW). De wederpartij van de schuldenaar kan uiteraard deze verklaring naast zich neerleggen, zodat alsnog moet worden geprocedeerd. De paulianeuze rechtshandeling kan ook worden vernietigd door een rechterlijke uitspraak (art. 3:49 jo. art. 3:51 BW). De vernietiging vindt in dat geval eerst plaats doordat de rechter in zijn uitspraak het beroep op deze vernietigingsgrond aanvaardt.

De rechtsvordering tot vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling verjaart drie jaar nadat de benadeling door de schuldeiser is ontdekt (art. 3:52 lid 1 onder c BW). De termijn van drie jaar geldt zowel voor de buitengerechtelijke verklaring als voor de vernietiging door een rechterlijke uitspraak. Binnen een termijn van drie jaar na de daadwerkelijke ontdekking van de benadeling dient een buitengerechtelijke verklaring of een dagvaarding uitgebracht te worden.

Samenloop met onrechtmatige daad

Rechtshandelingen die aan de omschrijving van de actio Pauliana voldoen, kunnen onder omstandigheden tevens een onrechtmatige daad opleveren. Het zijn in wezen loten van dezelfde stam. Het handelen met een schuldenaar in de wetenschap dat hierdoor schuldeisers worden benadeeld, zal veelal in strijd zijn 'met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt', zodat een actie uit onrechtmatige daad – met een langere verjaringstermijn (art. 3:310 BW) – kan worden ingesteld (art. 6:162 BW). Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBOBR:2022:2052, r.o. 5.26 e.v.

Een beknopte handleiding voor het gebruik van dit civiele wapentuig in erfrechtelijke settings is hiermee gegeven. Dan besluit ik deze handleiding met nog twee raadgevingen van een oud dienstplichtig militair. Voor de erfrechtadvocaat: oefening baart kunst en voor de ongeduldige kinderen in de erfrechtelijke wachtkamer die snode plannen smeden: bezint eer ge begint, want er kan weleens met scherp worden geschoten.

In verband met de vakantieperiode zal de eerstvolgende AdvoTip verschijnen op woensdag 13 september, tenzij wij het gelet op de actualiteit niet kunnen laten.

De redactie van AdvoTip wenst u een prettige vakantie.

Tot na de vakantie!

Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoff Advocaten



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl

Copyright 2023 © AdvoTip

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip – Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.