

Hypothecaire volmacht en faillissement

Het onmiddellijk vestigen en inschrijven van een hypotheek kan, enerzijds, de kredietwaardigheid van de schuldenaar aantasten en geeft, anderzijds, aanleiding tot belangrijke kosten. Vanuit dit gemeenschappelijk belang hebben schuldeisers en schuldenaren alternatieven bedacht, zoals de hypothecaire volmacht. Overleeft de hypotheek door omzetting van een hypothecaire volmacht vlak voor het faillissement echter de samenloop tussen de schuldeisers?

In een hypothecaire volmacht machtigt een schuldenaar een derde om in zijn naam en voor zijn rekening op een of meerdere specifiek omschreven onroerende goederen voor een bepaald bedrag en een bepaalde schuld een hypotheek te vestigen wanneer zijn schuldeiser hierom verzoekt. Er wordt met andere woorden nog geen hypotheek gevestigd, doch de schuldeiser kan deze laten vestigen en inschrijven op welk ogenblik dan ook dat hij hiertoe geschikt acht. Hierdoor zijn er aan een hypothecaire volmacht minder kosten verbonden. In de praktijk zal een schuldeiser de effectieve vestiging en inschrijving vaak uitstellen totdat er geruchten omtrent de insolventie van zijn schuldenaar opduiken. Indien de schuldeiser de omzetting van zijn hypothecaire volmacht echter te lang uitstelt en korte tijd erna het faillissement van zijn schuldenaar tussenkomst, is het lot van de gevestigde hypotheek echter onzeker.

De curator die geconfronteerd wordt met een hypotheek die vlak voor het faillissement werd gevestigd beschikt immers over twee actiemiddelen om deze hypotheek eventueel buiten spel te zetten.

1 De niet-tegenstelbaarheid van handelingen in de verdachte periode

Indien de rechtbank in haar faillissementsvonnis een verdachte periode bepaalt, kan de curator vorderen dat bepaalde handelingen die in deze verdachte periode werden gesteld hem niet binden.

1.1 De verdachte periode

In beginsel wordt een onderneming in staat van faillissement verklaard op de datum van het faillissementsvonnis.

Echter, indien de rechtbank oordeelt dat de onderneming op basis van bijzondere omstandigheden reeds eerder opgehouden is te betalen, kan zij de datum van staking van betaling vooruit schuiven in de tijd en dit tot maximum zes maanden voor het faillissementsvonnis. Deze periode noemt men dan de verdachte periode.

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de onderneming geruime tijd voorafgaand aan het faillissementsvonnis geconfronteerd werd met tal van dagvaardingen en beslagen of wanneer het faillissement frauduleus werd georganiseerd.

De aanwezigheid van een verdachte periode is onder andere van belang voor de actiemiddelen waarover de curator beschikt om handelingen, gesteld voor faillissement, niet tegenstelbaar aan de failliete boedel te laten verklaren. Indien de rechtbank geen verdachte periode weerhoudt, beschikt de curator niet over het hierna weergegeven actiemiddel.

1.2 Niet tegenstelbaar

Specifiek voor hypotheken luidt artikel 17 3° Faill. W. dat de hypotheken die bedongen werden tijdens de verdachte periode voor vroegere schulden de curator niet tegenstelbaar zijn, dit wil zeggen niet binden. De curator zal het onroerend goed kunnen verkopen en moet bij de verdeling van de opbrengst geen rekening te houden met de gevestigde hypotheek. De curator kan bijgevolg handelen alsof de hypotheek nooit heeft bestaan.

Geruime tijd was er in de praktijk onenigheid omtrent de toepasselijkheid van deze principes op de hypotheekvestiging in de verdachte periode op basis van een hypothecaire volmacht die voor de verdachte periode reeds werd verleend. De schuldenaar heeft zich in de volmacht er immers al toe verbonden een bepaalde zekerheid te zullen verlenen op eerste verzoek van zijn schuldeiser zodat men zou kunnen argumenteren dat partijen de zekerheid op het tijdstip van de volmacht zijn overeengekomen en niet slechts op het tijdstip van het verlijden van de hypotheekakte. Vaak is de volmacht bovendien onherroepelijk zodat er een definitieve verbintenis tot het verlenen van een hypotheek ontstaat.

Sinds een arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 2002 bestaat er echter eensgezindheid dat ook deze hypotheekvestiging de curator niet zal binden. Immers, het verlenen van een hypothecaire volmacht kan niet gelijk geschakeld worden met de hypotheekvestiging. Dit laatste gebeurt slechts op het ogenblik dat de notariële hypotheekakte wordt verleden. Voor dit tijdstip bestaat er hoogstens een verbintenis tot het verlenen van een hypotheek, maar nog geen effectieve hypotheek.

Een hypothecaire volmacht verleent aan de schuldeiser weliswaar de mogelijkheid om op welk ogenblik dan ook een hypotheek op het onroerend goed van zijn schuldenaar te vestigen, doch de effectieve vestiging van de hypotheek vindt, bijvoorbeeld, slechts plaats in de verdachte periode.

Het gaat dan per definitie steeds om een hypotheek tot zekerheid van vooraf bestaande schulden zodat artikel 17 3° Faill. W. onverkort toegepast kan worden.

2 Faillissementspauliana

De tweede mogelijkheid waarover de curator beschikt, ook indien er geen verdachte periode werd vastgesteld, betreft de zogenaamde faillissementspauliana.

Artikel 20 Faill. W. bepaalt dat de handelingen of betalingen die met een bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers hebben plaatsgevonden niet kunnen worden tegengeworpen aan de failliete boedel en dit ongeacht de datum waarop zij werden gesteld.

2.1 Bedrieglijk opzet

Een belangrijke voorwaarde van deze bepaling is de bedoeling van de schuldenaar om de rechten van zijn schuldeisers te benadelen (*i.e.* "bedrieglijk"). Deze voorwaarde zal steeds door de curator aangetoond moeten worden.

Dergelijk bedrieglijk opzet zou aan de orde kunnen zijn wanneer de schuldenaar, in samenspraak met een van zijn schuldeisers, vlak voor het faillissement van zijn onderneming een hypotheek vestigt op zijn onroerend goed. Indien dit onroerend goed voorheen nog niet bezwaard was met een hypotheek, betekent dit dat de betreffende schuldeiser bij voorrang boven de andere schuldeisers betaald zal worden uit de opbrengst van de verkoop van dit onroerend goed. Deze schuldeiser wordt zodoende gunstiger behandeld dan de overige schuldeisers, die niet over deze zekerheid beschikken.

Wanneer er (vb. familiale) banden bestaan tussen schuldenaar en schuldeiser, en de schuldenaar wist of redelijkerwijze moest weten dat zijn onderneming in staat van faillissement verkeert op het ogenblik van de hypotheekvestiging, bestaat er een reëel risico dat de hypotheek niet tegenstelbaar aan de failliete boedel zal worden verklaard. In dat geval kan de curator handelen alsof er nooit een hypotheek werd gevestigd.

Het bewijs van het bedrieglijk opzet zal alleszins geleverd moeten worden, hetgeen in de praktijk niet steeds een evidentie blijkt te zijn.

2.2 Ongeacht het tijdstip

De curator kan de handelingen die met voormeld opzet gesteld werden aanvechten ongeacht het tijdstip waarop deze gesteld werden. Dit geldt bijgevolg ook ingeval van afwezigheid van een verdachte periode of voor handelingen gesteld buiten de verdachte periode.

Hierin verschilt de faillissementspauliana grondig met de hiervoor besproken mogelijkheid voor de curator om bepaalde handelingen, gesteld tijdens de verdachte periode, niet-tegenstelbaar te laten verklaren.

3 (On-)zin van een hypothecaire volmacht

Teneinde de kosten die in België traditioneel verbonden zijn aan het verlijden van een hypotheekakte alsook aan de inschrijving, volstaat een schuldeiser veelal nog steeds met een hypotheek voor een relatief beperkt bedrag en een hypothecaire volmacht voor het saldo. Deze werkwijze is volkomen rechtsgeldig.

Indien de schuldenaar naderhand failliet gaat, blijkt de tegenwerpelijkheid van een hypotheek die vlak voor het faillissement werd verleend op basis van een eerdere hypothecaire volmacht niet zo evident. Biedt een hypothecaire volmacht dan nog wel voldoende bescherming in deze tijden van een alsmaar toenemend aantal faillissementen?

Het is voor een schuldeiser aan wie een hypothecaire volmacht wordt aangeboden immers onmogelijk om de kans op een verdachte periode ingeval van faillissement van zijn schuldenaar te beoordelen. Vaak is er op het ogenblik van het verlenen van een hypothecaire volmacht nog geen sprake van enige financiële moeilijkheden en bovendien blijft een recht op een onroerend goed *normaliter* de meest optimale zekerheid waarover een schuldeiser kan beschikken.

Niettemin zal de schuldeiser bij het bedingen van zijn zekerheden een kosten-batenanalyse moeten uitvoeren om zo nauwkeurig mogelijk de kans op een faillissement van zijn schuldenaar moeten inschatten. Indien men een maximale bescherming bij faillissement nastreeft, verdient het de voorkeur om onmiddellijk een integrale hypotheek te vestigen, alle kosten ten spijt.

Besluit

Op voorwaarde dat er geen verdachte periode wordt weerhouden en er geen collusie tussen schuldeiser en schuldenaar bestaat, zal een hypotheek gevestigd vlak voor het faillissement van de schuldenaar door omzetting van een eerdere volmacht tegenstelbaar zijn aan de curator.

Indien echter een van beide voorwaarden vervalst, beschikt de curator over een arsenaal aan actiemiddelen die tot gevolg kunnen hebben dat hij het onroerend goed kan verkopen en bij de verdeling van de opbrengst geen rekening moet houden met de aldus gevestigde zekerheid.

Gerry Banken

Advocaat-curator

gerry.banken@adlex.be

T: +32 89 32 23 00

F: +32 89 35 66 01

Grotestraat 122

B-3600 Genk

Voorkeurmateries

- Verenigingsrecht
- Vennootschapsrecht
- Handelsrecht
- Ondernemingen in moeilijkheden en insolventie
- Zekerheidsrecht en financieel recht

