

Jutd 2012/01 Selectieve betaling in het zicht van faillissement

Jutd 2012/01 d.d. 12-01-2012

Auteur(s): mr. F.F.A. Smetsers

Een kat in het nauw maakt rare sprongen, zo luidt het gezegde. De praktijk leert dat menig ondernemer wiens onderneming in zwaar weer verkeert zich op dezelfde wijze gedraagt. Maar al te vaak lost een vennootschap - in het zicht van faillissement - nog snel een schuld aan de directeur van die vennootschap af. Vaak is men zich bewust van het feit dat aan dergelijke betalingen bepaalde risico's kleven. Maar hoe groot zijn die risico's nu eigenlijk?

In dit artikel zal ik de huidige stand van zaken bespreken aan de hand van een vonnis van de Rechtbank Assen van 25 mei 2011, dat in oktober 2011 onder LJN-nummer BT8742 op rechtspraak.nl werd gepubliceerd. Ik zal echter eerst enkele algemene opmerkingen maken over selectieve betaling.

Selectieve betaling is in beginsel toegestaan

Het is een wijdverbreid misverstand (vooral onder niet-juristen) dat bestuurders in zijn algemeenheid bij liquiditeitskrapte niet zelf zouden mogen kiezen aan wie de door hen bestuurde vennootschap haar beperkte middelen overmaakt. Zoals een bestuurder in beginsel vrij is om de vennootschap naar eigen inzicht te besturen, is de bestuurder (in beginsel!) ook vrij om prioriteiten te stellen bij de betaling van de schulden van de vennootschap. Maar waar ligt nu de grens van het (on)toelaatbare?

Hoewel de Hoge Raad in enkele arresten wel bepaalde grenzen heeft geschetst voor de toelaatbaarheid van selectieve betaling, heeft ons hoogste rechtscollege nog geen volledige set spelregels gegeven. Een belangrijke hoofdregel is in 1998 gegeven in het arrest Coral/Stalt (JOR 1998/107). Hierin bepaalde de Hoge Raad dat het in het zicht van insolventie bewust - en op basis van subjectieve factoren - achterstellen van bepaalde crediteuren onder bepaalde omstandigheden onrechtmatig is jegens die crediteuren. Onder welke omstandigheden dat nu het geval is en wanneer er sprake is van subjectieve factoren, werd (uiteeraard) niet in zijn algemeenheid door de Hoge Raad bepaald. Voor de invulling van de vraag onder welke omstandigheden nu daadwerkelijk een aansprakelijkheidsrisico wordt gelopen, moeten we het dus vooral doen met lagere rechtspraak.

Eén van die relevante uitspraken van een lagere rechter is het vonnis in de zaak Buitelaar/Walda (JOR 2001/257), waarin de rechtbank Rotterdam bepaalde dat bestuurders vanaf het moment dat zij ernstig rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de vennootschap niet al haar schulden (tijdig) zal kunnen betalen, niet hun eigen vorderingen met voorrang boven de vorderingen van derden mogen (laten) voldoen.

Uit de jurisprudentie blijkt dus dat de grens van het ontoelaatbare over het algemeen pas wordt overschreden op het moment dat de bestuurder wist of moest weten dat een faillissement onafwendbaar was en desondanks op subjectieve gronden bepaalde gelieerde crediteuren betaalt. De 'paritas creditorum' is dus in beginsel pas aan de orde, als er sprake is van een reddeloos verloren onderneming. Onzekerheid over de toekomst van de vennootschap is onvoldoende om in de 'gevarezone' te komen, zo werd in 2001 al door de rechtbank Amsterdam bepaald in de zaak Van Eeghen q.q./Oosters c.s. (JOR 2001/212).

Er moet daarnaast sprake zijn van bijkomende omstandigheden die de door de bestuurder toegepaste selectie, gegeven de reddeloze situatie van de vennootschap, ontoelaatbaar maakt. Het onbetaald laten van bepaalde crediteuren in een situatie dat een faillissement onafwendbaar is, *hoeft* dus niet per se onrechtmatig te zijn. Een bestuurder die echter - in het zicht van het faillissement - eigen groepsmaatschappijen wel betaalt en crediteuren van buiten het concern niet, bevindt zich vrijwel zeker op zeer glad ijs. Een voorbeeld hiervan vinden we in de hier te bespreken uitspraak.

Voor de volledigheid vermeld ik dat de hier besproken situatie dient te worden onderscheiden van situaties waarin er sprake is van selectieve *wanbetaling*. Ook dat vraagstuk is een uitzondering op het beginsel dat (de directie van) een vennootschap mag kiezen welke crediteuren worden betaald. In dat geval zit de onrechtmatigheid hem echter in de *onwil* om een of meerdere crediteuren te betalen, terwijl de rest wel wordt voldaan. Als in verband met deze betalingsonwil aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, leidt dat in beginsel eveneens tot aansprakelijkheid. Zoals aangegeven valt selectieve wanbetaling echter buiten de reikwijdte van dit artikel.

De casus: rechtbank Assen 25 mei 2011 (LJN BT8742)

Op 23 januari 2009 wordt CooCoo Pandora B.V. (hierna: 'Pandora') in staat van faillissement verklaard, nadat op 23 december 2008 aan haar voorlopige surseance van betaling was verleend. Enkele weken voor surseance (op 1 december 2008) heeft Pandora een bedrag van € 100.000 overgemaakt naar LKG. LKG is de moedervernootschap van Pandora en ook eigenaar van het door Pandora gehuurde en gebruikte pand. Op 17 december 2008 wordt door Pandora nog eens een bedrag van € 25.000 naar LKG overgemaakt. In totaal is dus in korte tijd € 125.000 betaald.

In de maand december van 2008 staat het water bij Pandora dusdanig aan de lippen dat Pandora het personeel, de belastingdienst en ook het overgrote deel van de concurrente crediteuren niet meer kan voldoen. Op 11 december 2008 heeft Pandora daarom ook betalingsonmacht gemeld. Onderhandelingen over een overname van de activiteiten lopen een week later definitief op niets uit. De bank zegt een dag later de kredietovereenkomst op. Vervolgens wordt dus op 23 december 2008 surseance van betaling verleend.

De hiervoor genoemde handelingen van Pandora en LKG (zowel de betalingen als bijvoorbeeld de melding betalingsonmacht) zijn allen feitelijk verricht door mevrouw Groeneveld, die zowel bij Pandora als bij LKG aan de touwtjes trok. Groeneveld was, via haar persoonlijke holding Alice B.V. en diens dochter LKG, voor 100% aandeelhouder van Pandora. Groeneveld was daarnaast formeel in loondienst van LKG en werd door LKG bij Pandora als bestuurder gedetacheerd.

In verband met de huurrelatie en het feit dat Groeneveld als bestuurder door LKG bij Pandora was gedetacheerd, betaalde Pandora over de jaren 2004 tot en met 2007 jaarlijks een bedrag tussen € 100.000 (2004) en € 220.000 (2007) aan LKG. In de jaren 2005 tot en met 2007 werd (als onderdeel van die totaalbedragen) steeds in de maand december een bedrag van exact € 25.000 betaald. Zoals hiervoor vermeld, betaalde Pandora in de maand december 2008 dus een bedrag dat vijf keer hoger was dan gebruikelijk in de maand december.

De curator ageert tegen deze betalingen en stelt dat Alice en Groeneveld onrechtmatig hebben gehandeld. De curator voert aan dat zij als bestuurders in december 2008 in totaal € 125.000 aan LKG hebben overgemaakt en daarmee LKG hebben bevoorreed boven de crediteuren die nu achter het net vissen. De bestuurders wisten volgens de curator van de financiële situatie en kozen er toch voor om de groepsmaatschappijen boven de andere crediteuren te voldoen. Hierdoor werden de gezamenlijke crediteuren

volgens de curator benadeeld. De curator houdt Alice en Groeneveld voor de daardoor ontstane schade aansprakelijk. De curator vordert primair schadevergoeding van de bestuurders Alice en Groeneveld. De subsidiaire vordering strekt tot vernietiging van de betalingen, waardoor LKG zou moeten terugbetalen. Die vordering laat ik hier buiten beschouwing.

De gedaagden verweren zich met de stelling dat zij niet in strijd met artikel 47 Fw. hebben gehandeld. Artikel 47, dat vernietiging van verplichte rechtshandelingen onder twee - alternatieve en strikt omschreven - omstandigheden mogelijk maakt, is volgens de rechtbank inderdaad niet aan de orde. Volgens gedaagden zijn er verder geen bijzondere omstandigheden aangevoerd die op andere wijze tot de vaststelling zouden moeten leiden dat er onrechtmatig is gehandeld.

Met dat laatste verweer gaat de rechtbank niet mee. De rechtbank stelt vast dat de toepasselijkheid van artikel 47 Fw. geen voorwaarde is om in een geval als het onderhavige tot de vaststelling te komen dat er onrechtmatig is gehandeld. De rechtbank overweegt:

'Vernietigbaarheid van een rechtshandeling is geen voorwaarde om te kunnen concluderen dat een bestuurder, die door de handeling profiteert, zelf onrechtmatig handelt. Ook indien de rechtshandeling niet vernietigbaar is, kan er onrechtmatig handelen aan de orde zijn. Het hangt er vanaf wat het aandeel van de bestuurder is in het verkrijgen van het profijt en hoe dit en zijn voordeel zich verhoudt tot alle omstandigheden van het geval; waarvan het voldoen van een opeisbare vordering slechts een van de omstandigheden is.'

De rechtbank stelt vervolgens vast dat het hier gaat om handelingen in concernverband die allemaal zijn terug te voeren op de persoon van Groeneveld. Zij trekt aan de touwtjes bij zowel Alice, LKG als Pandora. Groeneveld is uiteindelijk gebaat door de betalingen, nu het vermogen van LKG met € 125.000 is toegenomen. Het feit dat in de maand december 2008 een bedrag aan het vermogen van LKG is toegevoegd dat vijf keer hoger is dan het bedrag dat in de jaren daarvoor werd ontvangen, terwijl juist in die maand selectief werd betaald aan concurrente schuldeisers en er melding van betalingsonmacht werd gedaan, waarna juist LKG dus nog wel werd betaald, zijn omstandigheden die de rechtbank Alice en Groeneveld zwaar aanrekent. Daarbij komt dat de melding van betalingsonmacht (gericht aan de belastingdienst) ook misleidend was voor de concurrente crediteuren. Groeneveld stelde in de procedure namelijk dat zij de betaling aan LKG wel had mogen uitvoeren, omdat er op dat moment voldoende middelen aanwezig waren. Dat lijkt in strijd te zijn met de stelling dat er sprake was van betalingsonmacht, zo oordeelt de rechtbank.

De eventuele verkoop van de activiteiten (waarover de onderhandelingen overigens waren stukgelopen) noodzaakte ook niet tot deze handelswijze. Het feit dat nog één dag voor de stopzetting van het krediet € 25.000 aan LKG werd betaald (als onderdeel van de genoemde € 125.000) is volgens de rechtbank eveneens van belang. De rechtbank geeft aan dat behoorlijk ondernemerschap juist van Groeneveld vergde dat nog enige tijd geduld werd betracht met betaling van de 'interne' vorderingen, nu ook andere schuldeisers geduld moesten betrachten.

De rechtbank komt tot de slotsom dat de omstandigheden en gedragingen in december 2008 beduidend afweken van de gebruikelijke omstandigheden en daarom als bijzonder zijn te kwalificeren.

De rechtbank concludeert daarbij het navolgende:

'Alles bijeengenomen is het gedrag van Groeneveld en Alice niet te kwalificeren als gelijkwaardig en evenwichtig tegenover alle schuldenaren (bedoeld zal zijn

'schuldeisers', FS) en is er geen rechtvaardiging voor de bevoordeling van de vennootschap waarin zij belangen hadden. Er is derhalve sprake van onbehoorlijk bestuur door zelfverrijking, hetgeen te kwalificeren is als het plegen van een onrechtmatige daad tegenover de schuldeisers waarvoor de curator opkomt.'

De rechtbank veroordeelt Alice en Groeneveld hoofdelijk tot betaling van het bedrag van € 125.000.

Tot slot

Uit dit vonnis blijkt eens te meer dat betaling aan groepsmaatschappijen in het zicht van faillissement een uiterst riskante bezigheid is, indien daar geen objectief vaststelbare rechtvaardiging voor is. Het is echter de vraag of de langzaam duidelijker wordende grenzen die de rechtspraak trekt, voor bestuurders 'in het nauw' een beletsel zullen zijn om toch het privébelang voorop te stellen. De tijd zal het leren.