

**JOR 2018/221, Gerechtshof Amsterdam, 13-02-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476,  
200.208.782/01 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak:</b> 13-02-2018
<b>Publicatie:</b> JOR 2018/221 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 9, 2018
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Ph.W. Schreurs</li> </ul>
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2018:476</a>
<b>Zaaknummer:</b> 200.208.782/01
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:GHAMS:2018:476</a></li> <li>• JONDR 2018/598</li> <li>• OR-Updates.nl 2018-0074</li> <li>• INS-Updates.nl 2018-0146</li> </ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Insolventierecht
<b>Rubriek:</b> Financiering, zekerheden en insolventie
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Melissen</li> <li>• mr. Van Tuyl van Serooskerken-Röell</li> <li>• mr. Arnold</li> </ul>
<b>Partijen:</b> Mr. P. Ingwersen te Haarlem, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Source Food BV, appellant, advocaten: mr. S. Peekel en mr. M.C. van Genugten, tegen 1. Source BV te Hoorn, 2. Kromme Leek BV te Zaandam, gemeente Zaanstad, 3. X, geïntimeerden, advocaat: mr. F. Eikelboom.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">BW Boek 6 - 162</a></li> </ul>

### Inhoudsindicatie

Selectieve betaling in het zicht van faillissement, Geen aansprakelijkheid (indirect) bestuurder, Geen persoonlijk ernstig verwijt

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

### Samenvatting

In het onderhavige geval kiest de curator ervoor de (indirecte) bestuurders van de debiteur aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad opdat deze de boedel schadeloos stellen voor een betaling door de failliet welke betaling

(kennelijk) zelf niet aan vernietiging blootstaat. Wil een jegens (indirect) bestuurders van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad ingestelde vordering kunnen slagen, dan is vereist dat hun van het gewraakte handelen (of nalaten) namens de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is in het geval van een betaling die heeft plaatsgevonden in het zicht van een (mogelijk) faillissement niet anders. Geïntimeerden sub 2 en 3 wijzen er terecht op dat een debiteur in beginsel gehouden is om de door hem aangegane financiële verplichtingen na te komen. Mede in het licht daarvan kan niet worden aanvaard dat het enkele feit dat een zodanige nakoming/betaling door de vennootschap plaatsvindt terwijl de handelende (indirect) bestuurder weet dat het faillissement van de vennootschap is aangevraagd, reeds meebrengt dat deze zich jegens de overige schuldeisers schuldig maakt aan een onrechtmatige daad. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden vereist waarbij met name kan worden gedacht aan een samenspanning tussen de betrokken bestuurder en schuldeiser met als oogmerk deze laatste boven andere schuldeisers te bevoordelen, dan wel een betaling waarbij de bestuurder direct of indirect persoonlijk baat heeft. Van de aanwezigheid van dergelijke bijkomende omstandigheden is in het onderhavige geval onvoldoende gebleken. Geïntimeerden sub 2 en 3 hebben gemotiveerd uiteengezet dat failliet (via geïntimeerde sub 1 die haar gelden beheerde) na 4 december 2015 is voortgegaan met het voldoen van opeisbare vorderingen op haar, waarvan die aan Limes er één was en waartoe ook de salarissen van het personeel van failliet behoorden. Dat geïntimeerden sub 2 en 3 Limes bewust hebben willen bevoordelen boven andere crediteuren dan wel persoonlijk baat hadden bij het doen van juist deze betaling vindt in het feitenmateriaal onvoldoende steun. Het feit dat er een (fiscale) adviesrelatie bestond niet alleen tussen Limes en failliet doch tevens tussen Limes en geïntimeerde sub 3 is in dit verband onvoldoende. Voorts is van belang dat door de curator niet is weersproken dat failliet gebukt ging onder een aandeelhoudersgeschil en dat geïntimeerden sub 2 en 3 gemotiveerd hebben gesteld dat zij ten tijde van de betaling aan Limes nog trachtten met de (indirect) meerderheidsaandeelhouder van failliet tot een regeling te komen waardoor het faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend. Dit brengt mee dat de aangevoerde feiten geen grondslag bieden voor toewijzing van een vordering jegens geïntimeerden gebaseerd op een door dezen gepleegde onrechtmatige daad.

## Uitspraak

(...; red.)

### 3. Beoordeling

3.1. (i) De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Source Food B.V. (hierna Source Food) handelde internationaal in vlees en gevogelte. De onderneming hield zich bezig met de in- en verkoop van diepgevroren vleesproducten.

(ii) Bij vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 6 januari 2015 is Source Food in staat van faillissement verklaard. Het daartoe strekkende verzoekschrift is op 4 december 2014 door Kromme Leek bij de rechtbank ingediend. Mr. Ingwersen werd bij genoemd vonnis tot curator aangesteld.

(iii) Source People exploiteerde van 4 maart 2014 tot 9 januari 2015 een uitzendbureau. Vervolgens exploiteerde zij onder de naam Source B.V. een groothandel in vlees, vleeswaren, voedings- en genotsmiddelen. Van 4 maart 2014 tot 15 januari 2015 was Kromme Leek enig aandeelhouder en bestuurder van Source People. Met ingang van 15 januari 2015 is zij opgevolgd door [X] Food & Trading Holding B.V.

(iv) [X] is vanaf 20 april 2001 enig aandeelhouder en bestuurder van Kromme Leek.

(v) Bij factuur van 12 december 2014 (hierna: de factuur) heeft Limes International Tax + Expat B.V. (hierna: Limes) een bedrag van € 29.711,55, inclusief 21% VAT, aan Source Food in rekening gebracht. De factuur heeft betrekking op verleende diensten in de periode van 1 september 2014 tot en met 30 november 2014. Bij de factuur is een specificatie van de verleende diensten gevoegd. Op 22 december 2014 is de factuur in opdracht van Source Food door Source People voldaan.

(vi) De betaling aan Limes is door Source Food als creditbedrag geboekt in rekening-courant.

(vii) Op 22 mei 2015 heeft de curator schriftelijk het volgende aan Source

meegedeeld:

“Afgezien van de vraag of de gefactureerde werkzaamheden wel ten behoeve van Source Food zijn verricht en of sprake is van een selectieve betaling, is de curator van mening dat de verrekening tussen Source B.V. en Source Food in de rekening-courant verhouding paulianeus is. In dit kader is onder andere van belang er voor Source BV. geen verplichting bestond om de (nog niet opeisbare) vordering namens Source Food te betalen. Ook geen verplichting bestond voor Source Food om de door Source B.V. verrichte betaling te boeken c.q. te verrekenen in de rekening-courant verhouding.

Met een beroep op art. 42 j° 43 Fw vernietigt de curator hierbij de betreffende verrekening in de rekening-courant verhouding. Tevens vernietigt de curator hierbij zo nodig de rechtshandelingen die ten grondslag liggen aan de genoemde verrekening. Dit betekent dat de rekening-courant schuld van Source B.V. aan Source Food als gevolg van de vernietiging niet met een bedrag van € 29.711,55 is afgenomen.

Gezien het voorgaande verzoek ik u, met kracht van sommatie, om binnen 10 dagen na heden het bedrag ad € 29.711,55 over te maken aan de faillissementsrekening van Source Food (...)

(viii) Source heeft geen gevolg gegeven aan de sommatie van de curator. Bij brief van 29 mei 2015 heeft zij als volgt gereageerd:

“Dank voor uw brief van 22 mei 2015.

Source B.V. begrijpt niet waarom u meent dat er sprake is van een verrekening die vernietigd kan worden. Zoals u bekend was het geld op de rekening van Source B.V. van Source Food B.V. Er is dan ook gewoon met het geld van Source Food B.V. betaald, gelijk de andere betalingen. De betaling aan LIMES moet dan ook gezien worden als een reguliere betaling door Source Food B.V. Mede gezien de betalingen die Source Food B.V. in december 2014 nog heeft gedaan, is deze betaling ook niet selectief.”

3.2. De curator vordert in dit geding betaling van het onder 3.1 (vii) genoemde bedrag, te vermeerderen met rente en buitengerechtigde incassokosten.

De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen. In hoger beroep komt hij tegen die beslissing op en wijzigt in zoverre de grondslag van de eis dat hij deze uitsluitend nog op onrechtmatige selectieve betaling baseert.

Het hof verwierpt het betoog van Kromme Leek c.s. dat deze grondslagwijziging niet kan worden toegestaan wegens strijd met de beginselen van behoorlijke procesorde. Ook in eerste aanleg was de tegen Kromme Leek c.s. ingestelde vordering gebaseerd op een door dezen jegens de boedel gepleegde onrechtmatige daad. De eis zoals die nu feitelijk is ingekleed is ingegeven door het door Kromme Leek c.s. in eerste aanleg ingenomen standpunt dat Source als haar "portemonnee" optrad en ligt zozeer in de lijn van het in eerste aanleg gevoerde debat dat van een onredelijke bemoeilijking van het verweer niet kan worden gesproken. Dat het bepaalde in 154 Rv aan de grondslagwijziging in de weg zou staan vermag het hof niet in te zien en is door Kromme Leek c.s. ook onvoldoende toegelicht.

3.3. De curator baseert zijn vordering derhalve niet meer op een (beweerdelijk) paulianeuse verrekening in de rekening courant verhouding tussen Source en Source Food maar op een onrechtmatige daad van Kromme Leek c.s. erin bestaande dat zij hebben bewerkstelligd dat Source Food (via Source) op 22 december 2014 tot betaling van de factuur van Limes is overgegaan terwijl Kromme Leek reeds op 4 december 2014 het faillissement van Source Food had aangevraagd. Met andere woorden de curator stelt de (indirect) bestuurders van Source Food uit hoofde van onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk voor het feit dat door hun toedoen de vennootschap in het zicht van haar faillissement tot betaling van de (opeisbare) vordering van Limes is overgegaan (met als gevolg dat het desbetreffende bedrag niet meer beschikbaar was voor de overige crediteuren).

3.4. Waar zich een mogelijke benadeling van (overige) crediteuren voordoet als gevolg van een door een debiteur verrichte rechtshandeling of betaling voorziet de wet in de zogenoemde actio pauliana. Deze is voor faillissementssituaties neergelegd in de art. 42 e.v. Faillissementswet en kan er toe leiden dat een betaling aan één

crediteur (mits voldaan is aan de in bedoelde wettelijke bepalingen gestelde voorwaarden) wordt teruggedraaid en de betrokken vermogensbestanddelen alsnog in de boedel vallen. Met betrekking tot de betaling van een opeisbare schuld is in artikel 47 Fw bepaald dat deze alleen kan worden vernietigd als wordt aangetoond hetzij dat hij die de betaling ontving wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was, hetzij dat de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.

In het onderhavige geval is er voor een dergelijk "terugdraaien" van de door Source namens Source Food aan Limes verrichte betaling kennelijk onvoldoende feitelijke grondslag aanwezig en kiest de curator ervoor de (indirecte) bestuurders van de debiteur aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad opdat deze de boedel schadeloos stellen voor een betaling door de failliet welke betaling (kennelijk) zelf niet aan vernietiging blootstaat.

3.5. Wil een jegens (indirect) bestuurders van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad ingestelde vordering kunnen slagen dan is vereist dat hen van het gewraakte handelen (of nalaten) namens de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is in het geval van een betaling die heeft plaatsgevonden in het zicht van een (mogelijk) faillissement niet anders.

3.6. Kromme Leek c.s. wijzen er terecht op dat een debiteur in beginsel gehouden is om de door hem aangegane financiële verplichtingen na te komen. Mede in het licht daarvan kan niet worden aanvaard dat het enkele feit dat een zodanige nakoming/betaling door de vennootschap plaatsvindt terwijl de handelende (indirect) bestuurder weet dat het faillissement van de vennootschap is aangevraagd reeds meebrengt dat deze zich jegens de overige schuldeisers schuldig maakt aan een onrechtmatige daad. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden vereist waarbij met name kan worden gedacht aan een samenspanning tussen de betrokken bestuurder en schuldeiser met als oogmerk deze laatste boven andere schuldeisers te bevoordelen, dan wel een betaling waarbij de bestuurder direct of indirect persoonlijk baat heeft.

3.7. Van de aanwezigheid van dergelijke bijkomende omstandigheden is in het onderhavige geval onvoldoende gebleken. Kromme Leek c.s. hebben gemotiveerd uiteengezet dat Source Food (via Source, die haar gelden beheerde) na 4 december 2015 is voortgegaan met het voldoen van opeisbare vorderingen op haar, waarvan die aan Limes er een was en waartoe ook de salarissen van het personeel van Source Food behoorden. Dat Kromme Leek c.s. Limes bewust hebben willen bevoordelen boven andere crediteuren dan wel persoonlijk baat hadden bij het doen van juist deze betaling vindt in het feitenmateriaal onvoldoende steun. Het feit dat er een (fiscale) adviesrelatie bestond niet alleen tussen Limes en Source Food doch tevens tussen Limes en Kromme Leek is in dit verband onvoldoende. Voorts is van belang dat door de curator niet is weersproken dat Source Food gebukt ging onder een aandeelhoudersgeschil en dat Kromme Leek c.s. gemotiveerd hebben gesteld dat zij ten tijde van de betaling aan Limes nog trachtten met de (indirect) meerderheidsaandeelhouder van Source Food, [Y] (die gelieerd was aan de belangrijkste leverancier en financier van Source Food, Heidemark), tot een regeling te komen waardoor het faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend en dat de faillissementsaanvraag mede diende om druk op [Y] uit te oefenen.

3.8. Dit brengt mee dat de aangevoerde feiten geen grondslag bieden voor toewijzing van een vordering jegens Kromme Leek c.s. gebaseerd op een door dezen gepleegde onrechtmatige daad.

3.9. Het hof komt tot de slotsom dat de door de curator tegen het bestreden vonnis gerichte grieven geen doel treffen. Zijn vordering is ook zoals die in hoger beroep nader feitelijk is onderbouwd niet toewijsbaar.

Het vonnis zal worden bekrachtigd. De curator zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep, te vermeerderen met wettelijke rente. Voor toewijzing van wettelijke handelsrente bieden de feitelijke stellingen van Kromme Leek c.s. geen grond.

#### **4. Beslissing**

Het hof:

verstaat dat het hoger beroep voor zover tegen Source ingesteld is geschorst;

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

## Noot

1. In het ondernemingsrecht is het lezen van jurisprudentie zónder organigram vaak nauwelijks doenlijk. De Ondernemingskamer is inmiddels schoorvoetend overgegaan tot het invoegen van grafische verduidelijking zoals blijkt uit Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2018, «**JOR**» 2018/122, m.nt. Verburg (*OR De Friesland*) en ook de redactie van de JOR zou dat regelmatig mogen toepassen. Het arrest in deze kwestie wordt mijns inziens in ieder geval iets inzichtelijker met de volgende schematisering:

[zie [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) voor de afbeelding; *red.*]

Het arrest gaat over de vraag of een ten laste van failliet komende betaling van kort voor faillissement door de curator op enigerlei wijze kan worden teruggedraaid. De feiten zijn als volgt: X is aandeelhouder van Kromme Leek. Die bv is (indirect) minderheidsaandeelhouder van Source Food en verwickeld in een conflict met (indirect) meerderheidsaandeelhouder Heidemark. Beide aandeelhouders hebben vorderingen op Source Food. Kennelijk in een poging een impasse te doorbreken (aldus r.o. 3.7) vraagt minderheidsaandeelhouder Kromme Leek als crediteur het faillissement aan van Source Food op 4 december 2014. Dat faillissement wordt op 6 januari 2015 uitgesproken. Kromme Leek (en indirect dus X) is ook bestuurder. (Merkwaardig genoeg heeft het hof dit niet opgenomen in de feiten, maar het is evident en lijkt bekend (zie r.o. 3.3) en blijkt in elk geval uit het door mij geraadpleegde Handelsregister). In de tussengelegen periode wordt een aan de latere failliet verzonden factuur betaald door haar zustersvennootschap en wordt dat verrekend in hun onderlinge rekening-courant. De curator probeert dat te redresseren.

2. Op 28 september 2018 zal in Groningen het congres “Piercing the Pauliana” plaatsvinden. De onderhavige uitspraak past in een inmiddels aanzwellende reeks van zaken die een dergelijk congres rechtvaardigt. Betrokkenen bij bedrijven in moeilijkheden en lezers van de JOR zijn en blijven immers in verwarring wat het meest geëigende pad is uit het pre-insolventiemoeras.

3. De eerste vraag die zich aandient, is welke handeling in deze procedure nu eigenlijk gecorrigeerd moet worden. De betaling van de factuur aan Limes lijkt niet direct voor de hand liggend: die wordt verricht dóór Source People, die niet faillieert, en áán Limes (een financieel adviseur) die geen procespartij is. De te corrigeren handeling zou bijvoorbeeld de verrekening kunnen zijn die Source Food na de betaling aan Limes in haar rekening-courant met de eigenlijke debiteur Source People toepast (hierna “Food” resp. “People”). Aangenomen kan worden dat Food voordien nog een te betalen saldo had en de curator na faillissement niets meer te incasseren aantrof. Hoe dit aan te tasten?

Met de pauliana wellicht? Zie ik het goed, dan constateert het hof met nauw verholen ongeloof (r.o. 3.4 laatste volzin) dat de curator “kennelijk” niet kan aantonen dat er aan beide zijden wetenschap van de aanvraag van het faillissement was. X was ter zake van de boeking in rekening-courant immers zowel bestuurder van de betaler als de ontvanger. Zowel met art. 47 Fw als met art. 42 Fw had de curator daarbij een goed vertrekpunt. Als de verrekening wordt aangetast, zal dat normaal gesproken met art. 42 Fw gebeuren omdat sprake is van een onverplichte rechtshandeling. De curator heeft dan de bewijsvermoedens van art. 43 Fw. In casu lijkt mij overigens helder dat omdat beide partijen wetenschap van de aanvraag hadden (dat bij het strengere 47 Fw volstaat), dat ook voor art. 42/43 Fw voldoende is.

Ook van art. 54 Fw valt op dat het niet in stelling is gebracht. Is het immers niet zo dat People, door de aan Food gerichte factuur te betalen, zichzelf in een positie als crediteur heeft gemanoeuveerd waardoor zij kon verrekenen met hetgeen zij aan Food verschuldigd was?

4. De zaak bij het hof draait daar echter allemaal niet om. De zaak ontwikkelt zich geheel anders dan ik hiervoor (mogelijk gemakzuchtig en, laat dat helder zijn, met slechts zeer beperkte kennis van het dossier en de eventuele processuele verwickelingen) als logisch beschouw. Volgens r.o. 3.2 legt de curator zich namelijk neer bij het feit dat People kennelijk de portemonnee van Food beheerde. De betaling aan Limes was in die redenering een betaling ten laste van het tegoed dat Food bij People had. People was in feite de “bank” van Food. Uitgaande daarvan besloot de curator slechts de betaling aan te tasten op grond van het leerstuk van de selectieve betaling (onrechtmatige daad).

In HR 23 mei 2014, **«JOR» 2014/229**, m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*) heeft de Hoge Raad dergelijke betalingen ingepast in de catalogus van Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, **«JOR» 2007/38**). Van een volgens dat laatste arrest voor bestuurdersaansprakelijkheid noodzakelijk “ernstig verwijt” zal (volgens Kok/Maas q.q. r.o. 3.3.5-6) “in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een zodanig verwijt kan worden aangenomen. (In ’s hofs oordeel ligt besloten dat bestuurder Kok – toev. FS) wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de betalingen door (de vennootschap) tot gevolg zouden hebben dat (de vennootschap) andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade, zodat hem van het bevorderen van die betalingen persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.”

Het kiezen voor een onrechtmatigedaadsactie heeft voor de curator het lastige gevolg dat hij (anders dan bij art. 42, 47 en 54 Fw waar juist bepaalde bewijsvoordelen gelden) een “persoonlijk ernstig verwijt” van de bestuurder zal moeten stellen en bewijzen. Uit de summiere weergave in het arrest valt helaas niet af te leiden welke voor- en tegenargumenten daarvoor allemaal zijn aangevoerd. Het hof behandelt in r.o. 3.6 en 3.7 een aantal aangevoerde en te licht gewogen argumenten en daarop concentreer ik mij nu verder.

5. In mijn artikel ‘Selectie van Betalingen’, in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Van der Heijden reeks nr. 140, p. 351-376, heb ik voor de beoordeling van betalingen door bedrijven in moeilijkheden het belang van twee aspecten benadrukt. In de eerste plaats moet worden gezien in welke fase van moeilijkheden de vennootschap verkeert en in de tweede plaats moet worden gekeken of sprake is van gelieerde partijen.

(ad 1) Bij de fase van moeilijkheden waarin de vennootschap verkeert, geldt een oplopende graad: naarmate de problemen groter zijn, zullen hogere eisen aan selectie van betalingen kunnen worden gesteld. Er zijn daarbij twee duidelijke mijlpalen: (a) het moment waarop rekening gehouden moet worden met het feit dat de crediteuren te kort zullen komen (Sobi/Beklamel – peildatum); en (b) het moment waarop het faillissement onafwendbaar is.

In de situatie dat het faillissement reeds is aangevraagd (in casu nota bene door bestuurder X zelf) kan, maar hoeft geen sprake te zijn van een onafwendbaar faillissement. Dat is bijvoorbeeld niet zonder meer het geval wanneer de bestuurder voornemens is verweer te voeren en gerechtvaardigd vertrouwen heeft in de goede afloop daarvan. Aan de andere zijde van het spectrum is een faillissement zonder twijfel onafwendbaar indien sprake is van een eigen aangifte of indien de bestuurder besloten heeft geen verweer te voeren. Indien, zoals bij Food, X in feite zelf het verzoek tot faillietverklaring heeft ingediend, zou ik menen dat hij in beginsel belast moet worden met stel- en bewijsplicht ten aanzien van de vraag of het faillissement onafwendbaar was of niet. Sub r.o. 3.7 slot blijkt dat X hoopte dat het faillissement voorkomen kon worden door beslechting van het aandeelhoudersgeschil.

(ad 2) Het tweede criterium dat ik hanteer, ziet op de vraag of de ontvanger van de betaling(en) gelieerd is aan de vennootschap of de bestuurder. Dat criterium vloeit voort uit het feit dat de gezamenlijke crediteuren van een bedrijf in moeilijkheden door het recht beschermd dienen te worden tegen onjuiste aanwending van het kennisverschil, van de kennisvoorsprong die de bestuurder (en daarmee gelieerde partijen) heeft omtrent de problemen waarin de vennootschap verkeert. Zolang het goed gaat met een bedrijf moeten crediteuren voor hun eigen belang opkomen. Maar in de situatie dat het slecht gaat – en al duidelijk is dat er geen aandeelhouders- of bestuurdersbelang is bij de gang van zaken binnen de vennootschap, maar slechts nog het belang van de gezamenlijke crediteuren –, dienen de nauwst betrokkenen de belangen van die schuldeisers te laten prevaleren.

6. Als met deze criteria r.o. 3.6 en 3.7 nog eens bezien worden, rijst het volgende beeld op. In deze zaak speelt de gelieerdheid geen rol (meer). Waar People als gedaagde daar wel op aangesproken had kunnen worden, hebben curator en hof zich neergelegd bij de stelling dat de verrekening tussen Food en People niet het hete hangijzer is, maar slechts de uitgaande betaling aan Limes (waarvan niet is gesteld dat die gelieerd is). Ten aanzien van de betalingen aan niet-gelieerde crediteuren wordt weinig anders duidelijk dan dat “na 4 december is voortgegaan met het voldoen van opeisbare vorderingen (...), waarvan die aan Limes er een was en waartoe ook de salarissen van het personeel van Source Food behoorden.”

Voor de beoordeling van dergelijke betalingen aan derden in de wetenschap dat het faillissement is aangevraagd (en daarmee onafwendbaar is), legt het hof mijns inziens een verkeerde maatstaf aan, welke maatstaf vervolgens bovendien onjuist wordt toegepast.

(ad 1) Verkeerde maatstaf: het hof stelt dat een debiteur in beginsel gehouden is om de door hem aangegane verplichtingen na te komen en dat het enkele feit dat betaling door de vennootschap plaatsvindt terwijl de handelende bestuurder weet dat het faillissement is aangevraagd, onvoldoende is voor onrechtmatigheid. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden vereist, waarbij met name kan worden gedacht aan samenspanning dan wel direct of indirect persoonlijke baat van de bestuurders, aldus het hof (r.o. 3.6).

Die invalshoek is onjuist. In dit geval moet immers niet de vrijheid (of plicht) een crediteur te betalen het vertrekpunt zijn, maar het feit dat duidelijk is dat die niet allemáál betaald kunnen worden. In HR 12 juni 1998, «JOR» 1998/107, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3 stelt de Hoge Raad dat wanneer een vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, een voorkeursbehandeling “op grond van bijzondere door de vennootschap te stellen en te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd”.

Anders dan het hof stelt, heeft de bestuurder dus niet als uitgangspunt de normale vrijheid, maar moet hij juist uitleggen en aantonen waarom specifieke betalingen wel (en andere niet) zijn uitgevoerd. Dergelijke betalingen hebben immers, zoals de Hoge Raad in Kok/Maas q.q. categoriseert, tot gevolg dat andere crediteuren niet kunnen worden voldaan, zodat een bestuurder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Met de door het hof toegepaste maatstaf heeft het in feite (gelet op de positie waarin de onderneming verkeerde) de bewijslast ten onrechte bij de curator/crediteur gelegd.

(ad 2) Onjuiste toepassing: de door het hof vereiste samenspanning legt de lat te hoog voor de eiser. De bestuurder zal een rechtvaardiging moeten geven waarom hij bepaalde crediteuren wel heeft betaald. Hij kan bijvoorbeeld de wettelijke rangregels in acht nemen; gek genoeg komt dat maar weinig voor ... Naarmate de zekerheid omtrent de ondergang van de vennootschap groter is, zal belangrijker worden dat de betalingen een bepaald voordeel opleveren voor de gezamenlijke crediteuren, bijvoorbeeld omdat het bijdraagt aan waardebehoud. *In the twilight zone* van de ondergang kunnen betalingen ertoe strekken dat de onderneming kan overleven, bijvoorbeeld door de energierekening van een kuikenfokkerij te betalen, waardoor de hogere opbrengst in een latere (dan nog onzekere) doorstart niet buiten beeld raakt. Een dergelijke selectie is rechtmatig.

7. Persoonlijke baat als door het hof aangevoerd is, simpel en kort, een criterium dat hier niet thuishoort. Als van twee crediteuren er één niet betaald wordt, is het feit dat de bestuurder geen persoonlijk voordeel heeft van betaling aan de ander op geen enkele wijze een dragend argument voor afwezigheid van onrechtmatigheid. Wat heeft die crediteur daaraan? Niettemin speelt het argument in lagere rechtspraak wel vaker een rol. Dit argument hoort echter pas aan de orde te komen als onrechtmatigheid al is vastgesteld. Daarna kan een bestuurder matiging vragen, o.a. op grond van het feit dat hij er zelf niet beter van is geworden.

8. Naar ik begrijp, heeft de curator cassatie ingesteld en dat lijkt mij terecht. Het valt te hopen dat de Hoge Raad meer duidelijkheid verschaft over selectie van betalingen en de plek daarvan, mede ten opzichte van de pauliana, beter in beeld brengt. Het is ongelukkig dat deze bij vrijwel elk faillissement voorkomende problematiek nog met zoveel onduidelijkheden omgeven is.

In dat verband permitteer ik mij nog een laatste zijsprong. In de eerste consultatietekst van de WHOA wordt, net als in

de eerste tekst van de Ontwerp-Herstructureringsrichtlijn, aandacht besteed aan de problematiek die bestaat bij het aantrekken van middelen om de herstructurering mogelijk te maken. Dergelijke reddingskredieten verdienen enige extra bescherming en de wetgever is kennelijk bereid daarvoor in actie te komen. Wat in het kader van reddingskredieten geldt, geldt ook voor betalingen in het zicht van faillissement. Soms vinden die plaats om (het dan nog mogelijke) overleven van een levensvatbare onderneming mogelijk te maken en verdienen ze bescherming; soms zijn ze louter benadelend en is aansprakelijkheid een gewenst gevolg. Het zou plezierig zijn als de Hoge Raad zich realiseert dat een verhelderend arrest daarom meer kan betekenen dan slechts een eindoordeel over deze zaak met een nogal beperkt financieel belang.

mr. Ph.W. Schreurs, advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

---