

SELECTIEVE BETALING: (ON)RECHTMATIG?

Gedurende de afgelopen jaren zijn diverse rechterlijke uitspraken geweest, die de positie van de vennootschapsbestuurder niet eenvoudiger lijken te maken. Het gaat om geschillen waarin door crediteuren van de vennootschap aan de bestuurder wordt verweten dat hij/zij zich schuldig heeft gemaakt aan selectieve betaling. Deze crediteuren hebben moeten constateren dat de vennootschap – die zelf geen verhaal meer biedt c.q. inmiddels in staat van faillissement is verklaard – onder leiding van de gewraakte bestuurder een deel van de schulden heeft voldaan, terwijl betaling van hun vordering is uitgebleven. In het navolgende zal ik nader ingaan op het aspect selectieve betaling en de (on)rechtmatigheid daarvan.



Niet-betaalde crediteuren vinden het onrechtvaardig dat betaling van hun vordering is uitgebleven, terwijl andere crediteuren (gedeeltelijk) wel zijn voldaan. Met een beroep op de paritas creditorum (gelijkheid van de crediteuren) wordt de selectieve betaling als onrechtmatig handelen van de bestuurder tegenover de niet-betaalde crediteuren gekwalificeerd. De bestuurder zou daarom de door de crediteuren geleden schade uit eigen middelen moeten vergoeden.

Om bestuurders gerust te stellen: in de jurisprudentie is niet zondermeer bepaald dat selectieve betaling onrechtmatig handelen tegenover niet-betaalde crediteuren oplevert. Als uitgangspunt geldt dat selectieve betaling niet onrechtmatig is. In dat kader geldt het adagium dat die het eerst komt, het eerst maalt. Crediteuren die hun vordering eerder weten te innen dan andere zijn goede ondernemers. Op dit systeem maakt alleen de faillissementswet een belangrijke uitzondering in het geval betaling wordt ontvangen in de situatie dat de crediteur wist dat het faillissement al aangevraagd was, alsook dat betaling het gevolg is geweest van overleg dat tot doel had die crediteur boven andere crediteuren te begunstigen (volgens artikel 47 Faillissementswet).

In de jurisprudentie is bepaald dat onder omstandigheden selectieve betaling onrechtmatig is. De daarbij gehanteerde rechtsregel is dat selectieve betaling onrechtmatig handelen van een bestuurder oplevert in het geval specifieke betalingen worden verricht wanneer het bestuur heeft besloten de activiteiten van de vennootschap te beëindigen dan wel dat de vennootschap

zich feitelijk in een situatie van faillissement bevindt. In dat soort situaties treedt een verandering van perspectief op. Voor het handelen van een bestuurder is in dat geval het belang van de vennootschap en de continuïteit van de gedreven onderneming niet langer maatgevend, maar dient het belang van een evenwichtige behartiging van de belangen van de crediteuren voorop te staan. Wanneer een bestuurder in strijd handelt met die norminstructie, kan dat een onrechtmatige daad tegenover de crediteuren opleveren. Dit is zeker het geval wanneer er wel betalingen worden verricht aan vennootschappen binnen de groepsmaatschappij en niet aan andere crediteuren.

Het voorgaande houdt in dat de problematiek met betrekking tot selectieve betaling (feitelijk) in tweeën uiteen valt. Voor het omslagpunt hoeft geen vrees voor aansprakelijkheid wegens selectieve betaling te bestaan. Daarna wel: als de activiteiten worden voortgezet terwijl de zaak uitzichtloos is, kan dat leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Een bestuurder wordt in dat geval niet in de eerste plaats verweten dat hij/zij zich schuldig heeft gemaakt aan selectieve betaling, maar dat hij/zij de zaak heeft laten doordraaien terwijl dat – alles in aanmerking genomen – eigenlijk onverantwoord was. Dat laatste is maatschappelijk onzorgvuldig.

Met betrekking tot dit “omslagpunt” biedt de wet en jurisprudentie weinig houvast om de peildatum van de zogenaamde feitelijke insolventie vast te stellen. In de literatuur is daarom inhoud gegeven aan een praktisch te hanteren bedrijfseconomische maatstaf (“het geschoonde werkkapitaal”) ter bepaling van feitelijke insolventie. Deze maatstaf houdt in dat de navolgende berekening wordt toegepast: liquide middelen + (op korte termijn inbare) debiteuren + een eventueel overschot aan (bestaande) kredietruimte - handelscrediteuren. Een negatieve uitkomst duidt in beginsel op mogelijke feitelijke insolventie. Als verwacht mag worden dat het negatieve werkkapitaal binnen redelijke termijn weer positief zal worden, bijvoorbeeld door een nieuw te verlenen krediet, is nog geen sprake van aansprakelijkheid (in het kader van feitelijke insolventie).

Ik benadruk dat deze maatstaf in de jurisprudentie nog niet wordt toegepast. Het biedt echter wel inzicht in de reële perspectieven van een vennootschap en biedt een bestuurder voldoende ruimte om de vennootschap door zware tijden te kunnen loodsen wanneer nodig. Het is dan ook van groot belang dat bestuurders van vennootschappen altijd inzicht hebben in de financiële situatie van de rechtspersoon en dit zonedig cijfermatig kunnen onderbouwen. Liquiditeitsprognoses zijn voor het afweren van een latere claim op grond van “selectieve betaling” dan ook van cruciaal belang.

mr R.C.H. Bruinier

t 31 (0)318 68 78 85

f 31 (0)318 68 78 09

e r.bruinier@vanveen.com