

De ‘Vorsatzanfechtung’: vervelende verrassing na een Duits faillissement

Dat is schrikken: uw Duitse zakenpartner blijkt failliet te zijn. Maar da's nog niet alles. Op uw bureau ligt namelijk een sommatie van de curator van de Duitse onderneming. Die eist op hoge toon een betaling terug die u twee jaar voor het faillissement uit Duitsland heeft ontvangen. Door die betaling aan u zouden namelijk andere schuldeisers benadeeld zijn. Die mededeling zag u even niet aankomen. Wat te doen?

De weinig opbeurende vordering van de curator is gebaseerd op zogeheten ‘faillissementspauliana’. Oftewel: handelingen die vóór de faillissementsprocedure zijn verricht en die schuldeisers benadelen. In de wet staat dat de curator dergelijke handelingen conform de wettelijke voorschriften ongedaan kan maken. Deze mogelijkheid bestaat zowel in het Duitse als in het Nederlandse recht. Beide rechtssystemen verschillen op dit gebied met name voor wat betreft de tijdsperiode waarbinnen rechtshandelingen vernietigd kunnen worden. In Nederland is deze periode beduidend korter dan in Duitsland. Ook de interpretatie van de voorwaarden voor faillissementspauliana verschillen. Hierna gaan we nader in op de zogeheten ‘Vorsatzanfechtung’ (vernietiging bij opzet) volgens Duits recht.

Opzettelijk

De Vorsatzanfechtung is beschreven in artikel 133 van de Insolvenzordnung, de Duitse faillissementswet. Om hier een beroep op te kunnen doen is het in principe vereist dat de schuldenaar zijn zakenpartner heeft betaald met de bedoeling om zijn andere schuldeisers te benadelen, én dat de za-

kenpartner daarvan op de hoogte was. Een Vorsatzanfechtung is mogelijk voor betalingen die binnen de laatste vier jaren vóór de faillissementsaanvraag hebben plaatsgevonden. Op het eerste gezicht lijkt dit niet bijzonder relevant voor de praktijk, want de bewijslast lijkt nogal zwaar. Maar ‘opzettelijke benadeling’ moet niet worden opgevat als een doelgericht plan van de schuldenaar. De letter van de wet wordt wat vrijer geïnterpreteerd. Het is vaak al voldoende als de schuldenaar het voor mogelijk houdt dat een benadeling van schuldeisers zich voordoet en tóch de betaling doet.

Kiezen

In de praktijk wordt een opzettelijke benadeling van de schuldeisers vrij snel aangenomen. Bijvoorbeeld als een ondernemer de ene schuldeiser wel betaalt, terwijl hij weet dat hij daardoor andere schuldeisers (voorlopig) niet kan betalen. Veel ondernemers kiezen aanvankelijk helemaal niet bewust voor deze benadeling. Zij denken dat ze hun onderneming zo nog voor een faillissement kunnen ‘behoeden’. Dit maakt echter juridisch niets uit. Uit elke betaling, die op zichzelf het onvermogen inhoudt om andere schuldeisers te betalen, kan een opzettelijke benadeling van schuldeisers worden afgeleid. Dit leidt er in de praktijk toe dat nagenoeg elke schuldenaar die in betalingsproblemen verkeert en toch betalingen verricht aan bepaalde schuldeisers, een opzettelijke benadeling van andere schuldeisers kan worden verweten.

Betalingssonmacht

Voor een succesvolle faillissementspauliana moet het daarnaast dus ook zo zijn

dat de schuldeiser die wél een betaling ontvangt wist dat de schuldenaar op deze manier andere schuldeisers zou benadelen. Ook dit lijkt op het eerste gezicht geen groot risico. Maar de praktijk is anders. De Duitse wet gaat er namelijk vanuit dat de schuldeiser op de hoogte is van deze opzettelijke benadeling als hij weet dat de schuldenaar in betalingssonmacht dreigt te raken. De wet veronderstelt dat een schuldenaar betalingssonmachtig is wanneer hij zijn betalingen staakt. Het Bundesgerichtshof (BGH, de hoogste Duitse rechter) stelt dat het niet betalen van één enkele aanzienlijke vordering al voldoende kan zijn om te veronderstellen dat een schuldenaar betalingssonmachtig is.

Verweren

Ook over de vraag wanneer een schuldeiser op de hoogte is, heeft het BGH zich uitgelaten. In de regel is het niet voldoende van een openstaande vordering gedurende meerdere maanden al voldoende om te moeten veronderstellen dat de schuldenaar op de hoogte was van de (dreigende) betalingssonmacht en daarmee van de opzettelijke benadeling van de schuldeisers door de schuldenaar. In de praktijk betekent dit dat bij elke grotere en aanzienlijke betalingsvertraging van een schuldenaar moet worden verondersteld dat de schuldeiser op de hoogte is van diens betalingssonmacht en dus van de opzettelijke benadeling van de schuldeisers. Om u te kunnen verweren tegen faillissementspauliana moet u enerzijds weten aan welke bewijslast u moet voldoen. En anderzijds is het essentieel dat u tijdens de lopende zakelijke relatie alle documenten

goed bijhoudt en bewaart, omdat de betwiste betaling dus tot wel vier jaar in het verleden kan liggen.

In principe is het aan de curator om te bewijzen dat aan alle voorwaarden voor de faillissementspauliana wordt voldaan. Zoals gezegd zal de curator niet veel moeite hebben om de opzettelijke benadeling aan te tonen. Als de curator vervolgens ook nog kan bewijzen dat de openstaande vorderingen gedurende meerdere maanden niet betaald zijn, wordt het penibel. De verweerder moet dan aantonen waarom desondanks toch niet kan worden verondersteld dat hij wist van de betalingssonmacht van de schuldenaar.

Documentatie

Als een Duitse schuldenaar niet meer betaalt, is het daarom voor u als zakenpartner belangrijk om alles te documenteren wat kan aantonen dat er geen sprake is van betalingssonmacht bij de schuldenaar. En om daarnaast elke handeling achterwege te laten die tot een dergelijke vaststelling zou kunnen leiden. Nuttig zijn bijvoorbeeld e-mails waarin de schuldenaar concreet ingaat op een betalingsverzoek van de schuldeiser en bezwaar aantekent tegen de vordering. In de regel hoeft de schuldeiser dan niet uit te gaan van betalingssonmacht, maar kan hij aannemen dat de schuldenaar niet betaalt omdat hij vindt dat de vordering niet gerechtvaardigd is.

Als u lucht krijgt van een mogelijk faillissement is misschien uw eerste neiging om er alles aan te doen om uw vordering alsnog betaald te krijgen. Maar in het licht van de Vorsatzanfechtung is dat niet handig. Alle documentatie die erop duidt dat de schuldeiser twijfelde aan de solvabiliteit van de schuldenaar is contraproductief. Documenten als negatieve kredietwaardigheidsinformatie, brieven waarin u dreigt met gerechtelijke stappen of de verkrijging van een executoriale titel tegen de schuldenaar.

Weet schuldeiser van opzettelijke benadeling?

Een curator van een failliete onderneming daagde een makelaar in commercieel vastgoed voor de rechter. De curator eiste betalingen van de makelaarscourtage terug. De schuldenaar had aanvankelijk een deel van de courtage betaald. Daarop stuurde de makelaar een aanmaning en liet een advocaat dreigen met gerechtelijke stappen. Uiteindelijk werd een rechterlijk bevel tot betaling uitgevaardigd tegen de schuldenaar. Naar aanleiding daarvan deed de schuldenaar deelbetalingen. Het BGH moest vaststellen of de schuldeiser wist dat de schuldenaar was gestopt met betalen. Volgens het BGH was dat

inderdaad zo. Want deze schuldeiser had een aanzienlijke vordering die al meer dan negen maanden opeisbaar was, waarbij de schuldenaar bovendien bleef zwijgen, ondanks een aanmaning en de dreiging van gerechtelijke stappen. Pas toen er een gerechtelijk bevel lag, kwam de schuldenaar in beweging en bood aan om uit de lopende bedrijfsvoering deelbetalingen te doen. Als gevolg moest in dit geval aangenomen worden dat schuldeisers opzettelijk benadeeld waren. De courtage zou dan dus opeisbaar zijn.

Dit arrest is te vinden onder zaaknummer BGH 18.1.2018 – IX ZR 144/16.

Voortekenen dat schuldenaar niet meer betaalt

Een curator van een failliet glazenwassers- en schoonmaakbedrijf daagde een belastingdienst van een Duitse deelstaat voor de rechter. Hij eiste een belastingteruggave op basis van een Vorsatzanfechtung. De onderneming liep geruime tijd vóór de faillietverklaring meerdere malen een betalingsachterstand op bij de belastingdienst.

Vraag was of de belastingdienst wist van de betalingsproblemen. Het BGH besliste dat verondersteld mag worden dat de schuldenaar zijn betalingen heeft gestaakt, als hij een aanzienlijk deel van de

opeisbare verplichtingen niet betaalt. Dat kan blijken uit een overzicht van betaalde en openstaande verplichtingen, maar ook uit indirecte feiten. Dat zijn volgens het BGH niet alleen non-betalingen, maar ook trage betalingen, steeds weer nieuwe betalingsachterstanden, en openstaande vorderingen die gezien de bedrijfsomvang van de schuldenaar een aanzienlijk bedrag vormen. In het geval van de glazenwasser zou dan dus aangenomen moeten worden dat de betaling gestopt was.

Dit arrest is te vinden onder zaaknummer BGH 30.6.2011 – IX ZR 134/10.

In alle gevallen geldt dat u zich niet moet laten intimideren door een sommatie van een Duitse curator. Slechts in een klein aantal gevallen is een faillissementspauliana zodanig goed onderbouwd dat een verweer daartegen al bij voorbaat kansloos lijkt. Zorg dus altijd dat u eerst juridisch

advies inwint, en betaal niet zomaar het betwiste bedrag.

Susanne Hermsen-Pfeiffer en Ann-Katrin Praus, advocaten bij de German Desk van Dirkzwager legal & tax, e-mail: hermsen@dirkzwager.nl en praus@dirkzwager.nl