

Er is ophef, ja lichte paniek, ontstaan over vorderingen van Duitse curatoren tegen Nederlandse crediteuren. Het lijkt er op, dat het faillissement van een GmbH automatisch leidt tot terugvordering van al het geld dat de laatste tien jaar onder een betalingsregeling geïncasseerd is.

Betalingsregeling en faillissement van een GmbH

Zwarte Pieten met crediteuren

Angst is een slechte raadgever. Paniek een nog slechtere. Dus laten we kijken wat er nu werkelijk aan de hand is¹. Het klopt, dat er de laatste tijd een opmerkelijk aantal Nederlandse ondernemingen vorderingen van Duitse curatoren, Insolvenzverwalter, te verduren krijgt. Wat deze zaken gemeen hebben is dat een GmbH, de Duitse BV, haar rekeningen niet op tijd betaalde, er uitstel van betaling verleend is door de crediteur en er vervolgens een betalingsregeling is getroffen en dat de GmbH op een gegeven moment daarna failliet is gegaan.

Hoe kan het zijn, dat geld dat voor een erkende schuld betaald werd, teruggevorderd wordt? Zelfs als al jaren geleden aan de betalingsregeling voldaan werd. En waarom is er nu opeens een vloed van zulke terugvorderingen?

Sinterklaas gespeeld

Er is geen Duitse wetswijziging geweest, die deze vloed verklaart. Een verklaring biedt het arrest van de Bundesgerichtshof, BGH, de Duitse Hoge Raad; het Nikolaus-Urteil van 6 december 2012. De BGH heeft Sinterklaas gespeeld voor de curator van de failliete boedel en de Zwarte Piet doorgespeeld aan crediteuren, die in de tien jaar voorafgaand aan het faillissement middels een betalings-



regeling hun vordering betaald hebben gekregen. De Duitse rechter ziet dat natuurlijk niet als een cadeautje. Het arrest heeft de bijnaam Nikolaus-Urteil gekregen simpelweg omdat het op 6 december het licht zag. Het betrof een tamelijk schrijnend geval van wanhopige pogingen van een GmbH het hoofd boven water te houden met tal van, niet nagekomen, betalingsregelingen. Dat dit arrest voor elke betalingsregeling zou moeten gelden, valt te betwijfelen.

In Nederland is vergeleken met andere landen waarschijnlijk zoveel ophef ontstaan, omdat Nederlandse ondernemingen relatief vaak uitstel van betaling verlenen. Nederlanders blijven sowieso te lang in de buitengerechtelijk incasso hangen², maar dit terzijde.

Faillissementshorizon in Duitsland dichterbij

In Nederland is men verrast over de consequenties van het Duitse faillissementsrecht. De surprise ligt in de regel, dat zodra een GmbH Zahlungsunfähig is, dat wil zeggen geen liquide middelen meer heeft om haar opeisbare schulden te betalen, de Geschäftsführer (bestuurder) verplicht is zelf het faillissement van de GmbH aan te vragen. Als hij dat niet op tijd doet, dan is hij persoonlijk civiel- en strafrechtelijk aansprakelijk. De 'lege BV' bestaat in Duitsland als dagelijks fenomeen niet. Een lege GmbH duidt in principe op oplichting.

Als een GmbH uitstel van betaling of een betalingsregeling wil hebben, is de kans groot, dat zij zo krap in haar liquide middelen zit, dat de Geschäftsführer zonder dat uitstel het faillissement van zijn GmbH zou moeten aanvragen. Betaling verkrijgen in het zicht van faillissement kan de ene schuldeiser boven de andere bevoordelen. Dat is een doorbreking van het aloude beginsel van paritas creditorum. De curator kan een betaling gedaan in het zicht van faillissement met de al even oude actio pauliana voor ongeldig verklaren en van de crediteur terugvorderen. Dat geldt naar Duits recht en naar Nederlands recht. Met één belangrijk ver-

schil: in Duitsland is de faillissementshorizon veel dichterbij dan in Nederland.

Vergelijken we de Duitse en Nederlandse "actio pauliana":

“Verdedig je met hand en tand tegen claims van Insolvenzverwalter.”

Art. 47

Faillissementswet

De voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld kan alleen dan worden

vernietigd, wanneer 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. en

§ 133 Insolvenzordnung

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Uw Duits is waarschijnlijk goed genoeg³ om vast te stellen, dat deze twee bepalingen in essentie niet veel verschillen. Een betaling die verricht is als gevolg van onderling overleg, die erop gericht was andere schuldeisers te benadelen, kan na faillissement teruggevorderd worden.

Failliete boedel spekken

Welke verandering heeft het Nikolaus-Urteil gebracht? Betalingsregelingen in de drie maanden voorafgaand aan het faillissement werden al vele jaren door ongeldigheid bedreigd. Het Nikolaus-Urteil heeft de rode zone van § 132 Insolvenzordnung, die een termijn van drie maanden kent, uitgebreid naar §133, die betalingsregelingen van de laatste 10 jaar aanvechtbaar maakt.

1 De aftrap: een artikel d.d. 13 oktober 2014 in het FD „Nederlandse ondernemers verstrikt in Duits faillissementsrecht“

2 In Duitsland gaat men veel sneller over tot het gerechtelijk incasseren door middel van het Mahnverfahren, zie www.mmrecht.com/inkasso. Als Nederlandse crediteur vis je achter het net, als je daarin niet meegaat. De proceskosten zijn in Duitsland wezenlijk lager en moeten door de debiteur als verliezende partij betaald worden.

3 Voor een vertaling van §133 Insolvenzverordnung zie www.mmrecht.com/inkasso/faillissement.php





Een arrest van 6 december 2012 is niet echt een recente ontwikkeling te noemen, maar blijkbaar heeft het een tijdje geduurd totdat het usance bij de Duitse curatoren, Insolvenzverwalter, werd, betalingsregelingen standaard aan te vechten. Want daar heeft het alle schijn van: onafhankelijk van wat er werkelijk gebeurd is, lijken de Insolvenzverwalter nu altijd te proberen hun failliete boedel via § 133 Insolvenzordnung te spekken met zuurverdiend en met moeite geïncasseerd crediteurengeld. Wellicht is een verklaring daarvoor te vinden in de aansprakelijkheid van de Duitse curator. Het is één van de meest riskante jobs, die je als Duitse advocaat kunt doen. Aansprakelijkheid ligt altijd op de loer. Niet voor niets moet je er een extra beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor nemen. Dus de Insolvenzverwalter kan maar beter proberen terug te vorderen, om niet achteraf het verwijt te krijgen dat hij niet genoeg zijn best voor de boedel gedaan heeft.

Argumenten ter verdediging

Maar hoe moet je je als crediteur tegen zo'n vordering verdedigen? Kun je je tegen zo'n vordering verdedigen? Wel degelijk! Verdedig je met hand en tand tegen zo'n claim van een Insolvenzverwalter. Hoe? Met elk argument, dat je in de omstandigheden kunt vinden, met name ook in het tijdsverloop en het wel en wee van de GmbH in de periode tussen de laatste termijnbetaling en het faillissement. Is het de GmbH tussen de betalingsregeling en het faillissement korte of langere tijd financieel beter gegaan? Is er werkelijk sprake van benadeling van andere schuldeisers? Is er sprake van opzet?

Er zijn suggesties gedaan dat de Nederlandse crediteur door Art. 13 van de EU Insolventieverordening⁴ gered zou kunnen worden. Daarin staat dat er niet teruggevorderd kan worden als het Nederlandse recht in het gegeven geval niet voorziet in de mogelijkheid om die betalingsregeling te bestrijden. De Duitse rechter, die volgens het EU Hof⁵ op grond van Art. 3, lid 1 bevoegd is en waar een Duits curator zijn heil zal proberen te vinden, zal naar mijn inschatting, met dit argument korte metten maken. Ook het Nederlands recht kent in art. 47 Faillissements-

wet de mogelijkheid van terugvordering van termijnbetalingen, en dat met een regel van verrassend gelijke strekking. Dat faillissement in Duitsland sneller komt dan een Nederlandse crediteur verwacht – zal dat de Duitse rechter overtuigen? Ik betwijfel het. En waarom zou een actio pauliana wel tegen een Duitse crediteur maar niet tegen een Nederlandse crediteur mogen slagen? Is dat niet een doorbreking van de Europese paritas creditorum? Het EU-Hof zou wel eens korte metten met art. 13 Insolventieverordening kunnen maken (met dank voor deze observatie aan mijn DBLA confrère in Parijs, Mr. Jeroen Luchtenberg).

Conclusie

Is de conclusie dat ik geen uitstel van betaling moet verlenen en geen betalingsregelingen meer zou moeten aangaan met Duitse debiteuren? Als je je geld direct kunt krijgen, is dat natuurlijk te verkiezen. Maar de keuze tussen geen geld en een betalingsregeling lijkt duidelijk. Dan maar het risico lopen dat er later een terugvordering komt.

De ophef is begrijpelijk, maar paniek is niet op zijn plaats. Voor degenen bij wie Zwarte Piet al heeft aangeklopt: deel hem mede dat hij in Nederland niet meer welkom is. Voor degenen die nu een vordering tegen een GmbH hebben: incasseren, mits daarmee geen benadeling van andere schuldeisers beoogd wordt. ■

⁴ 1346/2000

⁵ Seagon/Deko, Arrest 12 februari 2009

DBLA-serie

Dit artikel is de derde in een serie van tien artikelen die geschreven worden door verschillende leden van de Dutch Business Lawyers Abroad (DBLA). DBLA is een uniek samenwerkingsverband van onafhankelijke Nederlandse advocaten en juristen in het buitenland. Voor meer informatie: www.dbla.nl

► **Murk Muller** is advocaat en Rechtsanwalt te Berlijn en lid van Dutch Business Lawyers Abroad (DBLA).

