

## RO 2013/50: Bestuurdersaansprakelijkheid. Selectieve betaling. Zijn de bestuurders persoonlijk aansprakelijk in verband met selectieve betaling en/...

Instantie:	Rechtbank Noord-Nederland	Datum:	24 april 2013
Magistraten:	Mrs. Th.G. Lautenbach, H.J. Idzenga, M. Sanna	Zaaknr:	C/17/117378 / HA ZA 12-16
Conclusie:	-	LJN:	BZ8656
Noot:	-	Roepnaam:	Van Oord Handel en Transport
Brondocumenten: ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ8656, Uitspraak, Rechtbank Noord-Nederland, 24-04-2013			

Wetingang: Art. 6:162 BW

Brondocument: Rb. Noord-Nederland, 24-04-2013, nr C/17/117378 / HA ZA 12-16

### Essentie

[Naar boven](#)

Bestuurdersaansprakelijkheid. Selectieve betaling.

Zijn de bestuurders persoonlijk aansprakelijk in verband met selectieve betaling en/of betalingsonwil?

### Samenvatting

[Naar boven](#)

Van Oord Handel en Transport B.V. ("Van Oord") heeft een vordering ingesteld tegen (onder andere) de (indirect) bestuurders van Granet Grondstoffen B.V. ("Granet"). Van Oord heeft als onderaannemer van Granet meegewerkt aan een project; in verband met deze werkzaamheden heeft Van Oord facturen gestuurd aan Granet.

De activa van Granet zijn verkocht aan een andere vennootschap. Na die overdracht heeft Granet geen inkomsten meer gegenereerd.

Van Oord heeft beslag gelegd ten laste van Granet, een kort geding en bodemprocedure gevoerd om betaling van haar openstaande facturen ad € 441.380,34 te verkrijgen. Dit alles zonder succes. Granet is op 1 mei 2012 in staat van faillissement verklaard.

Van Oord heeft zich in dit geding op het standpunt gesteld dat sprake is geweest van selectieve betaling. Voorts heeft Van Oord gesteld dat sprake is geweest van betalingsonwil en niet van betalingsonmacht. Ten slotte heeft Van Oord naar voren gebracht dat sprake is geweest van onvoorwaardelijke toezeggingen om de vorderingen van Van Oord te voldoen, welke toezeggingen niet zijn nagekomen.

Rb.: Het staat een bestuurder in beginsel vrij om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan. De rechtbank is van oordeel dat geen sprake is van een situatie waarin de bestuurders om principiële redenen consequent hebben verhinderd dat de vennootschap tot betaling van een bepaalde crediteur overging. Niet is komen vast te staan dat de bestuurders van Granet coute que coute wilden voorkomen dat Van Oord nog enige betaling zou ontvangen van Granet.

De stelling van Van Oord dat door de verkoop van de activiteiten een sterfhuis is gecreëerd waardoor betalingsonmacht is ontstaan, is niet komen vast te staan.

De rechtbank heeft verder overwogen dat ongelijke behandeling van crediteuren in beginsel onrechtmatig is bij voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling, tenzij deze handelwijze door bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd. Uit de feiten heeft de rechtbank niet kunnen vaststellen dat hiervan sprake is geweest.

### Zie ook

[Naar boven](#)

Zie ook:

Bestuurdersaansprakelijkheid algemeen:

- HR 8 december 2006, RO 2007/12, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen);

- HR 18 februari 2000, NJ 2000/295 (New Holland/Belgium);

#### Selectieve betaling:

- Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, RO 2010/26;
- Rb. Arnhem 4 november 2009, RO 2010/12 (Holla Poelman van Leeuwen Advocaten N.V. / Stegeman);
- C. Rijckenberg, Selectieve betalingen tijdens de verdachte periode voor faillissement, in: De bewindvoerder, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 44, Deventer:Kluwer, 2008, p. 239-268

#### Betalingsonwil:

- HR 26 maart 2010, RO 2010/39 en JOR 2010/127;
- HR 3 april 1992, NJ 1992/411 (Van Waning/Van der Vliet);
- Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2009, RO 2010/21.

## Wenk

Naar boven

### Wenk:

De rechtbank Noord-Nederland heeft zich gebogen over een bestuurdersaansprakelijkheidszaak. Een contractspartij, Van Oord, heeft een substantieel deel van haar vordering op Granet Grondstoffen B.V. niet voldaan gekregen. In beginsel is de vennootschap (als contractspartij) aansprakelijk voor deze vordering, maar nu betaling is uitgebleven, en Granet inmiddels failliet is, tracht Van Oord betaling te verkrijgen van de (indirect) bestuurders van Granet. Hiervoor heeft Van Oord diverse mogelijke grondslagen aangegrepen: selectieve betaling, betalingsonwil en niet nagekomen toezeggingen om de vordering van Van Oord alsnog te voldoen. Voordat die grondslagen worden besproken, kan in algemene zin worden opgemerkt dat de rechtbank de verschillende grondslagen niet systematisch heeft besproken. Het was de leesbaarheid van het vonnis ten goede gekomen als het algemene kader voor bestuurdersaansprakelijkheid voorop was gesteld en de verschillende verwijten vanuit dat kader waren besproken en getoetst. Voorop dient immers te worden gesteld dat de vennootschap de contractspartij van Van Oord was en dat zij in beginsel de aansprakelijke partij was. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan ruimte bestaan voor bestuurdersaansprakelijkheid. Bij de beantwoording van de vraag of de bestuurder persoonlijk onrechtmatig handelt, moet worden gekeken naar de vereisten van art. 2:9 BW (verplichting tot behoorlijke taakuitoefening).

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient een onderscheid te worden gemaakt van twee verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid: 1. de bestuurder ging namens de rechtspersoon een verplichting aan, terwijl hij wist of redelijkerwijs moest weten dat de rechtspersoon niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en onvoldoende verhaal zou bieden (de zogenaamde Beklamel-gevallen) en 2. de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Selectieve betaling ziet op de betaling van bestaande (al dan niet opeisbare) vorderingen na een zeker peilmoment. Voorop dient te worden gesteld dat selectieve betaling in beginsel niet onrechtmatig is. Onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat een bestuurder die weet dat de vennootschap in ernstige problemen verkeert, zijn eigen vordering op de vennootschap (of die van gelieerde vennootschappen) wel en de vorderingen van andere crediteuren niet voldoet. Een ander voorbeeld van mogelijke selectieve betaling is het onbetaald laten van een enkele crediteur, terwijl de overige crediteuren hun vordering wel voldaan krijgen.

In de rechtspraak is aangenomen dat het bij selectieve betaling gaat om betaling van bestaande vorderingen na een bepaald peilmoment. In deze uitspraak heeft Van Oord niet duidelijk gemaakt, en de rechtbank heeft in haar overwegingen ook geen aandacht besteed aan de vraag vanaf welke datum het gedaagden niet langer vrijstond naar eigen inzicht crediteuren te betalen en de rangorde van schuldeisers in acht genomen diende te worden. Wel heeft de rechtbank uitgebreid in haar overwegingen betrokken hoe de positie van de bank in elkaar stak en dat – gelet op die positie van de bank en haar verschillende zekerheidsrechten – geen andere mogelijkheden bestonden voor Granet dan het betalen van de bank. De rechtbank heeft, wellicht om praktische redenen, de peildatum buiten beschouwing gelaten en gemotiveerd dat – als er al sprake was geweest van een situatie waarin met de positie van de schuldeisers rekening gehouden had moeten worden – de bank betaald had moeten worden en Van Oord slechts een concurrente crediteur was.

Bij selectieve betaling is overigens van belang dat de bestuurder een actieve rol moet hebben gehad hierbij de selectieve betaling. In deze procedure was sprake van een groot aantal (indirecte) bestuurders; over hun individuele rol en betrokkenheid heeft Van Oord echter niets naar voren gebracht, terwijl dit wel op haar weg had

gelegen. Het is opvallend dat in deze uitspraak zeer weinig aandacht is voor het concrete handelen van bestuurders dat tot persoonlijke aansprakelijkheid zou moeten leiden; dit wordt vermoedelijk veroorzaakt door de (beperkte) stellingen van eiser.

Het leerstuk betalingsonwil vindt zijn grondslag in het arrest Van Waning/Van der Vliet. In die zaak was de vraag aan de orde of het niet betalen door de vennootschap van een schuld werd veroorzaakt door onwil aan de zijde van de bestuurder/enig aandeelhouder van die vennootschap. De Hoge Raad oordeelde dat het enkele feit dat voorshands niet aannemelijk is geworden dat de vennootschap tot betaling in staat is, niet de conclusie kan rechtvaardigen dat geen sprake is van onwil van de bestuurder. De betalingsonmacht van de vennootschap kan immers gepaard gaan met en zelfs haar oorzaak vinden in betalingsonwil van de bestuurder. In deze procedure gaat het over een vennootschap die haar activiteiten aan een derde partij heeft overgedragen, een vennootschap die bovendien het nodige met haar bank had af te wikkelen (welke bank door allerlei zekerheidsrechten een sterke positie had) en voorts een vennootschap die afspraken met de bank had gemaakt die ongunstige uitpakten (de rente swaps). Al met al heeft dit alles uiteindelijk tot het faillissement van de vennootschap geleid. Anders gezegd: de vennootschap was niet tot betaling in staat, waarna de vraag opkomt of dit was te wijten aan betalingsonwil. Dat een crediteur niet voldaan wordt, komt vaker voor en is op zichzelf genomen niet voldoende om onwil aan te tonen. Er dient sprake te zijn van onwil bij de bestuurder om een specifieke crediteur te voldoen. Of Van Oord in die categorie kan worden geplaatst, wordt uit het feitenkader niet duidelijk. De rechtbank heeft in deze uitspraak een maatstaf aangelegd die inhoudt dat het moet gaan om een situatie waarin de bestuurders om principiële redenen consequent hebben verhinderd dat de vennootschap tot betaling van een bepaalde crediteur overging. Dit is een maatstaf die niet haar oorsprong vindt in andere jurisprudentie, maar die wel werkbaar is; dit kader geeft immers aan dat er meer aan de hand moet zijn dan een teleurgestelde koper.

Dat Van Oord het gevoel heeft dat Granet haar op de één of andere manier niet juist heeft behandeld, is begrijpelijk. Het moet buitengewoon onbevredigend zijn voor Van Oord om na een dergelijk project met een grote onverhaalbare vordering achter te blijven. Maar voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders bestaat nu eenmaal een hoge drempel. Zonder concrete feiten of omstandigheden is het lastig een dergelijke vordering met succes in te stellen.

## Partij(en)

Naar boven

Van Oord Handel en Transport BV, te Venray, eiseres, adv. mr. I.J.A.J. Hanssen,  
tegen

1. Spikerboor Beheer BV, te Akkrum,
2. Becono Beheer BV, te Drachten,
3. B Beheer BV,,
4. C Beheer BV,
5. VK Holding BV, te Nijehaske,
6. D Holding BV,
7. D Beheer BV,
- 8.

VGA Holding BV, te Wirdum,

9. F Realisatie BV,
10. F Tjerkwerd Holding BV te Tjerkwerd,
11. de heer A,
12. de heer B,
13. de heer C,
14. de heer D,
15. de heer E,
16. de heer F, gedaagden, adv. mr. M.D. Kalmijn te Leeuwarden.

Partijen zullen hierna Van Oord en (gezamenlijk) Spikerboor c.s. genoemd worden.

## Uitspraak

Naar boven

Rechtbank:

(...)

## 2. De feiten

- 2.1. Van Oord is een handels-, transport en overslagbedrijf.
- 2.2. De besloten vennootschap Granet Grondstoffen BV (hierna: Granet) hield zich bezig met in- en verkoop van beton, weg- en waterbouwmaterialen.
- 2.3. Enig aandeelhouder van Granet was gedaagde sub 1, de besloten vennootschap Spikerboor Beheer BV (hierna: Spikerboor).
- 2.4. Gedaagden sub 11 tot en met 16 (hierna: respectievelijk: A, B, C, D, E en F) zijn via diverse (beheers)vennootschappen middellijk bestuurder van Spikerboor.
- 2.5. In 2008 heeft Spikerboor ter financiering van haar ondernemingsactiviteiten en die van haar dochtervennootschappen diverse pand- en hypotheekrechten gevestigd ten behoeve van de Rabobank Sneek-Zuidwestfriesland (hierna: de Rabobank). In verband met die financiering zijn zogenaamde SWAP-contracten afgesloten. Dit zijn geldleningen met een variabele rente op basis van het zogeheten Euribor-tarief.
- 2.6. Eind 2010 kreeg Granet van de besloten vennootschap Feniks Recycling BV (hierna: Feniks) opdracht om een project uit te voeren. Granet heeft Van Oord daarbij als onderaannemer ingeschakeld.
- 2.7. In de periode van 29 april 2011 tot en met 17 augustus 2011 heeft Van Oord diverse facturen aan Granet verzonden. De facturen zijn door Granet zonder protest behouden. Op 17 augustus 2011 heeft Granet een bedrag van € 250.000,- aan Van Oord betaald.
- 2.8. In de periode van mei 2011 tot en met begin juli 2011 heeft Spikerboor onderhandeld met de besloten vennootschap Theo Pouw BV (hierna: Theo Pouw) over een overname door Theo Pouw van de activa van Spikerboor. Tot die activa behoorde onder meer het vrachtschip "MS Granet". De koopsom bedroeg € 3.500.000,- exclusief BTW. De leveringsdatum werd vastgesteld op 1 september 2011.
- 2.9. Bij e-mail van 3 augustus 2011 aan de Rabobank heeft X geschreven, voorzover van belang:  
"Ik heb zonet de betalingen voor spikerboor en granet er weer ingezet, maar ze zijn uitgesteld. Kunnen jullie deze accorderen?"
- 2.10. Bij brief van 30 augustus 2011 heeft de Rabobank aan de passerend notaris het volgende meegedeeld:  
"(...) Bijgevoegd vindt u een overzicht van onze vorderingen per 31 augustus 2001 op debiteurs:  
Spikerboor Beheer BV (...)  
Granet Grondstoffen BV (...)  
RIN recycling BV (...)  
T.A.R. (...)  
De door de debiteur aan de bank in totaal verschuldigde geldsom dient te worden voldaan op 31 augustus 2001. De bank ontvangt graag de totale opbrengst, groot € 3.500.000 minus uw notariskosten. De verschuldigde vergoeding dient bij voldoening van voormelde geldsom te worden voldaan.  
(...)  
Het krediet op rekeningnummer (...) en (...) zal bij voldoening worden beëindigd respectievelijk ingeperkt.  
(...)  
De totale geldsom zien wij graag tegemoet op ons rekeningnummer (...) onder vermelding van algehele aflossing Spikerboor B.V. c.s. (...)  
(...)  
Overzicht vorderingen  
(...)  
Interest Rate Swap Euro nog te bepalen  
Interest Rate Swap Euro nog te bepalen"
- 2.11. Op 30 augustus 2011 heeft Van Oord conservatoir derdenbeslag laten leggen op de MS Granet.
- 2.12. In een brief van 30 augustus 2011 van Granet (opgesteld door Z, destijds feitelijk bestuurder van

Granet) aan Van Oord staat het volgende vermeld:

"(...)

Betreft: beslagleggingen d.d. 30-8-2011

Hierbij bevestigen wij de volgende afspraken welke wij heden 30 augustus 2011 met mij, Z, zijn gemaakt. Teneinde alle beslagleggingen door Van Oord Handel en Transport B.V. welke heden 30 augustus 2011 hebben plaatsgevonden, bevestigen onderstaande partijen het volgende te zijn overeengekomen:

Granet Grondstoffen B.V. betaalt per heden € 100.000 ten gunste van van Oord Handel en Transport B.V., waarna alle beslagleggingen door van Oord Handel en Transport B.V. bij Granet Grondstoffen B.V per direct worden opgeheven.

Tevens verklaar ik en mijn hieronder vermelde aandeelhouders, dat wij u alle resterende facturen, na controle op correctheid en juistheid door mij en A, zullen worden betaald aan van Oord Handel en Transport, zodra Feniks B.V. ons heeft betaald.

Hoogachtend,

Z

mede ondertekend door de volgende partijen:

Becono Beheer B.V. VGA Holding B.V. F Realisatie B.V.

B D F

(...)"

De brief is ondertekend door B, D en F.

- 2.13. Op 1 september 2011 heeft Z namens Granet een bevestiging van gemaakte afspraken opgesteld met de volgende inhoud:

"Amsterdam, 1 September 2011.

Geachte heer M en N

Hierbij bevestigen wij de volgende afspraken welke heden 31 augustus 2011 met mij Z zijn gemaakt. Teneinde alle beslagleggingen door Van Oord Handel en Transport BV welke 30 augustus 2011 hebben plaatsgevonden, op te heffen, bevestigen onderstaande partijen het volgende te zijn overeengekomen.

Granet Grondstoffen betaalt heden 175.000 euro op de bankrekening van Van Oord Handel en Transport BV, waarna Van Oord Handel en Transport BV opdracht zal geven aan de deurwaarder het beslag op het binnenvaartschip op te heffen. Daarbij zij aangegeven dat het beslag op het binnenvaartschip op zijn vroegst morgen 1 september 2011 kan worden uitgeschreven. Dit omdat het kadaster doorhalingen die worden doorgegeven na 15.00 uur de volgende dag pas inschrijft. De twee andere beslagen onder de Rabobank en Feniks BV zullen na betaling van eerstgenoemd bedrag direct door de advocaat van Van Oord Handel en Transport BV worden opgeheven.

Tevens verklaar ik namens Granet SV dat wij alle resterende facturen, na controle op correctheid en juistheid uiterlijk woensdag woensdag 7 september 2011 zullen betalen aan Van Oord Handel en Transport BV. Voor de betaling van deze facturen staan de hieronder vermelde aandeelhouders hoofdelijk in.

Hoogachtend,

De heer Z

Mede ondertekend door de volgende partijen:

Becono Beheer BV

B

VGA Holding BV

D

F Realisatie BV

F

Voor akkoord: Van Oord Handel en Transport BV

M

N"

De bevestiging is ondertekend door Z, M en N.

- 2.14. Per 1 september 2011 heeft Theo Pouw de activiteiten van Granet geheel overgenomen. Vanaf die datum heeft Granet geen inkomsten meer gegenereerd.
  - 2.15. Op 2 september 2011 is het onder 2.11 vermelde derdenbeslag op de MS Granet na overleg tussen partijen opgeheven.
  - 2.16. Bij dagvaarding van 12 september 2011 heeft Van Oord Granet in een bodemprocedure gedagvaard en veroordeling van Granet verzocht voor de betaling van € 441.380,34. Granet is bij verstekvonnis van 11 januari 2012 dienovereenkomstig veroordeeld.
  - 2.17. Van Oord heeft bij dagvaarding van 15 september 2011 de onder 2.12. genoemde vordering tegen Granet ook in kort geding ingesteld. Bij vonnis in kort geding van 5 oktober 2011 is Granet in conventie veroordeeld om aan Van Oord te betalen een bedrag van € 350.000,-. In reconventie is het beslag op de MS Granet opgeheven. Het vonnis is op 6 oktober 2011 aan Granet betekend met een bevel om uiterlijk op 8 oktober 2011 te voldoen. Granet heeft niet aan dit vonnis voldaan.
  - 2.18. Op 19 september 2011 heeft Van Oord wederom beslag laten leggen onder Granet.
  - 2.19. Bij vonnis in kort geding van 12 oktober 2011 is Theo Pouw veroordeeld om de tussen Theo Pouw en Spikerboor gesloten koopovereenkomst na te komen. Spikerboor heeft deze vordering ingesteld omdat Theo Pouw daags voor 1 september 2011 aan Granet had meegedeeld de tussen die partijen gesloten koopovereenkomst niet te willen nakomen.
  - 2.20. Op 21 oktober 2011 heeft het transport plaatsgevonden inzake de verkoop van de activa door Granet aan Theo Pouw. De koopsom is via de passerend notaris op een tussenrekening van de Rabobank voldaan.
  - 2.21. De Rabobank heeft op 21 oktober 2011 een eindafrekening opgemaakt met betrekking tot de verkoop van de activa van Granet aan Theo Pouw. Daaruit bleek dat de onder 2.5. genoemde SWAP-contracten als gevolg van een extreme daling van het Euribor-tarief resulteerden in een negatief saldo van respectievelijk -/- € 274.300,- en -/- € 23.000,-. De eindafrekening sloot op een negatief totaalsaldo van -/- € 81.359,94. De afrekening vermeldt voorts nog het volgende:  
"(...) verrekening/huur  
waarborgsom Ritsma&Van de Weert B.V. € 5.000  
huur Ritsma&Van de Weert B.V. € 1.937,46  
huur VGA Holding B.V. € 1.589,40  
huur Gemeente Boarnsterhim € 288"
  - 2.22. Bij brief van 10 april 2012 heeft Van Oord Granet aangemaand tot betaling van een bedrag van € 300.254,95, zijnde het volgens die brief openstaande bedrag aan onbetaalde facturen.
  - 2.23. Op 1 mei 2012 is het faillissement van Granet uitgesproken.
3. De vordering
    - 3.1. Van Oord vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad: gedaagden hoofdelijk, te veroordelen aan Van Oord ten titel van schade te betalen een bedrag van € 441.380,34, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over dat bedrag vanaf 15 september 2011 tot aan de dag van algehele voldoening, alsmede een bedrag van € 4.959,05 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 8 oktober 2011 tot de dag van algehele voldoening en met hoofdelijke veroordeling van gedaagden in de kosten van de procedure.
    - 3.2. Spikerboor c.s. voert gemotiveerd verweer. Op de stellingen en weren wordt, voorzover van belang, hierna nader op ingegaan.
  4. Het geschil en de beoordeling
    - 4.1. Van Oord legt aan haar vordering ten grondslag dat Spikerboor c.s. (vanaf juli 2011) selectieve betalingen hebben gedaan doordat zij na verkoop van de activa van Granet slechts aan hunzelf, de bank en aan bevriende relaties/crediteuren betalingen hebben gedaan en het geld niet hebben aangewend om de vordering van Van Oord te voldoen oftewel het kort geding vonnis d.d. 5 oktober

2011 na te komen, waarbij Granet veroordeeld is een bedrag van € 350.000 aan Van Oord te betalen. Deze betalingen zijn onrechtmatig, aldus Van Oord, omdat Spikerboor c.s. wist althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat Granet daarmee haar verplichting uit het kort geding vonnis niet kon nakomen. Van Oord stelt dat sprake is geweest van betalingsonwil en niet van betalingsonmacht. Mocht dat laatste wel het geval zijn, dan heeft Spikerboor c.s. deze situatie zelf gecreëerd en dient deze dan ook voor haar rekening en risico te komen. Uit de aflosnota van de Rabobank van 20 oktober 2011 blijkt volgens Van Oord dat ten tijde van het betekenen van het vonnis het krediet € 560.000 was, welk krediet slechts voor een bedrag van € 100.000 was opgebruikt. Van Oord verwijt Spikerboor c.s. dat zij een sterfhuisconstructie heeft opgezet door de koopovereenkomst van 8 juli 2011 (een activa-transactie) te sluiten waardoor zij betalingsonmacht heeft gecreëerd. Ter staving van haar stelling beroept Van Oord zich onder meer op een verklaring van Z, een voormalig werknemer van Granet en vertegenwoordigingsbevoegd om namens Granet te handelen, van 23 november 2011. Van Oord is van mening dat het onrechtmatig handelen en de betalingsonwil voorshands bewezen is, zodat Spikerboor tegenbewijs moet leveren. Voorts stelt Van Oord dat de Rabobank geen crediteur was van Granet, gelet op de derdenverklaring van de Rabobank waaruit blijkt dat er tussen Granet en de Rabobank geen rechtsverhouding bestond. De kredietverlening vond plaats op geconsolideerde grondslag, hetgeen blijkt uit de hypotheekakte van 17 juli 2009; er was derhalve geen sprake van financiering c.q. afzonderlijke kredietovereenkomsten aan de afzonderlijke dochtermaatschappijen. Van Oord verwijt Spikerboor c.s. verder dat eind augustus 2011/begin september 2011 door haar onvoorwaardelijke toezeggingen zijn gedaan om Van Oord een bedrag van € 100.000/€ 175.000 te betalen en dat betaling van het restant zou volgen na betaling van de opdrachtgever Feniks. Deze toezegging is zij niet nagekomen. Feniks heeft Granet in de periode van mei – augustus 2011 in totaal een bedrag van meer dan 1,5 miljoen betaald, terwijl Van Oord op 17 augustus 2011 slechts een betaling van € 250.000 heeft ontvangen. Op of omstreeks augustus 2011 was Granet dus zeer wel in staat de openstaande facturen van Van Oord te voldoen. De koopovereenkomst is volgens Van Oord onverplicht gesloten nu niet blijkt dat de Rabobank bedreigd had de kredieten op te zeggen en te executeren. De omvang van de schade is volgens Van Oord niet € 350.000 maar € 441.380,34, het bedrag dat in de bodemprocedure bij verstekvonnis van 12 december 2012 is toegewezen.

- 4.2. Spikerboor c.s. betwist dat sprake is geweest van selectieve betalingen en dat de bestuurders van Granet een persoonlijk verwijt te maken is. Zij ontkent dat er sprake was van betalingsonwil omdat Granet gebonden was aan de Rabobank, die feitelijk aan de financiële knoppen draaide. Spikerboor c.s. stelt dat er wel een rechtsverhouding met de Rabobank was en dat Van Oord de derdenverklaring van de Rabobank verkeerd heeft geïnterpreteerd. De Rabobank heeft voor het vrijgeven van haar pandrechten en hypotheekrechten als voorwaarde gesteld dat de koopsom gestort zou worden op haar (tussen)rekening. Verder waren er financiële tegenvallers met de SWAP-contracten, die afgekocht moesten worden omdat de geldleningen waren afgelost. Deze SWAPS bleken later een sterk negatieve waarde te vertegenwoordigen. Over de betalingen die van Feniks in augustus 2011 op de rekening van de Rabobank binnenkwamen had Granet niet de vrije beschikking vanwege de zekerheidsrechten van de Rabobank. De Rabobank heeft vanaf het moment dat duidelijk werd dat de activa werden verkocht de kredieten ingeperkt en alle betalingen verrekend met de rekening-courant van Granet. Verder zijn vanaf eind augustus/begin september 2011 alle mogelijkheden om internetoverboekingen te doen door de Rabobank geblokkeerd. Spikerboor c.s. stelt dat het juist is dat er een aanbod is gedaan om aan Van Oord een bedrag van € 175.000 te betalen in verband met het door Van Oord gelegde beslag, omdat dit nodig was om zonder beslagen te kunnen leveren aan Theo Pouw. Het beslag is door Van Oord evenwel niet vanwege dit betalingsaanbod opgeheven maar vrijwillig omdat het beslag geen waarde had (bij executie zou alles bij gebreke aan overwaarde naar de bank gaan) en handhaving van het beslag misbruik aan de zijde van Van Oord zou opleveren en haar schadeplichtig zou maken. Verder stelt Spikerboor c.s. dat noch de belastingdienst noch de curator noch de eigen registeraccountant van Van Oord (die boekenonderzoek heeft gedaan in de periode dat Granet heeft getracht met alle schuldeisers tot een akkoord te komen) enige onregelmatigheid in de zin van selectief betalen of paulianeus handelen heeft geconstateerd.

- 4.3. De rechtbank stelt voorop dat het een bestuurder in beginsel vrijstaat op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan. Selectieve betaling zonder meer maakt nog niet toerekenbaar onrechtmatig handelen. Willen de bestuurders persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, dan moet hen een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt. Daarvan kan sprake zijn als het niet nakomen van de betalingsverplichting slechts voortkomt uit betalingsonwil, zoals Van Oord Spikerboor c.s. onder meer verwijt. Dit betoog kan slagen indien Van Oord stelt en, gelet op de gemotiveerde betwisting van Spikerboor c.s., bewijst dat Spikerboor c.s. als (middellijk) bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en er sprake is van een geobjectiveerde wetenschap van daadwerkelijk benadeling van een crediteur als gevolg van zijn handelwijze.
- 4.4. In casu is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een situatie waarin de bestuurders om principiële redenen consequent hebben verhinderd dat de vennootschap tot betaling van een bepaalde crediteur overging. Niet is komen vast te staan dat de bestuurders van Granet coûte que coûte wilden voorkomen dat Van Oord nog enige betaling zou ontvangen van Granet. Integendeel, er is een betaling gedaan van € 250.000 op 17 augustus 2011 op de totale factuur/vordering van Van Oord ter grootte van € 690.000 en voorts blijkt nergens uit dat Spikerboor c.s. niet wilde dat Van Oord betaald zou worden. Van Oord heeft aangevoerd dat door de koopovereenkomst op 8 juli 2011 te sluiten (een activa-transactie) een sterfhuisconstructie is opgetuigd, waardoor betalingsonmacht is gecreëerd. De rechtbank kan Van Oord hierin niet volgen omdat het sluiten van een dergelijke overeenkomst in beginsel behoort tot beslissingen die in het domein van de bestuurder liggen die een onderneming leidt, met de daarbij behorende risico's. Verder heeft Spikerboor c.s. onbetwist althans onvoldoende betwist aangevoerd dat, gelet op de marktomstandigheden, een goede verkoopprijs was overeengekomen, dat de insteek van de transactie was om de Rabobank te betalen (krediet aflossen) en dat de crediteuren betaald zouden worden met de debiteurenportefeuille en met wat zou resteren na aflossing van het krediet. Van Oord laat vervolgens na om aan te geven welk concreet persoonlijk verwijt Spikerboor c.s. in deze kan worden gemaakt. Dat het verwachtingspatroon achteraf onterecht bleek omdat er na aflossing geen bedrag overbleef en de debiteuren niet incasseerbaar bleken, is daartoe in elk geval onvoldoende. De betalingsonwil zou volgens Van Oord verder nog kunnen worden afgeleid uit het verstek laten gaan van de door Van Oord gestarte bodemprocedure. Ook dit standpunt deelt de rechtbank niet omdat er in het algemeen niet zo iets bestaat als het verplicht verschijnen in een procedure en Spikerboor c.s. overigens voor het niet verschijnen een afdoende verklaring heeft afgegeven (het besparen van griffierechten en andere kosten alsmede de verwachting dat alles betaald zou kunnen worden zodat er geen reden was om verweer te voeren en Spikerboor c.s. nog de hoop had om er met Van Oord uit te komen). Een nadere onderbouwing wordt door Van Oord niet gegeven, zodat de conclusie luidt dat Van Oord niet aan haar stelplicht heeft voldaan.
- 4.5. Met betrekking tot de stelling van Van Oord dat er door de (middellijk) bestuurders betalingstoezeggingen zijn gedaan op 30 augustus 2011 en 1 september 2011 van € 100.000 respectievelijk € 175.000 en dat is toegezegd dat betaling van de overige facturen zou plaatsvinden na betaling van de opdrachtgever Feniks, begrijpt de rechtbank dat Van Oord heeft willen betogen dat de bestuurders persoonlijk aansprakelijk zijn inzake de wanprestatie van Granet op grond van eigen onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Dit is in de jurisprudentie aldus uitgewerkt dat de bestuurder die op het moment dat hij namens de vennootschap een overeenkomst sluit wist of redelijkerwijze moest weten dat zijn vennootschap de transactie niet kan nakomen en geen verhaal zou bieden voor de ten gevolge van de wanprestatie te lijden schade, een onrechtmatige daad pleegt. Spikerboor c.s. heeft gesteld dat eerst rond de jaarwisseling (2011/2012) duidelijk werd dat op de SWAPS zwaar verlies werd geleden en de debiteurenportefeuille en de verkoopopbrengst onvoldoende waren om de crediteuren te kunnen voldoen. Deze stelling heeft Van Oord onvoldoende weerlegd en bovendien was Spikerboor c.s. volgens Van Oord op of omstreeks augustus 2011 zeer wel in staat haar openstaande facturen te voldoen. Derhalve moet er vanuit worden gegaan dat Granet ten tijde van het doen van voornoemde betalingstoezeggingen nog de verwachting had over voldoende financiële middelen te beschikken om deze toezegging na te kunnen komen. Van Oord heeft daar weliswaar nog tegen ingebracht dat Spikerboor c.s. ten tijde van het opheffen van het beslag wel wist



dat er van de verkoopopbrengst niks zou resteren, maar dit kan haar niet baten omdat i) Spikerboor c.s. er vanuit ging dat er nog geld vrij zou komen uit de debiteurenportefeuille om de crediteuren, waaronder Van Oord, te betalen en de negatieve resultaten van de SWAPS op dat moment nog niet bekend waren en ii) Spikerboor c.s. ook een zorgplicht had jegens de koper (Theo Pouw) en haar contractuele verplichting tot levering moest nakomen en daarvoor was nodig dat de zekerheidsrechten van de Rabobank zouden worden geroyeerd en dat vrij van beslag zou kunnen worden geleverd. Onder die omstandigheden kan Spikerboor c.s. niet worden verweten dat zij Van Oord ervan heeft willen overtuigen het beslag vrijwillig op te heffen, wat zij ook heeft gedaan. De rechtbank overweegt voorts dat Spikerboor c.s. het betoog van Van Oord, dat zij het beslag heeft opgeheven vanwege de betalingstoezegging maar dat er desondanks niet is betaald, heeft betwist, daartoe stellende dat Van Oord het beslag op de MS Granet vrijwillig heeft opgeheven omdat Van Oord – gelet op het feit dat er geen sprake was van overwaarde – geen belang had om het beslag te handhaven en zij het risico zou lopen aansprakelijk te worden gesteld voor de schade die zou ontstaan indien door het door Van Oord gelegde beslag de levering geen doorgang kon vinden. Daar heeft Van Oord niets tegenover gesteld, zodat de rechtbank tot de conclusie komt dat Van Oord haar stelling, zo vat de rechtbank deze althans op, dat op grond van deze handeling de bestuurders een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, niet heeft kunnen onderbouwen en ook te weinig heeft gesteld om tot bewijslevering te kunnen worden toegelaten. De slotsom luidt dat de enkele omstandigheid dat uiteindelijk de betalingstoezegging niet is nagekomen, onvoldoende is voor een persoonlijk verwijt aan de bestuurders. De stelling van Spikerboor c.s., dat Z vertegenwoordigingsonbevoegd zou zijn om deze afspraak namens Spikerboor c.s. te maken, is gelet op het voorgaande niet relevant.

- 4.6. De rechtbank overweegt verder dat ongelijke behandeling van crediteuren in beginsel onrechtmatig is bij voorzienbaarheid van daadwerkelijke benadeling, tenzij deze handelwijze door bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd. De (wettelijke) rangorde van de vennootschapscrediteuren is van belang bij de beoordeling van voorkeursbehandelingen. Immers, bij afwijkende rangorde is geen sprake van in gelijke omstandigheden verkerende crediteuren, zodat voor ongelijke behandeling van die crediteuren dan een in beginsel afdoende grondslag bestaat. Vast staat dat de Rabobank pand- en hypotheekrechten had. Gelet op deze zekerheidsrechten was Rabobank preferent crediteur en was er dus geen sprake van in gelijke omstandigheden verkerende crediteuren nu Van Oord immers een concurrent crediteur was. Nu voorts uit de overgelegde stukken – waaronder de brief van de Rabobank aan de passerende notaris van 30 augustus 2011 – evident blijkt dat de Rabobank haar zekerheidsrechten wilde uitoefenen en daartoe ook gerechtigd was, kon Spikerboor c.s. niet veel anders doen dan daaraan mee te werken. Spikerboor c.s. kan derhalve geen persoonlijk verwijt worden gemaakt van het feit dat het vonnis niet is nagekomen en betaling aan Van Oord is uitgebleven. Ook het verwijt dat Spikerboor c.s. zekerheidsrechten heeft verstrekt aan de Rabobank gaat niet op, nu uit de hypotheekakte van 17 september 2009 blijkt en derhalve vast staat dat op het moment dat de zekerheidsrechten werden gevestigd Van Oord nog geen crediteur was. Immers, de opdracht aan Van Oord is eerst eind 2010 gegeven terwijl de facturen dateren van 25 augustus 2011. Aan de stelling van Van Oord dat er geen rechtsverhouding met de Rabobank zou bestaan met als onderbouwing de derdenverklaring van de Rabobank van 6 februari 2012 (afgegeven naar aanleiding van het – tweede – beslag van Van Oord begin januari 2012) gaat de rechtbank voorbij omdat vast staat dat Granet en nog een aantal gelieerde ondernemingen een concernfinanciering bij de Rabobank hadden afgesloten en de Rabobank hypotheek- en pandhouder was. Voorts heeft Van Oord nog betoogd dat andere gelijke crediteuren, zoals bevriende relaties, wel betaald kregen en Van Oord niet. De rechtbank is van oordeel dat ook dat betoog geen hout snijdt nu uit de nota van afrekening (productie 3 van de conclusie van dupliek) blijkt dat er sprake was van een verrekening met de huur/waarborgsom met Theo Pouw en er, kortom, een rechtvaardiging bestond voor deze betaling zodat de bestuurders geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Verder laat Van Oord na aan te geven welke betalingen zodanig selectief zijn geweest dat ze als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd. Daarbij refereert de rechtbank aan het hiervoor overwogene uitgangspunt dat selectieve betaling zonder meer nog niet toerekenbaar onrechtmatig handelen betekent en dat het een bestuurder in beginsel vrijstaat op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan. Verder heeft Spikerboor c.s. onbetwist gesteld dat zij heeft getracht een akkoord aan te bieden aan de crediteuren, dat zij daarin

volledig transparant heeft gehandeld, dat de accountant van Van Oord in het kader daarvan inzage heeft gehad in de administratie van Granet en uitgebreid onderzoek heeft gedaan en dat de fiscus (eveneens) een boekenonderzoek is gestart maar daarbij geen onregelmatigheden heeft geconstateerd. Dit getuigt niet van selectieve betaling en Van Oord laat vervolgens na aan te geven welk verwijt Spikerboor c.s. van deze handelwijze kan worden gemaakt.

- 4.7. Van Oord heeft voorts nog aangevoerd dat het Spikerboor c.s. kan worden verweten dat zij een zodanige financieringsconstructie heeft opgezet dat de financieringslasten onevenredig op Granet en ten laste van diens crediteuren zijn afgewenteld. De rechtbank passeert dit betoog omdat Spikerboor c.s. onbetwist heeft gesteld dat het een gebruikelijke financieringsconstructie betrof en de stelling voorts elke feitelijke grondslag ontbeert terwijl ook hier (wederom) geldt dat het aan bestuurders is beslissingen en afwegingen te maken en daaronder valt ook de beslissing om een concernkrediet met een bank overeen te komen.
- 4.8. Tegen de stelling van Van Oord dat er op de tussenrekening van de Rabobank in januari 2012 een bedrag van € 241.738,31 stond geparkeerd heeft Spikerboor c.s. ingebracht dat zij niet de beschikking had over dit bedrag omdat de Rabobank dat geld op die rekening had geparkeerd om de SWAPS nog af te kunnen wikkelen. Tijdens de jaarwisseling 2011/2012 bleek dat de SWAPS een negatieve waarde vertegenwoordigden van enkele tonnen, aldus Spikerboor c.s. Van Oord heeft hier vervolgens niets tegenover gesteld, zodat de stelling, zo begrijpt de rechtbank deze althans, dat van het bedrag op de tussenrekening Van Oord betaald had kunnen worden als onvoldoende geadstrueerd wordt gepasseerd.
- 4.9. Van Oord heeft ter onderbouwing van haar stellingen een beroep gedaan op de jurisprudentie. Dit beroep faalt reeds vanwege het feit dat de casuïstiek in de door Van Oord aangehaalde jurisprudentie een geheel andere is dan in het hier voorliggende geval.
- 4.10. Waar Van Oord verder nog een beroep doet op de verzwaarde stelplicht die op Spikerboor c.s. zou liggen, gaat de rechtbank daaraan voorbij omdat i) zonder nadere toelichting, die ontbreekt, de rechtbank niet inziet op welke grond er reden zou zijn het leerstuk van de verzwaarde stelplicht in dit geval aan te nemen en ii) voor zover Van Oord heeft willen betogen dat de door haar gestelde en onderbouwde feiten en omstandigheden aanleiding geven om een "voorhands, tenzij tegenbewijsconstructie" aan te nemen van een persoonlijk verwijt, de rechtbank van oordeel is dat de enkele verklaring van Z daartoe volstrekt onvoldoende is.
- 4.11. Nu de vorderingen van Van Oord zullen worden afgewezen, behoeven het bezwaar van Spikerboor c.s. tegen de eisvermeerdering en het debat over de hoogte van de facturen geen bespreking meer.
- 4.12. Van Oord zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Spikerboor c.s. worden begroot op:
  - griffierecht € 3.621
  - salaris advocaat € 10.320 (4 punt × tarief € 2.580)Totaal € 13.941

## 5. De beslissing

De rechtbank:

- 5.1. wijst de vorderingen af,
- 5.2. veroordeelt Van Oord in de proceskosten, aan de zijde van Spikerboor c.s. tot op heden begroot op € 13.941,
- 5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.