

WETENSCHAP EN PRAKTIJK

Selectieve betalingen in het zicht van (mogelijke) insolventie – ruim baan voor de bestuurder?

L.M. Linskens & S.C.M. van Thiel

1 Inleiding

In een situatie waarin een vennootschap meer opeisbare schulden heeft dan middelen om die schulden te voldoen, wordt de bestuurder gedwongen om keuzes te maken. Die keuzes kunnen meebrengen dat bepaalde schulden wel en andere niet of slechts deels worden voldaan. In ons rechtsstelsel heeft de bestuurder ook in dit soort omstandigheden, onder het mom van ‘betaalautonomie’,¹ veel keuzevrijheid. De Hoge Raad heeft dit in zijn arrest in ING/Zandvliet benadrukt:

[H]et hof [heeft er niet] aan voorbijgezien 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.²

Toch voorziet ons systeem uiteraard wel in normatieve grenzen. Daarbij kan men in de eerste plaats aan de faillissementspauliana denken. Omdat het in de situatie waarover wij hier schrijven veelal zal gaan om een (verwijtbare) betaling van een opeisbare schuld, gaat het dan vooral om art. 47 van de Faillissementswet (Fw). Ingeval de ontvanger van de betrokken betaling wist dat het faillissement van de vennootschap reeds was aangevraagd of de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser (samenspanning), kan de bestreden betaling worden vernietigd en als onverschuldigd worden teruggevorderd.

Een andere, minder concrete grens kunnen we afleiden uit de civiele rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid in geval van selectieve betalingen. Selectieve betalingen worden daarin behandeld als een vorm van verhaalsfrustratie en zij worden daarom getoetst aan de open norm van de tweede categorie uit Ontvanger/Roelofsen.³ Eigenlijk de enige concrete invulling op dit gebied volgt uit het arrest Coral/Stalt uit 1998.⁴ Indien de vennootschap heeft besloten om haar activiteiten te staken en er meer schulden zijn dan middelen, heeft de vennootschap

1 Afkomstig uit de pen van S.M. Bartman in zijn annotatie bij ING/Zandvliet (zie hierna) in AA 2011, p. 126 e.v.

2 HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, NJ 2010/189 (ING/Zandvliet), r.o. 4.1.2.

3 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

4 HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (Coral/Stalt).

in beginsel geen vrijheid om groepscrediteuren ('gelieerde partijen') met voorkeur te behandelen. Die regel geldt niet alleen voor de vennootschap, maar ook voor de bestuurder persoonlijk.

Uit het eerder dit jaar gegeven arrest van de Hoge Raad in Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.⁵ valt af te leiden dat de Hoge Raad, ondanks aandringen in de literatuur én een vurig pleidooi van de advocaat-generaal (hierna: A-G), geen aanleiding zag om een bredere regel te aanvaarden die erop neer zou komen dat *alle* betalingen die plaatsvinden nadat het faillissement onvermijdelijk is geworden, in beginsel als onrechtmatig bestuurshandelen jegens de gedupeerde crediteur(en) hebben te gelden. In deze bijdrage gaan wij in op de vraag of dit betekent dat de Hoge Raad bewust ruim baan aan de bestuurder wil geven. Aan het einde staan we kort stil bij enkele nadien verschenen uitspraken in de lagere rechtspraak.

2 Grenzen aan de betaalvrijheid

Er is natuurlijk in beginsel een oneindig pallet aan verschillende onrechtmatige gedragingen van een bestuurder jegens een vennootschapscrediteur te bedenken. Het is daarom ook logisch dat de Hoge Raad zich vanuit zijn rechtsontwikkelende taak heeft beperkt tot het formuleren van open toetsingsnormen. In het reeds aangehaalde arrest Ontvanger/Roelofsen⁶ benoemde de Hoge Raad de welbekende twee hoofdcategorieën van ernstig verwijtbare gedragingen in dat kader: die van gevaarzettend contracteren, bekend van het Beklamel arrest,⁷ en een bredere categorie van ernstig verwijtbaar bestuurshandelen jegens een vennootschapscrediteur. Bij die tweede categorie gaat het vooral om het verwijt dat de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegestaan dat de vennootschap haar contractuele verplichtingen niet nakomt, bijvoorbeeld door zuivere betalingsonwil aan de zijde van de bestuurder.⁸ De meeste gevallen in deze tweede categorie gaan over verhaalsfrustratie, waarmee – in de woorden van de Hoge Raad – wordt bedoeld: de bestuurder wist of had redelijkerwijs behoren te begrijpen dat zijn handelen tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.⁹

5 HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.). Dit arrest heeft reeds de nodige pennen in beweging gezet, waaronder die van S.M. Bartman, Selectieve rechtspraak bij bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling?, AA 2020, p. 274 e.v., W.A. Westenbroek, Selectieve betaling: onbehoorlijke taakvervulling of niet?, TvOB 2020, afl. 2, p. 61-70, K.M. Sixma & J. Opstroom, De aansprakelijkheid van bestuurders bij selectieve betalingen: een nadere beschouwing van het arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek, TvCu 2020, afl. 3, p. 49-56 en de annotaties van J. van Bekkum, Ondernemingsrecht 2020/107 en T. Salemink, JOR 2020/55.

6 Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

7 HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521, NJ 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

8 HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, NJ 2010/189 (ING/Zandvliet), zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

9 Zie HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).

Selectieve betalingen in het zicht van (mogelijke) insolventie – ruim baan voor de bestuurder?

Het verwijt van selectieve betalingen wordt in de rechtspraak als een vorm van verhaalsfrustratie beoordeeld en speelt doorgaans in omstandigheden waarin er bij de vennootschap blijvend meer schulden dan middelen zijn.¹⁰ Gechargeerd gesteld is daarbij de redenering: door één bepaalde schuld wel te voldoen worden andere schuldeisers gedupeerd; voor hen blijft er, gelet op de beperkte middelen, geen of minder verhaal over.

Omdat verhaalsfrustratie aan de voormelde open norm uit Ontvanger/Roelofsen wordt getoetst, is de beoordeling daarvan afhankelijk van alle omstandigheden van het geval en de rechtspraak dus casuïstisch.¹¹ Toch zijn er wel enige richtinggevende uitspraken gedaan. Een van de belangrijkste daarvan is het arrest Coral/Stalt uit 1998.¹² De Hoge Raad werd daarin uitgedaagd om omstandigheden te schetsen op grond waarvan sprake kan zijn van onrechtmatige selectieve betaling in een geval waarin de vennootschap onvoldoende middelen heeft om al haar schulden te voldoen. In de voorliggende casus werd Forsythe, een 100%-dochter van Stalt, in arbitrage veroordeeld tot betaling aan Coral in verband met een charterovereenkomst, maar Forsythe betaalde niet. Later bleek dat Forsythe haar bedrijfsactiviteiten had gestaakt en een aandelenpakket dat ze hield aan haar moeder Stalt had verkocht. De verkoopopbrengst gebruikte Forsythe om handelscrediteuren én schulden aan zustervenootschappen te voldoen. De Hoge Raad zag echter geen aanleiding om in algemene zin omstandigheden te schetsen aan de hand waarvan getoetst kan worden of de schuldenaar zich in situaties als deze, waarin de schulden de middelen overtreffen, aan onrechtmatige selectieve betaling bezondigt. Maar hij gaf wel een waardevolle ‘in beginsel’-regel: in een situatie waarin besloten is de bedrijfsactiviteiten te staken en er meer schulden zijn dan middelen, heeft de vennootschap in beginsel *geen* vrijheid om groepscrediteuren (anders dan op grond van wettelijke voorrang) boven andere crediteuren te voldoen.¹³ Dat kan slechts anders liggen in geval van bijzondere omstandigheden en het is aan de vennootschap om die omstandigheden te stellen en, bij voldoende betwisting, te bewijzen.

Deze regel uit Coral/Stalt ziet weliswaar op onrechtmatig handelen van de *vennootschap* (in casu Forsythe), het is echter logisch aan te nemen dat deze (dan) óók geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder die de vennootschap aldus laat handelen. We zien dat ook bevestigd in de vele verwijzingen naar Coral/Stalt in de jurisprudentie over selectieve betalingen en waarvan er in deze bijdrage enkele aan de orde komen.

- 10 HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325, m.nt. P. van Schilfgaarde (Kok/Maas q.q.).
- 11 Vgl. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven).
- 12 Zie HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (Coral/Stalt).
- 13 Zie HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (Coral/Stalt), r.o. 3.4.3.

Niet lang geleden, in 2019, lijkt de Hoge Raad in het arrest X/Staatssecretaris van Financiën de regel uit Coral/Stalt nog enigszins te hebben uitgebreid, in die zin dat deze zich niet alleen uitstrekt tot betalingen van schulden aan gelieerde partijen, maar ook tot betalingen van schulden aan niet-gelieerde partijen als de bestuurder bij die betalingen een persoonlijk belang heeft.¹⁴ Dit arrest werd weliswaar in een fiscaal geënte procedure – op grond van de tweede antimisbruikwet (in casu art. 36 Invorderingswet 1990) – gegeven, maar de verwijzingen naar ING/Zandvliet en Coral/Stalt maakten duidelijk dat de Hoge Raad de zaak op gelijke voet behandelde als een civielrechtelijke casus van aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen.

3 Tussenstap: stelplicht en bewijslast bij selectieve betalingen

Voordat wij toekomen aan de behandeling van het arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s., willen we als tussenstap stilstaan bij de stelplicht en bewijslast in aansprakelijkheidszaken over selectieve betalingen. Uiteraard geldt, zoals in alle bestuurdersaansprakelijkheidszaken die op art. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zijn gegrond, als uitgangspunt dat de eiser – dit zal dus doorgaans een onbetaalde crediteur zijn – voldoende gemotiveerd dient te stellen en, bij voldoende betwisting, zijn stellingen zal moeten bewijzen (art. 21, 149 lid 1 en 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Dit uitgangspunt is een belangrijke waarborg voor de aangesproken bestuurder. Voor de eiser is deze verdeling echter niet zelden problematisch, omdat hij doorgaans over (veel) minder informatie beschikt. Verder speelt de wetenschap van de bestuurder, ook al is deze geobjectiveerd, meestal een belangrijke rol, terwijl deze voor een buitenstaander lastig aan te tonen is waar relevante feiten, informatie en verdere gegevens zich in het domein van de bestuurder afspelen.¹⁵ Er is tegen deze achtergrond wel geprobeerd om de Hoge Raad tot bewijslastomkering te bewegen, maar tevergeefs. Een voorbeeld is de weduwe Romme, die bestuurder Bakker persoonlijk aansprakelijk hield voor het feit dat de lijfrente die wijlen haar man vanuit de bv voor haar had bedongen, niet meer werd uitgekeerd.¹⁶ Romme bepleitte een ‘bijzondere regel’ in de zin van art. 150 Rv, namelijk dat in dit soort situaties, waarin er sprake is van één aandeelhouder en één bestuurder, de bewijslast ten aanzien van de ‘Beklamel-verwijten’ op de aangesproken bestuurder rust. De Hoge Raad ging hier echter niet in mee. Deze terughoudendheid ten aanzien van de omkering (of beter: verlegging) van de bewijslast onder art. 150 Rv betekent niet dat rechters niets voor creditoren in bewijsnood kunnen betekenen. Zij kunnen bijvoorbeeld van de aangesproken bestuurder verlangen dat hij zijn

14 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, JOR 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.5.2; zie HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (Coral/Stalt).

15 Vgl. de annotatie van S.C.M. van Thiel bij HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1276, JOR 2019/215.

16 HR 10 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1393, NJ 1994/766, m.nt. J.M.M. Maeijer (Romme/Bakker).

betwistende verweren uitvoerig(er) motiveert. We spreken dan ook wel van een ‘verzwaarde stelplicht’, of – zuiverder – ‘verzwaarde betwistingsplicht’.¹⁷ Een andere, verderstreckende methode is het hanteren van de ‘in beginsel’-regel, zoals de Hoge Raad in onder meer Coral/Stalt het formuleerde. In deze benadering hoeft de klager slechts in beperkte mate te stellen en zo nodig te bewijzen. Eén van die feiten – in de context van Coral/Stalt – zal bijvoorbeeld zijn dat de vennootschap schulden aan gelieerde partijen wél heeft voldaan. Voldoet de klager aan zijn beperkte stelplicht, dan is daarmee de aansprakelijkheid van de bestuurder in beginsel gegeven. De bestuurder kan zich dan enkel van die aansprakelijkheid bevrijden door het aanvoeren van een zogenoemd ‘bevrijdend verweer’ dat bijkomende bijzondere omstandigheden de selectieve betaling in de situatie rechtvaardigen. De bestuurder heeft voor de juistheid van zijn bevrijdende verweer de volle stelplicht en draagt op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv de volle bewijslast. De bewijslast van de klager wordt hier dus niet omgekeerd; er worden slechts lagere eisen aan zijn stelplicht gesteld en gewone eisen gesteld aan het verweer van de bestuurder dat hem bevrijdt van aansprakelijkheid en een veroordeling.

Niet alleen in zaken over selectieve betaling zoals Coral/Stalt, maar ook in andere deelgebieden van bestuurdersaansprakelijkheid zijn we gewend aan deze ‘in beginsel’-regels. Wij denken bijvoorbeeld aan de ‘in beginsel’-regel uit het arrest Berghuizer Papierfabriek,¹⁸ die luidt dat een schending van een statutaire bepaling die de vennootschap beoogt te beschermen, in beginsel leidt tot een ernstig verwijt en dus bestuurdersaansprakelijkheid, tenzij de bestuurder feiten en omstandigheden aanvoert die maken dat een dergelijk handelen *geen* ernstig verwijt oplevert. Een variant hiervan werd in het arrest Willemsen/NOM¹⁹ geïntroduceerd, maar dan met betrekking tot statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beoogen te beschermen.

4 Pleidooi voor een bredere ‘in beginsel’-regel

In de literatuur is in de loop van de jaren een beweging op gang gekomen die pleit voor een ‘in beginsel’-aansprakelijkheid van de bestuurder voor *alle* gevallen van selectieve betaling die plaatsvinden vanaf het moment dat het faillissement onafwendbaar is geworden.²⁰ Deze aanpak zou op twee manieren verder gaan dan de

17 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9223, NJF 2018/659.

18 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, NJ 2003/455 (Berghuizer Papierfabriek).

19 HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, NJ 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders (Willemsen/NOM).

20 Zie o.m. S.M. Bartman, Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling, AA 2011, p. 16 e.v., Bartman 2020, Ph.W. Schreurs, Selectie van betalingen – afrekenen in de Twilight zone, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017/16, de annotatie van Schreurs bij Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221 en A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:737 (Nutriscience), r.o. 3.3.

regel uit Coral/Stalt. Ten eerste zou de bepleite regel gelden voor *alle* selectieve betalingen aan crediteuren, en dus niet enkel aan gelieerde partijen, wat in Coral/Stalt aan de orde was. Ten tweede zou de bepleite regel uitgaan van een concreet (te bepalen) omslagmoment, namelijk het moment waarop het faillissement onafwendbaar is geworden. Opinielider Bartman noemde de fase voorafgaand aan dit omslagmoment de 'reddingsfase' en de fase nadien de 'feitelijke liquidatiefase'.²¹ Tijdens de reddingsfase heeft de bestuurder nog keuzevrijheid, uiteraard met inachtneming van de beperkingen uit Coral/Stalt. In de feitelijke liquidatiefase staat de bestuurder enkel nog in het teken van het gelijk behandelen van crediteuren (behoudens in gevallen van wettelijke voorrang), en kan een selectieve betaling enkel nog in uitzonderlijke situaties gerechtvaardigd zijn. De aangesproken bestuurder draagt in deze 'nee, tenzij'-benadering ten volle de stelplicht en bewijslast van het bevrijdend verweer.

Het hanteren van de onafwendbaarheid van het faillissement als markeerpunt bij de toetsing van onrechtmatigheid van selectieve betalingen vinden wij zeer logisch. Immers, in feite bevindt de vennootschap zich dan reeds in de situatie van insolventie en behoren crediteuren, behoudens wettelijke voorrang, daarom gelijk te worden behandeld. Er kan in onze ogen voor een uitzondering hooguit rechtvaardiging bestaan als alle crediteuren baat hebben bij de selectieve betaling, bijvoorbeeld om het nog beschikbare actief te beschermen. Om diezelfde redenen wordt in de lagere rechtspraak, óók in gevallen van selectieve betalingen aan niet-gelieerde partijen, bij de beoordeling van onrechtmatigheid al langere tijd aangeknoopt bij de al dan niet onvermijdelijkheid van het faillissement.²² Dezelfde onvermijdelijkheid zagen we terugkomen in de conclusie van A-G Timmerman in de zaak Nutriscience.²³ Hij bepleitte daarin dat de regel uit Coral/Stalt niet alleen zou moeten gelden in het geval de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te staken, maar ook in het geval het faillissement onvermijdelijk is.

5 Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.

Zoals wij in de inleiding al vermeldden, is uit het eerder dit jaar gegeven arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.²⁴ op te maken dat de Hoge Raad geen aanleiding zag voor de hiervoor bedoelde 'in beginsel'-regel, waarvoor in de literatuur zo stevig werd gepleit.

De casuspositie was als volgt. X was via Kromme Leek B.V. bestuurder en minderheidsaandeelhouder van Source Food B.V. Kromme Leek B.V. was daarnaast schuldeiser van Source Food B.V. X vroeg op 4 december 2014 het faillissement van Source Food B.V. aan. Het vonnis werd pas op 6 januari 2015 uitgesproken.

21 Zie o.m. Bartman 2020.

22 Zie de verwijzingen naar lagere rechtspraak in A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (Recht en Praktijk nr. InsR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019/8.3.2.2.

23 Zie HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:737 (Nutriscience). De Hoge Raad deed de zaak af op art. 81 Wet RO.

24 Zie HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.).

Selectieve betalingen in het zicht van (mogelijke) insolventie – ruim baan voor de bestuurder?

In de tussengelegen periode voldeed X ten laste van Source Food B.V. nog enkele schulden, waaronder op 22 december 2014, dus bijna drie weken na de indiening van het faillissementsverzoek, een schuld van ongeveer € 30.000 aan Limes International, een fiscaal adviseur van de vennootschap. De curator beriep zich in eerste aanleg ten aanzien van deze betaling op de faillissementspauliana en daarnaast op de aansprakelijkheid van de (middellijk) bestuurders van Kromme Leek B.V. en X. Nadat de rechtbank de vorderingen van de curator had afgewezen, ging de curator in beroep, waarbij hij zich enkel nog richtte op zijn vorderingen op grond van de beweerde bestuurdersaansprakelijkheid. Maar ook die poging strandde. Het hof overwoog daartoe, als opmaat, dat de maatstaf voor aansprakelijkheid van een bestuurder die van een persoonlijk ernstig verwijt is en dat dit niet anders ligt in het geval van een betaling die heeft plaatsgevonden in het zicht van een (mogelijk) faillissement. Vervolgens maakte het duidelijk dat het enkele feit dat het faillissement van de vennootschap is aangevraagd en de vennootschap nadien nog een schuld aan een schuldeiser voldoet, niet automatisch tot aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de andere schuldeisers leidt. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden vereist:

‘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* [curs. LL & SvT] 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.’²⁵

Van de noodzakelijke bijkomende omstandigheden was volgens het hof onvoldoende gebleken. Het feit dat Limes tevens fiscaal adviseur was van bestuurder Kromme Leek B.V., was daartoe in elk geval onvoldoende. In verband met wat wij verderop zullen bespreken, noemen wij alvast dat wij het opvallend vonden dat het hof hieraan, als een soort verzachting, toevoegde:

‘Voorts is van belang (...) 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], tot een regeling te komen waardoor het

25 Zie Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221, m.nt. Ph.W. Schreurs, r.o. 3.6.

faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend en dat de faillissementsaanvraag mede diende om druk op [Y] uit te oefenen.²⁶

Het hof vond, kortom, het feit dat de betalingen niet aan een gelieerde partij waren gedaan en het faillissement weliswaar was aangevraagd, maar dit kennelijk tevens als pressiemiddel diende voor een mogelijk geachte redding, voldoende om te concluderen dat de bestuurders geen persoonlijk ernstig verwijt trof en zij dus niet persoonlijk aansprakelijk waren jegens de overige crediteuren.

De curator liet het er niet bij zitten en zocht de Hoge Raad op. Dat was een uitgekende kans om te bezien of de Hoge Raad zou voelen voor de ‘in beginsel’-regel die in de literatuur was bepleit voor betalingen die worden gedaan nadat het faillissement onafwendbaar is geworden, en het middel was daarop ook ingericht. De curator bepleitte specifiek dat het verrichten van een selectieve betaling die plaatsvond *nadat* de bestuurder het faillissement heeft aangevraagd, als onrechtmatig jegens de andere schuldeisers heeft te gelden, behoudens indien er sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Het hof had dit volgens de curator miskend of in elk geval onvoldoende gemotiveerd.

De conclusie van A-G Van Peurseem moet in dat kader voor de curator als een belangrijke opsteker hebben gevoeld. De A-G adviseerde de Hoge Raad, duidelijk geïnspireerd door het bedoelde pleidooi in de literatuur, met vuur om een dergelijke ‘in beginsel’-regel te aanvaarden.²⁷ Hij verwees daarbij onder meer naar het hiervoor reeds genoemde fiscaal geënte arrest X/Staatssecretaris van Financiën uit 2019.²⁸ Daarin zou volgens de A-G te ontwaren zijn dat de Hoge Raad de lijn aanvaardt dat, naarmate het faillissement concreter in het vizier komt, de drempel voor aansprakelijkheid van de bestuurder lager wordt.²⁹ Wij vinden dat laatste echter niet zo evident uit het betrokken arrest volgen. Naar onze mening heeft de Hoge Raad daarin niets meer gedaan dan voor de beoordeling van het vermeende kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 36 IW 1990 logischerwijs³⁰ aan te haken bij de civiele rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid bij selectieve betalingen, gevolgd door een ‘doorpakken’ met een verwijzing naar de ‘in beginsel’-constructie uit Coral/Stalt.³¹

26 Zie HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.), r.o. 3.7.

27 Conclusie van A-G Van Peurseem bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.), par. 2.20 e.v.

28 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, JOR 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën).

29 Conclusie van A-G Van Peurseem bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.), par. 2.14.

30 Gelet op de convergerende normen van kennelijk onbehoorlijk bestuur en ernstig verwijt, vgl. A-G Timmerman in par. 3.3 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, NJ 2019/31 (Geocopter).

31 Zie HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, JOR 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.5.2.

Wellicht was dat laatste ook de gedachte van de Hoge Raad in de onderhavige zaak. Hij ging in elk geval niet mee in het betoog van de A-G en overwoog:

‘Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeisers. De betrokken bestuurder kan ter zake van deze benadeling persoonlijk aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.’³²

Vervolgens constateerde de Hoge Raad dat het hof had vastgesteld dat de bestuurders geen persoonlijk belang hadden bij de betaling aan Limes, zodat het oordeel van het hof, dat de bestuurders niet aansprakelijk zijn, niet onbegrijpelijk was en geen nadere motivering behoefde. De Hoge Raad vond hetzelfde gelden voor de overweging van het hof met betrekking tot de aanvraag van het faillissement als pressiemiddel.

Wat betekent deze reactie van de Hoge Raad? Welnu, het betekent in elk geval dat de Hoge Raad – droogjes – constateert dat aansprakelijkheid van de bestuurder afhankelijk is, en dus blijft, van de vraag of sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt aan de zijde van de bestuurder. Zijn *enkele* aanvragen van het faillissement betekent nog niet dat hij bij elke daaropvolgende individuele betaling onrechtmatig jegens de overige crediteuren handelt, ook niet in beginsel. Voor aansprakelijkheid jegens die overige crediteuren is, zo laat de Hoge Raad impliciet weten, dus meer vereist. Waaraan we daarbij concreet moeten denken, licht de Raad evenwel niet toe. Dat was op zich ook niet nodig omdat het middel, zoals hiervoor bleek, uitging van het enkele feit dat het faillissement reeds was aangevraagd als bepalende omstandigheid voor de aansprakelijkheid, met de mogelijkheid voor een bevrijdend verweer. Maar het zou voor de praktijk natuurlijk wel behulpzaam zijn geweest. Dat de Raad zich kennelijk niet wenst vast te leggen op de bepleite ‘hard and fast rule’ past op zich bij de reeds genoemde aanpak van de rechtsontwikkeling op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid middels open normen en met betrekking tot alle omstandigheden van het geval. Toch was het naar onze mening bepaald niet opmerkelijk geweest als de Hoge Raad de regel wél had aanvaard, onder meer gelet op (1) de andere ‘in beginsel’-regels die de Raad in de rechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid wél heeft aanvaard en die hiervoor al ter sprake kwamen, en (2) het feit dat het in casu een *eigen* faillissementsaanvraag betrof (waarover hierna meer). Maar goed, blijkbaar was de omstandig-

32 Zie HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.), r.o. 3.2.

heid van de eigen faillissementsaanvraag te ‘digitaal’ voor de Hoge Raad om als bepalend voor aansprakelijkheid te gelden. We plaatsen bij het voorgaande nog twee kleine kanttekeningen. De eerste is dat er strikt genomen geen sprake was van een ‘eigen’ aanvraag, omdat uit het arrest van het hof volgt dat X het faillissement aanvroeg in zijn hoedanigheid van schuldeiser van Source Food B.V. en niet die van bestuurder. Hoewel de vraag wie het faillissement aanvraagt, een crediteur of de vennootschap zelf, normaliter zeer relevant kan zijn, onder meer omdat crediteuren de aanvraag ook wel zuiver als incassomiddel gebruiken, speelde het in dit geval geen rol omdat diezelfde X tevens enig bestuurder van Source Food B.V. was en de aanvraag dus heel wel (tevens) als een eigen aanvraag beschouwd mocht worden. Dat verklaart mogelijk ook waarom de A-G noch de Hoge Raad hier aandacht voor leek te hebben. Onze andere kanttekening is dat het middel naar ons begrip niet zozeer als een punt van bewijsrecht was ingestoken, maar veeleer als een maatstafkwestie. Mogelijk had de Hoge Raad in dat eerste geval meer voor de ‘in beginsel’-regel gevoeld.

Maar wat kunnen we dan wél uit het arrest afleiden? Allereerst leiden wij uit het feit dat de Hoge Raad de overweging van het hof over de afwezigheid van een persoonlijk belang van de bestuurder bij de betrokken betaling voldoende begrijpelijk achtte, af dat de Raad in elk geval wél vasthoudt aan de ‘in beginsel’-regel uit Coral/Stalt, zoals verder ontwikkeld in X/Staatssecretaris van Financiën, en de beperkingen die in die arresten aan de betaalvrijheid van de bestuurder zijn gesteld. Maar het belangrijkste vinden wij de constatering dat de Hoge Raad kennelijk geen hoge eisen stelt aan de motivering van het hof dat de eigen aanvraag van het faillissement ‘mede diende om druk op de meerderheidsaandeelhouder uit te oefenen’ om zo met hem tot een regeling te komen, ‘waardoor het faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend’.³³ Bij ons roept een dergelijke motivering wél de nodige vraagtekens op. Immers, wie als bestuurder oprecht meent dat er geen toekomst meer is voor de vennootschap, tenzij een regeling met de meerderheidsaandeelhouder wordt getroffen, wat dus van de wil van een andere (rechts)persoon afhankelijk is, en overgaat tot de aanvraag van het faillissement, moet er ernstig rekening mee houden dat het vervolgens daadwerkelijk (en door zijn eigen aanvraag) tot een faillissement en dus liquidatie van het vermogen van de vennootschap komt. Gegeven die ernst zou het in onze ogen bepaald niet vreemd zijn om uit te gaan van een verplichting van de bestuurder om schuldeisers vanaf dat moment gelijk te behandelen (behoudens wettelijke voorrang) en dus selectieve betalingen achterwege te laten, tenzij deze de gezamenlijke schuldeisers baten. Ter vergelijking: op grond van art. 47 Fw volstaat de enkele wetenschap van de ontvangende partij van de faillissementsaanvraag reeds om de betalingshandeling in het belang van de (overige) schuldeisers succesvol te vernietigen. In de ogen van hof en Hoge Raad is het kennelijk echter voldoende dat er ondanks de aanvraag nog de *mogelijkheid* bestaat dat het faillissement wordt afgewend, om de bestuurder zijn vrijheid te gunnen en de betaalkeuze aan

33 Zie HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.), r.o. 3.4.

hem te laten. Dat mag zo zijn, maar dan zouden wij, gelet op de kritieke omstandigheden, ten minste verwachten dat er hoge(re) eisen worden gesteld aan de motivering door de bestuurder én de rechter waarom het faillissement in die situatie nog afwendbaar was. De (zeer) beknopte motivering zoals het hof die weergaf, is voor ons niet, maar voor de Hoge Raad kennelijk wel begrijpelijk genoeg.

Aldus is wat ons betreft de essentie van deze loot aan de jurisprudentieboom met betrekking tot selectieve betalingen: zelfs in een situatie waarin de bestuurder *zelf* het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en waarbij de redding afhankelijk is van de wil van een andere (rechts)persoon, blijven de stelplicht en bewijslast van de onrechtmatigheid op de overige crediteuren/curator rusten (dat wil zeggen geen ‘in beginsel’-regel, behoudens in een Coral/Stalt-situatie) en worden aan de motivering van de bestuurder (in het kader van zijn betwisting) én de rechter waarom een faillissement, ondanks de eigen aanvraag, nog afwendbaar was, bepaald geen hoge eisen gesteld. Zo bezien kunnen we gerust stellen dat de Hoge Raad hier ruim baan heeft willen geven aan de bestuurder en zijn ‘betaal-autonomie’.

6 Recente lagere rechtspraak

Ten slotte staan wij, zoals we in de inleiding hebben aangekondigd, stil bij enkele uitspraken in de lagere rechtspraak die sinds Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. zijn verschenen.³⁴ Dat doen we vanuit een nieuwsgierigheid of het arrest daarin merkbare sporen heeft achtergelaten. De volgende uitspraken vonden wij in dat verband illustratief.

Het hof 's-Hertogenbosch heeft in Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. gelezen dat de Hoge Raad ‘een ruimere maatstaf [heeft] geformuleerd bij selectieve betaling na een faillissementsaanvraag, maar in die zaak waren (selectieve) betalingen verricht in het kader van een reddingspoging van de onderneming’.³⁵ Het eerste deel van deze overweging lijkt ons niet houdbaar.³⁶ De Hoge Raad heeft immers geen ruimere maatstaf geformuleerd, maar juist teruggesproken op het gangbare persoonlijke ‘ernstig verwijt’-criterium. Verder heeft de Hoge Raad, zoals we hebben gezien, indirect de beperkingen in de betaalvrijheid die uit Coral/Stalt en X/Staatssecretaris van Financiën volgen bevestigd. Wij vermoeden echter dat het hof 's-Hertogenbosch met deze overweging tot uitdrukking heeft willen brengen dat de Hoge Raad door zijn benadering in Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.

34 Naast de hierna genoemde jurisprudentie: Hof Den Haag 25 augustus 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1490, Hof 's-Hertogenbosch 19 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1600, Rb. Rotterdam 22 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3902, Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5241, Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3732, NJF 2020/211 en Rb. Amsterdam 22 juli 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4141.

35 Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1263, m.nt. L.Z. Bosman en P.J. Bos, r.o. 3.15.

36 Zie ook L.Z. Bosman en P.J. Bos in hun noot bij Hof 's-Hertogenbosch 14 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1263.

duidelijk de nodige ruimte aan de bestuurder heeft willen geven, zoals ook wij dat constateerden. Anders dan het hof 's-Hertogenbosch blijft het hof Arnhem-Leeuwarden dichter bij Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. door te oordelen dat sprake moet zijn van 'bijkomende, bijzondere omstandigheden aan de kant van de bestuurder' om tot aansprakelijkheid te komen.³⁷ Hierbij geven we toe dat de Hoge Raad de woorden 'bijkomende omstandigheden' niet bezigde, maar het hof wel, en dat arrest werd vervolgens bekrachtigd.³⁸

Ook de rechtbank Overijssel betrok recent het arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. in een vonnis en oordeelde:

'[D]e afwezigheid van een faillissement(saanvraag) sluit immers niet uit dat een vennootschap (tijdelijk) in betalingsnood verkeert, nog daargelaten de situatie dat zelfs na aanvraag van een faillissement nog sprake kan zijn van de situatie waarin het daadwerkelijke faillissement nog kon worden afgewend; zelfs in die situatie is met een selectieve betaling niet zonder meer voldaan aan het vereiste dat een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt (zie HR 17 januari 202[0], ECLI:NL:HR:2020:73).'³⁹

Dit lijkt ons een glasheldere interpretatie van Ingwersen q.q./Kromme Leek B.V. c.s.⁴⁰ Iets minder zuiver is in onze ogen het vervolg, waarin de rechtbank overweegt dat het een bestuurder in beginsel vrijstaat een eigen afweging te maken welke schuldeisers worden voldaan en dat dit pas anders is als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt. Deze laatste maatstaf komt uit het arrest Panmo,⁴¹ dat betrekking heeft op kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:138/248 BW en niet op het persoonlijke 'ernstig verwijt'-criterium uit Ontvanger/Roelofsen, dat geldt in alle gevallen van (externe) aansprakelijkheid die op art. 6:162 BW bogen. We zien dat maar als een schoonheidsfoutje. En, hoewel de rechtbank dat wellicht niet beseftte, een begrijpelijke ook, omdat de Hoge Raad, zoals we zagen, in X/Staatssecretaris van Financiën voor de duiding van selectieve betalingen als kennelijk onbehoorlijk bestuur bewust bij het 'civiele' aansprakelijkheids criterium aanhaakte. Ook de rechtbank Limburg legde in haar oordeel dat sprake was van verwijtbaar bestuurshandelen 'binnen het bereik van selectieve betaling' per abuis de Panmo-maatstaf aan, maar hanteerde in dezelfde uitspraak tevens het persoonlijke 'ernstig verwijt'-criterium. Het ging in die casus om een vennootschap die bij een in kracht van gewijsde gegaan verstekvonnis was veroordeeld tot betaling van

37 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5748, r.o. 5.14.

38 Zie HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, NJ 2020/51 (Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.), r.o. 3.5.

39 Rb. Overijssel 8 juli 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2308, r.o. 4.4.

40 Minder stellig aangaande een faillissementsaanvraag, maar wel verwijzend naar de door de Hoge Raad ingenomen standpunten in Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. dan wel X/Staatssecretaris van Financiën: Rb. Gelderland 1 juli 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:3464, r.o. 4.13 en Rb. Noord-Nederland 26 augustus 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2937, r.o. 4.11-4.13.

41 HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454, m.nt. J.B. Wezeman (Panmo).

Selectieve betalingen in het zicht van (mogelijke) insolventie – ruim baan voor de bestuurder?

een fors bedrag, maar de bestuurder zich vervolgens niet had ingespannen om die schuld te voldoen, terwijl andere crediteuren wél werden betaald.⁴² Wat verder opvalt, is dat de rechtbank Limburg in het geheel geen verwijzing bezigt naar jurisprudentie omtrent selectieve betalingen, dus ook niet van de Hoge Raad.⁴³

Wellicht op een enkel geval na dus lijkt er in de lagere jurisprudentie voldoende besef te zijn van het bestaan van het arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. en de betekenis daarvan, namelijk dat de bestuurder zeer veel betaalvrijheid wordt gegund en de last van het stellen en zo nodig bewijzen van de onrechtmatigheid van de selectieve betalingen primair bij de klager(s) blijft.

7 Conclusie

De vraag waarmee we deze bijdrage begonnen, was of de Hoge Raad met zijn arrest Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s. ruim baan heeft willen geven aan de betaalautonomie van de bestuurder. Dit is naar onze mening het geval. Zelfs een eigen faillissementsaanvraag leidt niet zonder meer tot aansprakelijkheid voor nadien verrichte selectieve betalingen, ook niet in beginsel. Daarbij komt dat de Hoge Raad geen hoge eisen lijkt te stellen aan de motivering van de bestuurder in het kader van zijn betwisting waarom het faillissement, ondanks de eigen aanvraag, ten tijde van de selectieve betalingen nog afwendbaar was, of zelfs *mogelijk* afwendbaar. Uit de sindsdien verschenen lagere jurisprudentie valt voorzichtig af te leiden dat deze ruime benadering van de Hoge Raad goed is begrepen.

42 Rb. Limburg 12 augustus 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:6073, r.o. 4.1.

43 Zie Rb. Limburg 12 augustus 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:6073.