

Selectieve betaling: onbehoorlijke taakvervulling en onrechtmatig of niet?

HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 en HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 en enige theoretische en praktische beschouwingen

In deze bijdrage wordt aan de hand van twee recente uitspraken van de Hoge Raad nader ingegaan op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van selectieve betaling. Of een bestuurder aansprakelijk is, is steeds afhankelijk van de vraag of de door hem gemaakte belangenafweging de maatman-bestuurdertoets doorstaat en of hij onbetamelijk heeft gehandeld.



1. Inleiding

Op 12 april 2019¹ en 17 januari 2020² wees de Hoge Raad twee arresten die betrekking hebben op het in vakjargon genoemde verwijt van 'selectieve betaling'. Dat verwijt houdt kort gezegd in dat een bestuurder van een rechtspersoon een of meer schuldeisers heeft betaald met voorrang boven andere schuldeisers die onbetaald zijn gebleven. De feiten in beide zaken waren volstrekt verschillend. Toch verdienen de arresten een gezamenlijke bespreking. A-G Van Peurseem heeft in zijn conclusie van 5 juli 2019 bij het tweede arrest namelijk diepgaande theoretische overwegingen gewijd aan het leerstuk van selectieve betaling onder verwijzing naar het eerste arrest. Het eerste arrest en de voornoemde conclusie hebben de pennen in beweging gebracht en verwachtingen geschept over de vraag welke overwegingen de Hoge Raad in het tweede arrest zou formuleren.³ Van Peurseem schreef in zijn conclusie sprekend dat de curator in de tweede zaak er een lans voor breekt dat de Hoge Raad meer duidelijkheid schept over aansprakelijkheid op grond van selectieve betaling.⁴ Nu het tweede arrest is gewezen, zal men teleurgesteld kunnen zijn⁵ want de Hoge Raad heeft niet veel woorden besteed aan het leerstuk. Mijns inziens is dat laatste echter terecht omdat het afleidt van het kader waaraan getoetst moet worden en dat is het kader van

interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid. In deze bijdrage zal ik op beide arresten ingaan. Daarna zal ik stilstaan bij de theorie. Ik zal afsluiten met een aantal concrete vragen die de bestuurder in de praktijk kan meenemen in zijn belangenafweging bij het doen of nalaten van ('selectieve') betalingen.

2. Iedereen wordt betaald behalve de Ontvanger

Het arrest van 12 april 2019 heeft een lang voortraject. Na uitspraken van Rechtbank Zeeland-West-Brabant,⁶ Hof Den Bosch,⁷ de Hoge Raad⁸ en (na verwijzing door de Hoge Raad) Hof Arnhem-Leeuwarden,⁹ belandde de zaak nu weer bij de Hoge Raad. Een einduitspraak deed de Hoge Raad (vermoedelijk tot vermoeienis van alle partijen) echter niet. De zaak is nu verwezen naar Hof Den Haag. In alle feitelijke instanties werd de vordering van de Ontvanger (deels) toegewezen. De vraag is wat dit laatste hof zal beslissen.

De feiten in deze zaak, voor zover deze zijn op te maken uit de betrokken uitspraken, kunnen als volgt worden samengevat. Een onderneming die zich bezighield met transport, opslag en expeditie draaide al een aantal jaren een zeer magere winst. Na een fors verlieslatend jaar zegde de belangrijkste opdrachtgever ook nog eens zijn

* Mr. dr. W.A. Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law.

1. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576.

2. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73.

3. B.F. Assink, 'Selectieve betaling en bestuurdersaansprakelijkheid in fiscalibus', *Ondernemingsrecht* 2019/137, par 3.2: 'Het zou zomaar kunnen dat [de Hoge Raad] dan lijnen uit het onderhavige arrest doortrekt'. Zie ook A. Karapetian, 'Ernstig verwijt en selectieve betalingen', *MvO* 2019/8.2; C.E.J.M. Hanegraaf, 'Alle schuldeisers zijn gelijk, maar onder (bijzondere) omstandigheden zijn sommige schuldeisers gelijkjer dan andere', *Bb* 2019/54 en de annotaties van R.B.H. Beune in *NTFR* 2019/985, A.J. Tekstra in *JOR* 2019/123, A.E.H. van der Voort Maarschalk in *BNB* 2019/108 en I.L.S. IJzerman in *FED* 2019/110.

4. Conclusie van A-G Van Peurseem 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:798, r.o. 2.3.

5. Zie bijvoorbeeld T. Saleminck in zijn annotatie bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *JOR* 2020/55.

6. Rb. Zeeland-West-Brabant 16 juli 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:5919 (niet gepubliceerd).

7. Hof Den Bosch 21 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1846, *NTFR* 2015/2180, m.nt. M.C.J. Kop.

8. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530 met annotaties van A.E.H. van der Voort Maarschalk in *BNB* 2017/124, A.J. Tekstra in *JOR* 2017/189 en M.C.J. Kop in *NTFR* 2017/859.

9. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1462 met annotaties van T. Tekstra in *NLF* 2018/0633 en R.B.H. Beune in *NTFR* 2018/746.

vervoerscontract met de onderneming op. Kort daarna ging het snel en besloten de aandeelhouders de boel te liquideren, maar niet voordat de bedrijfsuitoefening nog een aantal maanden werd voortgezet in het beoogde belang van schuldeisers en werknemers. In een korte tijd van een paar maanden werden alle activa van de onderneming tegen reële prijzen verkocht voor een verkoopprijs van ruim € 840.000. Huisbankier Rabobank vestigde een pandrecht op alle vorderingen op derden en de schuld aan Rabobank van ruim € 400.000 werd vervolgens, aldus Hof Den Bosch in het eerste arrest, ‘bij voorrang’ afgelost.¹⁰ Alle reeds bestaande schulden van ca. € 375.000 werden afbetaald en nieuwe schulden tot een bedrag van ruim € 480.000 aan, aldus Hof Arnhem-Leeuwarden in het tweede arrest, ‘al of niet gelieerde zakelijke partners’ ontstaan als gevolg van een voortzetting van de onderneming, werden eveneens betaald.¹¹ Ook de werknemers van de onderneming ontvingen hun loon. De vennootschap is vervolgens op basis van een eigen aanvraag van de bestuurder op 9 december 2008 gefailleerd. De als gevolg van de voortzetting van de bedrijfsvoering verschuldigd geraakte omzetbelasting van bijna € 150.000 en loonbelastingen van bijna € 120.000 over de periode september tot en met december 2008 bleven echter onbetaald en onverhaalbaar. Dat werd de betrokken bestuurder verweten door de Ontvanger en daarom werd de bestuurder aangesproken voor ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in de zin van artikel 36 Invorderingswet. Tezamen met boetes werd een bedrag van ruim € 290.000 gevorderd.

Bij Hof Den Bosch stond de betaling aan Rabobank centraal. Het hof verweet de bestuurder onder meer dat hij had toegegeven aan de druk van Rabobank en niet had bewerkstelligd dat ook de belastingverplichtingen in verband met de voortgezette bedrijfsvoering zouden worden nagekomen. Hij had volgens het hof redelijkerwijs moeten begrijpen dat die belastingverplichtingen niet zouden worden nagekomen. Zelfs als, zoals de bestuurder betoogde, Rabobank als eerste betaald zou moeten worden vanwege de aan Rabobank verstrekte zekerheden dan nog zou de bestuurder niet zonder meer hebben mogen toegeven aan de druk van Rabobank om de schuld volledig terug te betalen zonder daartoe overleg te plegen met de Ontvanger die, aldus het hof, ‘(tevens) bevoorrecht schuldeiser was’.¹² Tegen dit oordeel werd cassatieberoep ingesteld. In zijn arrest van 31 maart 2017¹³ bevestigde de Hoge Raad de door het hof aangelegde maatstaf, namelijk dat bij de beslissing of sprake is

van kennelijk onbehoorlijk bestuur het erom gaat of de bestuurder wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat hij bij zijn handelwijze, erin bestaande dat hij de bedrijfsvoering wilde voortzetten om een mogelijk faillissement te vermijden, wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat belastingschulden opgeroepen door de voortgezette bedrijfsvoering, onbetaald zouden blijven.¹⁴ Het cassatieberoep werd evenwel gegrond verklaard omdat de bestuurder had aangevoerd dat Rabobank zelf voor inning van zijn vorderingen had zorggedragen door verrekening van inkomende gelden met haar schuld, zonder dat de bestuurder daarin een keuze had. De Hoge Raad oordeelde in dit verband dat een bestuurder slechts kan worden verweten kennelijk onbehoorlijk te hebben bestuurd, indien deze bij machte is om de gewraakte bestuurshandelingen niet te verrichten.¹⁵

Na cassatie en verwijzing naar Hof Arnhem-Leeuwarden nam de Ontvanger, die mogelijk moed had verloren na de uitspraak van de Hoge Raad, niet meer het standpunt in dat voor de betalingen aan de Rabobank een verwijt aan de bestuurder kon worden gemaakt.¹⁶ Wel handhaafde de Ontvanger het standpunt dat de bestuurder onbehoorlijk had bestuurd door voorrang te geven aan de betaling van leveranciers en andere concurrente crediteuren boven betaling van de belasting.¹⁷ Opnieuw werd de bestuurder veroordeeld, waarbij het hof overwoog dat, anders dan de betalingen aan Rabobank, het bij voorrang betalen van de overige crediteuren op een vrije keuze van de bestuurder berustte zodat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kon worden gemaakt.

Dat met voortzetting van de bedrijfsvoering beoogd werd tot een zo gunstig mogelijke afwikkeling van het bedrijf te komen, deed aan de verwijtbaarheid niet af, aldus het hof, omdat op voorhand was te voorzien dat die voortgezette bedrijfsvoering slechts mogelijk was door deze (deels) te financieren met (nieuwe) belastingschulden.¹⁸ Opnieuw werd cassatie ingesteld en opnieuw werd cassatie gegrond verklaard.¹⁹ Gelet op het belang van de betrokken overwegingen citeer ik deze:

‘3.5.1. Er bestaat geen algemene regel op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij niet rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) een vennootschap – dan ook – in beginsel vrij op grond van een eigen afwe-

10. ECLI:NL:GHSHE:2015:1846, r.o. 2.8, 2.15, 4.5 en 4.6.

11. ECLI:NL:GHARL:2018:1462, r.o. 4.4-4.5 waarin het hof spreekt over dwangcrediteuren, waaronder volgens de bestuurder moet worden begrepen, werknemers, brandstofleverancier en transporteurs die nodig waren voor voortzetting van de onderneming.

12. Zie art. 21 IW. De Ontvanger heeft een zogenoemd ‘voorrecht’ dat op grond van art. 3:278 BW hoger in rang staat dan (‘voorrang’ heeft boven) de vorderingen van concurrente schuldeisers, die op grond van de uit art. 3:277 BW voortvloeiende ‘paritas creditorum’ onderling een gelijk recht hebben om te worden voldaan uit de boedel.

13. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, met conclusie A-G IJzerman 31 maart 2016, ECLI:NL:PHR:2016:204.

14. R.o. 3.2.1-3.2.3.

15. R.o. 3.3.3-3.3.4.

16. De vraag is waarom. A-G IJzerman constateerde in zijn scherpe conclusie namelijk terecht dat het hof in zijn uitspraak niets heeft vastgesteld omtrent de vraag of de bestuurder een keuze had om Rabobank een pandrecht te verstrekken en Rabobank vervolgens te betalen en dat dit juist onderzocht diende te worden. Zie r.o. 5.12 t/m 5.21.

17. ECLI:NL:GHARL:2018:1462, r.o. 4.3.

18. ECLI:NL:GHARL:2018:1462, r.o. 4.8.

19. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576. Bij dit arrest is geen conclusie genomen.

ging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan (vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, rechtsoverweging 4.1.2).

Indien deze afweging leidt tot het besluit om belasting-schulden van de vennootschap niet, of niet bij voorrang te betalen, kan die afweging slechts dan worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36, lid 3, van de Wet indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt. Bij de beoordeling van een dergelijke afweging moeten alle feiten en omstandigheden van het geval in ogenschouw worden genomen. Van een geval waarin geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt, kan worden gesproken onder meer indien de bestuurder van een vennootschap heeft bewerkstelligd dat belasting-schulden van die vennootschap onbetaald zijn gebleven, terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belasting-schulden onbetaald zouden blijven en hem persoonlijk een ernstig verwijt treft (vgl. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, rechtsoverweging 3.2.2).

3.5.2. De hiervoor omschreven vrijheid van (een bestuurder van) een vennootschap om te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap zullen worden voldaan, is in elk geval beperkter indien de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen. In die situatie staat het (de bestuurder van) de vennootschap in beginsel niet vrij schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd met voorrang boven andere schuldeisers – onder wie de ontvanger – te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd (vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, rechtsoverweging 3.4.3). Dit geldt ook bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft.

Doet een bestuurder in deze gevallen toch een betaling zoals hiervoor bedoeld en is van bijzondere omstandigheden geen sprake, dan kan zijn handelwijze al worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36, lid 3, van de Wet indien hij ernstig rekening ermee had moeten houden dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat belasting-schulden van de vennootschap onbetaald zouden blijven.⁷

De Hoge Raad overwoog vervolgens dat het hof gelet op de hiervoor omschreven vrijheid heeft miskend dat het de bestuurder in beginsel vrijstond op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zouden worden voldaan. De zaak werd met het gegeven raamwerk in voormelde overwegingen verwezen naar Hof

Den Haag. Wordt vervolgd dus, waarbij – dunkt mij – de schone taak voor dit laatste hof is weggelegd om vooral heel goed te motiveren waarom de bestuurder in dit specifieke geval nu wel of niet zijn vrijheid te buiten is getreden en waarom bepaalde betalingen door bijzondere omstandigheden wel of niet werden gerechtvaardigd.

3. Betaling schuld namens vennootschap en verrekening met eigen schuld

De zaak die heeft geleid tot het arrest van 17 januari 2020 laat zich korter samenvatten. De bestuurder/enig aandeelhouder van vennootschap (A), die handelde in diepgevroren vlees en gevogelte, diende op 4 december 2014 een verzoek tot faillietverklaring in namens A. Op 6 januari 2015 werd de vennootschap failliet verklaard. Per factuur van 12 december 2014 bracht een derde (B) een bedrag van bijna € 30.000 in rekening bij A voor aan A verleende diensten. Op 22 december 2014 werd deze factuur door een andere vennootschap (C), waarvan de betrokken bestuurder/enig aandeelhouder eveneens bestuurder/enig aandeelhouder was, voldaan. De bestuurder had dit bedrag vervolgens bij A als een creditbedrag in rekening-courant geboekt ten gunste van B als gevolg waarvan de schuld van B aan A met een gelijk bedrag was afgenomen. Bij de rechtbank vorderde de curator betaling van voormeld bedrag door de betrokken bestuurder omdat de verrekening paulianeus en onrechtmatig zou zijn. De rechtbank wees de vordering af.

Bij Hof Amsterdam²⁰ werd de vordering alleen nog maar gebaseerd op onrechtmatige daad, erin bestaande dat betaling van C en verrekening van de vordering van A op B tot gevolg had dat het desbetreffende bedrag van de vordering van A op B niet meer beschikbaar was voor de overige crediteuren van A.²¹ Het hof wees de vordering af en overwoog daartoe – kort gezegd – dat indien onvoldoende feitelijke grondslag bestaat om de betaling van een opeisbare schuld te vernietigen middels artikel 47 Fw en de curator zich op onrechtmatige daad baseert, hij zal moeten aantonen dat de bestuurder ‘van het gewraakte handelen (of nalaten) namens de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt’. Dat is in het geval van een betaling die heeft plaatsgevonden in het zicht van een (mogelijk) faillissement niet anders, aldus het hof. Volgens het hof was het enkele betalen door de vennootschap van een opeisbare schuld terwijl de handelende (indirect) bestuurder wist dat het faillissement van de vennootschap is aangevraagd dus onvoldoende voor het aannemen van een onrechtmatige daad. Daartoe zouden bijkomende omstandigheden zijn vereist, zoals 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. Van die bijkomende omstandigheden was niet gebleken.

20. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221, m.nt. Ph.W. Schreurs.

21. R.o. 3.3. Hoewel dat niet met zoveel woorden uit het arrest blijkt, komt de curator op ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers door het geldend maken van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 6:162 BW. Sinds HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, m.nt. BW (Peeters q.q./Gatzen) is vaste rechtspraak dat de curator daartoe bevoegd is. Zie daarover meer inhoudelijk: M.A.J.G. Janssen & G.G. Boeve, ‘Enkele aspecten van de Peeters/Gatzen-vordering’, *TvI* 2009/4, p. 118-122.

De curator stelde cassatie in. In de lezenswaardige conclusie van A-G Van Peursem, waar ik hierna nog aandacht aan zal besteden, gaat hij uitvoerig in op het leerstuk van selectieve betaling waarna hij concludeert dat de cassatieklachten gegrond zijn. De doorwrochte conclusie ten spijt, de Hoge Raad oordeelde anders en dat is eerder uitzondering dan regel. In een summiere uitspraak wees de Hoge Raad het cassatieberoep af. Hij overwoog daartoe onder verwijzing naar het standaardarrest *Ontvanger/Roelofsen*.²²

‘3.2 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 vennootschapsschuldeiser. 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.’²³

Uit het arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat het genoemde ernstig verwijt niet aanwezig was, niet onbegrijpelijk achtte gelet op de vaststelling van het hof dat (i) geen persoonlijk belang van de bestuurder kon worden aangenomen bij de betaling, (ii) de vennootschap gebukt ging onder een aandeelhoudersgeschied en de bestuurder ten tijde van de betaling nog trachtte met de (indirecte) meerderheidsaandeelhouder, die gelieerd was aan de belangrijkste leverancier en financier van de vennootschap, tot een regeling te komen waardoor het faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend, en (iii) de faillissementsaanvraag mede diende om druk op de meerderheidsaandeelhouder uit te oefenen. Hiermee was de zaak afgedaan. Hof Den Haag, dat zich nog moet buigen over de verwijzing in de eerste in deze bijdrage behandelde zaak, doet er in ieder geval goed aan om dit laatste arrest in zijn oordeelsvorming te betrekken.

4. De benadering van de problematiek via ‘fases’?

Het eerste hiervoor behandelde arrest heeft wetenschappers aan het schrijven gebracht. Uitvoerige, instemmende en/of kritische analyses van wat de Hoge Raad overwogen en bedoeld heeft, verschenen in rap tempo achter elkaar.²⁴ Als gemene deler lijkt men in ieder geval de volgende hoofdregels te distilleren uit het arrest: (1) de bestuurder mag steeds op grond van een eigen afweging bepalen welke schuldeisers van de vennootschap wanneer

betaald worden zonder dat hij daarbij rekening hoeft te houden met preferentie van schuldeisers en (2) eenmaal als de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en *kenbaar*²⁵ niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen dan wel een eigen faillissement heeft aangevraagd (hierna noem ik dit maar de ‘insolvente liquidatiefase’),²⁶ bestaat die vrijheid nog steeds, zij het dat (a) de bestuurder schuldeisers die aan de vennootschap zijn gelieerd niet met voorrang boven andere schuldeisers mag betalen, en (b) de bestuurder geen betalingen met voorrang mag doen waarbij hij een persoonlijk belang heeft, tenzij sprake is van door de bestuurder aan te tonen bijzondere omstandigheden die deze betalingen rechtvaardigen (denk aan gelieerde dwangcrediteuren of betalingen die de stand van de boedel per saldo beter maken).

Op zich duidelijke regels, maar qua opbrengst zijn ze vrij mager te noemen. Ze vloeien immers grotendeels al voort uit het arrest *Coral/Stalt*²⁷ en zijn slechts (en terecht) ‘in beginsel’-regels die dus ruimte laten voor afwijking. Ze roepen daarnaast ook nieuwe vragen op. Want betekenen de regels *a contrario* dat het de bestuurder dus wel vrijstaat om in een insolvente liquidatiefase schuldeisers volstrekt willekeurig te betalen, zolang ze maar niet gelieerd zijn en de bestuurder er geen persoonlijk belang bij heeft? En moet men nu veronderstellen dat vorderingen van gelieerde partijen en/of vorderingen waarbij de bestuurder een betalingsbelang heeft, minder ‘waard’ zijn dan vorderingen van andere derden? Daarvoor lijkt mij geen wettelijke grondslag te bestaan. De vraag is ook wat ‘gelieerd’ en ‘persoonlijk belang’ precies betekenen (hoe sterk moet het verband of persoonlijk belang zijn?). In zijn noot bij het arrest merkt Tekstra op dat het spijtig is dat de Hoge Raad in zijn overwegingen niet een stap verder is gegaan, door bijvoorbeeld te formuleren dat de bestuurder in de hier beschreven situatie dient te handelen als een ‘quasi-vereffenaar’ ten aanzien van de nog aanwezige middelen, omdat vaststaat dat er geen inkomsten meer zullen komen en de crediteuren niet (volledig) kunnen worden voldaan. Het ligt volgens Tekstra dan voor de hand dat de bestuurder op dat moment alleen nog maar betalingen kan/mag doen volgens de wettelijke rangorde.²⁸ In die wettelijke rangorde wordt geen onderscheid gemaakt tussen vorderingen van gelieerde of niet-gelieerde partijen dan wel vorderingen waar de bestuurder een persoonlijk belang bij heeft.

Het commentaar van Tekstra past bij de vaker in de literatuur gehanteerde ‘fases’ en/of peildata waarmee geïllustreerd wordt dat de vrijheid van de bestuurder om namens de rechtspersoon te handelen en crediteuren (‘selectief’) te betalen, afneemt naarmate de gezondheid

22. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*).

23. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, r.o. 3.2.

24. Zie de bronnen in voetnoot 5.

25. De hierna genoemde *Beklamel*-toets blijft daarin centraal staan.

26. In plaats van ‘feitelijke liquidatiefase’ omdat een feitelijke liquidatie ook gewoon kan geschieden met beoogde betaling van alle schuldeisers.

27. Zie HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*) waar de Hoge Raad ook naar verwijst en waar nu ‘slechts’ aan is toegevoegd betalingen waar een bestuurder persoonlijk een belang bij heeft.

28. Tekstra 2019, par. 7.

van de onderneming achteruitloopt.²⁹ Een belangrijk moment is de uit de rechtspraak bekende 'peildatum' waarop een bestuurder de zogenoemde *Beklamel-toets*³⁰ niet meer ongeschonden kan doorstaan en wist of behoorde te weten dat de vennootschap niet langer in staat zou zijn haar schulden binnen een 'behoorlijke termijn' te voldoen. Vanaf dat moment dient, aldus Schreurs, het bestuur zich de belangen van de gezamenlijke crediteuren aan te trekken.³¹ Andere schrijvers noemen de periode daarvoor nog de 'omkeerbare crisissituatie' omdat het tij nog gekeerd zou kunnen worden en het zicht nog steeds op de lange termijn gericht kan zijn. Daarna volgt een 'onomkeerbare crisissituatie' indien duidelijk is dat de onderneming het niet zal overleven, aldus Hanssen.³² Bartman maakt onderscheid tussen een 'reddingsfase' waarin nog een 'betaalautonomie' bestaat en een 'feitelijke liquidatiefase' waarin het beginsel van de 'paritas creditorum' (schuldeisers met gelijke rang moeten gelijk behandeld worden) centraal staat. In de eerste fase moet de bestuurder op grond van het beginsel van betaalautonomie het voordeel van de twijfel krijgen. In de tweede fase is de bestuurder aansprakelijk voor het doen van selectieve betalingen tenzij hij een rechtvaardiging kan aandraagen voor de betaling.³³ Het zijn allemaal waardevolle benaderingen die inzicht geven in de lastige problematiek waarmee de bestuurder van doen krijgt tijdens 'zwaar weer'.

In zijn conclusie bij de tweede zaak redeneert A-G Van Peurseem onder verwijzing naar literatuur en rechtspraak uitvoerig langs de lijnen van de hiervoor genoemde fases. Kort gezegd overweegt de A-G dat gelet op de eigen faillissementsaanvraag van de bestuurder aangenomen moet worden dat de vennootschap verkeerde in een situatie dat het faillissement onafwendbaar was, dat dus geen sprake meer was van een fase die in de literatuur als 'reddingsfase' wordt bestempeld, maar sprake was van een 'feitelijke liquidatiefase'. Terwijl in de eerste fase de bestuursautonomie de bestuurder het voordeel van de twijfel zou moeten geven, zou in de tweede fase juist het beginsel van de *paritas creditorum* centraal moeten staan.

Hij concludeert: selectieve betaling mag niet in de fase waarin een faillissement onvermijdelijk is, tenzij de betaling op grond van door de bestuurder te stellen en bewijzen bijzondere omstandigheden is gerechtvaardigd, waarbij de bestuurder belast zou moeten worden met de stelplicht en bewijslast dat bij selectieve betaling geen sprake was van een situatie dat faillissement onafwendbaar was geworden.³⁴ Hij concludeerde dat terecht cassatie was ingesteld.

Toch ging de Hoge Raad daar niet in mee en bekrachtigde hij het arrest van het hof. Het zal de wenkbrauwen hebben doen fronsen in de rechtswetenschap, want het gebruik van fases, omslagpunten en peildata gaf enige houvast in het moeras van bestuurdersaansprakelijkheid.³⁵ Anders dan men van mij gewend zal zijn, ondersteun ik de benadering van de Hoge Raad in het tweede arrest echter ten eerste. Ook in de insolvente liquidatiefase is de bestuurder immers nog steeds gewoon 'bestuurder' en niet vereffenaar. Ook in deze fase moet hij nog steeds lastige beslissingen nemen waarin hij alle bij de rechtspersoon betrokken belangen moet kunnen blijven afwegen (ik kom daar hierna op terug). Of de bestuurder zich tijdens zijn handelen continu bewust is of zelfs kan zijn van de 'fase' waarin de rechtspersoon zich begeeft, is bovendien maar zeer de vraag. De bedoelde 'fases' zullen immers vaak onopgemerkt in elkaar overlopen en zelfs daadwerkelijk door elkaar heen kunnen lopen. Dat is bijvoorbeeld het geval als men bepaalde delen van de onderneming wil redden.³⁶ Ook kan het zo zijn dat de aandeelhouders beoogd hebben de onderneming zonder een faillissement gecontroleerd te liquideren met betaling van alle op dat moment in redelijkheid te voorziene schulden door ter beschikking stelling van een vooraf bepaald budget (bijvoorbeeld door middel van een kapitaalstorting of andere vorm van financiering) die achteraf misschien toch niet voldoende blijkt. Ik vraag mij dan ook af wat het juridisch praktisch nut is van de 'fase-benadering'.³⁷ A-G Van Peurseem slaat wat dat betreft de spijker op zijn kop waar hij overweegt: 'In welke fase men verkeert en wanneer de aansprakelijkheidsnorm als het ware "omklapt" van

29. Zie met name S.M. Bartman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgement rule?', *AA* 2011, p. 126-130; Th.P.J. Hanssen, 'Taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, afl. 6; Ph.W. Schreurs, 'Selectie van betalingen – afrekenen in de twilight zone', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 351 e.v. en de annotaties bij HR 26 maart 2010 (*Zandvliet/ING*) in *JOR* 2010/127, m.nt. Strik, *JIN* 2010/691, m.nt. Vergouwen en *Ondernemingsrecht* 2010/9, p. 401 met commentaar Assink en Pijls.

30. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).

31. Schreurs 2017, p. 358 e.v.

32. Hanssen 2015, par. 3.2.1.

33. Bartman 2011, p. 130. Zie ook zijn noot bij het tweede in deze bijdrage behandelde arrest, S.M. Bartman, 'Selectieve rechtspraak bij bestuurdersaansprakelijkheid', *AA* 2020/03, p. 274-277 waarin hij opnieuw aandacht besteedt aan deze 'fases'.

34. R.o. 2.9-2.10 en 2.25-2.26. In gelijke zin Schreurs 2018. Er lijkt echter een tegenstrijdigheid in deze redenering te zitten. Want als aangenomen moet worden dat de rechtspersoon is beland in de fase dat faillissement onvermijdelijk is, is het onmogelijk voor de bestuurder om te bewijzen dat het faillissement nog afwendbaar was.

35. Zo ook in Hof Den Bosch 22 april 2008, *JOR* 2008/258 ('omslagpunt') of Hof Den Haag 16 september 2008, *JOR* 2009/5 ('deconfiture nagenoeg onvermijdelijk'). Saleminck uit in dit verband zijn teleurstelling in zijn annotatie bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *JOR* 2020/55.

36. Vgl. Assink 2019 die de vraag stelt of de door de Hoge Raad geschetste systematiek ook doorwerkt in een scenario waarin geen sprake is van een genomen besluit tot beëindiging van de activiteiten maar wel van een middelengebrek, en de situatie zich kan voordoen dat de onderneming in zwaar weer levensvatbaar is en mogelijk via voortzetting richting een bestendig succesvol vervolg post-herstructurering gebracht kan worden, wat relevant is voor alle betrokkenen bij de vennootschap en de onderneming.

37. Zo ook Karapetian 2019, par. 4.4 die daar dieper op ingaat. Zie evenwel Bartman 2020, p. 277 die ondanks het tweede arrest van de Hoge Raad stelt dat het onderscheid tussen reddingsfase en (feitelijke) liquidatiefase nog niets aan belang heeft ingeboet.

“nee, tenzij” naar “ja, tenzij”, lijkt mij afhankelijk van de omstandigheden van het geval.³⁸ Dit gaf wederom niet veel houvast, is door de Hoge Raad ook niet gevolgd en laat zien dat de vele pogingen om de leerstukken van interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid in theoretische vaste kaders te plaatsen weinig nut heeft, gelet op het sterk casuïstische karakter ervan.³⁹

5. Gewone regels van bestuurdersaansprakelijkheid

Wat na de twee arresten in feite overblijft is een (terechte?) waarschuwing voor bestuurders dat wanneer de rechtspersoon in zwaar weer verkeert (in zoverre blijft de ‘fase’-benadering nog immer relevant) zij extra bewust dienen te zijn van een mogelijk gevaar dat erin schuilt om bepaalde schuldeisers wel en andere (nog) niet te betalen. Maar wat is nu het toetsingskader? Het antwoord hierop begint met de constatering dat ook bij het doen of nalaten van ‘selectieve’ betalingen door een bestuurder de gewone ‘algemene’ regels omtrent zowel interne als externe bestuurdersaansprakelijkheid gelden en moeten worden toegepast.⁴⁰ Dat blijkt ook wel uit de hiervoor geciteerde overwegingen van de Hoge Raad in beide arresten.

In het eerste arrest, waarin de gestelde aansprakelijkheid gebaseerd was op ‘kennelijk onbehoorlijke taakvervulling’ als bedoeld in artikel 36 Invorderingswet is duidelijk dat de Hoge Raad met een spreekwoordelijke mogelijkheid van uitzondering op uitzondering nogal wat ‘slagen om de arm houdt’ om in voorkomende gevallen maatwerk te kunnen leveren.⁴¹ Hieruit blijkt in feite dat in iedere fase (going concern, reddingsfase of insolvente liquidatiefase) en in iedere situatie (een betaling aan een gelieerde partij, niet-gelieerde partij of een betaling waarbij de bestuurder persoonlijk belang heeft) geldt dat aansprakelijkheid pas kan ontstaan indien geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afwe-

ging had gemaakt. Iedere verdere abstracte uitwerking van deze heldere en door mij onderschreven norm, die afkomstig is uit het *Panmo*-arrest,⁴² zonder deze toe te spitsen op concrete omstandigheden, leidt echter alleen maar tot onduidelijke redeneringen. Zo ook in het eerste arrest, waarin de Hoge Raad mijns inziens een complexe cirkelredenering⁴³ maakt en normen die hetzelfde beogen en daarmee ‘dubbelop’ zijn op elkaar stapelt. Zo is volgens de Hoge Raad sprake van handelen op een wijze zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld (*Panmo*) indien (i) ‘de bestuurder heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van die vennootschap onbetaald zijn gebleven, terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven’ en (ii) ‘hem persoonlijk een ernstig verwijt treft.’ Deze mengvorm van het *Panmo*-criterium en terminologie uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen*⁴⁴ dat betrekking had op zogenoemde externe bestuurdersaansprakelijkheid, maakt een en ander bepaald niet duidelijker.⁴⁵ Het hiervoor onder (i) genoemde lijkt mij bovendien inherent tegenstrijdig met de hoofdregel dat een bestuurder in beginsel betaalautonomie heeft. Als een bestuurder immers de vrijheid heeft om zelf een afweging te maken om een schuldeiser (zoals de Ontvanger) niet te betalen, en hij die afweging niet heeft gemaakt op een wijze zoals geen redelijk denkend bestuurder zou handelen, dan heeft hij *juist* en *bewust* bewerkstelligd en begrepen dat zijn handelwijze tot gevolg had dat die schuldeiser onbetaald zou blijven. Met het hiervoor onder (ii) genoemde lijkt de Hoge Raad verder vast te houden aan een (pleonastisch) paradigma dat helemaal niets meer toevoegt aan het bestaande normenkader. Ik zal de eerdere door mij in het verleden geuite kritiek over deze ‘ernstig verwijt’-problematiek⁴⁶ niet herhalen, maar duidelijk is dat deze kritiek ook op dit arrest van toepassing is.⁴⁷ In haar reactie op het onderhavige arrest schrijft

38. R.o. 2.18.

39. Vgl. W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam) (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 10.2.6 en B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium voor het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2261 die in meer algemene zin schreef in het kader van aandeelhoudersaansprakelijkheid: ‘gelet op de sterk contextuele aard van de analyse (...) ligt het minder in de rede om deze analyse een al te rigide geschematiseerd karakter (zoals een ‘stappenplan’) te geven’.

40. Zie ook HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, *JOR* 2014/229, m.nt. J. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*), dat eveneens betrekking had op selectieve betaling kort voor een faillissement.

41. Zo ook letterlijk Hanegraaf 2019, par. 5.

42. HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454 en *JOR* 2001/171, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Panmo*).

43. Vgl. Tekstra 2019, par. 6.

44. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).

45. Vgl. Assink 2019, par. 3.1 die het heeft over een ‘mengvorm’ tussen de *Panmo*-maatstaf en een ‘gevaltype waarin de ernstig verwijt-maatstaf een kernrol vervult’.

46. Zie Westenbroek 2017 (diss.) en bijvoorbeeld ‘Het trustkantoor als bestuurder en “omgaan” in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht’, *O&F* 2018, afl. 3, p. 14-32; ‘Wat wil deze advocaat-generaal?’, *WPNR* 2018/7189 en ‘Bestuurdersaansprakelijkheid en internetcriminaliteit in de bioscoop: een spannende film?’, *MvO* 2019/3.

47. Opvallend is dat ten aanzien van art. 2:9 BW ook de minister nu inmiddels drie keer de vraag van Kamerleden heeft ontweken of het gebruik van de term ‘ernstig verwijt’ naast ‘onbehoorlijk’ geen pleonasme is. Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 8, p. 3-4, *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8-11, *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 11 en het stenografisch verslag van het wetgevingsoverleg van 20 januari 2020, *Kamerstukken II* 2019/20, 34491 (concept en nog niet genummerd): ‘Is het niet een pleonasme om te spreken over het op een ernstig verwijtbare manier onbehoorlijk vervullen van je bestuurstaken? Graag een reactie van de minister op dit punt.’ De reactie wordt niet gegeven en de minister speelt de bal terug naar de rechterlijke macht waar de maatstaf zijn oorsprong vond: ‘Ik kan me voorstellen dat als een en ander over vijf jaar wordt geëvalueerd, er inmiddels gerechtelijke uitspraken liggen die dat enigszins inkleuren.’ Hiermee miskent de minister dat de maatstaf al sinds HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*) wordt gebruikt en al die tijd niet is ‘ingekleurd’.

Karapetian, die net zoals ik kritisch is op het gebruik van de term 'ernstig verwijt',⁴⁸ dat de invulling van de Hoge Raad 'een te breed bereik heeft, waarmee zij weinigzeggend wordt'.⁴⁹ Van Dunné heeft onder verwijzing naar mijn bevindingen onlangs eveneens uitdrukkelijk standpunt ingenomen tegen de 'ernstig verwijt'-maatstaf.⁵⁰ Ook Strik schreef zeer recentelijk nog een keer dat het begrip 'ernstig verwijt' in de wijze zoals gebruikt in de Nederlandse jurisprudentie niet heeft bijgedragen aan een zuivere, laat staan voor de praktijk verhelderende, ontwikkeling van het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid.⁵¹ Die constatering deel ik, want met de huidige ingewikkeld geformuleerde rechtspraak wordt de bestuurder naar mijn idee niet veel wijzer.

In het tweede arrest, waarin de gestelde aansprakelijkheid gebaseerd was op de gewone onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW, houdt de Hoge Raad zich behoorlijk op de vlakte en verwijst hij middels een voetnoot naar eerdergenoemd arrest *Ontvanger/Roelofsen*. Afgezien van deze onnodige verwijzing en de onnodige gebruikmaking van de 'ernstig verwijt'-maatstaf (want een verwijzing naar de gewone regels van onrechtmatig daad zou voldoende moeten zijn)⁵² is het arrest wat mij betreft een voorbeeld van hoe recht gesproken moet worden. Geen onnodige lange abstracte uiteenzettingen, maar klare taal. Ik heb in dit verband al eerder opgemerkt dat het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is.⁵³ In dit geval had het oordeel in lijn met de terminologie van artikel 6:162 BW misschien nog duidelijker kunnen luiden, namelijk dat de Hoge Raad het feitelijke oordeel van het hof dat de bestuurder niet onrechtmatig (dan wel maatschappelijk onbetamelijk) had gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers niet onbegrijpelijk vond omdat de bestuurder een opeisbare vordering betaalde, waar hij geen persoonlijk belang bij had in een situatie waarin hij nog rekening hield met de mogelijkheid dat het faillissement af te wenden was. Dat was dus niet onbehoorlijk en daarmee evenmin onrechtmatig. Of men het eens is met het oordeel van de Hoge Raad is een andere vraag, maar de Hoge Raad heeft het laatste woord.

6. Bestuurder is bewaarnemer van het rechtspersoonlijk belang

De lezer van beide arresten blijft wat beduusd achter. Is er nu helderheid geschapen, is de vraag. Heeft de bestuurder nu zoveel vrijheid dat hij zelfs nog na het indienen van een eigen faillissementsaanvraag namens de vennootschap, betalingen mag verrichten aan willekeurige partijen die om betaling vragen? Mag een familielid met een harde vordering (behoudens bijzondere omstandigheden) niet betaald worden, maar een niet-gelieerde derde wel? Is een crediteur-vennootschap waarin de bestuurder een minderheidsbelang heeft een gelieerde partij? Het is duidelijk dat de benadering van de problematiek rondom zogenoemde 'selectieve betalingen' nog niet is uitgekristalliseerd. De vraag is of dat in de toekomst wel gaat gebeuren. Om goed te begrijpen waarom dit leerstuk zich niet zo makkelijk in een keurslijf laat plaatsen is het belangrijk om stil te staan bij twee belangrijke begrippen binnen het rechtspersonenrecht die ook relevant zijn voor het toepasselijke toetsingskader.

Het eerste begrip is 'rechtspersoonlijkheid'. Op grond van artikel 2:5 BW hebben rechtspersonen als abstract rechtssubject eigen rechten en verplichtingen.⁵⁴ Bestuurders staan niet persoonlijk in voor de voldoening van de schulden en verplichtingen van de rechtspersoon. Deze rechtspersoon is bij de betaling van zijn schuldenaren bovendien niet verplicht om een bepaalde volgorde in acht te nemen. Een crediteur die zijn (opeisbare) vordering sneller betaald weet te krijgen dan de andere crediteur heeft het gewoon goed gedaan. Pas vanaf datum faillissement ontstaat een bevreemdend effect. Vanaf dat moment dienen alle niet-geprivilegieerde schuldeisers gelijk te worden behandeld ex artikel 3:277 BW. Vóór dat moment wordt voornoemde vrijheid slechts beperkt door artikel 42 Fw voor niet opeisbare schulden en door artikel 47 Fw voor wel opeisbare schulden.⁵⁵ Let wel, deze bepalingen zijn van toepassing op de gefaillieerde *rechtspersoon*, maar hoeven niet noodzakelijkerwijs te leiden tot aansprakelijkheid van *bestuurders*, want daarvoor moet de individuele bestuurder *persoonlijk* een verwijt kunnen worden gemaakt. In dat verband geldt (i) dat de bestuurder slechts de taak op zich heeft genomen de rechtspersoon te *bestu-*

48. Zie haar proefschrift A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen; R&P nr. INSR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019. In zijn boekbespreking van dit proefschrift blijft inmiddels in buitengewone dienst zijnde A-G L. Timmerman, die zich eerder ook kritisch over mijn bevindingen heeft uitgelaten, zich te vuur en te zwaard verzetten tegen de kritiek alsof het recht en de theorie kneedbaar is naar zijn visie ('Ik denk relativerend en laconiek over het recht' en de theorie 'is volgens mij niet meer dan een beeld dat kan helpen tot goede beslissingen te komen'). Het is spijtig dat een inhoudelijke discussie over terechte rechtswetenschappelijke bevindingen zo de mond wordt gesnoerd door een voormalig A-G die een belangrijke rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van de theorie waar inmiddels breed gedragen kritiek op bestaat. Zie L. Timmerman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen. Bespreking van het proefschrift van A. Karapetian', *MvO* 2020/1.3.

49. Karapetian 2019, par. 4.1.

50. J.M van Dunné, *Aansprakelijkheid van de arbiter: 'bewuste roekeloosheid', 'ernstig verwijt' of 'bekwame arbiter' als maatstaf?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019 (Cahier Privaatrecht), par. 4.2 t/m 4.5 waarin Van Dunné ook ingaat op mijn discussie met Timmerman.

51. D.A.M.H.W. Strik, 'Bestuurdersaansprakelijkheid – Wat kunnen de Belgen en de Nederlanders van elkaar leren?', in: H. de Wulf e.a. (red.), *Ondernemingsrecht in de Lage Landen* (IVOR nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 1.

52. Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.3 en Karapetian 2019 (diss.), par. 2.7.4 en par. 2.10.

53. Westenbroek 2017 (diss.), par. 1.2.4 en hfdst. 13 onder verwijzing naar J. Fleming, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichhouders: de juridische risico's van ondernemen', in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2014*, Deventer: Kluwer 2014, par. 6.1.

54. Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.4.3, 10.8 en 11.4.

55. In gelijke zin over al het voorgaande: J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in zwaar weer', *TvI* 2002, p. 167 e.v., par. 2.

ren en daarnaast (ii) dat de bestuurder, zoals ieder individu, vanzelfsprekend niet onrechtmatig mag handelen. Dientengevolge zal bij de vraag of de bestuurder in het kader van een ('selectieve') betaling persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt dus getoetst moeten worden (i) of hij deze bestuurstaak behoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW (welke norm niet anders is dan die van artikel 2:138/248 BW of artikel 36 Invorderingswet)⁵⁶ en (ii) of hij zich maatschappelijk (on)betamelijk heeft gedragen in de zin van artikel 6:162 BW. In het kader van selectieve betaling vallen deze normen in feite samen, hetgeen ook wel blijkt uit de in deze bijdrage behandelde arresten.

Het samenvallen van voornoemde normen in het kader van selectieve betaling is een logisch gevolg van de Nederlandse kijk op het ondernemingsrecht. Dat brengt mij bij het tweede begrip: het 'vennootschappelijk belang'. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het vennootschappelijk belang de resultante is van de verschillende deelbelangen van alle betrokkenen bij de rechtspersoon of een autonoom begrip is.⁵⁷ Die dogmatische discussie laat ik voor wat deze is. Het is namelijk in ieder geval algemeen aanvaard dat wij in Nederland een zogenoemd stakeholdersmodel kennen,⁵⁸ waarbij ervan wordt uitgegaan dat de abstracte figuur van 'de rechtspersoon', die als 'fictie' niet een scherp afgebakend eigen belang heeft,⁵⁹ in feite een verzameling is van de deelbelangen van al deze stakeholders. Dat zijn dus niet alleen aandeelhouders (vgl. het shareholdersmodel), maar ook andere betrokkenen bij de rechtspersoon zoals financiers, werknemers, afnemers, verhuurders, toeleveranciers en meer in het algemeen crediteuren, zoals ook de Ontvanger.⁶⁰ Zij zijn al dan niet via het maatschappelijk economisch verkeer met hun betrokkenheid bij de rechtspersoon als het ware deelnemers aan het rechtspersonenverkeer en hebben ieder hun eigen deelbelang waartegenover een wederkerig

belang staat als onderdeel van de gezamenlijke belangen die zijn verenigd in 'de rechtspersoon'.⁶¹ Zo hebben de betrokkenen bij de rechtspersoon er allemaal een op continuïteit gericht belang bij dat de rechtspersoon toegang heeft tot bijvoorbeeld (i) kapitaal, (ii) financiering, (iii) arbeid, (iv) leveranciers, (v) afnemers, (vi) bedrijfspanden, (vii) de markt en het maatschappelijk economisch verkeer in het algemeen. Daartegenover staan de deelbelangen van (i) de aandeelhouder bij 'return on investment', (ii) de financier bij (terug)betaling van rente en lening, (iii) de werknemer bij loon, (iv) de leverancier bij betaling van zijn product, (v) de afnemer bij levering van zijn product, (vi) de verhuurder bij huurinkomsten en (vii) de Ontvanger bij betaling van belastingschulden als ruil voor de toegang tot de markt en het maatschappelijk economisch verkeer. Al deze – in beginsel op continuïteit gerichte – belangen kunnen gezamenlijk aangeduid worden als het 'vennootschappelijk belang'. Zuiverder zou zijn om te spreken van de meer generiek toepasbare term 'rechtspersoonlijk belang'.⁶²

Voor het 'leerstuk' van bestuurdersaansprakelijkheid (ook bij selectieve betaling) is van belang dat de bestuurder uitdrukkelijk geen wettelijke verplichting heeft te handelen naar de genoemde individuele deelbelangen.⁶³ Hij heeft 'slechts' de (soms zeer lastige) taak om alle verschillende (en soms botsende) deelbelangen steeds af te wegen op een wijze waarmee het rechtspersoonlijk belang wordt gediend. De bestuurder bekleedt een – mede door het rechtspersonenrecht bepaalde – maatschappelijke positie waarbij hij een 'trusteefunctie', een bewakers- of bewaarnemersrol vervult ten opzichte van alle hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen.⁶⁴ De wet bepaalt bij kapitaalvennootschappen in dit verband uitdrukkelijk dat het bestuur de verplichting heeft om te handelen naar eerdergenoemd 'vennootschappelijk belang' (zie art. 2:139/239 lid 5 BW). Aange-

56. Zie ook recentelijk nog *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8: 'Met de uitdrukking "kennelijk onbehoorlijke taakvervulling" in artikel 2:138/248 BW en artikel 36 Invorderingswet 1990 wordt hetzelfde bedoeld als met de term "onbehoorlijk bestuur" als vervat in artikel 2:9 BW.'

57. Zie daarover uitgebreid: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVOR nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

58. Vgl. J. Nijland e.a., 'Verschuivend paradigma in corporate governance bij vijandige overnames', *O&F* 2019/27, par. 5.3: 'Ik denk dat je veilig kunt zeggen dat we in Nederland van een stakeholderbenadering uitgaan. Dat heeft invloed op de norm voor het vennootschappelijk belang.'

59. E.J. Oppedijk van Veen & M.H.C. Sinninghe Damsté, 'In the money of out of the money; tussen vennootschappelijk belang en het belang van gezamenlijke crediteuren', in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz, *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 134.

60. Vgl. de Nederlandse Corporate Governance Code 2016, preambule, p. 8: 'De Code berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken stakeholders. Stakeholders zijn (...): werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden. Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van deze belangen (...)' Zie ook T.T. van Zanten & B.F. Assink, 'Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaardering!', *TvI* 2008/4, p. 165-167, die stelden dat de belangen van schuldeisers en werknemers een rol spelen in het vennootschapsbelang. Zie hierover ook M.J. Kroeze, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/50.

61. Vgl. Nijland e.a. 2019, par. 4 die het hebben over de 'innerlijke dialectiek van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming: deze kan enerzijds als één geheel worden beschouwd, anderzijds als een optelsom van de delen.'

62. W.A. Westenbroek, 'De waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht', *MvO* 2018, afl. 3/4, par. 7.2.

63. Vgl. Nijland e.a. 2019, par. 4: 'dat van [de bestuurder] niet wordt geveerd een of meer stakeholdersbelangen actief te bevorderen.'

64. Westenbroek 2017 (diss.), par. 10.8. Karapetian 2019 (diss.), par. 5.3.2 ziet die bewaarnemersrol en maatschappelijke positie van de bestuurder niet omdat het de rechtspersoon is die deelneemt aan het economisch verkeer en derden dat als uitgangspunt moeten nemen. Dat laatste is uiteraard juist, maar dat betekent niet dat de bestuurder niet een (ook door Karapetian) onderkende cruciale rol speelt bij de rechtspersoon die een zekere zorgplicht met zich brengt jegens derden die met de rechtspersoon handelen. Vandaar ook de term 'bewaarnemersrol'. Zie overigens in gelijke zin eerder al: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/482 en Asser/Maeijer 2-III 2000/321 alsmede eerdergenoemde Corporate Governance Code.

nomen mag worden dat dit naar analogie geldt voor alle rechtspersonen en dat het bestuur van iedere rechtspersoon gehouden is te handelen naar het rechtspersoonlijk belang. Handelen in strijd met het rechtspersoonlijk belang kan onbehoorlijk bestuur opleveren.⁶⁵ Het enkele feit dat een bestuurder niet heeft gehandeld in het deelbelang van een crediteur door deze onbetaald te laten (en alle andere crediteuren wel heeft betaald) vormt dus geen onbehoorlijke taakvervulling zolang het rechtspersoonlijk belang er niet mee is geschaad. Dan heeft de bestuurder namelijk ook niet gehandeld in strijd met de norm die voortvloeit uit artikel 2:9 BW. Dat is pas anders als de bestuurder een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de crediteur heeft geschonden ex artikel 6:162 BW, bijvoorbeeld door expliciete betalingsbeloftes te doen en deze niet na te komen⁶⁶ of door de betrokken schulden te hebben doen ontstaan terwijl hij wist of behoorde te weten dat deze niet zouden kunnen worden voldaan. Dat is immers niet alleen onbehoorlijk maar ook onrechtmatig.

Het rechtspersoonlijk belang, waaronder dus ook de deelbelangen van crediteuren vallen, bestaat zolang de rechtspersoon bestaat, ook als de continuïteit van de rechtspersoon op zijn einde is. In dit verband moet worden opgemerkt dat geen wettelijke verplichting bestaat voor de bestuurder om het faillissement van de rechtspersoon aan te vragen en dat artikel 2:246 BW bepaalt dat een bestuurder van een vennootschap het faillissement niet mag aanvragen indien hij daarvoor geen opdracht heeft gekregen van de algemene vergadering van aandeelhouders. In 2018 oordeelde de Hoge Raad zelfs dat het aanvragen van faillissement zonder een dergelijke opdracht kan leiden tot het oordeel onbehoorlijke taakvervulling.⁶⁷ Ook wanneer de rechtspersoon in zwaar weer verkeert en zelfs wanneer een liquidatie van de rechtspersoon op korte termijn te voorzien is, dient deze rechtspersoon dus nog gewoon bestuurd te worden en dient het bestuur daarbij te handelen naar het rechtspersoonlijk belang. Dat rechtspersoonlijk belang wordt in deze fase niet per se gediend met een soort ‘pre-faillissement paritas creditorum’ en ook in deze fase moet het bestuur als resultaat van een belangenafweging er dus voor kunnen kiezen om bepaalde crediteuren ‘selectief’ wel of niet te betalen. Het antwoord op de vraag of deze afweging dusdanig onder de maat was dat dit persoonlijke aansprakelijkheid moet opleveren, wordt vervolgens niet gegeven

door te beoordelen of het rechtspersoonlijk belang ook daadwerkelijk was gediend met de gemaakte afweging (er rust immers geen resultaatsverbintenis op de bestuurder maar een inspanningsverbintenis),⁶⁸ maar door de vraag of geen redelijk denkend bestuurder tot de belangenafweging en handelingen heeft kunnen komen van de aangesproken bestuurder. Bij die beoordeling is echter van belang dat een rechter niet op de stoel van de bestuurder mag plaatsnemen.⁶⁹ Het afwegen van alle deelbelangen,⁷⁰ die onderdeel uitmaken van het rechtspersoonlijk belang, is nu eenmaal een bestuurstaak en geen rechterlijke taak. De rechter dient slechts te beoordelen – al rekening houdend met het gevaar van hindsight bias – of de gemaakte afweging de (*Panmo*-)toets van de maatmanbestuurder doorstaat: zou geen enkele redelijk denkend bestuurder zo gehandeld hebben?⁷¹

7. Concrete vragen in het kader van belangenafweging

Al met al lijkt het mij gevaarlijk om algemene rechtsregels af te leiden uit de in deze bijdrage behandelde arresten. Iedere zaak is anders en het onbetaald laten van de Ontvanger in de eerst behandelde zaak, kan de bestuurder nog steeds duur komen te staan. Dat moet nog gezien worden. Wat daar ook van zij, de term ‘selectief betalen’ suggereert dat daar iets onbehoorlijks of onrechtmatigs in schuilt. Dat is niet het geval, zo blijkt inmiddels wel uit voormelde arresten. Selectief betalen mag gewoon. Sterker, als de middelen schaars zijn, getuigt het juist van goed ondernemerschap dat een bestuurder afweegt welke betalingen prioriteit hebben, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de onderneming vroegtijdig omvalt⁷² of de boedel minder waard wordt. De verwijtbaarheid van een bestuurder zit dus niet in het doen of nalaten van de betaling, maar in omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat onbehoorlijk of onrechtmatig is gehandeld.⁷³ Deze omstandigheden kunnen sneller aan de orde zijn wanneer (i) de onderneming heeft besloten haar activiteiten te beëindigen, (ii) de rechtspersoon niet over voldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te betalen en geen zicht heeft op instroom van nieuwe liquide middelen en/of (iii) faillissement is aangevraagd. De bestuurder moet dan sowieso op zijn hoede zijn. Met name in deze situaties (maar in feite in alle situaties) zal hij er goed aan doen stil te staan bij onder meer de volgende vragen:

65. Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 4-5.

66. Zoals het geval was in het door A-G Van Peurseem aangehaalde arrest HR 26 maart 2010, *NJ* 2010/189 (*Zandvliet/ING Bank*).

67. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, *NJ* 2019/31.

68. Westebroek 2017 (diss.), par. 3.7, 4.3.3 en 5.3.3.

69. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 3-4. Zie ook Nijland e.a. 2019, par. 5.1: ‘Rechters zijn geen beleidsvormend orgaan’ (participant 1). De participanten uit de rechterlijke organisatie geven er de voorkeur aan om zich te onthouden van deelname aan discussies met betrekking tot het belang van de vennootschap, langetermijnwaarde, duurzaamheid, aandeelhouders- of stakeholdersvraagstukken die volgens hen de wetgever dient op te lossen.

70. Vgl. Oppedijk van Veen & Sinninghe Damsté, 2019, p. 134: ‘Wat hiervan verder ook zij, in onze ogen zal er – linksom of rechtsom – een weging van verschillende deelbelangen moeten plaatsvinden’.

71. Dit criterium, dat terugkomt in HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, *NJ* 2001/454 en *JOR* 2001/171, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Panmo*), is niet één man, noch de gemiddelde bestuurder, maar een categorie bestuurders waarbinnen een ruime variatie en breedte kan gelden. Vgl. Westebroek 2017 (diss.), p. 158, 169, 267 en 290 en L.G. Eykman, ‘De aansprakelijkheid van directeuren en commissarissen tegenover de vennootschap, bezien vanuit algemene civielrechtelijke beginselen’, *TVVS* 1986, nr. 86/4, p. 87 e.v.

72. Bartman 2011, p. 126-130.

73. Karapetian 2019, par. 4.1 schrijft terecht dat de focus nu op het niet-betalen (of anderszins het niet-nakomen van verplichtingen van de vennootschap) ligt, terwijl de ongeoorloofdheid van de desbetreffende gedragingen doorgaans elders ligt.

(i) Bestaat het risico dat betalingen worden aangetast op grond van artikel 42 of 47 Fw (omdat betalingen onverplicht worden gedaan of in onderling overleg zijn verricht om de schuldeiser te begunstigen)?

(ii) Worden betalingen beoogd aan bestuurders, familieleden, aandeelhouders of partijen met wie zij of de rechtspersoon zijn gelieerd, dan wel betalingen waarbij deze partijen een bepaald belang hebben (gedacht kan worden aan de situatie dat een van die partijen borg staat of hoofdelijk aansprakelijk is voor de schuld die wordt betaald)?

(iii) Zijn betalingstoezeggingen beoogd of gedaan (iets dat niet aan te raden is) om leveringen en/of financiering veilig te stellen of om rechtsmaatregelen te voorkomen en kunnen deze toezeggingen worden nagekomen?

(iv) Worden nieuwe verplichtingen of schulden beoogd of aangegaan (iets dat niet aan te raden is, maar soms wel noodzakelijk: bijvoorbeeld het inschakelen van adviseurs of het aangaan van verplichtingen die juist uitgelokt worden door het zwaar weer), kunnen deze worden nagekomen en/of is vooruitbetalen of het informeren van de wederpartijen over de werkelijke toestand gewenst?⁷⁴

(v) Heeft een beoogde selectieve betaling tot gevolg dat de vermogenspositie van de rechtspersoon (of toekomstige boedel) per saldo wordt verbeterd of verslechterd?⁷⁵

(vi) Worden crediteuren betaald wier positie ook al door andere zekerheden wordt gedekt, bijvoorbeeld door concern- en/of bankgaranties zodat zij ook andere verhaalsmogelijkheden hebben terwijl andere crediteuren die deze verhaalsmogelijkheden niet hebben, onbetaald blijven?⁷⁶

(vii) Zijn partijen aan wie betaald wordt (inclusief gelieerde partijen of partijen bij wie de bestuurder een belang heeft) aan te merken als dwangcrediteuren?

(viii) Zijn bepaalde betalingen en/of rechtshandelingen redelijkerwijs nodig om bepaalde bedrijfsonderdelen te redden, de onderneming deels voort te zetten en/of een oplossing te bieden voor werknemers (hetgeen ook ten gunste is van de boedel)⁷⁷ en/of anderszins nodig om de positie van de boedel te verbeteren?⁷⁸

Het is slechts een niet-limitatieve opsomming van hulpvragen want ik kan als rechtswetenschapper net zomin als de rechter op de stoel van de bestuurder plaatsnemen. Wat de bestuurder zich steeds zal moeten realiseren, is dat het zijn taak is om het rechtspersoonlijk (en niet een individueel) belang te dienen.

8. Afsluiting

De bestuurder heeft de (soms zware) taak om alle belangen betrokken bij de rechtspersoon af te wegen en op basis daarvan beslissingen te nemen. Die afweging kan ertoe leiden dat een crediteur op enig moment wel of niet betaald wordt. Of dat geoorloofd is, zal beoordeeld moeten worden door te toetsen of geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden dezelfde afweging had gemaakt. Het behoeft in dit verband geen betoog dat de individuele bestuurder en het bestuur als meerhoofdige orgaan er per definitie steeds goed aan doen om notities en notulen bij te houden van besluitvorming in moeilijke tijden zodat de gemaakte belangenafweging ook achteraf inzichtelijk is.⁷⁹ Blijkt daaruit dat is nagedacht over voorgaande – en andere van geval tot geval relevante – vragen en dat het bestuur meer in het algemeen een belangenafweging heeft gemaakt van alle bij de rechtspersoon betrokken belangen (verenigd in het rechtspersoonlijk belang), alvorens tot bepaalde betalingen of rechtshandelingen is over gegaan, dan zal dat de (processuele) positie van de bestuurder ten goede kunnen komen. Uit die belangenafweging zou mijns inziens tot slot ook gewoon kunnen blijken dat en waarom betalingen aan bestuurders zelf, aan gelieerde partijen of aan partijen waar de bestuurder een persoonlijk belang bij had, in het specifieke geval gerechtvaardigd waren.⁸⁰ Uitzonderingen bevestigen niet per se de regel.

74. Ik zou menen dat wanneer de wederpartij wordt geïnformeerd over de werkelijke situatie deze daarmee in de positie wordt gebracht om naar eigen inzicht voorschotten en/of vooruitbetaling te vragen en de bestuurder daarmee voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van deze wederpartij. Zie in dit verband mijn beschouwingen over financiële gevaarzetting bij selectieve betaling in mijn noot bij Hof Den Bosch 12 augustus 2014, *JOR* 2015/2.

75. Vgl. Schreurs 2018, par. 6 die het heeft over betalingen die een bepaald voordeel opleveren voor de gezamenlijke crediteuren, bijvoorbeeld omdat het bijdraagt aan waardebehoud.

76. Niettegenstaande het feit dat een rechtspersoon zelf aansprakelijk blijft ondanks een gegeven concern- of bankgarantie, zou mijns inziens onder omstandigheden verdedigbaar moeten kunnen zijn om crediteuren zonder dit soort zekerheden eerder te betalen dan crediteuren met dit soort zekerheden. Ik zeg daarbij met nadruk 'onder omstandigheden' nu de bestuurder uiteraard ook de belangen van de garantiegiver in acht zal moeten nemen en rekening zal moeten houden met regresvorderingen en de waarde van de in dat verband verstrekte zekerheden/contragaranties. Ook zouden de belangen van een op afstand staande externe garantieverstrekker als een bank wellicht anders gewogen kunnen worden dan die van een steeds geïnformeerde 'beleidsbepalende' financierende en garantieverstreckende moedermaatschappij. Voor dit laatste zou mogelijk steun gevonden kunnen worden in de in deze bijdrage besproken arresten waarin (terecht of niet) gelieerde partijen expliciet een andere positie wordt toegedicht.

77. Bij faillissement neemt het UWV de loonverplichting van de werkgever weliswaar over op grond van de loongarantieregeling, maar het UWV subrogeert in de rechten van de werknemer jegens de werkgever.

78. Vgl. Schreurs 2018, par. 8 die schrijft dat betalingen soms plaatsvinden om (het dan nog mogelijke) overleven van een levensvatbare onderneming mogelijk te maken en daarom bescherming verdienen. Vgl. ook Karapetian 2019 (diss.), p. 148.

79. Vgl. Beune 2019, die over een besluit om in een bepaalde volgorde te betalen schrijft: 'Ik adviseer de bestuurder dan wel om te komen tot een bepaalde volgorde van betaling en die aan het papier toe te vertrouwen.'

80. Vgl. IJzerman 2019, par. 4, die als voorbeeld noemt het geval dat deze betalingen voor de vennootschap ook opbrengst genereerde waarmee andere schulden konden worden afbetaald.