

Selectieve betalingen en bestuurdersaansprakelijkheid, een gemiste kans voor de Hoge Raad

Bb 2020/90

In deze procedure ligt de vraag voor wat de norm is voor aansprakelijkheid van een bestuurder van een vennootschap die in het zicht van het door die bestuurder zelf aangevraagde faillissement van die vennootschap vervolgens een niet-gelieerde schuldeiser selectief betaalt. De Hoge Raad schetst met zijn oordeel in dit arrest helaas geen algemeen kader voor de beoordeling van onrechtmatige daadvorderingen tegen bestuurders wegens selectieve betaling, terwijl de praktijk daaraan wel behoefte heeft.

1. Inleiding

Als een vennootschap niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te betalen, bijvoorbeeld als gevolg van COVID-19, dan zal een bestuurder keuzes moeten maken tussen welke schuldeisers namens de vennootschap wel of niet te betalen. In dat geval loopt een bestuurder het risico dat hij of zij persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld door onbetaalde schuldeisers. Als de vennootschap is gefailleerd, kan een dergelijke vordering ook door een curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers worden ingesteld. In dit artikel wordt een recente uitspraak van de Hoge Raad (HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73²) over dit onderwerp besproken.

2. Feiten

De feiten in deze zaak zijn als volgt: B is middellijk bestuurder en enig aandeelhouder van zowel A B.V. als D B.V. B heeft op 4 december 2014 een verzoek tot faillietverklaring van A B.V. ingediend. Op 6 januari 2015 is het faillissement van A B.V. uitgesproken. In de tussenliggende periode heeft A B.V. een factuur van Limes International Tax + Expat B.V. ('Limes') ontvangen voor door Limes ten behoeve van A B.V. verrichte diensten. Deze factuur van bijna € 30.000 is op 22 december 2014 door D B.V., in opdracht van A B.V., voldaan. Middellijk bestuurder B heeft de betaling van D B.V. aan Limes in de rekening-courant tussen A B.V. en D B.V. laten boeken. Hierdoor is de schuld van D B.V. aan A B.V. uit hoofde van de rekening-courant met een bedrag van bijna € 30.000 afgenomen.

In deze procedure vordert de curator van A B.V. op grond van (onder andere) onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van middellijk bestuurder B

betaling van het aan Limes betaalde bedrag van € 30.000. De onrechtmatigheid is er volgens de curator in gelegen dat middellijk bestuurder B heeft bewerkstelligd dat A B.V. via D B.V. op 22 december 2014 de factuur van Limes heeft betaald, terwijl hij al eerder op 4 december 2014 het faillissement van A B.V. had aangevraagd. Met andere woorden, de curator stelt dat middellijk bestuurder B onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers door selectief in het zicht van het faillissement van A B.V. de vordering van Limes te betalen met als gevolg dat de andere schuldeisers van A B.V. onbetaald zijn gebleven.

Het hof heeft de vordering van de curator afgewezen. De curator heeft vervolgens cassatieberoep ingesteld.

3. Conclusie A-G Van Peurseem

Om de praktijk meer houvast te bieden dan tot nu toe op basis van eerdere jurisprudentie is gebeurd, heeft A-G Van Peurseem hierbij de gelegenheid aangegrepen om een algemeen kader te schetsen voor de beoordeling van onrechtmatige daadvorderingen tegen bestuurders wegens selectieve betaling. In navolging van Bartman en Schreurs³ maakt hij daarvoor een onderscheid tussen een reddingsfase en een fase waarin het faillissement onafwendbaar is.

In de reddingsfase heeft een bestuurder volgens hem betaalautonomie en handelt een bestuurder in beginsel niet onrechtmatig als hij of zij selectief schuldeisers betaalt. In die fase staat het een bestuurder in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan ook al beschikt de vennootschap over onvoldoende middelen om alle schuldeisers te betalen, zoals de Hoge Raad in het arrest *ING/Zandvliet* heeft geoordeeld.⁴ Dit is volgens Van Peurseem slechts anders als door de eiser aan te voeren bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat de bestuurder toch een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In de fase dat het faillissement van de vennootschap onafwendbaar is de vrijheid van een bestuurder beperkter. Een bestuurder handelt in beginsel onrechtmatig als hij of zij selectief gelieerde schuldeisers betaalt, tenzij door de bestuurder aan te voeren bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat hem daarvan geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit is in lijn met hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest *Coral/Stalt* voor het selectief betalen van gelieerde schuldeisers in een situatie dat is besloten om

1 Mr. S.A.C.R. Wahlbrinck & mr. J.P.D. van de Klift zijn advocaat bij DVDV te Rotterdam.

2 JOR 2020/55, m.nt. Salemink; RI 2020/33. Zie ook de besprekingen door J. van Bekkum in *Ondernemingsrecht* 2020/107, K.M. Sixma en J. Opstroom in *Tijdschrift voor Curatoren* 2020/3 en W.A. Westenbroek in *TvOB* 2020-2, p. 61-70.

3 HR 26 maart 2010, AA 2011/2, m.nt. S.M. Bartman en 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*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 351 e.v.

4 HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654, r.o. 4.1.2 (*ING/Zandvliet*).

de activiteiten van de vennootschap te beëindigen en de vennootschap onvoldoende middelen heeft om alle schuldeisers te voldoen.⁵ Volgens A-G Van Peurseem geldt dit uitgangspunt ook voor het in deze fase selectief betalen van niet-gelieerde schuldeisers waarbij een bestuurder een persoonlijk belang heeft, zoals de Belastingkamer van de Hoge Raad heeft geoordeeld op een vordering van de Ontvanger wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur op de voet van artikel 36 IW tegen een bestuurder voor bepaalde onbetaalde belastingschulden.⁶

4. Uitspraak van de Hoge Raad

De Hoge Raad maakt helaas geen gebruik van de gelegenheid om de praktijk meer houvast te bieden door het algemene kader van A-G Van Peurseem over te nemen, dan wel zelf een algemeen kader te schetsen voor de beoordeling van onrechtmatige daadvorderingen tegen bestuurders wegens selectieve betaling.

De Hoge Raad stelt voorop dat een bestuurder niet reeds aansprakelijk is jegens een schuldeiser van de vennootschap op de enkele grond dat de bestuurder het faillissement van de vennootschap al heeft aangevraagd en vervolgens heeft bewerkstelligd dan wel toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers met voorrang heeft betaald. Daarvoor is namelijk een zodanig onzorgvuldig handelen van de bestuurder ten opzichte van de niet-betaalde schuldeiser voor nodig dat de bestuurder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Volgens de Hoge Raad heeft het hof deze maatstaf niet miskend. Het hof heeft vastgesteld dat uit de feiten niet blijkt dat middellijk bestuurder B een persoonlijk belang had bij de betaling van de factuur van Limes en evenmin dat Limes aan middellijk bestuurder B of A B.V. gelieerd is. Voorts heeft het hof vastgesteld dat A B.V. gebukt ging onder een aandeelhoudersgeschil, middellijk bestuurder B als aandeelhouder het faillissement van A B.V. had aangevraagd om druk te zetten op de gesprekken om dit geschil op te lossen en dat bij een oplossing het faillissement had kunnen worden afgewend.

In het licht van deze omstandigheden heeft het hof volgens de Hoge Raad terecht geoordeeld dat middellijk bestuurder B persoonlijk geen ernstig verwijt treft. Om die reden verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep.

5. Betekenis van de uitspraak voor de praktijk

De betekenis van de uitspraak van de Hoge Raad is helaas minder groot dan wij op basis van de conclusie van A-G Van Peurseem hadden gehoopt, omdat de Hoge Raad het algemene kader van Van Peurseem niet heeft overgenomen. Evenmin heeft de Hoge Raad zelf de gelegenheid ter hand genomen om een algemeen kader te schetsen. Wat ons betreft een gemiste kans.

Waar brengt dit ons nu? Uitgangspunt is dat voor het slagen van een onrechtmatige daadvordering tegen een bestuurder wegens selectieve betaling vereist is dat een bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit moet worden beoordeeld in het licht van alle omstandigheden van het geval. Uit de uitspraak van de Hoge Raad volgt echter niet welke omstandigheden daarbij doorslaggevend zijn.

Is daarvoor, bijvoorbeeld, voldoende dat het selectieve betalingen betreft aan gelieerde schuldeisers of schuldeisers waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft? Of is daarvoor vereist dat het faillissement ten tijde van de betaling onafwendbaar was? Omgekeerd, als het faillissement onafwendbaar is, levert dan, bijvoorbeeld, alleen het selectief betalen van gelieerde schuldeisers een persoonlijk ernstig verwijt op, of ook het selectief betalen van schuldeisers waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft? Op deze vragen geeft de Hoge Raad helaas geen antwoord. Het voorgaande neemt niet weg dat het door A-G Van Peurseem gemaakte onderscheid tussen de reddingsfase en de fase dat het faillissement onafwendbaar is, de praktijk volgens ons wel handvatten kan geven voor (de advisering van) bestuurders van bedrijven in moeilijkheden.

In de *reddingsfase* kan een bestuurder in beginsel geen ernstig verwijt worden gemaakt van het selectief betalen van schuldeisers, tenzij bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat een bestuurder wel een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Wat zouden dan die bijzondere omstandigheden kunnen zijn?

Daarvoor zou volgens ons moeten worden aangesloten bij het vennootschappelijk belang dat een bestuurder altijd in acht moet nemen. Dat belang vereist dat een bestuurder in de reddingsfase alleen die schuldeisers betaalt die noodzakelijk zijn voor het voortbestaan van de vennootschap. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat een bestuurder van het selectief betalen van schuldeisers, die volstrekt irrelevant zijn voor het voortbestaan van de vennootschap in de reddingsfase, wel persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Hierbij kan – bijvoorbeeld – worden gedacht aan het ineens aflossen van langlopende rekening-courant schulden van de vennootschap aan de bestuurder of aan hem gelieerde schuldeisers of het ineens gaan betalen van achterstallige managementvergoedingen aan de bestuurder. Als de bestuurder en de aan hem gelieerde schuldeisers kennelijk al enige tijd hebben geaccepteerd dat zij niet worden betaald, dan valt niet in te zien waarom zij in het kader van de redding van de vennootschap ineens wel zouden moeten worden betaald.

Echter, als managementvergoedingen al die tijd wel gewoon zijn betaald aan de bestuurder, valt volgens ons niet in te zien waarom een bestuurder tijdens de reddingsfase geen managementvergoedingen meer aan zichzelf zou mogen betalen. Een bestuurder hoeft zijn diensten niet gratis te leveren. Daar mag een vergoeding tegenover staan. Wat ons betreft is dit niet anders ten aanzien van het betalen van huur aan een gelieerde schuldeiser. Zeker als die schuldeiser

⁵ HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, r.o. 3.4.3 (*Coral/Stat!*).

⁶ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, r.o. 3.5.2.

met de ontvangen huur hypothecaire verplichtingen moet betalen.

Tegenover de reddingsfase staat *de fase dat het faillissement onafwendbaar is*. Die fase is volgens ons aangebroken als de bestuurder wist of had behoren te weten dat de vennootschap geen perspectief op een levensvatbare toekomst meer heeft. Het zal niet altijd makkelijk zijn om de overgang tussen deze twee fases vast te stellen. Daarom vinden wij dat ten behoeve van de bestuurder een datum aan de veilige kant moet worden gekozen gezien de aard van de onrechtmatige daadvordering.⁷

Maar als een bestuurder weet of had behoren te weten dat deze fase is aangebroken, dan zou de bestuurder moeten afzien van het selectief betalen van gelieerde schuldeisers en schuldeisers waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft om het risico op bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling te mitigeren. Dat is slechts anders als bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat deze schuldeisers toch worden betaald. Dan kan een bestuurder deze schuldeisers wel betalen.

Ook het selectief betalen van niet-gelieerde schuldeisers in deze fase kan volgens ons mogelijk als onrechtmatig worden aangemerkt. Bijvoorbeeld, als er sprake is geweest van samenspanning met het oogmerk om deze niet-gelieerde schuldeisers boven alle andere schuldeisers te bevoordelen. Men vergelijk dit met de regel van artikel 47 Fw, volgens welke de voldoening door de schuldenaar aan een opeisbare schuld onder andere kan worden vernietigd, wanneer wordt aangetoond dat dat betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen. In meerdere arresten⁸ heeft de Hoge Raad overwogen dat "overleg" in de zin van art. 47 samenspanning inhoudt, wat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezeten om door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven andere te begunstigen. Hierbij moet aangetekend worden dat een dergelijke samenspanning bij gelieerde schuldeisers⁹ veel gemakkelijker te bewijzen is dan bij niet-gelieerde schuldeisers.

Volgens Schreurs kan het selectief betalen van schuldeisers in de fase dat het faillissement onafwendbaar is gerechtvaardigd zijn, als die betalingen in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers, bijvoorbeeld om de onderneming in stand te houden (teneinde uitzicht te houden op een doorstart) of omdat er schade ontstaat als deze schuldeisers niet betaald worden (energiekosten, verzekeringspremies).¹⁰ Zo valt er voor een curator van een groothandel in diepvriesproducten weinig meer te verkopen als de onderneming voor faillissement reeds is gestaakt. Afnemers zijn dan al overgestapt naar een concurrent en de voorraad diepvriesproducten is mogelijk reeds bedorven als energienota's

niet zijn betaald. De gezamenlijke schuldeisers zijn er dan bij gebaat dat de bestuurder de onderneming nog voortzet en de daarvoor benodigde schuldeisers betaalt vanaf het moment dat hij of zij weet dat het faillissement onvermijdelijk is tot de datum dat het faillissement wordt uitgesproken. Een bestuurder van een vennootschap die geen perspectief op een levensvatbare toekomst meer heeft en geen enkel risico op bestuurdersaansprakelijkheid wil lopen, doet er volgens ons daarom verstandig aan het faillissement zo spoedig mogelijk aan te vragen en geen enkele schuldeiser meer te betalen, tenzij dat echt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers noodzakelijk mocht zijn op grond van de hiervoor genoemde gronden.

7 HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, r.o. 4.2.5 (*Sobi/Hurks II*).

8 HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676 en HR 20 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2784.

9 Schreurs, t.a.p., p. 365 verwijst hiervoor naar het arrest *Cikam/Siemon* (HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1881).

10 Schreurs, t.a.p., par. 6.