

Ph.W. Schreurs*

SELECTIE VAN BETALINGEN – AFREKENEN IN DE *TWILIGHT ZONE*

1. Inleiding

In 2015 wees de Hoge Raad een veel besproken arrest over de aansprakelijkheid van een advocaat.¹ Die had een bestuurder van een bedrijf in moeilijkheden geadviseerd over betalingen die nog verricht konden worden. De reden voor aansprakelijkheid was vooral gelegen in het feit dat de cliënt door de advocaat niet “*duly informed*” was over het bestaan en de omvang van het risico dát de cliënt aansprakelijk zou worden gesteld. Dat was op zich niet nieuw. Niet zonder reden vraagt Van Maanen in zijn noot bij dat arrest² aandacht voor het feit dat in casu niet *vaststond* dat het gegeven advies fout was. Een deel van de soms wat benauwde beschouwingen over het arrest kunnen wellicht geweten worden aan het feit dat die schrijvers in gedachten ook hun eigen juristen-hachje voor ogen hadden.³ Ik werd door het arrest benieuwd naar wat in de achterliggende kwestie tussen de cliënt G en diens wederpartij, een curator, nu eigenlijk gebeurd was.⁴ Het is jammer dat de zaak niet aan de Hoge Raad is voorgelegd om het leerstuk van de selectieve betaling, zoals Van Maanen opmerkt, “van een nieuwe duiding te voorzien”.⁵ De casus maakt (zoals hierna in par. 2 zal blijken) overigens wel duidelijk waarom bestuurder G zich die gang bespaard heeft.

* Mr. Ph.W. Schreurs is advocaat corporate litigation bij Boels Zanders Eindhoven, bestuurslid van Insolad en als buiten-promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 HR 29 mei 2015, *JOR* 2015/330 m.nt. Van Maanen (*Mr. X/G c.s.*).

2 Sub 9.

3 *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2015/90 m.nt. Dufour; *Tijdschrift Bouwrecht* 2016/15 m.nt. Van der Feltz; R.T.L. Vaessen, ‘Adviserende advocaat aansprakelijk voor niet wijzen op risico’s’, in: *Bedrijfsjuridische Berichten* 2015/60; N. de Boer, ‘Barbertje moet hangen’, in: *ORP* 2016, p. 17-24; maar vooral tientallen blogs te vinden op sites van advocatenkantoren. Kroeze introduceerde met zijn inaugurele rede in 2005 de ‘bange bestuurder’. M.i. kan die huiver regelmatig toegeschreven worden aan diens ‘aarzelande advocaat’. Mijn artikel vloeit in ieder geval wel voort uit dergelijke aarzelingen, die ik bij mezelf bespeurde ten aanzien van de onderhavige problematiek.

4 Mr. Litjens in hoedanigheid van curator van G BV zond mij de uitspraken die tot nu toe maar gedeeltelijk aandacht kregen: Rb. Arnhem 8 oktober 2008 (ongepubliceerd), 14 januari 2009 (ECLI:NL:RBARN:2009:BH0802) en 16 september 2009 (ECLI:NL:RBARN:2009:BK0265 en *JOR* 2010/164) en Hof Arnhem 15 maart 2011, 12 juni 2012 en 29 januari 2013 (voor zover ik heb kunnen nagaan geen van allen gepubliceerd). Ik heb het hof verzocht de uitspraken alsnog op rechtspraak.nl te publiceren. Bij het sluiten van dit artikel was dit nog niet gebeurd.

5 T.a.p. sub 5.

Het is een interessante procedure over de betalingen die een vennootschap in toenemende moeilijkheden wel of niet nog mag verrichten en het daaruit voortvloeiende risico van aansprakelijkheid van de bestuurder van die vennootschap. Dat vraagstuk komt in een of andere vorm bij alle faillissementen van vennootschappen met een actieve onderneming voor en is daarom een onderwerp van majeur belang. Achteraf wordt vaak gesproken over “selectieve betaling” (of – een onderwerp apart – “selectieve wanbetaling”). Die terminologie is niet neutraal maar heeft een ongunstige connotatie, die in belangrijke mate verklaard kan worden door (niet zozeer het voordeel als wel het nadeel van) de kennis achteraf.⁶ De curator of een ontevreden crediteur kan trachten de bestuurder aan te spreken indien die selectiviteit (ten opzichte van hem) onrechtmatig is geweest.

In deze bijdrage wil ik proberen een blik te werpen vanuit de positie waarin die bestuurder en diens adviseur *vooraf* verkeren.⁷ Het is onontkoombaar dat een bestuurder van een bedrijf in moeilijkheden keuzes moet maken; geld is er immers niet genoeg. Ook de keuze om géén betaling te verrichten, is een keuze. Ik beschrijf de toenemende problemen waarmee een dergelijke bestuurder zich geconfronteerd ziet (par. 3). Daarna laat ik zien welke risico’s voor hem persoonlijk opdoemen (par. 4). De keerzijde, de mate waarin bestuurders ruimte wordt gegund, beschrijf ik in par. 5. Ik probeer vervolgens in par. 6 vast te stellen welke regels een bestuurder in acht moet of kan nemen bij de selectie van de te verrichten betalingen die zien op ongesecureerde schulden. Voor zover het positieve recht daarover nog geen duidelijkheid geeft (en helaas is dat gedeeltelijk zo) probeer ik concrete handvatten te formuleren die een bestuurder in de *schemerzone* kan hanteren. Ik rond af in par. 7.

2. Litjens q.q./G c.s.

De casus in de procedure Litjens q.q./G c.s. (zie noot 5) was met name interessant omdat (anders dan in de meeste selectieve betaling-zaken) alleen maar betalingen aan *derden* aan de orde waren en dus niet aan gelieerde partijen. Eind 2005 zoekt G (die via G BV bestuurder en aandeelhouder is van werkmaatschappij W BV)⁸ contact met een advocaat (mr. X) over de problematische situatie binnen W BV ten gevolge van een grote betwiste claim van een afnemer. In december van dat jaar adviseert mr. X al om voorzichtig om te gaan met het maken van betalingsafspraken met crediteuren en in ieder geval oplettend te zijn met betalingen aan gelieerde crediteuren. Op 3 februari 2006 vindt een bespreking plaats waarin besloten wordt de debiteuren zo goed mogelijk te innen en zoveel mogelijk crediteuren te betalen. Dan al wordt gesproken over het doen van eigen aangifte van faillissement binnen

6 Denk aan termen als ‘selectieve verontwaardiging’.

7 En dus in de schoenen te gaan staan van de advocaat uit HR 29 mei 2015, zie noot 2.

8 Hoewel zowel G als G BV werden aangesproken, zal ik hierna steeds in enkelvoud over G spreken.

“enkele weken”. In februari wordt overlegd over een eventuele doorstart via faillissement, die er uiteindelijk ook komt. Een casus, kortom, die elke insolventierechtadviseur zal herkennen.

Een maand later, op 2 maart 2006 wordt het formele aandeelhoudersbesluit genomen om faillissement aan te vragen, mede door ondertekening door G van het desbetreffende verzoekschrift. Men is dan nog doende met de debiteurenincasso en in de dagen nadien wordt duidelijk dat vermoedelijk nog een bedrag van ruim een half miljoen euro kan worden geïncasseerd. Het verzoekschrift is al ingediend bij de rechtbank maar mr. X belt de rechtbank om de behandeling van het verzoek uit te stellen van 6 naar 8 maart 2006. Het bedrag komt inderdaad binnen en op 6 en 7 maart 2006 worden vervolgens betalingen uitgevoerd voor een totaalbedrag van ruim € 500.000. Aan het einde van die dag resteert een debetsaldo op de bank van circa € 200.000 (kennelijk de aanwezige kredietruimte) dat nadien ten laste van verpande activa is uitgewonnen.

In de diverse vonnissen en arresten wordt niet *exact* duidelijk welke betalingen zijn verricht en welke argumenten daarvoor werden aangevoerd. De preferente crediteuren waren in de weken voor ontvangst van de vijf ton al voldaan en spelen in de procedure verder geen rol. G stelt in de paar dagen voor het faillissement vooral de oudste handelscrediteuren te hebben betaald. Maar het wordt ook duidelijk dat in zekere mate “rekening is gehouden met de doorstartende onderneming. Ook betaald werden de crediteuren die voor een vliegende start van de nieuwe onderneming bij voorkeur hun medewerking zouden moeten verlenen, zoals verhuurder, accountantskantoor e.d.”⁹ Een aantal rekeningen is bewust onbetaald gelaten, waaronder in ieder geval de crediteur met de betwiste claim.

Op 8 maart 2009 is het eerder ingediende verzoek behandeld, het faillissement uitgesproken en mr. Litjens tot curator benoemd. Die spreekt G enige tijd later aan met een Peeters/Gatzen-vordering. Ik citeer enkele passages uit de vonnissen van de rechtbank:

“In zijn algemeenheid gaat het standpunt van de curator, dat het een schuldenaar niet vrij staat om nadat hij zijn faillissement heeft aangevraagd nog welke betaling dan ook te doen, te ver. Anderzijds is de rechtbank van oordeel dat de tegenover de schuldeisers in acht te nemen zorgvuldigheid, die mede inhoud krijgt door de wettelijke hoofdregel vastgelegd in art. 3:277 BW dat de schuldeisers onderling gelijke rechten hebben behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang, grenzen stelt aan de vrijheid om in die periode betalingen te voldoen. (...) Omdat (G wist – toevoeging FS) dat voldoening van alle schuldeisers was uitgesloten, wist G op dat moment ook dat er een rangorde en/of verdeelsleutel voor de nog verschuldigde betalingen gevonden moest worden. Hiervoor bestaat de zojuist genoemde hoofdregel. (...) De schuldenaar echter die (...) schuldeisers gaat betalen die nodig zijn bij de voortzetting van zijn onderneming en andere geheel of gedeeltelijk onbetaald laat, benadeelt deze laatste schulde-

⁹ Rb. Arnhem 14 januari 2009, r.o. 3.3.

sers met opzet te eigen behoefte. (...) De bestuurder heeft (...) onrechtmatig gehandeld door betalingen ten behoeve van de eigen doorstart te doen aan daarvoor interessante schuldeisers. Daarmee is de boedel voor het bedrag van die betalingen benadeeld. (...) Het onbetaald laten van betwiste rekeningen betekent, als in het zicht van een faillissement de middelen die er nog zijn geheel aan betaling van schuldeisers worden besteed, dat de betwiste rekeningen wellicht voorgoed onbetaald blijven (...). De wettelijke hoofdregel van gelijkheid van schuldeisers behoudens wettelijke redenen van voorrang kan in de weg staan aan het maken van deze keuze. Het doen van die betalingen is in beginsel in strijd met de wet én in strijd met wat G zelf expliciet beoogde: vereffening via een faillissement.”¹⁰

Na de veroordeling tot betaling van € 527.000 aan schadevergoeding gaat G in appel. Het Hof oordeelt onder meer als volgt:

“Met het ondertekenen van de faillissementsaanvraag onderkende en onderschreef de bestuurder voorts dat de vennootschap zich zou dienen te onderwerpen aan de gevolgen van een faillietverklaring, waaronder de vereffening door een curator. (...) Het vorenstaande impliceert dat reeds op 2 maart 2006 een einde was gekomen aan de onbeperkte vrijheid van de vennootschap om naar eigen inzicht haar opeisbare schulden te betalen. (...) In die situatie bracht de zorgvuldigheid die de vennootschap jegens haar schuldeisers in acht had te nemen mee dat zij zich diende te onthouden van betalingen waarmee de overige schuldeisers zouden worden benadeeld in hun door het faillissement gewaarborgde en door een curator te verzilveren verhaalsmogelijkheden. In zoverre werpen het faillissement en de daarin geldende (verdelings-)regels hun schaduw vooruit (...). (Het) ligt vervolgens op de weg van G voldoende gemotiveerd te stellen dat voor de betalingen een rechtvaardigingsgrond aanwezig was. (...) De wens om in elk geval de oudste crediteuren te voldoen om zo hun (grotere) schade te beperken, levert jegens de overige schuldeisers (geen) rechtvaardiging op. Voorzover G zich beroept op de wenselijkheid van een doorstart kan hem dat evenmin baten. Met de curator moet worden geconstateerd dat (...) niet kan worden afgeleid dat de betalingen aan de crediteuren met wie na de doorstart nog zaken is gedaan, noodzakelijk waren voor het welslagen van de beoogde doorstart. Daarbij komt dat deze betalingen werden gedaan op het moment dat het faillissementstraject reeds was ingeslagen. (...) In die omstandigheden gaat het niet aan om op die beslissing vooruit te lopen door selectief te betalen aan schuldeisers die passen in het eigen doorstartplan dat de bestuurders van de vennootschap voor ogen hebben, te minder wanneer die doorstart moet plaatsvinden in een vennootschap waarbij een van de bestuurders van de failliete onderneming is betrokken. Met die betalingen wordt de curator in zoverre voor een voldongen feit gesteld, dat hij niet langer de volledige vrijheid had om de

¹⁰ Rb. Arnhem 8 oktober 2008 (ongepubliceerd), 14 januari 2009 (ECLI:NL:RBARN:2009:BH0802) en 16 september 2009 (ECLI:NL:RBARN:2009:BK0265 en *JOR* 2010/164).

doorstartoptie(s) af te wegen tegen het overeenkomstig de hoofdregel verdelen van alle beschikbare activa onder alle schuldeisers.”¹¹

Het Hof berekent het niettemin door de doorstart bereikte voordeel op circa € 350.000 en veroordeelt G tot vergoeding van circa € 190.000. Partijen zien af van cassatie, maar G stelt zijn advocaat wel met succes aansprakelijk voor dat laatste bedrag.

3. Fases van bedrijven in moeilijkheden

Ondernemingen die te kampen krijgen met onzekerheden of problemen, zijn gedwongen vooruit te kijken op zoek naar oplossingen of uitwegen.¹² In de wet, literatuur en rechtspraak worden verschillende situaties onderscheiden waarin dergelijke ondernemingen in steeds verdergaande mate komen te verkeren. In deze paragraaf bespreek ik dergelijke situaties, oplopend in spanning en tijd.

(a) Balans- en uitkeringstest

Er kan al van zekere problemen gesproken worden indien bij de testen van art. 2:216 BW aarzelingen opdoemen. Een vennootschap beoogt winst te maken en uiteindelijk die winsten toe te laten komen aan haar aandeelhouders. Voordat die winst de vennootschap (in beginsel) definitief mag verlaten, dient een tweetal testen te worden uitgevoerd. Lid 1 staat de algemene vergadering toe winstuitkeringen vast te stellen voor zover het eigen vermogen groter is dan wettelijke en statutaire reserves. Een vennootschap die die test niet passeert, heeft derhalve meer schulden dan bezittingen. Zolang die schulden niet opgeëist (kunnen) worden hoeft dit niet te betekenen dat de vennootschap in zwaar weer komt te verkeren of failliet gaat.¹³

Het tweede lid van art. 2:216 BW, in combinatie met de aansprakelijkheids-sanctie in het derde lid, bevat de (voor dit artikel belangrijkere) uitkeringstest die het bestuur moet doen alvorens het goedkeuring geeft aan het dividendbesluit van de algemene vergadering. De bestuurder moet onderzoeken of de vennootschap na de uitkering zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare

11 Hof Arnhem 15 maart 2011, 12 juni 2012 en 29 januari 2013 (alle ongepubliceerd).

12 In theorie geldt dit alles natuurlijk voor vennootschappen, los van de vraag of zij een onderneming exploiteren. Omdat ik in dit artikel op zoek ben naar handvatten voor de praktijk richt ik me evenwel uitsluitend op vennootschappen die een onderneming exploiteren. Daarom kan de term bestuurder in dit artikel ook straffeloos worden ingewisseld worden voor DGA of ondernemer.

13 In het geval de vennootschap bijvoorbeeld gefinancierd is met aandeelhoudersleningen die door die crediteur welbewust niet worden opgevorderd (zoals bijvoorbeeld bij veel startup technologiebedrijven het geval is), is er in feite geen enkel faillissementsrisico. Zie over dit fenomeen onder meer J. Barneveld en F. Corpeleijn, 'Financiering met risicomijdend vermogen? Over de aandeelhouderslening in faillissement', in: *TvI* 2014/39.

schulden.¹⁴ Indien het bestuur aarzelt over het antwoord op deze vraag hoeft er nog altijd geen sprake te zijn van concrete problemen.¹⁵ Die aarzeling zal immers met name voortvloeien uit de noodzaak in de toekomst te moeten kijken met de wetenschap dat op die beslissing alleen dan teruggekeken zal worden als het fout is afgelopen.¹⁶ Weldenkende bestuurders zullen zich bij dergelijke aarzelingen voorzien van adequate management-documentatie om hun afwegingen te beargumenteren én achteraf verificerbaar te maken.¹⁷ Ook kan de visie van een accountant worden gevraagd.¹⁸

Indien de aarzeling uitmondt in een beslissing de uitkering *niet goed te keuren* is sprake van een belangrijke mijlpaal. Dat besluit kan met name veroorzaakt worden door weloverwogen eigen belang van de bestuurder om voorzichtigheid de voorkeur te geven boven het risico aansprakelijk te worden gesteld voor een uitkering aan een ander. Maar dan is toch wel het belangrijke station gepasseerd waarop de bestuurder, achteraf kenbaar, heeft uitgesproken rekening te houden met de onmogelijkheid voor de vennootschap haar schulden in de nabije toekomst te blijven betalen.¹⁹

-
- 14 I.C.P. Groenland, 'Uitkeren aan aandeelhouders, (hoe) kunnen we dat doen?', in: *O&F* 2012/4; E. Holtman, 'Geoorloofde uitkeringen in de zin van artikel 2:216 van het Burgerlijk Wetboek', in: *V&O* 2013/4. Zie ook het themanummer van het *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht* 2014, nr. 4 met bijdragen van Schönau, Bier, Huizink e.a.
 - 15 Zie voor een opvallende uitspraak over 2:216 BW met betrekking tot een vennootschap die nadien *niet* gefailleerd is: Rechtbank Gelderland 16 maart 2016, *JOR* 2016/187 m.nt. Bier (*Carbon 6 BV*).
 - 16 Over het effect van de *hindsight bias* in dit soort zaken valt meer te zeggen dan past in het bestek van dit artikel. Ik volsta thans met de opmerking dat de advocaat van de bestuurder die *bias* zal moeten proberen te bestrijden door juist alle vooraf mogelijke alternatieven onder de aandacht van de rechter te brengen.
 - 17 In HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172 (*Hage q.q./Kelderman c.s.*) kreeg de curator gelijk met zijn stelling dat het Hof Arnhem (20 januari 2015, *JOR* 2015/99 m.nt. Barneveld) onvoldoende had gemotiveerd waarom er voldoende vrij uitkeerbaar vermogen zou zijn geweest. Na verwijzing zal de desondanks verrichte dividenduitkering daarom nogmaals onderzocht moeten worden.
 - 18 Over de vraag hoe de bestuurder en zijn adviseur (meestal accountant) de verantwoordelijkheden verdelen is bij mijn weten nog geen rechtspraak. Zij zullen elkaar daarbij in de tang (proberen te) houden, zo vermoed ik, mede op basis van artikelen als: Y. Borrius, 'Bestuurdersaansprakelijkheid en de uitkering van winst bij de BV', in: *Ondernemingsrecht* 2013/79; M.L. Schönau, 'Toetsing van het bestuursbesluit van art. 2:216, lid 2 BW', in: *TvJ* 2014/4; J.B. Huizink, 'Enkele vraagstukken rond artikel 2:216 BW nader belicht', in: *TvJ* 2014/4; en Chr. M. Stokkermans, 'Onverantwoorde uitkeringen', in: *WPNR* 2014/7011.
 - 19 Hoewel ze voor de ontwikkeling van de rechtspraak belangrijk zijn – denk aan HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox/van den End q.q.*) en HR 6 februari 2004, *JOR* 2004/67 (*Reinders/Didam*) – komt het om voor de hand liggende redenen bij gefailleerde vennootschappen niet veel voor dat in de voorafgaande jaren dividend is uitgekeerd. Daar is immers meestal helemaal geen geld voor. In dergelijke zaken wordt niet steeds daadwerkelijk geld uitgekeerd, maar gaat het regelmatig om een verrekeningsmogelijkheid te creëren met een schuld die de aandeelhouder had aan de vennootschap.

(b) *Solvabiliteitsratio's*

Van Eeghen heeft uitvoerig onderzoek gedaan naar de vraag hoe lang en voor wiens risico een onderneming mag worden voortgezet wanneer deze verlieslatend wordt.²⁰ Omdat hij meent dat de “opportunistische aard van de legitimering en de rechtszekerheid noodzaken tot een concrete begrenzing” heeft hij solvabiliteitsratio's gehanteerd.²¹ De (in zijn woorden) simpele samenhangende balansformules die hij in dat kader heeft geformuleerd, komen in mijn ogen neer op een verplichting van het bestuur om op een mathematisch vast te stellen moment “de boeken neer te leggen”. Juist vanwege het (in Van Eeghen's ogen slechts: “enigszins”) arbitraire karakter van dergelijke solvabiliteitseisen heeft de praktijk deze gedachte niet overgenomen. Naar Nederlands recht bestaat een dergelijke verplichting nu eenmaal niet. Zelfs in de situatie waarin een vennootschap een negatief eigen vermogen heeft maar geen actieve onderneming meer exploiteert, bestaat er geen verplichting een ontbindingsbesluit te nemen²² of het eigen faillissement aan te vragen.²³

(c) *Selectieve wanbetaling*

Op enig moment komt een vennootschap in moeilijkheden in de fase waarin, in de woorden van Huizink, er selectieve wanbetalingen plaats gaan vinden.²⁴ Iedere insolventiejurist herkent de situatie dat, soms zelfs op uitdrukkelijk verzoek van een medewerker van de afdeling bijzonder beheer van de huisbank, een lijstje van opeisbare of noodzakelijke betalingen wordt aangeleverd, waarin vervolgens geschrapt wordt. Het enkele feit dat er dan een *negatieve* selectie plaatsvindt is niet onrechtmatig. Hier kan sprake zijn van verstandig en noodzakelijk cash-management. Er is geen algemeen geldende rechtsregel die bepaalt dat je je schuldeisers gelijk moet behandelen of gelijktijdig moet betalen vóór er sprake is

20 L.J. van Eeghen, *Het schemergebied voor faillissement*, Den Haag: Boom 2006; en L.J. van Eeghen, ‘Licht in de schemer’, in: *TvI* 2006/42.

21 Van Eeghen, *TvI* 2006, par. 8.

22 Zie hierna nog ten aanzien van de verplichting die voortvloeit uit art. 2:23a BW.

23 In de door mij behandelde stille bewindvoering van Zinvest Holding deed zich uiteindelijk een merkwaardige situatie voor. Na circa drie maanden stille bewindvoering was de activatransactie pas afgerond waarvan men wilde dat die onder toezicht van de beoogde curator plaats vond. Hoewel de vennootschap een negatief eigen vermogen had van € 52 miljoen en er ook handelscrediteuren waren aan wie nog significante bedragen betaald diende te worden, gingen bestuur en aandeelhouders niet over tot het aanvragen van het eigen faillissement, wellicht – de stille bewindvoering was niet zonder conflicten verlopen – in de hoop dat het zo lang zou duren voor een buitenstaander het faillissement zou aanvragen, dat er een andere curator dan de oorspronkelijk beoogde zou worden benoemd. Ik kon weinig anders doen dan mijn bewindvoerderschap beëindigen en werd enkele maanden later alsnog benoemd tot curator.

24 J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer’, in: *TvI* 2002, p. 167. Zoals hierna nog zal blijken ben ik het niet eens met zijn bewust ongenueanceerde ‘statement’ dat selectieve betalingen niet onrechtmatig zijn. De casus G/Litjens q.q. maakt dat ook duidelijk. Zijn onderscheid tussen selectieve betalingen en selectieve *wanbetalingen* is echter zeer verhelderend.

van een concursus waarin de paritas creditorum in acht genomen moet worden.²⁵ Indien de selectie plaats vindt op grond van betalingsonwil ligt dat uiteraard anders.²⁶

(d) Peildatum voorzienbaarheid problemen (Osby, Sobi/Hurks en Beklamel)

Een aanzienlijk verder gevorderd stadium van problemen is aan de orde als de uit de rechtspraak bekende ‘peildatum’ aan de orde is.²⁷ Dat is in feite hetzelfde moment als dat waarop een bestuurder de Beklamel-toets niet meer ongeschonden kan doorstaan.²⁸ Het betreft het moment waarop de leiding 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 die leiding zich, op straffe van aansprakelijkheid de belangen van de gezamenlijke crediteuren aan te trekken.²⁹

Die “behoorlijke termijn” is relevant. Bij ondernemingen die sluipenderwijs in de problemen komen kan achteraf veelal worden vastgesteld dat de gemiddelde termijn waarop de crediteuren worden betaald langzaam is toegenomen. Het financieringstekort waarmee de vennootschap worstelt, wordt, indien eigen vermogen en kredietruimte al volledig zijn benut, gaandeweg in toenemende mate afgewenteld op die andere verschaffers van vreemd vermogen, de handelscrediteuren en de fiscus.³⁰

Naast dit liquiditeitscriterium³¹ betreffende de mogelijkheid of er voldoende middelen beschikbaar zijn voor de kortlopende verplichtingen, stelt het Beklamel-arrest ook een solvabiliteitscriterium, aan de hand van de vraag of de vennootschap, bij niet tijdige nakoming, in staat zal zijn de schade te voldoen. In de kern komt dat neer op de vraag of, bij niet nakoming én het daar uiteindelijk op volgende faillissement, voldoende vermogen resteert om die crediteur alsnog te voldoen. Ik

25 Zoals hierna nog aan de orde komt is dat een situatie die reeds vóór faillissement kan intreden.

26 HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*).

27 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 m.nt. Ma (*Osby*) en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*).

28 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (*Beklamel*), een- en andermaal nader vastgesteld in arresten waarin bestuurdersaansprakelijkheidsregels gegroepeerd zijn, uitmondend in het catalogus-arrest Ontvanger/Roelofsen, HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659.

29 Hanssen, ‘Taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaal-vennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur’, in: *TvOB* 2015-6, duidt deze fase aan als de “omkeerbare crisissituatie”.

30 De gemiddelde betalingstermijn bedroeg in 2015 in Nederland (volgens onderzoek van Atradius, <https://atradius.nl/rapport/betalingsbarometer-2016.html>) minder dan 30 dagen. Er wordt, ook in Europees verband, gesproken over een verplichting tot betaling binnen een dergelijke termijn. Een opluchting die de bestuurder na faillissement veelal ervaart is dat hij af is van de onafgebroken rij telefoontjes van crediteuren die aandringen op betaling.

31 Zie hierover uitgebreider: A.P.G. Gielen en C. Bijl, ‘Pompen of verzuipen’, in: *Onderneming en Financiering* 2011-4.

ga op deze laatste minder vaak voorkomende situatie verder niet in.³² De afnemende solvabiliteit is voor een bestuurder veel moeilijker van dag tot dag te volgen, omdat dat in belangrijke mate samenhangt met (wijzigende) waard(ering)en van activa.³³

(e) Ogehouden te betalen

Wanneer wij verder gaan richting het faillissement komt vanzelfsprekend altijd voorafgaand daaraan een moment dat sprake is van de toestand waarin de vennootschap “heeft ogehouden te betalen”. Spijtig genoeg wordt deze toestand nog altijd afgemeten aan de hand van het pluraliteitsvereiste. Daarmee worden schuldenaren zoals Berzona³⁴ beloond, indien zij in werkelijkheid ogehouden zijn te betalen, maar dat nog maar aan één crediteur behoort plaats te vinden. Die enige crediteur mist in feite een belangrijk rechtsmiddel doordat hem de mogelijkheid wordt ontnomen dat een curator de onderste steen boven keert.³⁵ Er is geen steekhoudende reden te bedenken waarom een crediteur met een summierlijk vaststaande maar *enige* vordering niet het recht zou hebben dat het faillissement van die debiteur op zijn aanvraag wordt uitgesproken,³⁶ indien althans de schuldenaar hem niet wil of kan betalen.³⁷

Indien, zoals hiervoor aangegeven, de schuldenaar bewust (in de zin van selectief) enkele schuldeisers niet meer betaalt hoewel de vorderingen wel opeisbaar zijn, is (in materiële zin) de toestand als bedoeld in art. 1, lid 1 Fw al aanwezig. Als één van die creditoren het faillissement aanvraagt zal dat kunnen worden uitgesproken. In de *twilight zone* waarin we ons nu bevinden, vinden dat soort incasso-pogingen vaak plaats. De schuldenaar kan het onheil, al dan niet voorlopig, slechts afwenden door een zodanige betaling te verrichten dat de verzoeker zijn verzoek intrekt. Hierna in par. 4(c) wordt daarop nog ingegaan.

32 Dat doet zich in feite immers alleen voor als het faillissement eindigt met een 100% uitkering aan de creditoren. In zo een situatie zal een crediteur natuurlijk niet kunnen slagen in een Beklamel-vordering, maar zijn vordering alsnog door de vennootschap voldaan zien.

33 De geringe kenbaarheid van solvabiliteit-van-dag-tot-dag is een van de redenen waarom de hiervoor bedoelde normen van Van Eeghen geen ingang (kunnen) vinden.

34 Berzona is één van de vennootschappen uit het Lips-concern (waarbij ik als curator betrokken ben), die aanvrager ABN AMRO dwong tot creatieve (maar door de Hoge Raad afgewezen) gedachten, nadat Berzona met trucjes had gezorgd dat ABN AMRO haar enige onbetaald gebleven crediteur was (HR 11 juli 2014, *JOR* 2015/175 m.nt. Faber & Vermunt (*ABN AMRO/Berzona*)). Nadat in de directie van de topholding was ingegrepen via een 2:298-procedure is zij alsnog, maar nu op eigen aangifte, gefailleerd.

35 In plaats daarvan wordt die crediteur, in het uiterste geval, belast met het bewijs ten aanzien van eventuele betalingsonwil.

36 In het geval dat er maar één crediteur is, dient de inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag of de vordering gemotiveerd betwist wordt en hoe kansrijk die betwisting is, vanzelfsprekend wel extra grondig plaats te vinden.

37 Zie hiervoor uitvoerig: T.T. van Zanten, ‘Het pluraliteitsvereiste anno 2016’, in: *TvI* 2016-3. Naar ik begrijp ligt het vraagstuk thans wederom voor bij de Hoge Raad in de cassatieprocedure die gevolgd is op Hof Den Haag 7 juni 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2443.

(f) Reddingspogingen

In de Nederlandse rechtspraak komen regelmatig reddingspogingen aan de orde die nog worden ondernomen in de meest benarde omstandigheden.³⁸ Enkele gevallen laat ik hier de revue passeren.

In Van Dusseldorp q.q./Coutts speelt de situatie waarin de moeder in de eerste helft van 2002 financiële en andere inspanningen pleegt om bij een (later gefailleerde) dochter het tij ten goede te keren.³⁹ Een pand wordt verkocht, personeel wordt ontslagen en een deel van de productie wordt verplaatst. Het gaat toch nog mis omdat een geschil ontstaat over de verkoop van het pand, waardoor daaruit geen liquide middelen beschikbaar komen, die wel begroot waren. De curator vordert het boedeltekort, stellende dat het faillissement begin 2002 reeds onafwendbaar was. Het hof vernietigt het (gedeeltelijk) toewijzende vonnis waarin de rechtbank oordeelde dat moeder Coutts behoorde te weten dat het faillissement onafwendbaar zou zijn als zij haar financiering zou staken.⁴⁰ Het hof concludeert dat het reorganisatieplan wel degelijk een goed plan was. Bij succesvolle uitvoering was aannemelijk dat het plan het tij zou kunnen doen keren. Coutts heeft de uitvoering daarvan overbrugd met een financiering (zonder zekerheden). Toen er een spaak in het reorganisatie-wiel kwam, mocht Coutts besluiten niet verder te financieren, maar in plaats daarvan aan te sturen op surseance.

In Stoets/Bohncke wordt uitvoerig op de reddingspoging ingegaan, omdat partijen daarover ook veel feiten stellen. Het hof oordeelt uiteindelijk ten gunste van de bestuurder (overweging 8.6.2):

“Onderdeel van zo’n reddingspoging kan juist een zekere mate van selectieve betaling zijn; die wederpartijen die de onderneming nodig heeft om haar bestaan veilig te stellen, worden uit overlevingsdrang eerder betaald. Wordt de onderneming gered, dan hebben alle crediteuren achteraf baat gehad bij die selectieve betaling. Gaat de onderneming toch ter ziele, dan is daarmee dus niet automatisch gegeven dat het onrechtmatig is geweest van de bestuurder om selectieve betaling toe te passen.”⁴¹

In een zaak uit 2014 concludeerde het Hof Den Bosch dat op het moment van het aangaan van een bepaalde transactie het faillissement nog niet onafwendbaar was: de bank had weliswaar het krediet opgezegd, maar wel de tijd gegund een nieuwe financier te vinden.⁴² Die was ook gevonden maar haakte onverwacht, en pas na die transactie, af. En ook in Bovema leidde het Hof Den Bosch uit een door de bank

38 Hanssen, *TvoB* 2015 stelt terecht dat het bestuur dient te onderzoeken of en hoe de continuïteit van de onderneming veilig gesteld zou kunnen worden en, als dat het geval, is maatregelen dient te treffen.

39 HR 12 september 2008, *JOR* 2008/297 m.nt. Van Maanen (*Coutts*).

40 Hof Arnhem 30 mei 2006, *JOR* 2006/230, welk oordeel ex art. 81 RO in stand bleef bij de Hoge Raad.

41 Hof Den Bosch 19 januari 2010, *JOR* 2010/113, m.nt. Rijckenberg (*Stoets/Bohncke*), r.o. 8.6.2.

42 Hof Den Bosch 12 augustus 2014, *JOR* 2015/2 (*X/Y*).

verschafte aanvullende financiering af dat, naar het inzicht van de betrokkenen op dat moment, het faillissement nog vermeden kon worden.⁴³ In de nasleep van het concern-faillissement Thieme⁴⁴ leidde een met instemming van de bank doorgevoerde reorganisatie ertoe dat het faillissement in die fase nog niet als onafwendbaar werd beoordeeld.

(g) Onafwendbaar faillissement

Het moment dat een faillissement “onafwendbaar” wordt lijkt een belangrijk keerpunt. Wanneer is daarvan dan sprake? In literatuur en rechtspraak wordt de term onafwendbaar soms gehanteerd alsof de inhoud daarvan eenduidig en vaststaand is. Dat is uiteraard niet het geval.

In een procedure betreffende de vraag of een crediteur zijn medewerking aan een crediteurenakkoord mocht weigeren, achtte de rechter het faillissement onafwendbaar gelet op het grote verschil tussen de waarde van de activa en de (veel grotere) schuldenpost, de aanhoudende verliezen en de door de bank afgedwongen verkoop van de onderneming.⁴⁵ In een selectieve betalingskwestie waarover de rechtbank Overijssel oordeelde, werden nagenoeg geen crediteuren meer betaald, geen belastingen en (zelfs) geen salarissen.⁴⁶ Het beweerde uitzicht op nieuwe opdrachten en overleg over herfinanciering achtte de rechter onaannemelijk: de feitelijke activiteiten waren ‘vrijwel geheel tot stilstand gekomen’. Het een en ander maakte het faillissement ruim twee maanden tevoren al onafwendbaar. In een Rotterdamse procedure probeerde het concern Doornbos in 2004 te saneren.⁴⁷ De ondernemingsraad maakte bezwaar tegen de voorgestelde bezuinigingsplannen, die vervolgens door de Ondernemingskamer werden verboden.⁴⁸ Gegeven de noodzakelijke medewerking van het personeel, was met dat verbod het faillissementsscenario ‘al vrijwel onvermijdelijk’, ook voor de rest van het concern.

In de wetenschap dat de Hoge Raad bestuurders een veilige marge geeft (zie hierna in par. 5) is het nodig in deze eindfase scherp te slijpen. Als een faillissement onafwendbaar is geworden, wordt voor een bestuurder onontkoombaar de vraag of de vennootschap eigen aangifte voor faillissement zal gaan doen. Een in de praktijk veel voorkomende situatie is bijvoorbeeld dat er een ultiem verzoek tot financiering bij een derde (bank, bestaande aandeelhouder, potentiële koper en dergelijke partijen) ligt. Als het bestuur geconfronteerd wordt met een afwijzing van dat verzoek, volgen de laatste fases elkaar snel op. Het bestuur moest voordien slechts nog ‘ernstig rekening houden met’ het faillissement, maar na afwijzing constateren dat dat nu ‘onafwendbaar’ is. Vaak worden dan nog één keer de knopen geteld bij

43 Hof Den Bosch 12 mei 2015, *JOR* 2016/43 (*Brouns q.q./Overgoor*), een zaak waarbij mijn kantoor betrokken was.

44 Hof Amsterdam 22 december 2015, *JOR* 2016/107 (*Jongepier q.q./Drieakker e.a.*).

45 Rb. Gelderland 10 juli 2015, *JOR* 2015/211 (*X/Agruniek c.s.*).

46 Rb. Overijssel 21 augustus 2013, *JONDR* 2013/1174.

47 Rb. Rotterdam 30 september 2009, *JOR* 2010/241 (*De Bok q.q./Wemaro SA*).

48 Hof Amsterdam (OK) 16 juli 2004, *ARO* 2004/105 (*Doornbos*).

welke gelegenheid geconstateerd wordt dat het doek gevallen is. Het besluit een eigen aangifte te doen wordt genomen.⁴⁹ Het faillissement is uiteraard ook onafwendbaar vanaf het moment dat berust wordt in een aanvraag daarvan door een crediteur.

(h) Faillissement aangevraagd

Na indiening van het verzoek is eigenlijk geen weg meer terug. Omdat het verzoek *met de meeste spoed* wordt behandeld zal het kort nadien worden uitgesproken.⁵⁰ Zelfs ná dat moment vinden echter nog wel eens betalingen plaats.⁵¹ De schuldenaar is weliswaar met terugwerkende kracht tot 00.00 uur niet meer beschikkingsbevoegd, maar zolang de bank daar niet ook daadwerkelijk kennis van heeft en het faillissement heeft kunnen doorvoeren in haar betalingssystemen kan de rekeninghouder feitelijk nog gewoon over de rekening en zelfs over kredietruimte beschikken.

4. De problematiek die de bestuurder omringt

Varen tussen Scylla en Charybdis was voor Odysseus nauwelijks moeilijker dan het selecteren van betalingen voor een bestuurder in de twilight zone. Van verschillende zijdes bedreigen hem namelijk risico's. In deze paragraaf bespreek ik de belangrijkste.

(a) Aanspraken van individuele crediteuren

De bestuurder kan worden aangesproken door individuele crediteuren, op grond van het feit dat de door hem bestuurde vennootschap een vordering onbetaald heeft gelaten en de schade niet kan betalen. Gevallen van betalingsonwil daargelaten, gaat het dan om het verwijt dat de bestuurder ten onrechte aan die crediteur niet heeft doen betalen, waarin het laten ontstaan van de vordering voorop staat, of waarin het bewerkstelligen van de wanbetaling aan de orde is.⁵²

Hét arrest op het gebied van de selectieve betaling – en het arrest waarover de in paragraaf 1 en 2 bedoelde advocaat van bestuurder G zo voorzichtig meende te adviseren – was lange tijd Coral/Stalt. De casus vat ik kort samen: dochtervennootschap Forsythe komt een overeenkomst niet na en wordt feitelijk geliquideerd; vervolgens worden alle handelscrediteuren betaald op (de betwiste vordering van)

49 In de zaak G/Litjens q.q. (zie hiervoor in par. 2) krijgt dat moment veel relevantie doordat ná het besluit om eigen aangifte te gaan indienen, alsnog besloten wordt het (dan zelfs al ingediende) verzoek te laten aanhouden, om eerst nog een incasso te kunnen afronden. De gewraakte selectieve betalingen vinden vervolgens plaats met die geïncasseerde gelden.

50 Artikel 4, lid 1 Fw.

51 Zie bijvoorbeeld HR 27 februari 2015, JOR 2015/248 m.nt. Van der Weijden (*ING/Denzeman*).

52 Omdat bij gevallen van betalingsonwil het kwalijke meer gelegen is in het rancuneuze karakter van de opstelling van de bestuurder in plaats van het (in dit artikel centraal staande) kiezen uit verschillende kwaden, laat ik deze gevallen hier verder onbesproken.

Coral na. De resterende liquiditeiten worden gebruikt ter betaling van vorderingen van groepsvennootschappen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4.3:

“In het midden kan blijven welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat een schuldenaar die niet in staat is al zijn schulden volledig te betalen, onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen. In ieder geval kan met betrekking tot een vennootschap die, zoals Forsythe, tot een groep van vennootschappen behoort, niet de regel worden aanvaard dat deze vennootschap, wanneer zij heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, in beginsel de vrijheid zou hebben om de tot haar groep behorende crediteuren – anders dan op grond van door de wet erkende redenen van voorrang – te voldoen met voorrang boven niet tot haar groep behorende crediteuren. In het hier omschreven geval handelt die vennootschap slechts dan niet in strijd met hetgeen haar naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien de voorkeursbehandeling van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.”

Zo helder en gerechtvaardigd als de uitspraak lijkt, is het goed te realiseren dat moeder Stalt meende de betalingen aan de tot haar groep behorende crediteuren gerechtvaardigd te kunnen doen omdat Coral “geen schade” geleden zou hebben.⁵³

(b) Aanspraken namens de gezamenlijke crediteuren

De curator in het latere faillissement⁵⁴ kan namens de gezamenlijke schuldeisers een Peeters/Gatzen-vordering instellen. Hij doet dat dan daadwerkelijk ten behoeve van alle schuldeisers. De curator kan deze vordering niet instellen voor uitsluitend crediteuren die zijn ‘ontstaan’ na de Sobi/Hurks-peildatum,⁵⁵ en uiteraard ook niet voor of in de plaats van een individuele crediteur die een Beklamel-vordering heeft. Vorderingen uit hoofde van selectieve betalingen door de curator zullen vrijwel steeds Peeters/Gatzen-vorderingen zijn tegen de bestuurder, omdat de schade bestaat in het door de betalingen ontbreken van actief (banksaldi of liquide middelen) dat na faillissement aan de gezamenlijke (resterende) crediteuren had moeten toekomen.⁵⁶

53 Die had na de door dochter Forsythe geannuleerde bevrachtingsovereenkomst immers al meteen een vervangende vracht weten te regelen. Het andersluidende oordeel van arbiters kwam pas tot stand nádat de betalingen aan alle overige handels- en groepscrediteuren waren voldaan en er dus geen actief meer was.

54 Zaken waarin het niet tot een faillissement kwam, komen om voor de hand liggende redenen weinig voor.

55 HR 16 september 2005, *JOR* 2006/52 m.nt. Kortmann (*De Bont/Bannenberg q.q.*).

56 Vroom en Kerstens (‘Wie de botte bijl hanteert komt de man met de hamer tegen’, in: *De Gereedchapskist van de Curator* (Insolad bundel 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 106 e.v.) zetten scherp uiteen voor welke vorm van crediteurenbenadeling de curator gebruik kan →

In de Beijer-zaak werden gedurende een (eerlijk gezegd: mager ogende) reddingspoging externe schulden deels wel, deels niet betaald en werden tegelijkertijd bepaalde gelieerde schulden wel betaald.⁵⁷ Het hof achtte de ‘selectieve’ betaling aan een beperkt aantal externe crediteuren niet zonder meer onrechtmatig ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook omdat de curator kennelijk verzuimd heeft te stellen waarom dat dan zo is. De betalingen aan gelieerde partijen in diezelfde fase echter wel. Het hof overwoog (r.o. 4.11-4.12):

“Ook al was de wetenschap dat het faillissement onafwendbaar was (...) nog afwezig, wel was duidelijk dat de vennootschap op dat moment in (ernstige) moeilijkheden verkeerde en dat haar activiteiten feitelijk (vrijwel geheel) tot stilstand waren gekomen. Daarmee had (het bestuur van) Beijer serieus rekening te houden met de mogelijkheid dat geen van de onderzochte alternatieve scenario’s haalbaar zou blijken, zodat het faillissement op korte termijn zou kunnen volgen. (...) In die situatie moet worden aangenomen dat het verrichten van (substantiële) betalingen aan vennootschappen die tot dezelfde groep behoren leidt tot (substantiële) aantasting van de liquiditeit (...), hetgeen in de eerste plaats de mogelijkheid dat de vennootschap op korte termijn faillieert dichterbij brengt, en in de tweede plaats de positie van de schuldeisers in dit faillissement schaadt.”

Werden in de hiervoor behandelde arresten ook nog externe handelscrediteuren betaald, in het arrest Kok/Maas q.q.⁵⁸ kwam een ogenschijnlijk eenvoudiger casus aan de orde. Hier werden kort voor faillissement alle aanwezige middelen van Bouwbedrijf (deels onverplicht) betaald aan de moedermaatschappij die managementfees te vorderen had. Preferente en andere externe crediteuren bleven onbetaald. Het verbaast in deze glasheldere zaak eigenlijk vooral dat er acht jaar lang in vijf instanties over is geprocedeerd. De Hoge Raad grijpt de kwestie Kok/Maas q.q. aan om selectieve betalingen in het catalogusarrest Ontvanger/Roelofsen te plaatsen.⁵⁹ Van een volgens dát arrest voor bestuurdersaansprakelijkheid noodzakelijk ‘ernstig verwijt’ zal

“in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen

maken van de Peeters/Gatzen-vordering en analyseren dat dat verre van uitgekristalliseerd is. Voor deze bijdrage (die gaat over de advisering vooraf) is relevant vast te stellen dat er een significant risico is dat de curator een bestuurder aansprakelijk kan stellen indien door selectieve betalingen het actief is afgenomen.

57 Hof Arnhem 15 september 2009, *JOR* 2010/112 (*Beijer/Willems q.q.*) m.nt. Rijckenberg. Hoe moeilijk dit soort kwesties zijn, blijkt uit het feit dat de rechtbank het faillissement nog wel als onafwendbaar had beoordeeld: Rechtbank Arnhem 4 juli 2007, *JOR* 2008/170.

58 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 m.nt. Van Bekkum.

59 Ro. 3.3.5-6.

niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een zodanig verwijt kan worden aangenomen. (In 's Hofs oordeel ligt besloten dat de bestuurder – toevoeging FS) wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de betalingen door Bouwbedrijf tot gevolg zouden hebben dat Bouwbedrijf andere verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade, zodat hem van het bevorderen van die betalingen persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken.”

(c) *Pauliana*

Bij de advisering van bedrijven in moeilijkheden wordt traditiegetrouw veel aandacht besteed aan Pauliana-risico's.⁶⁰ Voor de bestuurder biedt dit echter geen helder baken ter vermijding van selectieve betalingen.

Zo is het voor het uitvoeren van een betaling relevant om te weten of het gaat om een verplichte of een onverplichte handeling. In het eerste geval is aantasting daarvan door de curator veel moeilijker. Er bestaat echter geen duidelijkheid over de vraag of betaling van een factuur *binnen* de overeengekomen betalingstermijn aangemerkt moet worden als een verplichte of onverplichte rechtshandeling.⁶¹ Ten aanzien van betalingen die als verplicht moeten worden aangemerkt, moet de curator samenspanning bewijzen of wetenschap van de aanvraag van het faillissement. Die samenspanning wordt eerder aangenomen indien de partijen gelieerd zijn.⁶² Maar ook indien dergelijke samenspanning niet speelt biedt het faillissementsrecht een verwarrend beeld. Zo een betaling zou immers wel als een selectieve betaling kunnen worden aangemerkt. Verstijlen⁶³ nam hier in 1999 een vergaand standpunt over in, zowel ten aanzien van de bestuurder als waar het de positie van de schuldeiser betrof. Onder het aanhalen van (het in de praktijk overigens nauwelijks toegepaste) art. 344 Sr⁶⁴ stelde hij⁶⁵ dat de ontvangst door een

60 Zeker na het voor herfinancieringen lastige arrest Van Dooren/ABN AMRO III naar aanleiding waarvan onduidelijkheid ontstond over de mogelijkheid om zekerheid te verlangen voor nieuw krediet. Een belangrijk deel van die onzekerheid is weggenomen sinds HR 29 november 2013, *JOR* 2014/213 m.nt. Van der Weijden (*Roeffen q.q./Jaya*).

61 Zie voor dergelijke betalingen die werden verricht binnen de contractueel bedongen termijn en de vraag of dat wel of niet als onverplicht moest worden aangemerkt: Hof Den Bosch 12 mei 2015, *JOR* 2016/43 (*Brouns q.q./Overgoor*) (niet); Rechtbank Rotterdam 4 april 2007, *JOR* 2007/251 m.nt. Faber (wel) en Kantonrechter Den Bosch 5 oktober 2006, *JOR* 2007/74 m.nt. Faber (niet). Naar mijn mening moeten dergelijke betalingen beschouwd worden als 'niet in rechte afdwingbaar' en derhalve onverplicht in de zin van art. 42 Fw.

62 HR 7 maart 2003, *NJ* 2003, 429 (*Cikam/Siemon*).

63 F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening aan schuldeisers', *WPNR* 1999/6355.

64 Dat artikel bedreigt de ontvanger van een volgens art. 47 Fw paulianeuze betaling met straf.

65 In par. 6 van bedoeld artikel, nadat hij in par. 5 al betoogde dat er gelet op de art. 343 en 341 Sr. voor de bestuurder reden bestaat voor een ruimere aansprakelijkheid dan uit art. 47 Fw zou voortvloeien.

schuldeiser van een betaling onrechtmatig is, indien de ontvanger weet dat het faillissement onafwendbaar is, *zelfs* al is niet voldaan aan art. 47 Fw.

Het gaat hier dus over gevallen waarin *geen* sprake is van samenspanning, maar van het – veel vaker voorkomende – geval van de schuldeiser die zijn debiteur het mes op de keel zet in een fase waarin het doek feitelijk al gevallen is.⁶⁶ Het komt voor dat de debiteur dat nog niet wil accepteren en daarom betaalt. Maar ook is denkbaar dat die schuldenaar nog een groter belang heeft (bijv. de incasso van een grote vordering die niet betaald zal worden als de klant in kwestie weet dat er een faillissement uitgesproken is, of een aanhangige stille bewindvoering⁶⁷) en daarom ervoor kiest te betalen. Denkbaar is zelfs dat de schuldeiser weet of behoort te weten dat hij dan een betaling ontvangt terwijl een hoger gerangschikte schuldeiser als de belastingdienst nog onbetaalde vorderingen heeft.⁶⁸

Het faillissementsrekest is een geaccepteerd incassomiddel. De onder druk van een faillissementsverzoek ontvangen gehele of gedeeltelijke betaling is niet paulia-neus. Het is mijns inziens ongerechtvaardigd dat dat verandert indien het oorspronkelijke verzoek⁶⁹ ná een deelbetaling wordt aangehouden en op datzelfde verzoek later alsnog het faillissement wordt uitgesproken. Dat verandert dan omdat zich dan

66 Zoals bijvoorbeeld in HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (*Gispen q.q./IFN*).

67 Zie het ten gevolge van WCOI nieuw in te voeren artikel 3c Fw.

68 Naar mijn mening behoort een ontvangst naar aanleiding van een ingediend faillissementsverzoek nimmer onrechtmatig te zijn tegenover de gezamenlijke schuldeisers, zolang maar geen sprake is van *samenspanning* met de schuldenaar. Dat belet die schuldeiser immers "*zijn rechten te doen gelden juist op het ogenblik dat hij ze het meest nodig heeft; nl. als hij een déconfiture van zijn schuldenaar vrees*" zoals ook Verstijlen terecht de Memorie van Toelichting, *Van der Feltz I*, blz. 436-437 citeert. Het zijn niet alleen de eisen van een normaal handelsverkeer die de doorslag zouden moeten geven en zouden moeten vergen dat een crediteur *behoudens samenspanning* altijd zijn vordering mag incasseren, óók als hij weet dat het faillissement onafwendbaar is. Het rechtstreekse gevolg zou namelijk zijn dat we zouden moeten aanvaarden dat er een verplichting is tot het aanvragen van het faillissement op een moment dat het onafwendbaar is en dat die verplichting niet alleen op de schuldenaar rust, maar ook op de schuldeiser. Die schuldeiser mag het rekest dan wel gebruiken als incassomiddel als het faillissement nog *afwendbaar* is, maar niet als het *onafwendbaar* is. Dat vergt een Münchenhausen-acrobatiek van de schuldeiser. Die moet in zijn verzoekschrift immers dwingend stellen dat hij meent dat de vennootschap verkeert in de toestand van te hebben opgehouden met betalen. Ook als dat rekest alleen maar als incassomiddel voor het restant is ingezet (ik schat dat dit geldt voor 90% of meer van de ingediende rekest), de schuldeiser helemaal geen inside-informatie heeft en het faillissement zelfs tot zijn spijt wordt uitgesproken (als *incassomiddel* heeft het dan immers gefaald), zal de curator dan immers met succes kunnen stellen dat de schuldeiser volgens zijn eigen verzoekschrift op de hoogte was van het naderend faillissement. In Nederland geldt geen verplichting tot aanvragen van het faillissement door de *schuldenaar* (behoudens het hierna nog te bespreken art. 2:23a BW) en dus is onaanvaardbaar de gedachte dat een *schuldeiser* dat feitelijk wel zou moeten.

69 Dat de schuldeiser had ingediend tot faillietverklaring van zijn schuldenaar.

de situatie van art. 47 Fw voordoet: ‘(...) hij die de betaling ontving, wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds aangevraagd was’. Nog merkwaardiger was het geval waarin de wetenschap van de procureur,⁷⁰ dat ook andere schuldeisers het faillissement hadden aangevraagd, werd toegerekend aan zijn cliënt.⁷¹ Deze regels dwingen tot het intrekken en indienen van nieuwe verzoeken na deelbetalingen, hetgeen slechts een nodeloze belasting van de rechterlijke macht en onnodige berekening van dubbele griffierechten met zich brengt. Naar mijn mening zou art. 47 Fw daarom aldus gelezen dienen te worden dat slechts het ontvangen van een betaling in de wetenschap van het aangevraagd zijn van het faillissement van de debiteur door een ander op grond van dat artikel kan worden vernietigd.

(d) Art. 2:248 BW

Nog altijd redenerend vanuit de situatie vooraf, vormt de vordering van de curator op grond van art. 2:248 BW een grote bedreiging. Indien de curator weet aan te tonen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur loopt de bestuurder immers het risico aansprakelijk te worden voor het volledige faillissementstekort. Zeker indien de bewijsvermoedens van lid 2 geen rol spelen zal *uitsluitend* het verrichten van selectieve betalingen echter niet snel aanleiding kunnen vormen voor een dermate v^{er} strekkend oordeel.⁷² Daarbij speelt een rol dat, zelfs als die betalingen zouden worden aangemerkt als kennelijk onbehoorlijk bestuur, die niet snel de oorzaak kunnen zijn van het faillissement (zoals art. 2:248, lid 1 vereist). Die betalingen kunnen immers alleen een onrechtmatig karakter krijgen doordat het faillissement reeds onvermijdelijk was.⁷³ In die situatie kan de (door curatoren dan ook vrijwel steeds naast de ex art. 2:248 BW ingestelde) vordering uit art. 2:9 BW onder omstandigheden wel soelaas bieden.

(e) 2:23a BW

Ten slotte is het goed stil te staan bij art. 2:23a BW dat in lid 4 een klip en klare verplichting oplegt het faillissement van de vennootschap aan te vragen indien de

70 De inmiddels niet meer bestaande functie van een arrondissementale procesadvocaat. Iedere advocaat werd min of meer standaard ook als procureur beëdigd, waardoor hij bevoegd was bij ‘zijn’ lokale rechtbank proceshandelingen te verrichten. In de praktijk trad per kantoor één advocaat op als procureur ten behoeve van advocaten van buiten het arrondissement die aldaar een procedure hadden lopen. De procureur had in werkelijkheid geen enkele inhoudelijke bemoeienis met de procedure, al golden de regels met betrekking tot conflicterende belangen uitdrukkelijk wel.

71 Hof Amsterdam 8 februari 1996, NJ 1998, 265 (*Randstad/Rosenberg Polak q.q.*).

72 Maar in veel van de in paragraaf 3 genoemde procedures heeft de curator het wel als (primaire) grondslag gekozen. Zie recent nog HR 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2172 (*Hage q.q./Kelderman c.s.* (in cassatie van het in JOR 2015/99 besproken arrest van Hof Arnhem/Leeuwarden). Ten aanzien van de door de curator bestreden dividenduitkering zal na verwijzing wellicht blijken of daarin (alsnog) een grond voor bestuurdersaansprakelijkheid wordt gevonden.

73 Zie bij wijze van voorbeeld echter Hof Den Haag 28 augustus 2008, JOR 2008/347 (*Van Rootselaar qq/Lébol*) waarin selectieve betalingen mede ten grondslag liggen aan het oordeel dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

schulden de baten vermoedelijk overtreffen. Dat doet zich echter wel pas voor in de situatie dat er een *formeel* ontbindingsbesluit is genomen en nadien door de vereffenaar wordt vastgesteld dat de vorderingen de baten overtreffen. Te bepleiten valt dat deze verplichting een verder strekkend effect heeft. In de situatie dat er geen formeel ontbindingsbesluit is genomen, maar daarvan *materieel* wel sprake is (nl. doordat de onderneming gestaakt wordt) en voorts vast staat dat de schulden de baten zouden overtreffen, zou dan een verplichting kunnen worden aangenomen om het faillissement aan te vragen. In art. 2:19 BW is een besluit van de aandeelhoudersvergadering voorgeschreven voor het besluit tot ontbinding. In art. 2:136/246 BW is (behoudens afwijking bij statuten) eveneens een dwingende rol voor de aandeelhouders opgenomen, vanwege het grote gewicht van dat besluit voor de vennootschap. Zou uit deze verplichtingen afgeleid kunnen worden dat de bestuurder, indien de vennootschap materieel wordt ontbonden, de aandeelhouders bijeen moet roepen om ontbinding of faillissement met hen te bespreken? Voor de NV bestaat in zekere zin een verplichting tot het informeren van de aandeelhouders op grond van art. 2:108a BW. Bij de BV bestaan geen dergelijke uit de wet voortvloeiende verplichtingen.⁷⁴ Een *verplichting* tot het aanvragen van een faillissement is mijns inziens zo *vé*strekkend dat dat expliciet uit de wet zou moeten blijken.⁷⁵ Zonder een dergelijke wettelijke regeling kan die verplichting naar mijn mening dan ook niet worden aangenomen, en een dergelijke wettelijke regeling acht ik overigens ongewenst.

5. De marges die de bestuurder niettemin gegund worden

Het geldend recht biedt de bestuurder in de *twilight zone* niettemin (en zeker achteraf) veel lichtpunten.

Het uitgangspunt is nu eenmaal dat er een keuzevrijheid is om de schulden te betalen die de schuldenaar verkiest en op het door hem gewenste moment. Daarom is het, zelfs ruimschoots na de peildatum, voor een individuele crediteur verre van eenvoudig de bestuurder aansprakelijk te houden. Dat lukt met name bij selectieve wanbetaling of betalingsonwil, gedragingen kortom die specifiek tegen die schuldeiser gericht zijn. Maar voorkomen dat andere (externe) crediteuren betaald worden kan hij in die fase nog niet. Met name is, naar ik meen, goed verdedigbaar dat een

⁷⁴ Anders dan de algemene verplichting die voortvloeit uit art. 2:217 BW.

⁷⁵ De Hoge Raad (18 december 2015, *JOR* 2016/145 m.nt. Jansen (*Hoeksma/R.M. Trade*)) heeft de kwestie overigens nog iets ingewikkelder gemaakt door aan te nemen dat de eigen aangifte misbruik van bevoegdheid kan zijn indien er geen of nauwelijks actief is. De Hoge Raad geeft expliciet de route aan van art. 2:19 BW, maar legt niet uit hoe om te gaan met art. 2:23a lid 4 BW. Het arrest impliceert m.i. dat (alleen) bij voldoende actief de verplichting tot het aanvragen van het faillissement onverminderd bestaat.

bestuurder, nadat hij zich bewust is geworden dat hij zich de belangen van de crediteuren concreet moet (gaan) aantrekken, voorrang geeft aan de betaling van *nieuwe* crediteuren, die hem immers aansprakelijk kunnen stellen.⁷⁶ Bij die peil-datum geldt bovendien een veilige marge die onontkoombaar in het voordeel van de bestuurder uitpakt. Dat betekent dat er eigenlijk geen twijfel denkbaar mag zijn dat de bestuurder op het (door de rechter vast te stellen) moment behoorde te weten dat de schuldeisers in het gedrang kwamen. Bij de glijdende schaal die in Sobi/Hurks werd beschreven is de reden daarvoor duidelijk. Indien er echter sprake is van een specifieke gebeurtenis die leidt tot de omslag (zoals het opzeggen van een belangrijk contract of het definitief afzien van herfinanciering) kan heel wel sprake zijn van een scherp afgebakend moment. De “veilige marge” zal dan hooguit een kwestie van enkele uren zijn.

Een crediteur die wetenschap had of behoorde te hebben van de feitelijke toestand van zijn debiteur, kan de bestuurder daarvan niet aansprakelijk stellen. Het verschaffen of verschaft hebben van informatie biedt de bestuurder derhalve een veilige uitweg. Zoals in paragraaf 3 al aan de orde kwam wordt het zoeken naar alternatieven en overlevingskansen aanvaardbaar geacht. Dit speelde bijvoorbeeld in Van Eeghen q.q./Oosters c.a.⁷⁷ De rechtbank stelde daar voorop dat als de continuïteit van een onderneming gevaar loopt, slechts van de bestuurders mag worden gevergd dat zij de onderneming

“uit eigen beweging staken indien er redelijkerwijze geen mogelijkheden bestaan deze in enigerlei vorm voort te zetten. (...) In de meeste gevallen zal blijken dat het voortzetten van de onderneming vanaf een zeker moment de schuldenlast heeft verzaard en de verhaalsmogelijkheden van haar crediteuren heeft verkleind. Dit moet echter worden afgewogen tegen de kans dat vanaf datzelfde moment het bestuur zou hebben kunnen slagen in haar onderneming te redden.”

76 Vanzelfsprekend is deze mening niet. Evenzeer valt vol te houden dat de bestuurder dusdoende alleen een eigen belang dient en dat is niet toegestaan. Met het wél betalen van nieuwe schulden kan de bestuurder immers ook de grens overschrijden van HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295 (*New Holland Belgium*), waarin de bestuurder aansprakelijk werd omdat hij bewerkstelligde dat de crediteuren werden benadeeld. Als het aangaan van nieuwe verplichtingen nog wél toelaatbaar is (het faillissement is immers nog niet onafwendbaar) vind ik het onaanvaardbaar dat de bestuurder niet tegelijkertijd mag proberen privé aansprakelijkheid te vermijden, door die nieuwe schulden in ieder geval te voldoen. Het doet enigszins denken aan de positie van de beoogde curator tijdens de stille bewindvoering, die ook zeker zal willen stellen dat schulden die zijn ontstaan onder zijn regime, worden voldaan. Vergelijk in dit verband ook nog: HR 6 februari 1998, *JOR* 1998/102 m.nt. Wezeman (*Ontvanger/Kielman*), welke zaak overigens wel enigszins in het licht staat van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Ontvanger was in overleg met een bestuurder over aflossingen van belastingschulden van diens BV en rekende binnenkomende betalingen toe aan schulden waarvoor aansprakelijkstelling niet mogelijk was. De Hoge Raad oordeelde dat *fair play* vereiste dat de Ontvanger gewezen zou hebben op de mogelijkheid te betalen op schulden waarvoor persoonlijke aansprakelijkheid nog juist dreigde, bij uitstek een vorm van selectie van betalingen.

77 Rb. Amsterdam 22 augustus 2001, *JOR* 2001/212.

Van later dateren de eerder aangehaalde hof-arresten waarin een overeenkomstige problematiek speelde: Beijer/Willems q.q.⁷⁸ en Stoets/Bohncke.⁷⁹ In de eerste uitspraak stelde het Hof Arnhem vast dat de vennootschap “*in ernstige moeilijkheden verkeerde*”. De activiteiten waren gestaakt, het personeel naar huis gestuurd en de stelling van de bestuurders dat er nog toekomst was was mager onderbouwd. Toch constateert het hof – omdat de curator daaromtrent onvoldoende feiten had gesteld⁸⁰ – dat daarmee nog niet vast staat dat de bestuurders wisten dat het faillissement onafwendbaar was en staat het in die situatie toe dat er bepaalde externe crediteuren betaald worden.

“Ook als het hof – met de curator – in aanmerking neemt dat Beijer c.s. (bestuurders, toevoeging FS) slechts een bescheiden onderbouwing hebben gegeven aan hun stellingen met betrekking tot het realiteitsgehalte en/of de haalbaarheid van die alternatieven, kan op basis van het door de curator gestelde niet worden aangenomen dat deze mogelijkheden op voorhand zo kansloos waren dat Beijer c.s. reeds (op enig moment in) de zomer 2003 wisten (of moesten weten) dat het faillissement van Beijer Rotterdam onafwendbaar was.”

In de tweede zaak stelde het Hof Den Bosch:

“Een bestuurder van een financieel noodlijdende onderneming zal de onderneming moeten staken als er redelijkerwijs geen mogelijkheid bestaat deze te laten continueren. In de periode voordat het zover is, kan echter van zo'n bestuurder worden gevergd om te proberen de onderneming in enigerlei vorm voort te zetten. (...) Bij een beoordeling met wijsheid achteraf, zal als criterium hebben te gelden of de bestuurder ten tijde van zijn handelen redelijkerwijs – gegeven de situatie waarin de onderneming op dat moment verkeerde – nog kon beslissen om tot selectieve betaling over te gaan of dat hij de onderneming had moeten staken.”

Aan het slot van kernoverweging 3.4.3 uit Coral/Stalt stelt de Hoge Raad dat de schuldenaar “*slechts dan niet in strijd (handelt) met hetgeen haar naar ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, indien de voorkeursbehandeling*

78 Hof Arnhem 15 september 2009, *JOR* 2010/112 m.nt. Rijckenberg.

79 Hof Den Bosch 19 januari 2010, *JOR* 2010/113 m.nt. Rijckenberg.

80 Uit de ruime jurisprudentie zoals aangestipt in paragraaf 3 wordt glashelder dat de eiser de feiten tot in het kleinste detail dient te presenteren. Ogenschijnlijk ijzersterke zaken gaan vooral onderuit op onduidelijke of ontbrekende feiten, die daarmee de mogelijkheid bieden voor (vanwege de bewijslastverdeling niet noodzakelijk met producties toegelicht) verweer. Niet alleen moeten die feiten op zichzelf weinig *twijfel* laten, maar ze moeten ook weinig *ruimte* laten. Het ontbreken van in de tijd aaneengesloten feitelijke stellingen over de stervensfase van de vennootschap, kan makkelijk door de aangesproken bestuurder worden aangegrepen om aan te geven dat op dat moment het allemaal nog niet zo duidelijk was. In feite is het starten van een dergelijke procedure zonder te beschikken over een nagenoeg sluitende tijdlijn mogelijk niet heilloos, maar wel sterk af te raden.

van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd". In dit opzicht is de bestuurder dus niet beperkt in het aandragen van feiten en omstandigheden die de specifieke (wan)betaling rechtvaardigen.

Nu in het arrest Kok/Maas q.q. selectieve betalingen in de catalogus van Ontvanger/Roelofsen zijn gerangschikt, plukt de bestuurder daar ook de vruchten van de hoge lat die dat arrest aan bestuurdersaansprakelijkheid stelt, nl. het *persoonlijk ernstige verwijt*.

En ten slotte wijs ik nog op het obiter dictum uit NOM/Willemsen,⁸¹ m.i. het belangrijkste *statement* van de Hoge Raad op het gebied van de bestuurdersaansprakelijkheid: de cassatierechter wil gewoon niet dat Nederlandse ondernemers zich laten leiden door *nodeloos defensieve overwegingen* en het is mijn overtuiging dat hij bij elke belangrijke zaak betreffende bestuurdersaansprakelijkheid dat mee zal laten spelen. Bij selectie van betalingen kan dat vaak het geval zijn, met name in die gevallen waarin weliswaar de vennootschap een faillissement niet langer kan ontlopen, maar de onderneming nog wél levensvatbaar is.⁸²

6. Criteria bij selectie van betalingen – comply or explain

(a) Inleiding

Het positieve recht brengt de bestuurder van een bedrijf in zwaar weer onvoldoende duidelijkheid. En ook zijn adviseur kan daarmee onvoldoende uit de voeten als er keuzes gemaakt móeten worden omdat er te weinig liquide middelen beschikbaar zijn. Coral/Stalt en Kok/Maas q.q. betreffen situaties die zien op een deel van de problematiek en de Hoge Raad heeft daarin bewust geen keuzes gemaakt. In deze paragraaf probeer ik dat wel te doen. Het gaat hierbij dus om advisering en besluitvorming vóóraf. Die moet (om niet in nodeloze procedures verzeild te raken én om de ruime marge van Sobi/Hurks volledig te kunnen benutten) aan de veilige kant zijn.

De selectie van betalingen dient te worden gemaakt tegen de achtergrond van twee aspecten: (i) de toestand waarin de vennootschap zich bevindt en (ii) de betrokkenheid van de ontvanger van de betalingen. De kennis die de bestuurder heeft maar vooral de kennis-vóórsprong op niet betrokken crediteuren speelt daarbij een doorslaggevende rol.

81 HR 20 juni 2008, *JOR* 2008/260. De overweging werd o.m. herhaald in ovw. 4.2 van HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325 m.nt. Kortmann (*RCI/Kastrop*).

82 In die fase verrichte betalingen zullen met name aanvaardbaar zijn indien daarmee schade aan het resterend actief beperkt wordt. Daaronder valt naar mijn mening het behoud van levensvatbare delen van een onderneming.

Het eerste aspect is voortdurend veranderend en bij bedrijven in moeilijkheden gaandeweg verslechterend. Zolang de liquiditeit en solvabiliteit op orde zijn mogen (ook: gelieerde) partijen zich laten leiden door weloverwogen eigen belang: dat is een gezond doel van ondernemen. Maar naarmate het overleven van de vennootschap onwaarschijnlijker wordt, wordt het punt gepasseerd waarop voldoening van de crediteuren niet meer zeker is. Vanaf dat moment dient een bestuurder zich de belangen van die crediteuren in toenemende mate aan te trekken en wel op basis van zijn kennisvoorsprong. Uitsluitend hun geld staat vanaf dat moment nog op het spel en hij (vaak: alleen) weet dat.

Uiteraard is het feit dat de bestuurder in stáát is namens de vennootschap te handelen onontkoombaar van belang, maar dat is niet het springende punt. Het is de kennisvoorsprong die maakt dat hij *moet* handelen. Zou hij verschoonbaar de kennis ontberen, dan zou hij zich kunnen disculperen.⁸³ In normale omstandigheden is de kennis(voorsprong) voortdurend even groot; dat aspect verandert niet naarmate de toestand verslechtert. De reden dat die bestuurder zijn kennis(voorsprong) niet langer ten behoeve van zichzelf, de vennootschap of haar aandeelhouders mag aanwenden, is voor de hand liggend. Nu hij ná de peildatum zich de belangen van de gezamenlijke crediteuren moet aantrekken, bevindt hij zich daarmee in feite in dezelfde positie als bestuurder Wesselman zich in de casus Ontvanger/Wesselman bevond.⁸⁴ Die probeerde na faillissement een voordeel die de zojuist gefailleerde vennootschap nog ten deel kon vallen, aan zichzelf te laten toekomen door dit niet ter kennis van de curator te brengen, maar vond uiteindelijk de Hoge Raad op zijn pad. Die oordeelde dat op de bestuurder ná faillissement een bijzondere zorgplicht rust ten opzichte van de crediteuren. Die bijzondere zorgplicht die de bestuurder volgens laatstbedoeld arrest nadien te betrachten heeft met voor de gezamenlijke crediteuren relevante kennis, geldt logischerwijs ook al daarvoor. Het zijn immers “dezelfde” gezamenlijke crediteuren als ná dat (dan al onafwendbare) faillissement.

(b) Selectie

Er zijn drie belangrijke omslagpunten aan te wijzen. Het eerste (als gezegd: meestal ongemerkt passerende) punt is dat waarop de bestuurder het goedkeuringsbesluit van art. 2:216 lid 2 BW weigert te nemen. Het tweede is het moment waarop het bestuur rekening moet houden met de mogelijkheid dat de vennootschap niet langer in staat is haar schulden binnen een behoorlijke termijn te voldoen, steevast

83 Maar van verschoonbare onkunde (zowel bij bestuurders als toezichhouders) is slechts in uitzonderingsgevallen sprake. Bij wijze van voorbeeld wijs ik op de commissarissen in de Dockwise/Fairstar-zaak (Rb. Amsterdam 30 september 2015, *JOR* 2016/182 m.nt. Van Bekkum) die pas aansprakelijk werden vanaf het moment dat zij erachter kwamen dat het bestuur hen onjuist had geïnformeerd.

84 HR 11 februari 2011, *NJ* 2011, 305 m.nt. PvS. Zie over deze uitspraak ook mijn ‘A Corporate Cloak, de bijzondere zorgplicht van de bestuurder na faillissement’, in: J. Princen e.a. (red.), *De Ondernemende Curator* (Insolad bundel 2011), Deventer: Kluwer 2011.

aangeduid als “de peildatum”.⁸⁵ Het derde omslagpunt is het moment waarop het faillissement onafwendbaar wordt. Naar gelang deze punten passeren dient de selectie van betalingen strenger te worden. Ik kom tot de volgende handleiding.

Zodra het bestuur meent dat een dividenduitkering de 216-toets niet kan passeren, dient ook ten aanzien van andere betalingen aan gelieerde partijen die het karakter hebben van eigen of achtergesteld vermogen pas op de plaats te worden gemaakt. Daaronder vallen derhalve ongesecureerde aandeelhoudersleningen⁸⁶ en eerder wel toegekende maar niet opgenomen dividenden. Mijns inziens dienen na dat moment ook de wel toegekende maar niet uitbetaalde bijzondere prestatiebonussen van insiders zoals bestuurders en commissarissen niet te worden uitbetaald, aangenomen dat dat beloningen betroffen voor een bijzondere prestatie die – gelet op de nadien verslechterde situatie – inmiddels aan actualiteit heeft ingeboet. Het geldt uitdrukkelijk niet voor (achterstallige) betalingen aan gelieerde partijen die zien op de *gewone* bedrijfsvoering en waar een concrete prestatie tegenover staat: leveranties, huur, managementfee.

Moge het eerste kantelpunt niet altijd even scherp in beeld zijn gekomen, dat geldt zeker wel voor het tweede, de (Sobi/Hurks-)peildatum, dat iedere bestuurder immers per definitie behoort te kennen.⁸⁷ Vanaf dat punt dient een bestuurder zich de belangen van de crediteuren concreet aan te trekken. Dat betekent dat ook andere betalingen aan gelieerde partijen onder verscherpt toezicht komen. Daarbij kan gedacht worden aan betalingen in verband met leveranties door gelieerde partijen, betaling van (achterstallige) managementfees, intra-concern-huurbetalingen en dergelijke. Dergelijke betalingen zijn na deze peildatum wel mogelijk, maar mijns inziens slechts indien externe crediteuren van gelijke rang ten minste evenredig betaald worden en de bekende en opeisbare hoger gerangschikte schulden geheel zijn voldaan. De pre-faillissements paritas doet hier zijn intree.

Vanaf het moment dat het faillissement onafwendbaar wordt, gaat in beginsel iedere betaling ten laste van de gezamenlijke crediteuren. Betalingen die vanaf dat moment nog plaats vinden dienen derhalve in hun (gezamenlijk) belang te zijn,

85 Ik vermeld bewust niet het tweede deel van het Beklamel-criterium ter zake de solvabiliteit. Bij de vooraf aan te leggen selectiecriteria voor het verrichten van betalingen is naar mijn mening het eerste criterium voldoende. In feite werkt het tweede criterium dan achteraf slechts disculperend: als de schade achteraf kan worden voldaan, is de bestuurder toch niet aansprakelijk.

86 Vergelijkbare vragen kunnen worden gesteld indien de DGA een wél gesecureerde lening heeft verstrekt maar bij de gedeeltelijke afbetaling daarvan het pandrecht niet uitwint. Dat kan immers leiden tot een ongerechtvaardigde bevoordeling ten opzichte van de crediteuren. Een cijfervoorbeeld maakt dit duidelijk. Indien er aan actief (slechts) een verpande zaak van 50 is en liquide middelen van 50 terwijl de DGA 100 heeft te vorderen en de gezamenlijke crediteuren (maar die zonder zekerheid) ook 100, maakt het veel uit indien de DGA zich in een laat stadium uit de kas 50 laat betalen met een beroep op het feit dat hij nu eenmaal een gezekerde vordering heeft. Voor het restant kan hij zich immers exclusief op de verpande zaak verhalen. Het voordien zónder uitwinning ontvangen bedrag kan mogelijk onder omstandigheden worden teruggevorderd met een beroep op art. 54 Fw.

87 Die definitie is immers dat de bestuurder het weet *of behoort te weten*.

bijvoorbeeld om de onderneming in stand te houden (teneinde uitzicht te houden op een doorstart) of omdat er schade ontstaat als ze niet betaald worden (energiekosten, verzekeringspremies).

(c) Bijzondere omstandigheden

Uitzonderingen op deze regels zullen regelmatig noodzakelijk zijn en zijn mogelijk op grond van “bijzondere omstandigheden”. Omdat de bestuurder achteraf de volle bewijslast daarvan heeft, dient elke van de regels afwijkende betaling te kunnen worden uitgelegd (en dus bij voorkeur vooraf te worden vastgelegd). Zo werd in *Brouns q.q./Overgoor*⁸⁸ de betaling van managementfees (terwijl externe crediteuren tegelijkertijd onbetaald bleven) achteraf gesanctioneerd omdat de bank continuering van het (interim-)management als eis had gesteld voor een overbruggingsfinanciering.⁸⁹

(d) Tegenmaatregelen

Indien wordt afgeweken van deze regels of er geen bijzondere omstandigheden zijn, kan de bestuurder aansprakelijkheid niettemin nog vermijden door drie soorten maatregelen.⁹⁰ Ten eerste kan hij (een derde doen) betalen of instaan voor de betaling aan crediteuren. Voorts kan hij de crediteuren informeren. Waar de eerste maatregel vaak al niet meer mogelijk is, wordt deze tweede mogelijkheid ten onrechte wel eens over het hoofd gezien. Het doelbewust (en bij voorkeur gedocumenteerd) informeren van (individuele) schuldeisers, is nu eenmaal een waterdichte methode om aansprakelijkheid te voorkomen. Leveranciers blijken regelmatig bereid (al dan niet onder nadere afspraken) om door te leveren, dan wel uit loyaliteit, dan wel omdat commerciële overwegingen hen daartoe nopen. Uiteraard speelt dergelijke informatie ook een belangrijke rol indien betrokkenen een (formeel of informeel) crediteurenakkoord voorbereiden. Ten slotte is er de mogelijkheid van het aanvragen van surseance.

7. Afronding

Keren wij terug naar bestuurder G uit de inleiding van dit betoog, dan is de vraag wat hij wanneer nog wél mocht. Vanaf december 2005 was kennelijk de peildatum gepasseerd. De casus vertelt niet wat de precieze aanleiding was om op 2 maart 2006 het aandeelhoudersbesluit tot het aanvragen van het faillissement te nemen. Maar stel nu dat de incasso van debiteuren een week *eerder* de vijf ton had

⁸⁸ Hof Den Bosch 12 mei 2015, *JOR* 2016/43.

⁸⁹ Buiten het bestek van dit artikel vallen vragen als: Is aanvaardbaar dat een betaling wél wordt verricht aan een kleine middenstander die zeer veel schade lijdt bij uitblijven van betaling, maar niet aan een multinational die het wel kan lijden? In de praktijk komen dat soort keuzes wel voor.

⁹⁰ Zie Hof Den Bosch 7 mei 1997, o.v.w. 7.3, te kennen uit HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (*Sobi/Hurks II*).

opgeleverd en dat het faillissement op dat moment nog niet volledig onafwendbaar was. Mocht dat geld in die fase dan nog gebruikt worden om, met inachtneming van de regels van art. 3:277 BW, dat *volledige* bedrag *pro rata parte* aan de crediteuren te betalen? Ik meen van wel: op dat moment hoeven crediteuren zelfs nog niet volledig gelijk te worden behandeld: het zou toch onlogisch zijn als een bestuurder ze dan niet juist in extreme mate gelijk zou mogen behandelen.

Maar mag dat dan nog ná onafwendbaarheid van het faillissement? Met andere woorden: zou G de dans ontsprongen zijn als hij na 2 maart 2006 niet slechts een déél van zijn externe crediteuren, maar hen allemaal voor een gedeelte (en in gelijke mate) zou hebben betaald? Menig adviseur zou dat wensen, maar met geen ander doel dan de curator op te zadelen met een zo leeg mogelijke boedel (die verdergaande stappen weinig aantrekkelijk maakt). Ik zou menen dat een dergelijke evenredige betaling in beginsel zou mogen, althans niet kan leiden tot aansprakelijkheid van de bestuurder. Het doel van het faillissement is de middelen te laten toekomen aan de crediteuren met inachtneming van de regels van voorrecht en voorrang: als de bestuurder die regels strikt in acht neemt voor de op dat moment bestaande schulden, kan niet worden gezegd dat hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zeker daarvan ben ik echter niet en het mag in geen geval met het (enige) doel de curator op te zadelen met een lege boedel.⁹¹ Met name indien de aandeelhouders al het besluit hebben genomen het faillissement aan te vragen, maar ook indien de bestuurder al besloten heeft te berusten in een tegen de vennootschap ingediend faillissementsverzoek, past het eigenlijk niet dat hij betalingen verricht waarvan hij weet dat direct nadien te verwachten (hyper)preferente verplichtingen als curatorsalaris en art. 29 lid 2 OB-schulden onbetaald zullen blijven.⁹² Hij beoogde althans aanvaardde op dat moment immers zelf al de effecten van het faillissement. G had wel mogen volstaan met betalingen die aantoonbaar nodig waren om uitzicht te houden op *een* doorstart, maar niet slechts op de *door hem* voorgestane doorstart. Dergelijke betalingen moeten in die fase namelijk in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers.

In Coral/Stalt liet de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden “welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat de schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen.” Zou de zaak G/Litjens q.q. na het arrest van het Hof nog aan de Hoge Raad zijn voorgelegd en zou deze de wens om het leerstuk van selectie van betalingen van meer algemene regels te voorzien⁹³ hebben ingewilligd, dan zou zijn oordeel wat mij betreft, met een toevoeging aan Kok/Maas q.q.⁹⁴ dienen te luiden als volgt:

91 De curator heeft wel de bewijslast van die kwade opzet.

92 Zoals ook afgeleid zou kunnen worden uit HR18 december 2015, *JOR* 2016/145 m.nt. Jansen (*Hoeksma/R.M. Trade*) waarin de Hoge Raad het aanvragen van een eigen faillissement betitelde als misbruik van recht indien geen actief resteert.

93 Zie hiervoor par. 1 en noot 7.

94 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 m.nt. Van Bekkum (*Kok/Maas q.q.*).

“Het verrichten van betalingen kan tot gevolg hebben dat andere verplichtingen tot betaling niet worden nagekomen. Daarvan zal een bestuurder een (voor aansprakelijkheid noodzakelijk) verwijt kunnen worden gemaakt, indien hij wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Naarmate (a) de bestuurder zich meer bewust had moeten zijn van de toestand van de vennootschap (hetgeen doorgaans het geval zal zijn naarmate de toestand van die vennootschap slechter is) en naarmate (b) de wél verrichte betalingen in meerdere mate verricht zijn aan crediteuren die aan de schuldenaar of de bestuurder gelieerd zijn, zullen hogere eisen gesteld moeten worden aan de – door de bestuurder te stellen en bij betwisting te bewijzen – redenen die voor hem aanleiding waren de verrichte betalingen uit te voeren en zal eerder aanleiding zijn de bestuurder te belasten met het bewijs van feiten en omstandigheden die hem desondanks kunnen ontlasten.”