

Opinie en achtergrond

Follow the money: bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betalingen en het ‘probleem’ van de rijdende trein

Prof. dr. R.J. de Weijts - februari 2018

1. Inleiding

Bestuurders zijn als uitgangspunt niet aansprakelijk voor schulden van de vennootschap, ook niet in faillissement. Vermogensrechtelijk zijn zij een derde in de verhouding van de vennootschap tot haar schuldeisers. Toch zijn er zeer veel gronden waarop een bestuurder in faillissement kan worden aangesproken. Een heldere invulling van de normen van ‘onbehoorlijk bestuur’ en ‘persoonlijk voldoende ernstig verwijt’ ontbreekt echter grotendeels. Dit geldt met name ten aanzien van de (on)toelaatbaarheid van selectieve betalingen. De norm waaraan in deze gevallen getoetst wordt, is die van een ‘persoonlijk voldoende ernstig verwijt’. Wanneer is hier sprake van? Tot op welk moment mag de bestuurder nog wel de ene schuldeiser betalen en anderen vooralsnog onbetaald laten? Een belangrijke vraag daarbij is in hoeverre een weloverwogen eigen belang van de bestuurder bij selectieve betalingen, een rol speelt bij de invulling van de open norm. Het eigen belang kan soms gelegen zijn in de hoedanigheid van bestuurder als aandeelhouder van de ontvangende schuldeiser, of doordat de bestuurder zich persoonlijk borg had gesteld voor de voldane schuld.^[1] Een dergelijk eigen belang biedt veelal de beste verklaring waarom de ene schuldeiser nog wel betaald krijgt en de ander niet. Oftewel: *‘If you want to know why something happened, follow the money.’* Hoe evident dit ook moge zijn, de aandacht in pauliana- en aansprakelijkheidsprocedures *waarom* een bepaalde betaling is verricht en met name de rol van garanties daarbij, blijft veelal onderbelicht.^[2]

Borgstellingen door bestuurders (met name DGA's) jegens individuele schuldeisers zoals banken, zorgen ervoor dat de belangen van de bestuurders samenlopen met die van bepaalde schuldeisers. Het is dan niet enkel meer in het belang van de schuldeiser dat deze betaald wordt, maar ook in het eigen belang van de bestuurder dat de vennootschap deze schuldeiser voldoet. Toch bevindt de bestuurder zich dan in een lastig parket. Indien de bestuurder nog een handeling moet verrichten, riskeert hij persoonlijke aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers wegens selectieve betaling. Hoewel de posities van bestuurder en de gegarandeerde schuldeiser door de borgstelling verbonden zijn, lopen de risico's uiteen. Het financiële risico voor de ontvangende schuldeiser is eigenlijk beperkt tot het moeten teruggeven van het ontvangen bedrag. De bestuurder riskeert echter uit eigen zak de boedel te moeten compenseren. Ook kunnen de aansprakelijkheid van de ontvangende schuldeiser op grond van de pauliana en de aansprakelijkheid van de bestuurder uit elkaar lopen.^[3] De bestuurder heeft daarbij ook een andere verantwoordelijkheid in verhouding tot de gezamenlijke schuldeisers dan een individuele schuldeiser.

Omdat de bestuurder in aanloop naar het faillissement een eigen afweging dient te maken die mede ingevuld wordt door mogelijke aansprakelijkheid, is het voor professionele partijen zoals

banken aantrekkelijk om constructies zo vorm te geven, dat de bestuurder eigenlijk niets meer hoeft te doen en dat de bank toch tot het faillissement zo veel mogelijk voldaan wordt of een zo ruim mogelijk zekerhedenpakket krijgt. De vraag die in deze bijdrage centraal staat, is of de bestuurder onrechtmatig handelt door de onderneming door te draaien waarbij de gegarandeerde schuldeiser volledig voldaan wordt, ten nadele van andere schuldeisers. Deze vraag wordt mede beantwoord door middel van een kritische bespreking van het arrest HR Ontvanger/X van de Hoge Raad uit maart 2017 (par 3).^[4] Eerst worden echter de kaders van bestuurdersaansprakelijkheid kort geschetst (par. 2) om de bestaande hiaten in het recht omtrent bestuurdersaansprakelijkheid inzichtelijk te maken.

2. Bestuurdersaansprakelijkheid - kaders en het hiaat ten aanzien van selectieve betalingen

In faillissement kan de curator een bestuurder onder meer aansprakelijk stellen op grond van artikel 2:138/248 BW. De bestuurder is dan als uitgangspunt aansprakelijk voor het gehele faillissementstekort. Deze sanctie is dermate zwaar dat de gevergte normschending en het gevergte causale verband ook navenant zwaar zijn. Het bestuur moet zich schuldig hebben gemaakt aan onbehoorlijk bestuur, hetgeen inhoudt dat geen redelijk handelend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo zou hebben gehandeld.^[5] Verder is vereist dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Nu komen selectieve betalingen in de regel niet onder het bereik van artikel 2:138/248 BW omdat deze in de regel geen belangrijke oorzaak van het faillissement vormen. Het schip zinkt niet door de selectieve betalingen, maar er wordt selectief betaald omdat het schip zinkt. Bij selectieve betalingen biedt artikel 2:138/248 BW dan ook geen soelaas. Er wordt dan teruggevallen op de algemene onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW.

De aansprakelijkheid van bestuurders op grond van onrechtmatige daad heeft tot omvangrijke rechtspraak geleid. Richtingbepalend in deze is nog immer het arrest HR Ontvanger/Roelofsen uit 2006. De norm waaraan getoetst wordt, is die van een persoonlijk voldoende ernstig verwijt. De moeilijkheid van HR Ontvanger/Roelofsen is dat het arrest twee mogelijk geheel verschillende gevallen samenbrengt^[6] en deze aan dezelfde norm toetst. De twee gevallen zijn kort gezegd gewekte schijn van kredietwaardigheid enerzijds en aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen en onttrekkingen anderzijds.

De gewekte schijn van kredietwaardigheid ziet bijvoorbeeld op het kopen door de vennootschap van goederen zonder deze te kunnen betalen. De norm waaraan getoetst wordt, is een persoonlijk voldoende ernstig verwijt. Deze vage open norm is door de jurisprudentie nader ingevuld. Hiervan is sprake volgens het arrest HR Beklamel indien bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden. De curator kan hier in de regel *niet* vorderen voor zover het gaat om benadeling van schuldeisers die na een bepaalde datum zijn ontstaan.^[7] Hoewel deze regel de mogelijkheden van de curator danig beperkt, is de regel te begrijpen indien men beseft dat mogelijk de gezamenlijke schuldeisers zelfs voordeel hebben gehad bij een gewekte schijn van kredietwaardigheid. Indien een verder lege vennootschap met schulden nog activa koopt zonder deze te betalen, dan zijn de oude schuldeisers mogelijk gebaat, omdat er nu tenminste actief is om te gelde te maken.

De tweede grond waar de Hoge Raad in HR Ontvanger/Roelofsen over spreekt, ziet bovenal op selectieve betalingen en vormen van onttrekkingen. De norm waaraan getoetst moet worden is wederom die van een persoonlijk voldoende ernstig verwijt. De curator kan hier wel vorderen. Een nadere invulling van wanneer er sprake is van een persoonlijk voldoende ernstig verwijt, zoals in het Beklamel-arrest wel is gegeven ten aanzien van gewekte schijn van kredietwaardigheid, ontbreekt echter ten aanzien van selectieve betalingen. Schreurs concludeert

dan ook terecht dat het positieve recht de bestuurder van een bedrijf in zwaar weer onvoldoende duidelijkheid brengt.^[8]

A-G Timmerman schrijft ook dat de regels omtrent bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling verre van uitgekristalliseerd zijn.^[9] Timmerman komt tot de volgende hoofdregels: 'In mijn optiek kan echter de lijn van Coral/Stalt aldus worden doorgetrokken, dat het een bestuurder in elk geval niet meer vrij staat om aan de rechtspersoon of hemzelf gelieerde schuldeisers bij voorrang te betalen indien de vennootschap heeft besloten tot liquidatie over te gaan of haar faillissement op korte termijn onvermijdelijk is, tenzij de betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd.'^[10]

Het meest verhelderend en richtingbepalend in de context van selectieve betalingen is het arrest van Stoets/Bohncke van Hof Den Bosch. Hof Den Bosch overweegt als volgt:

'8.6.1. Er bestaat geen algemene regel die voorschrijft dat een debiteur gehouden is al zijn crediteuren naar evenredigheid van hun respectieve vorderingen te betalen. Wel kunnen er bijzondere omstandigheden zijn – zoals een bestuurder van een vennootschap in zwaar weer, die slechts zichzelf laat betalen, of wanneer uitsluitend groepsmaatschappijen worden betaald – die met zich brengen dat selectieve betaling aan een of enkele crediteuren – ondanks dat er in beginsel nog geen sprake is van een situatie waarin de paritas creditorum in acht moet worden genomen – tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan leiden. Zulks kan eveneens het geval zijn bij selectieve wanbetaling, als alle crediteuren op één na worden betaald.

8.6.2. In een situatie dat een vennootschap ten dode is opgeschreven, zal haar bestuurder niet meer in het belang van de vennootschap moeten handelen, maar in het belang van haar crediteuren. Een bestuurder van een financieel noodlijdende onderneming zal de onderneming moeten staken als er redelijkerwijs geen mogelijkheid meer 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. 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 overlevingsbelang 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.

8.6.3. 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.'^[11]

Hieruit zijn m.i. de volgende algemene regels af te leiden ten aanzien van de (on)geoorloofdheid selectief de te betalen.

1. Zolang het beleid gericht is op continuïteit en het niet duidelijk is dat overleving van de vennootschap kansloos is, bestaat grote vrijheid normale crediteuren selectief te betalen (Hof r.o. 8.6.1). Zolang er nog naar continuïteit gestreefd wordt, kan zelfs gevergd worden dat de bestuurder selectief betaalt (Hof Den Bosch, r.o. 8.6.2 in de woorden 'voordat het zover is...').
2. Zodra het duidelijk is dat het 'einde oefening is', bestaat geen vrijheid meer selectief te betalen en dient de bestuurder de onderneming te staken (Hof Den Bosch, r.o. 8.6.2). Het hof noemt dit niet, maar hier zou toch ook een uitzondering gehanteerd moeten worden voor gevallen die weliswaar niet meer een faillissement kunnen voorkomen, maar wel direct bijdragen aan waardebehoud in faillissement, zoals de voldoening van de energieleverancier bij een viskwekerij die op korte termijn failliet verklaard zal worden.

3. Zodra de continuïteit in gevaar is en de vennootschap in zwaar weer verkeert, dienen selectieve betalingen aan gerelateerde partijen vermeden te worden (Hof Den Bosch, r.o. 8.6.1). Ook voordat de situatie evident kansloos is, kan het reeds onrechtmatig zijn om nog wel gerelateerde partijen te betalen en andere schuldeisers niet.[\[12\]](#)

Schreurs komt tot een nog gedetailleerdere onderverdeling.[\[13\]](#) Wat uit de analyse hier en die van Schreurs bovenal naar voren komt, is dat er niet een enkel moment is waarvoor gehele vrijheid bestaat en waarna niets meer mag. Er is in die zin geen helder demarcatiepunt in tijd.[\[14\]](#) De schaal is glijdend, waarbij selectieve betalingen aan gerelateerde partijen reeds eerder tot onrechtmatigheid leiden dan selectieve betalingen aan geheel externe schuldeisers.

Hoewel met het bovenstaande (iets aangevulde) spoorboekje van het Hof Den Bosch, en evenzo de analyse van Schreurs een redelijk helder afgebakend normenkader kan worden gegeven dat ook werkbaar moet zijn voor bestuurders van vennootschappen in zwaar weer, is het toch wel wachten op een richtingbepalend arrest van de Hoge Raad.

3. Niet ingrijpen als vrijbrief voor aansprakelijkheid?

In het arrest van maart 2017[\[15\]](#) diende de Hoge Raad andermaal te oordelen over de vraag naar de verplichtingen die op bestuurders rusten van vennootschappen in zwaar weer, met name in verhouding tot de Ontvanger als schuldeiser. In het voorliggende geval was de bestuurder middellijk bestuurder van de gefailleerde vennootschap en eveneens indirect medeaandeelhouder.[\[16\]](#) Over 2007 had de vennootschap aanzienlijke verliezen gemaakt van € 663.329 over een omzet van € 8.014.031. Op 30 juni 2008 zegde feitelijk de enige opdrachtgever de relatie met de vennootschap op tegen einde 2008, waarna in de ava wordt geconcludeerd: '[De vennootschap] is einde verhaal en wordt met de hoogste spoed gesaneerd. Uiterlijk op 1 oktober 2008.' Op deze ava werd eveneens besloten dat vanaf dat moment alle betalingen door de vennootschap door ieder van de aandeelhouders dienden te worden goedgekeurd.

Nadat half juli 2008 bij de Rabobank bekend werd dat de enige opdrachtgever het contract had opgezegd, is de bank een strikter beheer gaan voeren. In september 2008 heeft de vennootschap daarop haar vorderingen aan de bank verpand. De vordering van de bank is uiteindelijk geheel voldaan. Ook de Ontvanger is nog voldaan voor zover dit oude schulden betrof. Over de maanden september tot en met november 2008 is de Ontvanger echter niet meer voldaan. Op 31 oktober 2008 heeft de vennootschap melding betalingsonmacht als bedoeld in artikel 36 lid 2 InvW gedaan. Op 9 december 2008 is de vennootschap op eigen aangifte failliet verklaard.

Na faillietverklaring heeft de Ontvanger de bestuurder aansprakelijk gesteld op grond van artikel 36 InvW. Artikel 36 InvW bepaalt onder meer dat een bestuurder aansprakelijk is indien aannemelijk is dat het niet betalen van de belastingschuld het gevolg is van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de melding betalingsonmacht. Het betreft hier dus geen aansprakelijkheid voor het faillissementstekort, maar een aansprakelijkheid specifiek jegens Ontvanger.[\[17\]](#)

Het Hof Den Bosch oordeelde met name op volgende gronden dat de bestuurder aansprakelijk is:

'4.5 Vaststaat voorts, dat activa zijn verkocht tegen reële prijzen tot een bedrag van € 840.193. Tevens staat vast dat de schuld aan de RABO-bank (van in ieder geval ruim € 400.000) geheel is afgelost en dat de loon- en omzetbelasting (van in ieder geval ruim € 200.000) over de tijdvakken september 2008 en verder (deels) is aangegeven, maar geheel niet afgedragen c.q. voldaan. Mede gelet op de onder 2.12 vermelde feiten, in het bijzonder de aldaar geciteerde verklaring van [L], acht het Hof aannemelijk dat aan terugbetaling van de schuld aan de RABO-bank voorrang is gegeven boven de betaling van de lopende belastingverplichtingen. Volgens de verklaring van [L] stond voor de RABO-bank de terugbetaling van de schuld aan de RABO-bank voorop en was de

betaling van de belastingschulden voor de RABO-bank van geen enkel belang. Doordat belanghebbende alleen heeft toegegeven aan de druk van de RABO-bank en hij niet heeft bewerkstelligd dat ook de belastingverplichtingen in verband met de voortgezette bedrijfsvoering zouden worden nagekomen had belanghebbende redelijkerwijs moeten begrijpen dat de belastingverplichtingen niet zouden worden nagekomen en heeft hij kennelijk onbehoorlijk bestuurd. Zelfs als, zoals belanghebbende betoogt, de RABO-bank als eerste betaald zou moeten worden vanwege de aan de RABO-bank verstrekte zekerheden dan nog zou belanghebbende niet zonder meer hebben mogen toegeven aan de druk van de RABO-bank om de schuld aan hen volledig terug te betalen zonder daartoe overleg te plegen met de Ontvanger, die (tevens) bevoorrecht schuldeiser is (art. 21 e.v. IW), om zeker te stellen dat ook aan de Ontvanger (deels) zou worden betaald.'

Het cassatiemiddel zijdens bestuurder voert aan dat de bank zelf voor de inning van haar vorderingen heeft zorggedragen door het uitoefenen van haar toekomstige pandrechten en de binnenkomende betalingen te verrekenen. Het middel voert aan dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat de bestuurder heeft toegegeven aan de druk van de Rabobank, omdat onduidelijk is hoe de bestuurder dan 'niet had kunnen' toegeven aan de druk van de Rabobank. De bestuurder had derhalve geen keuze, aldus het cassatiemiddel. Het cassatiemiddel aangevoerd door de bestuurder slaagt. De Hoge Raad overweegt dat 'een bestuurder slechts kennelijk onbehoorlijk bestuur verweten kan worden, indien deze bij machte is om gewraakte handelingen niet te verrichten'.^[18] De Hoge Raad voegt daaraan toe dat, anders dan het hof zou hebben overwogen, de belanghebbende nadat betalingsonmacht was gemeld, niet gehouden was op eigen initiatief de Ontvanger te berichten over de handelswijze van de bank.^[19]

De Hoge Raad casseert^[20] en verwijst het geding. Na verwijzing zal mede opnieuw geoordeeld moeten worden over het handelen van de bestuurder. De Ontvanger had de bestuurder daarbij niet enkel verweten toe te staan dat de bank zich zou verhalen op de binnenkomende betalingen, maar ook dat de bestuurder in september 2008 nog pandrechten heeft gevestigd ten gunste van de bank. In de conclusie overweegt de A-G reeds dat nog onderzocht moet worden of de bestuurder onverplicht en lichtvaardig een pandrecht aan de bank heeft verstrekt.^[21] Hierbij zullen dan ook de redenen bezien moeten worden waarom de bestuurder namens de vennootschappen nog pandrechten heeft verschaft meer dan twee maanden nadat de ava al geconstateerd had dat de vennootschap 'einde verhaal is'. In het onderhavige geval blijkt uit het arrest echter niet of ook linksom of rechtsom een eigen belang van de bestuurder bij de voldoening van de bank boven de Ontvanger heeft gespeeld.

Drie kanttekeningen dienen bij dit arrest geplaatst te worden. De eerste twee kanttekeningen zien niet op het voorliggende feitencomplex dat aanleiding gaf tot het arrest van 2017, maar op de algemene overwegingen van de Hoge Raad omtrent de verantwoordelijkheid van bestuurders in dit arrest en met name op de overweging dat 'een bestuurder slechts kennelijk onbehoorlijk bestuur verweten kan worden, indien deze bij machte is om gewraakte handelingen niet te verrichten'.

De vraag komt bovenal op waarom het zo vaak voorkomt dat bestuurders op de valreep van het faillissement nog enkel de bank betalen of zekerheidsrechten vestigen ten gunste van de bank. Het *onjuiste* antwoord is dat bestuurders dit in de regel doen omdat daartoe een verplichting is opgenomen in artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden. Artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden bevat slechts een verplichting tot het vestigen van zekerheden op verzoek van de bank en heeft als effect dat de vestiging daarmee niet onverplicht is in de zin van artikel 42 Fw/3:45 BW, maar aan het aanzienlijk zwaardere criterium van artikel 47 Fw getoetst dient te worden. Artikel 26 Algemene Bankvoorwaarden bevat dan ook slechts een verplichting, maar verklaart nog niet *waarom* bestuurders veelal van alle verplichtingen van de vennootschap juist die richting de bank wel voldoen en andere niet. De verklaring is in het gros van de gevallen gelegen in het eigen

belang van de bestuurder (vaak DGA). In het MKB is een persoonlijke borgstelling door de DGA eerder regel dan uitzondering. Een dergelijk eigen belang verklaart ten eerste waarom een bestuurder uit de veelheid van verplichtingen juist die van de bank kiest om gehoor aan te geven. [22] Een dergelijk weloverwogen eigen belang bij handelingen die de achterblijvende schuldeisers schaden, verklaart niet enkel het handelen maar kleurt ook de invulling van zowel de normen van de pauliana[23] als die van bestuurdersaansprakelijkheid.

Een tweede kanttekening ziet op de meer principiële overweging van de Hoge Raad dat een bestuurder slechts kennelijk onbehoorlijk bestuur verweten kan worden, indien deze bij machte is om gewraakte handelingen niet te verrichten. Zekerheden worden namelijk steeds meer gevestigd zonder dat de vennootschap c.q. bestuurder hier nog aan te pas komt. Met name onder de verzamel pandconstructie heeft de vennootschap reeds een volmacht aan de bank verschaft en vestigt de bank een pandrecht aan zichzelf als vertegenwoordiger van de vennootschap.[24] Het voordeel voor de bank is niet alleen dat op deze wijze met een enkele pandakte alle nieuw ontstane vorderingen van al zijn debiteuren ook bezwaard zijn, die anders door de werking van artikel 3:239 BW onbezwaard zouden zijn. Een even belangrijk voordeel is dat de bestuurder nu niet meer hoeft te handelen en daarmee in mindere mate zijn vingers aan een late verpanding op de valreep zou kunnen branden. Om daaraan echter de conclusie te verbinden, zoals de Hoge Raad doet, dat de bestuurder ‘niet bij machte zou zijn een handeling niet te verrichten’, miskent zowel het krachtenspel als de verantwoordelijkheid van de bestuurder. Waar de bestuurder mogelijk het stuur in vergaande mate uit handen heeft gegeven aan de bank, heeft de bestuurder toch altijd nog zijn of haar voeten op de pedalen. De bestuurder kan immer op de rem trappen en het faillissement aanvragen. Vooral gezien het eigen belang dat een bestuurder/aandeelhouder veelal heeft bij zo veel mogelijk en zo lang mogelijk verpanden aan de bank, past het niet de verantwoordelijkheid van de bestuurder geheel te verwijderen of te beperken tot een moment in een mogelijk ver verleden dat een zekerhedenconstructie in het leven werd geroepen.

Tevens kan er nog een kanttekening geplaatst worden bij de discussie omtrent het wel of niet eigener beweging op de hoogte moeten stellen van de Ontvanger. Het hof had overwogen dat ‘zelfs als, zoals belanghebbende betoogt, de RABO-bank als eerste betaald zou moeten worden vanwege de aan de RABO-bank verstrekte zekerheden dan nog zou belanghebbende niet zonder meer hebben mogen toegeven aan de druk van de RABO-bank om de schuld aan hen volledig terug te betalen zonder daartoe overleg te plegen met de Ontvanger (...)’.

De Hoge Raad reduceert[25] in het arrest het oordeel van het hof ten onrechte welhaast tot de overweging dat er aansprakelijkheid zou bestaan *omdat* de bestuurder zonder overleg te plegen met de ontvanger selectief heeft voldaan. De onrechtmatigheid dient echter niet gevonden te worden in het niet informeren van de Ontvanger, maar in de selectieve voldoening zelf. Deze onrechtmatigheid zou kunnen zijn *weggenomen* door alles met de benadeelde schuldeisers af te stemmen, i.c. de Ontvanger.[26] Het al dan niet informeren van de Ontvanger is dan ook niet de door het hof aangenomen grond van onrechtmatigheid, maar zou hooguit een verweer kunnen zijn geweest door de aangesproken bestuurder, welke de onrechtmatigheid zou hebben kunnen wegnemen.[27] De Hoge Raad had dan ook meer recht gedaan aan het oordeel van het hof door het hof-oordeel als volgt samen te vatten: ‘Met die oordelen heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat belanghebbende beschikbare gelden uitsluitend en met voorrang heeft aangewend voor de voldoening van de schuld aan de bank, en daardoor heeft bewerkstelligd dat de belastingschulden van de BV onbetaald bleven, terwijl nergens gebleken is dat overleg hierover met de Ontvanger heeft plaatsgevonden.’

4. Duiding van betaling aan derden jegens wie aandeelhouders of bestuurders zich sterk hebben gemaakt

Ten slotte dient nog de vraag gesteld te worden naar de duiding van selectieve betalingen aan

derde partijen jegens wie aandeelhouders en/of bestuurders zich borg hebben gesteld of zich anderszins sterk hebben gemaakt. Een dergelijke betaling kan gezien worden als het verminderen van de *exposure* van gerelateerde partijen richting derden. Daarmee heeft de betaling wel degelijk het karakter van het voldoen van gerelateerde partijen, zij het indirect.

De vrijheid van bestuurders om nog wel dergelijke derden te voldoen, maar andere schuldeisers niet, bevindt zich daarmee deels in de derde categorie gedestilleerd uit het hof-arrest Stoets/Bohncke. Ook voordat de situatie evident kansloos is, kan het reeds onrechtmatig zijn om nog wel gerelateerde partijen te voldoen en andere schuldeisers niet. Onder gerelateerde partijen dienen dan dus ook begrepen te worden partijen jegens wie aandeelhouders en bestuurders zich sterk hebben gemaakt.

Prof. dr. R.J. de Weijts

[1] De meest voorkomende variant van borgstellingen door bestuurders is die waarbij de bestuurder tevens grootaandeelhouder is (DGA).

[2] Zie voor een analyse van de problematiek waarbij aandeelhouders met garanties financieren, A.L. Jonkers, 'McGregor, de houdgreep van de aandeelhouders en de rechtvaardiging van beperkte aansprakelijkheid', *TvI* 2017/15.

[3] Zie voor een uitgebreid en inzichtelijk overzicht van de verschillende vormen van samenloop R. van de Sigtenhorst en B. Winters, 'Bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van schuldeisers en de samenhang met pauliana', in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 321-350.

[4] HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, *JOR* 2017/189 m.nt. Tekstra.

[5] Zie HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/454 (Panmo).

[6] Zie overeenkomstig o.a. Strik in haar noot bij HR 26 maart 2010, *JOR* 2010/127 (Zandvliet/ING).

[7] Zie HR 16 september 2005, *JOR* 2006/52 (Bont/Bannenberg q.q.).

[8] Ph.W. Schreurs, 'Selectie van betalingen – Afrekenen in de Twilight zone', in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 371.

[9] Zie conclusie A-G Timmerman bij HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:737. Zie over de noodzaak van duidelijkere regels eveneens D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 52.

[10] Conclusie A-G Timmerman bij HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:737.

[11] Hof Den Bosch, 19 januari 2010, *JOR* 2010/113 (Stoets/Bohncke) m.nt. Rijckenberg.

[12] Deze derde categorie kan men lezen als een uitbreiding op de hoofdregel van A-G Timmerman.

[13] Zie Schreurs 2017, p. 372-374. Schreurs schrijft expliciet over advisering en besluitvorming vooraf en hanteert daarbij een zeker marge kort gezegd. 'Het gaat hierbij dus om advisering en besluitvorming vooraf. Die moet (om niet in nodeloze procedures verzeild te raken en om de

ruime marge van Sobi/Hurks volledig te benutten) aan de veilige kant zijn', aldus Schreurs (p. 271). Schreurs brengt vervolgens een nadere nuancering aan in de periode voordat duidelijk is dat faillissement onafwendbaar is geworden. Schreurs onderscheidt drie belangrijke omslagpunten. Namelijk (1) het moment waarop de bestuurders (veelal ongemerkt) het goedkeuringsbesluit van art. 2:216 lid 2 BW zouden weigeren te nemen, (2) het moment waarop het bestuur rekening moet houden met de mogelijkheid dat de vennootschap niet langer in staat is haar schulden binnen een redelijke termijn te voldoen, en (3) het moment waarop het faillissement onafwendbaar wordt. Zeer kort samengevat oordeelt Schreurs als volgt: Dat vanaf moment (1) het bestuur ook niet meer op andere wijze achterstelde vermogensposities mag voldoen, zoals achtergestelde aandeelhoudersleningen. Dat vanaf moment (2) niet meer selectief aan gerelateerde partijen betaald mag worden en dat bij betalingen aan gerelateerde partijen voor bijvoorbeeld intercompany huur, dit alleen is toegestaan indien gelijke crediteuren pro rata betaald worden en hoger gerangschikte volledig. Dat vanaf moment (3) selectieve betalingen enkel zijn toegestaan indien deze in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn (bijv. energiekosten en verzekeringspremies).

[14] Zie overeenkomstig ten aanzien van een glijdende schaal Schreurs (2017, p. 372-373). Zie anders Rijkenberg in haar JOR-noot bij Hof Den Bosch, 19 januari 2010, *JOR* 2010/113 (Stoets/Bohncke) die nog wel een overkoepelende peildatum zoekt.

[15] HR 31 maart 2017, *JOR* 2017/189 m.nt. Tekstra.

[16] HR 31 maart 2017, *JOR* 2017/189 onder 2.1.

[17] Zie over deze bepaling, A.J. Tekstra, 'Fiscale Bestuurdersaansprakelijkheid', in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Serie van der Heijden Instituut deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 547 e.v. De Hoge Raad interpreteert in het onderhavige arrest van 31 maart 2017, *JOR* 2017/189, onder verwijzing naar eerdere arresten uit 2001 en 2011, de normen van onbehoorlijk bestuur en persoonlijk ernstig verwijt naar elkaar toe. De Hoge Raad overweegt: 'Van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36, lid 3, van de Wet kan pas worden gesproken als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – gehandeld zou hebben als de aansprakelijk gestelde bestuurder heeft gedaan (zie onder meer het hiervoor in 3.2.1 vermelde arrest van 8 juni 2001, [toev. RdW: van 8 juni 2001, nr. C99/298HR, [ECLI:NL:HR:2001:AB2](#)]. Dit is onder meer het geval indien de aansprakelijk gestelde bestuurder van een lichaam heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van dat lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem te dezer zake persoonlijk een ernstig verwijt treft (zie het hiervoor in 3.2.1 vermelde arrest van de Hoge Raad van 4 februari 2011 [toev. RdW: 4 februari 2011, nr. 09/03451, [ECLI:NL:HR:2011:BP2982](#)].'

[18] HR 31 maart 2017, *JOR* 2017/189, r.o. 3.3.4.

[19] HR 31 maart 2017, *JOR* 2017/189, r.o. 3.3.4.

[20] Verder had het hof nog geoordeeld dat ten aanzien van over november 2008 onbetaald gebleven belastingen geen aansprakelijkheid van de bestuurder bestond, omdat de verplichting tot betaling door het faillissement op de curator was komen te rusten. De Ontvanger heeft op zijn beurt tegen dit oordeel cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelt ook dit middel gegrond. De Hoge Raad overweegt geheel terecht dat de omstandigheid dat na de faillietverklaring de curator bevoegd is tot voldoening, niet uitsluit dat het aan kennelijk onbehoorlijk bestuur te wijten is dat de curator bepaalde belastingen niet betaalt.

[21] Zie conclusie A-G onder nr. 5.18-5.20. Uit het arrest HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663 (*Van Essen q.q./Aalbrecht en Looman*) volgt reeds dat de vraag of de handeling verplicht of

onverplicht is, voor de beantwoording of er gronden voor aansprakelijkheid zijn van minder belang is dan voor het welslagen van de pauliana.

[22] Zie treffend de verklaring van de bestuurders in HR Bont/Bannenbergh: ‘Nadat het faillissement was aangevraagd heb ik medio augustus contact opgenomen met de heer Van Boekhold, die mij vrijblijvend een aantal adviezen heeft gegeven. De strekking daarvan was dat het banksaldo naar nul moest in verband met de borgstelling van f 50.000,= die ik aan de bank had gegeven. Ik moest proberen het bedrijf overeind te houden, maar ook zorgen dat de borgstelling niet aangesproken zou kunnen worden. Ik kon die borgstelling privé niet voldoen. Toen ben ik de debiteuren gaan innen en de crediteuren niet meer gaan betalen teneinde het saldo bij de bank op nul te krijgen. (...)’ Het arrest Bont/Bannenbergh is echter bekend geworden om geheel andere redenen, namelijk dat de curator niet ten behoeve van een groepje schuldeisers kan procederen. De curator had in HR Bont/Bannenbergh namelijk een bedrag van f 160.000 gevorderd, zijnde het bedrag van schuldeisers wier vorderingen na 31 juli 1998 waren ontstaan. Met de wijsheid van nu dient geoordeeld te worden dat de curator niet het bedrag van de vorderingen die ontstaan waren na de peildatum had moeten vorderen maar, op grond van selectieve betalingen, het bedrag van de vorderingen van de bank die wel voldaan waren, hetgeen ook nog eens een hoger bedrag betrof.

[23] Zie Rb. Utrecht 6 juni 2007, *JOR* 2008/19, Aerts q.q./Rabobank, m.nt. Faber.

[24] Zie HR 3 februari 2012, *NJ* 2012, 261 (ING/Dix q.q.) waarin de verzamelconstructie gesanctioneerd is.

[25] De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4.4 als volgt: ‘Met die oordelen heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat belanghebbende, zonder overleg te plegen met de Ontvanger, beschikbare gelden uitsluitend en met voorrang heeft aangewend voor de aflossing van de schuld aan de bank, en daardoor heeft bewerkstelligd dat de belastingschulden van de BV onbetaald bleven.’

[26] Zie in die zin ook Schreurs bij een algemene bespreking van tegenmaatregelen, waar hij ten aanzien van Beklamel-aansprakelijkheid schrijft (2017, p. 374): ‘Het doelbewust (en bij voorkeur gedocumenteerd) informeren van (individuele) schuldeisers, is nu eenmaal een waterdichte methode om aansprakelijkheid te voorkomen.’ Hoewel Schreurs het informeren van wederpartijen bespreekt ten aanzien van Beklamel-aansprakelijkheid, dient m.i. een zelfde disculpatie aanvaard te worden ten aanzien van andere aansprakelijkheden indien mogelijke claimanten tijdig geïnformeerd zijn.

[27] Dat het hof zich heeft laten verleiden tot de gemaakte overweging kan mede verklaard worden door de waarschuwplicht die wel wordt aangenomen (zie bijvoorbeeld Bartman in zijn noot bij HR 17 juni 2005, *JOR* 2005/234 (Berghorst/Maas), mede op grond van het arrest Albada-Jelgersma (HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487, m.nt. Van der Grinten. In zijn noot noemt Van der Grinten een waarschuwing van een aandeelhouder aan crediteuren een mogelijke maatregel die genomen had kunnen worden, waardoor de gewekte schijn van kredietwaardigheid niet onrechtmatig zou zijn geweest.