

De aansprakelijkheid van bestuurders bij selectieve betalingen: een nadere beschouwing van het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek*

mr. K.M. Sixma en mr. J. Opstroom¹

Om een bestuurder een ernstig verwijt te kunnen maken voor het verrichten van selectieve betalingen op een moment dat het faillissement (nog) niet onafwendbaar was, zijn bijkomende omstandigheden vereist. Daarbij moet met name gedacht worden aan samenspanning met de betaalde schuldeiser of een persoonlijke belang van de bestuurder. Voor de vaststelling dat het faillissement onafwendbaar is, is het enkele feit dat het faillissement reeds was aangevraagd door de bestuurder niet voldoende.

1. Onderwerpen van deze bijdrage

Schuldenaren hebben in beginsel 'betaalautonomie': de vrijheid om zelf te bepalen in welke volgorde schuldeisers worden betaald. Bij een naderend faillissement is dat uitgangspunt niet meer vanzelfsprekend: het betalen van de ene schuldeiser kan er immers toe leiden dat er voor de andere schuldeisers niets meer (of in ieder geval minder) overblijft. In toenemende mate dient een schuldenaar rekening te houden met de rangorde van schuldeisers zoals die ook in faillissement geldt – en wordt de betaalautonomie van de schuldenaar beperkt.² Selectief betalen kan daarmee onrechtmatig zijn. Bestuurders die uitvoering hebben gegeven aan dergelijke betalingen worden met enige regelmaat door curatoren aansprakelijk gesteld. In dit artikel bespreken wij de lijn die de Hoge Raad met betrekking tot dit onderwerp heeft uitgezet. Vervolgens gaan wij in op het recent gewezen arrest *Ingwer-*

sen q.q./Kromme Leek waarin wij een aanvullende normstelling signaleren. Wij sluiten af met een aantal opmerkingen over hoe bepaalde leemtes in dit leerstuk zouden kunnen worden ingevuld.

2. Selectieve betalingen – huidig juridisch kader

2.1. Reconstructie en aansprakelijkheid

Selectieve betalingen die voorafgaand aan het faillissement door de schuldenaar zijn gedaan, kunnen door een curator langs twee lijnen worden beoordeeld en gesanctioneerd. Ten eerste: de 'reconstructie' van de situatie door middel van vernietiging van de gewraakte betaling op grond van art. 42 of 47 Fw: de faillissementspauliana. Bij deze beoordeling is ook de rol van de betrokken wederpartij van belang. Ten tweede: de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder die de gewraakte betaling heeft verricht op grond van de onrechtmatige daad, waarbij de bestuurder de ontstane schade voor de gezamenlijke schuldeisers moet vergoeden: het leerstuk van de selectieve betaling. De faillissementspauliana mag inmiddels een behoorlijk uitgediept onderwerp genoemd worden. De aansprakelijkheid van bestuurders op grond van ongeoorloofde selectieve betaling is daarentegen veel minder uitgekristalliseerd.³

1. Karin Sixma en Joris Opstroom zijn advocaat bij Florent te Amsterdam.
2. In de literatuur wordt ook wel gesproken over de 'schaduwwerking' van het naderend faillissement op de taak van de bestuurder. Zie onder meer M.L. Lennarts, *De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschappen insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 20 en A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 363. Zie tevens de conclusie van A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), par. 2.14 en J. van Bekkum, annotatie bij HR 23 mei 2014, JOR 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*).

3. Vgl. onder meer concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2017:224 bij HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:737 (*Nutriscience*) en concl. A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*).

2.2. Wat volgt reeds duidelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad?

Verschillende auteurs hebben gepleit voor een duidelijk 'spoorboekje': regels waaraan bestuurders van een noodlijdende onderneming zich kunnen vasthouden als zij betalingen verrichten.⁴ Daarbij speelt in de eerste plaats het moment van betaling een rol: het spectrum dat loopt van 'betaalautonomie', waarin alle betalingen geoorloofd zijn, naar 'concursum creditorum', de rangorde (en daarinbinnen onderlinge gelijkheid) der schuldeisers zoals die geldt in faillissement. In een reeks arresten heeft de Hoge Raad enkele punten op deze lijn ingevuld, die wij hieronder zullen bespreken.

In het arrest *Ontvanger/Roelofsen* oordeelde de Hoge Raad over de benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering.⁵ In dit arrest is bepaald dat naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond kan zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt ('de tweede hoofdcategorie'). Voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens schuldeisers van de vennootschap is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁶

In het arrest *Kok/Maas q.q.*⁷ oordeelde de Hoge Raad dat selectieve betaling valt onder 'bewerkstelligen' zoals bedoeld onder de tweede hoofdcategorie van het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest. In het op dat punt niet gecasseerde oordeel van het hof in die zaak lag besloten dat de aangesproken bestuurder wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de betalingen door de schuldenaar aan haar moedervennootschap (waarvan hij eveneens bestuurder was) tot gevolg zouden hebben dat de schuldenaar 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.⁸ In het eind jaren '90 van de vorige eeuw gewezen arrest *Coral/Stalt* oordeelde de Hoge Raad met betrekking tot een schuldenaar die tot een groep vennootschappen behoorde dat: '*niet de regel* [kan]

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.'⁹ In zo een geval moeten er bijzondere omstandigheden zijn die een dergelijke betaling rechtvaardigen.

In het vorig jaar door de belastingkamer van de Hoge Raad gewezen arrest *X/Staatssecretaris van Financiën* wordt de norm van *Coral/Stalt en Kok/Maas q.q.* ook van toepassing geacht bij de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft.¹⁰ In de daar voorliggende kwestie was overigens (voornamelijk) geen sprake van betalingen waarbij een persoonlijk belang speelde, maar betalingen aan de voor de voortzetting van de bedrijfsvoering essentiële relaties. Deze betalingen vonden plaats nadat door de aandeelhouders besloten was de onderneming te gaan staken, en de activiteiten langzaam werden afgebouwd alsmede de activa werden geliquideerd. De belastingschulden voortvloeiende uit die voortzetting bleven echter onbetaald. De bestuurder had daarmee volgens het hof bewerkstelligd dat de belastingschulden van de vennootschap voortvloeiende uit die voortzetting onbetaald zijn gebleven, terwijl hij wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat zijn handelwijze ertoe zou leiden dat de belastingschulden onbetaald zouden blijven. Het hof heeft vervolgens de gevolgtrekking gemaakt dat de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De Hoge Raad fluit het hof op dat laatste punt terug: het uitgangspunt is dat het bestuurders in beginsel vrij staat om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zouden worden voldaan. Voor maken van een ernstig verwijt aan het adres van de bestuurder is volgens de Hoge Raad kennelijk een nadere motivering nodig. Ter indicatie van een situatie waarin voornoemde vrijheid 'in ieder geval beperkter is' verwijst de Hoge Raad naar *Coral/Stalt* en trekt, zoals gezegd, deze norm door naar betalingen waarbij de bestuurder 'persoonlijk belang' had, maar rept niet over betalingen aan (niet-gelieerde) schuldeisers waarbij dat niet het geval is (terwijl dat in de

4. Ph. W. Schreurs, annotatie bij Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221.

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

6. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5.

7. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325 (*Kok/Maas q.q.*).

8. Met objectief voorzienbaar wordt bedoeld dat de bestuurder 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.

9. HR 12 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3, toevoeging auteurs.

10. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*X/Staatssecretaris van Financiën*). Overigens kan er nog discussie bestaan of dit fiscaalrechtelijke arrest ook civielrechtelijke betekenis heeft. In de conclusie van A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*) wordt opgemerkt dit welhaast het geval moet zijn, daar het hem onwenselijk voorkomt om uiteenlopende normen te hanteren voor bestuurdersaansprakelijkheid in het civiele recht en het belastingrecht (par. 2.19). Wij zouden (ook) menen dat dit het geval is.

onderliggende casus nu juist aan de orde was). De Hoge Raad is van oordeel dat nader onderzoek of de bestuurder kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden verweten moet volgen en verwijst de zaak naar het Gerechtshof Den Haag.

3. HR *Ingwersen q.q./Kromme Leek*; bespreking feitelijke instanties en arrest

3.1. Inleidend

In het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* heeft de Hoge Raad opnieuw de gelegenheid gekregen om zich uit te laten over een geval waarin er in het zicht van faillissement betalingen aan een niet-gelieerde crediteur plaatsvonden en waar ook geen persoonlijk belang van de bestuurder aan de orde was. Dit arrest gaat derhalve over wat wij (voor het leesgemak) willen noemen een 'gewone' schuldeiser.

3.2. Casuspositie

De casus die ten grondslag ligt aan het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek*, laat zich als volgt samenvatten.¹¹ Source Food B.V. ('Source Food') heeft een tweetal aandeelhouders, te weten Kromme Leek B.V. ('Kromme Leek') en X. Kromme Leek is tevens bestuurder van Source Food. Bestuurder en enig aandeelhouder van Kromme Leek is Y. Kromme Leek is tevens aandeelhouder en bestuurder van (thans) Source B.V. ('Source'). Tussen Kromme Leek en X bestaat een aandeelhoudersgeschied, waarvan de inhoud overigens niet uit de casus blijkt. Kromme Leek heeft op 4 december 2014, (kennelijk) in haar hoedanigheid van schuldeiser van Source Food, een verzoek tot faillietverklaring ingediend. Dit verzoek heeft geleid tot faillietverklaring van Source Food op 6 januari 2015. Ná de faillissementsaanvraag, maar vóór de uitspraak, heeft het volgende plaatsgevonden: (i) Limes International Tax + Expat B.V. ('Limes') heeft een bedrag van EUR 29.711,55 in rekening gebracht aan Source Food voor vóór de faillissementsaanvraag verleende diensten, (ii) Source heeft in opdracht van Kromme Leek voornoemd bedrag vanaf haar bankrekening aan Limes betaald en (iii) het bedrag van EUR 29.711,55 is ten gunste van Source als creditbedrag geboekt in rekening-courant.

3.3. Eerste aanleg: over paulianeuze en ontoelaatbare selectieve betaling aan gelieerde partij

Uit het tot voor kort niet gepubliceerde vonnis van de Rechtbank Noord-Holland in de Kromme Leek-kwestie volgt dat de curator het in eerste aanleg over een compleet andere boeg heeft gegoid

dan in hoger beroep en cassatie.¹² Nu de keuzes ten aanzien van de procedure in deze kwestie in feitelijke instanties in de literatuur eerder wat (voorzichtige) vragen hebben opgeroepen, gaan we hieronder kort in op de zaak in eerste aanleg.¹³

De curator van Source Food heeft in eerste aanleg betaling van het bedrag van EUR 29.711,55 gevorderd van (i) Source, met een beroep op de faillissementspauliana (primair art. 42 Fw en subsidiair art. 47 Fw) en onbevoegde verrekening (art. 54 Fw) en (ii) Kromme Leek en Y, op grond van onrechtmatig handelen als (indirect) bestuurder van Source Food (art. 6:162 BW jo. art. 2:11 BW). De niet toegestane selectieve betaling waar de curator zijn pijlen op richt, is de – in de woorden van de curator – *de facto* betaling van Source Food aan het gelieerde Source. De rechtbank gaat in het vonnis eerst in op de betekenis die moet worden toegekend aan de bestaande rekening-courant-verhouding tussen Source Food en Source. Door gedaagden is in dat kader, kort gezegd, aangevoerd dat Source slechts fungeerde als portemonnee van Source Food. Daartoe zijn door Source Food onder meer de volgende omstandigheden aangevoerd: (i) Source Food stortte gelden op de bankrekening van Source, (ii) voornoemde gelden werden uitsluitend aangewend om crediteuren van Source Food te betalen, en (iii) na faillietverklaring is het resterende saldo van die bankrekening op de faillissementsrekening van Source Food gestort. De rechtbank volgt gedaagden in dit betoog en oordeelt dat er geen sprake is van vermindering van het vermogen van Source Food als gevolg van de betalingsopdracht aan Source en de daarop gevolgde verrekening.¹⁴ Van benadeling van schuldeisers is ook geen sprake, *'Immers de via de rekening van Source People [Source] overgemaakte bedragen, waaronder het bedrag van € 29.711,55, zouden ook zonder de tussenkomst van Source People aan dezelfde schuldeisers van SF [Source Food] zijn uitgekeerd, maar dan rechtstreeks'*, aldus de rechtbank.¹⁵

De rechtbank oordeelt dat gelet op het bovenstaande het beroep op art. 42 Fw niet kan slagen. Daarnaast oordeelt de rechtbank dat niet kan worden volgehouden dat door de betaling van de factuur van Limes Source een vordering op Source Food heeft verkregen, waardoor ook een beroep op art. 47 Fw en art. 54 Fw niet kan slagen. Ook de vorderingen tegen Kromme Leek en Y op grond van art. 6:162 jo art. 2:11 BW worden afgewezen.

11. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*).

12. Rb. Noord-Holland 9 november 2016, ECLI:NL:RBN-HO:2016:11568.

13. Zie onder meer de annotatie van Ph. W. Schreurs in *JOR* 2018/221 en de annotatie van L. Kriekaert in *JIN* 2020/28.

14. Rb. Noord-Holland 9 november 2016, ECLI:NL:RBN-HO:2016:11568, r.o. 6.1.4.

15. Rb. Noord-Holland 9 november 2016 ECLI:NL:RBNHO:2016:11568, r.o. 6.1.4., toevoeging auteurs.

3.4. Hoger beroep over ontoelaatbare selectieve betaling aan derde

In hoger beroep gooit de curator het over een andere boeg en richt hij zijn pijlen uitsluitend op de in zijn optiek niet toegestane selectieve betaling van Source Food – via Source – aan Limes.¹⁶ De curator legt zich in hoger beroep kennelijk neer bij de betekenis die de rechtbank aan de rekening-courant-verhouding heeft toegekend (i.e. Source fungeerde als portemonnee van Source Food). Nu in dat geval Source als het ware moet worden weggedacht in de betaling – in die zin dat de betaling uiteindelijk moet worden gezien als een betaling van Source Food aan Limes – is er sprake van de voldoening van een opeisbare schuld. Een dergelijke betaling is alleen vernietigbaar met een beroep op art. 47 Fw, waarvoor ofwel wetenschap van de faillissementsaanvraag bij Limes, ofwel samenspanning is vereist. De in het arrest genoemde feiten bieden daarvoor geen aanknopingspunten. Van verrekening is bij een betaling van Source Food aan Limes in het geheel geen sprake, waardoor een beroep op art. 54 Fw ook niet aan de orde is. Het hoger beroep ziet uiteindelijk enkel op de vordering uit hoofde van onrechtmatige daad jegens (indirect) bestuurders Kromme Leek en Y.

Het hof oordeelt dat ook indien een betaling heeft plaatsgevonden in het zicht van een (mogelijk) faillissement, een persoonlijk ernstig verwijt vereist is wil een jegens (indirect) bestuurders van een vennootschap op grond van onrechtmatige daad ingestelde vordering kunnen slagen.¹⁷

Voorts merkt het hof op dat een debiteur in beginsel gehouden is om de door hem aangegane financiële verplichtingen na te komen. Het hof vervolgt: *'Mede in het licht daarvan kan niet worden aanvaard dat het enkele feit dat een zodanige nakoming/betaling door de vennootschap plaatsvindt terwijl de handelen-de (indirect) bestuurder weet dat het faillissement van de vennootschap is aangevraagd reeds meebrengt dat deze zich jegens de overige schuldeisers schuldig maakt aan een onrechtmatige daad. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden vereist waarbij met name kan worden gedacht aan een samenspanning tussen de betrokken bestuurder en schuldeiser met als oogmerk deze laatste boven andere schuldeisers te bevoordelen, dan wel een betaling waarbij de bestuurder direct of indirect persoonlijk baat heeft.'*¹⁸

Van dergelijke 'bijkomende omstandigheden' was naar het oordeel van het hof geen sprake. Het hof acht nog van belang dat (i) door de curator niet is weersproken dat Source Food gebukt ging onder een aandeelhoudersgeschil en (ii) geïntimeerden gemotiveerd hebben gesteld dat zij ten tijde van de betaling aan Limes nog trachtten met de (indirect)

meerderheidsaandeelhouder van Source Food, X, tot een regeling te komen waardoor het faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend en dat de faillissementsaanvraag mede diende om druk op X uit te oefenen.¹⁹ Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

3.5. Cassatie; over norm en stelplicht bij selectieve betaling aan 'gewone' schuldeiser

De curator stelt cassatieberoep in tegen het arrest. De Hoge Raad oordeelt dat het hof bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van verweerders terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat een bestuurder van een vennootschap niet persoonlijk aansprakelijk is jegens een schuldeiser van de vennootschap die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser. Onder verwijzing naar het arrest *Ontvanger/Roelofsen* vervolgt de Hoge Raad dat voor aansprakelijkheid van de bestuurder ook in een dergelijk geval vereist is dat hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad gaat er kennelijk van uit dat het hof heeft vastgesteld dat het faillissement ten tijde van de gewraakte betaling niet onafwendbaar was, nu Kromme Leek en haar bestuurder nog met meerderheidsaandeelhouder X trachtten tot een oplossing te komen waardoor het faillissement mogelijk had kunnen worden afgewend.²⁰ Dit feitelijke oordeel acht de Hoge Raad, contrair aan de conclusie van A-G Van Peursem, niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering.

Nu Limes niet gelieerd was aan Source Food en ook niet is komen vast te staan dat Kromme Leek en Y een persoonlijk belang hadden bij de betaling, gaat dit arrest over selectieve betaling aan een 'gewone' schuldeiser. De Hoge Raad laat de door het hof gehanteerde norm voor aansprakelijkheid, zoals hierboven in paragraaf 3.4 geciteerd, in stand en verwierpt het cassatieberoep.

4. Enkele nadere beschouwingen naar aanleiding van het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek*

4.1. Het onafwendbare faillissement

Uit het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* volgt dat het van belang is om vast te stellen of ten tijde van de gewraakte selectieve betaling een faillissement

16. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, r.o. 3.3.

17. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, r.o. 3.5.

18. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, r.o. 3.6.

19. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, r.o. 3.7.

20. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.4.

onafwendbaar was. Maar wanneer kan nu gezegd worden dat een faillissement onafwendbaar was? In elk geval is duidelijk dat het enkele feit dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd – zelfs indien dit door de bestuurder is gedaan – daartoe niet voldoende is.²¹ Op zich is dat oordeel niet onbegrijpelijk. Een aanhangige faillissementsaanvraag kan weliswaar een belangrijk element zijn bij de beoordeling of een faillissement onafwendbaar is, maar is niet per definitie allesbepalend. Tegelijkertijd zijn er situaties denkbaar waarin een faillissementsaanvraag in het geheel niet aan de orde is, terwijl het faillissement wél onafwendbaar kan worden geacht.

En hoe sluit een begrip als ‘onafwendbaar’ aan bij eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad over selectieve betaling? In het arrest *Coral/Stalt* en de daarop voortbordurende jurisprudentie wordt niet expliciet gesproken over de afwendbaarheid van het faillissement. Het aantonen van twee feitelijke omstandigheden, te weten (i) een besluit van de vennootschap om haar activiteiten te beëindigen en (ii) het niet beschikken van de vennootschap over voldoende middelen om al haar schuldeisers te voldoen, was in de onderliggende casus²² voldoende om als uitgangspunt te nemen dat de selectieve betalingen niet waren toegestaan, behoudens bijzondere omstandigheden. In de gevallen waarin de hiervoor onder (i) en (ii) genoemde omstandigheden kunnen worden vastgesteld, zal in de praktijk vaak ook sprake zijn van een onafwendbaar faillissement, maar dat hóéft niet per definitie het geval te zijn. De *Coral/Stalt*-situatie kán gemakkelijker te bewijzen zijn dan het vaststellen van de onafwendbaarheid van het faillissement, maar een en ander is sterk afhankelijk van de casus. A-G Timmerman betoogde reeds in conclusie inzake *Nutriscience* om de lijn van *Coral/Stalt* zo door te trekken, dat de daar genoemde norm niet alleen geldt indien de vennootschap heeft besloten tot liquidatie over te gaan, maar ook als haar faillissement op korte termijn onvermijdelijk is.²³ Wij sluiten ons daar graag bij aan. We menen in ieder geval dat indien de curator kan aantonen dat sprake is van de in *Coral/Stalt* expliciet genoemde omstandigheden, hij niet óók nog hoeft te bewijzen dat het faillissement onafwendbaar is.

Terug naar de Kromme Leek-kwestie. Welke betekenis moet worden toegekend aan de faillissementsaanvraag door de bestuurder? Deze be-

stuurder meent kennelijk dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen in de zin van art. 1 Fw. De term ‘toestand’ veronderstelt dat de schuldenaar al enige tijd haar schulden niet betaalt, al berust die aanname niet op de wet. De term ‘ophouden’ dient volgens Wessels te worden gezien als ‘resultante van een proces’.²⁴ Het veronderstelt periodieke verplichtingen die eerst wel worden voldaan en vervolgens niet meer, maar kan tevens zien op een éénmalige verplichting die niet nagekomen wordt. Die kennelijk aanwezige faillissementstoestand verhoudt zich – in elk geval gevoelsmatig – wat lastig tot de constatering dat het faillissement desondanks niet onvermijdelijk was. Het lijkt op het eerste gezicht voor de hand te liggen dat de betreffende bestuurder in een dergelijke situatie wat uit te leggen heeft. Dat menen ook Schreurs²⁵ en in zijn navolging A-G Van Peursem,²⁶ die betogen dat in het geval de aangesproken bestuurder het faillissement zelf heeft aangevraagd, deze bestuurder moet worden belast met de stelplicht en bewijslast dat het faillissement (desondanks) nog afwendbaar was.

In de Kromme Leek-kwestie hebben Kromme Leek en Y ‘gemotiveerd gesteld’ dat er nog een regeling mogelijk was met de meerderheidsaandeelhouder.²⁷ Ondanks betwisting van de haalbaarheid van een dergelijke regeling door de curator (in zowel in eerste aanleg als in appel)²⁸ heeft het hof op grond van de partijverklaringen vastgesteld dat het faillissement ‘mogelijk had kunnen worden afgewend’.²⁹ De curator heeft in cassatie geklaagd dat het hof deze feitelijke vaststelling onbegrijpelijk althans onvoldoende heeft gemotiveerd, althans art. 149 Rv en/of de regels inzake de stelplicht van partijen heeft miskend door te hoge eisen te stellen aan de stelplicht van de curator en dat door die verkeerde normstelling de stelplicht en bewijslast verkeerd zijn gelegd.³⁰ De Hoge Raad toetst echter terughoudend en wijst alle klachten af.³¹ Van een andere

21. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.2.

22. In welke casus het selectieve betalingen aan gelieerde vennootschappen betrof.

23. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2017:224 voor HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:737 (*Nutriscience*), par. 3.3. Overigens was in die zaak door het hof vastgesteld dat ten tijde van de terugbetalingen nog geen sprake was van beëindiging van de onderneming van *Nutriscience* (r.o. 4.7.1) en dat geenszins vaststond dat *Nutriscience* ten tijde van de terugbetalingen had besloten haar activiteiten te beëindigen (r.o. 4.8.1).

24. B. Wessels, *Insolventierecht: Faillietverklaring* (Wessels Insolventierecht nr. I), Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 1183.

25. Ph. W. Schreurs, annotatie bij Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, *JOR* 2018/221, par. 5.

26. Conclusie A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), par. 2.25.

27. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:, r.o. 3.7.

28. Zie conclusie A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), par. 2.30.

29. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, r.o. 3.7 en HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.4.

30. Conclusie A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), par. 2.31.

31. Bij de beoordeling van dit cassatiemiddel moet in ogenschouw worden genomen dat het in beginsel gaat om de waardering van de uitingen van partijen, hetgeen is voorbehouden aan het hof als feitenrechter,

verdeling van de bewijslast wil de Hoge Raad dan ook niets weten. Dus zelfs al meent de bestuurder van een schuldenaar zelf dat er sprake is van een faillissementstoestand (althans op het moment van indienen van het faillissementsrekest en de (mondelinge) behandeling daarvan), dan nog is het aan de curator (of individuele schuldeiser) om de onafwendbaarheid van het faillissement te bewijzen.

De vraag is dus uiteindelijk: hoe bewijst je als curator (of individuele schuldeiser) dat op het moment van de gewraakte selectieve betaling het faillissement onafwendbaar was? Die vraag is niet eenvoudig te beantwoorden en het antwoord zal ook sterk casuïstisch zijn. Karapetian en Schreurs illustreren dit door het noemen van een aantal voorbeelden van (combinaties van) omstandigheden die op de onafwendbaarheid van het faillissement duiden.³²

4.2. Nieuwe normstelling

4.2.1. Inleidende opmerkingen

Het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* lijkt een nieuwe norm te geven voor de aansprakelijkheid van een bestuurder die een selectieve betaling verricht aan een 'gewone' schuldeiser. Zoals gezegd, houdt deze norm in dat er voor aansprakelijkheid van een bestuurder 'bijkomende omstandigheden' vereist zijn, waarbij 'met name' kan worden gedacht aan (i) samenspanning tussen de betrokken bestuurder en schuldeiser met als oogmerk deze laatste boven andere schuldeisers te bevoordelen of (ii) een betaling waarbij de bestuurder (in)direct persoonlijk baat heeft.³³

Hoewel de expliciet genoemde bijkomende omstandigheden slechts indicatief zijn, lijkt daarmee het speelveld toch te worden ingeperkt. A-G Van Peursem heeft zich in zijn conclusie overigens kritisch uitgelaten over het 'met name' onderdeel van de norm en spreekt zelfs van 'vervuiling' van de norm met een blik op art. 47 Fw.³⁴ Gelet op de indicatieve aard van de expliciet genoemde bijkomende omstandigheden, achten we het zinvol om kort nader bij die omstandigheden stil te staan.

4.2.2. Samenspanning

De als eerste genoemde bijkomende omstandigheid doet erg denken aan art. 47 Fw, waaruit onder meer volgt dat een betaling vernietigbaar is indien er sprake is van samenspanning tussen de schuldenaar en de schuldeiser.³⁵

Het hof heeft door het noemen van samenspanning als bijkomende omstandigheid expliciet duidelijk gemaakt dat bij samenspanning tussen bestuurder en de schuldeiser, de bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld uit hoofde van onrechtmatige daad. Dat ligt ook voor de hand. Er zal dan immers tevens sprake zijn van schending van de norm van art. 47 Fw.³⁶ Dat art. 47 Fw spreekt over samenspanning tussen de schuldenaar zelf (en niet zozeer diens bestuurder) en de schuldeiser, doet daar onzes inziens niets aan af. Immers, in dergelijke situaties valt veelal geen zinvol onderscheid te maken tussen het oogmerk van de schuldenaar en dat van de bestuurder die bij de rechtshandeling is betrokken. Van een 'uitbreiding' naar de bestuurder van de schuldenaar kan dan ook niet echt worden gesproken. Samenspanning zal in de regel zeer lastig te bewijzen zijn. Indien er sprake is van een betaling aan een gelieerde partij, kan samenspanning in de zin van art. 47 Fw worden aangenomen behoudens tegenbewijs.³⁷ Het ligt op het eerste gezicht voor de hand om de curator ook op een dergelijke wijze tegemoet te komen in zijn bewijshouding indien hij samenspanning dient te bewijzen als bijkomende omstandigheid. In de praktijk zal een dergelijk bewijsvermoeden overigens maar een beperkte meerwaarde hebben voor de curator of schuldeiser die een bestuurder wil aanspreken vanwege selectieve betaling. In situaties waarin de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, geldt op grond van het arrest *Coral/Stalt* al dat betalingen aan gelieerde partijen niet zijn toegestaan behoudens de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden die de betaling rechtvaardigen.

zie conclusie A-G G.R.B. van Peursem, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), par. 2.31.

32. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 8.3.2.2 en Ph. W. Schreurs, 'Selectie van betalingen – afrekenen in de twilight zone', in: Van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (2017), p. 361-362.

33. Gerechtshof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.6.

34. Conclusie A-G Van Peursem van 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:798 bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), par. 2.22 en 2.25.

35. De wettekst van art. 47 Fw spreekt letterlijk over 'overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen'. Dat het hof in zijn arrest spreekt van samenspanning met als oogmerk de schuldeiser in kwestie te bevoordelen is dan ook dubbelop. Het hiervoor genoemde oogmerk is immers vereist om van samenspanning te kunnen spreken, zie onder meer HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676 (*Gispen q.q./IFN*).

36. Daarbij zij opgemerkt dat niet iedere schending van art. 47 Fw in alle gevallen bestuurdersaansprakelijkheid zal opleveren, maar het is in elk geval een sterke indicatie voor bestuurdersaansprakelijkheid. Zie ook R. van den Sigtenhorst & B. Winters, *Bestuurdersaansprakelijkheid wegens benadeling van schuldeisers en de samenhang met de pauliana*, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (VDHI nr. 140) 2017/15.5.

37. HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1881 (*Cikam/Simon*).

4.2.3. Persoonlijk baat

De als tweede genoemde bijkomstige omstandigheid betreft 'persoonlijk baat' (in andere woorden een persoonlijk belang) van de bestuurder bij de gewraakte betaling. De relevantie van een persoonlijk belang van de bestuurder bij de betaling, zagen we reeds terug in het fiscale arrest *X/Staatssecretaris van Financiën*, zoals reeds besproken in paragraaf 2 van deze bijdrage.³⁸ Nu op grond van voornoemd arrest al kon worden aangenomen dat een bestuurder ook civielrechtelijk in beginsel aansprakelijk is indien de gewraakte betaling waarbij hij een persoonlijk belang had was verricht nadat de vennootschap (i) heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en (ii) niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, lijkt de praktische toegevoegde waarde van deze nieuwe norm ook op dit punt beperkt.

4.2.4. Andere bijkomende omstandigheden?

Welke eventuele andere bijkomende omstandigheden de curator (of een individuele schuldeiser) kan aandragen om tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder te komen, blijft in het arrest in het midden. In elk geval is duidelijk dat bij de indicatieve bijkomende omstandigheden niet de andere grondslag voor een geslaagd beroep op art. 47 Fw, te weten de wetenschap van de faillissementsaanvraag bij de schuldeiser, wordt genoemd. De toetsing aan het vereiste van wetenschap van faillissementsaanvraag bij de schuldeiser zoals bedoeld in art. 47 Fw is vrij digitaal. Indien er sprake is van wetenschap van de schuldeiser van de faillissementsaanvraag, en er ook daadwerkelijk een faillissement wordt uitgesproken, is voldaan aan dit vereiste. Er lijkt dan in beginsel geen ruimte te zijn voor discussie over de vraag of daarmee ook daadwerkelijk sprake was van een onafwendbaar faillissement ten tijde van de gewraakte betaling. Andersom is reeds door de Hoge Raad uitgemaakt dat indien de schuldeiser wist dat het faillissement onvermijdelijk was, maar het faillissement nog niet was aangevraagd, een beroep op art. 47 Fw ook niet kan slagen.³⁹ De norm die geldt voor de beoordeling van de vernietigbaarheid van een verplichte betaling, lijkt op dit punt simpelweg een andere dan de norm die geldt voor de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor de door deze verplichte betaling veroorzaakte schade. De eventuele wetenschap van de schuldeiser aangaande de faillissementsaanvraag kleurt niet zozeer de onrechtmatigheid van de gedraging van de bestuurder, maar geeft vooral een rechtvaardig-

ging voor het terugvorderen van dit bedrag van de schuldeiser. Het ligt onzes inziens dan ook niet voor de hand om de wetenschap van de schuldeiser mee te wegen bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van een gedraging van de bestuurder.

Gelet op het voorgaande, menen wij dat ervan kan worden uitgegaan dat de wetenschap van de schuldeiser van de faillissementsaanvraag niet als bijkomende omstandigheid valt aan te merken. Het onderstreept in elk geval de noodzaak voor de curator om zich bij selectieve betalingen goed te bezinnen wie hij op welke grondslag het beste kan aanspreken, gelet op de verschillende normen en verschillende bewijsposities.

4.2.5. Afsluitende opmerkingen over nieuwe norm

Zoals hiervoor al geconstateerd, is er in de praktijk behoefte aan meer duidelijkheid over selectieve betaling in het zicht van een al dan niet onafwendbaar faillissement, in het bijzonder indien er geen sprake is van een persoonlijk belang van de bestuurder bij de betaling of een betaling aan een gelieerde partij.⁴⁰ Deze gewenste duidelijkheid wordt, gelet op het bovenstaande, helaas maar voor een deel verschaft.

4.3. Welke maatstaf geldt indien de onderneming al is geliquideerd?

De Hoge Raad heeft het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* helaas niet aangegrepen om tevens de maatstaf te geven waaraan selectieve betalingen aan een 'gewone' schuldeiser moeten worden getoetst indien wél is komen vast te staan dat op dat moment het een faillissement onafwendbaar was. Moet ook in dergelijke gevallen worden aangenomen dat selectieve betalingen pas ontoelaatbaar zijn als er sprake is van bijkomende omstandigheden, waarbij met name aan samenspanning en een persoonlijk belang kan worden gedacht? Of dient voor dergelijke gevallen een lagere drempel voor aansprakelijkheid te gelden? In het *X/Staatssecretaris van Financiën*-arrest rept de Hoge Raad niet over vereiste bijkomende omstandigheden. Logischerwijs zou de drempel voor aansprakelijkheid bij selectieve betalingen aan 'gewone' schuldeisers in ieder geval niet lager moeten zijn dan de drempel die op basis van het *Coral/Stalt*-arrest geldt, wat ook lijkt te volgen uit *X/Staatssecretaris van Financiën*. Laten we eens uitgaan van een situatie waarin de volledige onderneming al is verkocht en overgedragen en de resterende beschikbare activa onvoldoende zijn om de schuldeisers volledig te voldoen. In een dergelijk geval is de liquidatiefase niet alleen reeds aangevangen⁴¹, maar in feite zelfs al zo goed als voltooid en rest nog slechts uitdeling aan de

38. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*X/Staatssecretaris van Financiën*) is overigens gewezen nádat het hof arrest wees in de *Kromme Leek*-kwestie, doch vóórdat de Hoge Raad zich in cassatie daarover uitliet.

39. HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2435 (*Meijs q.q./Bank of Tokyo*), r.o. 3.8.2.

40. Zie paragraaf 2 van deze bijdrage.

41. Zoals het geval was in de casus HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*X/Staatssecretaris van Financiën*).

schuldeisers. Betalingen die worden gerechtvaardigd door bijvoorbeeld het belang van de gezamenlijke crediteuren, zoals betalingen in het kader van behoud of maximalisatie van waarde van activa, zullen in beginsel niet (langer) aan de orde zijn. In dergelijke gevallen zal in principe kunnen worden aangenomen dat het faillissement onafwendbaar is en de aanwezigheid van een tekort vaststaat. Daarbij zal het niet steeds verschil hoeven te maken of op dat moment nu reeds het faillissement was aangevraagd of niet, aangezien de aanwezigheid van een faillissementsaanvraag vaak meer afhankelijk zal zijn van de assertiviteit van de schuldeisers of de mate waarin de bestuurder zijn verantwoordelijkheid neemt dan van iets anders.⁴² Als de bestuurder op dat moment nog selectieve betalingen verricht, aan welke maatstaf zouden die dan getoetst moeten worden?

In dergelijke gevallen zou het (laten) verrichten van selectieve betalingen in strijd met de wettelijke rangorde onzes inziens in beginsel een persoonlijk ernstig verwijt van de bestuurder moeten opleveren. In onze optiek biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad nog steeds ruimte voor een dergelijke norm. Dat ook onder de hiervoor geschetste omstandigheden, mede gelet op het arrest *X/Staatssecretaris van Financiën*, waarschijnlijk nog steeds de aanwezigheid van een persoonlijk ernstig verwijt zal zijn vereist – ondanks het feit dat er in feite niets meer te besturen valt, maar slechts uitgedeeld dient te worden – doet niets aan het voorgaande af. De drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid is in dat geval lager dan die bij selectieve betaling aan een ‘gewone’ schuldeiser op het moment dat het faillissement mogelijk nog afwendbaar was (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), maar niet lager dan de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid voor een selectieve betaling aan een gelieerde partij of waarbij er sprake is van een persoonlijk belang op het moment dat er (mogelijk) reeds sprake was van een onafwendbaar faillissement (*Coral/Stalt en X/Staatssecretaris van Financiën*).

5. Samenvatting en conclusie

Het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* biedt een normstelling voor situaties waarin er een betaling aan een ‘gewone’ schuldeiser plaatsvond op een moment dat het faillissement reeds is aangevraagd, maar (nog) niet onafwendbaar was. In dergelijke situaties kan de bestuurder slechts aansprakelijk worden gehouden indien er bijkomende omstandigheden zijn die door de curator dienen te worden gesteld en bewezen. Daarbij moet met name gedacht worden aan samenspanning met de betaalde schuldeiser of een persoonlijk belang van de bestuurder. Voor de vaststelling dat het faillissement

onafwendbaar is, is het enkele feit dat het faillissement reeds was aangevraagd door de bestuurder niet voldoende.

De uitspraak biedt onzes inziens ruimte om in andere situaties een lagere drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid te hanteren en niet tevens de aanwezigheid van ‘bijkomende omstandigheden’ vergelijkbaar met die in *Ingwersen q.q./Kromme Leek* te vereisen. Te denken valt aan selectieve betalingen op het moment dat het faillissement wél onafwendbaar was en de liquidatie van de onderneming al was voltooid, zelfs als deze selectieve betalingen aan een ‘gewone’ schuldeiser geschieden. Het is aan de curator om te stellen en te bewijzen dat van een dergelijk onafwendbaar faillissement en voorzienbare schade sprake was. De selectieve betaling zal dan in beginsel een ernstig verwijt aan het adres van de bestuurder opleveren, tenzij de bestuurder weet uit te leggen dat de betaling gerechtvaardigd was.

42. Zoals gezegd, is een daadwerkelijke faillissementsaanvraag geen noodzakelijk element voor de constatering dat een faillissement onafwendbaar is, zie paragraaf 4.1 van deze bijdrage.