

Bestuurdersaansprakelijkheid voor selectieve betalingen

MR. H.F. WIJN¹

1. Inleiding

1.1. Begrenzing van betaalaautonomie

Financiële problemen kunnen de toekomst van een vennootschap bedreigen en drukken zwaar op het strategisch beleid. Omdat een faillissement grote gevolgen heeft voor alle bij de vennootschap betrokken *stakeholders*, komen hun belangen uitdrukkelijker naar voren wanneer een faillissement nadert. Het bestuur van de vennootschap spant zich in om de financiële moeilijkheden het hoofd te bieden, waarbij de uiteenlopende en soms onverenigbare belangen doorlopend worden afgewogen.

Wanneer een vennootschap in financieel zwaar weer verkeert en meer opeisbare schulden dan middelen heeft, kan het verrichten van strategische *selectieve betalingen* aan schuldeisers van doorslaggevende betekenis zijn voor het lot van de vennootschap. Binnen de Nederlandse rechtsorde is het uitgangspunt dat een schuldenaar de vrijheid heeft om naar eigen goeddunken beschikkingshandelingen te verrichten ten aanzien van zijn vermogen en dus op basis van een eigen afweging te beslissen welke schuldeisers wel, en welke (nog) niet, of niet volledig, worden voldaan.² De schuldenaar mag zich hierbij laten leiden door zijn eigen belang of door de continuïteit en het bestendige succes van zijn

-
1. Mr. H.F. Wijn is werkzaam als advocaat bij Stibbe te Amsterdam.
 2. W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 4.5, p. 133; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/19; S.M. Bartman & A. van Hoe, 'Selectieve betaling aan schuldeisers in tijden van nood in Nederland en België', *Ondernemingsrecht* 2020/71, C. Rijckenberg, 'Selectieve betalingen tijdens de verdachte periode voor faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus (Onderneming en Recht)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 239-268; J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer', *TvI* 2002, p. 167-173, F.M.J. Verstijlen, 'De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening van schuldeisers', *WPNR* 1999, nr. 6355, p. 301-308.

onderneming, waarbij hij contractuele afspraken – en de gevolgen van de schending daarvan – in het oog houdt.³

De vrijheid om schuldeisers selectief te betalen kan niet onverkort gelden tot het moment van faillissement. De schuldenaar zou dan, in strijd met de wettelijke rangorde, bepaalde schuldeisers kunnen betalen en andere schuldeisers zodoende hun verhaalsmogelijkheden kunnen ontnemen. Dit is onaanvaardbaar. De wet kent verschillende bepalingen die verhaalsfrustratie beogen tegen te gaan.⁴ In de geest van deze wettelijke bepalingen is in de jurisprudentie de mogelijkheid van selectieve betalingen beperkt.

1.2. *Niet-wettelijke begrenzing slechts onder bijzondere omstandigheden*

In 1931 oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Van den Bel/Bergers* dat een schuldenaar de vrijheid heeft naar eigen inzicht te bepalen welke schuldeisers hij voldoet, en dat deze vrijheid niet onderworpen is aan algemene regels. Het betrof een zaak waarin een bevoorrechte schuldeiser van een gefailleerde nv zowel de vennootschap als een bestuurder aansprak op grond van onrechtmatige daad. De schuldeiser stelde dat de nv, niet in staat zijnde alle schuldeisers volledig te voldoen, onrechtmatig had gehandeld door over haar baten te beschikken op een wijze waardoor het preferentiestelsel werd doorkruist.⁵ Volgens de Hoge Raad kan de enkele doorkruising van het preferentiesysteem nog geen onrechtmatigheid in het leven roepen;⁶ selectieve betalingen zijn slechts onder ‘bijzondere omstandigheden’ onrechtmatig.⁷ Meijers vatte de uitspraak samen in de volgende, beknopte noot:

“Een privilege kenmerkt zich hierdoor, dat het slechts bestaat, zoolang het voorwerp, waarop het rust, in handen van den schuldenaar is en dat het slechts een recht geeft om in geval van een executorialen of daarmede gelijkgestelden verkoop bij voorrang uit de opbrengst voldaan te worden. Hieruit volgt onmiddellijk, dat in het algemeen, noch een privilege den schuldenaar kan belemmeren om over zijn zaak te beschikken, noch hem verplichten,

3. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*), r.o. 4.2.1.

4. Art. 42-48 Fw, art. 51 en art. 54 Fw, art. 341-344 Sr.

5. HR 22 mei 1931, ECLI:NL:HR:1931:332, m.nt. E. M. Meijers (*Van den Bel/Bergers*).

6. Waarover par. 2.3.

7. Volgens de Hoge Raad kunnen er omstandigheden zijn “die meebrengen dat een schuldenaar wel onrechtmatig handelt door bij de besteding van zijn baten geen rekening te houden met de rechten en voorrechten”, HR 22 mei 1931, ECLI:NL:HR:1931:332, m.nt. E. M. Meijers (*Van den Bel/Bergers*).

wanneer de zaak vrijwillig dóór hem verkocht is, uit de opbrengst bij voorkeur den voorranghebbenden schuldeischer te voldoen. Er moeten dus bijzondere omstandigheden worden aangevoerd, wil datgene, wat in het algemeen den schuldeischer vrij staat, beschouwd kunnen worden als in strijd met het maatschappelijk betamelijke.”⁸

Deze uitspraak en noot zijn mede bepalend voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk van selectieve betalingen in de aanloop naar een faillissement: de autonomie van de betalende schuldenaar is het uitgangspunt en de verdere invulling is casuïstisch. De Hoge Raad heeft in de context van een beperkt aantal aan hem voorgelegde gevallen gezichtspunten ontwikkeld voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van selectieve betalingen. Deze gezichtspuntenbenadering biedt enig houvast en richting, maar laat tevens veel ruimte voor nadere uitwerking. Dit ligt ook voor de hand: afgezien van uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen, kunnen uitzonderingen in hun algemeenheid slechts op een hoog abstractieniveau worden omschreven.⁹ Concreet krijgen die uitzonderingen gestalte door de ontwikkeling van gevalstypen. Deze ontwikkeling vindt met name plaats in de lagere rechtspraak, bij de aan de feitenrechter voorbehouden afweging van feiten.

1.3. Bestuurdersaansprakelijkheid

Jaarlijks failleren ongeveer tien keer zoveel rechtspersonen als natuurlijke personen.¹⁰ Ook het grootste deel van de insolventie-gerelateerde rechtspraak ziet op faillissementen van rechtspersonen. Zolang een rechtspersoon solvent is en in staat is zijn schuldeisers te betalen, is de vraag of selectieve betalingen geoorloofd zijn weinig relevant.¹¹ Wanneer de rechtspersoon failliet, biedt hij net zo min verhaal voor de vorderingen van schuldeisers als voor een eventuele vordering wegens onrechtmatige selectieve betalingen.¹² In de praktijk worden

8. HR 22 mei 1931, ECLI:NL:HR:1931:332, *NJ* 1931, 1429, m.nt. E. M. Meijers (*Van den Bel/Bergers*). In de laatste zin van de noot moet ‘schuldenaar’ in plaats van ‘schuldeischer’ worden gelezen; J.J.M. van der Ven, *De zorgvuldigheidsnorm krachtens art. 1401 B.W. toegepast door den Hoogen Raad* (diss. Nijmegen), Utrecht: N.V. Dekker & Van de Vegt 1941, p. 99.
9. F.B. Bakels, ‘Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad’, in: *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 41-62.
10. CBS 2024, ‘Faillissementen: natuurlijke personen en bedrijven’, <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/82244NED/table>. Geraadpleegd op 23 oktober 2024.
11. F.M.J. Verstijlen, ‘De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening van schuldeisers’, *WPNR* 1999, nr. 6355, p. 302.
12. F.M.J. Verstijlen, ‘De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening van schuldeisers’, *WPNR* 1999, nr. 6355, p. 302.

dergelijke vorderingen daarom ingesteld jegens een bij de onrechtmatige daad betrokken derde die wel verhaal zou kunnen bieden. Het leerstuk van selectieve betalingen in het zicht van faillissement heeft dan ook hoofdzakelijk vorm gekregen in zaken waarin bestuurders werden aangesproken. In het algemeen is een bestuurder uitsluitend *naast* een rechtspersoon aansprakelijk indien hem ‘persoonlijk een ernstig verwijt’ treft.¹³ Dit kan het zicht op het leerstuk van selectieve betalingen bemoeilijken, doordat selectieve betalingen praktisch altijd gehuld zijn in het kleed van de bestuurdersaansprakelijkheid en de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid hoger ligt.

1.4. Een weerbarstig leerstuk

De juridische literatuur over (de toelaatbaarheid van) selectieve betalingen heeft de afgelopen decennia een respectabele omvang aangenomen. Wie zich in dit leerstuk verdiept, komt tot de ontdekking dat de onduidelijkheid over selectieve betalingen niet is afgenomen. Opvallend is dat het academische debat aangaande selectieve betalingen zich vrijwel volledig beperkt tot de rechtspraak van de Hoge Raad, die op dit punt bovendien zeer schaars is.¹⁴ In deze bijdrage worden uitgangspunten die besloten liggen in arresten van de Hoge Raad beschouwd in samenhang met wettelijke regels en feitenrechtspraak, waarbij zal blijken dat selectieve betalingen in Nederland worden beoordeeld aan de hand van een uniforme maatstaf. Diverse auteurs hebben geprobeerd in arresten van de Hoge Raad voor de (rechts)praktijk bruikbare aanknopingspunten te vinden om op voorhand zekerheid te verkrijgen over de rechtmatigheid van selectieve betalingen.¹⁵ Het arrest *Van den Bel/Bergers* leert dat het leerstuk zich hier niet voor leent.

Tijd voor een overzichtsbijdrage over de samenhangende vragen welke normen een in financiële problemen verkerende vennootschap in acht moet nemen wanneer zij haar schuldeisers selectief betaalt en wat het verband is tussen het

13. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*), r.o. 3.2 en HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5-3.6, *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/333.

14. Met uitzondering van A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 8.4, p. 371 e.v.

15. Een aantal auteurs heeft voorgesteld duidelijke betalingsrichtlijnen te formuleren voor bestuurders van in financiële problemen verkerende vennootschappen; m.nt. Schreurs in *JOR* 2018/221 bij Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476; K.M. Sixma & J. Opstroom, ‘De aansprakelijkheid van bestuurders bij selectieve betalingen: een nadere beschouwing van het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek*’, *TvCu* 2020(3), p. 50.

leerstuk van selectieve betalingen en dat van de bestuurdersaansprakelijkheid. Ik start met een nadere beschouwing van het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid en van een aantal aan selectieve betalingen verwante, maar daarvan te onderscheiden gevalstypen (paragraaf 2). Daarna behandel ik de rechtspraak van de Hoge Raad. De landmark-arresten komen aan bod, het leerstuk van selectieve betalingen wordt gepositioneerd tussen andere leerstukken, en ik bespreek de ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’ (paragraaf 3). Vervolgens wordt de rechtspraak van feitenrechters onder de loep genomen (paragraaf 4).¹⁶ Ik rond af met een aantal opmerkingen over de in de rechtspraak gehanteerde maatstaf voor de beoordeling van selectieve betalingen, ik bepleit dat deze duidelijk is en recht doet aan alle bij de vennootschap betrokken belangen (paragraaf 5).

2. Aandachtspunten bij het leerstuk van selectieve betalingen

2.1. Bestuurdersaansprakelijkheid

De door de Hoge Raad ontwikkelde gezichtspuntenbenadering, zoals ik die beschrijf in de volgende paragraaf van deze bijdrage, komt niet duidelijk naar voren in de juridische literatuur. Een mogelijke oorzaak hiervan is dat de overwegingen van de Hoge Raad soms niet worden gelezen in de context van de cassatiemiddelen, waardoor ten onrechte wordt geconstateerd dat overwegingen uit verschillende arresten met elkaar in tegenspraak zijn. Een andere verklaring kan zijn dat in de literatuur vaak geen helder onderscheid wordt aangebracht tussen de leerstukken van bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen. Rechterlijke overwegingen die zien op verschillende leerstukken worden door auteurs gevoegd behandeld, hetgeen tot verwarring kan leiden.

Een bestuurder kan in het algemeen alleen *naast* een rechtspersoon aansprakelijk zijn indien hem ‘persoonlijk een ernstig verwijt’ kan worden gemaakt, zo volgt uit de in de jurisprudentie ontwikkelde norm voor bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁷ De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Tulip Air* toegelicht waarom hij een terughoudende norm voor ‘externe’ bestuurdersaansprakelijkheid heeft ontwikkeld:

16. In het kader van de afronding van mijn master deed ik onderzoek naar de (feiten)rechtspraak over selectieve betalingen: H.F. Wijn, *Selectieve betalingen in het zicht van faillissement*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2024.

17. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*), r.o. 3.2 en HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5-3.6; *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/333.

“Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden is evenwel, naast aansprakelijkheid van die vennootschap, ook ruimte voor aansprakelijkheid van een bestuurder van de vennootschap. Voor het aannemen van zodanige aansprakelijkheid is vereist dat die bestuurder ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.”¹⁸

Zoals gezegd kan het leerstuk van selectieve betalingen vrijwel uitsluitend door de bril van bestuurdersaansprakelijkheid worden gezien. Omdat de drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid hoog ligt, zal het leerstuk van selectieve betalingen *als zodanig* uitsluitend vertekend in beeld kunnen worden gebracht. Aan de onrechtmatigheid van het handelen van de bestuurder wordt pas toegekomen als de selectieve betaling door de vennootschap onrechtmatig is, maar in zaken over de aansprakelijkheid van bestuurders wordt de selectieve betaling *als zodanig* zelden afzonderlijk beoordeeld. Denkbaar is dat een vennootschap onrechtmatig handelt door een schuldeiser selectief te betalen, maar dat een rechter die zicht buigt over de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder enkel oordeelt dat de bestuurder geen blaam treft. Wanneer in het achterhoofd wordt gehouden dat het gaat om leerstukken die weliswaar verweven zijn maar ook onderscheiden moeten worden, valt een duidelijke lijn te ontdekken in zowel de jurisprudentie van de Hoge Raad als in de lagere rechtspraak, zo zal blijken in paragrafen 3 en 4.

2.2. De selectieve betaling: afbakening

Bij selectieve betaling in de aanloop naar een faillissement gaat het om het betalen van een of meer schuldeisers, waarbij na het faillissement blijkt dat niet alle vorderingen die nog openstaan (volledig) kunnen worden voldaan. Selectieve betaling en selectieve wanbetaling vormen belangrijke categorieën van

18. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 (*Tulip Air*), r.o. 4.2.

bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁹ Een selectieve betaling leidt ertoe dat de overige schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Een door de curator wegens selectieve betaling ingestelde vordering uit onrechtmatige daad is in dat geval een *Peeters/Gatzen*-vordering.²⁰ Daarnaast kunnen individuele schuldeisers een eigen vordering uit hoofde van onrechtmatige daad instellen. Men spreekt van selectief wanbetalen wanneer alle schuldeisers volledig worden betaald, op één of enkele na.²¹ Het gedrag van een schuldenaar of derde kan in zulke gevallen onrechtmatig zijn jegens de onbetaalde schuldeiser(s).²²

Bij selectieve betaling of selectieve wanbetaling in het zicht van faillissement is doorgaans sprake van betalingsonmacht. Deze toestand moet worden onderscheiden van betalingsonwil. Zo heeft de Hoge Raad zich in de zaak *Van Waning/Van der Vliet* gebogen over een zaak waarin schuldeisers selectief werden betaald terwijl de vennootschap een kredietfaciliteit onbenut liet.²³ Dit kan weliswaar leiden tot (*gecreëerde*) betalingsonmacht bij de schuldenaar, maar dat sluit volgens de Hoge Raad niet uit dat er ook sprake kan zijn van betalingsonwil.²⁴ Lennarts spreekt over betalingsonwil in de situatie dat een schuldenaar-rechtspersoon nog wel bij machte is te betalen, maar een schuldenaar-bestuurder dit weigert, terwijl de schuldenaar in geval van betalingsonmacht niet langer in staat is zijn verplichtingen na te komen.²⁵ Rechter acht betalingsonwil onrechtmatig in gevallen waarin de vennootschap juist wel over voldoende middelen

-
19. F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6', in: M. Holtzer, F. Leijten & D. J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 341.
 20. P. van Schilfgaarde e.a., *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, randnummer 48; N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 5.2.2.1.
 21. F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht: De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6', in: M. Holtzer, F. Leijten & D. J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 128)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 342 en p. 244; J.B. Huizink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer', *TvI* 2002, p. 169.
 22. A-G Huydecoper, conclusie ECLI:NL:PHR:2001:AD2684 bij HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD2684, randnummer 11.
 23. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*). Ook de vraag of het geoorloofd is een kredietfaciliteit aan te wenden voor de selectieve betaling van schuldeisers, is aan de Hoge Raad voorgelegd: HR 13 december 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE9397, m.nt. F.J.P. van den Ingh 55 (*Hack/Duivenvoorde*).
 24. De Hoge Raad merkt op dat betalingsonmacht "zeer wel gepaard (kan) gaan met en zelfs haar oorzaak vinden in betalingsonwil". HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Waning/Van der Vliet*), r.o. 3.3.
 25. M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid - Rechtsvergelijkende en internationaal privaatrechtelijke beschouwingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 209.

beschikt (of zou kunnen beschikken) om te betalen.²⁶ Uit betalingsonwil voortkomende selectieve (wan)betalingen vormen een wezenlijk ander gevalstype,²⁷ en wanneer men poogt dit gevalstype onder het leerstuk van selectieve betalingen in het zicht van faillissement te scharen, neemt de verwarring toe. Zo is de zaak *Zandvliet/ING* over betalingsonwil ondanks betalingstoezeggingen, door verschillende auteurs – naar mijn mening ten onrechte – in de lijn van jurisprudentie aangaande door onmacht ingegeven selectieve betalingen geplaatst.²⁸ Selectieve (wan)betalingen die hun oorsprong vinden in betalingsonwil gaan het bestek van deze bijdrage te buiten.

2.3. Doorkruising van het preferentiestelsel

De zaak *Van Waning/Van der Vliet* wordt in de rechtsliteratuur als uitzonderlijk aangemerkt in de zin dat kwesties betreffende aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen zich normaal gesproken in een prefaillissementscontext afspelen.²⁹ In het in de inleiding aangehaalde arrest *Van den Bel/Bergers* uit 1931 noemde de Hoge Raad de doorkruising van het preferentiesysteem een nog niet voldoende, maar noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid wegens in het zicht van faillissement verrichte selectieve betalingen. Dat uitsluitend selectieve betalingen in strijd met het gelijkheidsbeginsel als potentieel onrechtmatig kwalificeren, volgt ook uit de feitenrechtspraak en juridische literatuur.³⁰ Zo overwoog de Rechtbank Arnhem in 2009:

“In zijn algemeenheid gaat het standpunt van mr. (curator) q.q., zoals dat ter comparitie is verwoord, dat het een schuldenaar niet vrij staat om nadat hij zijn faillissement heeft aangevraagd, nog welke betaling dan ook te doen, te

26. J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 29 (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998, p. 119.

27. L. Timmerman, ‘Bewijslastverdeling bij doorbraak van aansprakelijkheid’, *TVVS* 1993, p. 232 e.v.

28. Zie onder meer S.M. Bartman, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgement rule?’, *AA* 2011/0126, p. 126-130, A-G Van Peursem, conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:798) bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, randnummer 2.8, S.M. Bartman, ‘Selectieve rechtspraak bij bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling?’, *AA* 2020/0274, p. 276.

29. M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Van Waning/Van der Vliet’, *Ars Aequi* 1993, nr. 43/3, p. 205; HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0564, m.nt. J. van Bakkum (*Van Waning/Van der Vliet*), randnummer 12 (noot).

30. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 363; J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer’, *TvI* 2002, p. 167-173.

ver. Een dergelijke blokkade legt slechts het faillissement. Anderzijds is de rechtbank van oordeel dat de tegenover schuldeisers in acht te nemen zorgvuldigheid, die mede inhoud krijgt door de wettelijke hoofdregel, vastgelegd in art. 3:277 Burgerlijk Wetboek, 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 doen.”³¹

Betalingen in het zicht van faillissement zijn niet onrechtmatig als schuldeisers, in lijn met art. 3:227 BW, worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering. In een uitspraak uit 2024 overweegt de Rechtbank Noord-Holland dat een bestuurder niet aansprakelijk is voor voorafgaand aan de ontbinding van de vennootschap verrichte betalingen, nu de totale vorderingen van schuldeisers zijn vastgesteld en de schuldeisers vervolgens ‘naar rato van het eigen vermogen’ (deels) zijn betaald, waarmee wordt bedoeld naar rato van ieders vordering.³² De verklaring voor het feit dat doorkruising van het preferentiestelsel in het arrest *Van Waning/Van der Vliet* niet wordt genoemd als noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid, lijkt te zijn dat die zaak draaide om selectieve betalingen die waren ingegeven door betalingsonwil en niet om selectieve betalingen die hun oorsprong vonden in betalingsonmacht.

3. Uitspraken van de Hoge Raad

3.1. *Het arrest Van Essen q.q./Aalbrecht Looman en het systeem van de wet*

Na het arrest *Van den Bel/Bergers* uit 1931 hebben in de rechtspraak lange tijd geen noemenswaardige ontwikkelingen plaatsgevonden op het gebied van selectieve betalingen in het zicht van faillissement. In lijn met het oordeel uit 1931 stelt de Hoge Raad in het arrest *Van Essen q.q./Aalbrecht Looman* uit 1997 voorop dat de autonomie van de betalende schuldenaar tot het moment van faillissement het uitgangspunt is.³³ De Hoge Raad markeert in dit arrest de wettelijke buitengrenzen van de betaalautonomie. Hij overweegt dat selectieve voldoening van opeisbare schulden ‘mede gelet op art. 42 Fw, art. 43 Fw, art. 47 Fw en art. 343 Sr’³⁴ onder omstandigheden onrechtmatig is. Uit de verwijzing

31. Rb. Arnhem 14 januari 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BH0802, r.o. 4.1. Zie ook Rb. Zwolle 19 maart 1997, *TvI* 1998, p. 44 e.v.

32. Rb. Noord-Holland 28 augustus 2024, ECLI:NL:RBNHO:2024:8639, r.o. 4.12.

33. HR 30 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2382, *NJ* 1997/663, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Essen q.q./Aalbrecht Looman*).

34. Zie over de verschillen tussen de bedrieglijke bankbreuk en de faillissementspauliana: *Kamerstukken II* 2013/14, 33994, nr. 3, p. 6 (MvT); J.E.P.A. van Hooff, ‘Selectieve betaling’, *Ondernemingsrecht* 2021/123, par. 7.

door de Hoge Raad volgt dat de grenzen die krachtens het civiele aansprakelijkheidsrecht aan selectieve betalingen worden gesteld, mede worden bepaald door het strafrechtelijke leerstuk van bedrieglijke bankbreuk en door de faillissementspauliana.

In deze en de volgende paragraaf blijkt dat het toepassingsgebied van art. 6:162 BW waar het gaat om selectieve betalingen afwijkt van (en ruimer kan zijn dan) de hiervoor genoemde artikelen, en dat is niet verrassend.³⁵ De mogelijkheid om verplichte rechtshandelingen³⁶ te vernietigen op grond van art. 47 Fw is beperkt. Het eerste argument dat de wetgever daarvoor geeft, is het volgende:

*“Het is eene logische tegenstrijdigheid en tevens eene gevaarlijke inconsequentie, indien de wet eenerzijds aan den schuldenaar de plicht oplegt om te voldoen, en den schuldeischers het recht geeft om zijn schuld in te vorderen, en tegelijkertijd anderzijds den mede-schuldeischers de bevoegdheid verleent om de handeling, die dus strekte tot kwijting van een wettelijken rechtsplicht en voldoening aan een wettelijk vorderingsrecht, weer ongedaan te maken.”*³⁷

Onrechtmatige selectieve betalingen kennen een gelijksoortige tegenstrijdigheid, die terug te voeren is op de botsing tussen de betaalautonomie en het gelijkheidsbeginsel. Het tweede, en mogelijk belangrijkere argument houdt verband met de rechtsgevolgen van de pauliana:

*“De vernietiging van verplichte handelingen is in strijd met de behoeften van het verkeer: immers, zij is gericht tegen het sibi vigilare; zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest noodig heeft; nl. als hij een déconfiture van zijn schuldenaar vreest.”*³⁸

35. R.J. de Weij, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies. Naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling (Recht en Praktijk nr. InsR1)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010, par. 4.4.1.3, J.A. Ankum, *De pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: Tjeenk Willink 1962, p. 93.

36. HR 18 januari 2008, *JOR* 2008/83 (*Slijm/Brouwer*), *NJ* 2008, 335, m.nt. PvS, r.o. 3.4.2. Zie hierover ook W.H. van Boom, ‘Een juridisch advies over paulianeus handelen’, *AA* 2008, p. 726 e.v.

37. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Eerste deel*, Haarlem: 1896, p. 434.

38. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Eerste deel*, Haarlem: 1896, p. 436.

De beperkte reikwijdte van art. 47 Fw hangt samen met de belangen van de betaalde schuldeiser; de door hem ontvangen betaling, waarop hij in beginsel recht heeft, wordt geraakt door een vernietiging. Het is ook met name het gedrag van de schuldeiser, en niet dat van de schuldenaar, dat bepalend is voor de vraag of paulianus is gehandeld.³⁹ In het geval dat de schuldeiser wetenschap heeft van de faillissementsaanvraag van de schuldenaar, is het handelen en de wetenschap van de schuldenaar irrelevant;⁴⁰ volgens de wetgever handelt een schuldeiser die weet dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd en toch betaling van de schuldenaar verlangt en accepteert, in strijd met de goede trouw tegenover medeschuldeisers.⁴¹ Bij de rechterlijke beoordeling van gevallen waarin de betaling voortvloeit uit samenspanning, is de rol van de schuldeiser in toenemende mate van belang⁴² en is niet doorslaggevend of de schuldenaar een verwijt kan worden gemaakt.⁴³ Ook het veelbesproken arrest *Van Dooren q.q./ABN AMRO* uit 2000 moet in deze context worden geplaatst. Hierin overwoog de Hoge Raad dat de in die zaak aan de orde zijnde vestiging van hypotheek door de schuldeiser slechts onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig kan zijn als deze niet vernietigbaar is krachtens art. 42 en 47 Fw, omdat in die bepalingen “mede regels liggen besloten ten aanzien van hetgeen in de periode voor

39. R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies. Naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling (Recht en Praktijk nr. InsR1)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 280.

40. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (*Loeffen q.q./Mees Hope I*), m.nt. G. de Weijs 2010, p. 280.

41. G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, Eerste deel*, Haarlem: 1896, p. 449; F.M.J. Verstijlen, ‘De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening van schuldeisers’, *WPNR* 1999, nr. 6355, p. 305; S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Voorontwerp Insolventiewet (Commissie Insolventrecht/Kortmann)*, 2007, toelichting bij art. 3.2.5 over de aantastbaarheid van verplicht verrichte rechtshandelingen: “Het ontbreken van voldoende rechtvaardiging voor de betaling/rechtshandeling zal moeten blijken uit de omstandigheden waaronder de betaling is gedaan resp. de rechtshandeling is verricht, de redenen daarvoor, de relatie van de wederpartij ten opzichte van de schuldenaar en de wetenschap bij die wederpartij omtrent de financiële situatie van de schuldenaar.” Zie ook R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies. Naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling (Recht en Praktijk nr. InsR1)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 280.

42. R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (Onderneming en Recht nr. 75)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 5 en p. 235-239; HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK (*Sigmacon II*) en HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578, m.nt. PvS; *JOR* 2000/201 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*).

43. R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana (Onderneming en Recht nr. 75)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2012, p. 238; R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies. Naar een geobjectiveerde regeling van schuldeisersbenadeling (Recht en Praktijk nr. InsR1)* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 281.

het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is”.⁴⁴

De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de schuldenaar of betrokken derden tegenover onbetaalde schuldeisers, is in belangrijke mate gebaseerd op de botsing van beginselen die ook de basis vormt van de faillissementspauliana.⁴⁵ Het toepassingsgebied van art. 47 Fw is verengd met het oog op de belangen van de betaalde schuldeisers. Op deze belangen hoeft bij beantwoording van de vraag of selectieve betalingen onrechtmatig zijn geen acht te worden geslagen.⁴⁶

Het leerstuk van de selectieve betalingen is ingebed in de open norm van de onrechtmatige daad en biedt de ruimte om ook andere belangen dan louter die van de onbetaalde schuldeiser(s) mee te wegen, zoals de belangen van werknemers en toeleveranciers.⁴⁷ Het leerstuk is onderhevig aan de ‘vermaatschappelijking van het privaatrecht’. Een aantal jaren nadat het arrest *Van den Bel/Bergers* werd gewezen, wees Valkhoff op de toenemende invloed van de zorgplichten in het privaatrecht.⁴⁸ Deze zijn in zeer uiteenlopende contexten tot ontwikkeling gekomen.⁴⁹ Onder meer in de *Dexia*-arresten heeft de Hoge Raad de civielrechtelijke lat hoger gelegd dan de publiekrechtelijke, door voor banken ten opzichte van hun beleggende klanten drievoudige onderzoeks- en zorgplichten te ontwikkelen

44. HR 16 juni 2000, NJ 2000/578 (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*), r.o. 3.6.

45. Zie bovengenoemd citaat over de ‘logische tegenstrijdigheid’.

46. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 440-441.

47. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 8.2.2, p. 353 e.v. en p. 381; A. Karapetian, “‘Ernstig verwijt’ en selectieve betalingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576”, *OR* 2019/0151, par. 4.4.

48. J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse Privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938)*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1938, p. 17 e.v., p. 68-70 en p. 240 e.v.; O.O. Cherednychenko, C.J.H. Jansen & A.R. Neerhof, *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen 1972, p. 41.

49. Asser/*De Serière* 2-IV 2018/738; A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 408.

die verder reiken dan de corresponderende publiekrechtelijke verplichtingen (en normen).⁵⁰ Zo overwoog de Hoge Raad:

*“De opvatting van het onderdeel dat, kort gezegd, de civielrechtelijke zorgplicht niet verder kan reiken dan de gedragsregels die in publiekrechtelijke regelgeving zijn neergelegd, is onjuist.”*⁵¹

Dit fenomeen wordt wel aangeduid als een duaal stelsel van privaat- en publiekrechtelijke zorgplichten. Dit stelsel geeft invulling aan de open norm van de onrechtmatige daad en brengt met zich mee dat het toepassingsbereik van art. 6:162 BW ruimer is dan de in het arrest *Van Essen q.q./Aalbrecht Looman* genoemde wetsbepalingen.

3.2. Selectieve betaling aan groepsmaatschappijen: het arrest *Coral/Stalt*

In 1998 oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Coral/Stalt* over een zaak die draaide om selectieve betaling door een vennootschap aan tot hetzelfde concern behorende vennootschappen.⁵² De Hoge Raad stelt voorop dat de vraag welke omstandigheden kunnen leiden tot de conclusie dat een in financiële problemen verkerende schuldenaar onrechtmatig handelt wanneer hij zijn schuldeisers selectief betaalt, zich niet leent voor een algemeen antwoord.⁵³ Hij vervolgt:

“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

50. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4012 (*Van der Heijden/Dexia*); HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012 (*Beckers/Dexia*); HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *JOR* 2017/164, m.nt. Lieverse (*Tijhuis/Dexia*); HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2016:1107; HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, *NJ* 2019/98, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Timmermans/Dexia*).

51. HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/182 (*De Treek/Dexia*), r.o. 4.11.5.

52. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.2. Forsythe is een 100% dochtervennootschap van Stalt. Wetenschap van benadeling bij Forsythe wordt toegerekend aan Stalt omdat Stalt intensief betrokken is bij het beëindigen van de ondernemingsactiviteiten van Forsythe.

53. Zie par. 1.2; HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3.

*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.*⁵⁴

3.2.1. *Betaling aan gelieerde partijen*

De Hoge Raad ontwikkelt, tegen de achtergrond van zijn eerdere rechtspraak en de daarin besloten uitgangspunten, enkele gezichtspunten voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van selectieve betalingen. De Hoge Raad oordeelt dat een schuldenaar die zijn bedrijfsactiviteiten staakt niet de vrijheid heeft om over te gaan tot een voorkeursbehandeling van ‘*tot zijn groep behorende crediteuren*’. In de reacties op het arrest werd de vraag gesteld of ook selectieve betalingen aan andere schuldeisers dan groepsmaatschappijen als onrechtmatig zouden kunnen kwalificeren. Hoewel daarvoor tot 1998 in de rechtspraak geen aanwijzingen waren, werd uit de eerdere verwijzing door de Hoge Raad naar de bedrieglijke bankbreuk en de (faillissements)pauliana afgeleid dat dit het geval moest kunnen zijn, aangezien de hoedanigheid van de schuldeiser noch in de delictsomschrijving van de bedrieglijke bankbreuk, noch bij de *actio Pauliana* op de voet van art. 47 Fw van betekenis is.⁵⁵

3.2.2. *Het moment van betaling*

Ook het moment waarop de selectieve betalingen worden gedaan is volgens de Hoge Raad een relevant gezichtspunt; zijn overwegingen hebben betrekking op een vennootschap die zich in het stadium bevindt dat besloten is dat haar activiteiten zullen worden beëindigd en waarvan duidelijk is dat zij niet genoeg financiële middelen heeft om al haar schuldeisers te betalen.

3.2.3. *Het wetenschaps criterium*

Het middel bestreed dat Forsythe en Stalt wetenschap hadden van de benadeling van Coral. De Hoge Raad overweegt dat beoordeeld dient te worden of “al dan niet ernstig rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid dat Coral

54. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3.

55. F.M.J. Verstijlen, ‘De aansprakelijkheid voor de selectieve voldoening van schuldeisers’, *WPNR* 1999, nr. 6355, p. 304.

onvoldaan zou blijven”.⁵⁶ Bedacht moet worden dat de Hoge Raad in onderhavig arrest kennis toerekent aan rechtspersoon Forsythe. Geobjectiveerde wetenschap kon in deze zaak gemakkelijk worden vastgesteld aan de hand van de feiten: op het moment dat Forsythe haar groepsmaatschappijen betaalde, waren haar bedrijfsactiviteiten gestaakt en was duidelijk dat zij over onvoldoende middelen beschikte om al haar schuldeisers te betalen. Of sprake is van wetenschap bij Forsythe wordt dus mede afgeleid uit het feit dat de schuldenaar zich in de afwikkelfase bevond – het in paragraaf 3.2.1 behandelde gezichtspunt voor de beoordeling van selectieve betalingen.

3.3. *Selectieve betalingen en de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid*

Zoals besproken in paragraaf 2.1 is de bestuurder, ongeacht de feitelijke grondslag van de vordering, slechts aansprakelijk jegens derden uit hoofde van onrechtmatige daad indien hem ‘persoonlijk een ernstig verwijt’ kan worden gemaakt. De Hoge Raad heeft in het arrest *ontvanger/Roelofsen* geoordeeld dat, waar het gaat om vormen van verhaalsfrustratie, “van een dergelijk ernstig verwijt in ieder geval sprake zal 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 niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade”.⁵⁷

De arresten *Air Holland* (2014), *Kok/Maas q.q.* (2014) en *Ingwersen q.q./Kromme Leek* (2020) gaan weliswaar over selectieve betalingen, maar de Hoge Raad wijdt daarin uitsluitend overwegingen aan de met het leerstuk van selectieve betalingen verweven maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid.⁵⁸ De reden daarvan is dat het middel in elk van die zaken alleen klaagde dat het hof de maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid had miskend.⁵⁹ De Hoge Raad kan zich daarom beperken tot het oordeel dat het hof de bestuurdersaanspra-

56. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.4 en 3.7; vgl. noot Van den Ingh in *JOR* 1998/107.

57. HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*ontvanger/Roelofsen*), r.o. 3.5-3.6. Zie ook HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bekamel*) en *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV** 2015/333.

58. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.1.

59. Hof Arnhem 27 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY5416, r.o. 4.9; HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, m.nt. Verboom (*Air Holland*), r.o. 3.3; HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.1.

kelijkheidsnorm uit het arrest *ontvanger/Roelofsen* terecht aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.⁶⁰

Deze zaken bevatten mijns inziens geen (nieuwe) gezichtspunten voor de beoordeling van de rechtmatigheid van selectieve betalingen *als zodanig*. Wel herhaalt de Hoge Raad in deze arresten een aantal door de gerechtshoven vastgestelde en als relevant aangemerkte omstandigheden. In het geval van *Air Holland* wordt vermeld dat in het zicht van faillissement schuldeisers zonder banden met de schuldenaar zijn voldaan, met uitzondering van een vordering die weliswaar niet met zekerheid vaststond maar met het bestaan waarvan wel ernstig rekening moest worden gehouden.⁶¹ In het geval van *Kok/Maas q.q.* herhaalt de Hoge Raad de vaststelling door het hof dat is betaald aan een gelieerde partij op het moment dat het faillissement aanstaande is, en in de zaak *Ingwersen q.q./Kromme Leek* de vaststelling dat selectief is betaald aan een niet-gelieerde partij terwijl het faillissement is aangevraagd maar mogelijk nog afwendbaar is.⁶² De Hoge Raad herhaalt in de arresten *Air Holland* en *Kok/Maas q.q.* de vaststelling dat op het moment van de selectieve (wan)betalingen duidelijk was dat de rechtspersoon in kwestie over onvoldoende middelen beschikte om alle schuldeisers te voldoen. De feitelijke oordelen van de gerechtshoven dat de handelingen in *Air Holland* en *Kok/Maas q.q.* wel, en de handelingen in *Ingwersen q.q./Kromme Leek* niet ernstig verwijtbaar waren, laat de Hoge Raad in stand.

De maatstaf voor de vaststelling van geobjectiveerde wetenschap van een bestuurder uit het arrest *ontvanger/Roelofsen* ('weten of redelijkerwijze moeten begrijpen'), die de Hoge Raad toepast in de zaken *Air Holland* en *Kok/Maas q.q.*, verschilt van het wetenschaps criterium uit het arrest *Coral/Stalt* dat "al dan niet ernstig rekening moet worden houden met de mogelijkheid dat de schuldeiser

60. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, m.nt. Verboom (*Air Holland*), r.o. 3.4; HR 23 mei 2014, NJ 2014/325, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Kok/Maas q.q.*), r.o. 3.3.6; HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.5.

61. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, m.nt. Verboom (*Air Holland*), r.o. 3.4; A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 366.

62. Hof Amsterdam 13 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:476, JOR 2018/221, m.nt. Ph. W. Schreurs, r.o. 3.6-3.7; HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.6-3.7.

onvoldaan blijft”.⁶³ In de literatuur is betoogd dat de in *Kok/Maas q.q.* geïntroduceerde drempel voor onrechtmatigheid van selectieve betalingen aan groepscrediteuren hoger ligt dan in *Coral/Stalt*.⁶⁴ Daarbij dient volgens mij te worden gesignaleerd dat de Hoge Raad het wetenschaps criterium in het arrest *Coral/Stalt* pas presenteert nadat hij als relevante gezichtspunten aanmerkt dat op het moment van betalen was besloten de activiteiten te beëindigen en dat Forsythe op dat moment niet over voldoende middelen beschikte om alle schuldeisers te voldoen.⁶⁵ Wanneer vaststaat dat de activiteiten bewust beëindigd zijn terwijl de vennootschap niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, ligt het niet voor de hand geobjectiveerde wetenschap nader te toetsen.

Daarnaast moet niet uit het oog worden verloren dat de maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid ten tijde van het arrest *Coral/Stalt* (1998) nog in ontwikkeling was en dat in *Coral/Stalt* weliswaar een feitelijk beleidsbepaler, maar geen bestuurder werd aangesproken. De in *Tulip Air* toegelichte ratio voor een verzwaarde norm is in dat geval niet een-op-een van toepassing.

De nauwe verwevenheid van de leerstukken van bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen leidt op dit punt tot onduidelijkheid. Naar mijn mening doet de in *Kok/Maas q.q.* toegepaste norm voor bestuurdersaansprakelijkheid niet af aan de in *Coral/Stalt* geformuleerde gezichtspunten voor de beoordeling van de rechtmatigheid van selectieve betalingen *als zodanig*. Deze gezichtspunten hebben een onafhankelijk bestaansrecht en

63. In het arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* noemt de Hoge Raad slechts de ‘ernstig verwijt’-maatstaf en laat hij deze specifieke norm achterwege. Hier moet geen bijzonder belang aan worden gehecht, al is het maar omdat de enkele objectieve wetenschap van benadeling nog geen ernstig verwijt oplevert. In de arresten *Air Holland* en *Kok/Maas q.q.* overwoog de Hoge Raad namelijk dat, wanneer een bestuurder objectieve wetenschap van benadeling heeft, van een ernstig verwijt sprake *zal kunnen zijn*, en in r.o. 3.5.1 van het nog te bespreken arrest *Transportbedrijf/ontvanger* formuleerde de Hoge Raad het criterium dat de bestuurder objectieve wetenschap van benadeling heeft *en* persoonlijk een ernstig verwijt treft. Zie J.E.P.A. van Hooff, ‘Selectieve betaling’, *Ondernemingsrecht* 2021/123, par. 6.

64. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen* (*Recht en Praktijk nr. InsR11*) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 368–369, beargumenteert: “In *Kok/Maas* lijkt de Hoge Raad als demarcatielijn voor de onrechtmatigheid uit te gaan van een kasstroom- én verhaalsinsolventie van de schuldenaar-vennootschap.”, waarbij zij verwijst naar de maatstaf uit *ontvanger/Roelofsen* (‘weten of redelijkerwijze moeten begrijpen’).

65. Dit komt neer op ‘kastroom- én verhaalsinsolventie’. Vgl. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen* (*Recht en Praktijk nr. InsR11*) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 368-369.

kunnen ter hand worden genomen bij de invulling van de – al naargelang de aangesproken partij verzwaarde – aansprakelijkheidsnorm.

3.4. *Het arrest Transportbedrijf/ontvanger*

De belastingkamer van de Hoge Raad doet in 2017 en vervolgens in 2019 uitspraak in een zaak betreffende fiscale bestuurdersaansprakelijkheid (in de zin van art. 36 lid 3 Invorderingswet 1990).⁶⁶ Een transportbedrijf is al jaren verlieslatend en nadat een belangrijk vervoerscontract wordt opgezegd maken de bestuurders melding van betalingsonmacht bij de fiscus en besluiten de aandeelhouders de vennootschap te liquideren. Alle schulden van ‘al of niet gelieerde zakelijke partners’ worden voldaan, waarna de vennootschap op verzoek van de aandeelhouders failliet wordt verklaard.⁶⁷ Uitsluitend de omzet- en loonbelasting blijven onbetaald en blijken na liquidatie onverhaalbaar. Dit wordt de betrokken bestuurder verweten.⁶⁸

Aan de hand van de in *Coral/Stalt* geformuleerde gezichtspunten wordt door de belastingkamer een onderscheid aangebracht tussen twee gevalstypen. De onderstaande overwegingen geven naar mijn mening duidelijk weer welke omstandigheden in de beoordeling van de te onderscheiden gevalstypen betrokken moeten worden:

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

66. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, JOR 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra; BNB 2019/108, m.nt. A.E.H. van der Voort Maarschalk (*Transportbedrijf/ontvanger*); Hof Arnhem-Leeuwarden 13 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1462, NLF 2018/0633, m.nt. T. Tekstra; NTFR 2018, m.nt. R.B.H. Beune.

67. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1462, NLF 2018/0633, m.nt. T. Tekstra, NTFR 2018, m.nt. R.B.H. Beune, r.o. 4.4-4.5.

68. De aansprakelijkheidsnormen voor bestuurders uit art. 36 lid 3 Iw 1990 en art. 2:138/248 BW (‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’) verschillen niet wezenlijk van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf (art. 2:9 lid 2 en 6:162 BW), aldus onder meer Asser/Kroeze 2-I 2021/199; A-G Timmerman, conclusie (ECLI:NL:PHR:2018:1139) bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, randnummer 3.3; A-G Van Peurse, conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:798) bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, randnummer 2.16.

Bestuurdersaansprakelijkheid voor selectieve betalingen

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

Vervolgens redeneert de belastingkamer ten aanzien van selectieve betalingen aan gelieerde partijen op een moment dat reeds besloten is de activiteiten te beëindigen:

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

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

Aan de hand van de uitgangspunten uit *Coral/Stalt* onderscheidt de Hoge Raad in r.o. 3.5.2 het gevalstype dat groepscrediteuren selectief zijn betaald nadat besloten is de bedrijfsactiviteiten te beëindigen. Ook het wetenschaps criterium

uit r.o. 3.5.2 vertoont grote gelijkenissen met dat uit het arrest *Coral/Stalt* ('er ernstig rekening mee moeten houden dat').⁶⁹ Hoewel het in de onderhavige zaak wel gaat om bestuurdersaansprakelijkheid (op de voet van art. 36 lid 3 Iw 1990), noemt de Hoge Raad hier niet de norm voor vaststelling van geobjectiveerde wetenschap bij bestuurders die hij eerder hanteerde in de arresten *Air Holland* en *Kok/Maas q.q.* (namelijk 'weten of redelijkerwijze moeten begrijpen'). Dit is niet opzienbarend; in de vorige paragraaf betoogde ik dat het wetenschaps criterium uit *Coral/Stalt* (en r.o. 3.5.2 van het onderhavige arrest) samenhangt met de specifieke kenmerken van het daar aan de orde zijnde gevalstype (betaling aan een *gelieerde schuldeiser* terwijl is besloten om de activiteiten van de vennootschap te staken en er onvoldoende middelen zijn om alle schuldeisers te voldoen). Opvallender is dat in de uitspraak *Transportbedrijf/ontvanger* onder de in *Coral/Stalt* als relevant aangemerkte omstandigheid dat een gelieerde partij is betaald, tevens wordt geschaard "de voldoening van niet-gelieerde schuldeisers van de vennootschap wanneer de bestuurder van de vennootschap bij de betaling een persoonlijk belang heeft".⁷⁰

Het wetenschaps criterium uit r.o. 3.5.2 kan gemakkelijker worden bewezen dan de maatstaf uit r.o. 3.5.1.⁷¹ R.o. 3.5.1 ziet op een gevalstype dat lijkt op het geval uit het arrest *Air Holland*: in beide situaties ging het om selectieve betalingen aan niet-gelieerde partijen. De zwaarte van de eis lijkt te moeten worden begrepen in het licht van r.o. 3.5.1, laatste zin van de eerste alinea, waar het uitgangspunt van de betaalautonomie wordt aangehaald (vgl. *Van den Bel/Bergers*). In het geval dat niet-gelieerde partijen selectief worden betaald, wordt de bestuurder meer beleidsruimte gegund dan wanneer gelieerde partijen worden betaald. Aangenomen moet worden dat bovengenoemde overwegingen ook gelden in civiele zaken en zijn afgestemd met de civiele kamer.⁷²

69. B.F. Assink, 'Selectieve betaling en bestuurdersaansprakelijkheid in fiscalibus', *Ondernemingsrecht* 2019/137, par. 3.3.

70. HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, *JOR* 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra; *BNB* 2019/108, m.nt. A.E.H. van der Voort Maarschalk (*Transportbedrijf/ontvanger*), r.o. 3.5.2; B.F. Assink, 'Selectieve betaling en bestuurdersaansprakelijkheid in fiscalibus', *Ondernemingsrecht* 2019/137, par. 3.3.

71. B.F. Assink, 'Selectieve betaling en bestuurdersaansprakelijkheid in fiscalibus', *Ondernemingsrecht* 2019/137, par 3.3, signaleert: "Daarop wijst ook 'al' in r.o. 3.5.2, 2^e alinea".

72. Zie A-G Van Peursem, conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:798) bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, randnummer 2.19; HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, *JOR* 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra (*Transportbedrijf/ontvanger*), randnummer 1 (noot); HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *JOR* 2020/55, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), randnummer 3 (noot).

3.5. *Samenvatting rechtspraak Hoge Raad*

In het arrest *Van den Bel/Bergers* formuleert de Hoge Raad het uitgangspunt dat de schuldenaar in beginsel autonoom is in de keuze welke schuldeisers worden voldaan. Voor de vestiging van aansprakelijkheid zijn – naast de voorwaarde dat selectief is betaald en dat daarbij het preferentiestelsel is doorkruist – bijkomende omstandigheden vereist. Ten aanzien van de beoordeling van deze omstandigheden heeft de Hoge Raad meerdere gezichtspunten geformuleerd. Op basis van de arresten *Coral/Stalt*, *Air Holland*, *Kok/Maas q.q.*, *Transportbedrijf/ontvanger* en *Ingwersen q.q./Kromme Leek* ontstaat het beeld dat de omstandigheid dat selectief is betaald aan een gelieerde dan wel aan een niet-gelieerde schuldeiser relevant is voor de mate van vrijheid die de bestuurder heeft om deze schuldeiser selectief te betalen. De omstandigheid dat het faillissement aanstaande is (*Kok/Maas q.q.*), is aangevraagd (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*) of dat besloten is de activiteiten te beëindigen (*Coral/Stalt* en *Transportbedrijf/ontvanger*), waarbij duidelijk is dat de rechtspersoon in kwestie over onvoldoende voldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te voldoen, is daarbij echter steeds van belang. In het arrest *Transportbedrijf/ontvanger* plaatst de Hoge Raad deze gezichtspunten naast elkaar. Het arrest toont dat het antwoord op de vraag of selectieve betalingen in strijd met de wettelijke regels van voorrang geoorloofd zijn, een glijdende schaal is tussen de ongelimiteerde betalingsvrijheid als ene uiterste en selectieve betalingen aan gerelateerde partijen in de afwikkelingsfase als andere uiterste.⁷³ In de feitenrechtspraak wordt deze glijdende schaal nader ingevuld.

4. De feitenrechtspraak

4.1. *Betalingen aan gelieerde partijen*

Bij de bespreking van de feitenrechtspraak wordt het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid tussen betalingen aan enerzijds gelieerde en anderzijds niet-gelieerde partijen aangehouden. De omstandigheid dat een ontvangende partij een tot dezelfde groep behorende vennootschap is, is ook in de feitenrechtspraak van groot belang bij de beoordeling van de selectieve betaling.⁷⁴ In

73. 'De schaal is glijdend', aldus R. de Wijs, 'Follow the money: bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betalingen en het 'probleem' van de rijdende trein', *INS Updates Insolventierecht* 2018, nr. 3par. 2.

74. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 15 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL1533, r.o. 4.11-4.14; Rb. Utrecht 24 maart 2010, ECLI:NL:RBRUT:2010:BL8927, r.o. 5.9-5.10; Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3768, r.o. 5.47-5.48. Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6597, r.o. 4.2-4.4.

de toetsingsmaatstaf die feitenrechters aanleggen ter beoordeling van betalingen aan tot hetzelfde concern behorende vennootschappen, kan een heldere lijn worden gevonden. Als de bestuurder een belang (dat wil zeggen een voordeel) heeft bij de selectieve betaling, wordt een vergelijkbare maatstaf gehanteerd (al vóór het arrest *Transportbedrijf/ontvanger* werd gewezen).⁷⁵

4.1.1. *Moment van betaling aan gelieerde partij*

In het arrest *Coral/Stalt* zijn betalingen aan gelieerde partijen die waren verricht nadat was besloten de activiteiten van de onderneming te beëindigen, als ongeoorloofd aangemerkt. Het valt op dat in de feitenrechtspraak ook betalingen aan gelieerde partijen die vóór de afwikkelfase zijn verricht, als onrechtmatig worden bestempeld. Selectieve betalingen aan gelieerde partijen worden in bepaalde uitspraken reeds als ongeoorloofd aangemerkt als de schuldenaar op het moment dat de betaling is verricht, met *ernstige financiële moeilijkheden* kampt. De bestuurder is (in beginsel) aansprakelijk indien hij hiervan wetenschap heeft.⁷⁶ Zo overweegt de Rechtbank Rotterdam (3 juni 2015):

*“Er [kunnen] omstandigheden zijn die meebrengen dat een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt door bepaalde crediteuren wel, en andere niet te betalen. Dergelijke omstandigheden kunnen bijvoorbeeld gelegen zijn in het feit dat een bestuurder die weet dat de vennootschap in ernstige problemen verkeert, zijn eigen vordering op de vennootschap, of vorderingen van met de vennootschap gelieerde (rechts)personen wel, en de vorderingen van andere crediteuren niet voldoet.”*⁷⁷

In de feitenrechtspraak over bestuurdersaansprakelijkheid voor selectieve betalingen wordt niet altijd een helder onderscheid gemaakt tussen de maatstaf

75. Rb. Assen 25 mei 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BT8742, *JOR* 2011/376, m.nt. E.L.A. van Emden, r.o. 4.5; Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1995, *JOR* 2012/209, m.nt. Van Andel, r.o. 3.31-3.32; Rb. Amsterdam 19 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9575, r.o. 4.1.

76. Zie onder meer Rb. Amsterdam 19 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9575, r.o. 4.5; Hof Arnhem 15 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL1533, *JOR* 2010/112, m.nt. C. Rijckenberg, r.o. 4.16; Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3768, r.o. 5.52; Rb. Gelderland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6404, r.o. 4.7; Rb. Noord-Holland 30 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3704, r.o. 4.14; Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1323, r.o. 7.38; Rb. Gelderland 6 maart 2024, ECLI:NL:RBGEL:2024:1139, r.o. 2.13.

77. Rb. Rotterdam 3 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3946, r.o. 4.4. Precies dezelfde formulering wordt al gebezigd in Hof Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2957, r.o. 4.9.

voor onrechtmatige selectieve betalingen en die voor bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betalingen. De omstandigheid dat de vennootschap ‘in (ernstige) problemen’ verkeert op het moment dat zij een gelieerde partij betaalt, die een aanwijzing kan zijn voor (geobjectiveerde) wetenschap van een bestuurder, en het wetenschaps criterium dat (in *Coral/Stalt*: door de betalende vennootschap zelf) ‘ernstig rekening moest worden gehouden met de mogelijkheid’ dat een of enkele schuldeisers onvoldaan zouden blijven, worden in de feitenrechtspraak over betalingen aan gelieerde partijen door elkaar gebruikt. In lagere rechtspraak wordt ook aansprakelijkheid aangenomen wegens betalingen aan gelieerde partijen als de activiteiten van de vennootschap (nog) niet zijn beëindigd.⁷⁸

4.1.2. *Betalingen aan gelieerde partijen verricht na peildatum*

Abstracte formuleringen als ‘het moment dat de schuldenaar in ernstige financiële moeilijkheden verkeert’ of ‘weten dan wel behoren te weten dat de schuldeiser onvoldaan blijft’, worden in de feitenrechtspraak vertaald naar een (zeer) nauwkeurig vastgesteld tijdstip, de zogenoemde *peildatum*.⁷⁹ Na de peildatum verrichte selectieve betalingen aan gelieerde partijen kwalificeren in beginsel als onrechtmatig.⁸⁰ Met deze grenslijn geeft de feitenrechter invulling aan de maatstaf voor onrechtmatigheid aan de hand van de omstandigheden van het geval. Dit wordt onder meer duidelijk in de volgende overweging in een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam:

“Uit deze feiten in onderlinge samenhang beschouwd moet naar het oordeel van de rechtbank worden afgeleid dat [A] c.s. vanaf begin november 2011

78. Vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.4 en 3.7; HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*Transportbedrijf/ontvanger*), r.o. 3.5.2. Zie paragrafen 3.1 en 3.4.

79. Deze techniek wordt vaker toegepast. Zo oordeelde de Hoge Raad in HR 9 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0747, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Van Amersfoort*) en HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0576 (*Van Wijngaarden/Staat*), r.o. 3.8, dat bodemverontreiniging die had plaatsgevonden vóór 1 januari 1975 in beginsel niet kan leiden tot aansprakelijkheid tegenover de staat. Vervuilende partijen hadden voor dat tijdstip niet op de hoogte kunnen zijn van het feit dat het verontreinigen van eigen grond leidde tot vermogensschade bij de overheid. In latere rechtspraak is ook in andere contexten met peildata gewerkt, bijvoorbeeld bij de vaststelling van de huwelijksgemeenschap, waarover HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2050, *NJ* 2014/129 en L.H.M. Zonnenberg, ‘Peildata in en buiten gemeenschap’, in: M.L.C.C. de Bruijn-Lückers e.a. (red.), *EB Klassiek*, 2003, p. 112-118; Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1323, r.o. 7.35; Hof Den Haag 7 november 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2178, r.o. 6.36.

80. Rb. Noord-Holland 27 juni 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5244, r.o. 5.7-5.8; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:105, r.o. 2.6.

ernstig rekening moesten houden met de mogelijkheid dat TSE niet al haar schuldeisers, en zeker niet schuldeisers met aanzienlijke vorderingen zoals [X] en [Y], zou kunnen voldoen. In die omstandigheden behoorden [A] c.s. deze mogelijkheid te betrekken in hun afweging welke schuldeisers in welke mate zouden worden voldaan. Concreet betekent dit dat het hen niet langer vrij stond een aan TSE gelieerde schuldeiser volledig te voldoen en andere (grote) schuldeisers niet.”⁸¹

Hoe nauwkeurig de rechter het peilmoment bepaalt hangt af van het moment waarop (potentieel onrechtmatige) selectieve betalingen zijn verricht. Als dat enige tijd na het peilmoment is, zoals in bovenstaande zaak, kan de rechter zich beperken tot ‘begin november’, maar in de meeste zaken wijst de rechter een specifieke datum aan.⁸²

De rechter stelt het peilmoment steeds vast aan de hand van twee soorten feiten. Het peilmoment berust enerzijds op feiten waaruit de oplopende financiële misère blijkt en die van meer structurele aard zijn – zoals in bovengenoemde zaak: de omstandigheid dat ‘alle betalingstermijnen van vorderingen van schuldeisers waren verstreken’.⁸³ Daarnaast wijst de rechter vaak op een concrete, impactvolle gebeurtenis waarvan vaststaat wanneer deze plaatsvond. In deze zaak had een opdrachtgever op het peilmoment onder meer een deel van een opdracht bij de schuldenaar weggehaald en een betalingstermijn van een factuur van de schuldenaar laten verstrijken, terwijl de schuldenaar de betaling nodig had om zijn crediteuren te kunnen voldoen.⁸⁴

4.1.3. *Rechtvaardigingsgronden*

Na de peildatum verrichte selectieve betalingen aan gelieerde partijen kwalificeren *in beginsel* als onrechtmatig. In het arrest *Coral/Stalt* overwoog de Hoge Raad dat bijzondere omstandigheden selectieve betalingen aan gelieerde partijen kunnen rechtvaardigen.⁸⁵ In de feitenrechtspraak worden hiervan voor-

81. Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:627, *JOR* 2021/87, m.nt. E.A.H. ten Berge, r.o. 4.22.

82. Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6404, r.o. 4.11; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:6383, r.o. 5.5.

83. Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:627, *JOR* 2021/87, m.nt. E.A.H. ten Berge, r.o. 4.20.

84. Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:627, *JOR* 2021/87, m.nt. E.A.H. ten Berge, r.o. 4.20.

85. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669 (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3; HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (*Transportbedrijf/ontvanger*), r.o. 3.5.2. Zie paragrafen 3.2 en 3.4.

beelden gevonden, zij het dat deze zeldzaam zijn.⁸⁶ Bestuurders beroepen zich regelmatig op de omstandigheid dat de selectieve betaling aan een gelieerde schuldeiser paste binnen een strategie om de vennootschap te redden. Het Hof Arnhem heeft in dit kader een belangwekkend arrest gewezen, waarin onder meer wordt overwogen:

*“Uit het voorgaande vloeit voort dat selectieve betaling, gepleegd in het kader van een reddingsplan om een faillissement te voorkomen, dan wel met het oog op een doorstart (...), gerechtvaardigd kan zijn, ook wanneer de bestuurder zich moet realiseren dat de kans bestaat dat het reddingsplan niet tot het gewenste resultaat zal leiden, waardoor sommige schuldeisers onbetaald zullen blijven.”*⁸⁷

Het hof stelt dat het belang van de vennootschap en de in aanmerking komende belangen van de *stakeholders* worden gediend met het selectief betalen van een partij die dreigt met een faillissementsaanvraag. De rechter neemt hier de in het leerstuk van de onrechtmatige daad geboden ruimte om naast de belangen van de (gezamenlijke) schuldeiser(s) ook het belang van andere *stakeholders* mee te wegen.⁸⁸

Deze uitspraak moet worden geplaatst in de lijn van jurisprudentie over selectieve betalingen waarbij de bestuurder een persoonlijk belang heeft.⁸⁹ De curator stelt namelijk dat de bestuurder met de selectieve betalingen zijn eigen belang diende, omdat de bestuurder privé in de vennootschap had geïnvesteerd. Het hof oordeelt dat het persoonlijke- en vennootschappelijke belang elkaar niet uitsluiten:

*“het hof (wil) wel met de curator aannemen dat betaling door CFT van V-S mede het (persoonlijk) belang van geïntimeerde diende. Dat laat echter onverlet dat geïntimeerde gemotiveerd heeft gesteld dat en waarom hij met de gekozen handelwijze primair heeft gepoogd in het belang van CFT, haar werknemers en ook de overige schuldeisers te handelen.”*⁹⁰

86. Ik heb vijf zaken gevonden waarin de feitenrechter meegaat in dit verweer. Vaker gaat de rechter er niet in mee. Zie bijvoorbeeld de uitspraak Hof Den Haag 30 april 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:628, r.o. 6.34.

87. Hof Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2957, r.o. 4.10-4.11.

88. Vgl. paragraaf 3.1.

89. Hoewel de redactie van *Rechtspraak Insolventierecht* van mening lijkt te zijn dat het in onderhavige zaak niet gaat om betalingen ‘binnen de eigen kring’: Hof Arnhem 3 augustus 2010, Wenk in *RI* 2010/79.

90. Hof Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2957, r.o. 4.13.

Het ligt op de weg van de aangesproken bestuurder om te stellen en te bewijzen dat sprake is geweest van een reddingsplan. De rechter toetst of het reddingsplan *ten tijde van de selectieve betaling* kansrijk moest worden geacht.⁹¹ Deze toets is volgens het hof marginaal:

*“Pas wanneer die kans [op mislukking] zo groot is dat in feite op voorhand vaststaat dat het reddingsplan zinloos is, zal de bestuurder er zonder meer vanaf moeten zien de onderneming voort te zetten.”*⁹²

Zoals gesteld wordt in de feitenrechtspraak zelden aangenomen dat betalingen aan gelieerde partijen op het moment dat de vennootschap in ernstige financiële problemen verkeert, toch gerechtvaardigd zijn. Dat de feitenrechter een dergelijk verweer in de praktijk maar zelden honoreert, kan worden verklaard door het feit dat een reddingspoging en betalingen aan gelieerde partijen zich op het eerste gezicht moeilijk laten verenigen. Het lijkt immers onwaarschijnlijk dat juist een betaling die ook een persoonlijk- of groepsbelang dient noodzakelijk is voor de redding van de onderneming. Toch komt het voor, waarbij de feitenrechter steeds een formulering hanteert die lijkt op de hierboven weergegeven passages.⁹³ De enige andere omstandigheid op grond waarvan na de peildatum verrichte selectieve betalingen aan gelieerde partijen toch rechtmatig werden geacht, is de omstandigheid dat de bestuurder hierover foutief is voorgelicht door advocaten.⁹⁴

4.2. *Betalingen aan niet-gelieerde partijen*

De maatstaf voor onrechtmatigheid van selectieve betalingen aan schuldeisers waaraan de schuldenaar(-bestuurder) niet gelieerd is, is door de Hoge Raad en in de literatuur nauwelijks verkend, maar komt in de feitenrechtspraak veelvuldig aan de orde. De omstandigheid dat is betaald aan een niet-gelieerde partij is

91. Zie ook Rb. Overijssel 29 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2530, r.o. 6.5.4.

92. Hof Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2957, r.o. 4.11.

93. Hof's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL2154, *JOR* 2010/113, m.nt. Rijkkenberg, r.o. 8.6.2; Rb. Almelo 21 december 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BV0467, r.o. 5.6 en 5.15; Rb. Overijssel 29 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2530, r.o. 6.5.4.

94. Rb. Noord-Holland 30 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3704, r.o. 4.14. Het komt echter ook voor dat schuldenaar-bestuurders foutief werden geïnformeerd door hun advocaat maar toch persoonlijk aansprakelijk waren: Hof Den Haag 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:4005; HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 (laatstgenoemde zaak betreft een selectieve betaling aan een niet-gelieerde partij).

steeds van grote betekenis voor de verdere beoordeling.⁹⁵ Net zoals in het geval dat gelieerde partijen zijn voldaan, valt een duidelijke maatstaf te ontdekken waar het gaat om de toestand van de schuldenaar op het moment van betaling, de daaraan ontleende peildatum en eventuele rechtvaardigingsgronden.

4.2.1. *Moment van betaling aan niet-gelieerde partij*

Uit een analyse van de feitenrechtspraak blijkt dat selectieve betalingen aan niet-gelieerde schuldeisers pas als (in beginsel) onrechtmatig worden aangemerkt wanneer de teloorgang van de schuldenaar zich in een zeer vergevorderd stadium bevindt.⁹⁶ Een voorbeeld hiervan is een oordeel van het Hof Den Haag van eind 2021. De curator van Delfts Brood B.V. stelt namens een schuldeiser een vordering uit onrechtmatige daad in op de voet van art. 6:162 jo. 2:11 BW jegens de voormalig indirect-bestuurders van Delfts Brood. De curator stelt dat Delfts Brood in de aanloop naar zijn faillissement onder meer de Belastingdienst selectief betaald heeft.⁹⁷ Het hof beoordeelt of de indirect-bestuurders ten tijde van de selectieve betalingen ‘wisten of behoorden te begrijpen dat een faillissement onafwendbaar was’.⁹⁸ Voordat het hof toetst of deze aansprakelijkheidsnorm is vervuld, wordt echter al vastgesteld dat de curator niet bevoegd is een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen ten behoeve van één schuldeiser, waarna de vordering wordt afgewezen. Hierbij weegt het hof mee dat de voormalig onmiddellijk bestuurder niet in de procedure is betrokken en dat zijn aansprakelijkheid niet is vastgesteld in een eerdere procedure.⁹⁹ De

95. Vgl. Rb. Arnhem 4 juli 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BB0141, m.nt. Van Anel; Hof Arnhem 15 september 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL1533, r.o. 4.7-4.10 en 4.11-4.14, waar onderscheid wordt gemaakt tussen de selectieve betalingen aan ‘externe’ en ‘interne’ schuldeisers. Zie ook Rb. Gelderland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:1278, r.o. 4.10; Rb. Amsterdam 14 juni 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:3666, r.o. 4.13.

96. Rb. Dordrecht 22 april 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI1819, r.o. 4.12; Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL2154, *JOR* 2010/113, m.nt. Rijckenberg, r.o. 8.6.2 en 8.6.4; Rb. Overijssel 29 april 2017, ECLI:NL:ROVE:2017:2530, r.o. 6.5.2; Rb. Rotterdam 3 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3946, r.o. 4.4; Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8226, *JOR* 2017/71, m.nt. Rijckenberg, r.o. 4.14; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9126, *JOR* 2015/3, m.nt. Van Bakkum, r.o. 6.8; Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5571, r.o. 4.6; Rb. Noord-Holland 14 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5079, r.o. 4.3.4 en Rb. Noord-Holland 16 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:1612, r.o. 2.5.

97. Hof Den Haag 2 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2120, r.o. 25.

98. Hof Den Haag 2 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2120, r.o. 24. Zie ook Hof Den Haag 31 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1517, r.o. 4.4 en Rb. Gelderland 15 maart 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:1278, r.o. 3.3, waar eveneens werd gesproken over ‘onafwendbaarheid’ van het faillissement.

99. Zie met betrekking tot de *Peeters/Gatzen*-vordering paragraaf 2.2.

feitenrechter spreekt in andere zaken ook wel over de omstandigheid dat de betaling plaatsvindt nadat het faillissement van de schuldenaar ‘onvermijdelijk’ is,¹⁰⁰ over een ‘ten dode opgeschreven’ schuldenaar die ‘in een zodanige toestand verkeerde dat haar deconfiture onafwendbaar moest worden geacht’,¹⁰¹ of over een schuldenaar waarvan de onderneming ‘een aflopende zaak’ was.¹⁰²

4.2.2. *Betalingen aan niet-gelieerde partij verricht na peildatum*

Ook bij de beoordeling van selectieve betalingen aan niet-gelieerde schuldeisers stelt de feitenrechter vaak een peildatum vast waarna het de bestuurder – behoudens een door de bestuurder gegeven rechtvaardiging – niet langer vrijstaat schuldeisers selectief te betalen.¹⁰³ Deze peildatum is bij betalingen aan niet-gelieerde schuldeisers niet het tijdstip waarop de schuldenaar in ernstige financiële moeilijkheden verkeert, maar het moment dat het faillissement onafwendbaar is. Dit zal in de praktijk betekenen dat de peildatum dicht bij het daadwerkelijke faillissement ligt en dat de tijdsperiode waarbinnen selectieve betalingen ongeoorloofd zijn, korter is.

Zonder af te doen aan het gegeven dat het een zeer casuïstisch leerstuk is, blijkt de feitenrechter de peildatum te kiezen aan de hand van een waardering van zowel abrupte gebeurtenissen die op of omstreeks die datum plaatsvinden, als ontwikkelingen met een langduriger beloop – net zoals bij selectieve betalingen aan gelieerde schuldeisers. Verder lijkt het erop dat de conclusie dat het faillissement onvermijdelijk is, niet snel wordt getrokken: de peildatum wordt gestaafd met een breed scala aan feiten.

100. Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8226, *JOR* 2017/71, m.nt. Rijckenberg, r.o. 4.14. Rb. Overijssel 29 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2530, r.o. 6.5.2.

101. Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL2154, *JOR* 2010/113, m.nt. Rijckenberg, r.o. 8.6.2 en 8.6.4.

102. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 364; Rb. Dordrecht 22 april 2009, ECLI:NL:RBDOR:2009:BI1819, r.o. 4.9-4.11.

103. Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL2154, *JOR* 2010/113, m.nt. Rijckenberg, r.o. 8.2.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9126, *JOR* 2015/3, m.nt. Van Bakkum, r.o. 6.8; Rb. Midden-Nederland 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5571, r.o. 4.7; Hof Den Haag 2 november 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2120, r.o. 26; Rb. Noord-Holland 14 april 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5079, r.o. 4.3.4.

4.2.3. *Rechtvaardigingsgronden*

Uit de feitenrechtspraak over selectieve betalingen aan gelieerde partijen bleek dat na de peildatum verrichte betalingen onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn.¹⁰⁴ In de meeste gevallen waarin de rechter dergelijke betalingen gerechtvaardigd achtte, werd een beroep gedaan op de omstandigheid dat de betaling onderdeel uitmaakte van een reddingsplan. In uitspraken aangaande gevallen waarin *niet-gelieerde* partijen zijn betaald, wordt dit verweer een enkele keer gehonoreerd.¹⁰⁵ Karapetian stelt dat het verweer dat een selectieve betaling aan een niet-gelieerde partij is verricht in het kader van een reddingsoperatie, niet zozeer moet worden beschouwd als een bijzondere omstandigheid die de – na de peildatum verrichte en dus in beginsel ongeoorloofde – selectieve betaling rechtvaardigt, maar als een betwisting van de voorschans vaststaande aansprakelijkheid. Zolang de schuldenaar te redden valt is het faillissement immers niet onafwendbaar.¹⁰⁶

De rechtvaardigingsgrond dat betalingen zijn verricht met het oog op een doorstart is wel verenigbaar met de omstandigheid dat het faillissement onvermijdelijk is. In 2005 keurde het Hof 's-Hertogenbosch na de peildatum verrichte betalingen goed. Het ging om kleine crediteuren omtrent wie, in de woorden van de bestuurder, “niet het risico moest worden genomen dat zij – met hun kleine vordering – het in voorbereiding zijnde buitengerechtelijke crediteurenakkoord zouden doorkruisen dan wel dat zij onrust in het bedrijf zouden zaaien”.¹⁰⁷ Feitenrechtspraak aangaande selectieve betalingen in de aanloop naar een doorstart is zeer schaars, maar de bovengenoemde uitspraken zouden in de praktijk

104. Waarover paragraaf 4.1.3.

105. Rb. Overijssel 29 april 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2530 en Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6752, *JOR* 2006/194. Het verweer werd afgewezen in Rb. Utrecht 24 maart 2010, ECLI:NL:RBRUT:2010:BL8927, r.o. 5.9-5.10; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5306, r.o. 4.10; Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BL2154, *JOR* 2010/113, m.nt. Rijckenberg, r.o. 8.6.7.

106. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 369-370. Zie ook M.L. Lennarts, 'Preventive Restructuring and Directors' Duties and Liabilities in the Twilight Zone: The Dutch Perspective', in: *Directors Liability in the Twilight Zone, Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht*, Den Haag: Eleven international publishing 2018, par. 6.2.

107. Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, *JOR* 2005/166, r.o. 4.9.2; Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU6752, *JOR* 2006/194, r.o. 8.3.1-8.3.4.

relevant kunnen blijken, bijvoorbeeld bij de voorbereidingen van een akkoord op basis van de nieuwe WHOA.

4.3. *De verwevenheid met bestuurdersaansprakelijkheid*

De ‘ernstig verwijt’-maatstaf weerklinkt in de peildatum die in de feitenrechtspraak wordt gehanteerd:

“Bij de vaststelling van het tijdstip met ingang waarvan het doen van selectieve betalingen door het bestuur van een rechtspersoon als onrechtmatig moet worden aangemerkt (de peildatum) geldt dat een moment moet worden gekozen dat aan de veilige kant is, zodat bij twijfel een tijdstip wordt gekozen ten gunste van het bestuur waaraan het verwijt wordt gemaakt.”

Deze passage wordt gevonden in uitspraken betreffende selectieve betalingen aan zowel gelieerde als niet-gelieerde partijen.¹⁰⁸ Zo duwt ook het gegeven dat het om bestuurdersaansprakelijkheid gaat de peildatum dichter naar de datum van het daadwerkelijke faillissement, waardoor de tijdspanne waarbinnen selectieve betalingen als onrechtmatig kwalificeren, korter wordt. Verder blijkt uit de feitenrechtspraak, ongeacht het gevalstype dat aan de orde is, dat eigen verklaringen van de bestuurder of interne stukken vaak een rol spelen bij het vaststellen van de peildatum.

5. Slotopmerkingen

Bijna een eeuw na het arrest *Van den Bel/Bergers* ‘staat’ het arrest nog - niet langer als regel, maar als uitgangspunt dat moet worden afgewogen tegen andere uitgangspunten. Het samenstel van uitgangspunten, met de betaalautonomie als ene uiterste en selectieve betalingen aan gerelateerde partijen in de afwikkelingsfase als andere uiterste, illustreert de toenemende invloed van zorgplichten in het privaatrecht.

De gezichtspunten worden in de feitenrechtspraak nader vormgegeven. In de feitenrechtspraak wordt grofweg onderscheiden tussen twee categorieën van betaalde partijen. Bij selectieve betalingen aan niet-gelieerde schuldeisers moet voor onrechtmatigheid sprake zijn van de omstandigheid dat het faillissement ten tijde van de betaling onvermijdelijk was, terwijl betalingen aan gelieerde

108. Rb. Den Haag 19 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12316, r.o. 4.2; Rb. Den Haag 20 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8226, r.o. 4.14; Rb. Noord-Holland 11 februari 2015, r.o. 4.1; Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6597, r.o. 4.2.

partijen reeds onrechtmatig kunnen zijn als de vennootschap in ernstige financiële problemen verkeert. De feitenrechter vertaalt deze maatstaf naar een concreet peilmoment. Na het peilmoment verschuiven stelplicht en bewijslast.

Bovenal is duidelijk dat het leerstuk van selectieve betalingen in de aanloop naar een faillissement zeer casuïstisch is; de feitenrechter neemt de aard en het moment van de betaling, de in het geding zijnde belangen en alle overige omstandigheden mee in het oordeel.

5.1. *Gevalsafhankelijke schuldeisersbelangen*

Met betrekking tot selectieve betalingen aan niet-gelieerde partijen is in de literatuur verdedigd dat uitsluitend betalingen die plaatsvinden na feitelijke liquidatie of nadat het faillissement is aangevraagd als onrechtmatig zouden moeten kwalificeren. Buiten deze gevallen zou grote terughoudendheid moeten worden betracht bij het aannemen van aansprakelijkheid.¹⁰⁹ Naar mijn idee doet de maatstaf van de onvermijdelijkheid van het faillissement, zoals die in de feitenrechtspraak wordt gehanteerd, recht aan het gevalsafhankelijke karakter van het leerstuk van selectieve betalingen.

Wanneer niet-gelieerde schuldeisers nog betaald worden nadat het faillissement onafwendbaar is en bestuurders weten of behoren te begrijpen dat de door hen bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg heeft dat deze haar verplichtingen niet kan nakomen en ook geen verhaal kan bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade, worden de belangen van schuldeisers in beginsel onevenredig geschaad. Zoals Karapetian schrijft, maken de selectieve betalingen aan niet-gelieerde partijen immers evenzeer inbreuk op de belangen van de schuldeisers die bescherming vinden in de wettelijke rangorderegels.¹¹⁰

Maar, zoals Van Hooff stelt: de praktijk is weerbarstig. Hij schetst de situatie dat partijen die aanvankelijk resoluut stelden niet bereid te zijn om extra financiering te verstrekken, dat later, om uiteenlopende redenen, alsnog deden.¹¹¹ Het

109. J.E.P.A. van Hooff, 'Selectieve betaling', *Ondernemingsrecht* 2021/123, par. 7. Vgl. A-G Van Peursem, conclusie (ECLI:NL:PHR:2019:798) bij HR, 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, inleidende opmerking; S.M. Bartman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgement rule?', *AA* 2011/0126, p. 126-130.

110. A. Karapetian, "'Ernstig verwijt' en selectieve betalingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576", *OR* 2019/0151, par. 4.4.

111. J.E.P.A. van Hooff, 'Selectieve betaling', *Ondernemingsrecht* 2021/123, par. 7.

arrest *Ingwersen q.q./Kromme Leek* betrof een geval waarin het faillissement weliswaar was aangevraagd, maar mogelijk nog wel kon worden afgewend.¹¹² Ook is de situatie denkbaar dat nadat het faillissement onafwendbaar is, bepaalde onderdelen van de onderneming alsnog worden gered. Naar mijn idee is de onvermijdelijkheid van het faillissement echter geen grijs gebied. Het gevalsafhankelijke karakter van het leerstuk (en mogelijke *hindsight bias*, waar ik op terugkom in paragraaf 5.3), doet er niet aan af dat (achteraf) kan worden vastgesteld of een faillissement op een bepaald moment onvermijdelijk was.

Zodra een vennootschap in de problemen raakt, zijn de verhaalsbelangen van de schuldeisers in het geding en naarmate de vennootschap verder aftakelt, gaat het schuldeisersbelang in relatie tot het belang van de vennootschap steeds zwaarder wegen.¹¹³ Andere bij de vennootschap betrokken (maatschappelijke) belangen, zoals van behoud van ondernemingen en werkgelegenheid, komen ook uitdrukkelijker naar voren wanneer een faillissement nadert. Vanaf het moment dat het faillissement onafwendbaar is – dat moment ligt zeer dicht tegen het daadwerkelijke faillissement aan – is een selectieve betaling in beginsel in strijd met het door het schuldeisersbelang ingekleurde vennootschapsbelang.¹¹⁴ Het is vanaf dat moment aan de aangesproken bestuurder om de betaling te rechtvaardigen. Hiervoor zijn geen *bijzondere omstandigheden* vereist; betalingen die berusten op een gedegen (en gedocumenteerde) belangenafweging zijn gerechtvaardigd. De gevalsafhankelijke aard van het leerstuk vereist een benadering die het mogelijk maakt verscheidende omstandigheden mee te wegen, en de maatstaf van het onafwendbaarheid van het faillissement past naar mijn idee binnen een dergelijke flexibele benadering.

5.2. Gevalsafhankelijke eigen belangen

Betalingen aan groepsgenoten of betalingen waarbij bestuurders een persoonlijk belang hebben, gelden in de lagere rechtspraak – behoudens een door de aangesproken partij gegeven rechtvaardiging – als onrechtmatig vanaf het moment dat de vennootschap in ernstige problemen verkeert en de bestuurder hiervan (geobjectiveerde) wetenschap heeft. Ik vind de keuze voor dit peilmoment

112. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, m.nt. Salemink (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*), r.o. 3.7.

113. A. Karapetian, “‘Ernstig verwijt’ en selectieve betalingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576”, *OR* 2019/0151, par. 4.4.

114. A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (Recht en Praktijk nr. InsR11)* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 338.

begrijpelijk. In dit type betaling liggen elementen van het – eveneens casuïstische¹¹⁵ – leerstuk van tegenstrijdig belang besloten. Een ‘tegenstrijdig belang’ in enge zin¹¹⁶ is een direct of indirect persoonlijk of kwalitatief belang dat zodanig niet parallel loopt aan dat van de vennootschap dat de bestuurder of commissaris het vennootschappelijk belang niet meer naar behoren kan behartigen.¹¹⁷

Hierboven beschreef ik dat het vennootschapsbelang al vanaf het moment dat de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert voor een belangrijk deel wordt ingevuld door het schuldeisersbelang. Tegenstrijdige belangen bij een betaling kunnen zich voordoen indien een bestuurder persoonlijk borg staat, of indien wordt geprobeerd de *exposure* van overlevende groepsmaatschappijen te beperken.¹¹⁸ Het is denkbaar dat bestuurders van vennootschappen in zwaar weer de schulden waarvoor de aandeelhouder borg staat eerst voldoen, al dan niet omdat hen een functie bij een groepsgenoot in het vooruitzicht is gesteld. Het moment waarop de vennootschap in ‘ernstige problemen’ verkeert is een ambigue, maar voor de beoordeling van dit type betaling relevante aanwijzing. De betaalautonomie wordt immers, ten koste van onbetaalde schuldeisers, misbruikt voor de behartiging van persoonlijke- of groepsbelangen, juist in anticipatie op een faillissement.

5.3. Retrospectieve benadering

Het in de rechtspraak ontwikkelde, retrospectieve systeem voor de beoordeling van selectieve betalingen geeft rechters de mogelijkheid alle omstandigheden van het geval te wegen. Naar mijn idee sluit dit goed aan op het casuïstische karakter van het leerstuk. De ‘ernstig verwijt’-maatstaf komt terug in alle facetten van de beoordeling. Zo verschuiven stelplicht en bewijslast waar het gaat om betalingen aan niet-gelieerde partijen pas als de teloorgang van de

115. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2007/169, m.nt. S.M. Bartman & A.F.J.A. Leijten (*Bruil*), r.o. 3.4. Zie ook A.F.J.A. Leijten, ‘Tegenstrijdig belang en openbaar bod’, in: M.P. Nieuwe Weme e.a. (red.), *Handboek openbaar bod (Onderneming en Recht nr. 46)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 350.

116. A.F.J.A. Leijten, ‘Tegenstrijdig belang en openbaar bod’, in: M.P. Nieuwe Weme e.a. (red.), *Handboek openbaar bod (Onderneming en Recht nr. 46)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 344.

117. Art. 2:129 lid 5 BW, art. 140 lid 5 BW, art. 2:239 lid 6 BW en art. 2:250 lid 5 BW; OK 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1465, *JOR* 2018/211, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*De Seizoenen*), r.o. 3.31; OK 15 juni 2018, *ARO* 2018/152 (*Energie Concurrent*), r.o. 4.11; OK 16 oktober 2019, *ARO* 2019/198 (*Clifden*), r.o. 4.11; OK 23 juni 2021, *ARO* 2021/109; *JOR* 2021/272, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*FLEXible HR*), r.o. 4.5; vgl. art. 2:44 lid 6 BW, 2:47 lid 7 BW, art. 3:68 BW, art. 7:416 BW tot en met art. 7:418 BW, art. 7:424 BW en art. 7:427 BW.

118. R. de Weijts, ‘Follow the money: bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betalingen en het ‘probleem’ van de rijdende trein’, *INS Updates Insolventierecht* 2018, nr. 3, par. 3.

vennootschap zich in een zeer vergevorderd stadium bevindt, en worden rechtvaardigingsgronden voor betalingen in dit stadium slechts marginaal getoetst.¹¹⁹ Een systeem met tests voor feitelijke- of verhaalsinsolventie, zoals Duitsland en Engeland dat kennen, geeft ogenschijnlijk meer houvast op voorhand, maar biedt achteraf minder beoordelingsvrijheid. Uit de Nederlandse feitenrecht-spraak volgt dat een zorgvuldig onderbouwde en gedocumenteerde belangenafweging ten aanzien van betalingen aan gelieerde partijen (als de vennootschap in financiële problemen verkeert), bestuurders ruim voldoende zekerheid biedt. Datzelfde geldt voor alle overige betalingen (vanaf het moment dat de situatie hachelijk is). Curatoren en rechters-commissarissen dienen zich hierop te bezinnen voordat wordt geprobeerd om door de vennootschap verrichte betalingen op bestuurders te verhalen.¹²⁰

119. Waarover paragraaf 4.1.3.

120. Art. 68 en 69 Fw; HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 793, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Brink/Kaulingfreks q.q.*); INSOLAD-praktijkregels 5.1 en 5.4.