

ANNOTATIE

‘Ernstig verwijt’ en selectieve betalingen. Enkele beschouwingen naar aanleiding van HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576

A. Karapetian

Annotatie bij Hoge Raad, 12-04-2019, ECLI:NL:HR:2019:576 (OR-2019-0151, INS-2019-0161)

In deze bijdrage wordt aan de hand van rechtspraak van de Hoge Raad ingegaan op het ‘ernstig verwijt’ als maatstaf voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van bestuurders en wordt aandacht besteed aan het leerstuk van selectieve betalingen. De auteur reflecteert op het nut en de noodzaak van het ‘ernstig verwijt’ bij de verschillende grondslagen van bestuurdersaansprakelijkheid en bespreekt de verwickelingen rondom de (on)geoorloofdheid van selectieve betalingen.

1 Inleiding

Het ernstig verwijt blijkt als maatstaf voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van de bestuurder, niettegenstaande de aanzwellende kritiek in de literatuur, een sterke aantrekkingskracht te hebben. In betrekkelijk recente rechtspraak heeft de Hoge Raad de werking van de maatstaf uitgebreid naar de aansprakelijkheidsgrond van artikel 36 Invorderingswet 1990 (IW 1990).[1] In de kwestie die de aanleiding vormt voor deze bijdrage, ging het over de vraag of de bestuurder die voorafgaande aan de melding van betalingsonmacht bij de fiscus een selectieve betaling had gedaan, zich schuldig had gemaakt aan onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 IW 1990. De overwegingen van het rechtscollege bieden gelegenheid om het leerstuk van selectieve betalingen nader te beschouwen en in samenhang daarmee te reflecteren op het concept van het ernstig verwijt in

het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.

2 HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576

Het leerstuk van selectieve betalingen is een fraai voorbeeld van het spanningsveld dat zich niet zelden voordoet tussen het aansprakelijkheids-, het insolventie- en het ondernemingsrecht. Aspecten van bestuurlijke beleidsvrijheid, de schaduw van faillissementsrechtelijke regels en daarmee samenhangende zorgvuldigheidsnormen in het licht van de belangen van de schuldeisers vormen de achtergrond waartegen de argumenten worden afgewogen. Het leerstuk heeft sinds het welbekende Coral/Stalt-arrest^[2] met name in de lagere rechtspraak een ontwikkeling doorgemaakt.^[3] Inmiddels lijkt die ontwikkeling ook door de Hoge Raad te worden gestuurd. In een recente uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad worden – weliswaar in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheid wegens artikel 36 IW 1990, maar niettemin in sterk veralgemeniseerde overwegingen – bouwstenen aangereikt voor een nadere invulling van het leerstuk van selectieve betalingen.^[4] Artikel 36 IW 1990 roept voor de bestuurder de plicht in het leven om een melding van betalingsonmacht te doen aan de Ontvanger, indien gebleken is dat de vennootschap niet in staat is om te voldoen aan haar belastingplichten. Ingevolge artikel 36 lid 3 IW 1990 zijn de bestuurders, onverlet een tijdige melding van betalingsonmacht, hoofdelijk aansprakelijk voor de uitstaande belastingschuld indien aannemelijk is dat het niet betalen daarvan het gevolg is ‘van aan hem te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling’. In de desbetreffende zaak had de bestuurder tijdig mededeling gedaan van betalingsonmacht, maar werd hij door de Ontvanger aansprakelijk gesteld omdat hij voorrang had gegeven aan betaling van andere schuldeisers boven betaling van uit de voortzetting van de bedrijfsvoering voortvloeiende belastingschulden. Volgens het hof leverde dit handelen kennelijk onbehoorlijk bestuur op in de zin van artikel 36 IW 1990 en kon de bestuurder ter zake van dit handelen een persoonlijk ernstig verwijt worden gemaakt. Hij had de betalingen uitgevoerd en was dus ook in de gelegenheid deze achterwege te laten. Dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt voor aansprakelijkheid op grond van artikel 36 IW 1990, vloeit voort uit een eerdere uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad in deze zaak.^[5] Op de maatstaf van het ernstig verwijt zal in paragraaf 3 worden ingegaan.

Als gezegd wijdt de Hoge Raad bij de behandeling van de cassatieklachten in de vorm van een vooropstelling algemene overwegingen aan de problematiek van selectieve betalingen. Onder verwijzing naar het arrest Zandvliet/ING^[6] herhaalt hij de stelregel dat

‘geen algemene regel bestaat 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.’

Dan spitst de Hoge Raad zijn overwegingen toe op de inhoud van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in de zin van artikel 36 IW 1990:

‘3.5.1 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 (vgl. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530, rechtsoverweging 3.2.2).’

Getuige de toevoeging tussen haken aan het slot van de overweging stamt deze overweging uit het reeds genoemde eerder gewezen arrest over artikel 36 IW 1990. De Hoge Raad formuleert vervolgens enkele richtlijnen bij de toepassing van de geformuleerde maatstaf:

‘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 – onder wie de Ontvanger – te voldoen, tenzij die betaling door bijzondere omstandigheden wordt gerechtvaardigd (vgl. HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, rechtsoverweging 3.4.3). 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 belastingenschulden van de vennootschap onbetaald zouden blijven.’

Rechtsoverweging 3.5.1 lijkt de algemene maatstaf te bevatten voor de beoordeling van de aansprakelijkheid. Hiermee wordt al een eerste inperking gegeven van de als zodanig geformuleerde vrijheid van de bestuurder om naar eigen inzicht te betalen. In de vorm van een vraag luidt deze of de bestuurder heeft bewerkstelligd dat belastingenschulden van die vennootschap onbetaald zijn gelaten, terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die schulden onbetaald zouden blijven en hem persoonlijk een ernstig verwijt treft. Aangezien de Hoge Raad in deze overweging geen onderscheid maakt tussen de situatie waarin de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en de situatie waarin de vennootschap afstevent op een faillissement zonder dat een beslissing tot staking van de activiteiten aan de orde is, lijkt het erop dat de hierin geformuleerde maatstaf (ook) van toepassing is in de laatstgenoemde situatie. De tweede inperking van de vrijheid van de bestuurder om te betalen staat in rechtsoverweging 3.5.2 en bevat in drie opzichten een verbijzondering van de algemene maatstaf. In de eerste plaats geldt een verbijzondering ten aanzien van de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten. Bij een door de vennootschap geïnitieerde beëindiging van ondernemingsactiviteiten gelden de in rechtsoverweging 3.5.2 geformuleerde regels. Ten tweede wordt een onderscheid aangebracht tussen gelieerde partijen en niet-gelieerde partijen waarin de bestuurder een persoonlijk belang heeft. In de derde plaats bestaat de verbijzondering uit een verschil in de wetenschapseisen tussen de algemene maatstaf en de in rechtsoverweging 3.5.2 opgenomen maatstaf. De drie aspecten komen erop neer dat voor de situatie waarin de vennootschap de beëindiging van haar activiteiten heeft geïnitieerd, de betaling van gelieerde schuldeisers en schuldeisers waarin de bestuurder een persoonlijk belang heeft, reeds aansprakelijkheid oplevert indien de bestuurder ernstig rekening ermee had moeten houden dat door zijn handelwijze de belastingenschulden onbetaald zouden blijven.

Twee aspecten uit de besproken overwegingen zullen hieronder worden belicht. Het betreft de toepassing van het concept van het ernstig verwijt binnen het aansprakelijkheidsregime van artikel 36 IW 1990 (en in het verlengde daarvan mogelijk art. 2:138/248 Burgerlijk Wetboek (BW)) en de geformuleerde maatstaven voor aansprakelijkheid wegens selectieve betalingen.

3 De (on)aantrekkelijkheid van het ‘ernstig verwijt’

In de afgelopen jaren is er gaandeweg meer kritiek geuit op het concept van het ‘ernstig verwijt’.[7] De kritiek richt zich voornamelijk op de toepassing van dat concept binnen de regeling van artikel 6:162 BW, maar ook zijn waarde voor artikel 2:9 BW – in zekere zin de bakermat van het ‘ernstig verwijt’ – is ter discussie gesteld.[8] Niettemin blijkt zijn

aantrekkingskracht groot. Vanuit de gedachte dat uniformering van de toetsingsmaatstaven in het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht gewenst is, en mogelijk omdat het ‘ernstig verwijt’ een gewenste en als zodanig gepercipieerde drempel voor aansprakelijkheid opwerpt, laat het ‘ernstig verwijt’ zich op steeds meer terreinen gelden.[9] De nieuwe loot aan de stam is, als gezegd, de aansprakelijkheidsgrond van artikel 36 IW 1990. Volgens de wettekst is aansprakelijkheid gegeven indien de betalingsonmacht ter zake van de belastingschulden het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. In de hiervoor aangehaalde uitspraak van 31 maart 2017 herhaalde de Hoge Raad zijn vaste rechtspraak over de uitleg van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’: hiervan is sprake indien ‘geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – gehandeld zou hebben als de aansprakelijk gestelde bestuurder heeft gedaan (...)’. Dit is volgens het rechtscollege onder meer het geval

‘indien de aansprakelijk gestelde bestuurder van een lichaam heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van dat lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven en hem te dezer zake persoonlijk een ernstig verwijt treft (...)’.

Hier doet het ‘persoonlijk ernstig verwijt’ aldus zijn intrede bij de norm van artikel 36 IW 1990. Is dit gelukkig? Ik denk van niet, en wel om dezelfde redenen als waarom het ‘ernstig verwijt’ bij de onrechtmatige daad ongelukkig is. In mijn proefschrift geef ik hiervoor een aantal redenen. Die hierna te noemen redenen zijn wat mij betreft in meer of mindere mate ook argumenten om het ‘ernstig verwijt’ (ook) niet in de norm van artikel 2:248 BW te incorporeren.

In de eerste plaats gaat het ‘ernstig verwijt’ als overkoepelend concept mijns inziens gepaard met dogmatische onzuiverheden in de duiding van de norm en de toerekenbaarheid als elementen van artikel 6:162 BW.[10] Norm en verwijtbaarheid dreigen op één hoop te worden gegooid, en dat lijkt mij uit dogmatisch oogpunt onzuiver. Als het ‘ernstig verwijt’ als een verzwaarde verwijtbaarheidsmaatstaf moet worden beschouwd, ontbreekt hiervoor bij de onrechtmatige daad de rechtvaardiging in de verhouding van de bestuurder tot de schuldeisers van de vennootschap. Waarom zou de schuldeiser de kosten moeten dragen van de gewenste bereidheid van bestuurders om ondernemingsrisico’s te nemen in het vennootschappelijk en maatschappelijk belang? Met betrekking tot artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW kan worden gewezen op de parlementaire geschiedenis van de Wet Bestuurdersaansprakelijkheid en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement, waarin de betekenis van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is besproken. Uit die bespreking komt naar voren dat grove schuld of grove nalatigheid geen noodzakelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn.[11] De termen die in de parlementaire geschiedenis zijn gebruikt voor de kwalificatie van het

‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’, zoals ‘onverantwoordelijk’, ‘verregaand onnadenkend’ en ‘onbezonnen’ bestuur, duiden bovendien niet zonder meer op een ‘ernstig verwijt’ in de zin van een verhoogde verwijtbaarheidsmaatstaf.[12]

Over het ‘ernstig verwijt’ als overkoepelend concept of als verwijtbaarheidsmaatstaf verdient nog opmerking dat de rechtspraak van de Hoge Raad over de onrechtmatige daad lange tijd onduidelijk was over de vraag of het ‘ernstig verwijt’ als totaalconcept (dus de norm en de verwijtbaarheid omvattende) of als een verzwaarde verwijtbaarheidsmaatstaf gold. In een uitspraak uit 2018 lijkt de Hoge Raad het ‘ernstig verwijt’ als totaalconcept te omarmen.[13] In de hiervoor genoemde uitspraak over artikel 36 IW 1990 echter, lijkt het ‘ernstig verwijt’ wél te zien op de verwijtbaarheid. De norm luidt dat de bestuurder heeft ‘bewerkstelligd dat belastingsschulden van het lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingsschulden onbetaald zouden blijven’, en hiérvan moet voor aansprakelijkheid de bestuurder een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ kunnen worden gemaakt. Deze constructie duidt op een betekenis van het ‘ernstig verwijt’ als verwijtbaarheidsmaatstaf. Wat hier verder ook van zij, voor beide systemen gelden de hiervoor geformuleerde bezwaren.

De tweede reden waarom het ‘ernstig verwijt’ in mijn ogen niet is toe te juichen, is dat het een inherente onbepaaldheid heeft en daardoor de discussie over de normstelling vertroebelt en in voorkomende gevallen het zicht onttrekt aan de toepasselijke norm.[14] Binnen de onrechtmatige daad is volgens de rechtspraak van de Hoge Raad het ‘ernstig verwijt’ als aansprakelijkheidsmaatstaf van toepassing indien de bestuurder in hoedanigheid, dat wil zeggen binnen zijn bestuurlijke taakvervulling, heeft gehandeld.[15] De hoedanigheidsproblematiek bevat ingewikkelde vragen – zoals: is voldoende dat de gedraging in de sfeer van de rechtspersoon heeft plaatsgevonden, of is daarnaast vereist dat de bestuurder meende ten behoeve van de rechtspersoon te handelen; en welke betekenis komt daarin toe aan de perceptie van de derde over de hoedanigheid waarin de bestuurder handelde of meende te handelen? En deze vragen leiden alleen maar af van waar het om zou moeten gaan, namelijk bestond er een (wettelijke dan wel zorgvuldigheids)norm die de bestuurder in de desbetreffende situatie verwijtbaar heeft geschonden? Wellicht speelt dit bezwaar minder bij de maatstaf van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ van artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW omdat een onderscheid tussen handelen in hoedanigheid en buiten hoedanigheid binnen deze norm niet wordt gemaakt. De norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ vooronderstelt immers dat de kwestieuze gedragingen binnen de bestuurlijke taakstelling vallen, althans binnen dat kader worden verricht. Niettemin blijft het bezwaar overeind dat de maatstaf van het ‘ernstig verwijt’ onbepaald is en – indien het ‘ernstig verwijt’ als een totaalconcept wordt gehanteerd – de potentie heeft het zicht te onttrekken aan de uitwerking

van de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in kwestie. Ook binnen de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is het in mijn ogen zinvoller de vraag te stellen uit welke normen het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ bestaat dan of zijn gedrag als een ‘ernstig verwijt’ is te kwalificeren.

De derde en laatste reden om het ‘ernstig verwijt’ ook niet bij artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW toe te passen, is dat die maatstaf een zekere schijn van soepelheid in de beoordeling heeft, terwijl die schijn niet (altijd) wordt ondersteund door in ieder geval de rechtspraak over de onrechtmatige daad.[16] Het is de vraag of de gevallen die in die rechtspraak onder de noemer van het ‘ernstig verwijt’ tot aansprakelijkheid hebben geleid, ook ernstig verwijtbaar handelen betreffen. Ligt in het ‘redelijkerwijs behoren te begrijpen dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal nakomen en geen verhaal zal bieden’ – de Beklamel-aansprakelijkheid – werkelijk ernstig verwijtbaar gedrag besloten? En ook van de norm voor selectieve betalingen, die de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde uitspraak over artikel 36 IW 1990 formuleert, is het maar de vraag of het ernstig verwijtbaar handelen betreft. Indien de betaling van een gelieerde partij reeds aansprakelijkheid oplevert indien de bestuurder ernstig rekening had moeten houden met het onbetaald blijven van de belastingschuld, vraag ik mij af of dit gedrag wel een ‘ernstig verwijt’ oplevert. Dat de wetenschap dat een bepaald gevolg (dat wil zeggen het onbetaald blijven van de belastingschuld) intreedt ernstig verwijtbaar is, kan ik begrijpen, maar een ‘ernstig rekening moeten houden’ met een bepaald onwenselijk gevolg vind ik maar moeizaam ‘ernstig verwijtbaar’. Dat gedrag lijkt mij te kwalificeren als ‘gewoon’ verwijtbaar, terwijl uit de overwegingen van de Hoge Raad niet duidelijk wordt waarin de ‘ernst’ van het ‘verwijt’ hier ligt besloten.

Bij al deze bezwaren wil ik vooropstellen dat het uiteindelijke antwoord op de aansprakelijkheidsvraag in veel gevallen vermoedelijk niet zal verschillen al naar gelang het ‘ernstig verwijt’ wel of niet wordt toegepast. Met het ‘ernstig verwijt’ wordt een drempel voor de aansprakelijkheid opgeworpen vanuit de gedachte dat de reguliere regels (van de onrechtmatige daad en het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’) te snel tot aansprakelijkheid zouden voeren, terwijl die reguliere regels in zichzelf reeds die drempels bevatten. Bij de onrechtmatige daad liggen in de eis van de norm en de verwijtbaarheid reeds voldoende waarborgen besloten om de bestuurder niet te snel aansprakelijk te houden.[17] En bij de aansprakelijkheidsgronden van artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW zijn deze waarborgen te vinden in de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’.

4 De norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ en selectieve betalingen

4.1 Onbehoorlijk bestuur

*Hiervoor werd opgemerkt dat de Hoge Raad in de fiscale uitspraken van 31 maart 2017 en 12 april 2019 een nadere invulling geeft aan de norm van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in artikel 36 IW 1990 en het leerstuk van selectieve betalingen. Die nadere invulling houdt in dat onder meer van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 36 IW 1990 kan worden gesproken indien de bestuurder ‘heeft bewerkstelligd dat belastingschulden van het lichaam onbetaald zijn gebleven terwijl hij wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat die belastingschulden onbetaald zouden blijven’. Hiermee wordt het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ ingevuld met een van de onrechtmatigheidsgevaltypes uit het arrest *Ontvanger/Roelofsen*.^[18] Buiten het *Beklamel*-gevaltype werd daarin onderscheiden de situatie*

‘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’.^[19]

Mijn bezwaar tegen een dergelijke invulling van het ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ is – en dat bezwaar geldt ook in zijn algemeenheid voor het tweede gevaltype uit *Ontvanger/Roelofsen* – dat deze een te breed bereik heeft, waarmee zij weinigzeggend wordt en bovendien de focus op het niet-betalen (of anderszins het niet-nakomen van verplichtingen van de vennootschap) legt, terwijl de ongeoorloofdheid van de desbetreffende gedragingen doorgaans elders ligt. Bewerkstelligen dat een schuld niet wordt betaald met de wetenschap dat de schuld onverhaalbaar zal zijn, is al het geval indien de bestuurder een schuldeiser niet betaalt terwijl hij weet dat de desbetreffende vordering onverhaalbaar zal zijn. Dat zou ook het geval zijn indien het niet-betalen wordt veroorzaakt door betalingsonmacht waar de bestuurder geen aandeel in heeft gehad – te denken valt aan de economische neergang van de onderneming door externe oorzaken. In deze maatstaf lijkt bovendien de veronderstelling aanwezig dat op de bestuurder de plicht zou rusten schuldeisers van de vennootschap te betalen, hetgeen niet het geval is. In een arrest uit 1986 overwoog de Hoge Raad mijns inziens terecht dat het enkele niet erop toezien dat de schuldeisers worden voldaan, de bestuurder persoonlijk niet kan worden aangerekend.^[20] In overeenstemming hiermee zal het enkel niet doen van aangifte of het enkel niet of niet volledig afdragen van belasting nog geen ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ opleveren.^[21] Dat spreekt in zekere zin ook vanzelf, aangezien de bestuurder niet persoonlijk instaat voor de voldoening van de verplichtingen van de vennootschap. Een andere conclusie zou niet stroken met het onderscheid tussen de rechtssubjectiviteit van de rechtspersoon en de bestuurder persoonlijk.

Alleen voor de situatie waarin de bestuurder met het oogmerk om de Ontvanger te benadelen belastingschulden niet betaalt – hoewel daartoe voldoende middelen aanwezig zijn – en dat net zo lang volhoudt totdat de kas leeg is, zou de genoemde maatstaf geschikt zijn om aansprakelijkheid vast te stellen. Voor de situatie van insolventie of dreigende insolventie acht ik die maatstaf minder

geschikt. In die situatie is niet zozeer het niet-betalen van de Ontvanger (of een andere schuldeiser) de ongeoorloofde gedraging, maar bijvoorbeeld juist het betalen van andere schuldeisers of het aangaan van nieuwe onbetaalbare schulden, waarmee het tekort wordt vergroot. De niet-betaling van de benadeelde schuldeiser(s) is dan veeleer een gevolg daarvan en niet het ongeoorloofde gedrag zelf. Ook bij selectieve betalingen ligt de kwalijkheid – buiten malicieuze en dikwijls buiten insolventie liggende gevallen van betalingsonwil – niet in de niet-betaling, maar juist in de betaling van de anderen.

4.2 Geoorloofde en ongeoorloofde selectieve betalingen

Als gezegd geeft de Hoge Raad in de hiervoor aangehaalde overwegingen enige richting aan het leerstuk van selectieve betaling. Dat de betaling van gelieerde partijen met argusogen moet worden bezien in het geval de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te staken en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, volgde al uit het reeds genoemde arrest Coralt/Stalt (waarnaar de Hoge Raad aan het slot van rechtsoverweging 3.5.2 ook verwijst). Nieuw lijkt de toevoeging dat die regel ook geldt indien met een betaling aan niet-gelieerde schuldeisers een persoonlijk belang van de bestuurder is gemoeid. In de lagere rechtspraak zijn echter reeds enkele malen bestuurders aansprakelijk bevonden wegens betalingen aan schuldeisers waarin zij een persoonlijk belang hadden.[22] Volgens de Hoge Raad geldt voor de omschreven situaties – dat de vennootschap haar activiteiten staakt en tot bevoordeling van gelieerde dan wel niet-gelieerde maar de bestuurder persoonlijk aansprekende partijen overgaat – dat bij gebreke van bijzondere omstandigheden de aansprakelijkheid vaststaat indien de bestuurder ernstig rekening ermee had moeten houden dat door zijn handelwijze de belastingschulden onbetaald zouden blijven.

Het is de vraag of volgens de Hoge Raad deze norm ook geldt in de situatie van insolventie, zonder dat de schuldenaar een staking van de activiteiten heeft geïnitieerd. Rechtsoverweging 3.5.2, waarin de genoemde norm wordt geformuleerd, is specifiek toegespitst op de situatie waarin de schuldenaar uit eigen beweging de bedrijfsactiviteiten heeft beëindigd en er onvoldoende middelen aanwezig zijn om alle schuldeisers te voldoen. De ratio van deze afbakening lijkt te zijn dat als bij de schuldenaar de intentie ontbreekt om de onderneming voort te zetten, en daarmee de mogelijkheden om het bestaande gebrek aan financiële middelen om de schuldeisers te voldoen verkeken zijn, de schuldenaar geen betalingen aan bepaalde schuldeisers in strijd met de wettelijke rangorde mag doen.[23] Gelet op deze ratio zou de toepassing van de geformuleerde norm in verhouding tot de Ontvanger ook in de situatie van insolventie gerechtvaardigd zijn indien het faillissement onvermijdelijk is. Ook in die situatie staat dan immers vast dat er onvoldoende middelen zijn om alle schuldeisers te voldoen, terwijl de onvermijdelijkheid van het faillissement tot uitdrukking brengt dat daarin geen verandering zal optreden. In elk geval de gelieerde schuldeisers en de schuldeisers

waarin de bestuurder een persoonlijk belang heeft, zouden dan niet meer betaald mogen worden indien de bestuurder er ernstig rekening mee moet houden dat de Ontvanger daardoor onbetaald zal blijven.

4.3 Conclusie A-G in de zaak Ingwersen/Kromme Leek

Recentelijk is door A-G Van Peurseem conclusie genomen in de zaak Ingwersen/Kromme Leek, waarin het draait om de vraag wanneer selectieve betalingen onrechtmatig zijn in de zin van artikel 6:162 BW.[24] In de conclusie bepleit de A-G een benadering die sterk leunt op het hiervoor besproken fiscale arrest. Die benadering scharniert om de fase waarin de schuldenaar verkeert ten tijde van de betaling en de hoedanigheid van de te betalen partij. De A-G maakt in navolging van Bartman een onderscheid tussen een ‘reddingsfase’ en een ‘feitelijke liquidatiefase’ waarin de schuldenaar kan verkeren.[25] In de ‘reddingsfase’ is er in deze benadering sprake van betaalautonomie en staat het de bestuurder vrij selectieve betalingen te doen, tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die maken dat hij toch aansprakelijk is. Die bijzondere omstandigheden lijken in de benadering van Bartman, die door de A-G wordt gevolgd, te bestaan in situaties van wat de auteur noemt ‘betalingsonwil’. In de ‘feitelijke liquidatiefase’ geldt voor bepaalde schuldeisers de omgekeerde logica: de bestuurder mag geen betalingen doen aan gelieerde en andere schuldeisers waarin hij een persoonlijk belang heeft, tenzij bijzondere omstandigheden de betaling rechtvaardigen. De A-G werkt niet uit waarin die rechtvaardiging kan bestaan, maar de auteur die hij instemmend aanhaalt, spreekt met name over betalingen ter instandhouding van de onderneming met het oog op een doorstart (dat wil zeggen met name de zogenoemde dwangcrediteuren).[26]

4.4 Kanttekeningen bij de benadering van de A-G

In de opvatting van de A-G lijken betalingen in de ‘feitelijke liquidatiefase’ aan externe schuldeisers waarin de bestuurder geen persoonlijk belang heeft, niet onrechtmatig te zijn.[27] Daarmee zou de bestuurder de ruimte krijgen om ook bij de onvermijdelijkheid van het faillissement willekeurige betalingen te doen aan externe schuldeisers. Hiermee kunnen de verhaalsbelangen van de schuldeisers vergaand worden ondermijnd. Betalingen aan niet-gelieerde en anderszins de bestuurder niet persoonlijk aansprekende schuldeisers maken echter evenzeer een inbreuk op de belangen van de schuldeisers die bescherming vinden in de wettelijke rangorderegels.

Voorts is het onderscheid tussen de ‘reddingsfase’ waarin de onderneming kan verkeren en de ‘feitelijke liquidatiefase’ in de benadering van de A-G wezenlijk omdat het de beoordelingsmaatstaf bepaalt. Het is dus van belang die verschillende fases af te bakenen. In de opvatting van Bartman kenmerkt de ‘reddingsfase’ zich erdoor dat de bestuurder in

redelijkheid nog kon menen dat de onderneming overlevingskansen had en uit de gevarezone kon worden getrokken.[28] Deze fase loopt over in de ‘feitelijke liquidatiefase’ vanaf het moment dat de onderneming ‘niet meer levensvatbaar is’ en in de woorden van Bartman de ‘bestuurstaak in overwegende mate gekleurd [wordt] door de *paritas creditorum*-gedachte’.[29]

Een betekenisvol onderscheid tussen een ‘reddingsfase’ en een ‘feitelijke liquidatiefase’ is mijns inziens echter niet te maken. Ook in de ‘feitelijke liquidatiefase’ – indien de onderneming in haar geheel dus niet meer levensvatbaar is – kan er sprake zijn van redding van bepaalde onderdelen van de onderneming (doorgaans zal dat vanuit het faillissement zijn). De al dan niet door middel van een pre-pack voorgedraaide doorstart vormt daarvan een goed voorbeeld. En zelfs in wat de ‘reddingsfase’ wordt genoemd, kan er sprake zijn van een situatie die in de literatuur als een vorm van ‘verhaalsuitoefening’ is aangeduid. Het wetsvoorstel over de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA), dat recentelijk bij de Tweede Kamer is ingediend, bevat de introductie van een figuur die dwangdeelname van schuldeisers aan een akkoord mogelijk maakt.[30] Het wetsvoorstel WHOA strekt ertoe een effectieve en efficiënte herstructurering van noodlijdende maar rendabele ondernemingen te faciliteren. Het doel van de regeling is dus de ‘redding’ van de onderneming, maar de wijze waarop dat gebeurt, rechtvaardigt volgens sommige auteurs de conclusie dat het WHOA-akkoord een vorm van ‘verhaalsuitoefening’ door de betrokken schuldeisers betreft.[31] Het voert op deze plaats te ver op deze kwalificatie van de WHOA in te gaan, maar het kan mijns inziens niet worden ontkend dat ook met de WHOA de verhaalsbelangen van de schuldeisers op scherp staan. Het aanvragen van een akkoord in de zin van de WHOA is immers op grond van artikel 370 lid 1 van het wetsvoorstel alleen mogelijk indien het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Er dient derhalve ten minste sprake te zijn van een redelijkerwijs voorzienbare kasstroominsolventie waardoor de verhaalsbelangen van de schuldeisers zich openbaren. En wanneer die verhaalsbelangen in het geding zijn, doet een onderscheid tussen ‘redding’ en ‘feitelijke liquidatie’ gekunsteld aan. De bestuurder die voorafgaand aan een WHOA-procedure en met kennis van een aanstaande insolventie een schuldeiser betaalt, zou wat mij betreft niet onder het lichtere aansprakelijkheidsregime van de A-G mogen vallen, omdat met de WHOA de overlevingskansen van de onderneming zullen worden beproefd en er sprake zou zijn van een ‘reddingsfase’. Het hanteren van ‘omslagpunten’ acht ik vanwege de beschreven dynamiek bij noodlijdende ondernemingen derhalve minder goed werkbaar. Op het moment dat is komen vast te staan dat de onderneming niet meer levensvatbaar is, dragen de schuldeisers het volledige risico van de voortzetting van de onderneming. Het is echter niet dan pas dat het risico van de voortzetting naar de schuldeisers verspringt.[32] Dat risico ontstaat reeds wanneer de financiële problemen zich manifesteren, en verschuift in steeds grotere mate naar

de schuldeisers naarmate de problemen verergeren. Indachtig die werkelijkheid is een meer flexibele benadering mijns inziens een beter instrument om de belangen van de schuldeisers enerzijds en de maatschappelijke belangen van instandhouding van levensvatbare ondernemingen anderzijds in evenwicht te houden.

In mijn proefschrift verdedig ik een opvatting waarin de vraag of de bestuurder met de selectieve betaling een onaanvaardbaar risico heeft genomen met het oog op de belangen van de (overige) schuldeisers bepalend is voor de aansprakelijkheid.[33] In mijn opvatting kan het voorkomen dat de voldoening van een bepaalde schuld reeds onrechtmatig is bij een voldoende ernstig risico op het faillissement (bijvoorbeeld bij een aanstaande kasstroominsolventie), terwijl de voldoening van een andere schuld, niettegenstaande de onvermijdelijkheid van het faillissement, niet onrechtmatig hoeft te zijn. Als voorbeeld kan dienen het betalen van een niet-opeisbare aandeelhouderslening. In mijn benadering zal deze reeds bij een reëel risico op het faillissement onrechtmatig kunnen zijn. Hiertegenover staat de betaling van een noodzakelijke schuldeiser als de leverancier, die zelfs bij onvermijdelijkheid van het faillissement niet onrechtmatig hoeft te zijn indien een gedeeltelijke doorstart vanuit het faillissement wordt voorbereid. Bij de invulling van de onaanvaardbaarheid van het risico kan acht worden geslagen op de aard van de betaling, de aard van het gevolg en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Bij de aard van de betaling valt te denken aan de noodzakelijkheid en de gebruikelijkheid van de selectieve betaling en het type schuldeiser dat wordt betaald. Dat de bestuurder ten tijde van de betaling reddingspogingen ondernam, zal bovendien een omstandigheid zijn die bij de beoordeling van de onaanvaardbaarheid van het genomen risico een rol zal spelen. De financiële toestand van de schuldenaar vormt hierbij een glijdende schaal, waarbij evenredig aan het toenemen van het verhaalsrisico voor de schuldeisers strenger zal worden getoetst op de genoemde factoren.

5 Selectieve betalingen en het causaal verband van artikel 36 IW en artikel 2:248 BW

Met betrekking tot selectieve betalingen in relatie tot de aansprakelijkheidsgronden van artikel 36 IW 1990 en artikel 2:248 BW dient zich nog wel een interessante vraag aan. Beide aansprakelijkheidsgronden bevatten de eis van een causaal verband tussen onderscheidenlijk het kennelijk onbehoorlijk bestuur en de betalingsonmacht in relatie tot de ontvanger en het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement – het kennelijk onbehoorlijk bestuur moet een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement. Aangezien selectieve betalingen slechts in verband met een insolventie of dreigende insolventie ongeoorloofd (kunnen) zijn, rijst de vraag of zij tegelijkertijd de oorzaak van de betalingsonmacht en het faillissement kunnen zijn. Met andere woorden, als een selectieve betaling pas tijdens (dreigende) insolventie ongeoorloofd is – omdat dan de verhaalsbelangen van de schuldeisers in het geding komen –, kan zij dan ook het eindpunt van de insolventie, namelijk het faillissement veroorzaken?

Wellicht valt voor artikel 36 IW 1990 deze tegenstelling te redden door het daarin opgenomen causaal verband zo in te vullen dat hoewel de selectieve betaling niet de betalingsonmacht heeft veroorzaakt – deze was er al, omdat de selectieve betaling anders niet ongeoorloofd kan zijn –, zij de verhaalsmogelijkheden van de Ontvanger wel verder heeft beperkt. Door de andere schuldeiser te betalen bleef er, met andere woorden, nog minder over voor de Ontvanger. Het is immers de betalingsonmacht jegens de Ontvanger die artikel 36 IW 1990 adresseert.

Voor het causaal verband van artikel 2:248 BW lijkt de cirkel bij selectieve betalingen minder eenvoudig rond te krijgen. Het causaal verband ziet daarin op het kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement. De selectieve betaling als kennelijk onbehoorlijk bestuur kan dan mijns inziens op zichzelf niet in causaal verband staan tot het faillissement, aangezien de selectieve betaling pas bij (dreigende) feitelijke insolventie ongeoorloofd is. Bij het verrichten van de ongeoorloofde selectieve betaling moet er dus al sprake zijn van een (dreiging van een) toestand van insolventie. Het faillissement is dan eerder een gevolg van de voortzetting van die toestand van insolventie dan van de selectieve betaling. Dat ook in het geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur tijdens een toestand van feitelijke insolventie ten gevolge van externe oorzaken voldaan kan zijn aan het causaal verband van artikel 2:248 BW maakt dit mijns inziens niet anders. Het causaal verband kan zijn vervuld indien de bestuurder zich bijvoorbeeld onvoldoende heeft ingespannen om de feitelijke insolventie (als gevolg van externe oorzaken) te bestrijden.[34] In die situatie is het kennelijk onbehoorlijk bestuur echter het nalaten van de bestuurder om maatregelen te treffen die redelijkerwijs van hem gevegd kunnen worden ter bestrijding van de financiële misère. Indien de bestuurder zich echter voldoende inzet voor het herstel van de bedrijfsvoering – door bijvoorbeeld nieuwe vormen van financiering aan te trekken – en daarnaast een ongeoorloofde selectieve betaling doet, dan is mijns inziens niet voldaan aan het causaal verband van artikel 2:248 BW indien het faillissement alsnog intreedt.

6 Tot slot

Recente fiscale rechtspraak van de Hoge Raad over artikel 36 IW 1990 bevat componenten die ook in civielrechtelijk opzicht belangwekkend zijn. De toepassing van het ‘ernstig verwijt’ bij artikel 36 IW 1990 zal voor de critici van de ‘ernstig verwijt’-maatstaf geen gelukkige ontwikkeling zijn. De Hoge Raad geeft in zijn fiscale rechtspraak bovendien aanknopingspunten voor een verdere ontwikkeling van het leerstuk van selectieve betalingen. Die rechtspraak heeft betrekking op artikel 36 IW 1990, maar de overwegingen lijken door hun algemene karakter een breder bereik te hebben. In een recente conclusie voor een civiele zaak leunt de A-G sterk op de besproken fiscale rechtspraak. Het is de vraag of de door de A-G voorgestane invulling van het leerstuk voldoende tegemoetkomt aan de belangen van de

schuldeisers enerzijds en de maatschappelijke belangen van behoud van ondernemingen en werkgelegenheid anderzijds. Een principiële uitspraak van de Hoge Raad lijkt op dit terrein wenselijk.

Noten

[1] HR 21 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530 en HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576.

[2] HR 12 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2669, NJ 1998/727 m.nt. P. van Schilfgaarde (Coral/Stalt).

[3] Zie hierover A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (R&P nr. InsR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 362-370.

[4] HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576.

[5] HR 21 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:530.

[6] HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9654 (Zandvliet/ING).

[7] Zie m.n. F.J.M. Verstijlen, Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid, NJB 2013/551; A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn, WPNR 2015/7052; F.J.M. Verstijlen, Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht. De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 323-349; W.A. Westenbroek, Metaalmoetheid na 88 jaar 'externe' bestuurdersaansprakelijkheid en Spaanse Villa, het is tijd voor herbezinning: laat de ernstig verwijt maatstaf los, Ondernemingsrecht 2015/69; W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie. Over rechtsvorming en taak, onbehoorlijk bestuur, onrechtmatige daad en ernstig verwijt (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017; Karapetian 2019, p. 7-59.

[8] Zie W.A. Westenbroek, Art. 2:9 BW en de 'ernstig verwijt'-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid, RMThemis 2016, afl. 4, p. 175-192.

[9] Zie over de (vermeende wenselijkheid van) convergentie van de verschillende normen voor bestuurdersaansprakelijkheid met name Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457; Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/208; J.B. Huizink, Rechtspersoon, vennootschap en onderneming, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 177; conclusie A-G Timmerman voor HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370, onder 3.3.

- [10] Karapetian 2019, p. 39-45.
- [11] Zie voor art. 2:248 BW Bijlage Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 20-21 en 24.
- [12] Bijlage Kamerstukken II 1983/84, 16530, 12, p. 17.
- [13] HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470, NJ 2018/330 m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie hierover Karapetian 2019, p. 37-38.
- [14] Zie Karapetian 2019, p. 26-29 met uitgebreide bespreking van deze problematiek.
- [15] HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, NJ 2015/21 m.nt. P. van Schilfgaarde (Hezemans/Tulip Air Lease).
- [16] Karapetian 2019, p. 45-47.
- [17] Karapetian 2019, p. 48-56.
- [18] HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen).
- [19] Vgl. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, NJ 2014/325 m.nt. P. van Schilfgaarde (Kok/Maas), waarin het tweede gevaltype uit Ontvanger/Roelofsen werd toegepast in het kader van een selectieve betaling op grond van onrechtmatige daad. Over deze toepassing volgt hierna meer.
- [20] HR 13 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3112, NJ 1986/825. Deze bezwaren gelden ook voor de in het arrest Kok/Maas geformuleerde maatstaf voor selectieve betalingen.
- [21] HR 7 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2096, NJ 1996/695 (Van Zoolingen). Zie ook J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders (diss. Groningen) [s.n.], p. 218-219 (hierna: Wezeman 1998).
- [22] Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9575; en voor betalingen van de bestuurder aan zichzelf: Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1995.
- [23] Die ratio is goed te begrijpen tegen de achtergrond van art. 2:23a lid 4 BW. Op grond van die bepaling dient bij een ontbindingsbesluit de vereffenaar het faillissement aan te vragen indien de schulden de baten van de ontbonden rechtspersoon vermoedelijk zullen overtreffen.
- [24] Conclusie A-G G.R.B. van Peurseem inzake Ingwersen q.q./Kromme Leek, 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:798.

[25] Dat onderscheid is geïntroduceerd in S.M. Bartman, Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgement rule?, AA 2011, p. 126-130.

[26] Ph.W. Schreurs, Selectie van betalingen. Afrekenen in de twilight zone, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 373-374.

[27] Zie nr. 2.17 in de conclusie en de samenvatting van de A-G van zijn opvatting aan het begin van de conclusie.

[28] Bartman betreft de toestand van de onderneming aldus op de (geobjectiveerde) kennis van de bestuurder. De 'reddingsfase' dient dus ook in de (redelijke) ogen van de bestuurder 'de reddingsfase' te zijn. Het is mij niet duidelijk of de A-G hem hierin volgt.

[29] Bartman 2011, p. 130.

[30] Kamerstukken II 2018/19, 35249, 2.

[31] Zie met name W.A. Tollenaar, Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 85-87.

[32] Zie Karapetian 2019, p. 374-375.

[33] Karapetian 2019, p. 382-391.

[34] Wezeman 1998, p. 216; vgl. ook Rb. Utrecht 12 december 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB9709, JOR 2008/10 m.nt. S.M. Bartman.