

Tvl 2024/5

HR, 23-06-2023, nr. 22/00110

HR 23-06-2023, ECLI:NL:HR:2023:967, m.nt. Mr. F. Ortiz Aldana

Instantie	Hoge Raad
Datum	23 juni 2023
Zaaknummer	22/00110
Noot	Mr. F. Ortiz Aldana
JCDI	JCDI:ADS942748:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht (V) Burgerlijk procesrecht (V)
Brondocumenten	ECLI:NL:HR:2023:967, Uitspraak, Hoge Raad, 23-06-2023 ECLI:NL:PHR:2022:1076, Conclusie, Hoge Raad (Parket), 18-11-2022

Noot**Auteur:** Mr. F. Ortiz Aldana^[1]**Annotatie bij Hoge Raad 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:967 & ECLI:NL:HR:2023:968****1. Inleiding**

De twee in deze annotatie te behandelen arresten van de Hoge Raad^[2] gaan over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van de Peeters q.q./Gatzen-vordering,^[3] vanwege een selectieve betaling door verrekening in het zicht van faillissement. De Hoge Raad laat zich enkel uit over de procedurele aspecten en doet de rest af met artikel 81 RO. In zijn JOR-noot gaat Pannevis vooral in op die procedurele aspecten. Van Rijswijk en De Boer hebben zich daar in hun JIN-annotatie ook toe beperkt.^[4] In deze annotatie ga ik in op de vraag of in de onderhavige kwestie al dan niet is voldaan aan de materiële vereisten voor een Peeters q.q./Gatzen-vordering in geval van selectieve betaling. Die vraag was alleen expliciet aan de orde in het arrest van het hof^[5] en de conclusie van de A-G.^[6]

Ik geef hierna eerst de relevante feiten en het procesverloop weer. Daarna ga ik kort in op de procedurele aspecten en wat de hiervoor genoemde annotatoren daarover hebben opgemerkt. Vervolgens bespreek ik deze zaak in relatie tot bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad over selectieve betalingen die door curatoren met de Peeters q.q./Gatzen-vordering zijn bestreden^[7] en becommentarieer ik het inhoudelijke oordeel van het hof.

2. Relevante feiten

De relevante feiten zijn de volgende.^[8] Drent Holding B.V. was een houdstermaatschappij die belangen hield in meerdere vennootschappen in binnen- en buitenland. Zij dreef samen met dochtervennootschappen Drent Goebel B.V. en Trend Graphic Services B.V. een onderneming in de grafische industrie. In 2009 verkeerde het Drent-concern in grote financiële problemen.^[9]

Op 17 mei en 2 juli 2009 vond een complex van handelingen plaats dat tot gevolg had dat het Drent-concern de facto werd ontdaan van zijn activa.^[10] Een van die handelingen was de verkoop door Drent Holding op 2 juli 2009 van haar patenten aan Müller Martini DruckMaschinen GmbH voor EUR 2 miljoen.^[11] Betaling van de koopsom vond plaats op de bankrekening van Drent Holding bij huisbankier KBC Bank, die dreigde het krediet van het Drent-concern op te zeggen.^[12] KBC Bank verrekenende de koopsom met haar vordering op het Drent-concern.^[13]

Een paar dagen later, op 5 juli 2009, besloot Drent Holding als enig aandeelhouder van dochtervennootschap Drent Goebel tot het doen van eigen aangifte van faillissement. Een dag later verklaarde de rechtbank Zutphen Drent Goebel failliet. Op 22 september 2009 ging ook Drent Holding failliet. Op 30 november 2009 ging tot slot ook Trend failliet. De curatoren van Drent Holding, Drent Goebel en Trend stelden de twee bestuurders van het Drent-concern jaren later aansprakelijk op grond van artt. 2:9, 2:248 en 6:162 BW.^[14]

De curatoren verweten de bestuurders dat zij kort voor het faillissement van het Drent-concern hadden meegewerkt aan meerdere transacties die volgens de curatoren benadelend zijn geweest voor de failliete vennootschappen en hun schuldeisers. In cassatie gaat het alleen nog om de vordering van de curator van Drent Holding, in verband met de verkoop van patenten aan Müller Martini voor EUR 2 miljoen die door verrekening aan KBC Bank ten goede is gekomen. In geschil was onder meer of het hof deze vordering van de curator van Drent Holding als een Peeters q.q./Gatzen-vordering had kunnen en mogen begrijpen.

Omdat het in cassatie alleen nog om de vordering van de curator van Drent Holding op de twee bestuurders gaat, beperk ik mij daar ook toe.

3. Procesverloop

De vorderingen van de curator strekten ertoe voor recht te verklaren dat de twee bestuurders aansprakelijk zijn jegens Drent Holding voor de door haar geleden schade. De curator baseerde zijn vorderingen primair op artikel 2:248 BW, subsidiair op artikel 2:9 BW, en meer subsidiair op artikel 6:162 BW.^[15] De rechtbank Gelderland heeft deze vorderingen van de curator bij vonnis van 25 juli 2018 afgewezen.^[16]

De curator ging vervolgens in hoger beroep en wijzigde zijn eis iets.^[17] In hoger beroep vorderde de curator - geparafraseerd - primair voor recht te verklaren dat de bestuurders Drent Holding kennelijk onbehoorlijk hebben bestuurd en dat aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement als bedoeld in artikel 2:248 BW, en de bestuurders hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van het boedeltekort. Subsidiair vorderde de curator voor recht te verklaren dat de bestuurders tekort zijn geschoten in de behoorlijke vervulling van de hen opgedragen taak als bedoeld in artikel 2:9 BW en/of toerekenbaar onrechtmatig hebben gehandeld als bedoeld in artikel 6:162 BW, en hen te veroordelen tot betaling van alle door Drent Holding als gevolg daarvan geleden en te lijden schade van EUR 2 miljoen.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat de door de curator aan de bestuurders verweten gedragingen niet kunnen worden beschouwd als een belangrijke oorzaak van het faillissement van Drent Holding, zodat de bestuurders niet op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk zijn.^[18] De bestuurders hebben wel onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van Drent Holding, zodat zij wel op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk zijn voor de schade die de gezamenlijke schuldeisers door dat onrechtmatige handelen hebben geleden.^[19]

Volgens het hof was het voor de bestuurders voorzienbaar dat KBC de koopsom van EUR 2 miljoen voor de patenten, die door Mul'ler Martini is gestort op de bankrekening van Drent Holding bij KBC Bank, zou verrekenen met haar vordering op het Drent-concern.^[20] Hierdoor is KBC selectief betaald en dus bevoordeeld ten koste van de overige schuldeisers. De bedoeling daarvan was kennelijk dat KBC haar verliezen kon beperken en daartegenover bereid zou zijn geweest een doorstart mogelijk te maken. Daarmee hebben de bestuurders mede hun eigen belangen gediend ten koste van de gezamenlijke schuldeisers. Hiervan kan hen een ernstig verwijt worden gemaakt, aldus het hof.^[21]

In cassatie komen de bestuurders op tegen (onder andere) dit oordeel van het hof. De stelling van de bestuurders is - kort gezegd - dat het hof in strijd met artikel 23 Rv meer heeft toegewezen dan gevorderd, althans een verrassingsbeslissing heeft gegeven door een Peeters q.q./Gatzen-vordering toe te wijzen, terwijl een dergelijke vordering niet door de curator was ingesteld.^[22] Volgens het onderdeel heeft de curator alleen gesteld dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld tegenover Drent Holding en heeft de curator gevorderd dat de bestuurders de schade van Drent Holding moeten vergoeden. Het hof is buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden door dit ook als een Peeters q.q./Gatzen-vordering op te vatten, aldus het onderdeel. A-G Drijber concludeerde in beide gevallen tot vernietiging,^[23] maar de Hoge Raad casseert in beide gevallen niet.

Volgens de Hoge Raad is de uitleg die het hof aan de vordering van de curator heeft gegeven niet onbegrijpelijk.^[24] Het verwijt dat de curator aan zijn vordering ten grondslag had gelegd, is dat de gezamenlijke schuldeisers door de handelwijze van de bestuurders zijn benadeeld. De schade die daardoor is veroorzaakt, wordt ook door de schuldeisers geleden en de opbrengst van die vordering zou ook onder hen worden verdeeld. Hoewel de curator de vordering steeds heeft geformuleerd als een vordering ten behoeve van de gefailleerde vennootschap Drent Holding zelf en ter vergoeding van de door die vennootschap geleden schade, had de curator onmiskenbaar de bedoeling het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof dat dit ook voor de bestuurders steeds duidelijk moet zijn geweest ook niet onbegrijpelijk.

4. Procedurele aspecten

De bodemrechter mag niet meer toewijzen dan in het petitum is gevorderd, zoals dat petitum door uitleg moet worden begrepen.^[25] De uitleg die het hof in deze kwestie aan de vordering van de curator heeft gegeven, ligt volgens de Hoge Raad binnen de vrijheid die feitenrechters toekomt om de gedingstukken uit te leggen. Binnen die vrijheid hoeft een rechter niet alleen van de letterlijke bewoordingen van het petitum uit te gaan.^[26] Die bewoordingen wezen in dit geval niet op een Peeters q.q./Gatzen-vordering, omdat de curator niet de schade vorderde die de gezamenlijke schuldeisers hadden geleden, maar de door Drent Holding zelf geleden schade.

De rechter kan ook betekenis toekennen aan de inhoud van hetgeen aan de eis ten grondslag is gelegd, de wijze waarop de wederpartij de eis heeft opgevat en redelijkerwijs heeft moeten opvatten, en het overige partijdebat.^[27] De inhoud van de verwijten die de curator aan zijn vordering ten grondslag had gelegd, wees weer wel op een Peeters q.q./Gatzen-vordering. De vrijheid van de rechter om gedingstukken uit te leggen, is echter begrensd. Uiteindelijk gaat het erom dat partijen niet verrast mogen worden doordat de rechter iets toewijst waar de eiser niet het oog op heeft gehad, of waar de gedaagde in zijn verweer geen rekening mee hoefde te houden.^[28] In dit geval hadden de bestuurders naar het oordeel van het hof in hun verweer rekening moeten houden met een Peeters q.q./Gatzen-vordering en dat oordeel was volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk.

Van Rijswijk & De Boer merken in hun annotatie in de JIN op dat het verrassingseffect minder was geweest als het hof een tussenarrest had gewezen met de beslissing dat de vordering van de curator tevens als Peeters q.q./Gatzen-vordering werd gekwalificeerd. De bestuurders zouden dan nog de gelegenheid hebben gehad daartegen inhoudelijk verweer te voeren. Zij concluderen verder dat er procesrisico's schuilen in het niet voeren van verweer tegen voor de hand liggende interpretaties van een vordering, zodat het voortaan maar

beter is zekerheidshalve meteen verweer te voeren tegen die voor de hand liggende geïnterpreteerde vorderingen.

Pannevis signaleert in zijn annotatie in de JOR dat juist niet al te stellige conclusies uit dit arrest kunnen worden getrokken.^[29] In Dekker q.q./Notarissen oordeelde de Hoge Raad nog dat de curator die een beroep doet op de Peeters q.q./Gatzen-bevoegdheid,^[30] moet stellen dat en waarom hem in het voorkomende geval die bevoegdheid toekomt.^[31] Het onderhavige arrest valt daar moeilijk mee te verenigen. Dat lukt volgens Pannevis alleen door beide arresten te beschouwen als illustratie van de beperkte toetsing in cassatie van de uitleg die feitenrechters aan gedingstukken geven. “Als het hof in dit geval in de gedingstukken géén Peeters q.q./Gatzen-vordering zou hebben gelezen, dan was het nog allesbehalve zeker geweest dat de Hoge Raad dat oordeel wel gecasseerd zou hebben”, aldus Pannevis. Ik verwijs voor een uitgebreide analyse van de procesrechtelijke aspecten naar de annotatie van Pannevis in de JOR.

5. Materieel inhoudelijke aspecten

Nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de vorderingen van de curator inderdaad als een Peeters q.q./Gatzen-vordering moesten worden begrepen, rijst de inhoudelijke vraag of in de onderhavige kwestie is voldaan aan de materiële vereisten voor een Peeters q.q./Gatzen-vordering, zoals de onrechtmatigheid. Die vraag was in cassatie niet aan de orde gesteld en de Hoge Raad heeft zich daarover dan ook niet uitgelaten. De feiten en het oordeel van het hof geven echter aanleiding daar toch wat opmerkingen over te maken. Ik bespreek daarvoor eerst het theoretische kader.

5.1. Theoretisch kader

Wanneer een curator een bestuurder aansprakelijk stelt wegens het doen van een of meerdere onrechtmatige selectieve betalingen, dan is dat een Peeters q.q./Gatzen-vordering. Immers, selectieve betaling is een vorm van verhaalsbenadeling van de gezamenlijke schuldeisers, doordat de schuldenaar één schuldeiser bevoordeelt.^[32] Het gaat dus om externe aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers.^[33] Deze vordering komt de schuldenaar zelf niet toe, omdat deze zelf betrokken is geweest bij het onrechtmatig handelen (lees: de selectieve betaling).^[34] De vordering valt dan ook niet in het vermogen dat de curator beheert en vereffent op grond van artikel 68 Fw.^[35] Toch komt de curator op grond van het Peeters q.q./Gatzen-arrest de bevoegdheid toe om deze vordering ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in te stellen.^[36] De bestuurder die in een dergelijke situatie door de curator wordt aangesproken, moet worden gezien als “de derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is”.^[37] Die derde hoeft niet zelf geprofiteerd te hebben van de benadeling.^[38] Het is dus niet nodig dat de selectieve betaling, al dan niet indirect, aan de bestuurder zelf werd verricht.

Het eerste bij mij bekende geval waarin de Hoge Raad heeft geprobeerd duidelijkheid te geven over de materiële vereisten voor aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van een Peeters q.q./Gatzen-vordering wegens selectieve betaling, is Kok/Maas q.q.^[39] De Hoge Raad bepaalde dat in dit soort gevallen zijn standaardarrest Ontvanger/Roelofsen tot uitgangspunt moet worden genomen.^[40] Daaruit volgt dat de betrokken bestuurder op grond van onrechtmatige daad voor schade van de schuldeiser aansprakelijk kan worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[41] Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of behoorde 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.^[42] Selectieve betaling moet worden gezien als een vorm van een dergelijke “bewerkstelligde of toegelaten handelwijze”.^[43]

De “bewerkstelligde of toegelaten handelwijze” wijkt af van de woorden “betrokkenheid” en “noodzakelijke medewerking”, die de Hoge Raad in jurisprudentie over de Peeters q.q./Gatzen-vordering heeft gebezigd.^[44] Aan die verschillende terminologie komt mijns inziens echter geen betekenis toe. Waar het in essentie bij een

Peeters q.q./Gatzen-vordering om gaat is dat er onrechtmatig is gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers.^[45] Daaronder dient te worden verstaan een “doen of nalaten”,^[46] wat mijns inziens in ieder geval kan bestaan uit betrokkenheid door *het bewerkstelligen, toelaten* dan wel *noodzakelijk meewerken*. Een curator zal dus moeten stellen en bewijzen dat de betrokken bestuurder op grond van onrechtmatige daad voor schade van de *gezamenlijke schuldeisers* aansprakelijk kan worden gehouden omdat zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de *gezamenlijke schuldeisers* in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[47]

In Ingwersen q.q./Kromme Leek kreeg de Hoge Raad weer de gelegenheid zich uit te laten over een Peeters q.q./Gatzen-vordering in geval van selectieve betaling.^[48] In zijn conclusie nam A-G Van Peursem de gelegenheid om de jurisprudentie over selectieve betaling uitgebreid te bespreken.^[49] Ik vat die jurisprudentie kort samen. Uitgangspunt is dat selectieve betalingen zijn toegestaan, betaalautonomie staat voorop.^[50] Selectieve betalingen zijn niet meer toegestaan indien de bestuurder wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de selectieve betalingen tot gevolg zouden hebben dat de andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en de vennootschap geen verhaal zou bieden.^[51] Daarvan is in ieder geval sprake wanneer de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en zij niet voldoende middelen heeft om al haar schuldeisers te voldoen. In die situatie staat het de vennootschap niet meer vrij gelieerde schuldeisers met voorrang boven andere schuldeisers te voldoen.^[52] Hetzelfde geldt voor niet-gelieerde schuldeisers als de bestuurder daarbij een persoonlijk belang heeft.^[53] In die gevallen zal de bestuurder moeten aantonen dat bijzondere omstandigheden de selectieve betaling rechtvaardigen.^[54]

5.2. Commentaar

Alle elementen van het hiervoor beschreven theoretisch kader zijn - enigszins willekeurig - terug te vinden in rechtsoverwegingen 5.16 en 5.17 van het arrest van het hof.^[55] Ik heb wat moeite met die overwegingen omdat ze een hoog “grote stappen snel thuis”-gehalte hebben.

Zo oordeelde het hof dat als selectieve betaling moet worden beschouwd, dat de koopsom van EUR 2 miljoen voor de patenten door Müller Martini werd gestort op de bankrekening van Drent Holding bij KBC, die het ontvangen bedrag verrekende met haar vordering op het Drent-concern.^[56] Ik merk op dat de verkoop van een actief voor een reële prijs en het laten storten van de koopsom op de bankrekening van de vennootschap zelf, op zichzelf niet onbehoorlijk is.^[57] Het onbehoorlijke gedrag dat de bestuurders werd verweten is dat zij hiermee KBC in de positie brachten dat KBC de koopsom voor de patenten kon verrekenen, waardoor KBC selectief is betaald.

Volgens het hof waren er meerdere omstandigheden aanwezig waaruit de bestuurders hadden moeten afleiden dat hierdoor de andere schuldeisers onbetaald zouden blijven en de vennootschap geen verhaal zou bieden. Zo zouden de bedrijfsactiviteiten eindigen, zouden er geen middelen meer overblijven, zou er een blijvend liquiditeitstekort ontstaan en zou er geen reëel perspectief op voortbestaan meer zijn.^[58] Onder die omstandigheden was het voor de bestuurders voorzienbaar dat KBC de ontvangen koopsom van Müller Martini zou verrekenen.^[59] Het hof stelt vast dat de bestuurders hiermee dus hebben meegewerkt aan selectieve betaling van KBC in het zicht van faillissement.^[60] Door hun handelwijze was de koopsom van de patenten niet meer beschikbaar voor verhaal voor de gezamenlijke schuldeisers, terwijl ook duidelijk was dat Drent Holding haar verplichtingen niet meer kon nakomen en ook geen verhaal meer zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade.^[61] KBC kon op deze manier haar verliezen beperken en zou daartegenover bereid zijn geweest een doorstart mogelijk te maken.^[62] De bestuurders hadden daar volgens het hof een persoonlijk (financieel) belang bij. Het handelen van de bestuurders is daarom volgens het Hof zodanig onzorgvuldig jegens de gezamenlijke schuldeisers dat hen daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.^[63] Er waren kennelijk geen bijzondere omstandigheden die de selectieve betaling konden rechtvaardigen.

De casus vertoont gelijkenissen met X/Staatssecretaris van Financiën. Hoewel dat arrest is gewezen door de Belastingkamer van de Hoge Raad in het kader van artikel 36 Invorderingswet 1990, wordt over het algemeen aangenomen dat het ook betekenis heeft voor aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad.^[64] In die zaak had de bank ook het krediet van de vennootschap opgezegd en verkocht de bestuurder daarna de activa

van de vennootschap voor reële prijzen, waarmee vervolgens de voor voortzetting van de bedrijfsvoering essentiële relaties (zogenoemde dwangcrediteuren) werden betaald, waaronder de bank.^[65] De Hoge Raad oordeelde dat het betalen van dwangcrediteuren, waaronder een bankfinanciering, onder de aan de bestuurder toekomende betaalautonomie valt.^[66] In literatuur wordt onder andere uit dit arrest ook wel afgeleid dat wanneer de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen en onvoldoende verhaal biedt voor alle schuldeisers, het gerechtvaardigd is om de schuldeisers die van belang zijn voor het voortbestaan van de onderneming, selectief te betalen.^[67] De selectieve betaling van KBC in de onderhavige zaak, had met toepassing van dit uitgangspunt en de vergelijkbare situatie in X/Staatssecretaris van Financiën net zo goed als “gerechtvaardigd” kunnen worden beschouwd, omdat de bank (KBC) werd betaald die daartegenover bereid zou zijn geweest een doorstart mogelijk te maken waardoor de onderneming ook na faillietverklaring zou kunnen blijven voortbestaan. Zulks kan ook in het belang van meerdere bij de onderneming betrokken stakeholders zijn. Het hof heeft deze lijn van de Belastingkamer van de Hoge Raad, zonder dat verder te motiveren, echter niet gevolgd.

Ook het “*persoonlijk belang*”-element kwam aan de orde in X/Staatssecretaris van Financiën.^[68] Wanneer de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, wordt over het algemeen uit Coral/Stalt afgeleid dat de betaalautonomie beperkter is, in die zin dat het een bestuurder niet meer vrijstaat gelieerde schuldeisers bij voorrang te voldoen.^[69] Daar voegde de Hoge Raad in X/Staatssecretaris van Financiën aan toe dat het een bestuurder in die situatie ook niet vrijstaat “*een niet-gelieerde schuldeiser waar de bestuurder een persoonlijk belang bij heeft*”, bij voorrang te voldoen.^[70] In lagere rechtspraak wordt onder “*niet-gelieerde schuldeisers waar de bestuurder een persoonlijk belang bij heeft*”, onder andere verstaan een schuldeiser van de vennootschap waarvoor de bestuurder persoonlijk borg staat of hoofdelijk verbonden is.^[71] Het oordeel van het hof zou beter met deze jurisprudentie te verenigen zijn geweest als van een dergelijk persoonlijk belang in deze zaak ook sprake was. Ik heb dat uit de in het arrest van het hof en de conclusies van de A-G opgesomde feiten echter niet kunnen afleiden. In het licht van het voorgaande ontbreekt een duidelijke motivering waaruit blijkt waarom het handelen van de bestuurders zodanig onzorgvuldig jegens de gezamenlijke schuldeisers is geweest dat hen daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Bij herhaalde lezing van het arrest van het hof kwam bij mij ook steeds de vraag op of de curator ook de verrekening door KBC met een beroep op artikel 54 lid 1 Fw heeft of nog zal bestrijden. Uit het arrest van het hof blijkt dat op het moment van schuldovername (door storting van de koopsom door Mul'ler Martini op de bankrekening bij KBC), reeds voor zowel de bestuurders, Mul'ler Martini als KBC duidelijk was dat het Drent-concern “*in grote problemen verkeerde*”, dat er een “*ernstige crisissituatie*” bestond, dat KBC dreigde het krediet op te zeggen, dat duidelijk was dat het Drent-concern niet meer aan haar betalingsverplichtingen zou kunnen voldoen en dat ieder perspectief ontbrak.^[72] De verkochte patenten waren niet aan KBC verpand,^[73] de vordering tot betaling van de koopsom voor die patenten op Mul'ler Martini evenmin,^[74] zodat de verrekening daarvan door KBC in strijd lijkt te zijn met artikel 54 lid 1 Fw.^[75] Had de curator dit succesvol ingeroepen, dan was de koopsom voor de patenten beschikbaar voor verhaal door de gezamenlijke schuldeisers.^[76] De schade die zich nu volgens het hof door de handelwijze van de bestuurders is ingetreden, zou zich dan niet voordoen. Dat KBC wellicht niet meteen was overgegaan tot enige vergoeding aan de boedel en dat daarvoor eerst een procedure nodig zou zijn geweest, verschilt niet van de huidige situatie waarin in drie instanties tegen de bestuurders is geprocedeerd om dezelfde verhaalsbenadeling ongedaan te maken, en nog een schadestaatprocedure zal moeten volgen.^[77] De curator in kwestie zal ongetwijfeld een goede reden hebben gehad om (eerst) de bestuurders aan te spreken tot schadevergoeding. Het past binnen de beleidsvrijheid die een curator heeft om te ageren uit onrechtmatige daad, als hem ook andere acties ten dienste staan. ^[78]

Tot slot nog een opmerking over de wijze waarop de schade wordt begroot die door de gezamenlijke schuldeisers is geleden. De curator heeft een verklaring voor recht gevorderd zodat de schade nader dient te worden opgemaakt in een schadestaatprocedure.^[79] Het doel van een schadevergoedingsverplichting is om degene die schade lijdt als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, zoveel mogelijk terug te brengen in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.^[80] Als schade kan daarom slechts worden aangemerkt het verschil tussen de situatie die zich heeft voorgedaan en de hypothetische situatie die zich (vermoedelijk) zou hebben voorgedaan als de

[81]

selectieve betaling niet zou zijn verricht. Dat betekent echter niet dat de schade gelijk is aan de omvang van de selectieve betaling. Als de selectieve betaling niet zou hebben plaatsgevonden zou weliswaar het boedelactief hoger zijn geweest, maar zou KBC ook niet voor EUR 2 miljoen zijn voldaan en zou KBC als schuldeiser dus aanspraak maken op een groter deel van dat hogere boedelactief. Met Van Bakkum^[82] en Karapetian^[83] ben ik van mening dat de schade voor de schuldeisers gelijk is aan het verschil in uitkeringspercentage tussen het moment vóór en het moment ná de selectieve betaling.

6. Afronding

Ik ben in deze annotatie vooral ingegaan op de materieel inhoudelijke vraag of in de onderhavige kwestie al dan niet is voldaan aan de vereisten voor een Peeters q.q./Gatzen-vordering in geval van selectieve betaling, al was die vraag alleen aan de orde in het arrest van het hof en de conclusie van de A-G.^[84] Ik ben van mening dat het hof te gemakkelijk heeft aangenomen dat sprake is van een onrechtmatige selectieve betaling, mede in het licht van eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad gewezen in het kader van onrechtmatige selectieve betalingen. Ik heb verder gesignaleerd dat de curator ook een beroep op artikel 54 lid 1 Fw kan c.q. had kunnen doen. Dat zou tot gevolg hebben dat de bank hetgeen nu door selectieve betaling aan haar is toegekomen, moet afdragen aan de boedel. De keuze om toch te ageren uit onrechtmatige daad jegens de bestuurders, past echter binnen de beleidsvrijheid die een curator heeft. De door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade zal nog moeten worden begroot in een schadestaatprocedure. Die schade zal niet gelijk kunnen zijn aan de omvang van de selectieve betaling, maar aan het verschil in uitkeringspercentage tussen het moment vóór en het moment ná de selectieve betaling.

Voetnoten

[1] Advocaat-partner en curator bij Recoup advocaten te Utrecht, tevens als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

[2] HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:967 en ECLI:NL:HR:2023:968, *JOR* 2023/231 m.nt. N.B. Pannevis; *JIN* 2023/153 m.nt. M.C. van Rijswijk & J.A.G. de Boer.

[3] HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. B. Wachter; *AA* 1984, 4, p. 220-224, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2021/234 m.nt. Kortmann (*Peeters q.q./Gatzen*).

[4] Zie *JIN* 2023/153 p. 1144: “Het inhoudelijke oordeel van het hof over de vraag of al dan niet is voldaan aan de criteria van een Peeters/Gatzen-vordering laten wij verder rusten.”

[5] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619.

[6] Conclusie A-G B.J. Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075 & ECLI:NL:PHR:2022:1076. Voor de leesbaarheid verwijs ik in de voetnoten alleen naar vindplaatsen in de eerste conclusie van de A-G met ECLI-nummer eindigend op 1075.

[7] Zie o.a. HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1204, *NJ* 2014/325, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2014/229, m.nt. J. van Bakkum (*Kok/Maas q.q.*) en HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *JOR* 2020/55, m.nt. T. Salemin; *Ondernemingsrecht* 2020/107, m.nt. J. van Bakkum (*Ingwersen q.q./Kromme Leek c.s.*).

[8] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 3.1 t/m 3.15.

[9] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.6 en 5.7.

[10] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 3.4 t/m 3.9 en 3.12.

[11] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 3.5.

- [12] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 3.10 en 5.16.
- [13] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 3.5.
- [14] De dagvaarding dateert van 2 februari 2017, zie conclusie A-G B.J. Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075, nr. 3.1.
- [15] Conclusie A-G B.J. Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075, nr. 3.1.
- [16] Conclusie A-G B.J. Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075, nr. 3.2.
- [17] Conclusie A-G B.J. Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075, nr. 3.3.
- [18] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.4 t/m 5.11.
- [19] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.15 t/m 5.17.
- [20] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.16.
- [21] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.17.
- [22] HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:967 en ECLI:NL:HR:2023:968, r.o. 3.1, *JOR* 2023/231 m.nt. N.B. Pannevis.
- [23] Conclusie A-G Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075 & 1076.
- [24] HR 23 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:967 en ECLI:NL:HR:2023:968, r.o. 3.3, *JOR* 2023/231 m.nt. N.B. Pannevis.
- [25] HR 6 februari 2015, *RvdW* 2015/261 en HR 30 oktober 2015, *NJ* 2015/448.
- [26] HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1070, *NJ* 2023/323 m.nt. Verkade, r.o. 3.4.3 en HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:151, *RvdW* 2014/201, r.o. 3.3.3.
- [27] HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1070, *NJ* 2023/323 m.nt. Verkade, r.o. 3.4.3.
- [28] HR 21 december 2001, *NJ* 2004/34 (*Caribic/Town House*) en HR 31 januari 2014, *NJ* 2014/89 (*Koolman c.s./Arubags & More N.V.*).
- [29] Zie *JOR* 2023/231.
- [30] Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/7.3.2.1: “In zekere zin is het dus passender niet te spreken van de ‘Peeters/Gatzen-vordering’ maar om te spreken van de ‘Peeters/Gatzen-bevoegdheid’. De bijzonderheid is immers niet zozeer gelegen in de vorderingen tot schadevergoeding van de schuldeisers jegens de derde, maar in de bevoegdheid van de curator om die vorderingen in te stellen.”
- [31] HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/144 (*Dekker q.q./Notarissen*). Vgl. V.R. Vroom & L.J.J. Kerstens, ‘Wie de botte bijl hanteert komt de man met de hamer tegen - over (ruim) dertig jaar Peeters/Gatzen-vordering’, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de curator* (Insolad Jaarboek 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 97-125.
- [32] HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *Ondernemingsrecht* 2020/107 m.nt. J. van Bakkum. Anders: T. Saleminck in par. 1 en 2 van zijn noot in *JOR* 2020/55. Saleminck ziet selectieve betaling als een vorm van betalingsonwil. Mijns inziens verschilt selectieve betaling juist van selectieve wanbetaling of betalingsonwil, omdat in die laatste situaties slechts een of een selecte groep schuldeisers wordt benadeeld en de curator in beginsel, uitzonderingen daargelaten, dan geen Peeters q.q./Gatzen-vordering toekomt.

[33] In tegenstelling tot de interne aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon wegens onrechtmatig handelen. Zie hierover J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:9 BW, aant. 24.1, die als voorbeeld noemt dat het aan de bestuurder van een gefailleerde rechtspersoon verweten handelen of nalaten ook los van de rechtsbetrekking tussen de bestuurder en de gefailleerde rechtspersoon als een onrechtmatige daad gekwalificeerd kan worden, zoals aan de orde in HR 26 november 1920, *NJ* 1920, 476 (*Surinaamse postbode*).

[34] HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. B. Wachter; AA 1984, 4, p. 220-224, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2021/234 m.nt. Kortmann (*Peeters q.q./Gatzen*) r.o. 3.3.

[35] Wederom, in tegenstelling tot de interne aansprakelijkheid jegens de rechtspersoon wegens onrechtmatig handelen, welke vordering juist wel in het vermogen van de rechtspersoon valt dat door de curator wordt beheerd en vereffend op grond van artikel 68 Fw.

[36] Polak/Pannevis, *Insolventierecht* 2022/7.3.2.1: “In zekere zin is het dus passender niet te spreken van de ‘Peeters/Gatzen-vordering’ maar om te spreken van de ‘Peeters/Gatzen-bevoegdheid’. De bijzonderheid is immers niet zozeer gelegen in de vorderingen tot schadevergoeding van de schuldeisers jegens de derde, maar in de bevoegdheid van de curator om die vorderingen in te stellen.”

[37] HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. B. Wachter; AA 1984, 4, p. 220-224, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2021/234 m.nt. Kortmann (*Peeters q.q./Gatzen*) r.o. 3.3.

[38] Van “betrokkenheid” kan ook sprake zijn wanneer de derde in de positie verkeerde dat hij de benadeling had kunnen voorkomen, maar in plaats daarvan zijn noodzakelijke medewerking heeft verleend. Zie HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628 (*Notarissen/Curatoren THB II*).

[39] HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/235; *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*). In oudere jurisprudentie van de Hoge Raad zijn vergelijkbare gevallen wel aan de orde geweest, zie HR 30 mei 1997, *NJ* 1997, 663, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Essen q.q./Aalbrecht & Looman*) en HR 4 april 2014, *JOR* 2015/1 (*Van der Valk c.s./Ingwersen q.q.*). Voor oudere lagere jurisprudentie over selectieve betalingen zie Rb. Arnhem 4 juli 2007, *JOR* 2008/170 m.nt. Van Andel (*Willems q.q./Beijer Groep c.s.*); Hof Arnhem 15 september 2009, *JOR* 2010/112 (*Beijer Groep c.s./Willems q.q.*); Hof Arnhem 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2957 (*Huisman q.q./X*); Rb. Zwolle-Lelystad 12 januari 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BP2171 (*Mefra Bouwsystemen BV*); Rb. Den Haag 18 september 2013, *JOR* 2014/215 (*Berntsen q.q./Van Leeuwen Groep c.s.*); Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10378 (*Windt q.q./Dovenno Beheer*)

[40] HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325; *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*) r.o. 3.3.3. In lijn met HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296, m.nt. M.J. Kroeze (*Tulip Air*) en HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*RCI/Kastrop*) neemt de Hoge Raad ook voor dit soort gevallen HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*) als uitgangspunt voor het beoordelingskader voor civiele aansprakelijkheid van bestuurders in gevallen van schuldeisersbenadeling.

[41] HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325; *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*) r.o. 3.3.5.

[42] Zie de tweede categorie in r.o. 3.5 van HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

[43] HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325; *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*) r.o. 3.3.3 t/m 3.3.5.

[44] HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 (*Peeters q.q./Gatzen*) en HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628 (*Notarissen/Curatoren THB II*).

[45] Zie o.a. W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, ‘Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement’, in: *Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2006, par. 3.4.

[46] Zie art. 6:162 lid 2 BW: “Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een

doen of nalaten in strijd met (...)” [onderstreping door auteur].

[47] Zie ook J. van Bekkum, annotatie bij HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73,; *Ondernemingsrecht* 2020/107 (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*): “De benadeelde zal dus moeten stellen en bewijzen dat dat het handelen of nalaten van de bestuurder ten opzichte van (onder meer) hem in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig was, dat de bestuurder daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt”.

[48] HR 17 januari 2020, *JOR* 2020/55 m.nt. T. Salemink; *Ondernemingsrecht* 2020/107 m.nt. J. van Bekkum (*Ingwersen q.q./Kromme Leek*) r.o. 3.1 t/m 3.6. Zie voor een uitgebreide analyse van dit arrest en alle voorgaande jurisprudentie over selectieve betaling J.E.P.A. van Hooff, ‘Selectieve betaling’, *Tvl* 2021/40.

[49] Conclusie A-G G.R.B. van Peurse 5 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:798, par. 2.1 t/m 2.19.

[50] HR 26 maart 2010, *JOR* 2010/127, m.nt. D.A.M.H.W. Strik (*Zandvliet/ING*), r.o. 4.1.2.

[51] HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325; *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*) met verwijzing naar HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

[52] HR 12 juni 1998, *JOR* 1998/107, m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Coral/Stalt*).

[53] HR 12 april 2019, *JOR* 2019/123, m.nt. A.J. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*).

[54] HR 12 juni 1998, *JOR* 1998/107 (*Coral/Stalt*), r.o. 3.4.3.

[55] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619.

[56] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.16, eerste drie volzinnen.

[57] Zulks zou wel paulianeus kunnen zijn, zie HR 22 mei 1992, *NJ* 1992, 526 (*Bosselaar q.q./Interniber, Montana I*). In die zaak stond was de koper van de paulianeus overgedragen activa (*Interniber*) gelieerd aan de verkoper (*Montana*) en stond de Interniber ook borg jegens de bank (*Rabobank*) voor de verplichtingen van de verkoper en latere gefailleerde (*Montana*). De koopsom werd bijgeschreven op de bankrekening van Montana die een roodstand vertoonde, en werd vervolgens verrekend, waardoor de schuld waarvoor Interniber borg stond ook afnam. In de onderhavige zaak is de koper (*Muüller Martini*) echter niet gelieerd aan de verkoper en latere gefailleerde (*Drent Holding*) en staat zij ook niet borg voor de schuld van de verkoper aan de bank (*KBC*).

[58] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.16: “[geil^ntimeerde1] en [geil^ntimeerde2] voeren nog wel aan dat de benodigde liquiditeit - naast de opbrengst van de patenten - uit betalingen op een aantal verwachte verkopen van machines moest komen, maar uit hun toelichting blijkt niet dat deze verwachting in de gegeven omstandigheden nog reëel was. [geil^ntimeerde 1] en [geil^ntimeerde 2] hebben verder niet betwist dat de bank geen enkele toezegging over voortzetting van het krediet had gedaan.” en “Nog minder duidelijk is hoe in deze situatie de bedrijven na de verkoop van de patenten en knowhow aan de belangrijkste concurrent zouden hebben kunnen voortbestaan, te meer nu de knowhow door Wifin werd verkocht en de opbrengst daarvan dus niet aan Drent Goebel/Drent Holding ten goede kwam.”

[59] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.16, laatste twee volzinnen.

[60] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.17, eerste volzin.

[61] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.17: “Door deze gang van zaken waren de patenten immers niet meer beschikbaar voor verhaal van hun vorderingen, terwijl duidelijk was dat Drent Holding niet meer kon betalen en verder ook geen verhaal zou bieden.” en r.o. 5.16: “Daarbij moet worden bedacht dat Drent Goebel in grote problemen verkeerde, dat Müller Martini inmiddels had laten weten dat zij van de beoogde samenwerking afzag en dat de bank naar aanleiding daarvan had bedreigd het krediet op te zeggen. [geil^ntimeerde1] en [geil^ntimeerde2] hebben niet duidelijk kunnen maken welk

perspectief er op dat moment nog was voor Drent Goebel en Drent Holding, nu het geld om de kostbare productie van machines voort te zetten al langere tijd ontbrak en het zicht op overleving in afgeslankte vorm als verkoop- en serviceorganisatie (zoals bij de samenwerking met Mul`ller Martini was beoogd) ook niet meer aanwezig was.”

[62] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.17, tweede en derde volzin.

[63] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.17: *“Dit handelen van [geil`ntimeerde1] en [geil`ntimeerde2] is ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers van Drent Holding zodanig onzorgvuldig dat hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”*

[64] Zie o.a. Van Hooff, ‘Selectieve betaling’, *Tvl* 2021/40, p. 5.

[65] HR 12 april 2019, *JOR* 2019/123 (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.1.6 t/m 3.1.8 en 3.3.

[66] HR 12 april 2019, *JOR* 2019/123 (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.5 t/m 3.6.

[67] Zie T. Salemink, annotatie bij HR 17 januari 2020, *JOR* 2020/55, punt 2: *“Kortom, het doen van selectieve betalingen is in beginsel niet onrechtmatig, tenzij deze leiden tot betalingsonwil van de vennootschap ten aanzien van de andere schuldeisers. Dit uitgangspunt biedt een bestuurder ruimte om bijvoorbeeld dwangcrediteuren bij voorrang te betalen in een poging het faillissement af te wenden.”* Zie ook uitgebreider S.M. Bartman, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling. Een klusje voor de business judgment rule?’, *AA* 2011, p. 128-130 en Ph.W. Schreurs, ‘Selectie van betalingen - afrekenen in de twilight zone’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 351-377.

[68] HR 12 april 2019, *JOR* 2019/123(X/Staatssecretaris van Financiën).

[69] HR 12 juni 1998, *JOR* 1998, 107 (Coral/Stalt).

[70] HR 12 april 2019, *JOR* 2019/123 (X/Staatssecretaris van Financiën) r.o. 3.5.2 slotzin: *“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.”*

[71] Zie bijv. Rb. Amsterdam 19 maart 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9575, r.o. 4.8 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW1995, r.o. 3.32. Vgl. ook W.M. Smelt & J.P.M. Steenkamp, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2019’, in: Borrius e.a., *Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (VDHI nr. 165) 2020/I.1.6.5.1: *“men denke hierbij bijvoorbeeld aan een betaling van een bank die de bedrijfsactiviteiten heeft gefinancierd en gelijktijdig van de bestuurder ook persoonlijke zekerheidsrechten heeft verkregen”*, met verwijzing naar de wenk in *RI*2019/43, waarin staat: *“Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de betaling van een bankinstelling die de bedrijfsactiviteiten heeft gefinancierd en gelijktijdig van de bestuurder ook persoonlijke zekerheidsrechten heeft verkregen.”*

[72] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.16: *“Daarbij moet worden bedacht dat Drent Goebel in grote problemen verkeerde, dat Mul`ller Martini inmiddels had laten weten dat zij van de beoogde samenwerking afzag en dat de bank naar aanleiding daarvan had gedreigd het krediet op te zeggen.”* [cursivering door auteur].

[73] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 5.16: *“Hoewel de verkoop van de patenten als zodanig leidde tot een betaling aan Drent Holding, heeft zodoende alleen de bank daarvan geprofiteerd; dit terwijl de bank geen zekerheidsrechten had ten aanzien van de patenten.”*

[74] Dan zou verrekening nog wel mogelijk geweest zijn, zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471; *JOR* 2023/172 (*Mulder q.q./CLBN*).

[75] Vgl. HR 25 augustus 2023, ECLI:NL:HR:2023:1135, *NJ* 2023/332 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Van den Bergh q.q./ING, Flinter*).

[76] Voor art. 42 Fw volgt e.e.a. uit het causale stelsel van art. 3:84 lid 1 BW. Vgl. HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 26; *JOR* 2001/274 (*Braat/Ros*). Voor art. 54 Fw geldt dat de verrekening van rechtswege achteraf gezien nooit heeft plaatsgevonden en de tegenover elkaar staande verbintenissen blijven bestaan. Hetgeen de wederpartij door onbevoegde verrekening heeft verkregen, zal door haar aan de curator dienen te worden afgedragen. Vgl. Wessels, *Insolventierecht III* 2019/3421 met verdere verwijzingen.

[77] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 7.

[78] Hof 's-Hertogenbosch 22 augustus 2022, *JOR* 2002/209 (*Rouw q.q./Arco Europa*).

[79] Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619, r.o. 7.

[80] HR 5 december 2008, *NJ* 2009/387 (*Rijnstate/R.*).

[81] HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539.

[82] Zie annotatie J. van Bakkum bij HR 23 mei 2014, *NJ* 2014/325; *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*) onder punt 12.

[83] Zie A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (R&P nr. InsR11)* 2019/8.3.4, met verwijzing naar Rb. Den Haag 18 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12316.

[84] Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9619 en conclusie A-G B.J. Drijber 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1075 en ECLI:NL:PHR:2022:1076.