

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve (wan)betaling

Een klusje voor de business judgment rule?

Prof.mr. S.M. Bartman

HR 26 maart 2010, LJN: BK9654, *NJ* 2010, 189, *JOR* 2010/127 m.nt. Strik, *JIN* 2010/691 m.nt. Vergouwen, *Ondernemingsrecht* 2010, afl. 9, p. 401, met commentaar Assink en Pijls, *RAV* 2010, nr. 60, met wenk Vink (*Zandvliet/ING*)

Feiten en procesverloop

Het aan dit arrest ten grondslag liggende geschil gaat terug tot begin jaren negentig van de vorige eeuw. In maart 1993 verbond Standard Groep Holland BV ('Standard') zich om voor het Wereld Natuurfonds ('WNF') door middel van een televisieactie donateurs te werven. Enig aandeelhouder en bestuurder van Standard is Matoha Beheer BV ('Matoha'). Zandvliet is op zijn beurt enig bestuurder van Matoha en tevens haar 50% aandeelhouder. Ter financiering van deze en andere activiteiten had de ING Bank ('ING') krediet verstrekt aan Standard, tegenover verpanding van hetgeen Standard van WNF te vorderen zou krijgen vanwege de uitvoering van haar wervingsopdracht. Op enig moment ontstaat er een geschil tussen Standard en WNF over de omvang van deze vergoeding. ING, wier krediet inmiddels opeisbaar is geworden, neemt genoegen met uitstel van aflossing door Standard tegenover de toezegging van bestuurder Zandvliet dat haar vordering bij voorrang uit de van WNF te ontvangen middelen zal worden voldaan. Echter, nadat tussen Standard en WNF een schikking is bereikt, voldoet WNF haar vergoeding niet via Standard's ING-rekening, maar maakt zij dit bedrag over op de derdengeldrekening van Standard's raadsman. Die sluist het geld vervolgens door naar o.a. de Rabobank die hiermee in opdracht van Zandvliet een aantal andere schuldeisers van Standard voldoet. ING blijft met lege handen achter. Zij zoekt daarop alternatief schadeverhaal bij bestuurder Zandvliet persoonlijk, die zij aanspreekt uit onrechtmatige daad. Rechtbank en hof wijzen de vordering toe, de Hoge Raad verwerpt het door Zandvliet ingestelde cassatieberoep. Kernoverweging 4.1.2. uit het arrest van de Hoge Raad luidt als volgt:

'De klachten falen. Het oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dit oordeel is ook niet onbegrijpelijk en het is toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen. Het hof heeft door te onderzoeken of Zandvliet persoonlijk een ernstig verwijt valt te maken doordat hij, terwijl hij wist dat Standard niet over andere inkomstenbronnen beschikte en hem duidelijk was of behoorde te zijn dat Standard geen verhaal zou bieden voor de verplichtingen van de vennootschap jegens ING, heeft bewerkstelligd dat Standard haar contractuele verplichting tegenover ING tot aflossing van de kredieten niet nakwam, de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder niet miskend. Bij zijn oordeel dat een zodanig ernstig verwijt op zijn plaats was, heeft het hof niet eraan voorbijgezien dat het een bestuurder in beginsel vrijstaat op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan, maar geoordeeld dat het niet nakomen van de betalingsverplichting uit hoofde van de nadere overeenkomst slechts voortkwam uit betalingsonwil van de kant van Zandvliet jegens ING. Weliswaar heeft Zandvliet in dit verband aangevoerd dat hij niet heeft ingestemd met de betaling van f 410.000,- aan de andere 50% aandeelhouder van Standard en dat hij daarvan niet op de hoogte was, maar kennelijk heeft het hof die stelling niet opgevat als voldoende onderbouwd. Dat op de aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken berustende oordeel is niet onbegrijpelijk.'

Noot

1 De positie van de bestuurder van een onderneming in financiële moeilijkheden is veelal niet te benijden. Dikwijls voelt hij de drang van de aandeelhouders om op de valreep hetzij vermogen aan de vennootschap te onttrekken, hetzij om langer – tot zelfs 'voorbij de valreep' – met verliesgevende activiteiten door te gaan dan verantwoord is, uiteindelijk ten laste van de schuldeisers.¹ Maar ook belangrijke crediteuren, zoals banken en andere kredietinstellingen, oefenen soms aanzienlijke druk op hem uit om hun positie

1 Vgl. de oratie van M.L. Lennarts, *De Twilight Zone: het schemergebied tussen vennootschaps- en insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2006.

in het zicht van het naderende faillissement te versterken, dan wel om het faillissement nog even uit te stellen totdat hun eigen vordering is voldaan of in omvang is teruggebracht. Gecomplceerder wordt het nog als – hetgeen niet zelden voorkomt – de bestuurder tevens aandeelhouder en schuldeiser van de vennootschap is. Hij is dan, gelijk een octopus, met meerdere ‘tentakels’ aan de onderneming verbonden. Voeg daarbij dat het voor een bestuurder in de huidige volatiele en mondiale markt lang niet altijd gemakkelijk is om de overlevingskansen van de onderneming reëel in te schatten, dat hij ook nog terdege met het belang van de werknemers rekening moet houden en het bekende beeld van de ‘spagaatpositie’ van de bestuurder dringt zich op. Een octopus in spagaat derhalve.

2 Als de middelen schaars zijn, ligt het voor de hand dat een ondernemer probeert om prioriteiten te stellen in zijn betaalgedrag. Hij zal ook wel *moeten*, wil hij een prematuur faillissement vermijden. Zo zal de bestuurder van een vennootschap proberen om een regeling van uitgestelde betaling te treffen met de fiscus en zal hij, waar mogelijk, trachten bestaand leverancierskrediet verlengd te krijgen. Gaat het echter om schuldeisers die de productie van onderhanden werk of anderszins de voortgang van het bedrijf acuut kunnen verstoren (inkoop grondstoffen, loon, huur, telecom, onderhoud), dan zal hij geneigd zijn aan de voldoening van hun vorderingen voorrang te geven boven die van anderen. Nogmaals, hij zal wel *moeten*, als hij tenminste niet meteen de handdoek in de ring wil gooien. Het verschijnsel van wat men wel aanduidt als ‘selectieve betaling van schuldeisers’ is vanuit die optiek beschouwd veeleer een teken van zorgvuldig ondernemersbeleid dan van onrechtmatig bestuurshandelen.² Ik ben het dan ook met Huizink eens dat het in dit laatste verband strikt genomen terminologisch zuiverder is om te spreken van ‘selectieve *wan*betaling’.³ Het gaat er immers om het omslagpunt te bepalen tussen selectieve betaling als gerechtvaardigd generiek ondernemersbeleid en onrechtmatige, selectieve (wan)betaling ten opzichte van één of enkele specifieke schuldeisers van de vennootschap.⁴ Selectieve betaling *tout court* is niet onrechtmatig.⁵ Bijkomende omstandigheden, zoals de bevoordeling van groepsschuldeisers bij liquidatie, zijn daarvoor steeds vereist.⁶

3 Onderhandelingen met de huisbankier met als inzet het verkrijgen van additioneel krediet, althans in elk geval het nog niet opzeggen van het bestaande krediet, behoren uiteraard ook tot het basisrepertoire van de ondernemer

in nood. Standard’s indirecte bestuurder Zandvliet – tevens indirect 50%-aandeelhouder – geeft ervan blijk dat repertoire goed te beheersen. Hij schikt het langsepende dispuut met Standard’s belangrijkste debiteur WNF en tracht ondertussen het bedrijf gaande te houden door ING te verleiden haar krediet nog niet op te zeggen. Hij weet er zelfs een uitstel van Standard’s aflossingsverplichtingen uit te slepen met de toezegging dat het ING-krediet bij voorrang zal worden afgelost uit het van WNF te ontvangen schikkingsbedrag. Dat onderhandelingsresultaat was van groot belang want, zoals het hof had vastgesteld: ‘Het voortbestaan van Standard was in die periode in hoge mate afhankelijk van de continuering van kredietverlening.’⁷ En in de woorden van de Hoge Raad: ‘Door deze toezegging te doen heeft Zandvliet indertijd het gevaar dat Standard in financieringsnood kwam, afgewend.’ (r.o. 3.2.3).

4 Uit deze overwegingen blijkt wel dat Standard ten tijde van de toezegging door bestuurder Zandvliet aan ING weliswaar in ernstige financiële problemen verkeerde, maar niet dat haar faillissement op dat moment al onafwendbaar was. De Hoge Raad situeert dat tijdstip ‘op enig moment in 1994, gelegen vóór 5 oktober 1994’ (r.o. 3.1, onder vii). Op dat moment was dus wat men wel noemt de ‘verdachte periode’, dat wel zeggen de fase van feitelijke liquidatie waarin selectieve betaling behoudens bijzondere rechtvaardiging steeds onrechtmatig is, nog niet aangebroken.⁸ Zandvliet kon toen nog in redelijkheid – en uiteraard met de kennis van dat moment – menen dat Standard nog overlevingskansen had en op termijn uit de gevarenzone kon worden getrokken. Omdat mij de term ‘verdachte periode’ iets te negatief in de oren klinkt, spreek ik hierna van de *Feitelijke Liquidatiefase* die aan de officiële *Insolventiefase* (= surseance gevolgd door faillissement) voorafgaat. Dit ter onderscheiding van de dááaraan weer voorafgaande *Reddingsfase*, waarin Standard zich ten tijde van de betalingstoezegging aan ING duidelijk nog bevond.

5 Maar de tijd schrijdt – soms helaas – voort. Op het moment dat WNF tot betaling overgaat, dit is begin december 1994, dus twee maanden na de toezegging aan ING,⁹ is de stapel urgente rekeningen bij Standard kennelijk al weer aangegroeid. Zandvliet besluit, bij nader inzien, aan de betaling van sommige van die schuldeisers alsnog voorrang te geven boven ING. Hij bewerkstelligt dit door, uiteraard met medewerking van WNF, de ‘omleiding’ van

² Zie over selectieve betaling M.A.J.G. Janssen en M.J.W. Schollen, ‘De aansprakelijkheid van een bestuurder in verband met selectieve betaling van schuldeisers’, in: Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (Serie Onderneming en Recht, deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 399 e.v. en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, ‘Selectieve betaling’, *Ondernemingsrecht* 2007-4, p. 125.

³ J.B. Huizink, ‘Bestuurdersaansprakelijkheid bij zwaar weer’, *TvI* 2002, p. 167. Overigens gaat het hier om communicerende begrippen. Er zal immers sprake zijn van selectieve wanbetaling

ten opzichte van een specifieke crediteur *juist vanwege* de (selectieve) volledige betaling van één of meer van diens concurrente medeschuldeisers.

⁴ Zie ook Janssen en Schollen, *t.a.p.*, p. 402.

⁵ Zie recent Hof Arnhem, 3 augustus 2010, *RI* 2010/79.

⁶ Vgl. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727, m.nt. PvS, *JOR* 1998/107, m.nt. I (Coral-Stalt). Zie voor een aardige toepassing van de ‘Coral-Staltleer’ in de lagere rechtspraak Rb. Utrecht 24 maart 2010, *JOR* 2010/126, m.nt. Bartman (Verlag Lensing-Wolff/Mediasystemen).

⁷ Zie conclusie A-G onder par. 3.4, waar hij verwijst naar r.o. 2.9 uit het arrest van het hof.

⁸ Vgl. hierover C. Rijckenberg, ‘Selectieve betalingen tijdens de verdachte periode voor faillissement’, in de bundel *De bewindvoerder, een octopus* (Serie Onderneming en Recht, deel 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 239 (259).

⁹ Vgl. r.o. 3.1, onder ix, in combinatie met x, waaruit blijkt dat ING op 12 december het krediet heeft opgezegd.

het schikkingsbedrag via de derdengeldrekening van Standard's huisadvocaat, waardoor ING niet toekomt aan de uitoefening van haar verrekeningsbevoegdheid krachtens de Algemene Bankvoorwaarden. Dit nu wordt bestuurder Zandvliet fataal. Het Hof interpreteert zijn beschreven handelwijze als betalingsonwil, beschouwt dit als een ernstig persoonlijk verwijt en houdt hem persoonlijk aansprakelijk voor ING's geleden schade uit onrechtmatige daad. De Hoge Raad verwerpt – met de advocaat-generaal – het tegen dit oordeel gerichte Onderdeel 1 van het cassatiemiddel. In mijn bespreking van dit arrest beperk ik mij hierna tot de verwerping van alleen dit onderdeel.

6 Onderdeel 1 van het cassatiemiddel bevat een primair en een subsidiair aangevoerde klacht. Primair beroept Zandvliet zich op het beginsel dat het aan de bestuurder van de vennootschap is om te bepalen wanneer welke concurrente schuldeisers worden voldaan. Ik noem dit het *beginsel van betaalautonomie* van de bestuurder. Subsidiair beroept Zandvliet zich op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, de zogeheten *paritas creditorum*, dat aan ons vermogensrecht ten grondslag ligt.¹⁰ Wat meteen opvalt is dat de Hoge Raad na verwerping van de primaire klacht geen woord besteedt aan de subsidiair aangevoerde klacht. Blijkbaar moeten we de impliciete verwerping daarvan maar lezen in r.o. 4.1.2. Ik vind deze wijze van afhandeling weinig bevredigend. De advocaat-generaal gaat wel in op het *paritas*-argument. Hij verwerpt dit echter met de volgende woorden: 'Uit de betalingen die zijn verricht valt niet af te leiden dat deze crediteuren voorrang zouden hebben boven ING. Standard had het schikkingsbedrag al toegezegd aan ING.' (conclusie par. 3.6).

7 Dit is wel een wat erg magere motivering van de weerlegging van Zandvliets subsidiaire klacht, die bovendien volledig langs de kern heen gaat. Het onderdeel stelt immers niet dat de betaalde crediteuren voorrang hadden boven ING en dat om die reden de verrichte betalingen gerechtvaardigd waren. Het Onderdeel wijst erop dat een bestuurder van een bedrijf in financiële moeilijkheden het nu eenmaal tot zijn taak moet rekenen om concurrente schuldeisers zo veel mogelijk gelijk te behandelen als de middelen tekortschieten om hen allen volledig te voldoen. Deze 'schaduwwerking' van het (mogelijk) naderend faillissement op de bestuurstaak wordt inmiddels breed aanvaard.¹¹ Noch de Hoge Raad noch de advocaat-generaal gaan werkelijk in op dit onderdeel van het cassatiemiddel, hetgeen niet bijster vrolijk stemt. Ik kom op dit punt hieronder terug.

8 Zoals gezegd, Onderdeel 1 van het cassatiemiddel loopt reeds stuk op de primair aangevoerde klacht, zijnde het beginsel van betaalautonomie van bestuurders. De Hoge Raad meent echter dat het hof niet aan dit beginsel heeft 'voorbijgezien' – waarmee de Hoge Raad het bestaan van dit beginsel tevens voor het eerst met zoveel woorden erkent¹² – maar dat dit onverlet laat dat wanbetaling vanwege betalingsonwil aan de kant van de bestuurder een onrechtmatige daad oplevert tegenover ING. De betalingsonwil van Zandvliet leidde het hof – in de ogen van de Hoge Raad niet onbegrijpelijk – onder meer af uit het feit dat ongeveer de helft van het van WNF ontvangen schikkingsbedrag was overgemaakt naar de bankrekening van de andere 50%-aandeelhouder van Standard (r.o. 4.1.2).

9 Eerst enkele algemene opmerkingen vooraf van zowel vermogensrechtelijke als vennootschapsrechtelijke aard. Aan de schuldenaar komt als regel de bevoegdheid toe om naar eigen inzicht zijn vermogen te beheren en naar goeddunken over zijn baten te beschikken, ook als hij niet in staat is om al zijn schuldeisers volledig te voldoen. Een schuldenaar is dan ook in beginsel vrij om in willekeurige volgorde zijn schuldeisers te voldoen, zonder acht te slaan op het tijdstip van ontstaan van een vordering of een daaraan verbonden voorrecht.¹³ Voor een goede doordiening van het onderhavige arrest is het voorts nuttig erop te wijzen dat de door de Hoge Raad thans erkende vrijheid van een bestuurder om naar eigen inzicht en voorkeur de schuldeisers van de rechtspersoon te voldoen zowel een afgeleid als een gekwalificeerd karakter heeft. Het is een *afgeleide* – zo men wil derivatieve – *vrijheid*, omdat de originele vrijheid in dezen natuurlijk toekomt aan de schuldenaar zelf, dat wil zeggen de rechtspersoon in kwestie. Maar omdat een rechtspersoon nu eenmaal niet kan handelen zonder zijn organieke vertegenwoordiger(s) – gewoonlijk de bestuurder(s) – is het aan de bestuurder om die vrijheid concreet uit te oefenen. Het is voorts een *gekwalficeerde vrijheid* omdat de bestuurder bij de uitoefening ervan gebonden is aan – weliswaar zijn eigen visie op – het vennootschappelijk belang. De bestuurder heeft immers betaalautonomie in zijn functionele hoedanigheid. Selectieve (wan)betaling van schuldeisers louter om privéredenen van de bestuurder is uiteraard buiten de vennootschappelijke orde. Van – rechtens relevante – betalingsonwil aan de kant van de bestuurder kan daarom alleen sprake zijn indien vast komt te staan dat de bestuurder de eisende crediteur evenmin zou hebben voldaan indien de vennootschap niet in acute betalingsnood had verkeerd.¹⁴ Ofwel, indien de eiser er in slaagt aan te tonen dat met het selectieve betalingsgedrag van de bestuurder geen en-

¹⁰ Zie overigens voor een sterk relativerende benadering van dit beginsel Bob Wessels, 'Moeten schuldeisers altijd gelijk behandeld worden?', *NJB* 2010, afl. 06, p. 334. Zie ook J.C. van Apeldoorn, 'De paritas creditorum is dood, leve de paritas creditorum', in *Bancaire zekerheid, liber amicorum voor mr. J.H.S.G.K. Timmermans* (Serie Onderneming en recht, deel 58), Deventer: Kluwer 2010, p. 25.

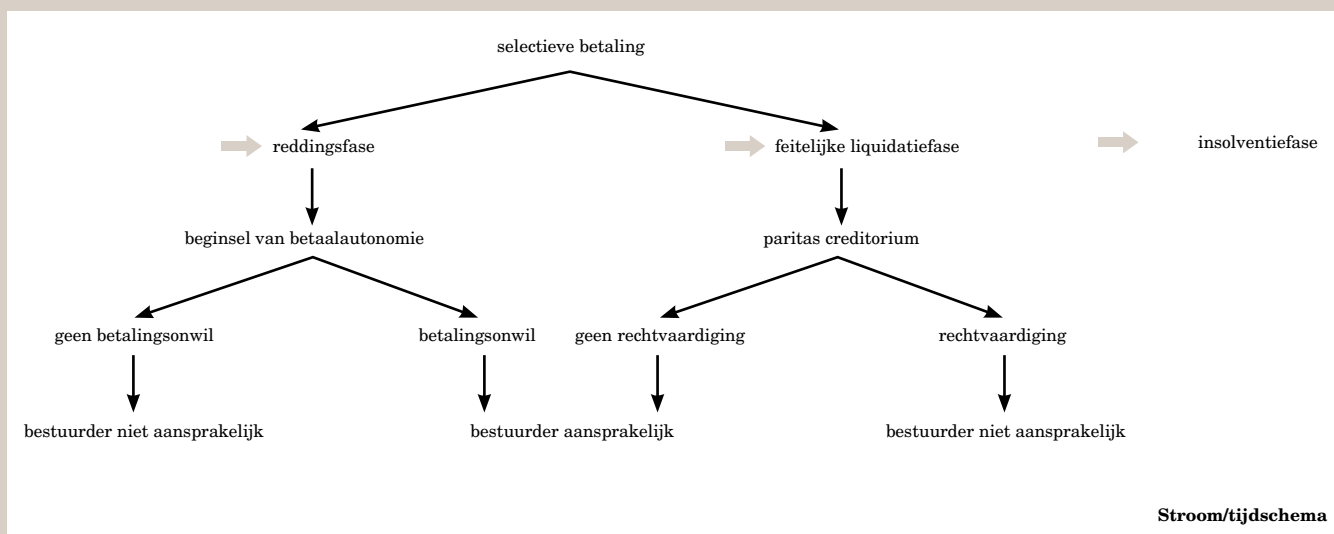
¹¹ Vgl. Janssen/Schollen, *t.a.p.*, p. 408, Huizink, *t.a.p.*, p. 169 en Lennarts, *t.a.p.*, p. 20.

¹² In het hiervoor genoemde Coral-Stalt-arrest liet de Hoge Raad het bestaan van dit beginsel – en de vraag wanneer een schuldeiser door selectieve betaling in strijd met dit beginsel in het algemeen onrechtmatig handelt – nog in het midden (r.o. 3.4.3).

¹³ Vgl. HR 22 mei 1931, *NJ* 1931, p. 1429 e.v., m.nt. EMM. Zie nader Wessels, *Insolventierecht III* (3^e druk), 2010, par. 3018 e.v.

¹⁴ Ik beschouw dit ook als de kern van het arrest

van de Hoge Raad waarin de term betalingsonwil voor het eerst wordt gebruikt, HR 3 april 1992, *NJ* 1992, 411 (Van Waning/Van der Vliet). Zie naar aanleiding van dit arrest ook de kritische beschouwing van J.B. Huizink, 'Kredietruimte en bestuurdersaansprakelijkheid', in Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt* (Serie Onderneming en Recht, deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 445. Zie tenslotte Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 469.



kel vennootschapsdoel werd, dan wel – geobjectiveerd geformuleerd – kon zijn beoogd. Weer anders geformuleerd; er moet sprake zijn van strikt *persoonlijk-gemotiveerde* betalingsonwil bij de bestuurder.

10 Is nu in deze procedure vast komen te staan dat er in bedoelde zin sprake was van betalingsonwil bij Zandvliet? Ik meen van niet.¹⁵ De factoren waaruit de advocaat-generaal, in navolging van het hof, die betalingsonwil afleidt, lijken mij hiertoe in elk geval niet voldoende (conclusie par. 3.4). Uit deze feitenopstelling blijkt immers slechts dat Zandvliet vastbesloten was om het van WNF ontvangen bedrag buiten haar ING-rekening om te leiden en te bestemmen voor andere schuldeisers dan ING. Zandvliet deed dit weliswaar in het besef dat ING als gevolg van die omleiding niet zou kunnen worden voldaan, maar dat is nu eenmaal inherent aan selectieve betaling van schuldeisers in de Reddingsfase waarin de middelen schaars zijn. Je kunt een dubbeltje tenslotte maar één keer uitgeven. Ik merk hierbij nog op dat ook de door het hof geconstateerde betaling aan de 50% medeaandeelhouder van Zandvliet (r.o. 4.1.2) vermoedelijk geschiedde in diens hoedanigheid van – tevens – belangrijke schuldeiser van Standard. Nergens blijkt van een winstuitkering ten koste van de schuldeisers à la Nimox.¹⁶ Hof noch Hoge Raad concludeert bovendien dat Zandvliet ING evenmin zou hebben voldaan als Standard niet in betalingsproblemen verkeerde en dat met de omleiding geen enkel vennootschappelijk doel kon zijn beoogd, hetgeen overigens niet hoeft te verbazen omdat dat ook niet door ING was gesteld. Evenmin blijkt dat de Hoge Raad het moment van de omleiding plaatst in de Feitelijke Liquidatiefase, dat wil zeggen op een moment dat het faillissement van Standard onafwendbaar was. De Hoge Raad merkt in zijn samenvatting van het arrest van het hof slechts op dat ‘een rechtvaardiging voor deze handelwijze ontbreekt’ (r.o. 3.2.3).

11 Hoe men de uitkomst van deze procedure ook apprecieert, de rechtsvindingsroute er naartoe blinkt naar mijn gevoel niet uit door consistentie. In de redenering van de Hoge Raad lopen de verschillende fasen van een bedrijf in moeilijkheden en de daarbij relevante beginselen door elkaar heen. In het stroom/tijdschema hierboven tracht ik een en ander te verduidelijken. De kern van mijn kritiek op dit arrest houdt in dat, zo lang niet in rechte vaststaat dat de selectieve betaling heeft plaatsgevonden op een tijdstip dat het faillissement van de vennootschap onafwendbaar was – de Feitelijke Liquidatiefase – het beginsel van bestuurlijke betaalautonomie onverkort geldt. Zandvliet had dus helemaal geen bijzondere rechtvaardigingsgrond nodig voor de omleiding van de WNF-gelden. Het was daarentegen aan ING om te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat met de omleiding geen enkel belang van Standard kon zijn gediend en dat er dus *in die zin* sprake was van betalingsonwil bij Zandvliet. Hof noch Hoge Raad hanteert echter een duidelijk omljnd – en dus ook in andere gevallen toepasbaar – begrip ‘betalingsonwil’, wat de rechtszekerheid niet bevordert. Dit is mijn andere punt van kritiek.

12 Waar vaststaat dat de selectieve betaling door Zandvliet plaatsvond in een periode waarin Standard weliswaar in ernstige financiële nood verkeerde, maar nog niet reddeloos verloren leek, en er evenmin sprake was van strikt persoonlijk gemotiveerde betalingsonwil bij bestuurder Zandvliet, had hij naar mijn overtuiging niet (succesvol) in rechte moeten kunnen worden aangesproken op zijn betalingsprioriteiten. Het beginsel van betaalautonomie zou de bestuurder in zo’n geval het voordeel van de twijfel moeten geven. Dat in de Reddingsfase de betaling van de ene debiteur ten koste gaat van de ander, en deze laatste daarvan in zoverre concreet en voorzienbaar nadeel ondervindt, is nu eenmaal inherent aan de schaarste der middelen. Als beslissend criterium voor be-

¹⁵ Ook Assink en Pijls, *t.a.p.*, p. 403, hebben ‘niet direct de indruk dat Zandvliet coûte que coûte

wilde voorkomen dat ING nog enige betaling zou ontvangen van Standard.’

¹⁶ Vgl. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (Nimox).

stuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling in die fase dient het daarom mijns inziens te worden verworpen.¹⁷ Wanneer men dit alles wenst te zien als een toepassing van de Amerikaanse *business judgment rule*, heb ik daar geen enkele moeite mee.¹⁸ Toepassing van deze regel als het gaat om bestuurdersaansprakelijkheid wordt overigens steeds meer bepleit.¹⁹

13 Maar, kan men zich afvragen, welk gewicht moet dan worden gehecht aan de betalingstoezegging van Zandvliet aan ING en vergelijkbare betalingsafspraken? De Hoge Raad kwalificeert deze toezegging als een ‘nadere overeenkomst’ (r.o. 3.1., onder vii). Voorop staat dat indien een bestuurder een betalingstoezegging namens de vennootschap doet terwijl hij weet dat de vennootschap die toezegging niet zal kunnen nakomen en zij ook geen verhaal zal bieden voor de gevolgen van dat verzuim, zijn persoonlijke aansprakelijkheid met recht dreigt. Maar dat is niet meer dan een toepassing van de *good old* Beklaml-norm²⁰ en die speelde hier nu eenmaal geen rol omdat, zoals hof en Hoge Raad bevestigden, de Feitelijke Liquidatiefase nog niet was aangebroken toen Zandvliet de toezegging aan ING deed (zie hierboven onder alinea’s 3 en 4).

14 Ook hier is het bovendien nuttig erop te wijzen dat Zandvliet deze overeenkomst als bestuurder namens Standard was aangegaan. Er is geen sprake van gebondenheid of medegebondenheid van Zandvliet pro se. Veel te sterk uitgedrukt lijkt mij daarom de stelling van de advocaat-generaal dat Zandvliet ‘bewust in de verhouding tot ING zijn vrijheid om te bepalen welke schuldeisers zullen worden voldaan heeft opgegeven’ (conclusie par. 3.5).²¹ Natuurlijk dient een bestuurder een dergelijke afspraak in beginsel te honoreren, maar voorop staat toch steeds zijn taak om het belang van de vennootschap te bevorderen. Men kan het ook zo uitdrukken; een betalingstoezegging beperkt inderdaad de – originele – vrij-

heid van de *vennootschap* om naar eigen voorkeur en volgorde haar schuldeisers te voldoen, zij tast echter de – daarvan afgeleide – beleidsvrijheid van de bestuurder in dezen niet wezenlijk aan. Is nakoming van de afspraak in de Reddingsfase onverenigbaar met het continuïteitsstreven van de vennootschap dan is verzuim onder de betalingsafpraak onvermijdelijk. Is de onderneming niet meer levensvatbaar – en is daarmee dus de Feitelijke Liquidatiefase aangevangen – dan wordt de bestuurstaak in overwegende mate gekleurd door de *paritas creditorum*-gedachte, hetgeen de niet-nakoming van een betalingstoezegging zelfs nog eerder kan rechtvaardigen.

15 Dit laatste is overigens niet meer dan het spiegelbeeld van de verplichting van de bank om, na ontvangst van een betaling op de rekening van haar debiteur, zich van verrekening te onthouden indien op dat moment het faillissement van de debiteur te verwachten is.²² Welbeschouwd behelsde de toezegging van Standard ook niets anders dan dat zij de betaling van de WNF-gelden via haar ING-rekening zou laten lopen, zodat ING het ontvangen bedrag kon verrekenen met de debetstand daarop. Zoals gezegd bevestigden hof en Hoge Raad dat Standard in elk geval ten tijde van de toezegging nog in haar Reddingsfase verkeerde. Over de vraag of dat op het moment van de omleiding van de WNF-gelden twee maanden later nog zo was, laten zij zich niet uit, maar duidelijk is wel dat met het verstrijken van de tijd Standards financiële situatie er niet beter op was geworden. Had bestuurder Zandvliet dan toch bij voorrang ING moeten betalen waar het minst genomen dubieus is of de bank zelf, indien zij geen pandrecht had bedongen, op dat moment had mogen verrekenen? Deze retorische vraag illustreert eens te meer het buitenproportionele karakter van de sanctie, persoonlijke aansprakelijkheid, waarmee een bestuurder die ‘zijn tent probeert te redden’ in ons land wordt bedreigd.²³ ■

¹⁷ Anders, onder meer, Janssen/Schollen, *t.a.p.*, p. 406. De Hoge Raad gebruikt dit criterium overigens niet met zoveel woorden.

¹⁸ Zie voor een dergelijk pleidooi M. Kroeze in zijn oratie *Bange bestuurders*, Deventer: Kluwer 2005, met name p. 18, alsmede de oratie van Bastiaan F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 47 e.v., die eveneens aandringt op een ‘wat meer gestructureerde

rechtsontwikkeling’ op – onder meer – het gebied van de bestuurdersaansprakelijkheid (p. 2).

¹⁹ Zie het rondetafelgesprek tussen een aantal bekende beoefenaars van het ondernemingsrecht in *De Commissaris*, uitgave van DLA Piper 2010, aflevering 13.

²⁰ Hierover Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 469.

²¹ Enzo Strik, *JOR* 2010/127, annotatie par. 7 en

Vergouwen, annotatie *JIN*, par. 5. Wat terughoudender in dit opzicht zijn Assink en Pijs in hun commentaar in *Ondernemingsrecht* 2001, afl. 9, par. 3.

²² Vgl. N.E.D. Faber, *Verrekening* (Serie Onderneming en recht, deel 33), Deventer: Kluwer 2005, p. 438 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

²³ Aldus ook M. Kroeze, *t.a.p.*, p. 21.