

Bespreking arrest Hoge Raad 26 maart 2010 (Zandvliet/ING Bank N.V.)

*Mr. M. van der Vliet**

Inleiding

Dit arrest behandelt een situatie waarin een bestuurder van een vennootschap aansprakelijk wordt gesteld op grond van een onrechtmatige daad.¹ Een bijzonderheid in dit arrest is dat de eiser een pandrecht heeft op een vordering van de vennootschap op een debiteur. Bij mijn commentaar zal ik kort ingaan op de aansprakelijkheid van de bestuurder, het eerste onderdeel. Verder zal ik ingaan op het tweede onderdeel en aangeven waarom dit een opmerkelijk arrest is. Het derde onderdeel – verrekening – zal ik volledig buiten beschouwing laten omdat de overwegingen ter zake te zeer verweven zijn met de feitelijke constellatie van deze zaak.

Casus en feiten

Zandvliet is (indirect) enig directeur en 50%-aandeelhouder van Standard Groep Holland B.V. (hierna: Standard). Standard heeft een overeenkomst gesloten met Stichting Wereld Natuurfonds (hierna: WNF) met als doel via een belangrijke televisieactie nieuwe leden te werven. Om deze actie te financieren heeft Standard een financieringsovereenkomst met ING Bank N.V. (hierna: ING) gesloten. Naast dit krediet had Standard nog een ander krediet bij ING. Deze kredieten waren belangrijk voor het voortbestaan van Standard en zonder deze kredieten kon Standard de televisieactie niet financieren. De kredieten zouden worden afgelost uit een vergoeding die WNF aan Standard zou betalen. Standard heeft deze vordering op WNF als zekerheid voor de financieringen verpand aan ING. WNF heeft – na juridisch getouwtrek – de vergoeding gestort op de derdengeldrekening van de toenmalige advocaat van Standard, daarna zijn deze bedragen op een Rabobank-rekening en later op een rekening bij de Kredietbank gestort. Daarnaast is een substantieel bedrag van de vergoeding betaald aan de andere 50%-aandeelhouder van Standard. De vergoeding van het WNF is – in strijd met de afspraken – echter nooit gebruikt voor de aflossingen van de kredieten bij ING. ING stelde een vordering in tegen Standard tot terugbetaling van wat Standard haar verschuldigd was. Hierop volgde is Standard veroordeeld de schade aan ING te voldoen. Dit vonnis is in kracht van gewijsde gegaan. Standard bood echter onvoldoende verhaal voor de vorderingen.

ING stelt vervolgens Zandvliet als bestuurder persoonlijk aansprakelijk op grond van een onrechtmatige daad. Standard

heeft de opbrengsten uit de televisieactie in strijd met de afspraak met ING aangewend. Standard is daarom toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van verplichtingen jegens ING. Dit levert – volgens ING – een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) op van Zandvliet als bestuurder jegens ING. Hij heeft immers de nakoming van Standard verhinderd, terwijl hij wist, althans had moeten weten, dat Standard geen verhaal meer zou kunnen bieden. De rechtbank heeft de vordering van ING toegewezen. Zandvliet is in hoger beroep gekomen tegen de uitspraak van de rechtbank.

Oordeel hof

Het hof oordeelde dat Zandvliet als bestuurder van Standard direct persoonlijk betrokken was bij het overmaken van de opbrengsten uit de actie met WNF naar een derdengeldrekening van zijn toenmalige advocaat, waarna de opbrengsten zijn overgemaakt naar de Rabobank en weer later naar de Kredietbank, terwijl Standard een toezegging aan ING had gedaan dat de opbrengsten zouden worden aangewend voor de aflossing van de kredieten bij ING. Het hof is van oordeel dat dit handelen kan worden gekwalificeerd als een ‘ernstig verwijt’. Zandvliet heeft immers – als bestuurder – zelf de afspraken met ING gemaakt over de afbetaling van de kredieten. Door deze toezegging heeft Zandvliet indertijd het gevaar dat Standard in financieringsnood kwam, afgewend aldus het hof. Zandvliet heeft door de gelden te storten op een voor ING zeer moeilijk te achterhalen (derdengeld)rekening en het vervolgens in zeer rap tempo uit te geven voorafgaand het moment dat ING weet had van de opbrengst, verhaal illusoir gemaakt. Dit is volgens het hof des te duidelijker omdat Zandvliet wist dat Standard verder geen verhaal zou bieden. ING is hierdoor in een slechtere positie gebracht dan wanneer Zandvliet geen handelingen had ondernomen. Een rechtvaardiging voor dit handelen ontbreekt. Het hof is van oordeel dat er sprake is van betalingsonwil aan de kant van Zandvliet. Het verwijt dat Zandvliet valt te maken is zo ernstig volgens het hof dat hij op grond van een onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de omvang van de door ING geleden schade.

Dat ING ingevolge art. 3:246 BW WNF nog kan aanspreken voor het verpande bedrag staat er volgens het hof niet aan in de weg dat ING Zandvliet aanspreekt uit onrechtmatige daad tot vergoeding van schade.

* Mr. M. van der Vliet is werkzaam als advocaat bij NautaDutilh.

1. HR 26 maart 2010, LJN BK9654.

Cassatiemiddelen

Het cassatiemiddel van Zandvliet valt uiteen in drie onderdelen. Ik zal alleen het eerste en het tweede middel bespreken.

Onderdeel 1 richt zich tegen de persoonlijke aansprakelijkheid van Zandvliet. Niet valt in te zien dat Zandvliet een voldoende ernstig persoonlijk ernstig verwijt valt te maken. Daartoe wordt er, kort gezegd, primair aangevoerd dat het hof eraan heeft voorbijgezien dat het een bestuurder in beginsel vrijstaat op grond van een eigen afweging, rekening houdend met de belangen van de betrokken schuldeisers en die van de vennootschap, op basis van alle omstandigheden van het geval te bepalen welke schuldeisers zullen worden voldaan. Subsidiarisch geldt dat in de gegeven omstandigheden Zandvliet rekening moest houden met het beginsel van de gelijkheid van crediteuren en hij op grond hiervan niet het gehele bedrag aan één crediteur mocht betalen. Ten slotte wordt ten aanzien van het bedrag dat aan de andere 50%-aandeelhouder van Standard is betaald aangevoerd dat het hof zonder motivering is voorbijgegaan aan de als essentieel aan te merken stelling van Zandvliet dat hij hiermee niet heeft ingestemd en hiervan niet wist en dat hem daarvan dus niet 'persoonlijk' een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat ING ingevolge art. 3:246 BW WNF nog kan aanspreken voor het verpande bedrag – en dus geen schade heeft geleden – op de grond dat de betaling ten onrechte niet aan haar heeft plaatsgevonden, niet eraan in de weg staat dat ING Zandvliet aanspreekt uit onrechtmatige daad.

Conclusie A-G Timmerman

De A-G haalt het arrest Ontvanger/Roelofsen² aan. Hij geeft aan dat het hier gaat om een bestuurder die heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Een bestuurder kan hiervoor persoonlijk aansprakelijk worden gehouden, als hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een ernstig verwijt zal in ieder geval sprake zijn als vast komt te staan dat de bestuurder wist of had behoren te begrijpen dat zijn handelwijze tot gevolg zou hebben dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden als gevolg van de daarvan optredende schade. Op grond van het genoemde arrest geeft de A-G aan dat onderdeel 1 faalt voor zover het klaagt dat het hof de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder heeft miskend.

De A-G geeft in alinea 3.5 aan dat het verweer van eiser – dat de eiser jegens andere schuldeisers verplichtingen had en dat het een bestuurder in beginsel vrijstaat te bepalen welke schuldeisers zullen worden voldaan – hier niet opgaat. De A-G is van mening dat de bestuurder door zijn toezegging dat het door WNF betaalde bedrag aan ING zou worden overge-

maakt, bewust zijn vrijheid te bepalen aan welke schuldeisers betaald zou worden, heeft opgegeven.

Over het tweede onderdeel zegt de A-G het volgende. Een preliminaire vraag in deze zaak is of ING haar pandrecht op de vordering op WNF heeft behouden. Artikel 3:246 BW regelt de inningsbevoegdheid voor de pandhouder. Als een debiteur betaalt aan de pandhouder is hij gekweten. De vordering gaat vervolgens teniet. Indien de debiteur aan de pandgever betaalt, terwijl hem mededeling van de inpandgeving is gedaan, dan is een dergelijke betaling niet bevrijdend. Dit betekent volgens de A-G dat de vordering nog bestaat en het pandrecht in stand is gebleven. De A-G is van mening dat WNF niet bevrijdend betaald heeft nu WNF het bedrag heeft overgemaakt op de derdengeldrekening van de advocaat van Standard en dus niet aan ING heeft betaald. De A-G begrijpt het idee van Zandvliet dat ING WNF uit hoofde van het aan ING toekomende pandrecht dient aan te spreken als een beroep op de plicht van ING om haar schade te beperken. Een dergelijk beroep dient zijn grondslag in de redelijkheid en billijkheid te vinden.

De A-G oordeelt hierover als volgt:

'Ik meen dat in het onderhavige geval een beroep op schadebeperking door [eiser] niet gerechtvaardigd kan worden door de redelijkheid en billijkheid op grond van vier omstandigheden:

- a. Het effect van het aanspreken van WNF zal zijn dat WNF na betaling aan ING verhaal zal zoeken op Standard. WNF betaalt in die situatie het schikkingsbedrag twee keer. Standard biedt geen verhaal. Het effect van de stelling van [eiser] is dat ING en WNF in de richting van een vennootschap worden geleid die zoals [eiser] weet niet solvabel is met alle complicaties van dien.
- b. ING zal naar verwachting kosten dienen te maken om WNF tot betaling aan haar te dwingen. Het is te verwachten dat WNF niet zomaar twee keer het schikkingsbedrag gaat betalen. Voor ING dreigt bovendien negatieve publiciteit indien ze een organisatie als WNF dwingen nogmaals het schikkingsbedrag te betalen.
- c. [Eiser] zelf heeft, door de betaling van WNF niet aan ING door te geven, verhinderd dat er bevrijdend aan ING werd betaald.
- d. Het pandrecht strekte uitsluitend ter versterking van de positie van ING en niet van Standard. Als er geen pandrecht was geweest, had [eiser] de schade van ING zonder meer dienen te vergoeden. Het lijkt mij niet redelijk dat [eiser] zich met succes zou kunnen verweren met een beroep op een recht dat bedoeld was uitsluitend in het voordeel van ING te strekken.'

De uitspraak van de Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat voor aansprakelijkheid van een bestuurder die heeft bewerkstelligd dat de vennootschap haar contractuele verplichting niet nakomt, is vereist dat het han-

2. HR 8 december 2006, NJ 2006, 659.

delen of nalaten van de bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is, dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het hof heeft dit niet miskend. Doordat Zandvliet, 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, heeft bewerkstelligd dat Standard haar contractuele verplichting tegenover ING tot aflossing van de kredieten niet nakwam, kan Zandvliet persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt worden. Volgens de Hoge Raad staat het een bestuurder in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan. Ook dat heeft het hof niet miskend, maar het oordeelde dat in dit geval sprake was van betalingsonwil.

Met betrekking tot onderdeel 2 oordeelt de Hoge Raad dat:

‘In cassatie moet uitgangspunt zijn dat ING als pandhouder nog WNF kan aanspreken tot betaling van het aan Standard verschuldigde. Dat pandrecht strekt ertoe ING extra zekerheid te bieden ingeval Standard de kredieten niet aflost, maar laat op zichzelf een vordering van ING jegens Standard tot nakoming van haar toezegging om het van WNF te ontvangen bedrag aan ING ten goede te laten komen (dan wel tot vergoeding van schade wegens niet-nakoming van die toezegging) onverlet. Hetzelfde geldt met betrekking tot de vordering van ING jegens [eiser] uit hoofde van onrechtmatige daad. Daarbij verdient in de eerste plaats opmerking dat de op [eiser] te verhalen schade van ING niet erin bestaat (zoals het onderdeel tot uitgangspunt neemt) “dat zij geen verhaal heeft kunnen nemen op het verpande bedrag”, maar daarin dat het vermogen van Standard geen verhaal bood voor de nadelige gevolgen van de niet-nakoming van haar toezegging het van WNF te ontvangen bedrag aan ING ten goede te laten komen. Voorts beroept het onderdeel zich niet op (miskening van) een in feitelijke instanties gevoerd betoog dat ING, ter beperking van haar schade, redelijkerwijze eerst WNF uit hoofde van haar pandrecht had moeten aanspreken, zodat het hof ook niet gehouden was daaromtrent een oordeel te geven.’

Commentaar

Op het eerste gezicht lijkt dit een standaardarrest met betrekking tot een bestuurdersaansprakelijkheid. De Hoge Raad past in deze zaak het model toe uit *Ontvanger/Roelofsen*.

In het *Ontvanger/Roelofsen*-arrest was uitgemaakt dat er twee hoofdcategorieën zijn voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Allereerst de zogenoemde *Beklamel*-situatie; de bestuurder is namens de vennootschap een verplichting aangegaan waarvan hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap deze niet kon nakomen en geen verhaal zou bieden. Bij de tweede situatie gaat het om het

bewerkstelligen dat de vennootschap haar bestaande verplichtingen niet nakomt.

In deze casus gaat het om de tweede situatie. Zandvliet heeft er immers zelf voor gezorgd dat de gelden werden overgemaakt naar een voor ING onbekende en onbereikbare rekening.

Om een bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van een onrechtmatige daad is vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt valt te maken. Dit is al door de Hoge Raad bepaald in het arrest *Oosterhof*.³

In het arrest *Ontvanger/Roelofsen* heeft de Hoge Raad geoordeeld:

‘Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen.’

De vraag is daarom of Zandvliet in deze casus een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierover zegt de Hoge Raad:

‘Het hof heeft door te onderzoeken of [eiser] 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 [eiser] jegens ING.’

Deze uitleg is mijns inziens in lijn met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. De Hoge Raad voegt hier echter een overweging aan toe. De Hoge Raad zegt hier dat selectief betalen in beginsel is toegestaan (en dus in beginsel geen persoonlijke ernstige verwijtbaarheid oplevert), maar dat Zandvliet in casu

3. HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295.

een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij wanprestatie pleegt jegens ING.

Deze redenering lijkt nieuw. In het arrest Coral/Stalt⁴ overweegt de Hoge Raad dat een tot een groep behorende vennootschap, die heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en die onvoldoende middelen heeft om haar crediteuren te voldoen, niet de tot haar groep behorende crediteuren mag voldoen met voorrang boven de overige crediteuren, tenzij die voorrang op grond van bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd. Een dergelijke actie levert een persoonlijke onrechtmatige daad op van de bestuurder.

Janssen en Schollen⁵ zijn van mening dat een bestuurder van een vennootschap in financiële moeilijkheden persoonlijk uit onrechtmatige daad aansprakelijk is wegens het verrichten van een selectieve betaling, indien hij op het moment van de betaling wist dan wel behoorde te weten dat daardoor de overige schuldeisers zouden worden benadeeld, omdat hij dan in strijd handelt met de *paritas creditorum*.

In casu kan worden betoogd dat de regel uit Coral/Stalt niet opgaat omdat Standard haar activiteiten niet heeft beëindigd. Dit argument snijdt echter geen hout. Ik ben met Janssen en Schollen van mening dat ook indien de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert en de bestuurder op het moment van de betalingen wist dan wel behoorde te weten dat daardoor de overige schuldeisers zouden worden benadeeld, de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn.

Aan deze inhoudelijke toets kom je echter – gezien deze uitspraak van de Hoge Raad – niet toe. De redenering van de Hoge Raad komt mijns inziens op het volgende neer: selectief betalen is in beginsel toegestaan, tenzij:

1. (contractueel) overeengekomen is niet selectief te betalen (zoals in deze casus); of
2. de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en over onvoldoende middelen beschikt om haar crediteuren te voldoen (Coral/Stalt).

Met andere woorden: indien de afspraak is gemaakt met een schuldeiser dat niet selectief zal worden betaald, kom je niet meer toe aan een inhoudelijk onderzoek zoals hiervoor beschreven.

Met betrekking tot het tweede onderdeel wil ik kort opmerken dat de redenering van de Hoge Raad kennelijk voorbijgaat aan de vraag of ING nog steeds in staat is betaald te krijgen door middel van – in casu – het uitwinnen van het pandrecht. De Hoge Raad neemt als uitgangspunt de relatie tussen Stan-

dard en ING en stelt zichzelf de vraag of ING zonder het handelen van Zandvliet beter af geweest was.

Dit is een heel andere redenering dan de A-G heeft gevolgd. De A-G gebruikt immers de redelijkheid en billijkheid om tot de conclusie te komen dat de klacht van Zandvliet faalt.

De Hoge Raad kijkt dus niet naar de vraag of de schuldeiser nog steeds het bedrag kan ontvangen (door middel van uitwinning pandrecht), maar of een bepaalde gedraging van een partij heeft geresulteerd in een slechtere positie van de schuldeiser. De vraag of er sprake is van een aansprakelijkheid, staat los van het feit dat de vordering is verpand aan ING. Een pandrecht dient alleen als extra zekerheid voor het terugbetalen van de lening. Het bestaan van een pandrecht heeft echter geen invloed op de betalingsafpraak: het te ontvangen bedrag te gebruiken ter aflossing van die lening en de schade die voortvloeit uit de schending van deze (contractuele) verplichting van Standard.

4. HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727.

5. M.A.J.G. Janssen & M.J.W. Schollen, De aansprakelijkheid van een bestuurder in verband met selectieve betaling van schuldeisers, in: C.J.M. Klaassen (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt (Serie Onderneming en Recht, deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 426-430.