

Selectieve betaling aan schuldeisers in tijden van nood in Nederland en België

*Crito, wij zijn Asclepius nog een haan verschuldigd.
Geef hem die en verzuim het niet - Plato*

Ondernemingsrecht 2020/X

Deze bijdrage heeft betrekking op het leerstuk van selectieve betaling als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid. In gewone taal: wanneer kan de bestuurder van een onderneming door een onvoldane schuldeiser persoonlijk tot schadevergoeding worden aangesproken vanwege de voorkeur die de bestuurder heeft gegeven aan de betaling van andere schuldeisers boven hem? Denk aan de leverancier boven de verhuurder, de verhuurder boven de bank, of de bank boven de fiscus. Het behoeft geen betoog dat in de huidige noodsituatie vele ondernemers in toenemende mate voor dit betalingsdilemma komen te staan. Wie betaal ik eerst? Wie moet wachten, met het risico onbetaald te blijven? Mogelijk dat de voorwaarden waaronder een lopende overeenkomst is gesloten onder invloed van de onvoorziene coronacrisis door de rechter kunnen worden aangepast (art. 6:258 BW). Maar dat is meer iets voor de langere termijn, alleen al vanwege de thans op halve kracht functionerende rechterlijke macht. De auteurs vergelijken het leerstuk van selectieve betaling als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid in Nederland en België. De benadering in beide landen blijkt goeddeels overeen te stemmen. Nochtans lijkt de Nederlandse bestuurder, in de fase waarin het faillissement reeds is aangevraagd, meer vrijheid van handelen toe te komen dan zijn Belgische collega.

1. Inleiding en afbakening

Onze bijdrage aan deze speciale uitgave van het tijdschrift Ondernemingsrecht heeft betrekking op het leerstuk van selectieve betaling als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid. In gewone taal: wanneer kan de bestuurder van een onderneming door een onvoldane schuldeiser persoonlijk tot schadevergoeding worden

aangesproken vanwege de voorkeur die de bestuurder heeft gegeven aan de betaling van andere schuldeisers boven hem? Denk aan de leverancier boven de verhuurder, de verhuurder boven de bank, of de bank boven de fiscus. Het behoeft geen betoog dat in de huidige noodsituatie vele ondernemers in toenemende mate voor dit betalingsdilemma komen te staan. Wie betaal ik eerst? Wie moet wachten, met het risico onbetaald te blijven? Mogelijk dat de voorwaarden waaronder een lopende overeenkomst is gesloten onder invloed van de onvoorziene coronacrisis door de rechter kunnen worden aangepast (art. 6:258 BW). Maar dat is meer iets voor de langere termijn, alleen al vanwege de thans op halve kracht functionerende rechterlijke macht.

Kan prioritering van betalingsgedrag door een bestuurder een onrechtmatige daad opleveren die tot schadevergoeding noopt? Het antwoord is naar Nederlands recht ja, maar alleen onder stringente voorwaarden. Daarbij moet men zich realiseren dat, waar de middelen te schaars zijn om alle schulden tijdig te delgen, in feite *elke* betaling selectief is, want ten koste gaat van, minst genomen, de overeengekomen termijn van voldoening van andere schuldeisers. Prioritering van betalingen in bedoelde zin resulteert in zoverre altijd in het bewerkstelligen of toelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet – niet geheel of niet tijdig – nakomt, als bedoeld in het arrest *Ontvanger/Roelofsen* uit 2006.² Maar wil een bestuurder uit dien hoofde persoonlijk schadeplichtig zijn uit onrechtmatige daad, dan is daar ook voor nodig dat hij op het moment van selectieve betaling wist – dan wel had moeten weten – dat *daardoor* andere schuldeisers onvoldaan zouden blijven en dat de vennootschap ook overigens geen verhaal voor hun vordering zou bieden, indachtig het bekende *Beklamel*-criterium. De bewijslast daarvan rust op de schuldeiser en dat valt in de praktijk niet mee.³ Bovendien schrijft de wetgever selectieve betaling van sommige schuldeisers met preferenties zelfs dwingend voor. Denk aan de bijzondere privileges van artt. 3:283 e.v. BW (voorrecht op bepaalde goederen), de algemene privileges van art. 288 e.v. BW (voorrecht op alle goederen), alsmede het voorrecht van de fiscus. Andere schuldeisers accepteren vrijwillig een achtergestelde verhaalspositie in een overeenkomst met de schuldenaar

1 Steef Bartman is advocaat en hoogleraar Corporate Group Liability aan de Universiteit Maastricht, Arie van Hoe is advocaat te Brussel en wetenschappelijk medewerker Onderneming & Recht aan de Universiteit van Antwerpen. Het citaat van Plato is uit de dialoog *Phaedo*, *Aulapockets*, 1989, in de vertaling van M.A. Schwartz. Mogelijk is dit het oudste voorbeeld van een selectieve betaling in de wereldliteratuur. Socrates bracht hiermee een offer aan Asclepius, de god van de heelkunst, nadat hij de gifbeker had gedronken. De dood bevrijdde hem immers van de last van het lichaam en bracht hem tot de zuivere werkelijkheid van de ziel. De haan ging daarmee mooi wel aan de neus der andere goden voorbij.

2 HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659, z.nt., *Ondernemingsrecht* 2007, 36, m.nt. Wezeman (*Ontvanger/Roelofsen*).

3 Dit bewijsprobleem speelde eisers duidelijk parten in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 25 juni 2019, *JOR* 2020/56, m.nt. Van Dooren.

(art. 3:277 lid 2 BW), wat het betalingsdilemma voor de bestuurder in zoverre opheft.

Het bestaan van schuldeisers met een wettelijk voorrecht betekent dat het vraagstuk van selectieve betaling als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid weliswaar voornamelijk speelt bij prioritering van betaling tussen schuldeisers van gelijke rang, maar niet uitsluitend. Ook schuldeisers met wettelijke voorrang mogen onder omstandigheden volgens de Hoge Raad worden “gepasseerd” ten faveure van lager gerangschikte schuldeisers, mits dit geschiedt binnen de randvoorwaarden die selectieve betaling toelaatbaar maakt (zie hierna). In een arrest van de Belastingkamer uit 2019 overweegt de Hoge Raad in dit verband als volgt in r.o. 3.5.1:

“Er bestaat geen algemene regel op grond waarvan een schuldenaar die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, steeds onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers, ook als hij daarbij niet rekening houdt met eventuele preferenties. Het staat (een bestuurder van) een vennootschap – dan ook – in beginsel vrij op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers van de vennootschap in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.”⁴

Dit gezegd zijnde, is het nuttig om de omstandigheden waaronder selectieve betaling in Nederland ontoelaatbaar wordt, kort te inventariseren. Waar de door het coronavirus veroorzaakte crisis bij uitstek een grensoverschrijdend karakter heeft, bevat deze bijdrage ook een impressie van de problematiek van selectieve betaling en bestuurdersaansprakelijkheid in België. Hierna zal blijken dat het Nederlandse en Belgische recht deze problematiek grotendeels op dezelfde manier benaderen.

2. Uitgangspunten bij de beoordeling van selectieve betaling als grondslag van bestuurdersaansprakelijkheid

De rechterlijke toetsing van selectieve betaling als grondslag voor bestuurdersaansprakelijkheid steunt – los van uiteraard het *pacta sunt servanda*-beginsel – op drie uitgangspunten; één algemeen en twee specifiek toegesneden op (wan)betalen van schuldeisers.

Het eerste, algemene uitgangspunt voor de Nederlandse rechter bij de beoordeling van een vordering inzake bestuurdersaansprakelijkheid is de zogeheten “hoge drempel” van het *persoonlijk ernstig verwijt*. Nadat de Hoge Raad dit criterium aanvankelijk had geformuleerd voor kwesties van interne aansprakelijkheid van bestuurders – dus tegenover de rechtspersoon zelf⁵ – wordt het se-

dert het arrest *Willemssen/NOM* ook toegepast bij externe aansprakelijkheid, dus tegenover schuldeisers van de rechtspersoon bij vorderingen uit onrechtmatige daad.⁶ Dit kunnen ook individuele aandeelhouders zijn. Men kan betwijfelen of er in de praktijk materieel zoveel verschil bestaat bij schadetoewijzing uit onrechtmatige daad wegens een “gewoon” verwijt, dan wel vanwege een ernstig verwijt.⁷ *C’est le ton qui fait la musique*. De hoge drempel van het persoonlijk ernstig verwijt is veeleer te beschouwen als een – wellicht wat overbodige – aansporing aan de feitenrechter om in zijn beoordeling rekening te houden met het eigen karakter van het functioneren als bestuurder, waaraan het nemen van risico nu eenmaal inherent is, dan dat het nu zoveel toevoegt bij concrete geschiloplossing.⁸

Het tweede, meer specifieke uitgangspunt bij de rechterlijke beoordeling van selectieve betaling als grondslag voor (externe) bestuurdersaansprakelijkheid staat reeds vermeld in de tweede zin van de hierboven weergegeven rechtsoverweging van de Hoge Raad: in beginsel heeft de bestuurder (handelend namens de vennootschap) de vrijheid om zelf te bepalen welke schulden wel en welke schulden op dat moment (nog) niet – of niet geheel – worden voldaan. Die eigen afwegingsruimte wordt wel aangeduid als het *beginsel van bestuurlijke “betaalautonomie”*.⁹ De nadruk die in de rechtspraak wordt gelegd op dit uitgangspunt is wel begrijpelijk. Prioriteitsstelling bij het verlichten van haar schuldenlast is immers van groot belang voor de continuïteit en het bestendige succes van de onderneming¹⁰ en het is de bestuurder die het best kan beoordelen met welke betaling, in welke omvang en op welke termijn, het vennootschappelijk belang onder de gegeven omstandigheden het meeste wordt gediend. Dat dit zuur kan uitpakken voor de individuele schuldeiser is, hoe hard dit ook klinkt, de consequentie van hoe onze economische orde is ingericht. Het is, juist in deze tijd van nood waarin een roep tot fundamentele hervormingen allicht opklinkt, toch goed om dit voor ogen te houden.

Daarmee is niet gezegd dat de vrijheid van de onderne-

⁴ HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:576, *JOR* 2019/123, m.nt. Tekstra.

⁵ HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

⁶ HR 20 juni 2008, *NJ* 2009, 21, m.nt. Ma. en Snijders (*Willemssen/NOM*).

⁷ Dit is iets anders dan de vraag onder welke omstandigheden het verweer dat de aangesproken persoon heeft gehandeld als bestuurder wel of niet opgaat. Dit verweer kan falen, terwijl de materiële, rechterlijke toets weinig tot geen verschil maakt, vergeleken met een beoordeling aan de algemene onrechtmatige daadnorm. Zie over de vraag wanneer de bestuurder wel of niet geacht wordt als bestuurder te handelen, J. de Bie Leuveling Tjeenk, *Bestuurdersaansprakelijkheid en ‘gewone’ aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, in JB, *Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 21.

⁸ Zie voor gefundeerde kritiek op de hoge drempel-rechtspraak van de Hoge Raad, W. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie*, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 108, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

⁹ Term voor het eerst gebruikt door eerstgenoemde auteur van deze bijdrage in zijn annotatie bij HR 26 maart 2010, AA20110126 (*Zandvliet/ING*).

¹⁰ Vgl. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun*).

mer in dit opzicht onbegrensd is. Rechtsorde en economische orde zijn onlosmakelijk met elkaar verweven. De bestuurder kan in zijn prioriteitsstelling bij betalingen dan ook stuiten op het derde in dezen belangrijke uitgangspunt, namelijk dat van *het tegengaan van belangenverstrengeling en eigen bevoordeling*. Die grens ziet niet alleen op het persoonlijke belang van de bestuurder, maar ook op het “eigen” belang van gelieerde entiteiten (*insiders*) waarmee de ondernemer in kwestie verbonden is. Hier komt de rechtsrealiteit van het concern aan de oppervlakte, die in onze rechtsorde, zij het weinig systematisch en consequent, toch in menig opzicht doorklinkt.¹¹ Ook de begrenzing van de bestuurlijke betaalautonomie heeft de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht en wel in r.o. 3.5.2 uit het hiervoor reeds geciteerde arrest uit 2019, met verwijzing naar - en aanhaling van - het *Coral-Stalt-arrest* uit 1998. Alleen de laatste zin van onderstaand citaat heeft de Belastingkamer van de Hoge Raad toegevoegd in vergelijking met dat eerdere arrest:

“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 gelieerde schuldeisers van de vennootschap als de bestuurder van de vennootschap bij die betaling een persoonlijk belang heeft.”

Het zal voor menig ondernemer anno 2020 wat vreemd in de oren klinken dat hij naar geldend Nederlands recht weliswaar vrij is om zelf een betalingsafweging te maken, maar dat de voldoening van intragroepsschulden in beginsel de grens van het (ongeschreven) betamelijke overschrijdt, tenzij hij een specifieke rechtvaardigingsgrond aannemelijk weet te maken.¹² Hier wrekt zich het feit dat de Nederlandse wetgever nooit de noodzaak ervan heeft gezien om een enigszins sluitende regeling voor concernverhoudingen te ontwerpen, met onder meer

mede-aansprakelijkheid van groepsmaatschappijen voor elkaars schulden onder zekere voorwaarden.¹³ Ook de voldoening van intragroepsschulden zou dan onder de betaalautonomie van de bestuurder kunnen vallen, wat zeker niet zou strijden met het rechtsgevoel van de gemiddelde ondernemer.

3. Een gefaseerde benadering bij naderend faillissement?

In de praktijk is het, zoals gezegd, voor een onbetaalde schuldeiser niet eenvoudig om aan te tonen dat de bestuurder met zijn betaalgedrag het Beklamel-criterium heeft geschonden. Niet minder lastig is het om te bewijzen dat de bestuurder willens en wetens gelieerde partijen, dan wel zichzelf, heeft bevoordeeld ten koste van de onbetaald gebleven schuldeiser. De bewijslast hiertoe rust immers op de schuldeiser en hem ontbreekt veelal een gedetailleerd inzicht in de financiële administratie van zijn debiteur ten tijde van de verrichte betalingen. Ook kennis van de hoedanigheid van de partijen die wel betaling ontvingen en hun precieze relatie tot de debiteur, ontbeert eiser gewoonlijk.

Het hoeft dan ook niet te verbazen dat in de Nederlandse rechtsliteratuur op enig moment stemmen opgingen om de bewijspositie van de schuldeiser in dit verband te verbeteren door een zekere structuur - fasering - aan te brengen in de periode voorafgaand aan de selectieve betalingen. Vonden die plaats terwijl er nog een reëel uitzicht bestond op overleving van de onderneming – geheel of ten dele, bijvoorbeeld door middel van een doorstart – dan heeft de betaalautonomie van de bestuurder voorrang en rust de bewijslast terzake schending van het *Beklamel*-criterium en/of belangenverstrengeling op de onbetaalde schuldeiser, zo wordt bepleit. Werden de betalingen echter verricht op een moment dat naar redelijke verwachting de onderneming niet meer te redden was, dan is het aan de bestuurder om aan te tonen dat zij nochtans in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming zijn verricht. Het behoeft nauwelijks betoog dat selectieve betaling na eigen faillissementsaanvraag een ferme indicatie oplevert voor laatstgenoemde situatie.¹⁴

In het recente arrest *Ingelse q.q./Source BV* is de Hoge Raad echter niet tegemoetgekomen aan de hierboven geschetste handreiking aan onbetaalde schuldeisers, ook niet bij wege van *obiter dictum* en ondanks het feit dat de Advocaat-Generaal in zijn conclusie daartoe een warm

11 Vgl. de fraaie beschouwing over de kernfacetten van de concernproblematiek van M. Olaerts, *Concernleiding: enkele gedachten over informatievoorziening, concerninrichting en aansprakelijkheid*, in JB, *Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 373. Hierover ook A. Van Hoe, *Funktionswandel in het groepsrecht: de (on)mogelijkheid tot vereenzelviging van groepsvennootschappen*, in A. Van Hoe en M. Vanmeenen, *De vennootschapsgroep in de greep van het recht*, Antwerpen-Intersentia, 2013, 1-22.

12 HR Coral/Stalt, r.o. 3.4.3, laatste zinsnede.

13 Zie voor een beknopte aanzet hiertoe S.M. Bartman, *Doorbraak van het concern in het NV/BV-recht*, in A-T-D. *Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer, 2000, p. 1.

14 Vgl. P.W. Schreurs in zijn noot bij Gerechtshof Amsterdam, 13 februari 2018, *JOR* 2018/221.

pleidooi voerde.¹⁵ Kernoverweging 3.2. uit dit arrest luidt als volgt:

“Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschaps-schuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschaps-schuldeiser. De betrokken bestuurder kan ter zake van deze benadeling persoonlijk aansprakelijk 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.”

Het voert te ver om hier uitgebreid stil te staan bij de precieze uitleg van dit arrest en de vraag welke deuren de Hoge Raad eventueel nog openlaat voor bovenbedoelde “structuralisten”, dan wel welke hij heeft dichtgeslagen.¹⁶ Vooralsnog moeten we het doen met het gegeven dat de Hoge Raad de bestuurder maximale vrijheid geeft om zelf prioriteiten te stellen bij het betalingsgedrag van de vennootschap, ook wanneer het faillissement reeds is aangevraagd maar nog niet is uitgesproken. Tijden van nood zijn ook niet het meest geschikt voor pleidooien tot rechtsverfijning. Met de kennis van nu is het misschien ook wel goed dat bestuurders het middel van selectieve betaling optimaal kunnen inzetten om de onderneming op korte termijn wat financiële ruimte te verschaffen, zonder dat daarmee hun persoonlijke aansprakelijkheid aan de horizon dreigt. Aan bange bestuurders bestaat juist op dit moment immers bepaald geen behoefte.

4. Beknopte impressie van de situatie in België¹⁷

Het coronavirus kent geen grenzen. Belgische ondernemingen (bestuurders) worden geconfronteerd met dezelfde problemen als Nederlandse ondernemingen (bestuurders). Tegenover een verdampende liquiditeit staan schulden die dringend betaald moeten worden, wat noopt tot prioritering van betalingen.¹⁸ Deze moeilijke taak rust op het bestuur. Wat betekent dit voor de be-

stuurdersaansprakelijkheid? Een onderscheid moet hierbij gemaakt worden tussen twee fases. Ten eerste is er de fase voor ernstige financiële problemen. Ten tweede is er de periode van ernstige financiële problemen.

Tot het ogenblik waarop zorgvuldige bestuurders de activiteiten van de onderneming moeten stopzetten, omwille van staking van betaling of omwille van de afwezigheid van elk redelijk vooruitzicht om een faillissement te vermijden, hebben zij de bevoegdheid om opeisbare schulden naar eigen inzicht te betalen, en kunnen zij kiezen welke opeisbare schulden wel en welke niet worden voldaan. In beginsel kunnen ze voor deze keuze niet aansprakelijkheid worden gesteld. Integendeel, het komt aan de schuldeisers zelf toe om de nodige diligentie te betrachten en te zorgen dat ze niet de laatste in de rij zijn.¹⁹ Of zoals procureur-generaal Liekendaal het ooit treffend uitdrukte: “*Tant pis pour les négligents ou les rêveurs*”.²⁰

Op het aldus ook in België werkzame beginsel van bestuurlijke betaalautonomie (zie hierboven) bestaat een uitzondering in geval van onverantwoord *favoritisme*.²¹ Bestuurders kunnen (ook in deze fase) aansprakelijk worden gesteld als zij niet alle opeisbare schulden betalen en hun keuze niet verantwoord kan worden op louter bedrijfseconomische gronden. Dit zal in de praktijk vaak het geval zijn als bestuurders ervoor kiezen zichzelf of andere *insiders* te betalen en andere schuldeisers in de kou laten staan.²² Door zo te handelen, wordt de vrijheid om te kiezen wie betaald wordt, misbruikt.²³ De sanctie van dit misbruik is bestuurdersaansprakelijkheid.

In de tweede fase liggen de zaken anders. Aan de vooravond van het faillissement boeten bestuurders sterk aan betaalautonomie in. Kondigt het faillissement zich concreet aan, op eigen aanvraag dan wel van een schuldeiser, dan dienen de bestuurders de (wettelijke) rangorde tussen de schuldeisers als leidraad te nemen in hun betalingen, daaronder begrepen de *paritas creditorum*. Een selectieve betaling na faillissementsaanvraag, zoals in het arrest van de Hoge Raad *Ingelse q.q./Source BV* aan de orde was, zou naar Belgisch recht dan ook uiterst problematisch zijn, minstens in afwezigheid van een gegronde reden om van de (wettelijke) rangorde af te wijken. Ook een betaling die inbreuk maakt op bestaande wettelijke preferenties is in die fase niet aan de orde. Hier lijkt zich dus wel een verschil aan te dienen tussen het Nederlandse

15 HR 17 januari 2020, NJ 2020/51, JOR 2020/55, m.nt. Salemink, JIN 2020/28, m.nt. Kriekaert (*Ingelse q.q./Source BV*).

16 Zie hiervoor S.M. Bartman, ‘Selectieve rechtspraak bij bestuurdersaansprakelijkheid wegens selectieve betaling’, AA 20200274.

17 Zie hierover J. Vananroye en L. Mariën, *Fraus en schuldeisersbenadering in het ondernemingsrecht*, in *Fraus omnia corrumpit: mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Brugge: die Keure, 2014, 146.

18 De rangdoorbraak tussen schuldeisers werd recent onderzocht door Lindemans in zijn proefschrift over de *actio pauliana*. Dit proefschrift toont aan hoe de pauliaanse vordering reliëf kan geven aan de bestuurdersaansprakelijkheid, G. Lindemans, *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen-Intersentia, 2019, p. 592.

19 M. Grégoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit Belge*, Brussel, Bruylant, 1992, p. 45, nr. 71.

20 E. Liekendaal, conclusie voor Cass. 26 november 1981, Pas. 1982, I, p. 430.

21 Zie hierover reeds, R. Clark, ‘The duties of the corporate debtor to its creditor’, *Harvard Law Review* 1977, p. 510-511.

22 G. Lindemans, *Schuldeiser & rechtspersoon*, Antwerpen-Intersentia, 2019, p. 514, nr. 678.

23 E. Dirix, *Grenzen aan de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten in: Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen, Deventer: Kluwer, 2008, p. 148-149.

en het Belgische recht terzake selectieve betaling als grond voor bestuurdersaansprakelijkheid.

Nochtans bestaat er ook in België allerm minst behoefte aan bange bestuurders. De taak waar bestuurders de komende maanden (jaren?) voor staan, kondigt zich moeilijk aan. Het recht moet zich hiervan rekenschap geven, wil het niet immobiliserend werken en de crisis versterken. Specifiek wat de prioritering van schulden betreft, hebben bonafide bestuurders die op verantwoorde manier handelen in het vennootschapsbelang weinig te vrezen.²⁴ Eerst wanneer deze gedragsnorm verlaten wordt, of wanneer er geen redding meer mogelijk is, wordt dit anders.

5. Slot

Prioritering van betalingen in het bedrijfsleven is geen verschijnsel dat specifiek door de coronacrisis wordt opgeroepen. Die crisis kan door de bestuurder ook niet als gelegenheidsargument worden opgevoerd om een rekening maar niet te betalen. De eerste signalen dat de rechter hier waar mogelijk doorheen prikt, zijn al gepubliceerd.²⁵ Wel zal de coronacrisis de noodzaak tot prioritering en – dus – tot selectieve betaling voor de gemiddelde ondernemer zich eerder opdringen wegens de toenemende schaarste der financiële middelen. Door de crisis geïnitieerde regelingen tot uitstel van betaling van belasting- en bankschuld verlichten het betalingsdilemma voor de ondernemer wel enigszins, maar doet dit niet verdwijnen. Het is dan goed te weten dat zowel in Nederland als in België de bestuurder op die grond niet snel in rechte persoonlijk aansprakelijk zal worden gehouden tegenover de onvoldane schuldeiser. Wel lijkt de Nederlandse bestuurder in dit verband een iets ruimere discretie toe te komen dan zijn Belgische collega, met name in de situatie waarin het faillissement van de vennootschap onvermijdelijk is.

²⁴ Vrij naar M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 9.

²⁵ Rechtbank Oost-Brabant 23 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1763.