

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 11, 2021

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2021:754](#) 21-05-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid voor handelen na melding betalingsonmacht (art. 23 Wbp 2000)

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:4262](#) 04-05-2021

Aangesproken bestuurder wordt op grond van artikel 22 Rv bevolen stukken in het geding te brengen na afwijzing vordering ex artikel 843a Rv

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:4024](#) 23-04-2021

Hoger beroep tegen verlenging inbewaringstelling

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:4081](#) 19-04-2021

Enkele stelling dat vennootschap een WHOA-traject had willen starten is geen reden voor vernietiging faillietverklaring

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:3080](#) 30-03-2021

Geen aansprakelijkheid bestuurder en aandeelhouder voor dividenduitkering

Rechtbank

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:5316](#) 25-05-2021

WHOA-beschikking ADO Den Haag

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2021:4068](#) 12-05-2021

Bestuurders van BGL Bouw zijn niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en 2:9 BW

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2021:2275](#) 04-05-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid voor onrechtmatig aansturen op faillissement om van aandeelhouder af te komen

RECHTSPRAAK

Geen aansprakelijkheid bestuurder en aandeelhouder voor dividenduitkering

Op het moment dat werd besloten tot de dividenduitkering was er voldoende vrije ruimte en konden de opeisbare schulden worden betaald. Daarnaast maakte de uitkering onderdeel uit van een herstructurering en zou het uitgekeerde geld beschikbaar blijven voor de vennootschap. Het faillissement was niet te verwachten. De curator heeft daarnaast niet of nauwelijks onderzoek gedaan naar de andere mogelijke oorzaken van het faillissement die de bestuurder en aandeelhouder hebben genoemd.

Stichting Rolbij heeft in 2000 de vennootschap Bouwopleidingen Rolbij B.V. opgericht. Stichting Rolbij was op het moment van oprichting enig aandeelhouder. Vanwege onder meer de afnemende belangstelling voor technische opleidingen is in september 2011 besloten Bouwopleidingen Rolbij samen te voegen met Coöperatie Technocentrum Flevoland U.A. ('de coöperatie'). De coöperatie heeft haar onderneming ingebracht in Flevoland FlevoTalent Techniek B.V. De aandelen in Bouwopleiding Rolbij en Flevoland FlevoTalent Techniek zijn ingebracht in de op 25 september 2012 opgerichte vennootschap FlevoTalent Techniek B.V. De aandelen in deze vennootschap werden gehouden door de coöperatie en Stichting Rolbij, maar Stichting Rolbij heeft haar aandelen op dezelfde dag voor € 1 overgedragen aan de coöperatie.

Natuurlijk persoon X was tot 1 oktober 2012 bestuurder van Bouwopleidingen Rolbij en directeur van Stichting Rolbij. Op 1 oktober 2012 is hij als bestuurder van Bouwopleidingen Rolbij vervangen door de bestuurder van de coöperatie.

Voorafgaand aan de hiervoor beschreven herstructurering is door de algemene vergadering van Bouwopleidingen Rolbij besloten € 300.000 dividend uit te keren aan Stichting Rolbij. Dit besluit is uitgevoerd door X. Stichting Rolbij heeft op 30 november 2012 een lening verstrekt aan de coöperatie van € 100.000. Deze lening staat nog open. Op 15 juni 2013 is een aanvullende lening van € 100.000 verstrekt. Deze lening is afgelost.

Op 8 juli 2014 zijn onder meer de coöperatie en Bouwopleidingen Rolbij op eigen aangifte failliet verklaard. De grootste schuldeiser is ROC Flevoland, die een pand verhuurde aan Bouwopleidingen Rolbij.

De curator heeft X als bestuurder aansprakelijk gesteld voor de dividenduitkering van € 300.000 op grond van artikel 2:248 BW, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De stichting is om dezelfde reden aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen.

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Uit de door de accountant per 31 augustus 2012 opgestelde balans volgt dat er voldoende vrije ruimte was in de zin van artikel 2:216 BW (oud) om € 300.000 dividend uit te keren. Ook hoefden Stichting Rolbij en X er geen rekening mee te houden dat door de uitkering een tekort zou ontstaan waardoor schuldeisers schade zouden lijden. Rolbij Bouwopleidingen heeft zich bij de herstructurering en ook bij de dividenduitkering laten adviseren door Baker Tilly Berk. De balans van 31 augustus 2012 behelsde het advies omtrent de dividenduitkering. Hieruit volgde dat de vennootschap na de dividenduitkering nog een eigen vermogen had van bijna € 300.000. Na de dividenduitkering was voldoende geld beschikbaar om de opeisbare schulden te voldoen, zodat het niet voor de hand ligt dat de uitkering een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit wordt benadrukt door het feit dat het faillissement pas twee jaar later volgde.

Daarnaast maakte de dividenduitkering onderdeel uit van de herstructurering. Omdat Rolbij Bouwopleidingen veel meer vermogen had dan Flevoland FlevoTalent Techniek moest de uitkering plaatsvinden om twee financieel gelijkwaardige fusiepartners te krijgen. Afgesproken was dat het uitgekeerde geld binnen drie jaar via projecten beschikbaar zou blijven voor Bouwopleidingen Rolbij. De curator heeft dit weersproken, maar aan deze afspraak is kort na de herstructurering handen en voeten gegeven door het verstrekken van twee leningen van € 100.000 zonder rente- en aflossingsverplichtingen.

Tot slot hebben Stichting Rolbij en X andere mogelijke oorzaken van het faillissement aangewezen. Zo stellen zij dat mogelijk geen subsidies zijn aangevraagd, dat geen aanvullende lening is aangevraagd bij Stichting Rolbij en dat Bouwopleidingen Rolbij zonder zekerheden te bedingen een forse lening heeft verstrekt aan de coöperatie. Ook is onduidelijk waar de liquide middelen zijn gebleven die op het moment van de herstructurering aanwezig waren in Rolbij Bouwopleidingen. De curator heeft hier nauwelijks onderzoek naar gedaan. Bovendien zijn er geen cijfers beschikbaar over 2013 en 2014. X is dus niet aansprakelijk als bestuurder en Stichting Rolbij is niet aansprakelijk als aandeelhouder.

H.J. de Kloe, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 30-03-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:3080

Zaaknummer: 200.243.345/01

Rechters: I. Tubben, M.M.A. Wind en A. Goederee

Advocaten: H.F.C. Hoogendoorn en E.A.M. Claassen

Wetsartikelen: 2:216 BW, 2:248 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid voor onrechtmatig aansturen op faillissement om van aandeelhouder af te komen

Centraal staat de vraag of de (indirect) bestuurders en andere betrokkenen het faillissement van MHC hebben bewerkstelligd met het oogmerk om zonder EPI maar met een andere investeerder verder te kunnen met de onderneming van MHC.

In dit ingewikkelde feitencomplex gaat het in de kern om twee partijen, EPI c.s. en Handpicked Investments ('HPI') c.s., die samen een onderneming starten in de nieuw op te richten vennootschap MyHealthCares B.V. ('MHC'). MHC zou door middel van een internetplatform geneeskundige diensten gaan aanbieden en een online apotheek gaan ontwikkelen en exploiteren. Zowel EPI als HPI investeert geld en middelen in MHC. Een vennootschap gelieerd aan EPI gaat 70% van de winstgerechtigde aandelen in MHC houden; een vennootschap gelieerd aan HPI en een andere vennootschap ('gedaagde 1') houden elk 15% van de aandelen. Als bestuurder van MHC treden op een natuurlijk persoon die is gelieerd aan EPI en gedaagde 1. Voorts treden twee mensen in loondienst bij MHC.

Vrij snel na de 'soft launch' van het platform van MHC ontstaat er een conflict over de financiering van de onderneming. Er is extra geld nodig. EPI c.s. oppert in eerste instantie drie mogelijkheden: (1) EPI koopt HPI uit, (2) HPI koopt EPI uit, of (3) MHC wordt beëindigd en beide partijen krijgen het platform opgeleverd. Later worden over en weer ook nog andere mogelijkheden genoemd, zoals het aantrekken van een extra investeerder of het aanvragen van het faillissement van MHC. Een echte oplossing blijft uit en op 30 juli 2019 is op verzoek van een van de twee werknemers van MHC uiteindelijk inderdaad het faillissement van MHC uitgesproken.

EPI c.s. spreken een aantal betrokkenen aan de zijde van HPI aan. Ook gedaagde 1 en diens enig bestuurder gedaagde 2 worden aangesproken. Hun allen wordt verweten dat zij zouden hebben aangestuurd op het faillissement van MHC om zo met HPI c.s. en een andere mede-investeerder, maar zonder EPI c.s., verder te kunnen gaan. Uiteindelijk ontspint zich in de

rechtszaal een ondernemingsrechtelijk stuk in een groot aantal akten. Achtereenvolgens passeren de revue de leerstukken van het vennootschappelijk belang, afgeleide schade, bestuurdersaansprakelijkheid (incl. de *Spaanse Villa*-problematiek), groepsaansprakelijkheid, toerekening van onrechtmatig handelen aan de vennootschap en kansschade. In deze samenvatting ga ik niet op al deze kwesties (uitgebreid) in.

Centraal staat aldus ten eerste de vraag of gedaagde 1 en gedaagde 2 als indirect bestuurders het faillissement van MHC (de rechtbank spreekt in r.o. 4.3 van EPI waar m.i. MHC wordt bedoeld) hebben bewerkstelligd met het oogmerk om zonder EPI maar met een andere investeerder verder te kunnen met de onderneming van MHC. Gedaagde 2 is in maart 2019 op zoek gegaan naar een nieuwe investeerder en logistieke partner voor MHC en is in dat verband onder meer naar Portugal gereisd om verscheidene gesprekken te voeren met potentiële investeerders. Zij heeft haar medebestuurder (die was gelieerd aan EPI) van die inspanningen niet op de hoogte gehouden en de door haar gepresenteerde plannen voorzagen ook niet in een uitkoop van EPI. Voorts heeft ze de werknemers vrijgesteld van werk zonder met hen een financiële regeling te treffen. De loonaanspraken van de werknemers bleven hierdoor oplopen. Uiteindelijk is het faillissement ook aangevraagd met een beroep op een loonvordering van een werknemer. Uit correspondentie blijkt voorts (zie r.o. 2.31 e.v.) dat die faillissementsaanvraag in hoge mate is afgestemd tussen enerzijds een van de werknemers en anderzijds gedaagde 2 en andere betrokkenen bij HPI. De rechtbank oordeelt dat gedaagde 1 en gedaagde 2 een ernstig verwijt gemaakt kan worden ter zake van dit handelen en dat zij deswege jegens EPI aansprakelijk zijn op de voet van artikel 6:162 BW (jo. art. 2:11 BW). Dat de geleden schade 'via' het vermogen van MHC loopt, staat aan vergoeding van die schade aan EPI voorts niet in de weg (vgl. HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*)), nu is gehandeld met het expliciete oogmerk om de aandeelhouder EPI te benadelen (vgl. HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/256 (*Tuin Beheer*)).

Dan komt aan de orde de aansprakelijkheid van Handpicked Investments B.V. EPI verwijt haar in groepsverband met gedaagde 2 te hebben gehandeld en aldus aansprakelijk te zijn op grond van artikel 6:166 BW. Doordat een bestuurder van Handpicked Investments B.V. gezamenlijk is opgetrokken met gedaagde 2 met het doel eerst MHC te laten failleren en daarna het platform met een nieuwe investeerder voort te kunnen zetten en het handelen van die bestuurder kan worden toegerekend aan Handpicked Investments B.V., oordeelt de rechtbank dat ook deze vennootschap aansprakelijk is jegens EPI.

De schade wordt tot slot berekend door een inschatting te maken van de kans dat EPI haar belang in MHC aan een derde partij zou hebben kunnen overdragen, nu haar deze kans door het onrechtmatige handelen is ontnomen. Ter zitting is verklaard dat EPI in het uiterste geval bereid zou zijn geweest genoeg te nemen met een bedrag gelijk aan hetgeen tot dat moment

door haar in MHC was geïnvesteerd, zijnde een bedrag van € 380.000. De rechtbank acht de kans dat EPI dit bedrag zou hebben kunnen realiseren groot 10% en oordeelt dat een bedrag van € 38.000 voor toewijzing in aanmerking komt. Wegens onkundig handelen en daarmee eigen schuld tijdens EPI gaat hier nog een vijfde vanaf en resteert € 30.400.

O. Oost, juni 2021

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 04-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2021:2275

Zaaknummer: C/02/374193 / HA ZA 20-386

Rechters: A.J.P. Schild, J. van Alphen en L.J.A.M. Verhagen-Coopmans

Advocaten: E.A. Buziau, A.J.K. Fluit en P. van Zwijndregt

Wetsartikelen: 6:162 BW, 6:166 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Aangesproken bestuurder wordt op grond van artikel 22 Rv bevolen stukken in het geding te brengen na afwijzing vordering ex artikel 843a Rv

Hof Arnhem-Leeuwarden beveelt een aangesproken bestuurder bepaalde stukken in het geding te brengen nadat het een 843a-vordering tot het in het geding brengen van stukken heeft afgewezen.

De materiële aspecten van het onderhavige arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden zijn weinig opzienbarend. Procesrechtelijk is het arrest interessanter.

De feiten zijn als volgt. IISP is een bedrijf dat actief is op de offshoremarkt. IISP sluit een tweetal huurovereenkomsten met OSV, op grond waarvan IISP het schip de VOS Triton huurt. De VOS Triton werd door IISP ingezet in het kader van een contract met Cairn op grond waarvan IISP een 'support vessel' ter beschikking zou stellen ten behoeve van olie- en gaswinning door Cairn. De hiervoor door Cairn te betalen vergoeding was de enige inkomstenbron van IISP. Op enige moment beëindigt Cairn onverwacht de overeenkomst. IISP heeft dan twee betalingen gedaan aan OSV. De overige door IISP aan OSV verschuldigde vergoedingen worden niet voldaan en IISP biedt geen verhaal.

OSV spreekt de bestuurder van IISP aan op grond van de normen uit *Beklamel* en *Ontvanger/Roelofsen*.

Tot zover de materiële aspecten. Zoals gezegd zijn de procesrechtelijke aspecten interessanter. OSV heeft bij memorie van grieven een incident ex artikel 843a Rv opgeworpen en een veroordeling van de bestuurder gevorderd tot het in het geding brengen van bepaalde stukken. Om welke stukken het gaat, blijkt niet precies uit het arrest. De vordering wordt afgewezen. Volgens het hof heeft OSV geen belang meer bij haar vordering omdat zij haar memorie van grieven al heeft genomen. Het formuleren van nieuwe grieven zou daarom in strijd zijn met de tweeconclusieregel.

Daarmee is de kous niet af wat betreft het produceren van stukken. Op de voet van artikel 22

Rv beveelt het hof de bestuurder een groot aantal stukken in het geding te brengen. Het betreft stukken die zien op de relatie tussen IISP en Cairn. De stukken zouden relevant zijn in het kader van het verweer van de aangesproken bestuurder, kort gezegd inhoudende dat hij erop mocht vertrouwen dat de vergoedingen uit hoofde van het contract met Cairn voldoende zouden zijn om de vorderingen van OSV te voldoen. Uit het arrest blijkt niet of de in het geding te brengen stukken dezelfde zijn als de stukken die onderwerp waren van de 843a-vordering, maar dit ligt wel voor de hand. Het lijkt erop dat het hof heeft gemeend de 843a-vordering op formele gronden te moeten afwijzen, maar dat het toch de relevante stukken boven tafel wilde krijgen.

J.F. Fliek, mei 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 04-05-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:4262

Zaaknummer: 200.253.922

Rechters: L. Janse, D.M.I. de Waele en C.M. Bijl

Advocaten: M.M. van Leeuwen en R. Horstman

Wetsartikelen: 22 Rv, 843a Rv en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Enkele stelling dat vennootschap een WHOA-traject had willen starten is geen reden voor vernietiging faillietverklaring

Na faillietverklaring bij verstek, gehandhaafd in verzet, voert een vennootschap in hoger beroep aan dat ze door rauwelijkse faillietverklaring de kans heeft gemist om een WHOA-akkoord aan te bieden. Dit argument wordt gepasseerd, omdat niet van enig overleg met crediteuren is gebleken. Ook een beroep op verrekening faalt, wegens gebrek aan onderbouwing.

De Europese Unie (EU) heeft een vordering van € 638.000 op Hof Filmproducties. Het bestaan en de omvang van die vordering staan rechtens vast, op grond van een besluit van de Europese Commissie van 24 juni 2011 dat ex artikel 299 VWEU formele rechtskracht heeft in Nederland. Naast de vordering van de EU bestaat er ook een vordering van KRO-NCRV en CoBo op Hof Filmproducties (toegewezen in een arrest van gerechtshof Arnhem-Leeuwarden d.d. 1 oktober 2019).

Op 9 februari 2021 is Hof Filmproducties op verzoek van de EU bij verstek in staat van faillissement verklaard. Hof Filmproducties is daartegen in verzet gekomen, maar het verzet is afgewezen. Hof Filmproducties heeft vervolgens hoger beroep ingesteld, op de volgende gronden. Ten eerste meent zij door een verzuim in de betekening rauwelijks failliet te zijn verklaard, met als gevolg dat zij geen aanspraak heeft kunnen maken op de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Hof Filmproducties vraagt op deze grond om het uitgesproken faillissement te vernietigen, zodat zij de rechtbank kan verzoeken om haar alsnog in aanmerking te laten komen voor de WHOA. Ten tweede zou het vorderingsrecht van de EU niet bestaan, omdat het besluit waar de vordering uit voortvloeit buiten de termijn van artikel 4:49 Awb is genomen. Tot slot zou Hof Filmproducties verrekenbare tegenvorderingen hebben op de EU en KRO-NCRV en CoBo, waardoor zij niet verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

Met betrekking tot het verzuim in de betekening van de oorspronkelijke faillissementsaanvraag (althans, de oproeping voor de zitting) overweegt het hof dat dit verzuim is geheeld. Hof Filmproducties heeft immers na de oorspronkelijke uitspraak van het faillissement gebruikgemaakt van haar recht op verzet. Zij heeft zich dus alsnog tegen de faillissementsaanvraag kunnen verweren.

Met betrekking tot de stelling dat Hof Filmproducties door middel van een vernietiging van de faillietverklaring alsnog de kans zou moeten krijgen om een WHOA-traject te starten, neemt het hof in aanmerking dat nergens uit blijkt dat Hof Filmproducties enig initiatief heeft ontplooid om naar een reorganisatie-akkoord toe te werken of zelfs maar in overleg te treden met haar schuldeisers. Het hof volgt Hof Filmproducties daarom niet in haar stelling dat zij succesvol gebruik had kunnen maken van de WHOA.

Met betrekking tot het beroep op artikel 4:49 Awb overweegt het hof dat de EU geen bestuursorgaan is in de zin van de Awb, zodat deze bepaling toepassing mist.

Met betrekking tot de verrekenbare tegenvorderingen neemt het hof in aanmerking dat Hof Filmproducties die vorderingen hoofdzakelijk baseert op aansprakelijkstellingen van de EU, KRO-NCRV en CoBo voor onrechtmatige beslaglegging, omdat beslag gelegd zou zijn op een onroerende zaak waarvan Hof Filmproducties niet de eigenaar was. Het hof concludeert hieruit dat de beslaglegging in dat geval weliswaar onrechtmatig kan zijn geweest, maar dan was die onrechtmatig tegenover de partijen die *wel* eigenaar zijn van de onroerende zaak en niet tegenover Hof Filmproducties. Voor zover Hof Filmproducties zich nog beroepen heeft op andersoortige tegenvorderingen op de EU, CoBo en KRO-NCRV zijn die op geen enkele wijze onderbouwd.

Het hoger beroep faalt. De faillissementsuitspraak wordt bekrachtigd.

I.F.M. Lakwijk, juni 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:4081

Zaaknummer: 200.292.070

Rechters: D.M.I. de Waele, H. Wammes en M.P.M. Hennekens

Advocaten: B.C.A. Reijnders en M.J.E. van den Bergh

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid voor handelen na melding betalingsonmacht (art. 23 Wbpf 2000)

In deze kwestie speelt de vraag of een bestuurder die betalingsonmacht met betrekking tot pensioenpremies heeft gemeld ook aansprakelijk kan worden gehouden voor kennelijk onbehoorlijk bestuur voor zijn handelen in de periode na de melding betalingsonmacht.

De bestuurder is tot 18 november 2010 (middellijk) bestuurder geweest van A BV. Deze vennootschap viel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsvervoer over de weg. PVF Achmea was belast met de incasso van de aan het bedrijfstakpensioenfonds verschuldigde premies. In een brief van 4 december 2009 heeft de bestuurder namens A BV aan PVF Achmea gemeld dat A BV wegens verslechterende marktomstandigheden niet in staat was de aan het bedrijfstakpensioenfonds per 1 december 2009 verschuldigde premies te betalen. Daarin meldde de bestuurder tevens dat A BV kostenreducerende maatregelen had genomen en deed hij een voorstel voor een betalingsregeling. In de loop van 2010 heeft A BV nog betalingen ten gunste van het bedrijfstakpensioenfonds verricht. Op 18 november 2010 heeft de bestuurder als bestuurder van B BV, bestuurder en enig aandeelhouder van A BV, de aandelen in A BV voor een bedrag van € 400 verkocht aan de Stichting C, die op diezelfde dag was opgericht en werd vertegenwoordigd door een betrokkene. A BV is op 19 juli 2011 failliet verklaard.

In dit geding vordert het bedrijfstakpensioenfonds betaling van onbetaald gebleven premies over de jaren 2008 tot en met 2010 ter hoogte van € 75.665,88. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor de door A BV verschuldigde bijdragen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Het bedrijfstakpensioenfonds verwijt de bestuurder dat hij (uiteindelijk) het niet betalen van de pensioenpremies heeft veroorzaakt doordat hij de activa van A BV (waaronder de facturering) eind 2010 naar E en F heeft overgeheveld zonder dat daar iets tegenover stond en A BV vervolgens zonder activa heeft verkocht aan een katvanger die de onderneming naar het buitenland heeft verplaatst waarbij de bestuurder wist of moest begrijpen dat de

premieschulden nimmer meer zouden worden voldaan.

In deze tweede cassatieprocedure in de kwestie staat de vraag centraal of de aansprakelijkheid op grond van artikel 23 Wet Bpf 2000 slechts kan worden gebaseerd op kennelijk onbehoorlijk bestuur in de referteperiode van drie jaar voorafgaande aan de mededeling van betalingsonmacht. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend.

Eerder overwoog hij in deze zaak al dat indien een mededeling van betalingsonmacht op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 is gedaan, een zodanige mededeling niet opnieuw hoeft te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten (HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3019). Dit oordeel berust op het ervaringsfeit dat betalingsonmacht veelal niet beperkt blijft tot een enkel tijdvak en dat nieuwe mededelingen weinig toevoegen aan de kennis die het bedrijfstakpensioenfonds ontleent aan de eerdere mededeling, alsmede op de ernstige bewijsrechtelijke en financiële gevolgen die voor een bestuurder zijn verbonden aan het feit dat een tijdige en correcte mededeling haar werking verliest.

Daarmee strookt dat in een geval waarin een mededeling van betalingsonmacht is gedaan en de betalingsachterstand voortduurt – zodat de rechtspersoon aan zijn mededelingsplicht ingevolge artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 heeft voldaan zonder dat daartoe voor ieder volgend tijdvak wederom mededeling van betalingsonmacht hoeft te worden gedaan – de in artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 bedoelde aansprakelijkheid van een bestuurder ook kan berusten op aan die bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur dat heeft plaatsgevonden na het tijdstip van de mededeling. In een dergelijk geval wordt de in artikel 23 lid 3 Wet Bpf 2000 genoemde periode van drie jaar voorafgaande aan het tijdstip van de mededeling berekend naar het moment waarop een mededeling van betalingsonmacht voor een specifieke bijdrage uiterlijk zou hebben moeten plaatsvinden als de eerdere mededeling van betalingsonmacht niet was gedaan.

J.E. van Nuland, juni 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-05-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:754

Zaaknummer: 19/05444

Rechters: G. de Groot, C.A. Streefkerk, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: G.J. Harryvan en A.H.M. van den Steenhoven

Wetsartikelen: 23 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

WHOA-beschikking ADO Den Haag

Verzoeken van ADO Den Haag inzake afkoelingsperiode, aanwijzing herstructureringsdeskundige en machtiging ex artikel 42a Fw voor een transferovereenkomst. Alleen het machtigingsverzoek wordt afgewezen. Het is onduidelijk of de transferovereenkomst marktconform is en bovendien kan er niet van uit worden gegaan dat de rechtshandeling uitsluitend is aangegaan met het oog op financiering van het akkoord. Geen bezwaar dat de aan te wijzen herstructureringsdeskundige in 2007 betrokken is geweest bij de onderneming, omdat de bestuur- en aandeelhoudersstructuur sedertdien is gewijzigd.

Deze beschikking betreft een van de eerste openbare WHOA-procedures; die van voetbalclub ADO Den Haag. Volgens ADO is zij ernstig financieel getroffen door de gevolgen van de coronapandemie. De uitkomst van een geschil met haar Chinese aandeelhouder over een afgegeven Liquidity Guarantee is onzeker. Daardoor is sprake van een nijpend liquiditeitstekort en er is nog geen zicht op (aanvullende) financiering, ook niet – zo lijkt te kunnen worden afgeleid uit de uitspraak – op financiering voor een akkoord. ADO verzoekt om die reden om (1) een afkoelingsperiode af te kondigen, (2) aanwijzing van één van de twee door haar aangedragen herstructureringsdeskundigen en (3) een machtiging ex artikel 42a Fw om een transferovereenkomst met S.C. Heerenveen B.V. aan te gaan met betrekking tot de speler M. van Ewijk, uit hoofde waarvan ADO onder andere een directe aanzienlijke vergoeding ontvangt.

De rechtbank honoreert het verzoek om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen. Van de vereiste 'WHOA-toestand' van artikel 370 lid 1 Fw is sprake en bovendien is het verzoek door de schuldenaar zelf gedaan. Bij de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige – die zijn taak onpartijdig en onafhankelijk uit moet voeren – was nog een vraag of het een bezwaar is dat de uiteindelijke benoemde herstructureringsdeskundige in 2007 al eens betrokken is geweest bij ADO. Dat staat volgens de rechtbank niet aan een benoeming in de weg, omdat er

sinds die tijd diverse wijzigingen zijn geweest in de bestuurs- en aandeelhoudersstructuur van ADO.

Omdat er een herstructureringsdeskundige wordt benoemd, is ADO ook ontvankelijk in haar verzoek om een afkoelingsperiode te gelasten. De rechtbank wijst ook dit verzoek toe. De noodzakelijkheid van een afkoelingsperiode acht de rechtbank gegeven doordat niet onaannemelijk is dat een deel van de schuldeisers verhaalsacties zal nemen, terwijl de transferovereenkomst nu juist nodig is om de lopende verplichtingen te voldoen. De afkoelingsperiode is verder in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, met name omdat een faillissement tot verlies van de licentie betaald voetbal zal leiden en dus tot een noodgedwongen staking van de kernactiviteit van ADO. De betrokkenen worden tot slot niet wezenlijk in hun belangen geschaad, omdat de lopende verplichtingen tijdens de afkoelingsperiode kunnen worden voldaan uit de transfersom. Mede omdat ADO nog geen financiering heeft gevonden, wordt de afkoelingsperiode voor de duur van vier maanden afgekondigd.

Dan volgt het verzoek om machtiging ex artikel 42a Fw om 'paulianaproof' de transferovereenkomst met S.C. Heerenveen aan te gaan. De rechtbank wijst dat verzoek af, in de eerste plaats omdat zij niet zonder meer tot het oordeel komt dat de transfersom marktconform is. Voor haar tweede overweging verwijst de rechtbank naar de memorie van toelichting. Die vermeldt dat artikel 42a Fw beoogt om de verstrekking van financiering ten behoeve van de totstandkoming van het akkoord te bevorderen. Volgens de rechtbank kan er hier echter niet van uit worden gegaan dat het gaat om 'een rechtshandeling die uitsluitend is aangegaan met het oog op (een vorm van) financiering van een akkoord die noodzakelijk is om de door verzoekster gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen voortzetten'. De rechtbank lijkt hierbij te veronderstellen dat voor een machtiging vereist is dat er voldoende verband is tussen het aangaan van de rechtshandeling en het voor te bereiden WHOA-akkoord. Op basis van verschillende feiten constateert de rechtbank dat de transactie anders ook wel zou zijn gesloten, en dat dus onvoldoende duidelijk is dat de transactie binnen de reikwijdte van artikel 42a Fw valt.

J.H.M. van de Wiel, juni 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 25-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:5316

Zaaknummer: C/09/611471 / FT RK 21/358 HO, C/09/612393 / FT RK 21/410 HO en C/09/611754/ FT RK 21/377 HO

Rechters: R. Cats, A.E. de Vos en M. Wouters

Advocaten: R.J. van Galen en P.D. Olden

Wetsartikelen: 376 Fw, 371 Fw en 42a Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurders van BGL Bouw zijn niet aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW en 2:9 BW

De bestuurders van BGL Bouw hebben het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd. De curator heeft vervolgens niet aannemelijk gemaakt dat kennelijk onbehoorlijke taakvervulling toch mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

De curator van BGL Bouw stelt dat gedaagden als bestuurder (BGL Materieel) en indirect bestuurder (de heer X), onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW of artikel 2:9 BW kan worden verweten. Ter onderbouwing stelt hij dat gedaagden de boekhoudplicht en publicatieplicht hebben geschonden. Gedaagden betwisten de door de curator gestelde tekortkomingen grotendeels en stellen dat hooguit sprake is van een onbelangrijk verzuim. Daarnaast hebben de vermeende tekortkomingen volgens de gedaagden het faillissement niet veroorzaakt, maar het project Fattenberg en de nasleep daarvan. Om proceseconomische redenen gaat de rechtbank eerst in op het laatstgenoemde verweer. Gedaagden hebben onderbouwd gesteld dat dit project grote vertraging heeft opgelopen door externe factoren. De curator heeft hier onvoldoende tegen ingebracht. De rechtbank is van oordeel dat door gedaagden voldoende aannemelijk gemaakt is dat andere feiten en omstandigheden dan hun veronderstellenderwijs aangenomen onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement van de vennootschap is geweest. Daarmee hebben gedaagden het wettelijk vermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW ontzenuwd.

Vervolgens ligt het op de weg van de curator om op de voet van artikel 2:248 lid 1 BW aannemelijk te maken dat desondanks de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De curator verwijt de bestuurders ten eerste dat zij te lang zijn doorgegaan met het bedrijf en de schulden te lang hebben laten oplopen. Deze stelling heeft de curator echter niet (met financiële gegevens) onderbouwd. Ten tweede hadden de bestuurders volgens de curator geen kennis van de cijfers maar werd er bestuurd op onderbuikgevoelens. Gedaagden hebben dit gemotiveerd betwist, hetgeen is bevestigd door de accountant. Ten derde stelt de curator dat het BGL Bouw aan vermogen

ontbrak omdat er slechts € 1 aan aandelen is volgestort en er niet is gezocht naar de mogelijkheden om extern kapitaal te vergaren. De rechtbank overweegt dat BGL Bouw op het moment van het faillissement al vijftien jaar bestond. Dat een gebrek aan startkapitaal de oorzaak is geweest van het faillissement heeft de curator niet nader toegelicht en onderbouwd. Voorts hebben gedaagden gemotiveerd betwist dat BGL Bouw niet gezocht heeft naar extern kapitaal. Ten vierde heeft de curator gesteld dat er inkomen is weggesluisd via Project B.V. De opdrachten van deze B.V. hadden ook kunnen worden uitgevoerd door BGL Bouw. Gedaagden hebben hiertegen ingebracht dat Project B.V. zich bezighield met systeembouw en dat BGL Bouw nooit systeembouw heeft gedaan. Ten vijfde zouden er geen aandeelhoudersvergaderingen zijn geweest in 2014 en 2015. Deze stelling van de curator passeert de rechtbank alleen al omdat dit verwijt niet ziet op de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. De slotsom is dat niet is komen vast te staan dat sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW door de bestuurders waarvan aannemelijk is dat die een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement.

Ten aanzien van de subsidiaire vordering die is gebaseerd op artikel 2:9 BW constateert de rechtbank dat hieraan dezelfde verwijten ten grondslag zijn gelegd als aan de primaire vordering. Voor die verwijten geldt hetgeen de rechtbank hiervoor heeft overwogen en geoordeeld. Voorts heeft de curator niets gesteld over welk ernstig verwijt de heer X persoonlijk zou kunnen worden gemaakt en welke schade de rechtspersoon heeft geleden. Ook deze grondslag faalt dus.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, juni 2021

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 12-05-2021

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2021:4068

Zaaknummer: C/03/273857 / HA ZA 20-72

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: P.M. Scholtes en L.R. van Dooren

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:9 BW

RECHTSPRAAK

Hoger beroep tegen verlenging inbewaringstelling

Hoger beroep tegen verlenging inbewaringstelling. Gefailleerde voldoet niet aan de inlichtingenplicht. Er bestaat echter onvoldoende aanleiding om te verwachten dat voortduring van de inbewaringstelling zal leiden tot nadere inlichtingen.

Gefailleerde komt in hoger beroep tegen de (herhaalde) verlenging van de inbewaringstelling ex artikel 87 Fw.

Gefailleerde is bestuurder van een gefailleerde zorginstelling en is tevens privé failliet verklaard. Zij is sinds vijf maanden in verzekerde bewaring gesteld. Vaststaat dat zij niet heeft voldaan aan haar informatieverplichting. Voorts heeft zij een bedrag van circa € 1,2 miljoen aan de onderneming onttrokken. Het is onduidelijk wat daarmee is gebeurd. Zij heeft in april 2021 wel een volmacht verschaft aan de curator, waardoor hij onderzoek kan doen naar eventuele bezittingen en/of gelden van gefailleerde in Turkije.

De rechtbank overwoog in eerste aanleg dat niet gebleken is dat gefailleerde niet meer informatie kan verstrekken dan zij tot nu toe heeft gedaan, dat het onderzoek in Turkije tot nieuwe vragen zou kunnen leiden en dat er geen medische redenen waren de inbewaringstelling op te heffen. Gefailleerde is in hoger beroep gekomen tegen deze beschikking, omdat zij stelt dat de faillissementsbewaring niet langer een proportioneel middel is om haar te bewegen aan de inlichtingenplicht te voldoen, omdat zij niet in staat is meer informatie aan te leveren. Haar persoonlijke belang bij invrijheidstelling zou dan ook moeten prevaleren boven het belang van de boedel om de bewaring te laten voortduren.

Het hof overweegt dat de inbewaringstelling een wettelijk toegelaten dwangmiddel vormt voor het geval een gefailleerde zijn informatieverplichting niet nakomt. Daarbij geldt dat de rechter telkens dient te onderzoeken of er op basis van de stand van zaken gronden aanwezig zijn die de voortduring van de inbewaringstelling rechtvaardigen. Daarbij moet het recht op de persoonlijke vrijheid worden afgewogen tegen de bij de inbewaringstelling betrokken belangen. Naarmate de vrijheidsberoving langer duurt, moet aan dat recht een zwaarder gewicht worden toegekend. Tegelijkertijd geldt dat het essentieel is dat een gefailleerde zo

volledig mogelijke informatie en medewerking aan de curator verschaft.

Vaststaat dat gefailleerde niet voldoet aan haar inlichtingenplicht en dat er geen deugdelijke verklaring bestaat voor het bedrag van € 1,2 miljoen, aldus het hof. Gefailleerde is al vijf maanden in bewaring gesteld, waarbij geldt dat er nauwelijks meer informatie is verschaft. Er zijn geen aanwijzingen dat gefailleerde met nieuwe informatie zal komen. Wel kan nog informatie worden verkregen na hernieuwde inzage door gefailleerde van de bij de curator aanwezige documentatie, waaraan gefailleerde op zitting haar medewerking heeft toegezegd, maar daarvoor is handhaving van de inbewaringstelling niet noodzakelijk. Voorts neemt het hof in aanmerking dat gefailleerde een volmacht heeft verstrekt, op basis waarvan de curator in Turkije onderzoek kan doen. Dat naar aanleiding van dat onderzoek mogelijk nieuwe inlichtingen nodig zullen zijn, doet daar thans niet aan af. Aldus is er op dit moment onvoldoende aanleiding te veronderstellen dat de inbewaringstelling een bijdrage zal kunnen leveren aan het verkrijgen van inlichtingen. Aldus is voortdurende van de inbewaringstelling onvoldoende gerechtvaardigd.

Het hof wijst er ten slotte wel op dat de inlichtingenplicht blijft rusten op gefailleerde en dat niet kan worden uitgesloten dat dit dwangmiddel op termijn weer zal worden aangewend. Het is aan gefailleerde om het niet zover te laten komen.

A.D. van Dalen, mei 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-04-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:4024

Zaaknummer: 200.292.792

Rechters: I. Brand, B.J. Engberts en J. Israël

Advocaten: J. de Haan

Wetsartikelen: 87 Fw