

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 17, 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

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2021:8338](#) 31-08-2021

Bestuurder aansprakelijk na fraude met financiering

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:2340](#) 27-07-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid na verkopen activa van de onderneming

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2021:357](#) 09-02-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending publicatieplicht en leeghalen vennootschap

Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:4803](#) 09-09-2021

Curator accountant moet administratie afgeven aan andere curator

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:9779](#) 03-09-2021

Verlenging afkoelingsperiode ADO Den Haag, afwijzing machtiging artikel 42a Fw

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:9782](#) 03-09-2021

Ambtshalve afwijzing homologatieverzoek (WHOA) wegens gebrekkige informatieverschaffing en incorrecte klassenindeling

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2021:4818](#) 27-08-2021

Afwijzing verzoek tot homologatie ex artikel 383 Fw

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:8702](#) 25-08-2021

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 1 BW wegens geschatte pensioenpremieschulden

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475](#) 23-08-2021

Prejudiciële vraag: is de WHOA van toepassing op vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen?

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2021:4476](#) 23-08-2021

Afkondiging nieuwe afkoelingsperiode WHOA nadat verlengingsverzoek is vergeten

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2021:6946](#) 18-08-2021

Depotstorting paulianeus

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:4412](#) 18-08-2021

Tweede afkoelingsperiode tijdens surseance is niet mogelijk

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2021:3107](#) 04-08-2021

Vennoten VOF aansprakelijk voor faillissementstekort vanwege onrechtmatig handelen jegens de VOF

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:8742](#) 03-08-2021

Homologatie surseanceakkoord, ondanks gebrekkige communicatie

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2021:2994](#) 09-07-2021

Betaling en verpanding niet paulianeus

RECHTSPRAAK

Vennoten VOF aansprakelijk voor faillissementstekort vanwege onrechtmatig handelen jegens de VOF

De vennoten van een VOF handelen onrechtmatig jegens de VOF, welk handelen voorts als belangrijkste oorzaak van het faillissement wordt aangemerkt. De vennoten worden aansprakelijk gehouden voor het faillissementstekort.

Twee vennoten hebben op 1 mei 2017 de VOF CareFree Twente opgericht, die diensten als thuiszorg verleende in de regio Twente. De vennootschap declareert de aan cliënten verleende zorg via een akte van cessie bij de verzekeraar, met name Menzis. Op enig moment ontstaan bij Menzis twijfels over de geleverde zorg. De verzekeraar concludeert uiteindelijk dat de rechtmatigheid van een aanzienlijk deel van de declaraties niet vaststaat en oordeelt dat zelfs sprake is van fraude. De betalingen worden stopgezet en eerdergedane betalingen over de periode 2017-2018 worden door Menzis teruggevorderd. Ook een samenwerkingsverband van gemeenten staakt vanwege geconstateerde onregelmatigheden bij CareFree Twente. Op 2 december 2019 is het faillissement van de VOF uitgesproken. In totaal is voor bijna 8,5 ton aan vorderingen ingediend in het faillissement. De curator heeft de vennoten op 21 augustus 2020 aansprakelijk gesteld op de voet van artikel 6:162 BW voor de schade die hij begroot op het faillissementstekort. Allerlei zaken lopen vervolgens door elkaar in deze uitspraak.

De rechtbank oordeelt vooreerst dat de vennoten niet op basis van artikel 33 WvK of jurisprudentie rechtstreeks verplicht zijn eventuele tekorten aan te zuiveren. Voorts beoordeelt de rechtbank of sprake is van onrechtmatig handelen door de vennoten, waarbij de curator heeft betoogd dat artikel 2:9 BW analoog moet worden toegepast op deze VOF. Hij legt aan zijn vordering met name ten grondslag dat de vennoten niet hebben voldaan aan hun administratieplicht (art. 2:10 jo. art. 3:151 BW). De rechtbank oordeelt dat op basis van de geleverde stukken niet kan worden beoordeeld of niet aan de administratieplicht is voldaan. Wél oordeelt de rechtbank dat de vennoten meer actie hadden moeten ondernemen toen Menzis onderzoek deed, de betalingen opschortte en de eerdergedane betalingen terugvorderde. De vennoten handelden hierop niet of nauwelijks, terwijl Menzis de grootste

en belangrijkste inkomstenbron van de vennootschap was. Door niet op te treden tegen deze feiten (terwijl de vennoten er kennelijk stellig van overtuigd zijn dat Menzis de vennootschap nog een aanzienlijk bedrag is verschuldigd), hebben de vennoten laten gebeuren dat de inkomsten wegvloeiden en de vennootschap faillierde. De rechtbank oordeelt dat deze passieve houding onrechtmatig handelen jegens de vennootschap oplevert en overweegt (ten overvloede?) dat de vennoten een ernstig verwijt valt te maken.

Voorts merkt de rechtbank het handelen van de vennoten aan als belangrijkste oorzaak van het faillissement en oordeelt dat de vennoten deswege aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort.

O. Oost, september 2021

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2021:3107

Zaaknummer: C/08/254723 / HA ZA 20-394

Rechters: M.S. de Waard

Advocaten: A.T. Brouwer en J.W.D. Roozmond

Wetsartikelen: 2:9 BW, 2:10 BW, 3:15j BW, 33 K en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid na verkopen activa van de onderneming

Het onbetaald laten van één schuldeiser terwijl alle andere schuldeisers wel worden betaald, in combinatie met het verkopen van activa door het vennootschapsbestuur zonder dat de waarde van die activa terugvloeit in de onderneming, is onrechtmatig jegens die schuldeiser.

In deze zaak gaat het om bestuurdersaansprakelijkheid. NedStars heeft van Real Estate een pand gehuurd. NedStars heeft dit pand per 1 januari 2013 ontruimd en vanaf dat moment de huurpenningen niet meer voldaan. Real Estate heeft de (indirecte) bestuurders van NedStars op basis van artikel 6:162 jo. 2:11 BW aansprakelijk gesteld en daaraan ten grondslag gelegd dat zij onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld door te bewerkstelligen dan wel toe te laten dat NedStars niet meer aan de verplichtingen uit de huurovereenkomst kon voldoen.

Het hof overweegt met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017 (ECLI:NL:HR:2017:754) dat er voldoende grond is om aan te nemen dat de handelwijze van de bestuurders van NedStars onrechtmatig is. De bestuurders hebben activa van NedStars ter waarde van ruim € 200.000 vervaemd tegen een symbolische prijs van € 1. Alle andere schuldeisers zijn betaald, maar Real Estate moet zich zien te verhalen op de leeggehaalde besloten vennootschap. Daarmee is verhaal door Real Estate op het vermogen van NedStars feitelijk onmogelijk gemaakt. De overblijvende schuldeiser Real Estate wordt klem gezet omdat er geen verhaal is, terwijl er ook geen mogelijkheid is het faillissement aan te vragen omdat aan het pluraliteitsvereiste niet is voldaan. Dat betekent dat de bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens Real Estate door activa van NedStars aan die vennootschap te onttrekken, waardoor verhaal voor Real Estate illusoir werd.

N. Lgarah, september 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-07-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:2340

Zaaknummer: 200.161.377_01 en

Rechters: O.G.H. Milar, M.A.M. Vaessen en E.J. van Sandick

Advocaten: E.J.M. Vannisselroy en V.H. Jurgens

Wetsartikelen: 2:11 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Tweede afkoelingsperiode tijdens surseance is niet mogelijk

Een bewindvoerder die na afloop van de eerste afkoelingsperiode verzoekt om afkondiging van een tweede afkoelingsperiode, is niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

Bij het verlenen van surseance van betaling aan een vennootschap op 31 mei 2021 heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden. Ongeveer twee weken na afloop van deze afkoelingsperiode verzoekt de bewindvoerder opnieuw om een afkoelingsperiode. De rechtbank overweegt dat artikel 241a Fw niet de mogelijkheid geeft tot het afkondigen van een tweede afkoelingsperiode. Daarnaast kan een afkoelingsperiode alleen worden verlengd als daarom wordt verzocht voordat de afkoelingsperiode is afgelopen. De rechtbank verklaart de bewindvoerder daarom niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 18-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:4412

Zaaknummer: C/16/21/7 S

Rechters: P.J. Neijt

Wetsartikelen: 241a Fw

RECHTSPRAAK

Betaling en verpanding niet paulianeus

De pandrechten zijn niet paulianeus gevestigd, ondanks het feit dat de pandakte een dag voor de faillissementsaanvraag is geregistreerd. Op het moment van de vestiging was het faillissement nog niet aangevraagd. Ook was geen sprake van samenspanning, omdat de pandgever bij overleg over het faillissement niet heeft stilgestaan bij de verpanding.

PLEKvoor B.V. hield zich bezig met de productie en verkoop van duurzame modulaire woningen. Purplefield Investments B.V. ('Purplefield'), een investeringsfonds, heeft diverse leningen verstrekt aan PLEKvoor en een zustersvennootschap van PLEKvoor, PLEKvoor Assemblage B.V. ('Assemblage'). In mei 2019 heeft PLEKvoor bijna € 175.000 afgelost van 'de Assemblage-lening' nadat PLEKvoor deze lening heeft overgenomen in het kader van een activa/passivatransactie. Op 19 november 2019 is een herziene overeenkomst gesloten voor de aan PLEKvoor verstrekte leningen. Op dezelfde datum is een pandakte getekend waarin alle huidige en toekomstige roerende zaken van PLEKvoor zijn verpand aan Purplefield. Purplefield heeft deze akte op 23 januari 2020 laten registreren bij de Belastingdienst. Op 24 januari 2020 is het faillissement van PLEKvoor aangevraagd en op 28 januari 2020 is het faillissement uitgesproken.

De curator van PLEKvoor heeft de betaling van € 175.000 en de vestiging van de pandrechten buitengerechtelijk vernietigd. De verpande zaken zijn in overleg door de curator verkocht en de opbrengst van € 85.500 is op de derdengeldenrekening van het kantoor van de curator gestort. De opbrengst is voor een bedrag van € 40.000 toegeschreven aan bodemzaken. In deze procedure vordert de curator terugbetaling van het bedrag van € 175.000 en een verklaring voor recht dat de verkoopopbrengst van de verpande zaken aan de boedel toekomt. Subsidiair vordert de curator een verklaring voor recht dat de opbrengst van de bodemzaken op grond van artikel 57 lid 3 Fw moet worden afgedragen.

Ten aanzien van de aflossing van € 175.000 beoordeelt de rechtbank of aan de voorwaarden van artikel 42 Fw is voldaan. Daarbij laat de rechtbank in het midden of sprake is van een

onverplicht verrichte rechtshandeling, omdat op het moment van de aflossing geen wetenschap van benadeling aanwezig was bij PLEKvoor en Purplefield. Dat de financiële situatie van PLEKvoor zorgelijk was, is daarvoor onvoldoende, omdat dat geldt voor vrijwel iedere start-up. Uit de gang van zaken blijkt juist dat de situatie op het moment van de aflossing niet uitzichtloos was. In juni en november 2019 heeft Purplefield voor meer dan € 900.000 aan leningen verstrekt. Ook stond in de jaarrekening van 2018 dat een duurzame voortzetting van de activiteiten van PLEKvoor mogelijk was. Verder heeft PLEKvoor in september 2019 en begin 2020 positieve toekomstverwachtingen gedeeld met Purplefield. Onder deze omstandigheden is geen sprake van wetenschap van benadeling, zodat de boedel geen recht heeft op afdracht van het bedrag van € 175.000.

Ten aanzien van de vestiging van de pandrechten oordeelt de rechtbank dat sprake was van een verplichte rechtshandeling, omdat reeds in 2017 bij het aangaan van twee leningen is overeengekomen dat PLEKvoor een pandrecht zou vestigen op haar activa ten gunste van Purplefield. Bij het herzien van de financieringsovereenkomst in november 2019 is geen nieuwe verplichting aangegaan, maar is de eerdere verplichting herhaald. Of voor twee leningen die in 2019 zijn verstrekt een verplichting is aangegaan om pandrechten te vestigen is niet relevant, omdat de opbrengst van de verpande zaken onvoldoende is om de leningen uit 2017 te voldoen.

Omdat de vestiging van de pandrechten verplicht was, wordt de vernietiging hiervan door de curator beoordeeld op grond van artikel 47 Fw. Op 23 januari 2020 heeft PLEKvoor aan de heer B van Purplefield voorgesteld om het faillissement van PLEKvoor aan te vragen. Purplefield heeft hiermee ingestemd. De heer B realiseerde zich op dat moment dat de pandakte niet was geregistreerd en heeft nog dezelfde dag de pandakte laten registreren. Een dag later is het faillissement aangevraagd. Om die reden is niet voldaan aan de eerstgenoemde grond voor vernietiging uit artikel 47 Fw, namelijk dat het faillissement was aangevraagd op het moment van het vestigen van het pandrecht. De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat die grond strikt moet worden uitgelegd en dat niet voldoende is dat het faillissement onontkoombaar was. Ook aan de tweede grond is niet voldaan, omdat PLEKvoor niet heeft samengespannen met Purplefield. Op het moment dat overleg werd gevoerd over de faillissementsaanvraag, is niet gesproken over de verpanding. De bestuurders van PLEKvoor hebben hier ook niet bij stilgestaan. De rechtbank oordeelt daarom dat de vestiging van de pandrechten niet rechtsgeldig is vernietigd door de curator.

Niet in geschil is dat de opbrengst van de bodemzaken aan de boedel toekomt voor zover de Belastingdienst een vordering heeft waarop het bodemvoorrecht ziet. Purplefield betwist wel de hoogte van de door de curator aangevoerde vordering van de Belastingdienst. De curator wordt in de gelegenheid gesteld de hoogte van de vordering van de Belastingdienst aan te

tonen.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 09-07-2021

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2021:2994

Zaaknummer: C/16/510132 / HA ZA 20-651

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: A.N. Jansen en G.C. Berkhout

Wetsartikelen: 42 Fw en 47 Fw

RECHTSPRAAK

Curator accountant moet administratie afgeven aan andere curator

De curator van een natuurlijk persoon en zijn holding heeft afgifte gevorderd van administratie door de curator van de accountant. De voorzieningenrechter wijst de vordering grotendeels toe op grond van artikel 105b lid 1 Fw.

Curator 1 is curator van een natuurlijk persoon ('de schuldenaar') en zijn holdingvennootschap. Een accountantsmaatschap heeft jarenlang diensten verricht voor de schuldenaar, zijn holding en een aantal andere gelieerde vennootschappen. Inmiddels is ook de accountant failliet en is curator 2 aangesteld tot curator in het faillissement van de accountant. Curator 1 heeft aan curator 2 gevraagd de administratie van de schuldenaar en de holding te verstrekken. Curator 2 heeft afgifte geweigerd, waarop curator 1 in deze kortgedingprocedure afgifte vordert van de administratie op grond van artikel 843a Rv en 105b Fw. Curator 1 heeft weergegeven welke archiefdozen en ordners hij nodig heeft en de inhoud van de ordners gespecificeerd. Een van de archiefdozen bevat administratie van onder meer een aantal vastgoedvennootschappen (hoewel door de anonimisering niet direct duidelijk is of het om een of meer vennootschappen gaat) en van de overleden moeder van de schuldenaar.

Curator 2 stelt dat hij de administratie niet hoeft af te geven, omdat in de gevraagde ordners ook administratie van derden aanwezig is. Voor het geval hij toch wordt veroordeeld tot afgifte van de administratie, vordert hij in reconventie dat op kosten van curator 1 een deskundige wordt benoemd die administratie van derden uit de opgegeven ordners verwijdert.

De voorzieningenrechter overweegt dat uit artikel 105b lid 1 Fw volgt dat derden die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf de administratie van een gefaillieerde onder zich hebben die administratie aan de curator moeten verstrekken. Omdat de failliete accountantsmaatschap een derde is in de zin van artikel 105b lid 1 Fw, rust de verplichting om de administratie af te geven ook op curator 2. Curator 1 heeft gesteld dat de opgevraagde administratie ziet op de schuldenaar, zijn holding en andere (rechts)personen die gelieerd zijn aan de schuldenaar. De voorzieningenrechter overweegt dat de curator deze administratie

nodig heeft voor de uitoefening van zijn taak en oordeelt dat curator 2 de administratie moet afgeven.

De vordering tot afgifte van de administratie van de vastgoedvennootschappen en de overleden moeder wordt afgewezen. Curator 1 is geen curator in het faillissement van de vastgoedvennootschappen. Omdat hij geen onderzoek kan doen naar de gang van zaken bij deze vennootschappen, heeft hij geen rechtmatig belang bij afgifte. Daarnaast gaat het te ver om administratie van de moeder van de schuldenaar te laten verstrekken aan curator 1. Hiervoor moet curator 1 zich wenden tot degene die is belast met de afwikkeling van de nalatenschap.

Omdat curator 1 duidelijk heeft gespecificeerd om welke administratie het gaat en waar deze administratie zich bevindt, acht de voorzieningenrechter de door curator 1 gevraagde termijn van 28 dagen waarbinnen de administratie moet zijn afgegeven voldoende. De reconventionele vordering tot benoeming van een deskundige wordt afgewezen. Wel heeft curator 1 zich bereid verklaard de kosten voor afgifte te voldoen. Curator 1 wordt daartoe dan ook veroordeeld. Gelet op de weigerachtige houding van curator 2, verbindt de voorzieningenrechter een dwangsom aan de veroordeling tot afgifte.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:4803

Zaaknummer: C/05/390355 / KZ ZA 21-114

Rechters: S.A.M. Vrendenburg-Elsbeek

Advocaten: J.J.P.T. van Summeren en M. Wevers

Wetsartikelen: 843a Rv en 105b Fw

RECHTSPRAAK

Afkondiging nieuwe afkoelingsperiode WHOA nadat verlengingsverzoek is vergeten

De schuldenaar is vergeten een verzoek in te dienen tot verlenging van de afgekondigde afkoelingsperiode. De reden hiervan is dat een maand na indiening van het homologatieverzoek nog niet op dat verzoek is beslist, omdat de rechtbank prejudiciële vragen heeft gesteld aan de Hoge Raad.

Op 29 maart 2021 heeft de rechtbank op grond van artikel 376 Fw een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van twee maanden ten aanzien van een vennootschap die een hotelbedrijf exploiteert dat is getroffen door coronacrisis en een WHOA-akkoord wil aanbieden. Op 3 juni 2021 is de afkoelingsperiode met twee maanden verlengd.

Op 28 juni 2021 heeft de schuldenaar verzocht het akkoord, dat inmiddels door alle klassen met de vereiste meerderheid was aangenomen, te homologeren. Het homologatieverzoek is op 8 juli 2021 behandeld op zitting. Bij vonnis van 5 augustus 2021 heeft de rechtbank overwogen dat zij prejudiciële vragen wil stellen aan de Hoge Raad over de toepassing van de WHOA op vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds. De prejudiciële vragen zijn uiteindelijk gesteld op 23 augustus 2021 (INS 2021-0257).

Op 9 augustus 2021, nadat de termijn van de eerder afgekondigde afkoelingsperiode was verstreken, heeft de schuldenaar verzocht opnieuw een afkoelingsperiode te gelasten voor de duur van twee maanden. De schuldenaar voert aan dat hangende het homologatieverzoek is vergeten een verzoek tot verlenging van de afkoelingsperiode in te dienen.

De rechtbank overweegt dat, hoewel de eerder afgekondigde afkoelingsperiode is afgelopen en een verlengingsverzoek op grond van artikel 376 lid 5 Fw moet worden ingediend voor het verstrijken van de termijn, aan de schuldenaar onder de gegeven omstandigheden niet kan worden tegengeworpen dat niet tijdig een verlengingsverzoek is ingediend. De schuldenaar mocht ervan uitgaan dat op het homologatieverzoek zou zijn beslist voordat de afkoelingsperiode afliep. De rechtbank begrijpt dat in dit geval is vergeten te verzoeken tot

verlenging van de afkoelingsperiode.

De rechtbank overweegt verder dat is voldaan aan de voorwaarden voor het afkondigen van een afkoelingsperiode die volgen uit artikel 376 lid 4 Fw. Hoewel geen sprake meer is van de voorbereiding van of onderhandelingen over het akkoord omdat het akkoord reeds is aangenomen, is het afkondigen van een afkoelingsperiode nodig om de onderneming voort te zetten en het akkoord tot stand te brengen. De afkoelingsperiode is noodzakelijk omdat onder meer is gebleken van een aanhangig faillissementsverzoek tegen de schuldenaar. Omdat het akkoord door alle klassen is aangenomen, is ook redelijkerwijs aannemelijk dat de belangen van de schuldeisers zijn gediend met het gelasten van een nieuwe afkoelingsperiode.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:4476

Zaaknummer: C/13/705946 / FT RK 21.684

Rechters: A.E. de Vos, M.C. Bosch en V.G.T. van Emstede

Advocaten: E. Walinga

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk na fraude met financiering

Onbehoorlijk bestuur wegens misleiding bank bij verkrijgen financiering, het omleiden van omzet en het schenden van de administratie- en publicatieplicht. Wegens ernst en aard gedragingen geen sprake van matiging van aansprakelijkheid.

In deze uitspraak in hoger beroep staat de vraag centraal of sprake is van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 BW en of appellante daarmee (als bestuurder en als feitelijk beleidsbepaler) aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van Red Dragon B.V. In eerste aanleg heeft de rechtbank (o.a.) vastgesteld dat sprake was van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:248 BW (zie ook INS 2019-0150).

Red Dragon betrof een vennootschap die een *all you can eat*-restaurant exploiteerde. Voor het te exploiteren restaurant werd een nieuw pand gerealiseerd. De bouw van het pand zou gedeeltelijk door Rabobank worden gefinancierd. De financiering van € 3,1 miljoen werd verstrekt onder de voorwaarde dat Red Dragon zelf € 4,9 miljoen zou inbrengen. Voor de realisatie van het restaurant werd een aannemingsovereenkomst gesloten. Deze werd echter daags na ondertekening al ontbonden. Rabobank heeft later de financiering daadwerkelijk verstrekt – op basis van vervalste stukken waaruit zou volgen dat voor Red Dragon facturen van de bedoelde aannemer werden voldaan en waarmee de eigen inbreng van Red Dragon feitelijk zou hebben plaatsgehad. Bij de latere bouw van het restaurant door een andere aannemer in 2015 is sprake geweest van financiële tegenvallers. Op 6 december 2016 is het faillissement van Red Dragon B.V. uitgesproken, o.a. nadat Rabobank de door haar verstrekte financiering opzegde en opeiste.

De curator heeft appellante de bovenstaande gang van zaken verweten – aanvankelijk als feitelijk beleidsbepaler en later als bestuurder van Red Dragon. Daarnaast is volgens de curator sprake van schending van de administratie- en deponeringsplicht. Tot slot wijft de curator appellante aan dat zij omzet van Red Dragon heeft omgeleid naar een andere vennootschap en zo vermogen van Red Dragon heeft onttrokken. De curator meent dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en houdt appellante daarmee aansprakelijk voor het tekort in het

faillissement.

Appellante heeft in de eerste plaats betoogd dat zij ten tijde van de gestelde misleiding van Rabobank geen feitelijk bestuurder was, maar slechts handelde in opdracht van Red Dragon. Het hof gaat niet mee in dit verweer nu uit de eigen verklaringen en gedragingen van appellante volgens het hof volgt dat zij dermate vergaande bemoeienis met de gang van zaken bij Red Dragon had, dat zij gelijk te stellen is met een bestuurder. Zo parafeerde en accordeerde zij aan Red Dragon gerichte en te betalen facturen, vroeg zij om het wijzigen van het adres van Red Dragon naar haar privéadres en om het koppelen van de bankrekening van Red Dragon aan de stichting waarvan zij enig bestuurder was.

Voor wat betreft de misleiding van Rabobank stelt het hof het verweer terzijde dat Rabobank zou hebben geweten (en kennelijk hebben berust) in de misleiding; daarvan is niet gebleken. Van schending van de administratieplicht is volgens het hof sprake, nu het hof vaststelt dat de administratie niet compleet was en ten onrechte in de boeken was opgenomen dat het aandelenkapitaal was volgestort en dat Red Dragon een lening verstrekt kreeg. Ten onrechte is een beeld gecreëerd dat Red Dragon voldoende zou zijn gekapitaliseerd.

Aangezien de jaarrekening over 2014 tien maanden te laat werd gedeponereerd, is de publicatieplicht geschonden en kan niet worden gesproken van een onbelangrijk verzuim, aldus het hof.

Ook het omleiden van omzet wordt door het hof bewezen geacht, van toestemming van Rabobank voor die omleiding – wat de omleiding zou verklaren en verantwoorden – is aldus het hof geen sprake.

Het hof concludeert dat sprake is van onbehoorlijk bestuur door appellante. Het verhaal van appellante dat haar onbehoorlijk bestuur niet de oorzaak is geweest van het faillissement maar tegenvallers bij de realisatie van het restaurant kan haar niet baten. Het hof overweegt dat door de misleiding van Rabobank Red Dragon van meet af aan ondergekapitaliseerd is geweest waardoor de gestelde tegenvallers niet konden worden opgevangen. Aldus is appellante aansprakelijk voor het tekort in het faillissement.

Het hof matigt vervolgens de aansprakelijkheid – in tegenstelling tot de rechtbank – niet en neemt daarbij in aanmerking de ernst van de gedragingen van appellante die tevens registeraccountant was. Daarnaast overweegt het hof dat de tegenvallers bij de realisatie van het restaurant niet tot matiging kunnen leiden, nu deze tegenvallers hadden kunnen worden opgevangen als appellante had afgezien van haar frauduleuze gedragingen. Matiging wegens het handelen van de curator waarbij hij kennelijk een bate voor de boedel is misgelopen is volgens het hof ook niet aan de orde, nu van dat mislopen geen sprake is.

Het hof veroordeelt appellante tot betaling van een voorschot van € 1 miljoen. Het totale tekort beloopt per 10 oktober 2019 volgens de curator in elk geval € 2,283 miljoen.

W.T.N. Vlasveld, september 2021

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8338

Zaaknummer: 200.267.550

Rechters: M.A.M. Vaessen, R.A. van der Pol en A.C. Metzelaar

Advocaten: L. Hennink en H.J.D. ter Waarbeek

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:10 BW en 2:394 BW

RECHTSPRAAK

**Ambtshalve afwijzing homologatieverzoek (WHOA)
wegens gebrekkige informatieverschaffing en incorrecte
klassenindeling**

***Rechtbank weigert homologatie van een door de schuldenaar zelf
ontworpen akkoord, wegens gebrekkige informatieverschaffen en
incorrecte klassenindeling, ondanks goedkeurend rapport van
observator.***

De onderhavige beschikking betreft een besloten akkoordprocedure, waarin een akkoord is aangeboden en ter homologatie is voorgelegd door de schuldenaar ('verzoekster') zelf.

Verzoekster heeft op 8 maart 2021 een startverklaring neergelegd. Op 23 juni 2021 heeft verzoekster de afkondiging van een afkoelingsperiode verzocht, die op 9 juli 2021 is toegewezen, voor een duur van twee maanden.

Verzoekster heeft een akkoord aangeboden waarin zij haar schuldeisers in zeven klassen verdeeld had, waarvan er zes over het akkoord hebben gestemd. De rechten van de zevende klasse, bestaande uit alle handelscrediteuren van de schuldenaar, werden buiten de werking van het akkoord gelaten, omdat – zo stelde verzoekster – bijna alle handelscrediteuren als 'dwangcrediteuren' te gelden hadden. Deze crediteuren wilde verzoekster daarom buiten het akkoord houden en volledig betalen.

De andere klassen bestonden uit (1) de aandeelhouders van verzoekster in hun hoedanigheid als aandeelhouders, (2) de aandeelhouders en gelieerde partijen, voor zover zij aan verzoekster leningen hadden verstrekt, (3) leasemaatschappijen, (4) de bank voor zover haar vordering gedekt was door pandrecht op de debiteurenportefeuille van de schuldenaar, (5) de bank voor zover haar vordering niet door een zekerheidsrecht gedekt was en (6) de Belastingdienst.

De aandeelhouders (in beide hoedanigheden), gelieerde partijen en de leasemaatschappijen hebben voor het akkoord gestemd. De bank en de Belastingdienst stemden tegen. Verzoekster

heeft op 6 augustus 2021 aan de rechtbank verzocht om het akkoord te homologeren. De rechtbank heeft een observator aangesteld en een datum bepaald voor de mondelinge behandeling van het homologatieverzoek. Daags na ontvangst van het rapport van de observator heeft de bank een verzoek ex artikel 383 lid 8 Fw tot afwijzing van de homologatie ingediend. Volgens de bank moest homologatie van het akkoord geweigerd worden, omdat: (1) gebrekkige en onvoldoende informatie is verstrekt; (2) de vordering van de bank niet juist is berekend; (3) gedurende het WHOA traject paulianeuze rechtshandelingen hebben plaatsgevonden waardoor de verhaalsmogelijkheden van de bank zijn benadeeld; (4) de bank in geval van faillissement van verzoekster een hogere uitkering zal ontvangen dan waarin het akkoord voorziet; (5) de hoogte en de verdeling van de reorganisatiewaarde onjuist is, waardoor de bank in het akkoord een te lage uitkering zal ontvangen.

De observator heeft in zijn rapport positief geoordeeld over het akkoord. Volgens de observator is een berekening van de reorganisatiewaarde door verschillende factoren van onzekerheid omtrent de te behalen toekomstige omzet eigenlijk niet te bepalen.

De rechtbank stelt voorop dat zij ingevolge artikel 384 lid 1 Fw het verzoek tot homologatie toedient te wijzen, tenzij zich een of meer van de afwijzingsgronden, bedoeld in artikel 384 lid 2 tot en met lid 5 Fw, voordoet of voordoen. Voormelde afwijzingsgronden kunnen blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 16) worden onderverdeeld in de algemene afwijzingsgronden (art. 384 lid 2 Fw) en aanvullende afwijzingsgronden (art. 384 lid 3 tot en met 5 Fw). De afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 Fw zien onder meer op de vraag of het besluitvormingsproces zuiver is geweest en dienen door de rechter ambtshalve te worden getoetst. Nu er door een tegenstemmende schuldeiser tegen de homologatie bezwaar is gemaakt, vindt er vervolgens een verdere toets van het akkoord door de rechter plaats (art. 384 lid 3 en 4 Fw).

De rechtbank is van oordeel dat zich afwijzingsgronden voordoen, zowel op het gebied van de informatievoorziening als op het gebied van de klassenindeling. Volgens de rechtbank ging het mis op de volgende punten:

- (a) Een gedetailleerde lijst van alle crediteuren, met benoeming van hun vordering en in welke klasse zij zijn ingedeeld, ontbrak.
- (b) Er is niet per handelscrediteur onderbouwd waarom hij buiten het akkoord wordt gelaten.
- (c) Het is onduidelijk op welke uitgangspunten en aannames de prognoses voor de jaren 2021-2023 die ten grondslag liggen aan de reorganisatiewaarde gebaseerd zijn. Dit klemmt temeer nu de berekende reorganisatiewaarde lager uitkwam dan de waarde van de activa volgens de

liquidatiebalans en de taxatierapporten.

(d) Verzoekster heeft onvoldoende inlichtingen gegeven over de overdracht van een deel van de bedrijfsactiviteiten aan een nieuwe vennootschap, die heeft plaatsgevonden na de deponering van de startverklaring.

(e) De (vorderingen van) leasemaatschappijen zijn ten onrechte allemaal in dezelfde klasse ingedeeld, terwijl sommige leaseovereenkomsten operationele lease (dus: huur van het leaseobject) betroffen en andere leaseovereenkomsten financial lease waren (dus: leaseobject eigendom van verzoekster, met pandrecht voor de leasemaatschappij).

(f) De rechten van de aandeelhouders in hun hoedanigheid van aandeelhouders worden door het akkoord niet gewijzigd. De aandeelhouders zijn in die hoedanigheid dus ten onrechte als stemgerechtigde klasse aangemerkt.

(g) Uit de tekst van het akkoordvoorstel werd onvoldoende duidelijk wat de aandeelhouders en gelieerde partijen in hun hoedanigheid van leningverstrekkers onder het akkoord zouden ontvangen. Dit zou uit een schema bij het akkoordvoorstel blijken, maar relevante informatie moet uit de tekst van het voorstel zelf blijken en mag niet in schema's worden verstopt.

Verzoekster heeft aangevoerd dat er grote onzekerheid bestaat omtrent toekomstige omzetten; dat het inhuren van een waarderingsdeskundige erg kostbaar zou zijn en daarom niet in het belang van de schuldeisers is; dat een andere klassenindeling niet tot een ander stemresultaat zou hebben geleid; en dat de schade van de financiële problemen van verzoekster in het akkoord eerlijk wordt verdeeld over partijen die er bewust voor hebben gekozen om verliezen te financieren.

De rechtbank gaat aan deze argumenten voorbij, overwegende dat een akkoord niet alleen redelijk, maar ook het resultaat van zuivere besluitvorming dient te zijn. Daarvoor is onder meer nodig dat een akkoord transparant is: de informatie die in het akkoord en de bijlagen is opgenomen moet overzichtelijk en correct zijn en moet toereikend zijn om de schuldeisers in staat te stellen tot een afgewogen keuze te komen. Er moet sprake zijn van een compleet en helder dossier, waarbij op relatief eenvoudige wijze duidelijk wordt hoe men tot bepaalde berekeningen en de daarop gebaseerde beslissingen is gekomen. Hiervoor is in de wet een aantal (minimum)vereisten opgenomen en het is de taak van de rechtbank om ambtshalve te beoordelen of daaraan is voldaan.

Naar het oordeel van de rechtbank is verzoekster tekortgeschoten in haar informatievoorziening richting de schuldeisers. Het akkoord is onvoldoende overzichtelijk en

inzichtelijk. Gezien het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat verzoekster de schuldeisers een onvoldoende duidelijk beeld heeft geschetst van met name de klassenindeling, de liquidatiewaarde, de reorganisatiewaarde en de allocatie daarvan. Dit tezamen maakt dat er niet van kan worden uitgegaan dat de geconstateerde gebreken redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming hadden kunnen leiden. De rechtbank neemt (ook) in dit verband in aanmerking dat de (gestelde) voorstemmende klassen bestaan uit aandeelhouders, wier rechten geen wijzingen ondergaan in het akkoord en die derhalve niet stemgerechtigd zijn, (andere) gelieerde schuldeisers en schuldeisers die relatief weinig hoeven in te leveren, terwijl bovendien een klasse die *'out of the money'* is buiten het akkoord wordt gelaten en hoger gerangschikte klassen hebben tegengestemd.

De rechtbank wijst het verzoek tot homologatie van verzoeker ambtshalve af. Het afwijzingsverzoek van de bank wordt daarom wegens gebrek aan belang afgewezen.

I.F.M. Lakwijk, september 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 03-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:9782

Zaaknummer: C/09/616060 / FT RK 21/669 HO en C/09/617095 / FT HO 21/721

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

Advocaten: M. Hoving en J.R. van Faassen

Wetsartikelen: 383 Fw en 384 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot homologatie ex artikel 383 Fw

Verzoek in het kader van de WHOA tot homologatie van een akkoord ex artikel 383 Fw wordt afgewezen. Niet voldaan aan procedurele voorschriften, geen behoorlijke informatievoorziening en nakoming onvoldoende gewaarborgd.

De onderhavige uitspraak gaat over een verzoek tot homologatie van een onderhands akkoord ex artikel 383 Fw in een besloten akkoordprocedure. Bij de stemming over het akkoord stemmen Klasse I (preferente schuldeisers) en Klasse II (financiers) unaniem voor het akkoord. Van Klasse III (concurrente schuldeisers) heeft 27% gestemd, waarvan 74% voor het akkoord heeft gestemd. Van Klasse IV (mkb-schuldeisers) heeft 54% gestemd, waarvan 81% voor het akkoord heeft gestemd. C BV, uit Klasse IV, heeft op 2 augustus gestemd, na sluiting van de eerste stemtermijn. Zonder de stem van C BV was het akkoord door deze klasse niet aangenomen. De rechtbank gaat derhalve voor de verdere beoordeling ervan uit dat de stem van C BV tijdig werd ontvangen, zodat het akkoord in alle klassen werd aangenomen.

De rechtbank noemt allereerst de algemene afwijzingsgronden (art. 384 lid 2 Fw), die onder meer zien op de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw en of het besluitvormingsproces zuiver is geweest. De rechtbank gaat specifiek in op drie gronden: de stemtermijn, de informatievoorziening en in hoeverre nakoming van het akkoord is gewaarborgd.

Artikel 381 lid 1 Fw schrijft voor dat het akkoord gedurende een redelijke termijn, in ieder geval niet korter dan acht dagen, wordt voorgelegd aan de schuldeisers, tenzij de betreffende schuldeisers verklaren het akkoord te aanvaarden. In onderhavig geval hadden schuldeisers een termijn van acht dagen. Volgens de rechtbank is dat onvoldoende om een geïnformeerd oordeel over het akkoord te vormen. De termijn is daarom naar het oordeel van de rechtbank niet redelijk is. De informatie bij het aanbod was zodanig gebrekkig dat het niet eenvoudig is voor een schuldeiser om de juiste vragen te stellen en daarmee de financiële consequenties en de noodzaak van de herstructurering te doorgronden. Bovendien was de onderbouwing van het nu voorliggende akkoord bij de schuldeisers niet eerder bekend, hebben de schuldeisers

niet uitdrukkelijk ingestemd met de korte stemtermijn en hebben weinig schuldeisers een stem uitgebracht.

Met betrekking tot de informatievoorziening overweegt de rechtbank dat de herstructurering in feite neerkomt op een verkoop van een belangrijk deel van de bedrijfsactiviteiten. Wat verzoekster precies heeft verkocht, wordt nergens vermeld. Daarnaast hebben de schuldeisers geen inzicht gekregen in financieringsdocumentatie en de geldigheid van zekerheden kon op geen enkele wijze worden getoetst. Ook heeft verzoekster geen informatie gegeven over de totstandkoming van de koopsom van de activa en/of onderneming als geheel (de reorganisatiewaarde). Bovendien is het verloop van de waarde van de debiteurenportefeuille onbegrijpelijk en is het saldo aan liquide middelen niet aan de schuldeisers aangeboden. De liquidatie- en reorganisatiewaarde van verzoekster op de peildatum kan zonder de hiervoor genoemde informatie niet worden gecontroleerd. De rechtbank oordeelt derhalve dat verzoekster onvolledige en onjuiste informatie over de liquidatie- en reorganisatiewaarden heeft gegeven.

Bovendien oordeelt de rechtbank dat de verklaring over de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen die verzoekster in het akkoord heeft gegeven onvolledig en misleidend is, nu de financiële problemen van verzoekster niet (alleen) het gevolg zijn van Covid-19, in tegenstelling tot wat verzoekster heeft verklaard.

Daarnaast had verzoekster in een schriftelijke verklaring moeten toelichten waarom zij aan haar mkb-schuldeisers minder dan 20% heeft aangeboden (art. 375 lid 2 onder f). Een enkele verwijzing naar de liquidatiewaarde is onvoldoende om een dergelijk laag aanbod te rechtvaardigen.

Een en ander leidt de rechtbank ertoe te concluderen dat de vastgestelde gebreken zo omvangrijk en zo ernstig zijn dat redelijkerwijs niet kan worden vastgesteld dat deze niet tot een andere uitkomst van de stemming hebben kunnen leiden.

De rechtbank toetst tot slot of nakoming van het akkoord voldoende gewaarborgd is. In het akkoord is aangegeven dat de financiering komt uit de inning van debiteuren en een aanvulling van € 100.000. Ter zitting heeft verzoekster iets heel anders verklaard. Verzoekster heeft haar schuldeisers geen gelegenheid gegeven om te beoordelen of het akkoord voldoende is gewaarborgd. De rechtbank is er evenmin van overtuigd dat de nakoming voldoende gewaarborgd is, zodat niet is voldaan aan artikel 384 lid 2 sub e Fw.

De rechtbank concludeert dat verzoekster (1) geen redelijke termijn heeft gehanteerd voor de stemming, (2) niet heeft voldaan aan haar verplichtingen ex artikel 375 lid 1 (onder e-g) en lid 2 (onder e-f) Fw en (3) haar schuldeisers geen gelegenheid heeft gegeven om te beoordelen of

nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. De rechtbank wijst derhalve het verzoek tot homologatie af.

D.R.C. Smit, september 2021

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2021:4818

Zaaknummer: 21.384

Rechters: C.A.M. de Bruijn, P.J. Neijt en M.C. Bosch

Advocaten: M.C.M. van Ruitenbeek-Kossen

Wetsartikelen: Artikel 383 Fw

RECHTSPRAAK

Prejudiciële vraag: is de WHOA van toepassing op vorderingen van bedrijfstakpensioenfondsen?

Omdat meerdere bedrijfstakpensioenfondsen met deze vraag zijn geconfronteerd, legt de rechtbank de vraag aan de Hoge Raad voor of de werknemersuitzondering van artikel 369 lid 4 Fw ook van toepassing is op bedrijfstakpensioenfondsen.

Een vennootschap die een hotelbedrijf exploiteert dat door de COVID-maatregelen is getroffen, heeft een akkoord aangeboden onder de WHOA. Dit akkoord is ook aangeboden aan het bedrijfstakpensioenfonds. Alle klassen hebben met de vereiste meerderheid ingestemd met het akkoord.

Het bedrijfstakpensioenfonds heeft verzocht tot afwijzing van de homologatie van het akkoord op grond van artikel 384 lid 2 Fw. Volgens het pensioenfonds kunnen zijn rechten niet worden aangetast door de WHOA op grond van artikel 369 lid 4 Fw. Op grond van dat artikel is de WHOA niet van toepassing op 'rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten (...)'. Partijen hebben discussie over de vraag of vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet Bpf 2000 ook vallen onder de reikwijdte van artikel 369 lid 4 Fw.

Omdat meerdere bedrijfstakpensioenfondsen met deze vraag zijn geconfronteerd, legt de rechtbank – nadat partijen zich hierover konden uitlaten – deze vraag voor aan de Hoge Raad, door het stellen van een prejudiciële vraag.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 23-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2021:4475

Zaaknummer: C/13/704064 / FT RK 21.587

Rechters: A.E. de Vos, M.C. Bosch en V.G.T. van Emstede

Advocaten: E. Walinga

Wetsartikelen: 369 lid 5 Fw en 384 lid 2 Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 1 BW
wegens geschatte pensioenpremieschulden**

Kennelijk onbehoorlijk bestuur bestaat volgens de rechtbank uit het zich onvoldoende inspannen om het pensioenfonds ertoe te bewegen alsnog juiste facturen op te leggen. Het verzuim om direct na de oprichting van de vennootschap deel te nemen in het fonds valt buiten de driejaarstermijn, zodat daaraan voorbij wordt gegaan. Geen matiging.

De curator van een gefailleerde vennootschap, die personeelsdiensten verleende aan een zustermaatschappij, spreekt de direct en indirect bestuurder aan op grond van artikel 2:248 BW. In een uitvoerig vonnis wijst de rechtbank die vordering toe.

De curator maakte meerdere verwijten, maar de discussie tussen partijen heeft zich toegespitst op de pensioenschulden van failliet en dus doet de rechtbank dat ook. In 2018 heeft het Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouw ('Bpf') in het kader van een werkingssfeeronderzoek bepaald dat de failliet met terugwerkende kracht vanaf 2013 verplicht is aangesloten. Bij gebreke van aangeleverde loongegevens door de failliet heeft het Bpf de verschuldigde totale premie vervolgens geschat op € 950.000. Volgens de bestuurders bedraagt de werkelijke vordering € 171.000. Het Bpf is voorafgaand aan het faillissement niet bereid gebleken de vordering aan te passen, waarna het faillissement op eigen aangifte is uitgesproken.

De rechtbank wijst het eerste verwijt van de curator, dat de bestuurders bij de oprichting van de failliet in 2012 verzuimd hebben om deel te nemen in het pensioenfonds, van de hand. Dit verzuim valt buiten de driejaarstermijn van artikel 2:248 lid 6 BW. De rechtbank acht het niet ondenkbaar dat het voort laten bestaan van een manco, dat veroorzaakt is door onbehoorlijk bestuur, op zichzelf als onbehoorlijke taakvervulling kan worden beschouwd. De curator heeft echter onvoldoende concreet gesteld dat hiervan sprake is.

Op andere gronden komt de rechtbank wel tot het oordeel dat sprake is van kennelijk

onbehoorlijk bestuur. Volgens haar lag het op de weg van de bestuurders om zich voldoende in te spannen om het Bpf ertoe te brengen de facturen alsnog volgens het materieel verschuldigde op te leggen. De rechtbank weegt daarbij mee dat volgens de bestuurders een faillissement had kunnen worden voorkomen als de vordering was bijgesteld conform hun berekening. Op grond van verschillende omstandigheden, waaronder het niet beschikbaar zijn van loonadministratie over 2013 en 2014, oordeelt de rechtbank dat die inspanning niet voldoende is gebleken. De wel genomen maatregelen, zoals de pogingen van de bestuurders om de ingangsdatum van de verplichte deelname te verplaatsen naar 2018, acht zij onvoldoende. Omdat het faillissement is aangevraagd vanwege de pensioenschuld, is volgens de rechtbank tevens aannemelijk dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Het beroep van de bestuurders op matiging wordt door de rechtbank afgewezen. Onder meer acht de rechtbank niet relevant dat nog niet duidelijk is of de betreffende werknemers wel aanspraak zullen maken op pensioen. Zij volgt verder de curator in zijn standpunt dat het niet juist is dat individuele werknemers moeten worden aangesproken voor het werknemersgedeelte van de pensioenpremie. De rechtbank wijst de vordering van de curator dus volledig toe. Zij kent een voorschot op het boedeltekort toe dat is gebaseerd op de door de bestuurders berekende daadwerkelijk verschuldigde premie.

Het tweede gedeelte van de uitspraak betreft de in dezelfde procedure ingestelde vorderingen jegens de zustermaatschappij. De rechtbank neemt het bestaan van een mondelinge afspraak tussen failliet en haar zuster aan, op grond waarvan de zuster aan failliet alle kosten voor ingeleend personeel – waaronder de vordering van het Bpf – zou vergoeden. Zij wijst daarom ook de nakomingsvordering jegens de zuster ter hoogte van de pensioenschuld toe. De andere vorderingen worden afgewezen, omdat – aldus de rechtbank – mede gezien de reeds toegewezen vordering jegens de bestuurders niemand is gebaat bij een verdere juridisering van de ontstane situatie.

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

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 25-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:8702

Zaaknummer: C/10/607559 / HA ZA 20-1077

Rechters: C. Bouwman

Advocaten: C. Dursun en R.J.M. Lenstra

Wetsartikelen: 2:248 lid 1 BW, 2:248 lid 6 BW en 2:11 BW

RECHTSPRAAK

Homologatie surseanceakkoord, ondanks gebrekkige communicatie

De rechtbank homologeert het akkoord, omdat de concurrente schuldeisers door een akkoord met de Belastingdienst meer ontvangen dan in faillissement. Dat de communicatie beter had gekund is geen reden voor afwijzing, omdat onduidelijkheden tijdens de crediteurenvergadering zijn weggenomen.

Een vennootschap heeft een surseanceakkoord aangeboden aan haar concurrente schuldeisers. De hoogte van de ingediende vorderingen bedraagt bijna € 13 miljoen. Een deel van deze vorderingen wordt betwist. Het akkoord dat is aangeboden betreft een liquidatieakkoord. De schuldenaar heeft zijn schuldeisers erover geïnformeerd dat de uitkering ten minste 20% van de vorderingen bedraagt, maar mogelijk een iets hoger percentage. Ten aanzien van de betwiste schuldeisers wordt een reservering aangehouden. Als de betwistingen terecht zijn, wordt de reserve uitgekeerd aan de overige schuldeisers.

De schuldenaar heeft aangevoerd dat het voordeel van het surseanceakkoord voor de concurrente schuldeisers ongeveer € 108.000 bedraagt. De reden daarvoor is dat de Belastingdienst genoeg neemt met het dubbele percentage dat de concurrente schuldeisers krijgen, zodat het bedrag dat niet betaald hoeft te worden aan de Belastingdienst uitgekeerd kan worden aan de concurrente schuldeisers. Een drietal schuldeisers heeft verzocht de homologatie te weigeren. Aangevoerd wordt onder meer dat het akkoord niet is aangenomen, dat aanvullend onderzoek nodig is naar een verkooptransactie en aansprakelijkheid van een voormalig bestuurder en dat de schuldeisers onvoldoende zijn geïnformeerd over het akkoord.

De rechtbank oordeelt dat het akkoord is aangenomen. Uit artikel 252 Fw volgt niet dat slechts eenmaal over het akkoord mag worden gestemd. Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat slechts eenmaal een akkoord mag worden aangeboden dat na stemming niet meer mag worden gewijzigd, om zo een 'koehandel' tijdens de crediteurenvergadering te voorkomen. De rechter-commissaris heeft eerst geïnventariseerd of het akkoord haalbaar is, maar dat was ondanks de

benaming die daaraan werd gegeven door de rechter-commissaris geen daadwerkelijke stemming. Nadat de vergadering tweemaal is geschorst, heeft de daadwerkelijke stemming plaatsgevonden. In tussentijd is het aangeboden akkoord niet gewijzigd.

De rechtbank stelt vast dat de schuldeisers onder het akkoord meer krijgen dan in faillissement, doordat onder het akkoord aan de Belastingdienst aanzienlijk minder hoeft te worden betaald. De bewindvoerder heeft verklaard dat er niets is aan te merken op de verkooptransactie waarover discussie is ontstaan. Omdat de schuldeiser hier onvoldoende tegen in hebben gebracht, gaat de rechtbank hierin mee. Met de voormalig bestuurder is een vaststellingsovereenkomst gesloten, op grond waarvan de bestuurder € 80.000 betaalt aan de boedel. De bewindvoerder is nauw bij de totstandkoming van deze overeenkomst betrokken geweest. Omdat hij heeft verklaard dat er in dit kader geen andere baten zijn te verwachten, oordeelt de rechtbank dat niet is gebleken dat een faillissement tot hogere baten zal leiden. Een faillissement leidt juist wel tot hogere kosten.

Verder overweegt de rechtbank dat voldoende duidelijkheid is verstrekt over de baten van de boedel, zodat de nakoming van het akkoord voldoende is gewaarborgd. Mocht het akkoord toch niet worden nagekomen, dan kunnen schuldeisers ontbinding van het akkoord vorderen. Ook zijn vereffenaars van een vennootschap op dezelfde gronden aansprakelijk als bestuurders. Verder kunnen schuldeisers in verzet komen tegen een neergelegde rekening en verantwoording. Tot slot kan om heropening van de vereffening worden verzocht als nog blijkt van het bestaan van een bate.

Tot slot overweegt de rechtbank dat de communicatie over het akkoord niet de schoonheidsprijs verdient. Schuldeisers zijn onvoldoende in het akkoord meegenomen. De onduidelijkheden die nog bestonden, zijn tijdens de crediteurenvergadering echter weggenomen, zodat dit geen grond is voor weigering van de homologatie. De slotsom is dat de rechtbank het akkoord homologeert.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:8742

Zaaknummer: RK 21.160

Rechters: W.J. Roos-van Toor

Advocaten: S.J.B. Drijber, P.E. Hendriksen, R.M.T.M. Tielens, J. van Hecke, F. Hengst en P. van der Valk

Wetsartikelen: 252 Fw en 272 Fw

RECHTSPRAAK

Verlenging afkoelingsperiode ADO Den Haag, afwijzing machtiging artikel 42a Fw

De rechtbank verlengt de afgekondigde afkoelingsperiode tot 1 november 2021, omdat ADO Den Haag tot die tijd aan haar lopende verplichtingen kan voldoen. Een machtiging ex artikel 42a Fw voor het aangaan van een kredietovereenkomst met de gemeente Den Haag wordt niet verleend.

In de WHOA-procedure van ADO Den Haag heeft de rechtbank een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van 25 mei 2021 tot 1 augustus 2021. Ook is een herstructureringsdeskundige aangewezen. In deze uitspraak wordt beslist op het verlengingsverzoek dat door de herstructureringsdeskundige is ingediend. Daarnaast verzoekt de herstructureringsdeskundige om op grond van artikel 42a Fw een machtiging af te geven voor een eventueel door de gemeente Den Haag te verstrekken overbruggingskrediet.

Op grond van artikel 376 lid 5 Fw moet voor toewijzing van een verleningsverzoek belangrijke vooruitgang zijn geboekt in de totstandkoming van het akkoord. Daarvan is naar het oordeel van de rechtbank sprake. Er is intensief overleg gevoerd met alle belanghebbenden en het akkoord met alle bijlagen is (vrijwel volledig) gereed om aan te bieden. Er moet nog overeenstemming worden bereikt met een investeerder, maar ook in dat verband vinden intensieve besprekingen plaats. Uit een overgelegde liquiditeitsprognose blijkt dat ADO Den Haag in ieder geval tot 1 november 2021 aan haar lopende verplichtingen kan voldoen zonder externe financiering. Onder deze omstandigheden verlengt de rechtbank de afkoelingsperiode tot 1 november 2021, en niet zoals verzocht tot 30 november 2021.

Het verzoek voor een machtiging op grond van artikel 42a Fw ziet op een overbruggingskrediet van € 500.000 dat de gemeente Den Haag beschikbaar wil stellen aan ADO Den Haag. De rechtbank verleent niet de verzochte machtiging. Een reden daarvoor is dat partijen nog in onderhandeling zijn over de modaliteiten van de overeenkomst. Daarnaast is het krediet alleen nodig als het niet lukt om tijdig een investeerder te vinden. Het is dus nog niet bekend of het aangaan van de kredietovereenkomst noodzakelijk is om de onderneming

tijdens het akkoord te blijven voortzetten (art. 42a aanhef en sub a Fw).

Verder overweegt de rechtbank dat een machtiging niet alleen wordt verstrekt voor het aangaan van de kredietovereenkomst, maar ook voor het gebruik van het krediet. Omdat in ieder geval voor november 2021 geen gebruik wordt gemaakt van de kredietfaciliteit en de situatie tot die tijd kan wijzigen, kan de rechtbank nu nog niet beoordelen of de belangen van schuldeisers zijn gediend met het sluiten van de kredietovereenkomst (art. 42 aanhef en sub b Fw). Ook dat is een reden voor afwijzing van het verzoek.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 03-09-2021

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2021:9779

Zaaknummer: C/09/615579 / FT RK 21/635 HO en C/09/617141 / FT RK 21/722 HO

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

Advocaten: R.J. van Galen en R.M. Woudenberg

Wetsartikelen: 376 Fw en 42a Fw

RECHTSPRAAK

Depotstorting paulianeus

Na mededeling van een pandrecht hebben diverse debiteuren toch aan de pandgever betaald. Kort voor faillissement is het bedrag dat ten onrechte aan de pandgever is betaald in depot gestort. De rechtbank oordeelt dat deze depotstorting paulianeus is.

Alle aandelen in Tumble 'n Dry B.V. ('TND') worden gehouden door TND Holding B.V. Bestuurder van TND is de heer F.J.M. Schram. Bestuurder van TND Holding is zijn broer, de heer W.J.M. Schram. TND heeft een pandrecht gevestigd op haar vorderingen op derden ten behoeve van TND Holding en twee andere vennootschappen waarvan W.J.M. Schram (indirect) bestuurder is (ook gezamenlijk worden de pandhouders hierna 'TND Holding' genoemd). Eind maart 2020 heeft TND Holding het pandrecht medegedeeld aan de debiteuren van TND. Ondanks deze mededeling hebben diverse debiteuren toch aan TND betaald.

Op 23 april 2020 heeft TND Holding het aandeelhoudersbesluit getekend voor de faillissementsaanvraag van TND. Een paar dagen later, op 27 april 2020, heeft TND met TND Holding een depotovereenkomst gesloten, op grond waarvan het bedrag dat debiteuren ten onrechte aan TND hebben betaald (ongeveer € 100.000) door TND in depot wordt gestort bij een notaris. Het bedrag is ook daadwerkelijk in depot gestort. Het bedrag is niet direct overgemaakt naar TND Holding, omdat partijen inzagen dat mogelijk discussie kon ontstaan met de curator van TND.

Op 28 april 2020 is TND failliet verklaard. De curator van TND heeft de depotovereenkomst en -storting vernietigd op grond van artikel 42 Fw. In deze procedure vordert de curator een verklaring voor recht dat de depotstorting rechtsgeldig is vernietigd. De rechtbank wijst de vordering toe.

De rechtbank loopt de vereisten voor artikel 42 Fw af. Ten eerste is sprake van een onverplichte rechtshandeling. TND Holding heeft een vordering op de debiteuren die aan haar hadden moeten betalen en deze debiteuren hebben een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op TND, maar TND was niet verplicht om bedragen die ten onrechte

zijn betaald aan TND over te maken aan TND Holding. De rechtbank oordeelt ten tweede dat schuldeisers zijn benadeeld door de depotstorting. Zonder deze storting zouden de debiteuren die ten onrechte aan TND hebben betaald in het faillissement een concurrente vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling hebben. Het depotbedrag zou dan ten goede gekomen zijn aan alle schuldeisers, terwijl het bedrag nu buiten de boedel is geplaatst. Ten derde is ook sprake van wetenschap van benadeling. Die wetenschap hoeft alleen bij TND aanwezig te zijn, omdat het gaat om een rechtshandeling om niet. Omdat deze rechtshandeling binnen een jaar voor de faillietverklaring is verricht, wordt op grond van artikel 45 Fw vermoed dat TND wetenschap had van benadeling. Ten overvloede overweegt de rechtbank dat TND en TND Holding wetenschap hadden van benadeling. De depotovereenkomst is een dag voor uitspraak van het faillissement gesloten en zowel (het bestuur van) TND als TND Holding wist dat het faillissement was aangevraagd.

TND Holding heeft nog aangevoerd dat het beroep van de curator op de faillissementspauliana in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, omdat TND Holding er met de depotovereenkomst uitsluitend voor wilde zorgen dat onjuiste betalingen terecht kwamen bij haarzelf als pandhouder. De rechtbank gaat hier niet in mee. Het is de taak van de curator om de boedel te beheren en te vereffenen. Het geld dat in depot is geplaatst komt toe aan de gezamenlijke schuldeisers van TND, zodat de curator terecht een beroep heeft gedaan op artikel 42 Fw.

De gevraagde uitvoerbaar bij voorraadverklaring wordt afgewezen. De rechtbank overweegt dat het restitutierisico dat TND Holding loopt groot is, terwijl er geen kans is op verdwijning of verduistering van het geld, omdat het geld in depot staat bij de notaris.

H.J. de Kloe, september 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 18-08-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2021:6946

Zaaknummer: C/15/307971 / HA ZA 20-617

Rechters: J. van der Kluit

Advocaten: M.A.M.J. Stücken en R.A.M. Schram

Wetsartikelen: 42 Fw en 45 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending publicatieplicht en leeghalen vennootschap

Bestuurder wordt aansprakelijk gehouden voor het tekort in het faillissement op grond van artikel 2:248 lid 2 BW wegens een schending van de publicatieplicht. Hoe dan ook is sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur, omdat de bestuurder de vennootschap heeft leeggehaald om verhaal door schuldeiser te voorkomen. Geen matiging.

In casu staat de aansprakelijkheid van een bestuurder ('bestuurder X') centraal die bestuurder is van een vennootschap ('de vennootschap') die op enig moment via een aan haar gelieerde vennootschap het recht heeft verworven om het tijdschrift Megazine ('het tijdschrift') te exploiteren.

Het drukwerk van de vennootschap werd verzorgd door VNV Mediaprinting BVBA ('VNV'). Op 4 augustus 2009 heeft VNV conservatoir beslag ten laste van de vennootschap gelegd. Op 18 augustus heeft VNV de vennootschap gedagvaard voor de betaling van haar openstaande facturen ter hoogte van € 284.269.

Tussen het moment van beslag en dagvaarden is er een nieuwe vennootschap opgericht, Management B.V. ('Management') geheten, waarvan onder meer bestuurder X aandeelhouder is. De goodwill en alle daarbij behorende rechten in relatie tot het tijdschrift zijn op 12 augustus 2009 door vennootschap verkocht aan Management, waarvoor op 20 augustus 2009 een uitgebreide overeenkomst werd ondertekend. De goodwill van het tijdschrift, de klantenbestanden, verkooporders en adviescontracten werden door de vennootschap aan Management verkocht voor € 468.000. De koopprijs bleef Management schuldig uit hoofde van een rekening-courantlening. De vennootschap zou haar uitgeversactiviteiten staken.

Op 25 september 2009 werd wederom conservatoir beslag gelegd op de debiteuren van de vennootschap. Op 14 juli 2010 werd de vordering van VNV toegewezen. Ondanks het feit dat de vorderingen van de vennootschap op haar debiteuren op 31 juli 2009 zijn overgedragen aan

een aan de vennootschap gelieerde partij, wist VNV zich alsnog te verhalen op de debiteuren van de vennootschap. De vennootschap heeft beroep ingesteld tegen het vonnis waarin de vordering van VNV is toegewezen.

Op 11 oktober 2011 is de vennootschap op verzoek van een papierleverancier failliet verklaard. Deze leverancier had papier geleverd bij de drukkerij die het drukwerk verzorgde voor Management, maar gefactureerd aan de vennootschap. De vennootschap bood geen verhaal voor deze vordering.

De curator heeft bestuurder X op grond van artikel 2:248 aansprakelijk gesteld voor het tekort in het faillissement. Daarbij werd een beroep gedaan op het bewijsvermoeden van lid 2. De jaarrekening over 2007 is namelijk pas op 4 november 2009 gedeponereerd. De rechtbank wijst de vorderingen van de curator toe. Bestuurder X gaat in hoger beroep.

In hoger beroep betoogt bestuurder X dat het verzuim met betrekking tot de deponering van de jaarrekening verschoonbaar is en onbelangrijk in de zin van artikel 2:248 lid 2 BW. Het hof overweegt dat op bestuurder X na zijn aantreden in 2008 de verplichting rustte om de jaarrekening over 2007 te publiceren. Reeds daarom heeft hij zijn taak onzorgvuldig vervuld. Of het verzuim verschoonbaar is doet niet ter zake omdat de wet geen uitzondering kent bij verschoonbaarheid van het verzuim. Bovendien wist bestuurder X bij zijn aantreden dat de jaarrekening niet was gepubliceerd, terwijl hij voldoende tijd had dit alsnog te doen.

De stelling dat sprake is van een onbelangrijk verzuim wordt, onder verwijzing naar bestendige jurisprudentie, eveneens van de hand gewezen. De termijn voor publicatie is met negen maanden overschreden. Bestuurder X had ruimschoots tijd om de jaarrekening te publiceren of zich ervan te vergewissen dat de jaarrekening was gepubliceerd. Het argument dat niemand is of kan zijn benadeeld door het uitblijven van publicatie wegens het feit dat de vennootschap leeg was en geen activiteiten uitoefende, mag bestuurder X eveneens niet baten. Dit kan namelijk geen reden zijn om aan te nemen dat het verzuim onbelangrijk is. Volgens het hof staat reeds daarom vast dat bestuurder X zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.

Bestuurder X probeert eveneens te weerleggen dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Daarmee maakt het hof korte metten. Bestuurder X heeft de vennootschap namelijk leeggehaald met als doel om de activa van de vennootschap aan verhaal door VNV te onttrekken. De vennootschap verrichtte daarna geen activiteiten meer, waardoor er ook geen verhaalsmogelijkheden bestonden. Dit is volgens het hof geen handelwijze die een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden past. De plicht om de onderneming door een moeilijke tijd te loodsen, is hiervoor geen rechtvaardiging. Het hof concludeert daarom dat het faillissement, ook zonder het verzuim om de jaarrekening

tijdig openbaar te maken, is veroorzaakt door de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van bestuurder X.

Bestuurder X beroept zich ook nog op matiging op grond van artikel 2:248 lid 4 BW onder meer op grond van de stelling dat hij naar eer en geweten heeft gehandeld. Dit mag bestuurder X eveneens niet baten. Op grond van de aard en ernst van zijn handelen is er, aldus het hof, geen reden om tot matiging over te gaan. Het hof veroordeelt bestuurder X tot betaling van het faillissementstekort.

M.Y.C. Smeets, september 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-02-2021

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2021:357

Zaaknummer: 200.255.572_01

Rechters: W.J.J. Los, L.S. Frakes en C.W.T. Vriezen

Advocaten: H.L.J. Walhain en P.E. Butterman

Wetsartikelen: 2:248 BW en 2:394 BW