

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 3, 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:2021:102](#) 22-01-2021

Schorsing faillissementsgijzeling.

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:2098](#) 18-12-2020

Conclusie A-G Hartlief over afgeleide schade

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1941](#) 04-12-2020

Artikel 81 Wet RO. Conclusie A-G Assink over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2021:89](#) 12-01-2021

Geen bestuurdersaansprakelijkheid in verband met turboliquidatie

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2020:2484](#) 15-12-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending publicatieplicht en zienswijze in het kader van een bestuursverbod

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2020:3638](#) 26-11-2020

Marrobel B.V. en Marggraaf Stichting slagen in hoger beroep in hun verzoek tot heropening vereffening ontbonden stichting

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:285](#) 29-01-2021

Afwijzing verzoek tot benoeming van één voorgedragen herstructureringsdeskundige

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:244](#) 26-01-2021

WHOA-beschikking: herstructureringsdeskundige onpartijdig en onafhankelijk?

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2021:363](#) 21-01-2021

WHOA: verzoek afkoelingsperiode

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:627](#) 20-01-2021

Bestuurders aansprakelijk wegens selectieve betalingen aan gelieerd uitzendbureau

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2021:363](#) 12-01-2021

Faillietverklaring. Lopende verplichtingen worden niet voldaan en betalingsregeling is onvoldoende concreet

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2021:163](#) 12-01-2021

Verzet bestuurder tegen opheffing faillissement slaagt niet

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2020:12548](#) 09-12-2020

Afwijzing vordering NEC tegen bestuurder van voormalig hoofdsponsor Flexenergie

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2020:4123](#) 25-11-2020

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Bestuurders aansprakelijk wegens selectieve betalingen aan gelieerd uitzendbureau

De bestuurders moesten er ten tijde van de betalingen ernstig rekening mee houden dat de vennootschap niet alle schuldeisers kon voldoen. Daarmee stond het hun niet langer vrij een gelieerde schuldeiser volledig te voldoen.

TSE, een vennootschap die zich bezighield met het onderhoud van installaties in de (petro)chemische industrie, is op 15 mei 2021 failliet verklaard. De curator spreekt de (directe en indirecte) bestuurders van TSE aan op de voet van artikel 2:248 BW en artikel 6:162 BW.

Aan de vordering op de voet van artikel 2:248 BW legt de curator ten eerste een vermeende schending van de administratieplicht (art. 2:10 BW) ten grondslag. De rechtbank oordeelt dat zo'n schending niet is komen vast te staan. Voorts stelt de curator dat de bestuurders fouten hebben gemaakt bij het aannemen van een groot onderhoudsproject voor de Zweedse oliemaatschappij Preem AB en dat die fouten kennelijk onbehoorlijk bestuur opleveren in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW. De bestuurders zouden te veel risico hebben genomen door het (voor TSE) zeer omvangrijke project aan te nemen en zich daarop onvoldoende hebben voorbereid. De rechtbank oordeelt dat de bestuurders inderdaad fouten hebben gemaakt. De bestuurders hebben (te) veel op hun ervaring vertrouwd, aldus de rechtbank, maar hadden ook wel degelijk veel ervaring in deze branche en de keuzes die zij op basis van die ervaring maakten, waren ook niet geheel ongegrond. Dit alles maakt dat het gestelde onvoldoende is om kennelijk onbehoorlijk bestuur aan te nemen, nu niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder – in gelijke omstandigheden – gehandeld zou hebben zoals de bestuurders alhier hebben gedaan (vgl. HR HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053 (*Panmo*)).

De vordering op de voet van artikel 6:162 BW ziet op selectieve betaling. De curator stelt dat TSE tussen 8 november 2011 en 5 december 2011 in totaal € 664.315 aan een aan TSE gelieerd uitzendbureau heeft betaald, terwijl begin november duidelijk was geworden dat Preem AB de facturen niet zonder meer zou betalen. Gelet op deze opstelling van Preem AB hadden de

bestuurders er ten tijde van de betalingen aan het uitzendbureau ernstig rekening mee moeten houden dat TSE niet alle schuldeisers kon voldoen, aldus de curator. De rechtbank volgt hier het betoog van de curator en oordeelt dat de bestuurders, vanwege de opstelling van Preem AB, vanaf begin november ernstig rekening moesten houden met de mogelijkheid dat TSE niet al haar schuldeisers zou kunnen voldoen. Daarmee stond het hun niet langer vrij een aan TSE gelieerde schuldeiser volledig te voldoen en andere (grote) schuldeisers niet. In de gegeven omstandigheden moet ieder van hen daarvan in ernstige mate een verwijt worden gemaakt.

O. Oost, februari 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 20-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:627

Zaaknummer: C/10/591920 / HA ZA 20-209

Rechters: Th. Veling

Advocaten: B. Verkerk en L.R.T. Peeters

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek tot benoeming van één voorgedragen herstructureringsdeskundige

De rechtbank wijst het verzoek tot benoeming van één voorgedragen herstructureringsdeskundige af omdat onvoldoende de onpartijdigheid en onafhankelijkheid is gewaarborgd, die vereist is voor een herstructureringsdeskundige. Met wenk.

A en B ('de vennoten') drijven samen een VOF en deponeren op 18 januari 2021 een startverklaring als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw bij de rechtbank voor een besloten akkoordprocedure. Tegelijkertijd verzoeken zij X aan te wijzen als herstructureringsdeskundige. Een dergelijk verzoek wordt toegewezen als de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan ('de toestand'). Volgens de rechtbank blijkt voldoende dat de vennoten in de toestand verkeren, en daarom zal de rechtbank overgaan tot aanwijzing (art. 371 lid 3 Fw). De vennoten verzoeken expliciet om de aanwijzing van X als herstructureringsdeskundige. Er zijn ook geen andere namen en offertes van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen opgenomen in het verzoek. Volgens de vennoten volgt uit de tekst van de wet dat, als sprake is van de toestand, en het verzoek door de schuldenaar zelf is gedaan, de rechtbank is gehouden het verzoek tot aanwijzing van X toe te wijzen.

Daar gaat de rechtbank niet in mee. Uit artikel 371 lid 3 Fw volgt dat wanneer sprake is van de toestand en het verzoek om aanwijzing van een herstructureringsdeskundige door de schuldenaar is gedaan, door de rechtbank een herstructureringsdeskundige wordt aangewezen. Het 'verplichte' karakter van het toewijzen van een dergelijk verzoek is ingegeven door de veronderstelling dat wanneer de schuldenaar er zelf om verzoekt, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Dit strekt zich dus niet uit tot de persoon van de herstructureringsdeskundige. Wel kan het verzoek om een bepaald persoon te benoemen meegewogen worden in de beoordeling, al naar gelang dat verzoek steun geniet onder de

betrokkenen.

Voorop staat volgens de rechtbank dat de herstructureringsdeskundige zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk uitvoert (art. 371 lid 6 Fw). De vennoten zijn van mening dat de rol van de rechtbank is beperkt tot de homologatie van het akkoord: dan pas kan worden getoetst of de herstructureringsdeskundige zijn taak onafhankelijk en onpartijdig heeft uitgevoerd. De sanctie is dat de rechtbank de homologatie kan weigeren. Artikel 378 Fw geeft de schuldeisers de mogelijkheid om bezwaar te maken. De wet stelt volgens hen niet het vereiste dat de aan te wijzen herstructureringsdeskundige 'vrij staat' van zowel de schuldenaar als van andere betrokkenen; in zoverre is er ten aanzien van de aanwijzing van de (persoon van de) herstructureringsdeskundige dus slechts plaats voor een summiere toetsing.

Ook hier gaat de rechtbank niet in mee. Artikel 378 Fw bevat géén mogelijkheid voor de schuldeisers om bezwaar te maken tegen de taakuitoefening van de herstructureringsdeskundige, maar slechts de mogelijkheid voor de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige om voorafgaand aan de stemming over het akkoord een uitspraak te krijgen over aspecten die voor de totstandkoming van het akkoord van belang zijn. De stelling dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid pas bij de homologatie vol getoetst dienen te worden acht de rechtbank onjuist.

Volgens de rechtbank kan de rol van de herstructureringsdeskundige gezien worden als een 'bruggebouwer', als het spreekwoordelijke 'olieroket' dat ten dienste staat van het tot stand te brengen akkoord en *niet* van een of meerdere partijen. Om die rol te kunnen vervullen en het daarvoor benodigde vertrouwen bij alle betrokken partijen te krijgen dient voor alle betrokkenen van begin af aan duidelijk te zijn dat de herstructureringsdeskundige zijn taken onafhankelijk en onpartijdig uitvoert. Daarvoor is nodig dat hij vrij staat van alle betrokken partijen. De rechtbank baseert dit op het volgende:

in de wetsgeschiedenis is overwogen dat een schuldenaar kan vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, om bijvoorbeeld iedere schijn van belangenvermenging te voorkomen of om het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskansen van het akkoord te vergroten. Als de poging om een akkoord tot stand te brengen wordt overgenomen door een externe onafhankelijke herstructureringsdeskundige, kan dit het vertrouwen in het proces en daarmee de slagingskansen vergroten, aldus de wetgever;

in artikel 2 lid 1 onder 12 Richtlijn (EU) 2019/1023 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), wordt de herstructureringsdeskundige gedefinieerd als 'elke persoon of instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie is aangesteld';

vanwege de vereiste onafhankelijkheid en onpartijdigheid vereist artikel 3.2 van het Landelijk

procesreglement WHOA-zaken rechtbanken dat in het verzoekschrift twee of drie namen van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen worden vermeld (voorzien van offertes voor de kosten). De enige uitzondering hierop is de situatie waarin alle bij het verzoek betrokken partijen het eens zijn over de mogelijk aan te wijzen herstructureringsdeskundige; uit de wetsgeschiedenis van artikel 380 Fw volgt naar het oordeel van de rechtbank bovendien dat de taakomschrijving van een observator mede van toepassing moet worden geacht te zijn op die van de herstructureringsdeskundige en dat de wetgever het in het bijzonder van belang heeft geacht dat, indien een homologatieverzoek wordt gedaan ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd, te allen tijde een onafhankelijke derde betrokken is die oog heeft voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Omdat van tevoren doorgaans nooit duidelijk zal zijn of het aan te bieden akkoord uiteindelijk op de instemming van alle klassen van schuldeisers zal kunnen rekenen, en omdat geen observator meer kan worden benoemd nadat eenmaal een herstructureringsdeskundige is aangewezen, dient de rechtbank reeds bij de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige groot gewicht toe te kennen aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Tegen deze achtergrond beoordeelt de rechtbank het verzoek van de vennoten om X aan te wijzen als herstructureringsdeskundige. De deskundigheid van X staat niet ter discussie, maar de rechtbank heeft wel zijn twijfels over de mate waarin hij al betrokken is bij de vennoten, en of daardoor in dit concrete geval niet tegenover betrokken partijen de schijn kan ontstaan dat hij in onvoldoende onafhankelijk en onpartijdig is. Deze twijfels zijn ontstaan doordat hij al contact heeft gehad met de vennoten voordat het verzoek is ingediend, en hij ook verder lijkt te gaan dan noodzakelijk is om tot een offerte te kunnen komen: het verzoekschrift om X als herstructureringsdeskundige aan te wijzen en de toelichting daarop zijn afgedrukt op zijn briefpapier, hij heeft al een verzoekschrift tot het gelasten van een afkoelingsperiode opgesteld voor de vennoten en is al aanwezig geweest bij een overleg met partijen. Verder is niet gebleken dat X (brede) steun geniet onder de betrokken partijen waaronder de grootste schuldeiser van vennoten, tevens verhuurder en beslaglegger.

De rechtbank komt daarom tot de conclusie dat X onvoldoende vrij staat om te worden aangewezen tot herstructureringsdeskundige, en dat daarnaast niet volstaan had kunnen worden met het noemen van slechts één mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 3,2 van het Landelijk procesreglement. De vennoten worden in de gelegenheid gesteld om alsnog twee of drie namen te vermelden van mogelijk te benoemen herstructureringsdeskundigen (voorzien van een offerte). Volstaan kan slechts worden met één naam indien alle betrokken partijen het over die persoon eens zijn. Indien de vennoten geen namen overleggen, zal de rechtbank zelf een herstructureringsdeskundige aanwijzen. De

rechtbank merkt ook nog op dat de vennoten het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ook nog kunnen intrekken. Niets staat eraan in de weg dat zij, al dan niet met inschakeling van een derde die namens hen optreedt, een akkoord aan hun schuldeisers aanbieden. De aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is daarvoor niet vereist.

Wenk

Het lastige aan een voordracht van herstructureringsdeskundigen waarbij offertes worden overgelegd, is dat dit systeem vooroverleg impliceert. Dat doet al snel af aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de herstructureringsdeskundige, zie T.E. Booms, M.R. Schreurs & S.H. de Ranitz, 'De signatuur van de herstructureringsdeskundige: op zoek naar een schaap met vijf poten?', *FIP* 2021/8. Voor het succes van de WHOA op lange termijn achten zij het noodzakelijk dat de rechtbanken uiteindelijk overstappen naar een aanwijzingssysteem zonder voordracht. Dat lijkt mij ook het beste. De rechterlijke macht heeft aangegeven de voorgestane werkwijze in het procesreglement te evalueren zodra ervaring is opgedaan met de WHOA. Vooralsnog worden alle opties opengelaten met betrekking tot de wijze waarop in de toekomst zal worden omgegaan met de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (zie Booms, Schreurs & De Ranitz 2021).

S.E. Streng, februari 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:285

Zaaknummer: C/17/176908 / FT RK 21/39

Rechters: H.J. Idzenga, M.C. Bosch en M. Wouters

Advocaten: K.E. Wielenga

Wetsartikelen: 370 Fw en 371 Fw

RECHTSPRAAK

Schorsing faillissementsgijzeling.

Het is mogelijk dat een inbewaringstelling die is bevolen op grond van artikel 87 Fw wordt geschorst. Schorsing van de inbewaringstelling schorst ook termijn van inbewaringstelling.

In deze cassatieprocedure in het belang der wet oordeelt de Hoge Raad over een drietal punten.

Het eerste punt betreft de vraag of een inbewaringstelling ex artikel 87 Fw kan worden geschorst – al dan niet onder voorwaarden. De Hoge Raad oordeelt dat dit kan, hoewel de wet daartoe geen mogelijkheid biedt. De Hoge Raad verwijst daarbij naar het subsidiariteitsbeginsel uit het EVRM dat voorschrijft dat van een inbewaringstelling slechts sprake kan zijn indien het doel dat met de inbewaringstelling wordt beoogd niet met een minder ingrijpend middel kan worden gerealiseerd. Een schorsing van de inbewaringstelling – al dan niet onder voorwaarden – kan zo’n minder ingrijpend middel zijn en strookt daarom volgens de Hoge Raad met de Faillissementswet en het EVRM. De Hoge Raad geeft aan dat de rechter steeds bij elke beslissing over een inbewaringstelling dient te onderzoeken of volstaan kan worden met het bevelen of verlengen van de inbewaringstelling onder gelijktijdige schorsing van de tenuitvoerlegging. Schorsing kan alleen aan de orde zijn indien aan alle vereisten voor een inbewaringstelling is voldaan. De eventuele voorwaarden die aan de schorsing worden gesteld, dienen in lijn te zijn met het EVRM.

Het tweede punt is of tijdens een schorsing van een inbewaringstelling de termijn van dertig dagen die volgt uit lid 3 van artikel 87 Fw doorloopt. De Hoge Raad oordeelt dat dit niet het geval is door aan te sluiten bij het stelsel van schorsing van een voorlopige hechtenis in het strafrecht. Gedurende een schorsing van een inbewaringstelling hoeft dus geen verzoek om verlenging van de inbewaringstelling te worden gedaan.

Tot slot oordeelt de Hoge Raad dat het niet doorlopen van de termijn van artikel 87 lid 3 Fw tijdens een schorsing van de inbewaringstelling noopt tot een aantal processuele waarborgen. Allereerst oordeelt de Hoge Raad dat tegen een beslissing een inbewaringstelling te schorsen hoger beroep respectievelijk beroep in cassatie openstaat. Ook oordeelt de Hoge Raad dat aan

een schorsing een termijn dient te worden verbonden. Als laatste bepaalt de Hoge Raad dat een failliet (of bestuurder ervan) gedurende de schorsing kan verzoeken om opheffing van de inbewaringstelling of aanpassing van de daaraan verbonden voorwaarden.

Omdat de rechtbank had geoordeeld dat de termijn van de inbewaringstelling ook verlengd moet worden als de tenuitvoerlegging is geschorst, vernietigt de Hoge Raad de beschikking van de rechtbank in het belang der wet.

W.T.N. Vlasveld, februari 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 22-01-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:102

Zaaknummer: 20/03587

Rechters: M.V. Polak, G. Snijders, H.M. Wattendorff, F.J.P. Lock en T.H. Tanja-van den Broek

Wetsartikelen: 87 Fw, 5 EVRM, 88 Fw en 85 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing vordering NEC tegen bestuurder van voormalig hoofdsponsor Flexenergie

Vordering van NEC tegen de bestuurder van Flexenergie vanwege het afsluiten van een sponsorovereenkomst, omdat de bestuurder volgens NEC wist of moest weten dat de sponsor die verplichtingen niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden. De rechtbank wijst de vordering af.

NEC Nijmegen B.V. ('NEC') is een betaaldvoetbalorganisatie. Op zoek naar een nieuwe hoofdsponsor komt NEC uit bij Flexenergie B.V. ('Flexenergie'), een energieleveranciersbedrijf. Partijen komen tot een sponsorovereenkomst. Flexenergie komt echter in zwaar weer terecht en voldoet de eerste termijnbetaling van de sponsorovereenkomst niet. Flexenergie gaat op zoek naar partijen die haar willen overnemen. Ondanks gesprekken met verschillende partijen, en soms het uitwisselen van een intentieovereenkomst, slaagt Flexenergie er niet in een overname te realiseren. Aan haar wordt surseance van betaling verleend. De surseance wordt later omgezet in een faillissement. NEC ziet zich genoodzaakt de sponsorovereenkomst gedeeltelijk te ontbinden. NEC loopt inkomsten mis en moet op zoek naar een nieuwe hoofdsponsor, wat met de nodige kosten gemoeid gaat. Deze schade probeert zij via de onderhavige procedure vergoed te krijgen.

NEC legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de bestuurder van Flexenergie ('de Bestuurder') onrechtmatig heeft gehandeld jegens NEC. De Bestuurder heeft namens Flexenergie de sponsorovereenkomst gesloten met NEC, terwijl hij wist of moest weten dat Flexenergie haar verplichtingen uit de sponsorovereenkomst niet zou nakomen en geen verhaal zou bieden.

De rechtbank stelt voorop dat de Beklamel-maatstaf geldt. Volgens NEC beantwoordt het handelen van de Bestuurder aan deze maatstaf. Flexenergie sloot de sponsorovereenkomst kort voor het faillissement, had haar administratie niet op orde en kampte met een hoge fiscale schuld. Daarnaast was volgens NEC voorzienbaar dat de dagprijzen waartegen Flexenergie haar energie inkocht zouden stijgen, terwijl haar verplichtingen richting haar

klanten ongewijzigd zouden blijven. Ook de gesprekken met overnamekandidaten wijzen erop dat Flexenergie zich bewust was van haar penibele situatie.

NEC is er volgens de rechtbank niet in geslaagd enig concreet aanknopingspunt naar voren te brengen waaruit volgt dat de prijzen voorzienbaar zouden stijgen. Die conclusie is onvoldoende onderbouwd. Hierbij speelt een rol dat dit telkens een beoordeling met de kennis achteraf betreft.

Ook is niet gebleken dat de Bestuurder op andere gronden wist of moest weten dat Flexenergie de sponsorovereenkomst niet zou kunnen nakomen. De situatie van Flexenergie was niet rooskleurig, maar ook niet uitzichtloos. De gesprekken met overnamekandidaten boden perspectief op verbetering. De Bestuurder wist niet dat deze gesprekken niet zouden slagen en mocht bij zijn handelen uitgaan van het belang van Flexenergie bij continuïteit van haar onderneming. Dat de mogelijkheid bestond dat de gesprekken niet zouden slagen, brengt niet mee dat de Bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt omdat hij de bedrijfsvoering van Flexenergie niet op het mislukken van deze gesprekken aangepast heeft. De rechtbank is verder van oordeel dat het sluiten van de sponsorovereenkomst strookte met het bedrijfsmodel van Flexenergie en van belang was voor de (continuïteit van) Flexenergie.

NEC voert nog aan dat het handelen van de Bestuurder onrechtmatig is, omdat de sponsorovereenkomst de grootste inkomstenbron van NEC vormt en zij daarvan dus in hoge mate afhankelijk is. De rechtbank overweegt dat moet worden voorkomen dat bestuurders zich te veel laten leiden door defensieve overwegingen. Het valt volgens de rechtbank niet uit te sluiten dat sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt als (1) het waarschijnlijk is dat een vennootschap de te sluiten overeenkomst niet kan nakomen, (2) het sluiten van de overeenkomst voor een vennootschap niet noodzakelijk is voor haar bedrijfsvoering en (3) de bestuurder bovendien weet dat de wederpartij financieel afhankelijk is van de te sluiten overeenkomst, en weet dat deze de zoektocht naar alternatieven staakt. In het onderhavige geval kan de rechtbank echter niet constateren dat van een dergelijke situatie sprake is.

De rechtbank oordeelt dat niet is komen vast te staan dat de Bestuurder de sponsorovereenkomst heeft gesloten op een moment dat hij moest weten dat Flexenergie de verbintenissen daaruit niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden. Het handelen van de Bestuurder is niet onrechtmatig. De rechtbank wijst het gevorderde af.

J.M. Schepel, februari 2021

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 09-12-2020

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2020:12548

Zaaknummer: C/09/586782 / HA ZA 20-66

Rechters: A.C. Bordes

Advocaten: J.P.M. Borsboom en L. Sjoerts

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Conclusie A-G Hartlief over afgeleide schade

Aandeelhouder vordert afgeleide schade van Rabobank wegens opzegging krediet. Ondanks het feit dat vaststaat dat Rabobank een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden jegens de aandeelhouder, stelt A-G Hartlief dat de afgeleide schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. De Hoge Raad doet de zaak af op grond van artikel 81 lid 1 Wet RO.

X exploiteert een assurantiebedrijf door middel van vennootschap A, die op haar buurt is gelieerd aan een groot aantal andere vennootschappen ('de Hakenberggroep'). De Hakenberggroep wordt gefinancierd door Rabobank, maar raakt in financiële problemen. In verband daarmee sluiten Rabobank, de Hakenberggroep, X en de belangrijkste verzekeraars waarmee het assurantiebedrijf zaken deed een convenant. Het convenant heeft ten doel het verstrekken van tijdelijke overbruggingsfinanciering aan de Hakenberggroep, opdat het assurantiebedrijf zal overleven. De afgesproken financiering betreft onder meer een tijdelijke verhoging van de kredieten in rekening-courant door Rabobank. Op enig moment beperkt Rabobank met onmiddellijke ingang het krediet van een aantal rekeningen binnen de Hakenberggroep. Kort daarna gaat de Hakenberggroep failliet. In een eerder arrest (ECLI:NL:HR:2012:BV1293) heeft de Hoge Raad het oordeel van het hof Arnhem (ECLI:NL:GHARN:2009:BI0214) bekrachtigd dat Rabobank niet mocht overgaan tot inperking van het krediet en tot het niet uitvoeren van betalingsopdrachten. Rabobank was door het hof veroordeeld tot schadevergoeding.

In het onderhavige arrest richt het cassatieberoep zich tegen het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2019:5648) dat ertoe strekt dat de vergoeding van de door X gestelde aandeelhoudersschade in de vorm van waardevermindering van zijn aandelen, niet wordt toegekend. X bestrijdt de overwegingen van het hof dat de door X gestelde aandeelhoudersschade afgeleide schade is, stelt dat sprake is van rechtstreekse schade aan zijn vermogen, stelt dat de Poot/ABP-regel geen toepassing vindt en stelt dat, indien wordt geoordeeld dat wel sprake is van afgeleide schade, het hof heeft miskend dat Rabobank jegens

X een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden, waardoor de afgeleide schade voor vergoeding in aanmerking komt.

In zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2020:960) overweegt A-G Hartlief dat in casu sprake is van afgeleide schade, omdat de schade bestaat uit een waardevermindering van de aandelen van X als gevolg van het faillissement, oftewel de vermogensschade, van de Hakenberggroep. De betreffende afgeleide schade wordt daarom volgens de A-G beheerst door de Poot/ABP-regel, waardoor X slechts zijn afgeleide schade vergoed kan krijgen als hij zich met succes beroept op de uitzondering van de Poot/ABP-regel. Verder overweegt de A-G dat, hoewel een toerekenbare tekortkoming van Rabobank jegens X vaststaat vanwege gezag van gewijsde en dat daarmee de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm vaststaat en dus aan het eerste vereiste voor een succesvol beroep op de uitzondering van de Poot/ABP-regel wordt voldaan, het hof X terecht aan een aanvullende toets heeft onderworpen en meer aannemelijk moet maken dan slechts een specifieke normschending jegens hem.

De A-G concludeert dat alle klachten van X falen en dat het principaal cassatieberoep moet worden verworpen.

De Hoge Raad volgt de conclusie van de A-G, verwerpt het cassatieberoep en doet de zaak af met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO.

S.R.M.C. Vogelsang, januari 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 18-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:2098

Zaaknummer: 19/04605

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

Advocaten: D. Rijpma en T.T. van Zanten

Wetsartikelen: 81 lid 1 RO en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Marrobel B.V. en Marggraff Stichting slagen in hoger beroep in hun verzoek tot heropening vereffening ontbonden stichting

Heropening vereffening van een door turboliquidatie ontbonden stichting. Het hof oordeelt, anders dan de rechtbank, dat de stichting een potentiële baat heeft in de vorm van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering. Het feit dat de verzoekers hun vordering ook op een andere manier te gelde kunnen maken, doet hieraan niet af.

Verzoekster B.V. ('Marrobel') is opgericht om de landgoederen in eigendom van betrokkene 1 ('de Grondeigenaar') te beheren. Marrobel heeft belanghebbende 1 ('de Beheerder') aangesteld voor het dagelijks beheer van de landgoederen. De Beheerder heeft in verband met zijn beheerstaak de Stichting Beheer Derdengelden opgericht. De Beheerder en betrokkene 2 ('de Bestuurder') worden bij oprichting benoemd als bestuurders van de Stichting Beheer Derdengelden, en de zoon van de Beheerder, belanghebbende 2 ('de Zoon'), als penningmeester.

De Grondeigenaar overlijdt. De eigendom van de landgoederen wordt ondergebracht in de Marggraff Stichting (Marrobel en de Marggraff Stichting worden hierna tezamen 'Marrobel c.s.' genoemd). De Marggraff Stichting is vanaf dat moment enig aandeelhouder van Marrobel.

De Stichting Beheer Derdengelden wordt op enig moment ontbonden en houdt meteen op te bestaan wegens het ontbreken van bekende baten (turboliquidatie). Nadien blijkt dat de Bestuurder financiële problemen had en daarom gelden van de bankrekening van de Stichting Beheer Derdengelden heeft opgenomen. Die gelden behoorden toe aan Marrobel. Met de Bestuurder wordt een terugbetalingsverplichting overeengekomen, maar hij overlijdt voordat hij aan die verplichting heeft kunnen voldoen.

Marrobel c.s. verzoeken in eerste aanleg de heropening van de vereffening van de Stichting Beheer Derdengelden. Zij verzoeken deze heropening zodat de stichting het bedrag dat door

de Bestuurder onrechtmatig is onttrokken terug kan vorderen. Voor heropening van de vereffening van de stichting moet aannemelijk zijn dat de stichting potentiële baten heeft. Marrobel c.s. voeren als potentiële baat onder meer de vordering van de Stichting Beheer Derdengelden op de (erfgenamen van) de Bestuurder aan. De rechtbank Zeeland-West-Brabant wijst het verzoek van Marrobel c.s. af. Aan de afwijzing ligt onder meer ten grondslag dat de Stichting Beheer Derdengelden al geruime tijd is ontbonden, de bewaarplicht van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers al is verstreken, de Bestuurder (tevens bewaarder) is overleden, de Beheerder zich slechts bezighield met de gronden en niet met het beheer van de derdenrekening en daardoor onvoldoende opheldering van zaken kan verschaffen, en dat Marrobel c.s. hun vordering ook rechtstreeks op (de erfgenamen van) de Bestuurder te gelde kunnen maken. Zie over de uitspraak in eerste aanleg ook INS 2020-0063.

Marrobel c.s. gaan in hoger beroep en verzoeken vernietiging van de beschikking van de rechtbank en alsnog toewijzing van hun verzoek tot heropening van de vereffening.

Het hof stelt voorop dat een verzoek tot heropening van de vereffening volgens vaste rechtspraak terughoudend moet worden getoetst. De rechter moet beoordelen of voldoende aannemelijk is geworden dat sprake is van een vorderingsrecht van de verzoekers op de ontbonden rechtspersoon en van een potentiële baat van de ontbonden rechtspersoon. Anders dan de rechtbank in eerste aanleg oordeelt het hof dat voldoende aannemelijk is dat de ontbonden Stichting Beheer Derdengelden nog over potentiële baten beschikt, onder meer in de vorm van een vordering op (de erfgenamen van) de Bestuurder in verband met de onrechtmatige onttrekkingen door de Bestuurder. Het verweer van de Stichting Beheer Derdengelden dat de vordering op de Bestuurder is verjaard dan wel kwijtgescholden, en dat het verzoek van Marrobel c.s. misbruik van recht oplevert, wordt niet gehonoreerd.

De Stichting Beheer Derdengelden voert verder ter verweer aan dat Marrobel c.s. hun vordering rechtstreeks op de (erfgenamen van) de Bestuurder te gelde kunnen maken, en dat dat in de weg staat aan toewijzing van hun verzoek tot heropening van de vereffening. Het hof oordeelt op dit punt afwijkend van de rechtbank. Zo'n rechtstreeks vorderingsrecht op de erfgenamen van de Bestuurder heeft geen invloed op de eigen vordering van de Stichting Beheer Derdengelden op de erfgenamen van de Bestuurder. Het levert ook geen misbruik van Marrobel c.s. op bij het verzoek om heropening van de vereffening, noch komt hun belang bij de vereffening hierdoor te ontvallen. Ook dit verweer van de Stichting Beheer Derdengelden kan haar dus niet baten.

Het hof vindt verder voldoende aannemelijk dat de Stichting Beheer Derdengelden een potentiële baat heeft die bestaat uit een vordering op de Beheerder uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid in verband met het ten onrechte genomen besluit tot

turboliquidatie. Het hof overweegt daartoe dat de Beheerder mogelijk niet op de hoogte was van de ten tijde van de ontbinding bestaande potentiële baten, maar hij had daar door raadpleging van de boeken en de bankafschriften, of door globaal de jaarafrekening te controleren, van op de hoogte kunnen en moeten zijn. Of belang toekomt aan het verweer van de Beheerder dat hij uitsluitend het beheer van de gronden deed en niet het beheer van de rekening, kan volgens het hof na de heropening worden onderzocht.

Het hof vernietigt de beschikking van de rechtbank, en wijst het verzoek van Marrobel c.s. tot heropening van de vereffening van de Stichting Beheer Derdengelden toe.

C.W. Kuipers, januari 2021

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 26-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2020:3638

Zaaknummer: 200.276.043/01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, A.P. Zweers-van Vollenhoven en A.L. Bervoets

Advocaten: B.W. Brouwer en J.A.A. van der Weijst

Wetsartikelen: 2:19 lid 4 BW en 2:23c BW

RECHTSPRAAK

Artikel 81 Wet RO. Conclusie A-G Assink over bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad

Het hof Den Haag heeft geoordeeld dat bestuurders aansprakelijk zijn wegens weigering tot uitbetaling van achterstallig salaris aan uitzendkrachten. De Hoge Raad volgt de conclusie van A-G Assink en verwerpt het cassatieberoep hiertegen onder toepassing van artikel 81 Wet RO.

Vlimo Tuinbouwprojecten B.V. ('Vlimo') is bestuurder van Tido Vesta Nederland B.V. ('TVN'), een uitzendbureau met voorheen 150 medewerkers. Eiser sub 1 is middels eiser sub 3 middellijk bestuurder van Vlimo (Vlimo, eiser sub 1 en 3 gezamenlijk 'Vlimo c.s.').

Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten ('SNCU') heeft tot taak toe te zien op een correcte naleving van de Cao voor Uitzendkrachten ('de Cao') en de Cao Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche.

Vlimo c.s. komen in cassatie tegen een arrest van het hof Den Haag, waarin zij hoofdelijk zijn veroordeeld tot betaling van resterende verschuldigde bedragen aan de betrokken uitzendkrachten en aan SNCU (ECLI:NL:GHDHA:2019:1077, besproken in OR 2019-0100).

Stichting VRO ('VRO') heeft in opdracht van SNCU een onderzoek uitgevoerd bij TVN in het kader van een controle op de naleving van de Cao, waarbij een aantal overtredingen werd geconstateerd. Hierop heeft SNCU aan TVN een forfaitaire schadevergoeding aangezegd en is TVN uiteindelijk in cassatie veroordeeld tot betaling van deze forfaitaire schadevergoeding en het verplicht corrigeren van de geconstateerde overtredingen.

Nu TVN geen verhaal bood, heeft SNCU Vlimo c.s. als bestuurders aansprakelijk gesteld en de betaling van de in de procedure SNCU/TVN vastgestelde schade gevorderd. De rechtbank en het hof hebben de vordering toegewezen en geoordeeld dat Vlimo c.s. als bestuurders ten opzichte van SNCU in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld

dat hun daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Vlimo c.s. dragen in cassatie een groot aantal klachten aan, waaronder de klacht dat er geen sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid wegens betalingsonwil aan de zijde van Vlimo c.s. Tevens klagen zij in cassatie over de feitenvaststelling waarbij zij aanvoeren dat (1) zij niet de enig (in)direct bestuurder van TVN waren; en (2) er na de dividenduitkering nog voldoende middelen over waren om aan de eventuele veroordeling te voldoen.

A-G Assink concludeert dat de klachten alle ongegrond zijn. Ten aanzien van het hierboven genoemde punt (1) geldt als uitgangspunt dat bij een meerhoofdig bestuur elke bestuurder individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt (art. 2:240 lid 2 BW) en uit niets blijkt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van Vlimo c.s. op enige manier is beperkt. Dat SNCU de andere bestuurders niet heeft aangesproken, doet daar niet aan af. De A-G overweegt dat het hof terecht heeft vastgesteld dat Vlimo c.s. zelf bij machte waren om te bewerkstelligen dat TVN haar betalingsverplichtingen nakwam, waarbij op het moment waarop die betalingsverplichting ontstond, geen sprake was van betalingsonmacht bij TVN en zij ook later haar verplichtingen niet is nagekomen.

Volgens de A-G heeft het hof terecht overwogen dat de verzwaarde maatstaf voor bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW van toepassing was bij het antwoord op de vraag of Vlimo c.s. ten opzichte van SNCU in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig hebben gehandeld dat hun daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij is van belang dat Vlimo c.s. ten tijde van het arrest tegen TVN ernstig rekening hadden moeten houden met de betalingsverplichtingen; er op dat moment geen sprake was van betalingsonmacht bij TVN; maar Vlimo c.s. desondanks het actief en de verdien capaciteit uit TVN hebben gehaald en een dividenduitkering hebben gedaan die er in resulteerde dat de controlerend accountant geen oordeel kon geven over de getrouwheid van de jaarrekening en er enkel nog op papier een eigen vermogen in TVN achterbleef. Ook heeft de betaling nog steeds niet plaatsgevonden en is het verweer van Vlimo c.s. dat dit te maken heeft met het traceren van de betrokken Poolse ex-werknemers onvoldoende ter bestrijding van de door het hof beoordeelde betalingsonwil. Ook het niet uitgewerkte betoog van Vlimo c.s., dat artikel 2:216 lid 2 BW als species invulling geeft aan de onrechtmatigedeadnorm uit Ontvanger/Roelofsen, kan volgens de A-G geen rol spelen nu de bestuurdersaansprakelijkheid in het huidige geschil niet is toegespitst op het verlenen van goedkeuring aan een specifiek dividendbesluit, maar is geformuleerd in het kader van betalingsonwil door Vlimo c.s.

De Hoge Raad volgt de A-G in zijn conclusie om de zaak op grond van artikel 81 lid 1 Wet RO af te doen, nu het bij de beoordeling van de klachten niet nodig is om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht. De Hoge Raad

bekrachtigt het arrest van het hof en verwerpt het beroep.

T.M. Goudzwaard, januari 2021

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 04-12-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1941

Zaaknummer: 19/03462

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders en A.E.B. ter Heide

Advocaten: D.Th.J. van der Klei, M.S. van der Keur en D.M. de Knijff

Wetsartikelen: 2:216 lid 2 BW, 6:162 BW en 81 RO

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

Bestuurders zijn aansprakelijk op grond van artikel 2:248 BW. De jaarrekeningen over twee boekjaren zijn veel te laat gepubliceerd. Ook is de administratie niet op orde, is een doorstart onvoldoende voorbereid en zijn verlieslatende bedrijfsactiviteiten te lang voortgezet.

Nadat vennootschap X failliet is verklaard, worden haar bedrijfsactiviteiten – het vervoeren van stukgoederen – eerst voortgezet door vennootschap Y en daarna door vennootschap Z. Vervolgens gaan ook Y en Z failliet. In deze procedure vordert de curator van Y en Z een verklaring voor recht dat de bestuurders van Y en Z ('de bestuurders') gehouden zijn op grond van artikel 2:248, 2:9 en 6:162 BW de door Y en Z en/of hun schuldeisers geleden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat. In dit verband vordert de curator de bestuurders hoofdelijk te veroordelen tot het betalen van een voorschot.

De rechtbank wijst de vordering ten aanzien van artikel 2:248 BW en het voorschot toe. Of sprake is van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 en/of 6:162 BW laat de rechtbank in het midden, nu de curator niet heeft gesteld en ook niet is gebleken dat zij hierbij – naast de veroordeling op grond van artikel 2:248 BW – belang heeft.

Dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld, volgt volgens de rechtbank allereerst uit het feit dat Y de jaarrekeningen over twee boekjaren te laat heeft gepubliceerd (respectievelijk 22 en 34 maanden na sluiten van de betreffende boekjaren) en de administratie van zowel Y als Z ten tijde van het faillissement niet op orde was.

Verder acht de rechtbank van belang dat de doorstart van de bedrijfsactiviteiten van X door Y en Z onvoldoende zorgvuldig is voorbereid. De rechtbank overweegt in dit verband dat voordat tot een doorstart wordt besloten, eerst gedegen onderzoek dient te worden verricht naar de daaraan verbonden perspectieven en risico's. Daarnaast zal in het algemeen een plan moeten worden opgesteld waarin staat welke stappen en maatregelen nodig zijn om de doorstart succesvol te laten plaatsvinden, aldus de rechtbank. Volgens de rechtbank hebben de bestuurders niet aannemelijk kunnen maken dat zij dergelijk onderzoek hebben verricht.

Daarnaast concludeert de rechtbank uit overgelegde crediteurenoverzichten van vennootschappen Y en Z dat de bestuurders de bedrijfsactiviteiten hebben voortgezet nadat voor hen duidelijk had moeten zijn dat daarvoor onvoldoende perspectief was.

Gelet op het bovenstaande staat volgens de rechtbank het vermoeden vast dat de onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Het verweer van de bestuurders dat het faillissement is veroorzaakt door zakelijke tegenvallers, kan hun niet baten. Hoewel het in de ogen van de rechtbank goed denkbaar is dat zakelijke tegenvallers aan het uiteindelijke faillissement hebben bijgedragen, neemt dit volgens haar niet weg dat het onbehoorlijke bestuur – met name de ondoordachte doorstart en het te lang voortzetten van bedrijfsactiviteiten – als belangrijke oorzaak van het faillissement moet worden gezien.

T.A. Janse, januari 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 25-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2020:4123

Zaaknummer: C/19/126273 HA ZA 19-56

Rechters: S.M. Schothorst, C.J.R. de Locht en T.A. Oudenaarden

Advocaten: Y.H. Talstra, H. Veldman en G.A. Krol

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

RECHTSPRAAK

Verzet bestuurder tegen opheffing faillissement slaagt niet

Mogelijke aansprakelijkheid van de curator pro se staat niet in de weg aan opheffing van het faillissement bij gebrek aan baten. De (indirect) bestuurder stelt een vordering te hebben op de curator, maar de boedel staat hierbuiten.

De rechter-commissaris heeft het faillissement van Breinverruimers B.V. voorgedragen voor opheffing. De (middellijk) bestuurder van Breinverruimers ('de bestuurder') heeft hiertegen bezwaar gemaakt. In een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure is de curator zowel in eerste aanleg als in hoger beroep in het ongelijk gesteld, terwijl de boedel de proceskosten waarin hij is veroordeeld niet kan betalen. De bestuurder neemt het de curator kwalijk dat geen beroep is gedaan op de Garantstellingsregeling curatoren 2012 en wil daarom de curator persoonlijk aansprakelijk stellen. Naar de mening van de bestuurder is dit een reden om het faillissement in stand te laten.

De rechtbank heft het faillissement op bij gebrek aan baten. Zoals ook door de (opvolgend) curator is aangevoerd, staat een vordering op de curator persoonlijk niet in de weg aan opheffing van het faillissement. Het kan zijn dat de curator persoonlijk aansprakelijk is omdat hij onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de bestuurder, maar dat oordeel is niet aan de rechter die oordeelt over opheffing van het faillissement. Het gaat immers niet om een vordering van de boedel, maar om een vordering van de bestuurder zelf.

H.J. de Kloe, februari 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:163

Zaaknummer: C/18/17/129 F

Rechters: R.Tj. Terpstra

Advocaten: M.P. Waninge

Wetsartikelen: 16 Fw

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring. Lopende verplichtingen worden niet voldaan en betalingsregeling is onvoldoende concreet

Op verzoek van het pensioenfonds wordt het faillissement van Transwaalhaven uitgesproken. De lopende verplichtingen worden niet voldaan en de betalingsregeling die Transwaalhaven heeft voorgesteld is onvoldoende concreet.

De stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg ('het pensioenfonds') heeft het faillissement aangevraagd van Transwaalhaven B.V. Het pensioenfonds stelt ruim € 80.000 te vorderen te hebben van Transwaalhaven aan pensioenpremies, wettelijke rente en incassokosten. Het pensioenfonds voert een steunvordering aan van de Belastingdienst en de Stichting Opleidings- en Ontwikkelingsfonds voor Beroepsgoederenvervoer ('SOOB').

Transwaalhaven erkent dat het pensioenfonds een vordering op haar heeft, maar betwist de hoogte hiervan. Verder is zij bereid een betalingsregeling te treffen. Transwaalhaven was al begonnen met het betalen van € 1.000 per week, maar was daarmee gestopt nadat de voorgestelde betalingsregeling werd afgewezen. Zodra zij meer kan betalen wil zij dit doen, maar momenteel is de financiële situatie te onzeker om een concreet voorstel te doen. Aflossing binnen zes maanden is in ieder geval niet haalbaar.

De rechtbank spreekt het faillissement uit van Transwaalhaven. Het vorderingsrecht van verweerster staat voldoende vast. Verder is sprake van pluraliteit van schuldeisers en verkeert Transwaalhaven ook overigens in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. De lopende verplichtingen worden niet voldaan en de betalingsregeling die Transwaalhaven heeft voorgesteld is onvoldoende concreet.

H.J. de Kloe, februari 2021

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 12-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2021:363

Zaaknummer: 609113 / FT EA 20-588

Rechters: J.C.A.T. Frima

Advocaten: J.A. Trimbach en S.W. van den Brink

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid wegens schending publicatieplicht en zienswijze in het kader van een bestuursverbod

De bestuurder van CSH slaagt er in hoger beroep niet in om andere belangrijke oorzaken van het faillissement aannemelijk te maken. Voordat het hof kan oordelen over het bestuursverbod, dient op grond van artikel 106c lid 2 Fw een zienswijze te worden gegeven door een van de door de bestuurder bestuurse vennootschappen.

CSH Uitzendbureau BV is op 27 september 2016 gefaillieerd met benoeming van mr. Luten tot curator ('de Curator'). Withoos was toen enig bestuurder. Daarnaast was Withoos ook als bestuurder betrokken bij Beheer BV, Cleaning Service Rijnmond BV ('CSR'), CSH Detachering BV en CSH Schoonmaakdiensten BV. CSR en CSH Detachering zijn op 21 april 2015 respectievelijk 4 augustus 2015 gefaillieerd, met aanstelling van mr. Huijbens tot curator. CSH Schoonmaakdiensten is op 15 augustus 2017 gefaillieerd, waarbij de Curator eveneens is aangesteld.

De jaarrekening van CSH Uitzendbureau over 2013 is op 19 juni 2015 gedeponneerd. De jaarrekeningen over 2014 en 2015 waren op de datum van het faillissement van CSH Uitzendbureau nog niet gedeponneerd. De digitale administratie van CSH Uitzendbureau is door Withoos ingevoerd bij Exact onder een licentie op naam van Beheer. Deze licentie is in augustus 2016 door Exact beëindigd vanwege een betalingsachterstand. De rechtbank heeft Withoos veroordeeld tot betaling van het boedeltekort en een bestuursverbod opgelegd voor de duur van twee jaar (de curator vorderde vijf jaar) zonder oplegging van de door de Curator gevorderde dwangsom. Gelet op de schending van de publicatieplicht stond de aansprakelijkheid van Withoos vast; hij slaagde er niet in andere belangrijke oorzaken van het faillissement aan te tonen. Het hof laat dit oordeel in stand, omdat Withoos in hoger beroep niet aan zijn stelplicht heeft voldaan en van andere oorzaken niet is gebleken.

Op grond van artikel 106c lid 2 Fw dient de rechtbank de rechtspersonen die óók worden

bestuurd door de bestuurder ten aanzien waarvan een bestuursverbod wordt gevorderd, in de gelegenheid te stellen om een zienswijze te geven over het bestuursverbod en de gevolgen daarvan. De rechtbank heeft Beheer en mr. Huijbens voor CSR en CSH Detachering om een zienswijze verzocht. In hoger beroep blijkt dat geen zienswijze is gevraagd aan CSH Schoonmaakdiensten, maar omdat de Curator ook bij deze vennootschap als curator is aangesteld gaat het hof ervan uit dat de zienswijze van de Curator ook voor deze vennootschap geldt.

Verder blijkt in het hoger beroep dat Withoos ook bestuurder is van Werving & Selectie Bureau Rijnmond BV ('WSBR'). Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod volgt dat niets eraan in de weg staat dat een gevorderd bestuursverbod ook gevolgen heeft voor rechtspersonen waarvan lopende de procedure blijkt dat de betreffende bestuurder daar eveneens bestuurder is. Omdat WSBR in dit geval nog niet in de gelegenheid is gesteld om een zienswijze te geven op het bestuursverbod en de gevolgen daarvan voor haar, biedt het hof alsnog die gelegenheid.

J.E. van Nuland, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 15-12-2020

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2020:2484

Zaaknummer: 200.259.645/01

Rechters: G.C. de Heer, M.T. Nijhuis en J.L.M. Groenewegen

Advocaten: R. Sinke en J.J. Linker

Wetsartikelen: 2:248 BW, 106a Fw en 106c Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: verzoek afkoelingsperiode

WHOA. Verzoek afkoelingsperiode wordt toegewezen. Openbaar pandhouder blijft volgens rechtbank tijdens afkoelingsperiode bevoegd tot inning. Voorzieningen getroffen.

Deze vierde gepubliceerde uitspraak op basis van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA), die per 1 januari 2021 in werking is getreden, betreft wederom een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode.

Verzoekster, een besloten vennootschap, exploiteert een bouwbedrijf. Zij heeft op 8 januari 2021 de in artikel 370 lid 3 Fw bedoelde akkoordverklaring ter griffie van de rechtbank gedeponneerd. Het betreft een besloten akkoordprocedure. Verzoekster vraagt om een afkoelingsperiode omdat één schuldeiser dreigt met een faillissementsaanvraag en een andere schuldeiser conservatoir beslag op roerende zaken en vorderingen heeft gelegd.

Laatstgenoemde schuldeiser heeft tevens een openbaar pandrecht op een vordering van verzoekster op een opdrachtgever. De totale schuldenlast bedraagt ongeveer € 330.000.

Op grond van artikel 376 lid 4 Fw wijst de rechter het verzoek toe als summierlijk blijkt dat (1) de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de onderneming voort te zetten tijdens de voorbereiding van een akkoord (sub a), (2) redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hiermee gediend zijn en (3) de derden die door de afkoelingsperiode worden getroffen niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (sub b).

Aan deze eerste voorwaarde is volgens de rechtbank voldaan, omdat voorwaarde voor financiering van het akkoord van verzoekster is dat het bedrijf na homologatie kan worden voortgezet. Als er geen roerende zaken meer zijn, of inkomsten om het afmaken van (winstgevend) onderhanden werk te financieren, moet het bedrijf worden gestaakt en is een faillissement onvermijdelijk. Op vergelijkbare gronden als bij de eerdere beslissingen omtrent een afkoelingsperiode overweegt de rechtbank dat ook aan de tweede voorwaarde is voldaan. Met een akkoord zal een hogere uitkering aan schuldeisers kunnen plaatsvinden dan in geval van een faillissement, dat zonder akkoord onafwendbaar zal zijn. Het akkoord zou namelijk worden gefinancierd uit winstgevend onderhanden werk en externe financiering. De

rechtbank wijst het verzoek daarom toe, overigens zonder benoeming van de derde voorwaarde en of hieraan is voldaan.

De rechtbank wijst het verzoek toe met een beperking, te weten dat de bevoegdheden van de schuldeiser met het openbare pandrecht niet door de afkoelingsperiode worden beperkt. Deze schuldeiser behoudt volgens de rechtbank de bevoegdheid om de verpande vordering te innen, omdat zij die positie in een faillissement heeft en daarom ook in geval van totstandkoming van een akkoord. De rechtbank lijkt hiermee dus een beperkte afkoelingsperiode toe te kennen, aangezien de openbaar pandhouder normaal gesproken wel zou worden geraakt door een afkoelingsperiode, mits de schuldenaar vervangende zekerheid stelt (art. 376 lid 2 onder a en lid 7 Fw). De mogelijkheid om een beperkte afkoelingsperiode af te kondigen volgt uit het achtste lid van artikel 376 Fw, dat artikel 241a lid 2 Fw van overeenkomstige toepassing verklaart (zie ook: *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3 (MvT), p. 59).

Tot slot treft de rechtbank ambtshalve een voorziening ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers. Zij is daartoe op grond van artikel 379 Fw bevoegd. De voorziening bestaat eruit dat verzoekster wordt verplicht om binnen een bepaalde termijn te rapporteren over enkele specifieke punten en om antwoord te geven op enkele specifieke vragen van de rechtbank naar aanleiding van de jaarrekening 2019 van verzoekster. De rechtbank gaat hiertoe over omdat verzoekster nog weinig concreet is in haar plannen voor een reorganisatie.

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

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 21-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2021:363

Zaaknummer: 21/27 HO/RK

Rechters: M.C. Bosch, E. Boerwinkel en P.J. Neijt

Advocaten: R.H.P. van de Venne

Wetsartikelen: 376 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA-beschikking: herstructureringsdeskundige onpartijdig en onafhankelijk?

Verzoeker draagt X aan als herstructureringsdeskundige. X heeft feitelijk het verzoekschrift zelf ingediend. De rechtbank oordeelt dat X, hoewel hij aanvankelijk de schijn tegen had, voldoende onafhankelijk en onpartijdig is. Met wenk.

In deze WHOA-beschikking staat een onderneming centraal, die een startverklaring voor een besloten akkoordprocedure als bedoeld in artikel 370 lid 3 Fw heeft gedeponneerd en die tegelijkertijd een verzoek heeft gedaan tot het specifiek aanwijzen van X tot herstructureringsdeskundige.

Verzoeker heeft gesteld dat zijn onderneming zonder herstructurering onvoldoende perspectief heeft om een toekomstige insolventie af te kunnen wenden. De bedrijfsactiviteiten van verzoeker bestaan uit twee activiteiten, waarvan één in de afgelopen jaren sterk verlieslatend is geweest, terwijl ten aanzien van de andere activiteit te veel is geïnvesteerd in machines. Verzoeker stelt dat de onderneming rendabel gemaakt kan worden door middel van een herstructurering, waarbij de niet-rendabele activiteiten worden afgestoten en met de opbrengsten daarvan een akkoord kan worden aangeboden aan de schuldeisers.

De rechtbank constateert dat verzoeker in de toestand verkeert waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet kan voortgaan. Aldus kan een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige worden toegewezen. De rechtbank stelt bij de beoordeling van dat verzoek voorop dat een herstructureringsdeskundige zijn taak doeltreffend, onpartijdig en onafhankelijk dient uit te voeren, met oog voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Om die onpartijdigheid en onafhankelijkheid te kunnen waarborgen, is in artikel 3.2 van het 'Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken' als uitgangspunt genomen dat in het verzoekschrift twee of drie namen van mogelijk aan te wijzen herstructureringsdeskundigen worden genoemd, voorzien van offertes voor de kosten. Slechts indien alle bij het verzoek betrokken partijen het eens zijn, kan met het noemen van één deskundige worden volstaan.

Verzoeker heeft verzocht om X aan te wijzen als herstructureringsdeskundige. Er zijn geen andere namen en offertes opgenomen.

Bij de rechtbank zijn evenwel twijfels gerezen of X zijn taak wel onafhankelijk en onpartijdig kan uitvoeren, met oog voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Gebleken is dat er tussen verzoeker en X contact is geweest. Bovendien is gebleken dat zowel de startverklaring als het verzoekschrift tot het aanwijzen van X als herstructureringskundige, hoewel formeel ondertekend door de procesadvocaat van verzoeker, feitelijk door X zelf bij de rechtbank is ingediend. De toelichtingen op de startverklaring en het verzoekschrift zijn daarnaast ook afgedrukt op briefpapier van X.

Toch kan X naar het oordeel van de rechtbank voldoen aan de vereisten van onafhankelijke en onpartijdige taakvervulling. Hoewel X op het eerste gezicht de schijn tegen had, is in raadkamer aan de rechtbank gebleken dat de betrokkenheid van X niet verder is gegaan dan het in kaart brengen van de situatie, teneinde een offerte op te stellen. X heeft voor zijn werkzaamheden tot op heden geen kosten in rekening gebracht, terwijl het reorganisatieplan met exploitatiebegroting tevens al vóór het contact met X door de verzoeker en zijn belastingadviseur waren opgesteld. Bovendien hebben twee belanghebbenden, Rabobank en ABN AMRO Lease, te kennen gegeven dat zij zich kunnen vinden in de aanwijzing van X. Om die reden besluit de rechtbank X aan te wijzen als herstructureringsdeskundige.

Wenk

Een opvallende beschikking. De inkt van de WHOA en het procesreglement is nog maar net droog, of de verzoeker probeert reeds de hand te lichten met de regels, door slechts één naam en één offerte aan te dragen voor de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. X moet het maar worden, aldus verzoeker. Sterker nog: X heeft het verzoekschrift en de toelichting op de startverklaring feitelijk zelf ingediend. Alhoewel het erop lijkt dat X vooral behulpzaam wilde zijn – hij heeft geen kosten in rekening gebracht – en X kennelijk een goede naam heeft (Rabobank en ABN AMRO Lease steunen zijn aanwijzing), achten wij deze gang van zaken niet zo gelukkig: mocht ooit een schuldeiser van mening zijn dat hij er bekaaid van afkomt, dan zal bij hem snel de gedachte kunnen rijzen dat X toch niet helemaal onafhankelijk en onpartijdig was. Voor het vertrouwen in de WHOA-procedure is dat niet goed. In onze ogen zou het daarom verstandig zijn geweest, wanneer de rechtbank verzoeker had gevraagd om toch nog twee andere namen en offertes aan te leveren.

A.D. van Dalen & F. Imbough, februari 2021

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 26-01-2021

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2021:244

Zaaknummer: C/17/176818 / FT RK 21/21

Rechters: H.J. Idzenga, M.C. Bosch en M. Wouters

Advocaten: K.E. Wielenga

Wetsartikelen: 370 Fw en 371 Fw

RECHTSPRAAK

Geen bestuurdersaansprakelijkheid in verband met turboliquidatie

Hof Den Haag wijst vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid af. Van Beklamel-aansprakelijkheid is geen sprake. Evenmin is de bestuurder aansprakelijk wegens het meewerken aan een turboliquidatie.

De Roemeense vennootschap Metaag levert personeel op het gebied van staalverwerking. Metaag wordt door X Projects B.V. ('Projects') ingeschakeld om personeel te leveren voor het verrichten van werkzaamheden op een scheepswerf van Damen Shipyards in Roemenië. Projects laat een aantal facturen van Metaag in verband met deze werkzaamheden onbetaald.

Op enig moment neemt de algemene vergadering van Projects een besluit tot ontbinding van de vennootschap. Projects houdt op te bestaan omdat zij geen baten meer zou hebben. Oftewel: er vindt een turboliquidatie plaats.

Metaag spreekt vervolgens de bestuurder van Projects aan tot vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van het onbetaald blijven van haar facturen. Metaag legt hieraan ten grondslag (1) dat de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomsten wist, althans behoorde te weten, dat Projects haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst niet zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden; en (2) dat de bestuurder er door de turboliquidatie actief voor zou hebben gezorgd dat Projects haar verplichtingen niet langer zou kunnen nakomen.

In eerste aanleg wijst de rechtbank de vorderingen van Metaag af. Metaag stelt hoger beroep in en richt een viertal grieven tegen het vonnis. Het mag echter niet baten. Ook in hoger beroep worden de vorderingen van Metaag afgewezen.

Volgens het hof heeft Metaag onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd die de conclusie kunnen dragen dat de bestuurder ten tijde van het aangaan van de overeenkomsten met Metaag wist of behoorde te weten dat Projects haar verplichtingen uit hoofde van de overeenkomsten niet zou kunnen nakomen. Metaag had in dit kader gewezen op een e-mail

uit maart 2018 waarin de bestuurder aangaf dat Projects speciaal voor het project in Roemenië was opgericht met beperkte financiële middelen. Daarnaast stelt Metaag dat de bestuurder in mei 2018, tijdens onderhandelingen over de onbetaalde facturen, ermee zou hebben gedreigd de vennootschap ‘gewoon te turboliquideren’. Het hof gaat hieraan vrij makkelijk voorbij. Volgens het hof kunnen deze omstandigheden niet tot de conclusie leiden dat de bestuurder ten tijde van het *aangaan* van de overeenkomsten in september 2017 en februari 2018 wist of behoorde te weten dat Projects niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

Vervolgens gaat het hof in op de verwijten met betrekking tot de turboliquidatie. Volgens het hof heeft Metaag haar stelling dat de bestuurder er ernstig rekening mee had moeten houden dat Metaag nog een vordering op Projects pretendeerde te hebben onvoldoende onderbouwd. De wijze waarop het hof deze conclusie motiveert overtuigt niet meteen. Het hof baseert deze conclusie namelijk vooral op de stelling van de bestuurder dat Projects sinds de onsuccesvolle schikkingsonderhandelingen in mei 2018 niets meer van Metaag had vernomen en dat de Roemeense advocaat van Projects zelf had aangegeven dat Metaag geen rechtszaak in Roemenië is begonnen.

Ook van een bate van Projects is volgens het hof niet gebleken. Metaag had zich op het standpunt gesteld dat Projects nog een vordering op Damen Shipyards zou hebben, maar dit werd door Damen ontkend. Daarnaast stelde Metaag zich op het standpunt dat Projects een bate had in de vorm van een vordering uit hoofde van artikel 2:248 BW op de bestuurder. Projects zou niet aan de publicatieplicht van artikel 2:394 BW hebben voldaan. Het hof gaat hier niet in mee, omdat de bestuurder gemotiveerd betwistte dat zij niet aan de publicatieplicht zou hebben voldaan. Opmerkelijk is de stellige overweging van het hof dat bovendien een eventuele vordering op grond van artikel 2:248 BW niet door Projects zelf zou kunnen worden ingesteld en daarom geen bate van Projects vormt. Minder verbazingwekkend is het oordeel van het hof dat Metaag niet in haar verhaal gefrustreerd kan zijn doordat Projects een vermeende vordering op Metaag niet heeft geïnd.

Tot slot behandelt het hof een grief van Metaag gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat zij niet aan de op haar rustende stelplicht en bewijslast heeft voldaan. Volgens Metaag zou de bewijslast in dit geval omgekeerd moeten worden, dan wel zou voor de bestuurder een verzwaarde stelplicht moeten gelden. Ook hierin gaat het hof niet mee.

J.F. Fliek, februari 2021

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 12-01-2021

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2021:89

Zaaknummer: 200.272.332/01 en C/10/569546 / HA ZA 19-223

Rechters: G.C. de Heer, A.J.M.E. Arpeau en A.J.P. Schild

Advocaten: G.A.M.F. Spera en J.P. Hellinga

Wetsartikelen: 6:162 BW