

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 22, 2022

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:2022:8872](#) 18-10-2022

Een voorwaardelijk civielrechtelijk bestuursverbod: een middenweg?

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2022:3006](#) 19-04-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW wegens niet naleven fiscale regels en schending administratieplicht

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668](#) 26-10-2022

Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW (schending boekhoud- en publicatieplicht)

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:5945](#) 19-10-2022

WHOA: rechtbank oordeelt over zeven aspecten ten aanzien van een voorgesteld akkoord

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2022:5993](#) 12-10-2022

Onbehoorlijk bestuur en bestuursverbod; beroep op vrijwaring faalt

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:3059](#) 12-10-2022

Aansprakelijkheid bestuurder na schending boekhoudplicht

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2022:6001](#) 10-10-2022

Overname klanten en overeenkomsten bij faillissement energiemaatschappij

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:3097](#) 27-07-2022

Stil pandrecht mocht vanwege vrees voor bodembeslag worden omgezet in vuistpand

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2022:2932](#) 20-07-2022

Bestuurders failliete zorgstichting aansprakelijk voor het boedeltekort

RECHTSPRAAK

Aansprakelijkheid bestuurder na schending boekhoudplicht

Bestuurder had geen toegang tot deel administratie en voerde voorts aan de bankmutaties pas aan het einde van het boekjaar te verwerken.

MKD B.V. is op 25 oktober 2020 opgericht en op 3 november 2021 failliet verklaard. De curator heeft de bestuurder van de bv op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken tot betaling van het boedeltekort en doet daarbij een beroep op lid 2 van die bepaling. Aan zijn vordering legt de curator ten grondslag dat de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW is geschonden. Volgens de curator is over 2020 in het geheel geen administratie aanwezig en vertoont de administratie over 2021 grote gebreken. De aangesproken bestuurder verweert zich door te stellen dat over 2020 geen administratie aanwezig is omdat de vennootschap pas vanaf januari 2021 activiteiten verricht. Ook geeft de bestuurder aan dat hij de beschikking over de administratie over 2021 deels verloren is nu die in een loods aanwezig is waaraan de eigenaar hem de toegang heeft ontzegd vanwege een vermeende openstaande schuld. Tot slot voert de bestuurder aan dat hij delen van de administratie, zoals bankmutaties, pas aan het eind van het boekjaar verifieert en accordeert en dat er geen grootboekrekening kas aanwezig is omdat alle contante betalingen zijn gedaan aan monteurs die direct betaald wilden worden, maar dat MKD wel altijd een factuur heeft ontvangen.

De rechtbank oordeelt dat niet aan de boekhoudplicht is voldaan. Aan het vereiste van artikel 2:10 BW dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend is niet voldaan. Door bankmutaties pas aan het eind van het jaar te verwerken geeft de boekhouding geen actueel inzicht in openstaande vorderingen en schulden. Dat voor contante betalingen wel een factuur aanwezig zou zijn, doet voorts niet af aan de verantwoordelijkheid om die betalingen behoorlijk te administreren. Tot slot ontbreken belangrijke stukken zoals inkoop- en verkoopfacturen en voorraadlijsten. Als die in de eerdergenoemde niet-toegankelijke loods zijn opgeslagen, ligt dat geheel in de risicosfeer van de bestuurder nu het zijn verantwoordelijkheid is om de administratie op zodanige wijze te bewaren dat deze voor hem toegankelijk is en blijft.

De bestuurder voert nog een aantal andere belangrijke oorzaken van het faillissement aan ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, maar maakt die stellingen onvoldoende concreet.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:3059

Zaaknummer: C/08/278084 / HA ZA 22-73

Rechters: A.J. Louter

Advocaten: F. Kolkman

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: rechtbank oordeelt over zeven aspecten ten aanzien van een voorgesteld akkoord

Het voorgestelde akkoord voldoet op meerdere punten niet aan de gestelde vereisten. Zo is nog geen sprake van een aanvaardbare berekening van de liquidatiewaarde en reorganisatiewaarde. Ook oordeelt de rechtbank dat het betwist zijn van een vordering geen redelijke grond oplevert voor het indelen van die vordering in een andere klasse.

Verzoekster (een onderneming in de wereldwijde handel in en distributie van levensmiddelen) heeft op 9 mei 2022 een startverklaring voor een WHOA-procedure ter griffie gedeponneerd en bij verzoekschrift van 21 juli 2022 de rechtbank verzocht om een uitspraak te doen over aspecten die van belang zijn in het kader van het tot stand brengen van een akkoord. Het gaat hierbij om zeven aspecten, waarover als volgt wordt geoordeeld.

I. Of verzoekster verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan, als bedoeld in artikel 370 lid 1 Fw:

Slechts indien het aannemelijk is dat er een concreet geschil rijst dat relevant is voor het stemproces en/of de homologatie, kan de rechtbank op voorhand een oordeel geven. De algemene vraag – zonder dat sprake is van een voorzienbaar punt van geschil – over de toestand waarin verzoekster verkeert en of het redelijkerwijs aannemelijk is dat zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan, valt daaronder niet. Dit aspect behoeft daarom geen beoordeling.

II. Of het akkoord alle informatie bevat die nodig is voor de stemming als bedoeld in artikel 375 lid 1 Fw, waaronder de waarde die naar verwachting gerealiseerd kan worden als het akkoord tot stand komt (sub e), de opbrengst die kan worden gerealiseerd bij vereffening in faillissement (sub f) en de bij de berekening van deze waardes gehanteerde uitgangspunten en aannames (sub g). Hiermee samenhangend; of is voldaan aan de *best interest of creditors* -test:

De rechtbank stelt voorop dat als uitgangspunt geldt dat het akkoord informatie moet bevatten over de liquidatiewaarde en over welke schuldeisers in een faillissementssituatie daadwerkelijk iets zouden ontvangen. In dit geval is de rechtbank van oordeel dat verzoekster niet voldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat sprake is van een aanvaardbare berekening van de liquidatiewaarde. Verzoekster baseert de liquidatiewaarde op een rapport met waardering van de debiteurenportefeuille. De stelling dat de overige activa geen additionele positieve liquidatiewaarde vertegenwoordigen, is naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende nader onderbouwd. Ten aanzien van de reorganisatiewaarde is de rechtbank van oordeel dat verzoekster ook niet duidelijk heeft kunnen maken dat sprake is van een aanvaardbare berekening daarvan. Dit geldt temeer nu de door de verzoekster gestelde reorganisatiewaarde vele malen lager is dan de totale waarde van de activa volgens de jaarstukken en balans. Nu verzoekster niet voldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat sprake is van een aanvaardbare berekening van de reorganisatiewaarde en de liquidatiewaarde, kan op grond hiervan dan ook niet worden beoordeeld in hoeverre is voldaan aan de *best interest of creditors*-test. Het is niet duidelijk in hoeverre de schuldeisers die niet met het akkoord hebben ingestemd op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij vereffening in faillissement. Het conceptakkoordvoorstel bevat op dit punt onvoldoende informatie om dit aspect te kunnen beoordelen.

III. De inhoud van de informatie die in het akkoord en de daaraan gehechte bijlagen is opgenomen, niet zijnde de door artikel 375 lid 1 sub e t/m g voorgeschreven informatie en niet betrekking hebbend op informatie met betrekking tot de financiering van het akkoord:

De schuldeisers die een zienswijze hebben ingediend, hebben geen bezwaar gemaakt met betrekking tot de informatievoorziening. Voorts heeft verzoekster in het verzoekschrift onvoldoende duidelijk gemaakt ten aanzien van welk specifiek aspect een geschil is gerezen of te voorzien, zodat niet duidelijk is op welk punt hierover een geschil zou bestaan. Dit aspect behoeft daarom geen beoordeling.

IV. Of de klassenindeling, in het bijzonder een onderscheid tussen klasse 1 en 2, voldoet aan de vereisten van artikel 374 Fw:

Verzoekster heeft de schuldeisers aan wie het conceptakkoordvoorstel wordt aangeboden ingedeeld in drie klassen: (1) de leveranciers van wie de vorderingen niet zijn betwist, (2) de leveranciers wier vorderingen zijn betwist en (3) de intercompany crediteuren. De rechtbank stelt voorop dat, behoudens het bepaalde in artikel 374 Fw, een belangrijk uitgangspunt van de onderhandse akkoordprocedure is dat het de schuldenaar vrij staat de klasse-indeling zelf te bepalen. Op voorhand is de rechtbank echter van oordeel dat het al dan niet betwist zijn van een vordering geen redelijke grond is die een onderscheid tussen klasse 1 en klasse 2

rechtvaardigt. Het beïnvloeden van de stemming over het akkoord door het creëren van een klasse die zal instemmen met het akkoord, acht de rechtbank in dit geval dan ook niet gerechtvaardigd.

V. In hoeverre de schuldeisers in klasse 3, de intercompany crediteuren, tot de stemming over het akkoord mogen worden toegelaten:

De rechtbank is van oordeel dat geen bezwaar bestaat tegen de toelating van de intercompany crediteuren tot de stemming over het akkoord. Daarbij wordt van belang geacht dat sprake is van een voorwaardelijke achterstelling van de vorderingen van de intercompany crediteuren; de achterstellingsovereenkomst bevat de opschortende voorwaarde van homologatie van het akkoord waarvan de achterstelling een onderdeel is. De rechten van deze crediteuren worden dus gewijzigd. Voorts is relevant dat verzoekster heeft verklaard dat een homologatieverzoek uitsluitend zal worden ingediend wanneer klasse 1 of 2 heeft ingestemd met het akkoord.

VI. Voor welke bedragen de negen betrokken schuldeisers dienen te worden toegelaten tot de stemming:

Partijen verschillen van mening over de vraag of voor wat betreft de toelating tot de stemming over het akkoord rekening gehouden mag worden met een procesrisico en daarmee verband houdende 'korting' en in hoeverre eventuele tegenvorderingen in dit geval in mindering kunnen worden gebracht op de vordering van de schuldeisers. De rechtbank is van oordeel dat verzoekster onvoldoende informatie over de gepretendeerde tegenvorderingen en het procesrisico met bijbehorende korting heeft verschaft. De standpunten en berekeningen van verzoekster zijn onvoldoende nader onderbouwd en hieruit kan volgens de rechtbank dan ook niet de conclusie worden getrokken dat de vorderingen van de betwiste crediteuren voor die bedragen tot de stemming dienen te worden toegelaten zoals die door verzoekster zijn berekend en voorgesteld. Daarbij acht de rechtbank van belang dat de hoogte van de bedragen waarvoor de schuldeisers worden toegelaten tot de stemming, mogelijk invloed kan hebben op de stemuitslag binnen de klasse. De rechtbank is dan ook niet in staat om dit aspect te beoordelen.

VII. Of bij de verdeling van de waarde die met het akkoord wordt gerealiseerd ten nadele van de klasse die niet heeft ingestemd, wordt afgeweken van de wettelijke rangorde bij verhaal op het vermogen van de schuldenaar:

Nu de reorganisatiewaarde op grond van de overgelegde informatie en stukken niet is vast te stellen, kan de rechtbank ook niet vaststellen dat geen sprake is van schending van de *priority rule* (artikel 384 lid 4 sub b Fw). De rechtbank kan dit aspect dan ook niet beoordelen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, november 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 19-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:5945

Zaaknummer: C/05/406662 HO RK 22/473

Rechters: J.H. Steverink, M.D.E. Leppens en H.J. Idzenga

Advocaten: M. van der Laarse

Wetsartikelen: 378 Fw

RECHTSPRAAK

**Bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:248 lid 2 BW
(schending boekhoud- en publicatieplicht)**

De boekhoud- en publicatieplicht zijn geschonden. Het betreft geen onbelangrijke verzuimen en er is geen grond voor disculpatie. Geen andere aannemelijke belangrijke oorzaak van het faillissement. Wel grond voor matiging.

De rechtbank Oost-Brabant heeft op 1 november 2022 vonnis gewezen in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure ex artikel 2:248 BW. De curator spreekt zowel de statutaire bestuurder ('de holding') als de middellijke bestuurder (natuurlijk persoon, 'de bestuurder') aan van een failliete vennootschap.

De curator verwijt het bestuur dat er geen deugdelijke boekhouding is gevoerd en dat de jaarrekeningen niet tijdig werden gepubliceerd.

De rechtbank constateert dat de boekhouding in de drie jaren vóór het faillissement niet van een zodanig niveau was dat daaruit op elk moment – eventueel na enig nader onderzoek – een redelijk inzicht kon worden verkregen in de rechten en verplichtingen, of meer in het algemeen de vermogenspositie van de vennootschap. Zelfs na uitvoerig onderzoek kon dat inzicht niet worden verkregen. Dit blijkt temeer uit het feit dat zich meerdere crediteuren bij de curator hebben gemeld die niet voorkomen op de crediteurenlijst die het bestuur aan de curator heeft verstrekt. Het bestuur heeft de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW daarom geschonden.

Vervolgens concludeert de rechtbank dat ook de publicatieplicht van artikel 2:394 BW is geschonden. De jaarrekeningen over 2017 en 2018 zijn namelijk pas op 29 december 2020 gepubliceerd, de jaarrekening over 2019 op 10 maart 2021. Over de boekjaren 2014 tot en met 2016 is nooit een jaarrekening openbaar gemaakt. Het bestuur heeft aangevoerd dat sprake zou zijn van een onbelangrijk verzuim dat zou zijn veroorzaakt door slecht werk van de boekhouder. De rechtbank gaat hier niet in mee. In 2019 en 2020 (en vermoedelijk daarvoor ook al) was er geen boekhouder, zodat slecht werk van de boekhouder niet de reden kan zijn

van het verzuim. Er is weliswaar een derde ingeschakeld voor financieel advies maar niet is gebleken dat het bestuur heeft geprobeerd de boekhouding op orde te (laten) brengen. Bovendien zijn de publicatietermijnen telkens ruimschoots overschreden.

Omdat niet is gebleken dat het bestuur iets heeft gedaan om ervoor te zorgen dat de boekhouding op orde werd gebracht, is er tevens geen grond voor disculpatie.

Aangezien de boekhoud- en publicatieplicht zijn geschonden, staat vast dat er sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur ex artikel 2:248 lid 2 BW. Het bestuur heeft gesteld dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is gelegen in andere omstandigheden, waaronder de coronacrisis. Hier gaat de rechtbank niet in mee. Vast staat namelijk dat gefailleerde zich al vóórdat de coronacrisis uitbrak, bevond in een situatie waarin meerdere schuldeisers niet konden worden voldaan en een faillissement dreigde.

De rechtbank ziet wel grond om de aansprakelijkheid van de bestuurder te matigen. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat mishandeling van de bestuurder door de verhuurder van het pand en de coronacrisis ook zullen hebben bijgedragen aan het faillissement. Zijn aansprakelijkheid wordt daarom gematigd met 25%. Dit geldt echter niet voor de holding, omdat zij geen verweer heeft gevoerd en aan haar verstek is verleend.

Omdat de faillissementsboedel negatief is, constateert de rechtbank dat het restitutierisico voor de bestuurder groot is. Dit is temeer relevant omdat bij de executie van het vonnis de verkoop van zijn woning aan de orde kan zijn. Het vonnis wordt ten aanzien van hem daarom niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Namens de holding is geen verweer gevoerd tegen de uitvoerbaarheid bij voorraad.

De holding en de bestuurder worden hoofdelijk veroordeeld tot betaling van 75% van het faillissementstekort (nader op te maken bij staat) en een voorschot daarop. En de holding wordt afzonderlijk veroordeeld tot betaling van de resterende 25% van het faillissementstekort en een voorschot daarop.

K.C.S. Meekes, november 2022

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 26-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2022:4668

Zaaknummer: C/01/375111 / HA ZA 21-696

Rechters: M.E. Bartels

Advocaten: B.A.P. Sijben en J.T. van Balen

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Een voorwaardelijk civielrechtelijk bestuursverbod: een middenweg?

In deze zaak gaat zowel het OM als de bestuurder aan wie een civielrechtelijk bestuursverbod is opgelegd in hoger beroep. De omstandigheden afwegende legt het hof een voorwaardelijk bestuursverbod van vijf jaren op.

Deze zaak draait om het civielrechtelijk bestuursverbod als bedoeld in artikel 106a Fw, dat in het kader van het Wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht per 1 juli 2016 ingevoerd is. In eerste aanleg had het OM verzocht om de bestuurder van een tweetal failliet verklaarde bv's een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen voor de duur van vijf jaren. Naar de mening van het OM was de bestuurder in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- en medewerkingsverplichtingen jegens de curatoren in de faillissementen van de bv's. Het verzoek werd gestoeld op artikel 106a lid 1 onderdeel c Fw. De rechtbank heeft alle omstandigheden afwegende de bestuurder een bestuursverbod opgelegd van één jaar.

Vervolgens heeft zowel het OM als de bestuurder hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank. Het OM heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat de rechtbank het verbod voor de maximale duur van vijf jaren had moeten opleggen, terwijl de bestuurder van mening is dat de beschikking van de rechtbank moet worden vernietigd, omdat het bestuursverbod onterecht is opgelegd. Het hof lijkt een middenweg te zoeken en legt aan de bestuurder een voorwaardelijk bestuursverbod van vijf jaren op. Het verbod gaat in op het moment dat de bestuurder in een volgend faillissement van een vennootschap als (gewezen) bestuurder of feitelijk tekortschiet in zijn informatie- en medewerkingsverplichting jegens de curator. Dit geldt dan slechts voor de gevallen dat een dergelijk faillissement binnen drie jaren na deze uitspraak plaatsvindt.

Het hof vindt een voorwaardelijk bestuursverbod op zijn plaats, nu de aan de bestuurder verweten schending van de inlichtingen- en medewerkingsplicht jegens de curator ongeveer vijf jaren voorafgaand aan het verzoek van het OM heeft plaatsgehad. In de tussentijd heeft de

bestuurder zijns inziens juist laten zien dat hij goed en behoorlijk bestuurt. Bovendien heeft de accountant van de bestuurder ter zitting verklaard dat de vennootschappen waarvan de bestuurder thans (indirect) bestuurder is, aan al hun (administratieve) verplichtingen voldoen. Daarenboven wordt ter zitting verklaard dat het goed gaat met deze vennootschappen en dat zij niet kunnen zonder de kennis en kunde van de bestuurder.

Volgens het hof is het goed mogelijk om een voorwaardelijk bestuursverbod op te leggen. Daarbij wordt verwezen naar de Kamerstukken behorende bij de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (*Kamerstukken* 34011). Uit de Nota naar aanleiding van het Verslag (*Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 6) lijkt echter het tegenovergestelde te volgen. Op de vraag van de leden van de CDA-fractie of het gevolg van het ontbreken van een minimale duur van het bestuursverbod is dat een soort voorwaardelijke variant kan worden gecreëerd wanneer de rechter de termijn van het bestuursverbod stelt op nul dagen, geeft de minister een ontkennend antwoord: *“Dat is noch de bedoeling van het voorgestelde art. 106b FW noch de strekking van het wetsvoorstel. Het bestuursverbod bij stichtingen, bedoeld in artikel 2:298 lid 3 BW, waarop dit wetsvoorstel in zekere zin is geënt, kent evenmin een voorwaardelijke variant.”*

Het hof merkt op dat hieruit niet volgt dat een voorwaardelijk bestuursverbod niet is toegelaten. Volgens het hof heeft de wetgever de rechter ruimte willen geven voor een op de omstandigheden van het geval toegesneden werking van het bestuursverbod. Dit leidt het hof af uit de zinsnede *“tenzij in de uitspraak anders is bepaald”* in artikel 106b lid 2 Fw en uit de mogelijkheid voor de rechter om alle overige gevolgen van een door hem uitgesproken bestuursverbod te regelen in artikel 106b lid 4 Fw. Deze conclusie van het hof, hoewel in de praktijk wellicht gewenst, lijkt mij toch moeilijk te verenigen met het citaat uit de Nota dat hierboven is weergegeven.

S. Renssen, november 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-10-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:8872

Zaaknummer: 200.307.550/1

Rechters: M.M.A. Wind, J.H. Kuiper en E.F. de Groot

Advocaten: O.M.M. Philips en J.C.G. van der Wulp

Wetsartikelen: 106a Fw

RECHTSPRAAK

Stil pandrecht mocht vanwege vrees voor bodembeslag worden omgezet in vuistpand

Deze zaak gaat over de vraag of eiseres haar stil pandrecht op de door gedaagde aangekochte machine mocht omzetten in een vuistpand in verband met de vrees dat de Ontvanger hierop bodembeslag zou leggen. De rechtbank oordeelt dat op het moment dat eiseres de machine in vuistpand nam, zij de gegronde vrees had dat de Ontvanger bodembeslag op de machine zou leggen en dat de Ontvanger vervolgens op de machine verhaal zou willen nemen, zodat eiseres niet onrechtmatig heeft gehandeld door de machine in vuistpand te nemen.

Deze zaak gaat over de vraag of eiseres haar stil pandrecht op de door gedaagde aangekochte machine mocht omzetten in een vuistpand in verband met de vrees dat de Ontvanger hierop bodembeslag zou leggen. Dit pandrecht heeft eiseres verkregen in het kader van een geldlening die zij aan gedaagde heeft verstrekt voor de aanschaf van deze machine. Gedaagde is een houdstervennootschap die deel uitmaakt van een groep en heeft de machine aan 'onderneming 1' verhuurd die ook tot deze groep behoort.

Eiseres kreeg signalen uit de markt dat onderneming 1 haar faillissement, althans surseance van betaling, zou aanvragen en heeft dit in juni 2019 bij gedaagde zowel per e-mail als telefonisch geverifieerd. Op 5 juni 2019 heeft eiseres verlof gekregen van de voorzieningenrechter om pandhoudersbeslag op de machine te leggen. Nog diezelfde dag is de machine in vuistpand genomen. In een brief van 6 juni 2019 heeft eiseres de geldleningsovereenkomst met gedaagde met onmiddellijke ingang opgezegd en gedaagde gesommeerd om uiterlijk op 11 juni 2019 het op grond van de geldlening nog verschuldigde bedrag ineens en in het geheel te voldoen, bij gebreke waarvan tot executie van de machine over zal worden gegaan. Op 11 juni 2019 is onderneming 1 failliet verklaard. De machine is in het openbaar geveild, maar de opbrengst was niet voldoende om het op grond van de geldlening verschuldigde bedrag volledig te voldoen. In onderhavige procedure bij de

rechtbank Midden-Nederland vordert eiseres betaling van de restschuld. Gedaagde stelt zich op het standpunt dat eiseres onrechtmatig tegenover haar heeft gehandeld door de machine in vuistpand te nemen.

De rechtbank overweegt dat de Ontvanger op grond van artikel 22 lid 3 Invorderingswet 1990 voor de incassering van de belastingschulden die in dit wetsartikel zijn genoemd beslag kan leggen op alle zaken die zich op de bodem van de belastingschuldige bevinden, waaronder zaken die niet van de belastingschuldige zijn. De Ontvanger neemt echter geen verhaal op bodemzaken als sprake is van reële eigendom van de bodemzaak van een ander dan de belastingschuldige (artikel 22.8.10 van de Leidraad Invordering 2008).[1] In dat geval wordt het eigendomsrecht van de derde gerespecteerd en valt de zaak niet onder de reikwijdte van het bodembeslag. Van belang is daarom of eiseres mocht aannemen dat de Ontvanger zou hebben geoordeeld dat gedaagde niet de reële eigendom van de machine had. In artikel 22.8.10 van de Leidraad Invordering 2008 wordt mede onder verwijzing naar een besluit aangegeven wanneer reële eigendom wordt aangenomen in geval van leaseovereenkomsten. Uit de leidraad en het besluit volgt dat voor het aannemen van reële eigendom gedaagde het restwaarderisico moet lopen ten aanzien van de machine. Hoewel eiseres volgens de rechtbank niet de informatie had om te beoordelen of aan deze voorwaarde werd voldaan, heeft eiseres zich voldoende ingespannen om deze te verkrijgen. Eiseres heeft namelijk na daartoe strekkende vragen per e-mail en een aantal tevergeefs gepleegde telefoonoproepen niet de benodigde informatie van gedaagde gekregen.

De conclusie is dat eiseres op het moment dat zij de machine in vuistpand nam – 5 juni 2019 – de gegronde vrees mocht hebben dat er bodembeslag op de machine zou worden gelegd en dat de Ontvanger vervolgens op de machine verhaal zou willen nemen. Het door eiseres gevorderde bedrag is derhalve door de rechtbank toegewezen.

N. Lgarah, november 2022

[1] De rechtbank verwijst vermoedelijk naar de leidraad zoals die bij besluit van 6 december 2018 nr. 2018-68651 (*Stcrt.* 2018, 68651) is gewijzigd.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:3097

Zaaknummer: C/16/515668 / HA ZA 21-31

Rechters: J.K.J. van den Boom

Advocaten: M. Helmstrijd en S.V. Vullings

Wetsartikelen: Artikel 22 Invorderingswet 1990

RECHTSPRAAK

Bestuurders failliete zorgstichting aansprakelijk voor het boedeltekort

Bestuurders van een stichting zijn aansprakelijk voor het faillissementstekort op de voet van artikel 2:300a jo. 2:138 BW. Er is sprake van een schending van de administratieplicht, en de bestuurders hebben geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen aantonen.

Gedaagden zijn een vader ('de vader'), diens zoon ('de zoon') en de partner van de zoon ('de partner'). Gedaagden zijn bij de Stichting Social Care 24/7 ('de stichting') in verschillende hoedanigheden betrokken geweest. De vader en de partner zijn statutair bestuurder geweest van de stichting, die onder meer zorg verleende en opvang bood met overnachting, vooral aan (jong)volwassenen met een verstandelijke beperking of psychische problemen. De financiering van de Stichting verliep via zorgcontracten met de gemeente Zwolle en Zilveren Kruis voor Wlz-zorg en persoonsgebonden budgetten ('pgb's').

De Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft sinds 2016 verschillende bezoeken gebracht aan de stichting en naar aanleiding van deze bezoeken verschillende aanwijzingen gegeven. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een aanwijzing om de cliënten over te dragen omdat sprake was van een voortdurende risicovolle situatie zonder zicht op verbetering. De gemeente Zwolle en Zilveren Kruis hebben onderzoek gedaan naar de besteding van pgb's door de Stichting en geconcludeerd tot onregelmatige besteding van deze gelden en zorgfraude.

De Stichting is op 24 april 2018 failliet verklaard. De curator vordert in deze procedure vergoeding van het faillissementstekort op de voet van artikel 2:300a jo. 2:138 BW, dan wel artikel 2:9BW of artikel 6:162 BW.

De curator verwijt gedaagden dat zij als bestuurder dan wel als feitelijk beleidsbepaler hun taak onbehoorlijk hebben vervuld. De administratie van de Stichting voldeed niet aan de wettelijke en statutaire eisen, en door de geconstateerde tekortkomingen en misstanden is óók sprake van onbehoorlijke taakvervulling dan wel onrechtmatige daad.

De rechtbank oordeelt dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat de zoon als feitelijk beleidsbepaler kan worden aangemerkt. Hij heeft zich weliswaar in de media als feitelijk bestuurder gepresenteerd, maar dat is bij deze beoordeling niet relevant. Niet is gebleken namelijk dat hij handelingen verrichtte die normaliter door bestuurders worden verricht en dat deze handelingen ook met terzijdestelling van het bestuur hebben plaatsgevonden.

De rechtbank oordeelt ten aanzien van de vader en de partner dat in strijd is gehandeld met artikel 2:10 BW, waardoor vanwege artikel 2:138 lid 2 BW vaststaat dat sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van gefailleerde en dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement. Op de voet van artikel 2:10 BW dient de administratie op zodanige wijze gevoerd te worden dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Dit betekent naar vaste jurisprudentie dat de boekhouding van een zodanig niveau dient te zijn dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment, en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en de omvang van de onderneming een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie (HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo994). De rechtbank overweegt dat de bestuurders de verwijten van de curator niet gemotiveerd hebben kunnen betwisten. Dat alle inkomsten via de Sociale Verzekeringsbank liepen en daaruit de baten en lasten konden worden afgeleid, geldt niet als voldoende. Ook een bijgehouden zorgadministratie kan niet snel inzicht geven in de *financiële* situatie van een onderneming.

De rechtbank overweegt verder dat van belang is dat de onbehoorlijke taakvervulling niet enkel ziet op de schending van de administratieplicht, maar dat het vermoeden ziet op het bestuur over de gehele linie. De bestuurders hebben ook geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement kunnen aandragen om het vermoeden te ontzenuwen.

A.C. Frentz, november 2022

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2022:2932

Zaaknummer: C/o8/269819 HA ZA 21-337

Rechters: J.N. Bartels

Advocaten: E.A.M. Claassen en J. Faas

Wetsartikelen: 2:300a BW, 2:138 BW, 2:9 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Onbehoorlijk bestuur en bestuursverbod; beroep op vrijwaring faalt

De (indirect) bestuurder van failliet wordt veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW. Ook wordt een bestuursverbod van vijf jaar opgelegd als bedoeld in artikel 106a Fw. De bestuurder doet een beroep op vrijwaring, maar dit faalt.

De inmiddels failliete onderneming is opgericht op 27 juli 2019 en verrichtte schoonmaakwerkzaamheden voor zes McDonald's-vestigingen uit hoofde van een overeenkomst van opdracht.

Op 19 juni 2020 heeft de bestuurder twee nieuwe vennootschappen opgericht: vennootschap 1 en haar holding vennootschap 2. Vervolgens zijn alle activiteiten en activa van de onderneming ondergebracht in vennootschap 1. Vennootschap 1 heeft hiervoor geen vergoeding betaald.

Op 31 juli 2020 heeft de bestuurder namens vennootschap 2 de aandelen in vennootschap 1 om niet overgedragen aan een andere entiteit. Gedaagde 1 (in vrijwaring) is enig aandeelhouder en bestuurder van deze entiteit. Daarnaast is zij enig aandeelhouder en bestuurder van gedaagde 2 (in vrijwaring). Na de aandelenoverdracht is vennootschap 2 ontbonden.

Op 15 september 2020 is de onderneming in staat van faillissement verklaard. De curator vordert (onder meer) dat de bestuurder wordt veroordeeld tot betaling van het boedeltekort en dat een bestuursverbod van vijf jaar wordt opgelegd.

De bestuurder doet een beroep op vrijwaring en vordert dat de rechtbank gedaagde 1 en gedaagde 2 hoofdelijk veroordeelt voor datgene waartoe hij mocht worden veroordeeld.

Onbehoorlijk bestuur

De curator is van mening dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld door (1) niet

te voldoen aan zijn administratieplicht ex artikel 2:10 BW, (2) een illegale doorstart te maken van de activiteiten van de onderneming in vennootschap 1 en (3) gelden te onttrekken aan de bankrekening van de onderneming.

De bestuurder voert aan dat niet de hem verweten gedragingen een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, maar de omstandigheid dat een (namens hem) door gedaagde 1 getroffen betalingsregeling met het pensioenfonds niet is nagekomen. Verder erkent de bestuurder dat hij de onderneming om niet heeft overgedragen aan vennootschap 1 en ook dat hij gelden heeft onttrokken aan de bankrekening van de onderneming.

De rechtbank volgt de curator en oordeelt dat op alle drie de punten sprake is van onbehoorlijk bestuur. De bestuurder is daarom aansprakelijk voor het boedeltekort. De bestuurder heeft een beroep gedaan op matiging, omdat hij aansprakelijk zou worden gehouden voor gedragingen van gedaagde 1 (in vrijwaring). Omdat de vermeende rol van gedaagde 1 onvoldoende is onderbouwd en vanwege de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling slaagt het beroep op matiging niet.

Bestuursverbod

De curator vordert een bestuursverbod van vijf jaar als bedoeld in artikel 106a Fw, omdat sprake zou zijn van onbehoorlijk bestuur (sub a) en omdat de bestuurder in ernstige mate zou zijn tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatie- of medewerkingsverplichtingen tegenover de curator (sub c).

De bestuurder heeft op dit punt geen verweer gevoerd en de rechtbank wijst de vordering van de curator toe.

Vrijwaring

De bestuurder voert aan dat de vordering van de curator is gebaseerd op de illegale doorstart en het niet voldoen aan de administratieplicht. De daarvoor relevante feiten zijn volgens hem gecreëerd door gedaagde 1. Gedaagde 1 zou de doorstart hebben bedacht, geadviseerd en uitgevoerd. Ook zou zij hebben verzuimd een deugdelijke administratie te voeren. Zonder de doorstart zou de betalingsregeling met het pensioenfonds zijn nagekomen en zou het faillissement van de onderneming zijn uitgebleven.

Gedaagde 1 betwist dat zij een bepalende rol heeft gespeeld in de gang van zaken. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de bestuurder de gestelde rol van gedaagde 1 onvoldoende onderbouwd en bestaat geen grond waarop gedaagde 1 de bestuurder zou moeten vrijwaren voor datgene waartoe hij tegenover de curator wordt veroordeeld. De vordering tegen

gedaagde 1 tot vrijwaring wordt daarom afgewezen.

Ook de vordering tegen gedaagde 2 tot vrijwaring wordt afgewezen, omdat de bestuurder op geen enkele wijze heeft gesteld en onderbouwd dat en waarom gedaagde 2 zou moeten worden veroordeeld.

B.S. Pronk, november 2022

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2022:5993

Zaaknummer: C/05/395646 / HZ ZA 21-374

Rechters: P.F.A. Bierbooms

Advocaten: B.B.P.J.M. Derks, F.A. Geevers en P.C. Schutte

Wetsartikelen: 2:10 BW, 2:248 BW en 106a Fw

RECHTSPRAAK

Overname klanten en overeenkomsten bij faillissement energiemeatschappij

Faillissement energieleverancier. Nieuwe leverancier is door de wijze van overdracht – een aankoop via de curator in plaats van een verdeling op aanwijzing van de ACM – gebonden aan de leveringsovereenkomst die de gefailleerde leverancier met de kleinverbruiker had gesloten.

Na het faillissement van energieleverancier Flexenergie B.V. heeft Innova Energie B.V. alle klanten overgenomen. In twee ogenschijnlijk standaardincassoprocedures bij de kantonrechter vordert Innova Energie betaling van twee overgenomen klanten. Zij baseert zich daarbij op een nieuwe leveringsovereenkomst, die zij na de overname aan de oude klanten van Flexenergie heeft aangeboden.

In beide procedures (ECLI:RBAMS:2022:6000 en 6001) zijn de gedaagden niet verschenen. Toch komt de kantonrechter ingevolge een ambtshalve toetsing aan het consumentenrecht tot een inhoudelijke beoordeling. Die toetsing pakt voor Innova Energie nadelig uit. De kantonrechter oordeelt dat bij deze specifieke wijze van overname van klanten – een overname als gevolg van de overdracht van het klantenbestand door de curator – de door Flexenergie gesloten leveringsovereenkomsten zijn overgenomen door Innova Energie.

Het gepubliceerde tussenvonnis in de tweede zaak (Rb. Amsterdam 24 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:263) geeft meer achtergrond. Het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 ('het Besluit') onderscheidt twee typen overdracht in de situatie waarin voorzienbaar is dat een leverancier van elektriciteit niet langer in staat is om zijn plicht tot levering aan zijn kleinverbruikers na te komen, dan wel wanneer surseance of faillissement is aangevraagd. Volgens de kantonrechter neemt de nieuwe leverancier ingevolge het Besluit de klanten ofwel op basis van een overeenkomst met de failliet de klanten over (de situatie van artikel 2 lid 5 Besluit) ofwel na verdeling op basis van een aanwijzing van de ACM (de situatie van artikel 2 lid 6 Besluit). In het eerste geval gaat de klant samen met de met failliet gesloten overeenkomst over, aldus de kantonrechter. In het tweede geval is van rechtswege een nieuwe

overeenkomst tot stand gekomen.

In beide zaken stond ter discussie van welke situatie sprake was. Innova Energie bepleitte dat geen van de in het Besluit voorziene situaties gold, maar dat de overdracht een door de ACM toegestane tussenvorm betrof waarbij de energieovereenkomsten niet waren overgenomen. De kantonrechter gaat hier niet in mee en oordeelt dat sprake is van een overdracht door de failliet.

De kantonrechter toetst vervolgens ambtshalve (zie HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677) of de informatieverplichtingen jegens deze consumenten wel zijn nageleefd. Innova Energie had de overgenomen klanten moeten berichten dat zij de overeenkomsten inclusief de bij Flexenergie geldende voorwaarden had overgenomen. In de tweede zaak had de gedaagde het aanbod voor een nieuwe overeenkomst niet geaccepteerd, zodat de oude (met Flexenergie gesloten) overeenkomst volgens de kantonrechter nog van toepassing was. De vordering van Innova Energie werd afgewezen omdat deze was gebaseerd op deze niet bestaande overeenkomst. In het andere geval was het aanbod niet afgewezen door de klant, maar overweegt de kantonrechter dat redelijkerwijs aannemelijk is dat de klant de nieuwe overeenkomst niet zou hebben geaccepteerd als zij de juiste informatie had gekregen. De overeenkomst is volgens de kantonrechter dus door een oneerlijke handelspraktijk tot stand gekomen en derhalve vernietigbaar. De kantonrechter vernietigt de overeenkomst vervolgens gedeeltelijk, voor zover de overeenkomst ziet op de betalingsverplichting.

De uitspraken zijn een waarschuwing aan energiemaatschappijen die overwegen om klanten van een gefailleerde concurrent over te nemen. Als zij dat door middel van een overeenkomst met de curator doen, zijn zij volgens deze uitspraken gebonden aan de overeenkomsten die de oude leverancier was overeengekomen. Daartussen zullen zich in geval van een gefailleerde energiemaatschappij nou echter juist regelmatig verlieslatende overeenkomsten bevinden.

J.H.M. van de Wiel, november 2022

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-10-2022

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2022:6001

Zaaknummer: 9288109 CV EXPL 21-8878

Rechters: E. Pennink

Advocaten: B.E.J. Caminada

Wetsartikelen: 2 Besluit Leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998

RECHTSPRAAK

Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW wegens niet naleven fiscale regels en schending administratieplicht

Curator stelt bestuurder van stichting en vereniging aansprakelijk. Geen geobjectiveerd winstoogmerk stichting waardoor geen aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138 jo 2:300a (oud) BW.

Appellant (ook 'de bestuurder') is tot 1 augustus 2012 bestuurder geweest van de door hem opgerichte Vereniging Voetbal Achterberg ('de vereniging'). Namens de vereniging heeft de bestuurder de Stichting Voetbal Promotie Achterberg ('de stichting') opgericht. Van deze stichting was appellant bestuurder tot 30 september 2015.

De Belastingdienst heeft na een boekenonderzoek in verband met door de vereniging en de stichting gedane uitbetalingen aan personen, naheffingsaanslagen van onder meer loonbelasting opgelegd aan de vereniging over de jaren 2009 tot en met 2013 en aan de stichting over de jaren 2010 tot en met 2013. De vereniging en stichting zijn vervolgens respectievelijk op 24 december 2015 en 19 januari 2016 gefailleerd. De curator spreekt appellant aan als bestuurder van de stichting en vereniging, op grond van artikel 2:300a BW (oud) jo. artikel 2:138, artikel 2:9 BW en artikel 6:162 BW. De rechtbank heeft de bestuurder aansprakelijk gehouden op grond van artikel 2:9 BW. De bestuurder heeft hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank.

Aansprakelijkheid jegens de stichting

Het hof overweegt in de eerste plaats dat eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder niet op grond van artikel 2:300a BW (oud) en 2:138 BW kan worden gebaseerd. De curator heeft haar stelling dat de stichting een (geobjectiveerd) winstoogmerk had namelijk niet voldoende onderbouwd.

Bij de beoordeling van appellant als bestuurder van de stichting op grond van artikel 2:9 BW, neemt het hof tot uitgangspunt dat voor aansprakelijkheid op deze grondslag is vereist dat een

ernstig verwijt kan worden gemaakt aan een bestuurder. Of dat het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

Het hof oordeelt dat appellant als bestuurder van de stichting zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit oordeel onderbouwt het hof door aan te halen dat appellant in zijn bestuursperiode in strijd met fiscale regels heeft gehandeld door tot drie keer toe lagere lonen in de loonadministratie op te (laten) nemen dan in werkelijkheid werden uitbetaald en door geen zorg te dragen voor een adequate onderbouwing van de onkostenvergoedingen, waardoor niet kon worden gecontroleerd of de kostenvergoedingen daadwerkelijk dienden ter dekking van gemaakte zakelijke kosten van de werknemer.

De curator heeft verder nog aangevoerd dat de bestuurder aansprakelijk zou zijn voor het sluiten van contracten met de spelers en trainer in mei 2015 en intrekking van deze contracten in juli 2015. Het hof overweegt dat de curator onvoldoende onderbouwd heeft waarom de bestuurder op die grond aansprakelijk is. Op het moment dat de contracten werden gesloten voor seizoen 2015-2016 was er volgens het hof nog gerechtvaardigde hoop op financiering en voortzetting van het elftal.

De curator heeft ook gesteld dat de bestuurder aansprakelijk zou zijn voor het stopzetten van de financiering van het elftal en het aftreden als bestuurder. Naar het oordeel van het hof zijn dit beslissingen die buiten de taak en verantwoordelijkheid als bestuurder vallen en derhalve geen bestuurdersaansprakelijkheid kunnen opleveren.

Appellant wordt in het eindarrest (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9111) veroordeeld tot betaling aan de curator van de schade die de stichting en haar gezamenlijke schuldeisers hebben geleden of nog zullen lijden als gevolg van het niet naleven van de op de stichting toepasselijke fiscale regels in de periode 2010 tot en met 2013.

Aansprakelijkheid jegens de vereniging

Het hof oordeelt dat appellant ook als bestuurder van de vereniging zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Het hof is van oordeel dat fiscale regelgeving betreffende de vergoeding van staf en personeel bij het bestuur van een vereniging als bekend mag worden verondersteld. Het schenden van deze regelgeving levert dan ook bestuurdersaansprakelijkheid op.

De curator heeft verder aangevoerd dat appellant op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk is als feitelijk beleidsbepaler voor verrichtingen van het bestuur van de vereniging na de datum dat appellant is afgetreden als bestuurder. Het hof oordeelt dat de curator onvoldoende heeft onderbouwd dat appellant feitelijk beleidsbepaler was. Aan appellant werd door de

nieuwe bestuursleden regelmatig gevraagd om informatie en hij gaf ook regelmatig ongevraagd zijn mening, maar niet is gebleken dat bestuursleden taken overdroegen aan appellant of dat appellant uit zichzelf heeft opgetreden zoals een bestuurder zou doen.

Het hof veroordeelt in het eindarrest (Hof Arnhem-Leeuwarden 25 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9111) appellant tot betaling aan de curator van de schade die de vereniging en haar gezamenlijke schuldeisers hebben geleden of nog zullen lijden als gevolg van het niet naleven van de op de vereniging toepasselijke regels in de periode van 1 januari 2009 tot en met 31 juli 2012.

D.R.C. Smit, november 2022

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 19-04-2022

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2022:3006

Zaaknummer: 200.262.548 en

Rechters: I. Brand, L. Janse en G.D. Hoekstra

Advocaten: G.C.L. van de Corput en W.A.A.J. Fick-Nolet

Wetsartikelen: 2:9 BW, 6:162 BW, 2:300a (oud) BW en 2:138 BW