

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 10, 2023

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:2023:635](#) 21-04-2023

Matigingsbevoegdheid artikel 2:248 lid 4 BW heeft limitatieve gronden, maar wordt niet restrictief uitgelegd

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:3548](#) 25-04-2023

Afwijzing verzoek ontslag van instantie vanwege verwevenheid conventionele en reconventionele vordering

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:3437](#) 24-04-2023

Vernietiging faillissement wegens ontbreken pluraliteit

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:1122](#) 06-04-2023

Faillissement bv blijft in stand, ondanks gestelde turboliquidatie

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:2846](#) 03-04-2023

Faillissementsvonnis van de rechtbank bekrachtigd door het hof

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2023:3659](#) 20-04-2023

Geen ontslag curator omdat hij eerder advocaat was in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2023:1492](#) 12-04-2023

Bestuurder is niet aansprakelijk voor de herstructurering van Timpaan Groep via een prepack.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3097](#) 30-03-2023

WHOA: intrekken aanwijzing herstructureringsdeskundige en vaststellen salaris

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2023:4193](#) 15-03-2023

Heeft beweerdelijke feitelijk beleidsbepaler de vennootschap gebruikt om hypothecaire leningen te verkrijgen en verbouwingen te bekostigen?

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:3096](#) 10-02-2023

WHOA: dagbepaling behandeling homologatieverzoek en deadline afwijzingsverzoek

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12084](#) 14-09-2022

WHOA: Drie keer verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 1 Fw

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12083](#) 27-07-2022

WHOA: uitbreiding afkoelingsperiode

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2022:12081](#) 06-07-2022

Verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige; misbruik van recht?

RECHTSPRAAK

Heeft beweerdelijke feitelijk beleidsbepaler de vennootschap gebruikt om hypothecaire leningen te verkrijgen en verbouwingen te bekostigen?

Curator stelt dat sprake was van gefingeerde arbeidsovereenkomsten en machtsuitoefening door de 'medewerker' als ware hij bestuurder ten behoeve van het aanschaffen van woningen in privé en het bekostigen van de verbouwing van die woningen.

Deze zaak gaat over een vennootschap die zich blijkens de statutaire doelomschrijving in de periode vanaf oprichting in 2013 achtereenvolgens heeft toegelegd op de handel in meubels, de handel in groenten en fruit en de utiliteitsbouw. Per 7 augustus 2018 heeft de vennootschap een nieuwe aandeelhouder en bestuurder (hierna: de statutair bestuurder). De bv ontplooit dan echter beweerdelijk geen activiteiten meer. De vennootschap sloot niettemin op 8 augustus arbeidsovereenkomsten voor de functie van accountmanager met de gedaagde en diens broer. Op 1 oktober 2019 is de vennootschap failliet verklaard. De curator in het faillissement heeft gedaagde op de voet van artikel 2:248 BW aangesproken tot betaling van het boedeltekort.

In dat kader staat vast dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW en de deponeringsplicht van artikel 2:394 BW zijn geschonden. Hiermee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Dit laatste vermoeden wordt door gedaagde niet ontkracht. Het enige dat ter discussie staat, is of gedaagde (die geen statutair bestuurder was) kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler in de zin van artikel 2:248 lid 7 BW.

Aan de stelling dat gedaagde feitelijk beleidsbepaler was, legt de curator onder meer ten grondslag dat de statutair bestuurder zulks verklaard heeft. De statutair bestuurder van de vennootschap heeft voorts verklaard dat hij maandelijks met gedaagde naar de bank ging, waar door gedaagde geld werd opgenomen van een onbekende rekening dat door de statutair bestuurder vervolgens moest worden gestort op de rekening van de vennootschap bij de ING. Van dit geld werd vervolgens het salaris van gedaagde betaald. Gedaagde en zijn broer hebben

in 2018 en 2019 elk twee woningen aangeschaft, waarvan de curator vermoedt dat zij de hypothecaire lening hebben verkregen op basis van hun 'gefingeerde' dienstbetrekking (gefingeerd omdat de vennootschap geen activiteiten meer ontplooid op het moment van afsluiten van de arbeidsovereenkomsten) met de bv. Vervolgens zijn op naam van de vennootschap bouwmaterialen besteld die werden afgeleverd op het adres van de nieuwe aangeschafte woningen. De facturen daarvoor zijn onbetaald gebleven. Uit screenshots van sms-conversaties zou tot slot blijken dat gedaagde de baas was van de statutair bestuurder en het financiële beleid van de vennootschap bepaalde.

Gedaagde betwist de stellingen van de curator en stelt dat wel degelijk sprake was van een reële arbeidsovereenkomst. Hij kende de statutair bestuurder via via en die zou hem benaderd hebben met de vraag om samen een groothandel in groenten en fruit over te nemen. In dat kader zou ook daadwerkelijk handel in groenten en fruit hebben plaatsgevonden. De betalingen vonden vrijwel uitsluitend contant plaats. Ook zou de statutair bestuurder zich wel degelijk als leidinggevende hebben opgesteld en gedaagde opdrachten en instructies hebben gegeven. Gedaagde heeft ter zake e-mailberichten overgelegd waaruit dit blijkt. Hij stelt bovendien dat hij over voldoende vermogen beschikte, o.a. uit de handel in cryptovaluta, om voor de hypothecaire leningen ten behoeve van de aanschaf van de woningen in aanmerking te komen en dat bovendien het inkomen van zijn partner bij die aanvragen is meegenomen. Slechts voor de verbouwing van een van de woningen, aldus de gedaagde, is gebruikgemaakt van gereedschappen en machines die namens de vennootschap zijn gehuurd, omdat de vennootschap hiervoor een lagere prijs kon afspreken dan gedaagde als particulier zou moeten betalen. Gedaagde heeft de kosten die hiervoor in rekening zijn gebracht betaald aan de vennootschap. Dat de vennootschap vervolgens heeft nagelaten de verhuurder te betalen kan niet aan gedaagde worden verweten. Bovendien is met deze verhuur slechts een bedrag van € 7.695,55 gemoeid, wat volgens gedaagde in relatie tot het faillissementstekort (dat bijna € 400.000 bedraagt) een relatief klein bedrag betreft en geenszins rechtvaardigt dat hij voor het hele tekort aansprakelijk kan worden gehouden.

De rechtbank laat de curator toe nader bewijs te leveren dat gedaagde kwalificeert als feitelijk beleidsbepaler van de vennootschap en acht daarbij van bijzonder belang (i) of de vennootschap in de relevante periode al dan niet activiteiten in de handel met groenten en fruit heeft ontplooid, (ii) of de arbeidsovereenkomst gefingeerd is in de zin dat het nimmer de bedoeling is geweest dat gedaagde tegen het overeengekomen loon daadwerkelijk arbeid zou gaan verrichten en dat gedaagde in werkelijkheid dan ook geen noemenswaardige arbeidsprestatie heeft geleverd en (iii) of gedaagde het economisch beleid van de vennootschap heeft bepaald en daartoe kon beschikken over de bankrekeningen van de vennootschap.

Redactie, mei 2023

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 15-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2023:4193

Zaaknummer: C/09/612756 / HA ZA 21/504

Rechters: M.A. van de Laarschot

Advocaten: N. Claassen en E. Ayerdem

Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Faillissementsvonnis van de rechtbank bekrachtigd door het hof

De rechtbank heeft op verzoek van de curator van een failliete VOF de vennoten van diezelfde VOF in staat van faillissement verklaard. Het hof laat deze faillissementen in stand.

Een praktijk voor kinder- en jeugdpsychiatrie ('de VOF') wordt op 22 december 2021 failliet verklaard. Vervolgens zijn op 22 februari 2023 de vennoten van diezelfde VOF op verzoek van de curator van de failliete VOF failliet verklaard.

Beide vennoten zijn in hoger beroep gekomen van voornoemd vonnis van 22 februari 2023. De vennoten stellen dat de rechtbank ten onrechte hun faillissement heeft uitgesproken. Volgens hen was de curator niet bevoegd om hun faillissement aan te vragen, omdat de schulden van de VOF niet ook automatisch de schulden van de vennoten zijn. Daarnaast betwisten de vennoten een deel van de vordering van de curator ad € 278.108,21 en zouden de openstaande debiteuren ad € 381.536,80 voldoende moeten zijn om de volledige door de curator gepretendeerde vordering te voldoen.

De curator stelt dat hij wel bevoegd was om het faillissement van de vennoten aan te vragen. Volgens hem is er een tekort in het faillissement van de VOF, waarmee summierlijk is gebleken van zijn vorderingsrecht. Verder betwist de curator de juistheid van de door de vennoten opgestelde debiteurenlijst. Voor zover het bedrag aan openstaande facturen al juist zou zijn, is het niet aannemelijk dat een dergelijk groot bedrag geïncasseerd zal kunnen worden.

Het hof is van oordeel dat de curator de vennoten op grond van artikel 33 van het Wetboek van Koophandel kan aanspreken voor het tekort in het faillissement (iedere vennoot voor zijn aandeel) en dus bevoegd was om het faillissement van de vennoten aan te vragen. De vennoten hebben weliswaar de door de curator gestelde vordering voor een deel betwist, maar hebben dat op geen enkele wijze onderbouwd. Ook hebben de vennoten met de door henzelf opgestelde Excellijsten een onvoldoende duidelijk beeld gegeven van de door hen

gefactureerde bedragen, wat daarvan (gedeeltelijk) is voldaan en welk bedrag nog te verwachten valt. Al met al hebben de vennoten niet aannemelijk gemaakt dat een substantieel bedrag door de debiteuren zal worden betaald, laat staan dat er meer dan € 278.000 kan worden geïnd.

Volgens het hof is summierlijk gebleken dat de vennoten verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Het vonnis van de rechtbank wordt bekrachtigd.

B.S. Pronk, mei 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 03-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:2846

Zaaknummer: 200.323.443

Rechters: H.C. Frankena, M.P.M. Hennekens en A.E. de Vos

Advocaten: M. Wevers en P.L. Hellinga

Wetsartikelen: 33 WvK en 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: Drie keer verlenging afkoelingsperiode ex artikel 376 lid 1 Fw

Een herstructureringsdeskundige verzoekt drie keer om de verlenging van een afgekondigde afkoelingsperiode. De drie verlengingsverzoeken worden toegewezen, omdat tussentijds voldoende belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van een akkoord. De belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend met de verlengingen, omdat de reorganisatiewaarde hoger ligt dan de liquidatiewaarde. De schuldeiser die bezwaren uit tegen de verlenging wordt niet wezenlijk geschaad in zijn belangen, aldus de rechtbank.

Deze samenvatting ziet op drie beschikkingen van de rechtbank Rotterdam, namelijk van 14 september 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12084), 5 december 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12086) en 27 januari 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:3093).

Een groep van vennootschappen heeft een WHOA-traject doorlopen. In dit traject is onder meer een afkoelingsperiode afgekondigd ex artikel 376 Fw (Rb. Rotterdam 6 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12081).[1] De afkoelingsperiode hield in dat de (door Rabobank ingediende) faillissementsverzoeken tegen de betrokken vennootschappen geschorst bleven voor de duur van zes weken. Ook is op dat moment een herstructureringsdeskundige (HD) aangewezen ex artikel 371 Fw. Enkele weken later (op 27 juli 2022, zie ECLI:NL:RBROT:2022:12083) hief de rechtbank door Rabobank gelegde conservatoire derdenbeslagen op en werd de bank verboden om nadere beslagen te leggen, met welke beslissing de reikwijdte van de afkoelingsperiode is uitgebreid. De HD heeft gepoogd om met Rabobank tot een vrijwillige ‘standstillregeling’ te komen, maar die poging is mislukt.

Eerste verlenging (ECLI:NL:RBROT:2022:12084)

Volgens de HD is er meer tijd nodig om de akkoordmogelijkheden te onderzoeken. Vanwege de mislukte standstill verzoekt de HD om verlenging van de afkoelingsperiode. Verlenging is

in het belang van de schuldeisers, aldus de HD. Daartoe voert hij onder meer aan dat de reorganisatiewaarde waarschijnlijk (materieel) hoger is dan de liquidatiewaarde. De eerste waarderingswijzen daarop. Ook komt het exploitatietekort gedurende de afkoelingsperiode ten laste van de financier van een overbruggingskrediet; niet van de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast wordt Rabobank niet wezenlijk in haar belangen geschaad door de verlenging. De HD voert aan dat het faillissementsscenario ook voor Rabobank minder gunstig lijkt en er worden een aantal waarborgen aangeboden (zie rov. 2.10). Daarbij verzoekt de HD de rechtbank om te overwegen om (de eerder beoogde vrijwillige standstill)voorwaarden te verbinden aan een verlenging van de afkoelingsperiode, hetgeen onder meer betekent dat Rabobank ontvangen gelden niet verrekent met de door haar verstrekte rekening-courantlening. De vennootschappen steunen het verzoek van de HD, maar keren zich tegen de voorgestelde standstillvoorwaarde dat zij een maandelijkse rentevergoeding aan Rabobank zullen betalen.

Rabobank verzoekt om het verlengingsverzoek af te wijzen. Zij meent dat er geen belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord: de geschetste contouren zijn te weinig concreet, het businessplan is incompleet en ontoereikend, en de rapportages over de liquidatie- en reorganisatiewaarde zijn nog niet beschikbaar. Er bestaat volgens Rabobank ook nog te veel onduidelijkheid over welke van de betrokken vennootschap(pen) rechthebbende is/zijn op bepaalde debiteurenportefeuilles. De groep vennootschappen houdt zich bezig met de inkoop, het beheer en de uitwinning van deze portefeuilles. De bank claimt een eersterangspandrecht op de debiteurenportefeuille. Voor een toelichting op de debiteurenportefeuilles, zie ECLI:NL:RBROT:2022:12080 (r.o. 2.2, 2.5-2.8). Bovendien zou de administratie van de akkoordvennootschappen niet op orde zijn en vindt Rabobank een onderzoek door een curator meer op zijn plaats.

De rechtbank oordeelt anders, namelijk dat wel aannemelijk is dat er belangrijke vooruitgang is geboekt. De rechtbank hecht daarbij aan de stellingen van de HD dat de vennootschappen voldoende transparantie geven en dat een akkoord juridisch-technisch haalbaar is. Vanwege de bezwaren van Rabobank is weliswaar moeilijk voorstelbaar dat daadwerkelijk een akkoord tot stand zal komen, aldus de rechtbank, maar gezien de potentiële reorganisatiewaarde is een verlenging van de afkoelingsperiode in het belang van de schuldeisers. De rechtbank verlengt de afkoelingsperiode met zes weken. Op grond van artikel 376 lid 9 en artikel 379 Fw verbindt zij aan de verlenging voorwaarden. Dat zijn de door de HD opgestelde standstillvoorwaarden, waardoor bijvoorbeeld Rabobank maandelijks rentecompensatie ontvangt.

Tweede verlenging (ECLI:NL:RBROT:2022:12086)

Tegen het einde van de eerste verlenging verzoekt de HD om een nieuwe verlenging voor acht

weken. Hij rapporteert belangrijke vooruitgang in de totstandkoming van het akkoord. Zo hebben verschillende financieel deskundigen werk verricht, waaronder de samenstelling van de jaarrekening over 2021, een boekenonderzoek, de aanvulling en nadere onderbouwing van het waarderingsrapport, het bijwerken van het businessplan en er zijn conceptakkoordvoorstellen geformuleerd. Daarnaast heeft een controlerapportage op de debiteurenportefeuilles plaatsgevonden. Ten aanzien van de financiering geldt dat de lopende verplichtingen worden voldaan tot aan het einde van de nieuwe verlenging.

Rabobank verzoekt wederom om afwijzing van het verlengingsverzoek. Naast de eerder geuite bezwaren, meent zij dat de uitgevoerde onderzoeken en waardebepalingen onbetrouwbaar zijn, vanwege een gebrek aan externe validatie van onderliggende cijfers.

De rechtbank verlengt de afkoelingsperiode. Zij oordeelt dat voldoende aannemelijk is dat de bij een akkoord te realiseren waarde hoger zal zijn dan in het geval van een faillissement. Daarmee zijn de schuldeisers gebaat. Ook is voldoende aannemelijk dat er belangrijke vooruitgang is geboekt, onder meer aangezien een conceptakkoordvoorstel is geformuleerd en de bedoeling is dit in stemming te brengen.

Derde verlenging (ECLI:NL:RBROT:2023:3093)

Opnieuw verzoekt de HD om verlenging van de afkoelingsperiode. De inhoudelijke vraagpunten zijn geadresseerd in de voorbije periode en de geplande controle- en onderzoekwerkzaamheden zijn verricht, volgens de HD. Weliswaar zijn twee financiers afgehaakt, maar er is opnieuw voorzien in financiering voor de lopende verplichtingen en er is een nieuwe akkoordfinancier aangedragen. Ten aanzien van de akkoordfinanciering heeft de HD een ultimatum gesteld. Hij zal zijn taak in beginsel neerleggen als niet op korte termijn bindende afspraken zijn gemaakt over de financiering.

Ook tegen dit verlengingsverzoek uit Rabobank bezwaren. Het gaat om de eerder geuite bezwaren en, in aanvulling daarop, om bezwaren tegen de financiering van de lopende kosten. Die financiering zou zodanig zijn ingericht dat gelden worden gebruikt waarop Rabobank als pandhouder aanspraak heeft. Daarbij signaleert de bank dat het akkoord zelf nog niet is gefinancierd.

De rechtbank overweegt dat het akkoord in de voorbije periode naderbij is gebracht en constateert dat er conceptakkoordvoorstellen zijn voorgelegd aan de schuldeisers. Een homologatieverzoek is ook op korte termijn te verwachten. De rechtbank wijst, ondanks de bestaande en nieuwe bezwaren van Rabobank, daarom de verzochte verlenging toe.

Sluitstuk WHOA-traject

Uiteindelijk is inderdaad kort na de laatste verlenging een homologatieverzoek ingediend, namelijk op 8 februari 2023. Dit verzoek is op 13 maart 2022 afgewezen (ECLI:NL:RBROT:2023:3091, INS 2023-0100). Tegen de afwijzing van het homologatieverzoek hebben de vennootschappen hoger beroep ingesteld, maar ook het hoger beroep is afgewezen (Hof Den Haag 11 april 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:721, INS 2023-0099). Intussen was op 4 april 2023 – tien maanden na de indiening van de faillissementsverzoeken – het faillissement van de vennootschappen uitgesproken.

R.J.H. Berghuis, mei 2023

[1] Bij eerdere beschikking van de rechtbank Rotterdam (25 mei 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:12080) is een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode nog afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-09-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12084

Zaaknummer: C/10/650382 HO RK 22/610 ea en C/10/650393 HO RK 22/617 ea

Rechters: F. Damsteegt, R.P. van Eerde en P.J. Neijt

Advocaten: M. Mouthaan, S.W.A. van den Berg, mr. J.F. Fliek, R.M. Vermaire en A.M. Mennens

Wetsartikelen: 376 Fw, 378 Fw en 379 Fw

RECHTSPRAAK

Verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige; misbruik van recht?

Nadat een verzoek om een afkoelingsperiode werd afgewezen, verzochten de schuldenaren om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige hetgeen op grond van artikel 3d lid 2 Fw alsnog leidt tot een afkoelingsperiode.

Verzoeksters in deze zaak waren zeven besloten vennootschappen. Zij hebben op 29 april 2022 een startverklaring in het kader van de WHOA gedeponneerd, initieel met de bedoeling een liquidatieakkoord aan te bieden. Tegelijkertijd hebben verzoeksters verzocht om een afkoelingsperiode te gelasten. Dit verzoek werd echter afgewezen waarna Rabobank de faillissementen van verzoeksters heeft aangevraagd.

Op de datum waarop de behandeling van de faillissementsverzoeken gepland stond, hebben verzoeksters een verzoek ingediend tot het aanwijzen van een herstructureringsdeskundige. Daarbij hebben verzoeksters ook aangegeven dat de voorkeur inmiddels uitgaat naar een reorganisatieakkoord.

Rabobank is van mening dat slechts om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige wordt gevraagd om op oneigenlijke wijze te bewerkstelligen dat de eerder afgewezen afkoelingsperiode er – op de voet van artikel 3d lid 2 Fw – toch komt. Rabobank vreest dat zij wordt benadeeld en heeft aangegeven niet te zullen instemmen met enig akkoordvoorstel.

Een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan worden toegewezen wanneer is voldaan aan twee vereisten. Ten eerste moet de schuldenaar verkeren in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij insolvent zal raken. In de tweede plaats moet blijken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zijn gediend bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Het laatste is aan de orde wanneer de schuldenaar het verzoek zelf indient of het verzoek gesteund wordt door een meerderheid van de schuldeisers. Nu het verzoek door verzoeksters zelf is gedaan, is aan het tweede vereiste voldaan.

Ter zake van het eerste vereiste overweegt de rechtbank dat verzoeksters (nog) niet in zodanige financiële problemen verkeren dat zij voldoen aan de ingangstoets van artikel 370 Fw. Gelet hierop zou het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige in beginsel moeten worden afgewezen. Maar, zo overweegt de rechtbank, de aanstelling van een herstructureringsdeskundige en de schorsing van lopende faillissementsaanvragen kunnen dienstig zijn aan de totstandkoming van een herstructurering. Anders dan Rabobank heeft aangevoerd, meent de rechtbank dat er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid.

Het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige wordt toegewezen. De rechtbank is er echter niet van overtuigd dat een akkoordprocedure zinvol is. Tegelijkertijd kan niet worden uitgesloten dat een akkoordprocedure de schuldeisers meer zal opleveren dan faillissementen. De rechtbank gelast daarom een afkoelingsperiode van zes weken die niet verder strekt dan de schorsing van faillissementsverzoeken. De herstructureringsdeskundige krijgt onder meer de instructie om op korte termijn in kaart te brengen of een akkoord binnen afzienbare tijd haalbaar is.

K.C.S. Meekes, mei 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12081

Zaaknummer: 640006 HO RK 22/230 en 640367 HO RK 22/236

Rechters: F. Damsteegt, M.D.E. Leppens en P.J. Neijt

Advocaten: S.W. van den Berg, mr. J.F. Fliek, R.M. Vermaire, A.M. Mennens, J.P.M. Borsboom en G.N. van Kooten

Wetsartikelen: 3d Fw, 371 Fw en 376 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: uitbreiding afkoelingsperiode

De door de rechtbank afgekondigde afkoelingsperiode was in eerste instantie beperkt tot door Rabobank ingediende faillissementsverzoeken. In deze procedure wordt het derdenbeslag dat Rabobank na afkondiging van de afkoelingsperiode heeft gelegd onder ABN Amro opgeheven en wordt Rabobank verboden opnieuw beslag te leggen op deze bankrekeningen.

In een WHOA-procedure heeft de rechtbank op verzoek van zeven vennootschappen op 6 juli 2022 een herstructureringsdeskundige aangewezen en een afkoelingsperiode afgekondigd voor de duur van zes weken, ondanks verzet hiertegen van Rabobank. De afkoelingsperiode was beperkt tot de faillissementsverzoeken die Rabobank heeft ingediend tegen de zeven vennootschappen. Rabobank heeft op 19 juli 2022 beslag gelegd ten laste van de vennootschappen, onder meer op bij ABN Amro aangehouden bankrekeningen. In deze procedure is verzocht de afkoelingsperiode uit te breiden.

De rechtbank overweegt dat moet worden beoordeeld of belangrijke vooruitgang is geboekt bij de totstandkoming van het akkoord. Gelet op de stellingen van de herstructureringsdeskundige is dat het geval. Daarbij is van belang dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige op 6 juli 2022 tijd heeft willen geven om de haalbaarheid van een akkoord te onderzoeken, terwijl die tijd niet is verstreken. Verder overweegt de rechtbank dat opheffing van de beslagen noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming. Om te voorkomen dat Rabobank door het opheffen van de beslagen in haar belang wordt geschaad, moeten de vennootschappen € 35.000 in depot storten bij Rabobank.

De rechtbank heft de beslagen die op de bankrekeningen zijn gelegd op, verbiedt Rabobank om nadere beslagen te leggen op de rekeningen en bepaalt dat de schuldenaren zekerheid moeten stellen door storting van € 35.000 op een depotrekening van Rabobank.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-07-2022

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2022:12083

Zaaknummer: 641939 / HO RK 22/287 en 642115 / HO RK 22/301

Rechters: P.J. Neijt, M.D.E. Leppens en J.C.A.T. Frima

Advocaten: S.W. van den Berg, mr. J.F. Fliek, A.M. Mennens, S.V. Vullings, J.P.M. Borsboom, mr. J.O. Bijloo en M.L.M. Bindels

Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Faillissement bv blijft in stand, ondanks gestelde turboliquidatie

De turboliquidatie is niet ingeschreven in het handelsregister, zodat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de bv daadwerkelijk is ontbonden. Voor zover de schuldenaar wel is ontbonden kan hij toch failliet worden verklaard vanwege het bestaan van (potentiële) baten.

Een bv ('de schuldenaar') is door de rechtbank Zeeland-West-Brabant failliet verklaard op verzoek van een andere bv. De schuldenaar stelt beroep in tegen de faillietverklaring. De schuldenaar stelt dat hij ongeveer twee weken voor de mondeling behandeling bij de rechtbank op 21 februari 2023 is ontbonden (namelijk op 8 of 10 februari 2023) en opgehouden te bestaan omdat hij op het moment van ontbinding geen baten meer had (de zogenoemde turboliquidatie, art. 2:19 lid 4 BW).

Het hof laat het faillissement in stand. Daartoe overweegt het hof dat van turboliquidatie niet is gebleken, omdat dit niet is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel (KvK). Het staat daarom niet vast dat een ontbindingsbesluit is genomen. Het KvK-formulier dat de schuldenaar heeft overgelegd leidt niet tot een andere conclusie, omdat daaruit niet volgt dat het formulier is opgestuurd naar de KvK.

Ook als de schuldenaar wel zou zijn ontbonden, moet het faillissement in stand blijven omdat sprake is van al dan niet potentiële baten. Eind 2022 zijn materialen besteld door de schuldenaar, terwijl hij stelt dat opdrachtgevers hun opdrachten hebben ingetrokken vanwege een televisieprogramma waarin de middellijk bestuurder als notoire oplichter is afgeschilderd. De schuldenaar stelt dat hij geen bankrekening heeft en dat de materialen zijn aangeschaft en betaald door zijn moederverenootschap ('de holding') en doorgeboekt aan de schuldenaar. De nog aanwezige materialen zouden inmiddels eigendom zijn van een zusterverenootschap. Het hof overweegt dat op de schuldenaar een verzwaarde onderbouwingplicht rust om helderheid te verschaffen over de materialen. Dat heeft de schuldenaar niet gedaan. Gelet op het feitencomplex ligt het voor de hand dat de schuldenaar een vordering heeft op de holding, klanten voor wie hij de materialen heeft verwerkt in projecten en/of eigenaar is van de

materialen.

De schuldenaar heeft naar het oordeel van het hof verder een bate in de vorm van een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering op grond van artikel 2:248 BW, mede door het niet (tijdig) deponeren van de jaarrekening. Tot slot heeft de schuldenaar naar het oordeel van het hof een vordering op de holding in verband met een financieringsovereenkomst. De vader van de middellijk bestuurder zou via de holding financiering verschaffen aan de schuldenaar, maar op het laatste moment zag de holding af van de financieringsconstructie. De holding kon de gesloten financieringsovereenkomst niet eenzijdig opzeggen, zodat de schuldenaar een vordering op de holding heeft tot nakoming van de financieringsovereenkomst.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:1122

Zaaknummer: 200.323.409_01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, J.M.H. Schoenmakers en M.W.M. Souren

Advocaten: D.B. Dubach en E.T. van den Hout

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw en 19 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Afwijzing verzoek ontslag van instantie vanwege verwevenheid conventionele en reconventionele vordering

Een man en een vrouw hebben discussie over de verdeling van een VOF. In conventie heeft de rechtbank vorderingen van de vrouw toegewezen, de reconventionele vorderingen van de man zijn afgewezen. De man gaat in hoger beroep, waarna hij failliet wordt verklaard op verzoek van de vrouw. De procedure wordt geschorst ten aanzien van de conventionele vordering (art. 29 Fw). De vrouw verzoekt om ontslag van instantie ten aanzien van de reconventionele vordering (art. 27 lid 2 Fw). Het hof wijst het verzoek af vanwege de verwevenheid tussen de vordering in conventie en in reconventie.

Een man en een vrouw hadden een relatie met elkaar en dreven een zorgboerderij in de vorm van een VOF. Op enig moment is (kennelijk) de relatie verbroken. De man heeft per 1 juli 2018 de VOF opgezegd. De vrouw heeft de zorgboerderij voortgezet. Partijen procederen over de verdeling. Op vordering van de vrouw is de man door de rechtbank veroordeeld tot betaling van meer dan € 80.000. In reconventie heeft de man € 180.000 gevorderd, maar deze reconventionele vordering heeft de rechtbank afgewezen.

De man gaat in beroep tegen het vonnis van de rechtbank. Nadien is de man failliet verklaard op verzoek van de vrouw. Door het faillissement is de procedure op grond van artikel 29 Fw geschorst voor zover het gaat om de conventionele vordering van de vrouw. In deze uitspraak gaat het over het verzoek van de vrouw om ontslag van instantie op grond van artikel 27 lid 2 Fw ten aanzien van de reconventionele vordering.

Het hof overweegt dat artikel 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing van het verzoek tot ontslag van instantie. Het verzoek kan worden afgewezen als toewijzing in strijd zou zijn met de eisen van een goede procesorde. Dat kan zich voordoen als de vordering in conventie en in reconventie zodanig zijn verweven dat de band tussen beide vorderingen niet moet worden verbroken. Hier is dat naar het oordeel van het hof het geval. Het zou in strijd met de eisen

van een goede procesorde zijn als de vordering in conventie na betwisting ter verificatie zou worden voortgezet, terwijl over de vordering in reconventie niet meer kan worden geprocedeerd. Daardoor zouden ook tegenstrijdige uitspraken kunnen ontstaan. Aan de andere kant hoeft de vrouw de procedure niet buiten bezwaar van de boedel voort te zetten. Het hof haalt de procedure ambtshalve door en oordeelt dat de procedure kan worden voortgezet als de afwikkeling van het faillissement daar aanleiding toe geeft.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 25-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:3548

Zaaknummer: 200.312.815/02

Rechters: J.H. Kuiper, J. Smit en P.S. Bakker

Advocaten: J. Doornbos en H.M. van Eerten

Wetsartikelen: 27 lid 2 Fw en 29 Fw

RECHTSPRAAK

Vernietiging faillissement wegens ontbreken pluraliteit

In de jaarrekening van de failliet verklaarde vennootschap Butra is een bedrag opgenomen aan kortlopende schulden, maar de hiermee corresponderende vorderingen zijn verjaard. Het hof vernietigt het faillissement en veroordeelt ABN AMRO als aanvrager van het faillissement in de faillissementskosten.

Brutra Materieel B.V. is door de rechtbank Gelderland failliet verklaard op verzoek van ABN AMRO. Brutra is in november 2010 door de kantonrechter te Zutphen veroordeeld tot betaling van ruim € 172.000 aan Cosmo Wagenparkbeheer B.V. (CWB). ABN AMRO heeft een pandrecht op deze vordering.

Brutra stelt beroep in tegen het faillissement. Brutra betwist de vordering niet, maar stelt dat geen sprake is van pluraliteit van schuldeisers. Alle vorderingen die in de jaarstukken over 2021 zijn opgenomen onder kortlopende schulden zijn verjaard.

Het hof gaat mee in het verweer van Brutra tegen het faillissement. Welliswaar is er een verschil tussen het bedrag dat is opgenomen in de jaarrekening en de debiteurenlijst die Brutra heeft overgelegd met verjaarde vorderingen, maar dat verschil wordt verklaard doordat de vordering van CWB en diverse verrekenposten ook onderdeel uitmaken van het bedrag aan kortlopende schulden in de jaarrekening. Het standpunt dat Brutra geen andere schulden heeft sluit aan bij het feit dat zich geen schuldeisers hebben gemeld bij de curator. Ook de salariskosten van de curator kunnen niet als steunvordering gelden. Deze kosten worden namelijk ten laste van ABN AMRO gebracht, omdat die het faillissement ten onrechte heeft uitgelokt. Het hof vernietigt het faillissement en veroordeelt ABN AMRO in de faillissementskosten ter hoogte van bijna € 15.000.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-04-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:3437

Zaaknummer: 200.324.119

Rechters: B.J. Engberts, H.C. Frankena en H.M.L. Dings

Advocaten: E.R. Looijen en J.J. van Ee

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Geen ontslag curator omdat hij eerder advocaat was in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure

De (middellijk) bestuurder van twee failliete vennootschappen verzoekt om het ontslag van de curator, onder meer omdat de curator bijstand heeft verleend als advocaat in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure die door een andere curator in een ander faillissement tegen de bestuurder is gevoerd. Naar het oordeel van de rechtbank is dat als zodanig geen grond voor ontslag en zijn er ook geen andere gronden naar voren gebracht die het ontslag rechtvaardigen.

BMF Install.1 B.V. en BMF Man. B.V. zijn failliet verklaard. De (middellijk) bestuurder verzoekt om ontslag van de curator. De bestuurder voert aan dat de curator, mr. Schüller, heeft opgetreden als advocaat van de curator van BFM B.V., een andere vennootschap waarvan hij (middellijk) bestuurder is. Partijen hebben een schikking getroffen, op basis waarvan de bestuurder € 300.000 zal betalen aan de boedel van BFM. De bestuurder meent dat de curator hem onheus heeft bejegend tijdens deze procedure en misbruik maakt van de informatie en medewerking die de bestuurder in deze procedure heeft gegeven. Verder zouden de verwijten die de bestuurder werden gemaakt zijn verzonnen en zou de bestuurder onder grote druk hebben ingestemd met de schikking.

De bestuurder voert verder aan dat de curator niet onbevangen is, omdat de curator de bestuurder privé kent. De curator betwist dit. De zoons van de bestuurder en de curator zaten vijftien jaar geleden één of twee seizoenen in hetzelfde voetbalteam, maar verder kennen partijen elkaar niet privé.

De rechtbank wijst het verzoek af. Er zijn geen zwaarwegende omstandigheden die het ontslag van de curator rechtvaardigen. Het enkele feit dat de curator advocaat is geweest in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure tegen de bestuurder is daarvoor onvoldoende. Van misbruik van informatie die de curator heeft verkregen in de procedure is niet gebleken, nog

los van het feit dat de bestuurder een inlichtingenplicht heeft. De rechtbank acht het niet geloofwaardig dat de verwijten in die procedure zijn verzonnen, omdat voor een fors bedrag een schikking is getroffen.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 20-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2023:3659

Zaaknummer: C15/ 338448/ FT RK 23-245

Rechters: A.J. Wolfs

Wetsartikelen: 73 Fw

RECHTSPRAAK

Bestuurder is niet aansprakelijk voor de herstructurering van Timpaan Groep via een prepack.

Anders dan de curator heeft betoogd, heeft het bestuur gehandeld zoals van het bestuur verwacht mocht worden. Dat niet alle herstructureringsmaatregelen succesvol waren, doet daar niet aan af. Ook is niet gebleken dat onnodig een prepack is gedaan.

Stichting Timpaan Groep ('de stichting') stond aan het hoofd van een groep rechtspersonen. De groep was onderverdeeld in drie divisies. Een van de divisies focuste op kinderopvang. De andere divisies zagen op onderwijs en welzijn. De divisies waren nauw met elkaar verbonden en verweven. Zo werden verliezen in de divisie kindercentra opgevangen in de andere divisies.

De divisie kindercentra bestond uit een drietal rechtspersonen waarvan de stichting de bestuurder was. De divisie kindercentra leed flink omzetverlies. In 2015 zag de raad van commissarissen van de stichting zich genooddaakt om de bestuurder te schorsen. Vervolgens is mevrouw Boomsma op interim-basis een onderzoek gestart naar de ontstane situatie en de verhoudingen binnen de leiding van de Timpaan Groep. Mevrouw Boomsma concludeert dat de groep te laat is begonnen met maatregelen om het omzetverlies aan te pakken. Ze stelt voor om de divisie kindercentra te herstructureren. De stichting volgt de aanbevelingen op. De stichting herstructureert vervolgens de divisie kindercentra door middel van een prepack.

De curator van de failliete rechtspersonen stelt de stichting als bestuurder aansprakelijk op grond van artikelen 2:248 lid 1, 2:9 en 6:162 BW. De curator maakt de stichting een vijftal verwijten. De verwijten zijn gebaseerd op het rapport van mevrouw Boomsma en komen erop neer dat de stichting als bestuurder eerder had moeten ingrijpen. Zo zou de stichting de organisatie ernstig hebben verwaarloosd, niet tijdig de financiële situatie bij de divisie kindercentra onderkend hebben, de raad van commissarissen had de voormalig bestuurder eerder moeten ontslaan, er had eerder een onderzoek uitgevoerd moeten worden en de herstructurering had niet met een prepack gemoeten, aldus de curator. Het was volgens de curator onnodig om de drie rechtspersonen te laten failleren.

De rechtbank komt tot de conclusie dat onvoldoende is onderbouwd dat de stichting anders gehandeld heeft dan een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden gehandeld zou hebben. De stichting stelt wel degelijk acties te hebben ondernomen en de curator weerspreekt dat ook niet. De rechtbank overweegt dat de stichting niet te verwijten valt dat de maatregelen in aanloop naar de prepack niet hebben gewerkt. Uit een rapport van het CPB en een brancherapport blijkt volgens de rechtbank dat de branche werd getroffen door slechte marktomstandigheden die langer duurden dan verwacht. Dit heeft op de kleinschalige organisatie van de Timpaan een groot effect gehad, aldus de rechtbank. Ook het rapport van mevrouw Boomsma waarop de curator zijn aansprakelijkheid baseert, doet daar niet aan af. Zoals mevrouw Boomsma ook zelf zegt, moeten haar conclusies over de Timpaan Groep in de context van die tijd geplaatst worden. Dat het met de kennis van nu misschien anders had kunnen lopen maakt niet dat toentertijd anders had moeten worden gehandeld, aldus de rechtbank. Het argument van de curator dat andere kindercentra wel op een succesvolle manier geherstructureerd hebben, maakt dat volgens de rechtbank niet anders.

Ook kan het de stichting als bestuurder niet worden tegengeworpen dat zij enkele maatregelen had getroffen die zij later weer ongedaan maakte omdat deze niet het beoogde effect hadden. Tussen partijen is bovendien niet in geschil dat de curator bij de prepack betrokken was en dat de koper de activiteiten van de gefailleerde entiteiten alleen uit een faillissement wilde overnemen. Al met al concludeert de rechtbank dat de curator na een langdurig en kostbaar onderzoek geen enkel overtuigend argument naar voren heeft kunnen brengen op grond waarvan geoordeeld kan worden dat de stichting haar taak als bestuurder onbehoorlijk vervuld heeft.

G.P. van Hoof, mei 2023

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 12-04-2023

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2023:1492

Zaaknummer: C/17/180076 / HA ZA 21-192

Rechters: J.E. Biesma, M.R. Gans en T.P. Hoekstra

Advocaten: N.H.M. Poort en A.P.P. Witteveen

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

RECHTSPRAAK

WHOA: dagbepaling behandeling homologatieverzoek en deadline afwijzingsverzoek

Rabobank mag uiterlijk een dag voor de zitting om 10.00 uur een verzoek tot afwijzing van het homologatieverzoek indienen.

Een herstructureringsdeskundige verzoekt een WHOA-akkoord te homologeren. De rechtbank bepaalt dat de zitting wordt gehouden op 16 februari 2023 om 10.30 uur. Rabobank wil een verzoek indienen tot afwijzing van het homologatieverzoek. De advocaat van Rabobank vraagt de rechtbank om een bevestiging dat zij het verzoekschrift uiterlijk woensdag 15 februari om 23.59 uur per e-mail kan indienen en uiterlijk donderdag 16 februari om 9.00 uur in tweevoud bij de griffie. De rechtbank overweegt dat de materie te complex is om zo kort voor de zitting een afwijzingsverzoek in te dienen. Rabobank moet bij voorkeur op 14 februari, maar uiterlijk 15 februari om 10.00 uur het verzoekschrift indienen.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-02-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3096

Zaaknummer: C/10/652582 HO RK 23/76

Rechters: F. Damsteegt, R.P. van Eerde en P.J. Neijt

Advocaten: S.W. van den Berg, mr. J.F. Fliek en A.M. Mennens

Wetsartikelen: 383 Fw

RECHTSPRAAK

WHOA: intrekken aanwijzing herstructureringsdeskundige en vaststellen salaris

Het door de herstructureringsdeskundige ingediende homologatieverzoek is afgewezen. Op verzoek van de herstructureringsdeskundige trekt de rechtbank daarom de aanwijzing tot herstructureringsdeskundige in en stelt zij de kosten vast op € 576.000 exclusief btw.

Op 6 juli 2022 heeft de rechtbank Rotterdam op verzoek van zeven vennootschappen een herstructureringsdeskundige aangewezen (ECLI:NL:RBROT:2022:12081). De vennootschappen zijn op grond van artikel 6:6 BW voor gelijke delen aansprakelijk voor de kosten van de herstructureringsdeskundige, omdat de wet niet voorziet in de mogelijkheid tot een hoofdelijke veroordeling. De rechtbank overweegt in die uitspraak dat alle zeven vennootschappen belang hebben bij de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Daarom bepaalt de rechtbank (ook in latere uitspraken) dat als een van de vennootschappen meer betaalt dan waartoe zij is verbonden, dit wordt aangemerkt als betaling mede namens de andere vennootschappen.

De herstructureringsdeskundige is opgedragen een plan van aanpak en begroting te maken, waarna op 15 juli 2022 het bedrag is vastgesteld dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en door hem geraadpleegde derden maximaal mag kosten (ECLI:NL:RBROT:2022:12082). Dit budget is verhoogd bij beschikking van 14 september 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12085), 5 december 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:12087) en 27 januari 2023 (ECLI:NL:RBROT:2023:3095).

Het homologatieverzoek dat de herstructureringsdeskundige heeft ingediend, is op 13 maart 2023 afgewezen (ECLI:NL:RBROT:2023:3091, INS 2023-0100). Afwijzing van een homologatieverzoek leidt niet van rechtswege tot het beëindigen van de taak van een herstructureringsdeskundige. De rechtbank trekt daarom de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige op zijn verzoek in en stelt het salaris en de verschotten conform verzoek vast. De hoogte van het salaris bedraagt € 405.455,47 exclusief btw, de belaste

verschotten bedragen € 119.569,53 exclusief btw en de onbelaste verschotten bedragen € 50.975.

H.J. de Kloe, mei 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-03-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:3097

Zaaknummer: C/10/654819 HO RK 23/179 en C/10/654831 HO RK 23/186

Rechters: R.P. van Eerde, F. Damsteegt en P.J. Neijt

Advocaten: S.W. van den Berg en mr. J.F. Fliek

Wetsartikelen: 371 Fw

RECHTSPRAAK

**Matigingsbevoegdheid artikel 2:248 lid 4 BW heeft
limitatieve gronden, maar wordt niet restrictief uitgelegd**

De Hoge Raad bevestigt zijn uitspraak dat artikel 2:248 lid 4 BW een limitatieve opsomming van gronden voor matiging bevat. Deze gronden hoeven echter niet restrictief te worden uitgelegd. De matigingsbevoegdheid is niet beperkt tot gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt.

Deze kwestie betreft de aansprakelijkheid van twee bestuurders van een aantal in een groep verbonden vennootschappen. De kernactiviteiten bestonden uit de verkoop, service en reparatie van grondverzetmachines en hijskranen, almede de verhuur daarvan. De meeste omzet werd gegenereerd met de verkoop van grondverzetmachines. In augustus en oktober 2004 zijn de verschillende vennootschappen in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de bestuurders aansprakelijk gesteld op grond van artikel 2:248 BW. In eerste aanleg zijn de bestuurders veroordeeld tot betaling van het boedeltekort. Het hof heeft dit oordeel deels in stand gelaten, maar daarbij het beroep op matiging als bedoeld in artikel 2:248 lid 4 BW gehonoreerd en de aansprakelijkheid beperkt tot 10% van het boedeltekort.

In cassatie klaagt de curator over de toegepaste matiging en de motivering daarvoor van het hof. Het hof heeft vastgesteld dat de bestuurders niet *in control* waren, waardoor tijdig en adequaat ingrijpen in een verslechterende situatie die daarom vroeg achterwege bleef. Bovendien hebben de bestuurders juist in die penibele situatie een complexe financiële herschikking doorgevoerd. Het resultaat van deze herschikking was dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen en niet bij de (jegens de schuldeisers) onderling verbonden vennootschappen van de groep. Vervolgens komt het hof tot een matiging van de aansprakelijkheid op basis van 'alle omstandigheden', waaronder de op zichzelf genomen geringe beloning van bestuurders gedurende enkele jaren, het ontbreken van concrete aanwijzingen dat zij zich daadwerkelijk persoonlijk op grove of ontoelaatbare wijze hebben verrijkt en de beperkte winstgevendheid van de activiteiten.

De curator klaagt (i) dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de matigingsfactoren in artikel 2:248 lid 4 BW limitatief is; (ii) dat matiging in beginsel slechts kan worden toegepast in gevallen waarin het boedeltekort groter is dan de schade die door het onbehoorlijke bestuur is veroorzaakt; (iii) dat het hof zijn matigingsoordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van vastgestelde verwijten; en (iv) over de overweging van het hof dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove of ontoelaatbare wijze hebben verrijkt.

De Hoge Raad bevestigt zijn uitspraak dat de gronden voor matiging in artikel 2:248 lid 4 BW limitatief zijn opgesomd (HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691). Daarom kon het hof de toegepaste matiging niet baseren op 'alle omstandigheden'. De rechter zal dus in zijn motivering moeten aangeven welke omstandigheden het matigingsoordeel rechtvaardigen en die omstandigheden moeten onder de in lid 4 genoemde gronden zijn te scharen. In het licht van de conclusie van P-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2022:1136) bij het arrest en de overwegingen van de Hoge Raad op dit punt kan worden afgeleid dat deze gronden evenwel niet restrictief hoeven te worden uitgelegd.

Vervolgens verduidelijkt de Hoge Raad dat matiging ook aan de orde kan zijn wanneer het boedeltekort minder is dan de door het onbehoorlijk bestuur veroorzaakte schade. De rechter heeft daarbij overigens een discretionaire bevoegdheid. De Hoge Raad volgt de curator in zijn standpunt dat niet begrijpelijk is waarom het hof aanleiding heeft gezien voor een zo vergaande matiging, terwijl het hof de hiervoor genoemde omstandigheden heeft vastgesteld en het handelen van de bestuurders als ernstig verwijtbaar heeft gekwalificeerd. Ook hieruit volgt het belang van een goede motivering van de rechter voor wat betreft de omstandigheden die tot matiging leiden.

Ten slotte wijdt de Hoge Raad een overweging aan het oordeel van het hof over het ontbreken van concrete aanwijzingen dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove of ontoelaatbare wijze hebben verrijkt. Hierbij ligt de nadruk op het begrip 'persoonlijk'. De Hoge Raad stelt vast dat bij de beoordeling van de aard of ernst van de onbehoorlijke taakvervulling in aanmerking kan worden genomen dat de bestuurders geen persoonlijk voordeel hebben genoten, hetgeen een aanleiding kan zijn voor matiging. Echter, omgekeerd is er juist minder ruimte voor matiging wanneer de bestuurder van zijn onverantwoordelijk gedrag heeft geprofiteerd. In dit verband hoeft het persoonlijk voordeel niet direct aanwezig te zijn. Ook indirect persoonlijk voordeel is relevant, bijvoorbeeld voordeel dat wordt genoten via een constructie waarbij diverse rechtspersonen betrokken zijn. Het oordeel van het hof dat de bestuurders niet persoonlijk zijn verrijkt verhoudt zich niet met de vaststelling van het hof dat de herschikking binnen de groep ertoe heeft geleid dat tegoeden of voordelen terecht kwamen bij andere aan de bestuurders gelieerde vennootschappen dan bij de (jegens de schuldeisers)

onderling verbonden vennootschappen van de groep. De Hoge Raad acht het oordeel dat concrete aanwijzingen voor persoonlijke verrijking ontbraken daarom onbegrijpelijk.

J.E. van Nuland, mei 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-04-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:635

Zaaknummer: 22/00221

Rechters: A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons en G.C. Makkink

Advocaten: M.W. Scheltema, J.W. de Jong en J. van der Beek

Wetsartikelen: 2:248 BW