

'Voldoende duidelijkheid op het punt van mogelijk concreet verhaal is ook tijdens de mondelinge behandeling niet gebleken';

'(...) het kunnen uitwinnen van mogelijke, zich in het buitenland bevindende baten is daarmee verre van zeker'.

5. Het hof is tot zijn eindoordeel gekomen met de overwegingen, voor zover in cassatie van belang, dat het bij gebrek aan voldoende concrete verhaalsmogelijkheden en de patstelling tussen schuldeisers en curator, wegens de stand van de boedel niet anders kan beslissen dan om de beschikking tot opheffing van het faillissement te bekrachtigen.

6. Het kunnen doen van een beroep op de GSR, zoals door de schuldeisers is voorgesteld, heeft geen invloed gehad op het eindoordeel van het hof. De curator zag geen heil in het voorstel van de schuldeisers een beroep te doen op de GSR. Ter toelichting daarop heeft hij gesteld dat dit volgt uit de richtlijnen van de regeling, omdat bij onvoldoende zicht op enige verhaalbaarheid, zoals hier aan de orde, men niet in aanmerking komt voor een garantstelling. Het hof heeft in zijn beschikking volstaan met de overweging, voor zover in cassatie van belang, dat de curator door het hof niet gedwongen kan worden om een beroep te doen op de GSR.

7. Het cassatieberoep tegen de beschikking van het hof bevat één klacht. De klacht is dat het hof de toepasselijke toetsingsmaatstaf heeft miskend, dan wel deze onjuist heeft toegepast en/of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven, door te oordelen dat de aanwezigheid van een vordering en/of bate niet onaannemelijk is en vervolgens het beroep af te wijzen op grond van de omstandigheid dat sprake is van (a) een lege boedel en (b) een patstelling tussen de schuldeisers en de curator.

Hierbij is volgens de klacht mede van belang dat:

1. alleen de curator een vorderingsrecht toekomt op grond van art. 2:248 BW en bij opheffing van het faillissement gaat dat recht voor schuldeisers definitief verloren;

2. de curator een reële mogelijkheid heeft om een beroep te doen op de GSR; en

3. de patstelling met de curator kan worden doorbroken doordat de curator bij voortzetting van het faillissement zijn eigen positie heroverweegt, dan wel gedwongen wordt vervangen.

8. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen.

De Hoge Raad stelt eerst vast dat het hof wel de juiste maatstaf tot uitgangspunt heeft genomen.

De Hoge Raad gaat daarna in op de in het middel genoemde GSR en stelt dat voor het verkrijgen van een garantstelling het blijken de GSR vereist is dat sprake is van een rechtsvordering of onderzoek waarvan vooraf redelijkerwijs ingeschat kan worden dat de daaraan verbonden kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst. Ook is het volgens de Hoge Raad aan de curator om een verzoek tot garantstelling te doen, die daarbij deze inschatting moet maken.

De Hoge Raad gaat verder door te overwegen dat blijken de relevante overwegingen van het hof (zie hiervoor onder punt 4), het hof kennelijk van oordeel is geweest dat de schuldeisers niet aannemelijk hebben gemaakt dat nog wel voldoende aanwijzingen voor verhaalsmogelijkheden en daarmee voor voldoende baten bestaan. Dat oordeel is volgens de Hoge Raad feitelijk en niet onbegrijpelijk en daarop valt, anders dan de A-G in zijn conclusie, in mijn optiek niets af te dingen. Immers, dat niet onaannemelijk is dat mogelijk nog iets bij belanghebbende te verhalen valt, is eenvoudigweg te vaak gelet op de andere vaststellingen van het hof.

Dat de Hoge Raad in het licht van het vorenstaande niet tot uitgangspunt neemt dat de curator een reële mogelijkheid heeft een beroep te doen op de GSR, is niet meer dan logisch.

9. De overige klachten uit het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden en behoeven geen nadere motivering volgens de Hoge Raad. Dat verwondert niet. Bij de opheffing van een faillissement is het inherent daaraan dat vorderingsrechten verloren kunnen gaan. Dat gegeven is, naast bestaande (onbenutte) mogelijkheden bij voortzetting van het faillissement ter doorbreking van de patstelling met de curator, voor de beoordeling binnen het toetsingskader van art. 18 Fw niet relevant.

10. Interessant is nog te vermelden dat de Hoge Raad niet is ingegaan op de door de schuldeisers bepleite parallel met de toetsingsmaatstaf voor heropening van een vereffening op verzoek van een schuldeiser (art. 2:23c BW) of de toetsingsmaatstaf voor verzet van de curator tegen de faillietverklaring (art. 10 lid 1 Fw). Het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad, met de vaststelling dat het hof de juiste maatstaf heeft gehanteerd, deze parallellen niet trekt.

Vermeldenswaard zijn de door de curator blootgelegde verschillen in de beoordeling van dergelijke zaken ten opzichte van de voorliggende zaak (zie r.o. 3.15 t/m 3.20 van de conclusie van de A-G).

11. In de onder punt 2 genoemde beschikking van het Hof Arnhem heeft het hof dan ook, achteraf beschouwd, mogelijk een onjuiste maatstaf gehanteerd. Die onzekerheid brengt mee, alsmede het toch al beperkte toetsingskader in art. 18 Fw-procedures, dat schuldeisers er verstandig aan doen om zo mogelijk voorafgaand aan een beschikking tot opheffing van het faillissement invloed uit te oefenen op het beheer van de boedel. De Faillissementswet bevat daarvoor voldoende instrumenten.

mr. N.G. Cornelissen

advocaat bij Juust Advocaten en Mediators

119

De bestuurder is aansprakelijk voor de schade van de vennootschap ten gevolge van de turboliquidatie

Rechtbank Rotterdam
15 mei 2020, nr. 8175516 CV EXPL 19-50030,
ECLI:NL:RBROT:2020:4382
(mr. Kruisdijk)
Noot mr. J.R. Torenbosch

Bestuurdersaansprakelijkheid. Turboliquidatie. Causaal verband. Voldoend ernstig verwijt. Ontvanger/Roelofsen.

[BW art. 2:19 lid 4, 6:162]

Essentie: Gedaagde heeft als bestuurder van de vennootschap onrechtmatig gehandeld door over te gaan tot een turboliquidatie.

Samenvatting: De vraag ligt ter beantwoording voor of [gedaagde] als bestuurder van [naam bouwbedrijf] onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot een turboliquidatie als bedoeld in art. 2:19 lid 4 BW, dat wil zeggen een liquidatie

zonder vereffening. AA Schroefpalen stelt dat zij daardoor niet meer in staat is het tussen haar en [naam bouwbedrijf] gewezen scheidsrechterlijk vonnis te executeren.

Op grond van art. 2:19 lid 4 BW is voor turboliquidatie vereist dat baten ontbreken ten tijde van de ontbinding. Niet langer is in geschil dat de uitdraai van de jaarrekeningen van [naam bouwbedrijf] uit het Handelsregister d.d. 29 januari 2019, waarin sprake is van een werkkapitaal over het boekjaar 2018 van € 396.821,=, door een fout van de Kamer van Koophandel onjuiste gegevens bevat betreffende de liquidatiebalans van [naam bouwbedrijf] per 16 mei 2018. Partijen zijn het erover eens dat uitgegaan dient te worden van de door de boekhouder van [naam bouwbedrijf] op 11 februari 2019 nogmaals aan de Kamer van Koophandel toegezonden liquidatiebalans. Daarin staat een negatief werkkapitaal per datum ontbinding vermeld van € 2.213,=.

AA Schroefpalen stelt dat [naam bouwbedrijf] ten tijde van haar ontbinding nog baten had, althans dat sprake is van verdwenen baten. Gedaagde heeft de stelling van AA Schroefpalen dat [naam bouwbedrijf] ten tijde van haar ontbinding nog baten had, althans dat sprake is van verdwenen baten, onvoldoende gemotiveerd betwist. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat het gestorte aandelenkapitaal van [naam bouwbedrijf] van € 18.000,= bij de ontbinding van de vennootschap vrij is gekomen. Dat betekent dat er ten tijde van het ontbindingsbesluit sprake moet zijn geweest van baten die, in geval van vereffening, aangewend hadden kunnen worden om schuldeisers te voldoen. Gesteld noch gebleken is dat er naast AA Schroefpalen nog andere schuldeisers waren. De vordering van AA Schroefpalen had indien er was vereffend dan ook volledig kunnen worden voldaan. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat sprake is van betalingsonwil. Hiervan kan [gedaagde] persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt worden. Dit levert een onrechtmatige daad op jegens AA Schroefpalen.

Het verweer van [gedaagde] dat de causaliteit tussen de onrechtmatige daad en de schade ontbreekt, omdat het scheidsrechterlijk vonnis dateert van na de ontbinding van de vennootschap, wordt verworpen. Ter zitting heeft [gedaagde] betoogd dat tijdens de procedure bij de arbiter, namelijk op 5 mei 2018, namens [naam bouwbedrijf] aan AA Schroefpalen het aanbod is gedaan tot betaling van € 4.000,= tegen finale kwijting. Hieruit volgt reeds dat sprake was van een voor [naam bouwbedrijf] kenbare aanspraak van AA Schroefpalen. [gedaagde] had als bestuurder van [naam bouwbedrijf] ermee rekening moeten houden dat AA Schroefpalen een door de arbiter vastgestelde vordering op de vennootschap zou krijgen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AA Schroefpalen B.V.,
gevestigd te Nijmegen,
eiseres,
gedaagde in verzet,
gemachtigde: mr. A. van Woerkom,
tegen
[gedaagde],
wonende te [woonplaats gedaagde],
gedaagde,
eiser in verzet,
gemachtigde: mr. R. Odekerken.
Partijen zullen hierna 'AA Schroefpalen' en '[gedaagde]' worden genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de inleidende dagvaarding van 5 juli 2019, met producties;
- het verstekvonnis van 31 juli 2019;
- de verzetdagvaarding (aan te merken als de conclusie van antwoord), met producties;
- het vonnis van 25 november 2019, waarin een mondelinge behandeling is bepaald;
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 11 februari 2020;
- de akte van [gedaagde], met producties;
- de antwoordakte van AA Schroefpalen, met producties.

1.2. [gedaagde] is door de kantonrechter niet in de gelegenheid gesteld te reageren op de door AA Schroefpalen bij antwoordakte overgelegde producties, aangezien deze producties niet bepalend zijn voor de uitkomst van deze procedure.

1.3. De uitspraak van dit vonnis is nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. [gedaagde] was bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap [naam bouwbedrijf] (hierna: [naam bouwbedrijf]). [naam bouwbedrijf] hield zich onder meer bezig met de uitoefening van een bouw- en aannemingsbedrijf.

2.2. Op 4 april 2017 is tussen AA Schroefpalen als aannemer en [naam bouwbedrijf] als opdrachtgeefster een overeenkomst tot aanneming van werk tot stand gekomen. Bij factuur van 20 juni 2017 heeft AA Schroefpalen een bedrag van € 7.225,50 OB verlegd aan [naam bouwbedrijf] in rekening gebracht bij wijze van eindafrekening in verband met het niet kunnen uitvoeren van de overeengekomen werkzaamheden.

2.3. Tussen partijen is een geschil over de eindafrekening ontstaan, dat door AA Schroefpalen op 8 februari 2018 ter beslechting is voorgelegd aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

2.4. Bij deurwaardersexploot van 9 april 2018 is [naam bouwbedrijf] door de Raad van Arbitrage voor de Bouw opgeroepen tot het indienen van een memorie van antwoord.

2.5. Bij scheidsrechterlijk vonnis van 13 december 2018 is [naam bouwbedrijf] bij verstek veroordeeld tot betaling aan AA Schroefpalen van:

- een bedrag van € 5.335,20 OB verlegd, vermeerderd met rente tegen het wettelijk handelsrentepercentage welk percentage wordt verhoogd met 2 vanaf 19 oktober 2017 tot de dag van algehele voldoening;
- een bedrag van € 3.440,= ter verrekening van de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente indien betaling niet is verricht binnen 14 dagen na de datum van het vonnis;
- een bedrag van € 800,28 ter verrekening van de buitengerechtigde kosten, vermeerderd met de wettelijke rente indien betaling niet is verricht binnen 14 dagen na de datum van het vonnis;
- een bedrag van € 131,= ter verrekening van de nakosten, vermeerderd met € 68,= in geval van betekening.

2.6. [naam bouwbedrijf] is op 16 mei 2018 ontbonden. Op 17 mei 2018 is in het handelsregister geregistreerd dat de ontbonden rechtspersoon [naam bouwbedrijf] is opgehouden te bestaan omdat met ingang van 16 mei 2018 geen bekende baten meer aanwezig zijn.

2.7. Een uitdraai van de jaarrekeningen van [naam bouwbedrijf] uit het handelsregister d.d. 29 januari 2019 vermeldt over het boekjaar 2018 een werkkapitaal van € 396.821,=.

2.8. Een uitdraai van de jaarrekeningen van [naam bouwbedrijf] uit het handelsregister d.d. 26 augustus 2019 vermeldt

over het boekjaar 2018 een negatief werkkapitaal van -€ 2.213,=.

2.9. AA Schroefpalen heeft [gedaagde] bij e-mailbericht van 5 februari 2019 persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de betaling van hetgeen [naam bouwbedrijf] aan haar verschuldigd is.

2.10. [gedaagde] heeft aansprakelijkheid bij e-mailbericht van 17 februari 2019 afgewezen.

3. *Het geschil*

3.1. AA Schroefpalen heeft bij inleidende dagvaarding gevorderd dat [gedaagde] bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, wordt veroordeeld tot betaling van:

I. hetgeen blijkt uit het scheidsrechterlijk vonnis d.d. 13 december 2018, zijnde de in deze door AA Schroefpalen geleden schade, te weten:

1. € 5.335,20 OB verlegd, vermeerderd met de wettelijke handelsrente + 2% vanaf 19 oktober tot de dag van voldoening;

2. € 3.440,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 27 december 2018 tot de dag van algehele voldoening;

3. € 800,28, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 27 december 2018 tot de dag van algehele voldoening;

4. € 199,=, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 17 februari 2019 tot de dag van algehele voldoening;

II. de buitengerechtigde kosten primair overeenkomstig de wet Normering buitengerechtigde incassokosten, zijnde € 863,72, subsidiair een in goede justitie te bepalen bedrag; met veroordeling van [gedaagde] in de proceskosten.

3.2. AA Schroefpalen heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat [gedaagde] als bestuurder van [naam bouwbedrijf] onrechtmatig jegens AA Schroefpalen heeft gehandeld (art. 6:162 BW). Door niet tot behoorlijke vereffening van [naam bouwbedrijf] over te gaan, heeft [gedaagde] bewerkstelligd dat de vordering van AA Schroefpalen niet werd voldaan, terwijl hiervoor wel de middelen beschikbaar waren en [gedaagde] wist dat AA Schroefpalen een (gepretendeerde) vordering op de vennootschap had. Er is sprake van betalingsonwil. [gedaagde] kan van zijn handelen een ernstig verwijt worden gemaakt. Daarnaast heeft [gedaagde] zich als enig aandeelhouder van de ontbonden vennootschap onrechtmatig bevoordeeld althans hij is door zijn handelwijze onrechtmatig verrijkt ten koste van AA Schroefpalen (art. 6:212 BW).

3.3. Bij het verstekvonnis zijn de vorderingen van AA Schroefpalen integraal toegewezen en is [gedaagde] veroordeeld in de proceskosten.

3.4. [gedaagde] vordert in het verzet dat het verstekvonnis wordt vernietigd en dat de vorderingen van AA Schroefpalen alsnog worden afgewezen.

3.5. Daartoe voert [gedaagde] het volgende aan. [gedaagde] betwist dat hij als bestuurder van [naam bouwbedrijf] onrechtmatig jegens AA Schroefpalen heeft gehandeld of zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt. [gedaagde] ontkent dat er ten tijde van de ontbinding baten waren. Vanwege de afwezigheid van baten heeft hij [naam bouwbedrijf] geliquideerd middels een turboliquidatie. [gedaagde] betwist daarnaast dat sprake is van causaliteit tussen de gestelde onrechtmatigheid en de schade. Het arbitraal vonnis dateert van ver na de ontbinding van de vennootschap.

4. *De beoordeling*

4.1. AA Schroefpalen heeft bij antwoordakte de grondslag van haar vordering aangevuld, in die zin dat zij (meer) subsidiair art. 2:249 BW aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd

(aansprakelijkheid voor misleidende jaarstukken). [gedaagde] heeft niet meer op de aanvulling van de grondslag kunnen reageren. [gedaagde] is daardoor niet in zijn belangen geschaad, omdat aan de beoordeling van de (meer) subsidiaire grondslag niet wordt toegekomen.

4.2. De vraag ligt ter beantwoording voor of [gedaagde] als bestuurder van [naam bouwbedrijf] onrechtmatig heeft gehandeld door over te gaan tot een turboliquidatie als bedoeld in art. 2:19 lid 4 BW, dat wil zeggen een liquidatie zonder vereffening. AA Schroefpalen stelt dat zij daardoor niet meer in staat is het tussen haar en [naam bouwbedrijf] gewezen scheidsrechterlijk vonnis te executeren.

4.3. Als uitgangspunt heeft te gelden dat alleen een rechtspersoon zelf aansprakelijk is voor haar schulden. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder naast de rechtspersoon kan aanleiding bestaan indien de bestuurder heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon zijn wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt en daardoor aan de wederpartij schade berokkent, terwijl dit handelen of nalaten ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, Ontvanger/Roelofsen). Van een dergelijk persoonlijk ernstig verwijt zal in het algemeen geen sprake zijn als sprake is van betalingsonmacht van de rechtspersoon. Dit zal echter wel het geval zijn wanneer sprake is van bijzondere omstandigheden die wijzen op betalingsonwil aan de zijde van de bestuurder.

4.4. Op grond van art. 2:19 lid 4 BW is voor turboliquidatie vereist dat baten ontbreken ten tijde van de ontbinding. Niet langer is in geschil dat de uitdraai van de jaarrekeningen van [naam bouwbedrijf] uit het handelsregister d.d. 29 januari 2019, waarin sprake is van een werkkapitaal over het boekjaar 2018 van € 396.821,=, door een fout van de Kamer van Koophandel onjuiste gegevens bevat betreffende de liquidatiebalans van [naam bouwbedrijf] per 16 mei 2018. Partijen zijn het erover eens dat uitgegaan dient te worden van de door de boekhouder van [naam bouwbedrijf] op 11 februari 2019 nogmaals aan de Kamer van Koophandel toegezonden liquidatiebalans. Daarin staat een negatief werkkapitaal per datum ontbinding vermeld van -€ 2.213,=.

4.5. AA Schroefpalen stelt dat [naam bouwbedrijf] ten tijde van haar ontbinding nog baten had, althans dat sprake is van verdwenen baten. In dat verband heeft AA Schroefpalen er tijdens de mondelinge behandeling op gewezen dat uit de door [gedaagde] bij verzetdagvaarding in het geding gebrachte jaarrekening 2018 blijkt dat het gestort aandelenkapitaal is verminderd van € 18.000,= per 31 december 2017 naar € 2,= per 16 mei 2018. [gedaagde] heeft betoogd dat het aandelenkapitaal al op 14 april 2014 is verlaagd, ten tijde van een bij de notaris doorgevoerde statutenwijziging. Het door de verlagende van het aandelenkapitaal vrijgekomen vermogen heeft [gedaagde] naar hij stelt in 2014 opgenomen en aangewend in de afhandeling van privéproblemen. Om een of andere reden is dat echter niet eerder dan in 2018 in de boeken verwerkt, aldus [gedaagde]. [gedaagde] heeft zijn stelling dat het aandelenkapitaal reeds in 2014 is verminderd en dat het vrijgeko-

men vermogen reeds toen door hem is opgenomen niet van een concrete onderbouwing voorzien. Daarmee heeft [gedaagde] de stelling van AA Schroefpalen dat [naam bouwbedrijf] ten tijde van haar ontbinding nog baten had, althans dat sprake is van verdwenen baten, onvoldoende gemotiveerd betwist. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat het gestorte aandelenkapitaal van [naam bouwbedrijf] van € 18.000,- bij de ontbinding van de vennootschap is vrij gekomen. Dat betekent dat er ten tijde van het ontbindingsbesluit sprake moet zijn geweest van baten die, in geval van vereffening, aangewend hadden kunnen worden om schuldeisers te voldoen. Gesteld noch gebleken is dat er naast AA Schroefpalen nog andere schuldeisers waren. De vordering van AA Schroefpalen had indien er was vereffend dan ook volledig kunnen worden voldaan. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat sprake is van betalingsonwil. Hiervan kan [gedaagde] persoonlijk een ernstig verwijt gemaakt worden. Dit levert een onrechtmatige daad op jegens AA Schroefpalen.

4.6. Het verweer van [gedaagde] dat de causaliteit tussen de onrechtmatige daad en de schade ontbreekt, omdat het scheidsrechterlijk vonnis dateert van na de ontbinding van de vennootschap, wordt verworpen. Ter zitting heeft [gedaagde] betoogd dat tijdens de procedure bij de arbiter, namelijk op 5 mei 2018, namens [naam bouwbedrijf] aan AA Schroefpalen het aanbod is gedaan tot betaling van € 4.000,- tegen finale kwijting. Hieruit volgt reeds dat sprake was van een voor [naam bouwbedrijf] kenbare aanspraak van AA Schroefpalen. [gedaagde] had als bestuurder van [naam bouwbedrijf] ermee rekening moeten houden dat AA Schroefpalen een door de arbiter vastgestelde vordering op de vennootschap zou krijgen.

4.7. De slotsom is dat [gedaagde] als bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor de door AA Schroefpalen geleden schade. Nu [gedaagde] tegen de hoogte van de gevorderde schadevergoeding geen verweer heeft gevoerd, is de vordering toewijsbaar overeenkomstig de beslissing in het verstekvonnis.

4.8. Nu [gedaagde] de verschuldigdheid en hoogte van de gevorderde buitengerechtelijke incassokosten niet heeft betwist, is ook die vordering toewijsbaar overeenkomstig de beslissing in het verstekvonnis.

4.9. Het verstekvonnis zal op grond van het vorenstaande worden bekrachtigd.

4.10. [gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het verzet worden verwezen.

5. De beslissing

De kantonrechter:

bekrachtigt het op 31 juli 2019 tussen partijen gewezen verstekvonnis;

veroordeelt [gedaagde] in de kosten van de verzetprocedure, tot aan deze uitspraak aan de zijde van AA Schroefpalen vastgesteld op € 540,- aan salaris voor de gemachtigde (1,5 punt x tarief € 360,-);

verklaart dit vonnis voor wat betreft de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze uitspraak bevat twee onderwerpen die zowel de rechtspraak als de literatuur geregeld bezighouden: bestuursaansprakelijkheid en turboliquidatie. De feiten van de zaak zijn als volgt. Op 4 april 2017 sluiten AA Schroefpalen B.V. (vanaf nu: Schroefpalen) als aannemer en een bouwbe-

drijf als opdrachtgever een overeenkomst tot aanneming van werk. Op 20 juni 2017 stuurt Schroefpalen aan het bouwbedrijf een factuur van ruim zeventuizend euro voor de eindafrekening van de overeenkomst. Partijen krijgen een geschil over deze eindafrekening en op 8 februari 2018 start Schroefpalen een arbitrageprocedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Terwijl de arbitrale procedure loopt, wordt op 18 mei 2018 het bouwbedrijf ontbonden door toepassing van turboliquidatie (art. 2:19 lid 4 BW). Dit betekent dat het bouwbedrijf op 18 mei 2018 versneld is opgehouden te bestaan door het ontbreken van baten. Op 13 december 2018 wordt het reeds ontbonden bouwbedrijf bij arbitraal verstekvonnis veroordeeld tot het betalen van een groot deel van de gefactureerde kosten en de proceskosten van Schroefpalen. Heel veel heeft Schroefpalen natuurlijk niet aan dit verstekvonnis, nu het bouwbedrijf is ontbonden. Schroefpalen stelt daarom de bestuurder van het bouwbedrijf persoonlijk aansprakelijk voor hetgeen het bouwbedrijf aan Schroefpalen verschuldigd is.

2. Bestuursaansprakelijkheid wordt niet snel aangenomen. Alleen in het geval dat de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan deze bestuurder persoonlijk worden aangesproken op grond van de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Zo kan volgens de Hoge Raad onder andere sprake zijn van een persoonlijk ernstig verwijt in het geval van verhaalfustratie. Dit houdt in dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de rechtspersoon tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan opgetreden schade.¹ In het algemeen is hier geen sprake van in het geval van betalingsonmacht bij de rechtspersoon. Zijn er echter omstandigheden die wijzen op betalingsonwil aan de zijde van de bestuurder van die rechtspersoon, dan kan deze bestuurder een ernstig persoonlijk verwijt worden gemaakt en persoonlijk aangesproken worden.

3. Het andere onderwerp van deze zaak is turboliquidatie. Door turboliquidatie houdt een onderneming versneld op te bestaan. Dit middel is door de wetgever in het leven geroepen om de grote hoeveelheid lege bv's 'op te ruimen', om zo misbruik van deze bv's te voorkomen en om de registers te ontlasten.² Turboliquidatie kan zoals gezegd alleen plaatsvinden als de rechtspersoon geen baten meer heeft. Of een onderneming schulden heeft of niet maakt voor de toepassing van turboliquidatie niet uit. In tegenstelling tot 'gewone' ontbinding van een rechtspersoon (art. 2:23 e.v. BW) vindt bij de toepassing van turboliquidatie geen vereffening plaats. Dit is logisch, aangezien er zonder baten niets te vereffenen valt. Bij turboliquidatie vindt de liquidatie van de onderneming

1 HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (*Ontvanger/Roelofsen*). Andere gevallen waarin de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt, zijn natuurlijk ook denkbaar. Zie bijvoorbeeld HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521 (*Beklaemel*), waarin de Hoge Raad heeft beslist dat een bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt in het geval hij bij het aangaan van een verbintenis er niet aan hoefde te twijfelen dat de onderneming niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden.

2 *Kamerstukken II* 1991/92, 22482, nr. 3, p. 1-3.

plaats onder toezicht van het bestuur van de onderneming.

4. Turboliquidatie is zeer gevoelig voor misbruik. Omdat bij turboliquidatie geen sprake is van vereffening, hoeft er geen rekening en verantwoording te worden opgesteld door het bestuur en blijft ook een verplichte faillissementsaanvraag buiten beeld (art. 2:23a lid 4 BW). Zoals Nethe heeft aange-stipt, is het waarschijnlijk vooral het buiten beeld houden van het faillissement dat turboliquidatie zo gevoelig maakt voor misbruik.³ Bestuurders kunnen met turboliquidatie controle door een curator in een faillissement vermijden en zo ook een vordering van de curator van bestuursaansprakelijkheid of onderzoek naar paulianeus handelen. De reële angst bestaat daarom dat turboliquidatie nog al eens misbruikt wordt om wanbeleid van het bestuur te verhullen.

5. Ook bestaat de terechte angst dat turboliquidatie bestuurders aanspoort om activa van een onderneming uit de handen van schuldeisers te houden, door alvorens een turboliquidatie activa weg te sluisen. Aangezien turboliquidatie wordt overzien door het bestuur zelf en er geen eindverantwoording hoeft te worden overlegd, is daarna moeilijk aan te tonen voor een benadeelde schuldeiser dat er ten tijde van de turboliquidatie wél baten waren. Hoewel deze bewijslast van de eiser door de Hoge Raad verlicht is,⁴ kan het op dit punt snel spaak lopen voor een schuldeiser die na de ontbinding van de rechtspersoon verhaal wil halen bij de bestuurders zelf.⁵

6. De mogelijkheden tot misbruik van het middel van turboliquidatie hebben in de literatuur tot kritiek geleid. Verschillende auteurs hebben oplossingen aangedragen om misbruik te voorkomen. Zo heeft Renssen in haar dissertatie de stelling ingenomen dat art. 2:19 lid 4 BW zou moeten worden gewijzigd en dat turboliquidatie alleen mogelijk moet zijn in het geval de rechtspersoon geen schulden heeft.⁶ Beni Driss stelt dat – om misbruik te voorkomen – turboliquidatie slechts zou mogen worden ingezet voor het doel waarvoor de wetgever het middel in het leven heeft geroepen: het versneld opheffen van lege bv's.⁷ Nethe draagt als verbetering aan dat de eis moet worden gesteld dat bij een turboliquidatie het bestuur verplicht is om een slotbalans met toelichting te deponeren bij het Handelsregister, alvorens kan worden overgegaan tot turboliquidatie.⁸ Ondertussen is zelfs de Minister van Rechtsbescherming, Sander Dekker, bezig om de turboliquidatie te voorzien van meer waarborgen tegen misbruik. De Minister is voornemens in de loop van 2020 met een voorontwerp van wetswijziging te komen voor art. 2:19 BW waarin crediteuren op meer bescherming kunnen rekenen.⁹ Zo wil de Minister in de wet opnemen dat het bestuur verplicht is om de turboliquidatie bekend te maken bij crediteu-

ren, rekening en verantwoording af te leggen door middel van het overleggen van een slotbalans, een bestuursverklaring te deponeren omtrent de vraag waarom baten ontbreken en jaarrekeningen over alle eerdere boekjaren openbaar te maken.

7. Terug naar de zaak. Het ernstig persoonlijk verwijt dat de bestuurder van het bouwbedrijf is te maken, is volgens Schroefpalen dat ten tijde van de ontbinding van het bouwbedrijf er nog baten waren, althans dat sprake is van verdwenen baten. De bestuurder heeft dus geturboliquideerd terwijl dit niet had gemogen. De reden hiervoor is volgens Schroefpalen duidelijk: de bestuurder wist van de (gepretendeerde) vordering die Schroefpalen jegens het bouwbedrijf had en de bestuurder wilde voorkomen dat aan deze vordering zou moeten worden voldaan. Er is aldus sprake van betalingsonwil aan de zijde van de bestuurder.

8. Ter staving van haar stelling wijst Schroefpalen op de jaarrekening uit 2018 die door de bestuurder zelf in het geding is gebracht. Uit deze jaarrekening blijkt dat het gestort aandelenkapitaal is verminderd van € 18.000,= per 31 december 2017 naar € 2,= per 16 mei 2018. Dit duidt volgens Schroefpalen erop dat sprake is van verdwenen baten en dat ten tijde van de ontbinding van de onderneming wel degelijk baten aanwezig waren waarmee de vordering van Schroefpalen had kunnen worden voldaan. De bestuurder voert hiertegen het verweer dat het aandelenkapitaal al in 2014 verminderd is, maar dat om onverklaarbare redenen dit niet eerder dan in 2018 in de boeken is verwerkt.

9. Hoewel te betwijfelen is of de jaarrekening van 2018 voldoende is om te bewijzen dat inderdaad sprake is van verdwenen baten, maakt het voor de uitkomst van het geschil niet uit. De rechter komt namelijk niet toe aan het verdelen van de bewijslast of aan bewijswaardering, aangezien de bestuurder zijn verweer niet concreet onderbouwt. Nu de bestuurder op dit punt zich in wezen verweert met een kale stelling, neemt de rechter de feiten zoals die door Schroefpalen gemotiveerd zijn gesteld, als vaststaand aan (art. 149 Rv, 2^e zin).

10. Als laatste verweer voert de bestuurder aan dat geen sprake is van causaliteit tussen de (onrechtmatige) turboliquidatie en de schade zoals die bestaat aan de kant van Schroefpalen, omdat het arbitraal vonnis is gewezen ná de ontbinding van het bouwbedrijf. De toewijzing van de vordering van Schroefpalen dateert dus van na de ontbinding, waardoor de ontbinding nimmer geleid zou kunnen hebben tot de schade van Schroefpalen. De rechter gaat niet mee in dit verweer, omdat het bouwbedrijf tijdens de arbitrale procedure al te kennen gaf dat sprake was van een kenbare aanspraak van Schroefpalen. De bestuurder had er aldus rekening mee moeten houden dat Schroefpalen zijn vordering jegens het bouwbedrijf in de arbitrale procedure toegewezen zou krijgen.

11. De slotsom van de rechter is aldus dat de bestuurder persoonlijk aansprakelijk is voor de schade van Schroefpalen. Dit had best anders kunnen zijn, maar gelukkig voor Schroefpalen bleven haar de bewijsproblemen – die nog al eens spelen bij turboliquidatie – bespaard.

mr. J.R. Torenbosch
docent Recht, Innovatie en Technologie aan de Universiteit Utrecht

3 M. Nethe, 'Reuring rond turboliquidatie', *OR* 2017/6, p. 40-44.

4 HR 27 januari 1195, ECLI:NL:HR:1995:ZC1631 (*Adjuncten Properties/Söderqvist*). Vgl. Rb. Gelderland 6 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2441.

5 Vgl. Rb. Rotterdam 25 september 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7743.

6 S. Renssen, *De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap*, Deventer: Kluwer 2016, p. 221. Overigens zag de Minister van Rechtsbescherming in 2019, Sander Dekker, niets in het voorstel dat turboliquidatie slechts zou moeten kunnen als er geen baten én geen schulden zijn, zie *Kamerstukken II* 2019/20, 29911, nr. 253, p. 4.

7 H. Beni Dries, 'Turboliquidatie van de BV en doorstart van onderneming', *MvO* nr. 3 & 4, p. 126-132.

8 Zie voetnoot 3 voor de wijziging.

9 *Kamerstukken II* 2019/20, 29911, nr. 253, p. 1-5.

Verruiming van ontvankelijkheid op grond van art. 69 Fw

Rechtbank Den Haag
29 mei 2020, nr. F.19.192, ECLI:NL:RBDHA:2020:5230
(mr. Veneman)
Noot mr. L. Martens en mr. E.S. Ebels

Ontvankelijkheid pandhouder in art. 69 Fw-verzoek. Inspanningsverplichting curator jegens (openbaar) pandhouder.

[Fw art. 69]

Essentie: Ondanks dat verzoekster persoonlijke belangen heeft bij het door haar ingediende verzoek oordeelt de rechter-commissaris dat zij ontvankelijk is in haar verzoek.

Samenvatting: Art. 69 Fw biedt aan de daarin genoemde partijen de mogelijkheid invloed uit te oefenen op het beheer van de failliete boedel en om, zo zij menen dat er bij dit beheer fouten worden gemaakt, deze te doen herstellen of voorkomen. Art. 69 Fw is niet bedoeld om persoonlijke rechten tegenover de boedel geldend te maken (vgl. HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8102).

Aangenomen mag worden dat verzoekster persoonlijke belangen heeft bij het door haar ingediende verzoek. Tegelijkertijd is het voor een voortvarende afwikkeling van de boedel van belang dat – ook verpande – vorderingen spoedig worden geïncasseerd en dat duidelijkheid bestaat over de inspanningen die in dit verband van de boedel mogen worden verlangd. De ingediende verzoeken hebben aldus zodanig betrekking op het beheer van de boedel dat deze op grond van art. 69 Fw kunnen worden beoordeeld. Verzoekster is dan ook ontvankelijk in haar verzoek.

In het faillissement van:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PSL EUROPE B.V.,
ingeschreven bij de Kamer van Koophandel onder nummer
27192042,
statutair gevestigd te [statutaire vestigingsplaats],
vestigingsadres: [postcode plaats en adres],
gefaillieerde,
is ingediend een verzoek door:
ABNAMRO Asset Based Finance B.V.,
verzoekster.

De rechter-commissaris heeft kennis genomen van de hierna genoemde, door partijen overgelegde stukken. De inhoud van deze stukken dient hier als ingelast te worden beschouwd.

1. Het procesverloop

1.1. Bij vonnis van 11 juni 2019 is gefaillieerde in staat van faillissement verklaard. Tot rechter-commissaris is, laatstelijk, benoemd mr. R.G.C. Veneman en als curator is aangesteld mr. F.Th.P. van Voorst, advocaat te Zoetermeer.

1.2. Bij brief van 18 mei 2020 heeft verzoekster zich tot de rechter-commissaris gericht met het verzoek om de curator te bevelen:

i) tot het afgeven van een brief aan de debiteuren van gefaillieerde,

ii) tot het verstrekken van door verzoekster verzochte debiteureninformatie,

iii) na te laten om de inning van verpande vorderingen na 11 juni 2020 9:45 uur ter hand te nemen en

iv) subsidiair ex artikel 58 Fw de gestelde termijn te verlengen.

1.3. Verzoekster heeft – samengevat – aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat een door de curator opgestelde brief, waaruit blijkt dat debiteuren bevrijdend aan verzoekster kunnen betalen, dienstbaar is aan een succesvolle inning van de openstaande debiteurenportefeuille, hetgeen in het belang is van de gezamenlijke crediteuren. Met betrekking tot de door verzoekster aan de curator gevraagde informatie (naar aanleiding van door debiteuren ontvangen reacties) frustriert de curator de inning van verpande vorderingen door het niet verstrekken van informatie, zulks in weerwil van hetgeen de Hoge Raad hierover heeft geoordeeld in zijn arrest van 30 oktober 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, Hamm q.q./ABF). Ten aanzien van de door de curator gestelde termijn op grond van artikel 58 Fw heeft verzoeker betwist dat zij heeft getalmd of nodeloos heeft stilgezeten. De door de curator gestelde termijn van zeven weken en twee dagen is te kort (en dus onredelijk), nu de relatief eenvoudig te innen vorderingen zijn geïnd en het innen van de resterende vorderingen lastiger is omdat 67% daarvan buitenlandse debiteuren in diverse landen betreft of vorderingen die door debiteuren worden betwist en waarvan om een onderbouwing door verzoekster is verzocht. Inning van dergelijke vorderingen kan niet succesvol binnen de gestelde termijn.

1.4. Bij bericht van 27 mei 2020, gericht aan de rechter-commissaris, heeft de curator op het verzoekschrift gereageerd. De curator heeft, in zijn algemeenheid, betoogd dat het – anders dan uit het door de bank geschetste beeld lijkt te volgen – juist de curator is die de bank steeds moet aanmanen om tot actie over te gaan. Met betrekking tot het verzoek om een brief van de curator aan debiteuren waaruit blijkt dat deze bevrijdend aan de bank kunnen betalen, heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat daarvoor geen wettelijke grondslag bestaat en dat overigens niet is gebleken dat de bank daadwerkelijk belang heeft bij zo een brief. Het verzoek om informatievoorziening is volgens de curator onnodig, nu de curator reeds heeft toegezegd die informatie te verstrekken. Ter zake van de verzoeken om de curator te verbieden tot inning over te gaan dan wel om verlenging van de termijn heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat de door hem gestelde termijn een redelijke termijn is, nu deze termijn in feite geen zeven weken, maar ruim een jaar belooft.

2. De feiten

2.1. Bij brief van 14 juni 2019 heeft verzoekster, onder meer, als volgt aan de curator bericht:

‘...
Onze vordering op PSL bedraagt per vandaag EUR 241.877,67.

...
Wij gaan onze zekerheden uitwinnen. PSL heeft de volgende pandrechten eerste in rang aan ons gegeven:
– vorderingen;

...
Wij zullen zelf het pandrecht op vorderingen uitwinnen. PSL is op grond van de Overeenkomst verplicht om op al haar facturen melding te maken van ons pandrecht. Wij beschikken daarom over een openbaar pandrecht en zijn al inningsbevoegd. Wij beschikken zelf over de benodigde debiteuren-