

14

Rechtbank Den Haag
3 augustus 2016, rolnr. HA ZA 15-160,
ECLI:NL:RBDHA:2016:9089
(mr. Alwin)
Noot mr. Ph.W. Schreurs

Eigen aanvraag faillissement twee dochtervennootschappen behorend tot groep. Ondanks slechte financiële situatie groep en tegen dringend advies in wordt personeelsbestand in stand gehouden. Kennelijk onbehoorlijk bestuur. Faillissementen aangevraagd om ontslag werknemers te bewerkstelligen. Misbruik van faillissementsrecht. Aanvraag faillissementen onrechtmatig jegens crediteuren.

[BW art. 2:9, 2:248, 3:13, 6:162]

Vaststaat dat de groep reeds lange tijd in zwaar weer verkeerde en dat moest worden ingegrepen. Gedaagden hebben dat ook gedaan, met de investeringen in de drukpersen in 2007 en 2009 die ten doel hadden de omzet te verhogen, kostenbesparende maatregelen en het zoeken naar andere diensten om aan te bieden zoals het beplakken van ramen. De investering in de drukpersen had echter niet het beoogde resultaat, onder meer omdat de markt voor enveloppen was ingezakt. Dit verhoogde de noodzaak tot ingrijpen, ook omdat de (forse) investeringen in de twee drukpersen moesten worden (terug)betaald. De mogelijkheden om kosten te besparen waren op een gegeven moment uitgeput en het lukte niet extra omzet te genereren. De groep had onvoldoende middelen voor de ontslagvergoedingen die de kantonrechter pleegt te bepalen. Niet ter discussie staat dat, als destijds overeenkomstig het gegeven advies ontslagvergunningen waren aangevraagd, de aanvragen de bedrijfseconomische toets zouden hebben doorstaan. Hiermee is in confesso dat de groep eind 2012 het personeelsbestand had kunnen inkrimpen door personeel met vergunning van het UWV te ontslaan. Gedaagden hebben er echter welbewust voor gekozen om het herhaald en dringend gegeven advies om het personeelsbestand in te krimpen door ontslagvergunningen aan te vragen naast zich neer te leggen. Zij hebben juist ingezet op het zo lang mogelijk aan het werk houden van het personeel. Op geen enkele wijze blijkt dat de door gedaagden uitgesproken hoop op betere tijden op enige wijze een op concrete feiten en omstandig-

heden gebaseerde reële inschatting van de kansen van de groep was. Daarmee ontbrak eind 2012, toen gedaagden de dringende adviezen in de wind sloegen, een gefundeerde en reële verwachting, die zou kunnen legitimeren dat het personeel in afwachting van die betere tijden in dienst werd gehouden. De verwachting voor de groep was integendeel somber: de grafische sector had al jaren te kampen met omzetzakkingen die het gevolg waren van structurele veranderingen in de maatschappij zoals ontleding en digitalisering en veranderde economische omstandigheden zoals de concurrentie uit het buitenland en grote prijsdruk. De groep had grote klanten zien vertrekken. Uit niets blijkt enig concreet vooruitzicht op verbetering van de omzet en de resultaten binnen afzienbare tijd. In de gegeven omstandigheden was de welbewust door gedaagden gemaakte keus om het personeel zo lang mogelijk in dienst te houden niet in het ondernemingsbelang van de groep, dat juist vergde dat het personeelsbestand werd ingekrompen. Als gevolg van deze keus is de situatie van te veel personeel in verhouding tot het voorhanden werk en structureel (te) hoge personeelskosten in stand gehouden. Op geen enkele manier blijkt dat de verschuiving van werknemers noodzakelijk was in verband met de onbetwist noodzakelijke overgang naar een andere cao en een ander pensioenfonds. Verder wordt geconstateerd dat WH Grafisch in 2012 de enige niet-verliesgevende dochtermaatschappij binnen de groep was. Aangenomen wordt dat boekhoudkundige verschuivingen binnen de groep tot een negatief resultaat van WH Grafisch in 2013 hebben geleid. Gezien het voorgaande hebben gedaagden de faillissements situatie in de hand gewerkt door (i) eind 2012 welbewust, tegen het ondernemingsbelang in, het personeelsbestand niet in te krimpen door personeel met ontslagvergunningen te ontslaan, (ii) begin 2014 personeel dat het “problematische” dtp-werk deed over te hevelen naar een niet-actieve dochtermaatschappij met een werkneemster voor wie geen werk was en het personeelsbestand van de dochtermaatschappij met het volgens gedaagden evenzeer “problematische” drukwerk uit te breiden, en (iii) voor het jaar 2013 binnen de groep boekhoudkundig verschuivingen door te voeren waardoor WH Grafisch, dat in 2012 niet verliesgevend was, dat wel was in 2013. Met de faillissementen is de eerder noodzakelijke kostenreductie binnen de groep door ontslag van werknemers feitelijk gerealiseerd. In beide faillissementen is een boedeltekort. De faillissementen hebben voorts niet alleen boedelkosten met zich gebracht die als gevolg van het voorzienbaar gebrek aan baten voor rekening van

de curator komen, maar ook kosten in de vorm van doorbetaling van salarissen door het UWV die niet zouden zijn gemaakt indien personeel eerder met ontslagvergunningen was ontslagen. Gedaagde sub 1 heeft in de gegeven omstandigheden door welbewust en in strijd met de bij herhaling dringend gegeven adviezen en in strijd met het ondernemingsbelang van de groep, het personeelsbestand van de groep niet in te krimpen en vervolgens de faillissementen in de hand te werken, niet gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die op zijn taak is berekend. Uit het voorgaande blijkt ook dat aannemelijk is dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is. Gezien het voorgaande is voor gedaagde sub 1 als bestuurder voldaan aan de vereisten voor schadeplichtigheid op grond van art. 2:9 en 2:248 BW. Gedaagde sub 2 is op de voet van art. 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk naast gedaagde sub 1.

De faillissementen zijn uitsluitend of hoofdzakelijk aangevraagd om het ontslag van de werknemers van de faillieten – en daarmee de hoognodige kostenreductie voor de groep – te bewerkstelligen, daar waar de werknemers veel eerder, in ieder geval eind 2012, al hadden kunnen en moeten zijn ontslagen met een ontslagvergunning. Bij dit oordeel wordt in aanmerking genomen dat het de groep in beginsel vrij staat gebruik te maken van de bevoegdheid het eigen faillissement van een of meer dochterondernemingen aan te vragen om vervolgens de activiteiten van de groep in afgeslankte vorm – en in dit geval kennelijk met het afstoten van het zelf uitvoeren van drukwerkzaamheden – voort te zetten. Het al dan niet “voorgekookt” laten faillieren van een of meer dochterondernemingen kan in het belang zijn van de groep en van de resterende werknemers. In dit geval is dit middel om de groep te redden echter ingezet nadat het ondernemingsbelang van de groep eind 2012 al vergde dat het werknemersbestand werd ingekrompen, hetgeen toen met ontslagvergunningen had kunnen en moeten worden bewerkstelligd. Het in de gegeven omstandigheden eerst welbewust afzien van het aanvragen van ontslagvergunningen in een situatie waarin inkrimping van het personeelsbestand noodzakelijk is en het vervolgens laten aankomen op een faillissement, levert oneigenlijk en onrechtmatig gebruik van faillissementsrecht op. Daarmee wordt aan de betrokken werknemers de arbeidsrechtelijke bescherming ontnomen die zij wel zouden hebben gehad indien ontslagvergunningen zouden zijn aangevraagd. Bovendien worden de met de ontslagen gepaard

gaande kosten verlegd naar het UWV en ontstaat verdere schade omdat de boedelkosten van de curator bij een voorzienbaar gebrek aan baten niet kunnen worden voldaan. Daarmee is de bevoegdheid om de eigen faillissementen aan te vragen gebruikt voor een ander doel dan zij is verleend, te weten om daar waar de groep eind 2012 al werknemers had kunnen en moeten ontslaan, te bewerkstelligen dat de werknemers van de faillieten werden ontslagen zonder dat hen de normale arbeidsrechtelijke bescherming werd geboden en met verlegging van de kosten van ontslag naar het UWV.

Het vooromschreven (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en misbruik van faillissementsrecht is ook onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van de faillieten. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het redelijkerwijs voorzienbaar was dat er na het uitspreken van de met het (kennelijk) onbehoorlijk bestuur in de hand gewerkte en met misbruik van bevoegdheid aangevraagde faillissementen geen baten zouden zijn waaruit de gezamenlijke crediteuren konden worden voldaan, terwijl de faillissementen bovendien hebben geleid tot kosten van de curator en het UWV die – voorzienbaar – niet uit de boedel konden worden voldaan. Dit onrechtmatig handelen kan worden toegerekend aan gedaagde sub 1 als bestuurder van de faillieten en gedaagde sub 2 als degene die die de besluiten feitelijk nam.

Mr. N.F. Barthel te Zoetermeer, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissement van WH Grafisch BV en WH Tekstverwerking BV, eiser,
advocaat: mr. D.M. Edelenbosch-illingworth, tegen
1. Y BV te Zoetermeer,
2. X,
gedaagden,
advocaat: mr. Z.B. Gyömörei.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. WH Tekstverwerking B.V. (hierna: WH Tekst) en WH Grafisch B.V. (hierna: WH Grafisch) – en tezamen hierna: de faillieten – zijn onderdeel van een groep van negen rechtspersonen (hierna: de groep) die voornamelijk werkzaamheden verricht in de grafische sector. De faillieten zijn dochtermaatschappijen van Y B.V. De andere dochtermaatschappijen van Y B.V. zijn: FW

Advies B.V. (hierna: FW Advies), Eim@yourservice B.V. (hierna: Eim@yourservice) en WH faciliteiten B.V. (hierna: WH Faciliteiten). Y houdt 100% van de aandelen en is bestuurder van de dochtermaatschappijen. De houdstermaatschappij van X is 100% aandeelhouder en bestuurder van Y. X is aandeelhouder en bestuurder van zijn houstermaatschappij.

2.2. Op 27 mei 2014 zijn de faillieten na eigen aangifte van 23 mei 2016 failliet verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

2.3. De groep is ontstaan nadat X in 1999 – na daarvoor steeds in loondienst te hebben gewerkt – een eigen onderneming was begonnen. Hij maakte zijn bedrijf van het aannemen van drukopdrachten en deze vervolgens met een marge onderbrengen bij drukkerijen.

2.4. Het Economisch Instituut voor het Midden en Kleinbedrijf (EIM) was een belangrijke zakenrelatie van X. EIM had een drukkerij die eigen drukwerk verzorgde, maar extra capaciteit had. X besteedde opdrachten uit aan EIM. In 2000 is het bedrijf van X ingetrokken in het bedrijfspand van EIM.

2.5. In 2005 moest EIM reorganiseren en bleek zij geen middelen te hebben voor de benodigde afvloeiing van 28 personeelsleden. EIM en Y zijn toen overeengekomen dat deze 28 personeelsleden en de door hen verrichte werkzaamheden zouden overgaan naar de groep. Daarmee ging de groep zelf het eerder aan EIM uitbestede drukwerk voor andere klanten uitvoeren. EIM werd een van de klanten voor wie de groep drukwerk uitvoerde. Verder voerde de groep tekstuele en grafische opdrachten uit voor EIM en verleende de groep aan EIM facilitaire en IT-diensten. EIM is op enig moment opgegaan in Panteia. Op 24 juli 2007 hebben Panteia en de groep een raamcontract voor de duur van vijftien jaar gesloten over door de groep voor Panteia uit te voeren werkzaamheden.

2.6. Tussen de groep en Panteia zijn geschillen ontstaan, die hebben geleid tot verschillende, jarenlang slepende procedures. In die procedures stelde de groep zich op het standpunt dat Panteia haar afspraken niet gestand deed, onder meer door onvoldoende werk aan de groep uit te besteden. De overgenomen werknemers die deze werkzaamheden eerder bij EIM uitvoerden zijn in dienst van de groep gebleven.

2.7. Door de jaren heen is de groep in toenemende mate in zwaar weer komen te verkeren. Sinds 2002 werd de grafische branche geconfronteerd met een dalende omzet door onder meer digitalisering en ontleding. De groep ondervond concurrentie uit het buitenland. In de jaren 2008-2010 verdween bovendien een aantal grote klanten om uiteenlopende redenen. Deze ontwikkelingen leidden tot een gestage terugloop van de omzet, de resultaten van de groep en het eigen vermogen. De resultaten stonden ook onder druk door de concurrentie op de prijs die de groep ondervond, waardoor de groep lagere marges behaalde.

2.8. De groep heeft getracht het tij te keren door in 2007 en 2009 te investeren in twee milieuvriendelijke drukpersen met groot productievermogen waarmee meer omzet behaald kon worden. Met de aanschaf was € 355.999 respectievelijk € 300.000 gemoeid. Die tweede drukpers was speciaal bedoeld voor enveloppen. De beoogde extra omzet is echter niet gegenereerd, onder meer vanwege de teruglopende vraag naar voorbedrukte enveloppen in verband met de digitalisering.

2.9. De faillieten hadden geen eigen bankrekeningen. Omzet en kosten werden binnen de groep administratief over de groepsmaatschappijen verdeeld. Daarbij werden de managementvergoedingen ten laste van WH tekst gebracht.

2.10. Uit de jaarrekening over 2012 blijkt dat WH Grafisch in 2012 geen verlies leed. WH Tekst leed dat jaar een gering verlies van € 5.749. WH Faciliteiten en FW Advies waren in 2012 het meest verliesgevend, met negatieve resultaten van € 45.995 en € 49.834.

2.11. De groep heeft een aantal kostenreducerende maatregelen genomen. Eind 2012 adviseerde de raadsman van de groep Y cs dringend om daarnaast kosten te besparen door personeel te laten afvloeien door ontslagvergunningen aan te vragen bij het UWV. Y cs hebben dit dringend advies naast zich neergelegd; zij wilden het personeel zo lang mogelijk in dienst houden.

2.12. De groep heeft gezocht naar andere activiteiten om omzet te genereren en het personeel aan het werk te houden. De groep is onder meer ramen gaan beplakken en tuinonderhoudsdiensten gaan aanbieden.

2.13. Op 31 december 2012 heeft Panteia de overgenomen werkzaamheden van SLA Tekstverwerking per 1 januari 2013 opgezegd. Dit werk werd verricht door mw. A (hierna: A), die toen – als enige werkneemster – in loondienst was bij

WH Tekst. De raadsman van de groep heeft hierop dringend geadviseerd om een ontslagvergunning aan te vragen voor A. Y cs hebben dit advies niet opgevolgd.

2.14. X heeft van privé spaartegoeden en pensioengelden van zijn echtgenote aan de groep geleend teneinde investeringen te bekostigen en andere kosten te dekken. Op enig moment heeft hij afgezien van betaling van zijn managementvergoeding.

2.15. In 2013 heeft de groep aan de werknemers gevraagd in te stemmen met een 38-urige werkweek en een daaraan gekoppelde salarisvermindering. De ASF-premie werd ingehouden en de externe voorraad werd ingeperkt.

2.16. Eind 2012 was gebleken dat de groep, die was aangesloten bij de Panteia-cao en gebruik maakte van het pensioenfonds van Panteia, moest overgaan naar de Grafimedia-cao en lid moest worden van het Pensioenfonds voor de Grafische Bedrijven (PGB) met een grafisch pensioen. In verband hiermee zijn wijzigingen doorgevoerd in de functie-indelingen en omschrijvingen, loonopbouw en dergelijke. Op 26 februari 2014 heeft de groep de nieuwe arbeidsovereenkomsten aangeboden aan de werknemers binnen de groep. De werknemers hebben de arbeidsovereenkomsten in maart tot en met mei 2014 ondertekend. De doorgevoerde wijzigingen betreffen ook verschuivingen van werknemers tussen de dochtermaatschappijen.

2.17. Kort voor de aanvraag van de faillissementen is besloten de salarissen van de werknemers van de faillieten voor mei 2014 niet uit te betalen.

2.18. Ten tijde van de faillietverklaring op 27 mei 2014 had WH Grafisch vijf werknemers in dienst en WH Tekst drie. Drie van deze in totaal acht werknemers waren voordien in dienst bij andere tot de groep behorende rechtspersonen: de op 5 mei 2014 bij WH Grafisch in dienst getreden B was voordien in loondienst werkzaam bij WH Faciliteiten en de op 9 april 2014 respectievelijk 22 mei 2014 bij WH Tekst in dienst getreden C en D waren daarvoor in loondienst werkzaam bij FWa. De dienstjaren van deze werknemers lagen tussen de tien en bijna veertig jaar; een van hen (E, in dienst bij WH Grafisch) had 39 dienstjaren en negen maanden.

2.19. De bij de faillissementsaanvraag opgegeven schulden van de faillieten bestonden uit loonvorderingen over mei 2014, vakantiegeld, loonheffing en pensioenpremies over de maand mei 2014. Daarnaast hadden de faillieten schulden aan Y cs.

2.20. Na het faillissement zijn op 28 mei 2014 de conceptjaarrekeningen over 2013 opgesteld. Volgens de concept-jaarrekening over 2013 leed WH Grafisch dat jaar een verlies van € 47.033.

2.21. WH Grafisch had in de jaarrekening over 2012 een vordering op Y van € 18.000. In de conceptjaarrekening over 2013 had Y – andersom – een vordering op WH Grafisch van € 12.603.

2.22. De huurkosten die tot en met het jaar 2012 pons ponsd gewijs over de groepsmaatschappijen waren verdeeld, zijn in het 2013 geheel ten laste van WH Grafisch gebracht.

2.23. Na de faillissementen is de groep in afgeslankte vorm voort blijven bestaan en actief gebleven, met dien verstande dat de drukpersen zijn verkocht en geen drukwerkzaamheden meer worden verricht.

2.24. De curator heeft, met daartoe verkregen verlot, conservatoir beslag gelegd ten laste van X.

3. *Het geschil*

3.1. De curator vordert dat bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis:

I. voor recht wordt verklaard dat Y cs, althans Y B.V., althans Y een onrechtmatige daad hebben/heeft gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers ex artikel 6:162 BW;

II. voor recht wordt verklaard dat Y cs, althans Y B.V., althans Y ernstig verwijtbaar hebben/heeft gehandeld jegens WH Grafisch en WH Tekst ex artikel 2:9 BW jo 2:11 BW;

III. voor recht te verklaren dat Y cs onbehoorlijke bestuur hebben gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers ex artikel 2:248 BW;

IV. Y cs hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

V. Y cs hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de kosten van de gelegde beslagen;

VI. Y cs hoofdelijk te veroordelen tot het betalen van een voorschot op de nader vast te stellen schade van € 50.000, althans dat bedrag dat de rechtbank rechtens juist acht; een en ander met hoofdelijke veroordeling van Y cs in de kosten van het geding.

3.2. Y cs voeren gemotiveerd verweer.

4. De beoordeling

4.1. De curator verwijt Y cs misbruik van faillissementsrecht, (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en onrechtmatig handelen. Hij stelt dat er feitelijk geen grond was om de faillieten te doen failleren. De faillieten zijn in de optiek van de curator ontdaan van actief, gevuld met passief en bewust gefailleerd om zich van het overtollige personeel te ontdoen. Y cs betwisten deze verwijten en benadrukken dat zij juist alles op alles hebben gezet om het personeel zo lang mogelijk in dienst te houden en dat zij het personeel absoluut niet hebben benadeeld.

4.2. Vaststaat dat de groep reeds lange tijd in zwaar weer verkeerde en dat moest worden ingegrepen. Y cs hebben dat ook gedaan, met de investeringen in de drukpersen in 2007 en 2009 die ten doel hadden de omzet te verhogen, kostenbesparende maatregelen en het zoeken naar andere diensten om aan te bieden zoals het beplakken van ramen. De investering in de drukpersen had echter niet het beoogde resultaat, onder meer omdat de markt voor enveloppen was ingezakt. Dit verhoogde de noodzaak tot ingrijpen, ook omdat de (forse) investeringen in de twee drukpersen moesten worden (terug)betaald. Zoals Y cs zelf uiteen gezet hebben, waren de mogelijkheden om kosten te besparen op een gegeven moment uitgeput en lukte het niet extra omzet te genereren. Een redelijk denkend bestuurder zou in de gegeven omstandigheden – overeenkomstig het bij herhaling aan Y cs gegeven dringend advies – eind 2012 het personeelsbestand hebben ingekrompen. Y cs zelf vermelden dat zij dit bij de neergang na 2010 al hadden kunnen doen.

4.3. Partijen nemen als uitgangspunt dat de groep onvoldoende middelen had voor de ontslagvergoedingen die de kantonrechter pleegt te bepalen. Niet ter discussie staat dat, als destijds overeenkomstig het gegeven advies ontslagvergunningen waren aangevraagd, de aanvragen de bedrijfseconomische toets zouden hebben doorstaan. De curator heeft er onweersproken op gewezen dat het niet duidelijk is of de afspiegelingstoets zou hebben geleid tot ontslag van de nu ontslagen werknemers van faillieten. Hiermee is in confesso dat de groep eind 2012 het personeelsbestand had kunnen inkrimpen door personeel met vergunning van het UWV te ontslaan.

4.4. Y cs hebben er echter welbewust voor gekozen om het herhaald en dringend gegeven advies om het personeelsbestand in te krimpen door ontslag-

vergunningen aan te vragen naast zich neer te leggen. Zij hebben juist ingezet op het zo lang mogelijk aan het werk houden van het personeel. Y cs hebben toegelicht dat “de heer X wilde zijn personeel ontzien en behoeden voor ontslag. (...) De heer X hoopte op betere tijden. Deze betere tijden kwamen echter niet.”

4.5. Het siert Y cs dat zij hebben geprobeerd om het personeel van de groep zo lang mogelijk in dienst te houden. Zoals de curator met juistheid naar voren heeft gebracht, is het belang van het personeel echter maar één van de verschillende belangen die een ondernemer moet dienen.

4.6. Het siert X ook dat hij heeft afgezien van betaling van zijn managementvergoeding, dat hij privé spaartegoeden en pensioengelden aan de groep heeft geleend en daarmee letterlijk persoonlijk heeft geïnvesteerd. Hiermee verschaftte hij liquiditeiten aan de groep. Hij heeft hiermee echter ook, daar waar kostenbesparing noodzakelijk was, de schulden van de groep met deze vorderingen doen oplopen.

4.7. Op geen enkele wijze blijkt dat de door Y cs uitgesproken hoop op betere tijden op enige wijze een op concrete feiten en omstandigheden gebaseerde reële inschatting van de kansen van de groep was. Daarmee ontbrak eind 2012, toen Y cs de dringende adviezen in de wind sloegen een gefundeerde en reële verwachting, die zou kunnen legitimeren dat het personeel in afwachting van die betere tijden in dienst werden gehouden. De verwachting voor de groep was integendeel somber: de grafische sector had al jaren te kampen met omzetzakkingen die het gevolg waren van structurele veranderingen in de maatschappij zoals ontleding en digitalisering en veranderde economische omstandigheden zoals de concurrentie uit het buitenland en grote prijsdruk. De groep had grote klanten zien vertrekken. Uit niets blijkt enig concreet vooruitzicht op verbetering van de omzet en de resultaten binnen afzienbare tijd.

4.8. In de gegeven omstandigheden was de welbewust door Y cs gemaakt keus om het personeel zo lang mogelijk in dienst te houden niet in het ondernemingsbelang van de groep, dat juist vergde dat het personeelsbestand werd ingekrompen. Als gevolg van deze keus is de situatie van teveel personeel in verhouding tot het voorhanden werk en structureel (te) hoge personeelskosten in stand gehouden. De door Y cs beschreven situatie van kort voor de aanvraag van de faillissementen is precies wat bij het te lang laten voortbestaan

van een structureel te hoog kostenniveau met veel personeel gebeurt: “Er was te weinig werk, te veel kosten en geen liquiditeit.”

4.9. Y cs hebben toegelicht dat de problemen binnen de groep zich voordeden bij het drukwerk en het dtp-werk. Volgens Y cs werd het drukwerk verricht door WH Grafisch, dat er echter bij de verschuiving van personeel begin 2014 een extra werknemer bij kreeg. Het dtp-werk werd eerder in een van de andere dochtermaatschappijen uitgevoerd en is begin 2014 overgeheveld naar WH Tekst, dat na het opzeggen van de tekstverwerkingswerkzaamheden door Panteia sinds begin 2013 geen activiteiten ontplooid en een werknemster in dienst had die zich volgens de door Y cs gegeven toelichting aan het bezinnen was op omscholing en uiteindelijk daarvan heeft afgezien omdat dat een te groot beslag op haar (privé)tijd zou leggen.

4.10. Op geen enkele manier blijkt dat deze verschuiving van werknemers noodzakelijk was in verband met de onbetwist noodzakelijke overgang naar een andere cao en een ander pensioenfonds. X cs hebben verklaard dat het ‘logisch’ was om deze verschuiving door te voeren. Zonder nadere toelichting – die ontbreekt – is dat geen afdoende verklaring.

4.11. De rechtbank constateert verder dat WH Grafisch in 2012 de enige niet verliesgevende dochtermaatschappij binnen de groep was. Zoals Y cs hebben toegelicht zijn in de conceptjaarrekening over 2013 de huurkosten niet langer ponsd ponsd gewijs over de groepsmaatschappijen verdeeld, maar zijn deze toebedeeld aan WH Grafisch. Daarnaast had WH Grafisch niet langer een vordering op maar een schuld aan Y. De curator heeft gesteld dat het resultaat van WH Grafisch door deze verschuivingen negatief werd. Y cs hebben daar geen afdoende andere verklaring voor gegeven; zij hebben alleen benadrukt dat er geen stelselwijziging is doorgevoerd en dat de verschuivingen fiscaal toelaatbaar waren, aangezien – naar niet in geschil is – het resultaat van de groep ‘onder de streep’ gelijk is gebleven. De accountant van de groep heeft toegelicht dat de verschuiving van een vordering van WH Grafisch op Y naar een schuld aan Y te verklaren is door de loonbetalingen die feitelijk werden verricht door Y. Dit is echter op geen enkele manier cijfermatig onderbouwd. Dat kon wel worden verwacht, temeer daar de vordering van WH Grafisch op Y de voorgaande jaren steeds € 18.000 was en

de omzet in de concept-jaarrekening over 2013 op een andere manier is weergegeven dan wel toebedeeld in de jaarrekeningen tot en met 2012.

4.12. Gezien het voorgaande neemt de rechtbank bij gebreke van een voldoende gemotiveerde betwisting als vaststaand aan dat de boekhoudkundige verschuivingen binnen de groep tot een negatief resultaat van WH Grafisch in 2013 hebben geleid. De curator heeft er voorts onweersproken op gewezen dat door deze boekhoudkundige verschuivingen de voor faillissement vereiste pluraliteit van schuldenaren is gecreëerd.

4.13. In het licht van het voorgaande deelt de rechtbank niet de visie van Y cs dat het begin 2014 ‘volstrekt logisch’ en onvermijdelijk was om het faillissement aan te vragen van de faillieten. De rechtbank voegt daaraan toe dat het standpunt van Y cs dat de groep als geheel failliet zou zijn gegaan als niet (alleen) het faillissement van de faillieten was aangevraagd, niet nader is geconcretiseerd en onvoldoende steun vindt in de processtukken. Het ‘volstrekt logisch’ zijn van de faillissementen lijkt veeleer het gevolg te zijn van de verschuiving van het ‘problematische’ dtp-werk naar WH Tekst en de boekhoudkundige wijzigingen waardoor het resultaat van WH Grafisch negatief werd. De curator wijst er verder op dat de faillieten in de jaarstukken over de voorgaande jaren niet naar voren komen als de noodlijdende dochtermaatschappijen.

4.14. Gezien het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat X cs de faillissementssituatie in de hand hebben gewerkt door (i) eind 2012 welbewust, tegen het ondernemingsbelang in, het personeelsbestand niet in te krimpen door personeel met ontslagvergunningen te ontslaan (ii) begin 2014 personeel dat het ‘problematische’ dtp-werk deed over te hevelen naar een niet-actieve dochtermaatschappij met een werknemster voor wie geen werk was en het personeelsbestand van de dochtermaatschappij met het volgens Y cs evenzeer ‘problematische’ drukwerk uit te breiden en (iii) voor het jaar 2013 binnen de groep boekhoudkundig verschuivingen door te voeren waardoor WH Grafisch dat in 2012 niet verliesgevend was, dat wel was in 2013. Met het aanvragen van de faillissementen is vervolgens de inkrimping van personeel bewerkstelligd die veel eerder doorgevoerd had kunnen en moeten worden.

4.15. De door Y cs genoemde externe oorzaken van de faillissementen dateren allemaal van (zeer) lang voor de faillissementen: de branche werd al

vanaf 2002 geconfronteerd met teruglopende omzetten, de buitenlandse concurrentie en de prijsdruk deden zich ook al jaren voor, de geschillen met Panetia sleepten al jaren voort en de door Y cs gestelde daarmee gepaard gaande omzetzakking is in 2007 ingezet en was juist in de eerste jaren het grootst. De grote klanten van de groep waren al in de periode 2008-2010 vertrokken. Deze omstandigheden liggen in een te ver verwijderd verband met de eind mei 2014 uitgesproken faillissementen.

4.16. Juist de door Y cs genoemde omstandigheden vergden dat het personeelsbestand – en wellicht ook de activiteiten – van de groep werd(en) ingekrompen, zoals eind 2012 bij herhaling dringend is geadviseerd. Y cs hebben dat nagelaten en hebben daarmee zelf de zich begin 2014 voordoevende situatie van “te weinig werk, te veel kosten en geen liquiditeit” gecreëerd. De curator heeft het gelijk aan zijn zijde met zijn stelling dat Y cs geen enkele poging hebben ondernomen om op andere wijze dan door middel van de faillissementen te trachten de noodzakelijke reorganisatie van de groep door te voeren. Y cs hebben ten onrechte de aan hen gegeven adviezen om ontslagvergunningen aan te vragen in de wind geslagen en hebben het laten aankomen op de faillissementen, waarna de groep in afgeslankte vorm is blijven voortbestaan.

4.17. Het verweer van Y cs dat er in mei 2014 geen tijd meer was om ontslagvergunningen aan te vragen stuit af op het hiervoor gegeven oordeel dat inkrimping van het personeel van de groep door personeelsleden met ontslagvergunningen al veel eerder had kunnen en moeten plaatsvinden.

4.18. Met de faillissementen is de eerder noodzakelijke kostenreductie binnen de groep door ontslag van werknemers feitelijk gerealiseerd. De kosten daarvan zijn – zoals op voorhand duidelijk was omdat er geen baten waren bij de faillieten – voor rekening van de boedel en het UWV gekomen. Dit gebrek aan baten is het gevolg van het binnen de groep (blijven) belasten van WH Tekst dat vanaf begin 2013 geen activiteiten verrichtte met de (forse) managementvergoedingen en de boekhoudkundige verschuivingen die ertoe leidden dat WH Grafisch over 2013 een negatief resultaat had.

4.19. In beide faillissementen is een boedeltekort. De faillissementen hebben voorts niet alleen boedelkosten met zich gebracht die als gevolg van het voorzienbaar gebrek aan baten voor rekening van

de curator komen, maar ook kosten in de vorm van doorbetaling van salarissen door het UWV die niet zouden zijn gemaakt indien personeel eerder met ontslagvergunningen was ontslagen. De curator heeft gesteld dat het UWV hierdoor een vordering op de faillieten heeft van € 74.129,69.

4.20. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Y in de gegeven omstandigheden door welbewust en in strijd met de bij herhaling dringende gegeven adviezen en in strijd met het ondernemingsbelang van de groep, het personeelsbestand van de groep niet in te krimpen en vervolgens de faillissementen in de hand te werken, niet gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die op zijn taak is berekend. Uit het voorgaande blijkt ook dat aannemelijk is dat dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van de faillissementen is.

4.21. Gezien het voorgaande is voor Y als bestuurder voldaan aan de vereisten voor schadeplichtigheid op grond van artikel 2:9 en 2:248 BW. X is op de voet van artikel 2:11 BW hoofdelijk aansprakelijk naast Y. Het geschil over de vraag of het in artikel 2:248 lid 1 BW bedoelde vermoeden is vervuld, kan gezien het voorgaande onbesproken blijven.

4.22. De rechtbank is voorts van oordeel dat de faillissementen uitsluitend of hoofdzakelijk zijn aangevraagd om het ontslag van de werknemers van de faillieten – en daarmee de hoognodige kostenreductie voor de groep – te bewerkstelligen, daar waar de werknemers veel eerder, in ieder geval eind 2012, al hadden kunnen en moeten zijn ontslagen met een ontslagvergunning.

4.23. De rechtbank neemt bij dit oordeel in aanmerking dat het de groep in beginsel vrij staat gebruik te maken van de bevoegdheid het eigen faillissement van een of meer dochterondernemingen aan te vragen om vervolgens de activiteiten van de groep in afgeslankte vorm – en in dit geval kennelijk met het afstoten van het zelf uitvoeren van drukwerkzaamheden – voort te zetten. Het al dan niet ‘voorgekookt’ laten failleren van een of meer dochterondernemingen kan in het belang zijn van de groep en van de resterende werknemers. In dit geval is dit middel om de groep te redden echter ingezet nadat het ondernemingsbelang van de groep eind 2012 al vergde dat het

werknemersbestand werd ingekrompen, hetgeen toen met ontslagvergunningen had kunnen en moeten worden bewerkstelligd.

4.24. Het in de gegeven omstandigheden eerst welbewust afzien van het aanvragen van ontslagvergunningen in een situatie waarin inkrimping van het personeelsbestand noodzakelijk is en het vervolgens laten aankomen op een faillissement, levert oneigenlijk en onrechtmatig gebruik van faillissementsrecht op. Daarmee wordt aan de betrokken werknemers de arbeidsrechtelijke bescherming ontnomen die zij wel zouden hebben gehad indien ontslagvergunningen zouden zijn aangevraagd. Dat geldt eens te meer nu niet in geschil is dat toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij ontslagaanvragen voor de groep mogelijk niet tot ontslag van deze acht werknemers zou hebben geleid. Bovendien worden de met de ontslagen gepaard gaande kosten verlegd naar het UWV en ontstaat verdere schade omdat de boedelkosten van de curator bij een voorzienbaar gebrek aan baten niet kunnen worden voldaan. Daarmee is de bevoegdheid om de eigen faillissementen aan te vragen gebruikt voor een ander doel dan zij is verleend, te weten om daar waar de groep eind 2012 al werknemers had kunnen en moeten ontslaan, te bewerkstelligen dat de werknemers van de faillieten werden ontslagen zonder dat hen de normale arbeidsrechtelijke bescherming werd geboden en met verlegging van de kosten van ontslag naar het UWV.

4.25. Deze eigen aanvragen van de faillissementen zijn zoals hiervoor uiteengezet is bewerkstelligd door Y en X die de zeggenschap in faillieten hadden. De gevolgen daarvan dienen voor hun rekening te komen.

4.26. Het vooromschreven (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en misbruik van faillissementsrecht is ook onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers van de faillieten. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat het redelijkerwijs voorzienbaar was dat er na het uitspreken van de met het (kennelijk) onbehoorlijk bestuur in de hand gewerkte en met misbruik van bevoegdheid aangevraagde faillissementen geen baten zouden zijn waaruit de gezamenlijke crediteuren konden worden voldaan, terwijl de faillissementen bovendien hebben geleid tot kosten van de curator en het UWV die – voorzienbaar – niet uit de boedel konden worden voldaan. Dit onrechtmatig handelen kan worden toegerekend aan Y als bestuur-

der van de faillieten en X als degene die die de besluiten feitelijk nam. Daarmee zijn zij hoofdelijk verbonden voor dezelfde schade.

4.27. Het voorgaande leidt tot toewijzing van de vorderingen I tot en met III van de curator, met dien verstande dat in de uit te spreken verklaringen voor recht overeenkomstig de kennelijke strekking van de vorderingen in overeenstemming met de wettelijke bepalingen waarop zij betrekking hebben zullen worden uitgesproken.

4.28. Voldaan is aan het voor verwijzing naar de schadestaatprocedure geldende vereiste van aanneemelijkheid van schade. Daarbij gaat het voor bij de aansprakelijkheid ex artikel 2:9 jo 2:11 BW en uit hoofde van onrechtmatige daad om de schade als gevolg van het onbehoorlijk bestuur respectievelijk het onrechtmatig handelen en bij de aansprakelijkheid ex artikel 2:248 jo 2:11 BW om het boedeltekort. De vordering onder IV wordt dus toegewezen. Bij deze stand van zaken kan de schade omvang nog niet worden vastgesteld of begroot. De discussie over de schadeomvang dient in de schadestaatprocedure te worden gevoerd. Voldoende vast staat wel dat het bedrag waarvoor Y cs aansprakelijk zijn minimaal € 50.000 is. Het onder VI gevorderde voorschot wordt daarom toegewezen.

4.29. Gezien het voorgaande zijn de beslagen terecht gelegd. De vordering onder V ligt eveneens voor toewijzing gereed. Uit de door de curator overgelegde stukken blijkt dat deze kosten € 1.274,24 bedragen.

4.30. Y cs worden als de in het ongelijk gestelde partijen in de proceskosten van de curator veroordeeld. (...; *red.*)

4.31. Overeenkomstig de vordering daartoe van de curator wordt dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het belang bij uitvoerbaarheid bij voorraad is in beginsel gegeven indien de beslissing de veroordeling tot betaling van een geldsom betreft. Bij beoordeling van het verweer van Y cs tegen dit onderdeel van de vordering moeten de belangen van partijen worden afgewogen in het licht van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet worden nagegaan of op grond van die omstandigheden het belang van degene die de veroordeling verkrijgt, zwaarder weegt dan dat van de veroordeelde bij behoud van de bestaande toestand tot op het rechtsmiddel is beslist. Het belang van de curator weegt zwaarder dan het restitutierisico waarop Y cs wijzen, te weten het gegeven dat zij na eventuele vernietiging van dit

vonnissen in hoger beroep alleen concurrente boedelvordering hebben als de curator dit vonnis intussen heeft geëxecuteerd.

5. De beslissing

De rechtbank,

5.1. verklaart voor recht dat Y cs een onrechtmatige daad hebben gepleegd jegens de gezamenlijke schuldeisers ex artikel 6:162 BW;

5.2. verklaart voor recht dat Y ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens WH Grafisch en WH Tekst ex artikel 2:9 BW en dat de aansprakelijkheid daarvoor ex artikel 2:11 BW rust op Y cs;

5.3. verklaart voor recht dat Y onbehoorlijke bestuur hebben gepleegd jegens de boedel ex artikel 2:248 BW en dat de aansprakelijkheid daarvoor ex artikel 2:11 BW rust op Y cs;

5.4. veroordeelt Y cs hoofdelijk tot betaling van de daardoor veroorzaakte schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

5.5. veroordeelt Y cs hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de kosten van de gelegde beslagen (...; *red.*);

5.6. veroordeelt Y cs hoofdelijk tot het betalen van een voorschot op de nader vast te stellen schade van € 50.000;

5.7. veroordeelt Y cs hoofdelijk in de proceskosten van de curator (...; *red.*);

5.8. verklaart de onder 5.5 tot en met 5.7 bedoelde veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In 2009 beschreef J.E. Brink-van der Meer in haar bijdrage in *TvI* 2009/5 'Artikel 2:138-248 BW: Een loterij?' de soms zeer verschillende bestuurdersaansprakelijkheidsvonnissen die volgens haar werden gewezen op ogenschijnlijk vergelijkbare situaties. Daardoor uitgedaagd schreef ik in *TvI* 2011/11 ('De thermometer van het onbehoorlijk bestuur') aan de hand van een onderzoek naar de van 2000 tot en met 2010 in de «JOR» gepubliceerde 2:248-beslissingen dat het er niettemin op lijkt dat met behulp van die bepaling wel degelijk misbruik leek te worden aangepakt waarvan de bestrijding de wetgever destijds voor ogen stond. Ik geloof inmiddels dat ik, bij een aanvullend onderzoek over de periode 2011-2016 (inclusief het onderhavige vonnis), niet meer zo stellig zou zijn en eerder

geneigd tot de kwalificatie "een loterij" van Brink-van der Meer. Bovenstaand vonnis is een prijs uit die loterij.

2. Een vonnis bevat de feiten waarop de beslissing rust (art. 230 lid 1 letter e Rv). Bij het lezen van de feiten van het onderhavige vonnis (r.o. 2.1 tot en met 2.24) drong zich eerlijk gezegd aan mij niet direct het gevoel op dat de rechtbank in de daarna volgende overwegingen zou moeten concluderen tot een uitvoerbaar bij voorraad verklaard voorschot op het integrale tekort van de boedel. Die feiten waren immers: bestuurder X bouwt vanaf 1999 een drukkerijconcern op; na reorganisatie van de belangrijke toeleverancier EIM in 2005 neemt de Y-groep daarvan het werk en 28 personeelsleden over en wordt EIM een grote klant; na een fusie van die klant vertroebelen de verhoudingen die uitmonden in jarenlange procedures en een beëindiging per 1 januari 2013; de Y-groep ondervond intussen de algehele malheur in de grafische sector hetgeen leidde tot een gestage terugloop van de omzet, de resultaten en het eigen vermogen; pogingen dat tij te keren door aanpassing van het businessmodel en concrete investeringen brachten geen ommekeer; hoewel er wel aan kostenreductie werd gedaan, sloeg X uitdrukkelijke adviezen om het personeelsbestand in te krimpen in de wind; hij wilde hen zo lang mogelijk in dienst houden en zocht naar andersoortige omzet; hij leende privé-spaartegoeden en pensioengelden van zijn echtgenote aan de Y-groep en zag af van zijn managementfee; in het voorjaar van 2014 vinden arbeidsvoorwaardelijke wijzigingen plaats en enkele "verschuivingen van werknemers tussen de dochtermaatschappijen" (r.o. 2.16 slot); in mei 2014 wordt het faillissement van twee van de negen groepsvennootschappen aangevraagd; de schulden genoemd in het faillissementsverzoek betreffen loon, vakantiegeld, pensioenpremie en de rekening-courantschulden aan X; na faillissement is de Y-groep voortgegaan maar de drukkerij-activiteiten zijn niet doorgestart.

3. De rechtbank wijst op basis van dit feitencomplex alle vorderingen van curator Barthel toe en dat bevreedt. Let wel: ik matig mij niet een beter oordeel aan dan de rechter, die ongetwijfeld een lijvig dossier voor zich heeft gehad. Maar op grond van slechts deze weergave van de feiten ligt dit strengst denkbare oordeel niet voor de hand. Voor aansprakelijkheid op grond

van art. 2:248 BW dient de lat hoog te (blijven) liggen. In dit geval te meer, gelet op het feit dat de bewijsvermoedens van lid 2 geen ondersteunende rol spelen. Daarbij gaat het bij art. 2:248 BW om bestrijding van *misbruik*. Aansprakelijkheid kan slechts aan de orde zijn indien het bestuur zijn taak *kennelijk* onbehoorlijk heeft vervuld, hetgeen betekent dat sprake moet zijn van handelen zoals *geen redelijk denkend* bestuurder die voor zijn taak berekend is en die taak nauwgezet vervult – onder dezelfde omstandigheden – gehandeld zou hebben (HR 7 juni 1996, «JOR» 1996/68 (*Ontvanger/Van Zoolingen*); sedertdien veelvuldig herhaald, laatstelijk in HR 12 februari 2016, «JOR» 2016/223, m.nt. Borrius (*Lange-laar/Velenturf q.q.*)). De rechtbank formuleert een en ander echter precies *omgekeerd*. Zie onder meer “Een redelijk denkend bestuurder zou (...) het personeelsbestand hebben ingekrompen” (r.o. 4.2), en “Naar het oordeel van de rechtbank heeft X (...) niet gehandeld met het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die op zijn taak is berekend” (r.o. 4.20). De rechtbank zou zich niet het hoofd moeten breken over wat een *model*-bestuurder zou doen. Het gewraakte beleid is mogelijk naïef, wellicht zelfs dom, maar dat op zichzelf zijn allemaal geen (laat staan: goede) gronden voor aansprakelijkheid.

4. Nu ik toch aan het mopperen ben, zet ik ook nog wat vraagtekens bij de overwegingen van de rechtbank over de malaise in de grafische sector. Enerzijds leidt die de rechtbank tot de vaststelling dat het al jaren kommer en kwel was en eerder ingrijpen dus nodig was. Maar anderzijds is die malaise al zo langdurig aan de gang dat de rechtbank het geen geldige “andere” oorzaak van het faillissement meer vindt. Hoe logisch is het om iemand te verwijten dat hij in 2012 niet reeds ingrijpend heeft gesaneerd (of toen wellicht al het faillissement had aangevraagd) en de mede daarop gebaseerde aangifte drie jaar later te betiteln als misbruik van recht?

5. Welke verwijten zijn in een situatie als de onderhavige dan wel reëel? Daarbij denk ik dan toch vooral aan de schade die (individuele) crediteuren hebben geleden omdat de bestuurder de vennootschap (die specifieke) schulden heeft laten aangaan op een moment dat hij wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet binnen een behoorlijke termijn zou kunnen voldoen en geen verhaal bood

voor de daardoor ontstane schade. Dergelijke peildata zijn de crux van HR 25 september 1981, *NJ* 1982/443, m.nt. Ma (*Osby*); HR 21 december 2001, «JOR» 2002/38, m.nt. Bartman (*Sobi/Hurks II*) en HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*). De bestuurder wordt in een dergelijk geval aansprakelijk, maar slechts ten opzichte van crediteuren wier vordering dateert van na die peildatum. Afgaande op r.o. 2.19 uit bovenstaand vonnis zouden dat in casu “slechts” schulden zijn ten behoeve van het personeel en schulden aan de bestuurder X zelf. Dan resteert de vraag of het personeel – dat in de ogen van de rechtbank jaren eerder al met een ontslagvergunning en (als ik r.o. 4.3 goed begrijp) zonder enige vergoeding ontslagen had moeten zijn – nu wel benadeeld is doordat de bestuurder hun dienstverbanden heeft gerekt ten koste van zijn eigen managementfees en het pensioen van zijn echtgenote.

6. Op de dag waarop mij verzocht werd dit vonnis te annoteren, verscheen het voorstel voor een nieuwe Europese Richtlijn ter verbetering van de afwikkeling van insolventiesituaties. Art. 18 daarvan bepaalt dat bestuurders, indien insolventie “waarschijnlijk” is, de volgende verplichtingen hebben: (a) om onmiddellijke stappen te nemen om de verliezen voor crediteuren, werknemers, aandeelhouders en andere stakeholders te beperken, (b) om acht te slaan op de belangen van crediteuren en stakeholders, (c) om redelijke stappen te nemen om insolventie te vermijden en (d) om grove nalatigheid die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigt, te vermijden. Als deze Richtlijn in Nederland reeds volledig was geïmplementeerd, zou dit vonnis van de Rechtbank Den Haag wellicht begrijpelijk zijn. Nu wat mij betreft nog niet. En of na implementatie van de Richtlijn de sanctie op deze verplichtingen vergoeding van het tekort in de boedel zal zijn, valt (naar ik hoop) te bezien. Vooruitlopend op de gedachten die daaromtrent nog gevormd moet worden, dringen zich al vragen op als: leidt art. 18 Richtlijn dan tot een ander toetsingskader en andere peildata? Mij dunkt van wel. Is het moment van “waarschijnlijkheid” van insolventie iets anders dan de hiervoor sub 5 bedoelde peildata? Ik neig ertoe. Maar het lijkt mij dat bestuurder X ook dan nog steeds niet snel aansprakelijk zou moeten zijn.

7. Van Eeghen (*Het schemergebied voor faillissement*, Boom 2006) heeft uitvoerig onderzoek gedaan naar de vraag hoe lang en voor wiens risico een onderneming mag worden voortgezet wanneer deze verlieslatend wordt. Hij heeft solvabiliteitsratio's geformuleerd die voor het bestuur aanleiding zouden moeten zijn eigen aangifte te doen. In Duitsland en België bestaan dergelijke regels al, maar in Nederland hebben ze (nog) geen ingang gevonden. Integendeel: in de rechtspraak zijn vele voorbeelden te vinden waarin (ook achteraf mislukte) reddingspogingen *niet* leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid (ik noem uit de laatste tien jaar Hof Arnhem 30 mei 2006, «JOR» 2006/230; HR 12 september 2008, «JOR» 2008/297, m.nt. Van Maanen (*Van Dusseldorp q.q./Coutts*); Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, «JOR» 2010/113, m.nt. Rijckenberg; Hof 's-Hertogenbosch 12 augustus 2014, «JOR» 2015/2, m.nt. Westenbroek; Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2015, «JOR» 2016/43 en Hof Amsterdam 22 december 2015, «JOR» 2016/107, m.nt. Bergervoet). Naar mijn mening kan een verplichting om eigen faillissement aan te vragen niet bestaan zonder *wettelijke* grondslag. Dat betekent dat een rechter een bestuurder ook niet aansprakelijk zou moeten houden op grond van de overweging dat die bestuurder het faillissement in een eerder stadium had moeten aanvragen.

8. Terug naar het voorstel voor de nieuwe Europese Richtlijn. Het komt mij voor dat het werk dat in de afgelopen jaren in Nederland is verricht in het kader van de herijkingsoperatie, tot nu toe vooral geleid heeft tot veel discussie en zeer leeswaardige vakliteratuur, maar nog te weinig tot daadwerkelijk ingevoerde wetgeving. De Richtlijn die thans is voorgesteld door de Europese Commissie verhoogt de druk op de wetgever alleen nog maar en dat kan geen kwaad. De vraag lijkt me echter wel weer gerechtvaardigd of de hele Faillissementswet toch maar niet eens integraal op de schop genomen moet worden.

Ph.W. Schreurs,
advocaat corporate litigation bij Boels Zanders te Eindhoven en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

15

Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch 22 augustus 2016, rekestnr. BP RK 1-234, ECLI:NL:RBOBR:2016:5086 (mr. Loesberg)
Noot mr. dr. K.J. Krzeminski en prof. mr. T.H.D. Struycken

Proces-verbaal. Verdeling opbrengst executie. Rangregeling. Inning door curator namens eerste pandhouder. Verwijzing naar HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder q.q./CLBN).

[BW art. 3:239, 3:253 lid 1; Fw art. 57; Rv art. 445, 481, 490b]

In dit geval heeft de curator op verzoek van en namens de bank, eerste pandhouder, de aan de bank verpande vorderingen geïnd. Dit betreft derhalve een pandhoudersexecutie ex art. 57 lid 1 Fw. Art. 57 lid 4 Fw verwijst voor de verdeling van de opbrengst van de executie naar de regels in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In geval van pandhoudersexecutie is art. 490b Rv van toepassing. Op grond van dit artikel keert de executerend pandhouder, indien er meerdere belanghebbenden bij de opbrengst zijn, nadat hij de executiekosten heeft betaald en voor zichzelf het hem overeenkomstig zijn rang toekomende heeft afgehouden, aan die belanghebbenden uit overeenkomstig hetgeen deze belanghebbenden en de pandgever omtrent deze verdeling zijn overeengekomen. Indien geen overeenstemming wordt bereikt, dan stort de pandhouder – in dit geval dus de bank – het overschot bij een bewaarder als bedoeld in art. 445 Rv. Er wordt van uitgegaan dat de bank en de curator op de voet van het bepaalde in art. 445 Rv zijn overeengekomen dat de boedelrekening in dit geval geldt als plaats van bewaring van het overschot. Vervolgens kan iedere belanghebbende de opening van een rangregeling verzoeken overeenkomstig art. 481 Rv. Verzoekster, tweede pandhouder, geldt op grond van art. 3:253 lid 1 BW als belanghebbende. De bank heeft geen vordering ingediend. Uit de wel ingediende vorderingen blijkt dat verzoekster noch de curator het standpunt innemen dat de bank teveel van de netto-opbrengst heeft afgehouden. De bank blijft derhalve buiten de rangregeling. Verzoekster en de curator kunnen derhalve mogelijk aanspraak maken op het restant van de netto executieopbrengst. Hiervoor is al overwogen dat het gaat om pandhoudersexecutie.