

seerde de transactieadvocaat het bestuur Catalpa én de verkopende aandeelhouder Bencis/Benca. Dit komt in de praktijk vaker voor en waakzaamheid is dan dus geboden. Op het eerste gezicht lijkt dat ook op gespannen voet te staan met de gedragsregels voor de advocatuur (regel 15 Gedragsregels 2018, regel 7 Gedragsregels 1992) die voorschrijven dat het niet is toegestaan tegelijkertijd voor meer dan één partij op te treden in een zaak waarin deze partijen een tegengesteld belang hebben. Of dat belang daadwerkelijk tegengesteld is, zal dus per zaak elke keer weer opnieuw zorgvuldig bekeken moeten worden.

10. Mijn analyse is dat de OK van mening is dat het bestuur zich niet kan verschuilen achter adviseurs of de rvc en zelf de afweging zal moeten maken. Daarbij valt op dat het bestuur zich wel mocht “verschuilen” achter het advies van zijn advocaat bij de analyse of er sprake was van overtreding van het verbod zoals opgenomen in art. 2:98c BW (zie punt 4 van deze noot). Dat laat zich verklaren als dat de analyse over *financial assistance* bij uitstek een juridische analyse betreft en de afweging wat in het belang van de vennootschap een veel bredere afweging is. Die afweging ligt uiteindelijk en bij uitstek op het bord van het bestuur. Het is aan te bevelen dat het bestuur zich ook bij die bredere afweging laat bijstaan door juridisch en economisch adviseurs, zie ook de Akzo-beschikking (OK 29 mei 2017, «JOR» 2017/261, m.nt. Bulten (*Akzo*)). Maar de belangenafweging zelf is niet uit te besteden. Een terechte en juiste conclusie van de OK.

11. *Tot slot*. De vergelijking met de PCM-casus dringt zich op. Het bestuur en de RvC van de target moeten een voldoende afweging maken van de voor- en nadelen van een LBO (*leveraged buy out*, een overname waarbij de financiering eveneens “drukt” op de target). Laten zij dit na, dan is dat volgens de OK wanbeleid. Zie OK 27 mei 2010, «JOR» 2010/189, (*PCM*).

Is er een les te leren uit PCM en deze beschikking? Het oordeel van de OK is gegeven tegen de achtergrond dat Catalpa actief was in kinderopvang, een sector die in hoge mate met publiek geld wordt gefinancierd (r.o. 3.18). Maar ook in zijn algemeenheid zal het bestuur niet snel ontkomen aan een eigen belangenafweging. Het moet dus (los van de verkopende of kopende aandeelhouder) beoordelen of de verkoop in het belang van de vennootschap is inclusief bijbehorende financiering en de gevolgen van de ver-

koop voor de vennootschap. Een transactie “boven het hoofd” van het bestuur – want tussen aandeelhouders – is voor het bestuur geen excuus, zeker niet waar de vennootschap partij wordt bij de transactie bijvoorbeeld door de gekozen financieringsvorm zoals hier het geval was. De OK verwacht terecht een onderbouwd en concreet standpunt. Op welke wijze alle betrokken partijen daarmee om zullen gaan, zal de praktijk uitwijzen.

mr. D.J.F.F.M. Duynstee
advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam

145

Bewindvoerder voor toepassing van enquêterecht aan te merken als medebeleidsbepaler van rechtspersoon

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

3 maart 2020, zaaknr. 200.268.738/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:907

(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Meijer, drs. Scheltema, prof. dr. Loonen)

Noot mr. Ph.W. Schreurs

Enquêteprocedure. Toepassingsgebied enquêterecht. Onderzoek kan zich mede uitstrekken tot handelen van bewindvoerder (vgl. OK 7 januari 1988 (Bredero) en OK 1 november 2005, «JOR» 2005/297 (ATR)). Tijdens surseance voert bewindvoerder samen met bestuur beheer over onderneming. Voor toepassing van enquêterecht is bewindvoerder mitsdien aan te merken als medebeleidsbepaler van rechtspersoon. Bewindvoerders hebben ruime beoordelingsmarge bij invulling van hun taak. Handelwijze bewindvoerders levert geen gegronde redenen op voor twijfel aan juist beleid en juiste gang van zaken.

[BW art. 2:344 e.v.; Fw art. 215 lid 2]

Een te gelasten onderzoek kan (mede) betrekking hebben op de periode van de surseance van betaling (zie OK 22 december 1983, NJ 1985/383 (Ogem) en OK 5 juli 2010, JOR 2010/305 (Van der

Moolen)). Dat strookt ook met het oordeel van de Hoge Raad dat het enquêterecht een ruim toepassingsgebied heeft en een enquête naar een onder toezicht staande financiële instelling ook betrekking kan hebben op de periode van de stille curatele en de periode na het uitspreken door de rechtbank van de noodregeling (HR 15 januari 1997, «JOR» 1997/30, m.nt. SCJJK) (Vie d'Or)). Een enquête kan zich bovendien mede uitstrekken tot het handelen van een bewindvoerder, zoals de OK ook al eerder oordeelde (OK 7 januari 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AB9641 (Bredero) en OK 1 november 2005, «JOR» 2005/297 (ATR)). Gedurende de surseance voert de bewindvoerder samen met het bestuur van de vennootschap het beheer over de onderneming (art. 215 lid 2 Fw) en de rechtspersoon is onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder (art. 228 lid 1 Fw). Voor de toepassing van het enquêterecht is een bewindvoerder daarom aan te merken als een medebeleidsbepaler van de rechtspersoon. Het rechterlijk toezicht gedurende de surseance, op de voet van art. 224 lid 2 en art. 225 Fw, is niet van zodanige aard en intensiteit dat rechterlijke toetsing door de OK van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap voor zover bepaald door de bewindvoerder door middel van het enquêterecht daarmee onverenigbaar is.

Een enquête kan in beginsel ook betrekking hebben op de periode dat de rechtspersoon in staat van faillissement verkeert, omdat het faillissement de vennootschappelijke bestuursstructuur op zichzelf niet wijzigt. De praktische betekenis daarvan is in de regel gering. De organen van de vennootschap hebben op grond van art. 23 Fw immers geen zeggenschap meer over het vermogen van de vennootschap.

Het handelen van een curator kan in beginsel geen onderwerp van een enquête zijn omdat dat handelen, anders dan bij een bewindvoerder, niet aan de rechtspersoon wordt toegerekend. De curator treedt bij het beheer en de vereffening van de boedel van de failliete vennootschap immers niet op als bestuurder van die vennootschap, maar behartigt daarbij in de eerste plaats de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De curator behoeft voor diverse beheer- en beschikingsdaden toestemming van de r-c en de schuldeisers en de rechtspersoon kunnen tegen elke handeling van de curator bij de r-c opkomen

(art. 69 Fw). Het toezicht door de r-c beoogt daarmee uitputtend te zijn. In beginsel is daarnaast geen ruimte voor rechterlijke toetsing door middel van het enquêterecht van de wijze waarop de curator zijn taak uitoefent.

Dat laatste kan mogelijk anders zijn als een curator, op de voet van art. 98 Fw, de onderneming van de gefailleerde rechtspersoon voortzet. Voldoende is vast komen te staan dat de curatoren de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillissementen niet hebben voortgezet. VDh is een holding zonder (eigen) onderneming en met betrekking tot Vidra Retail hebben de curatoren met toestemming van de r-c, de verkoop van de voorraad in de winkels gecontinueerd en de winkelpanden (doen) ontruimen, om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedelopbrengsten te maximaliseren. Daarnaast hebben de curatoren vanaf juli 2019 pogingen ondernomen om te komen tot een verkoop van de gehele voorraad in het kader van een doorstart, maar (voormalig) indirect bestuurder [A] heeft zich daartegen actief verzet, door, namens aan hem gelieerde rechtspersonen, aanspraak te maken op merkrechten en pandrechten. De curatoren hebben de onderneming aldus niet in stand gehouden.

De OK beperkt zich derhalve tot de gebeurtenissen in de periode van de surseance van Vidrea Retail (van 15 april 2019 tot 25 juni 2019) die Vidrea Retail aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd.

De door Vidrea Retail gestelde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen hebben betrekking op het handelen van mr. Cools en later mr. Dulack als bewindvoerders. Die bezwaren moeten worden beoordeeld in het specifieke licht van de taak van mr. Cools en mr. Dulack als bewindvoerders uit hoofde van de Faillissementswet en van de omstandigheden waaronder zij hun taken dienen te verrichten. Die omstandigheden zijn kort gezegd dat Vidrea Retail in een nijpende financiële situatie verkeerde, de bewindvoerders met een informatieachterstand kampten en de bewindvoerders, anders dan curatoren, niet de bevoegdheid hebben zelfstandig beslissingen te nemen ten aanzien van de bedrijfsvoering. Uit een en ander volgt dat de taak van de bewindvoerders in overwegende mate inhield dat zij, op basis van hun (voorlopige) waardering van de stand van zaken binnen Vidrea Retail, hun wettelijke bevoegdheden dienen te

gebruiken. Daarbij komt hun een ruime beoordelingsmarge toe.

Tegen deze achtergrond acht de OK de door Vidrea Retail geformuleerde verwijten ontoereikend voor toewijzing van het verzoek.

De conclusie is dat de handelwijze van mr. Cools als bewindvoerder geen gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vidrea Retail.

Van een weigerachtige houding aan de zijde van de bewindvoerder(s) tijdens de surseance van Vidrea Retail om afspraken te maken dan wel een nalaten om te pogen tot een doorstart te komen is naar het oordeel van de OK dan ook geen sprake. Een en ander levert geen gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vidrea Retail.

1. De in staat van faillissement verkerende besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Victory and Dreams Holding BV* te Amsterdam,

2. de in staat van faillissement verkerende besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Vidrea Retail BV* te Amsterdam, verzoeksters,

advocaat: mr. J.P.P. Latour, tegen

1. de in staat van faillissement verkerende besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Victory and Dreams Holding BV* te Amsterdam,

2. de in staat van faillissement verkerende besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Vidrea Retail BV* te Amsterdam,

verweersters, niet verschenen, en tegen

1. *mr. H. Dulack*,
2. *mr. M.J. Cools*,

beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van verweersters 1 en 2, belanghebbenden, advocaat: mr. C.R. Huiskes.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. VDH is op 7 april 2016 opgericht. Enig bestuurder van VDH is Mortenson Holding B.V. (hierna: Mortenson Holding). VDH fungeert althans gefundeerde als holdingvennootschap van bedrijven in de kledingsector en houdt 99,99 % van de aandelen in Vidrea Retail. [A] houdt de

resterende 0,01% van de aandelen. VDH heeft Vidrea Retail gefinancierd als inkooporganisatie van kleding. Witteveen Retail B.V. (verder: Witteveen) is een zustervenootschap van Vidrea Retail.

2.2. Vidrea Retail is op 7 maart 2017 opgericht. Tot 26 november 2019 (zie hierna r.o. 2.31) was Mortenson Holding enig bestuurder van Vidrea Retail. Vidrea Retail drijft althans dreef een kleding- en lifestyle keten onder de handelsnaam "Miller & Monroe".

2.3. [A] en Nesia Holding B.V. zijn bestuurders van Mortenson Holding.

2.4. Vidrea Buying B.V. (verder: Vidrea Buying) is op 12 maart 2019 opgericht als nieuwe inkooporganisatie in verband met financiële problemen binnen het concern waartoe ook Vidrea Retail behoort. Vidrea Buying heeft de rol van Vidrea Retail als inkooporganisatie overgenomen en heeft kort voor en tijdens de voorlopige surseance van betaling van Vidrea Retail (zie hierna r.o. 2.5 en verder) aan laatstgenoemde kleding geleverd.

2.5. Op 15 april 2019 is aan Vidrea Retail voorlopige surseance van betaling verleend met aanstelling van mr. Cools als bewindvoerder (hierna ook: de bewindvoerder).

2.6. De bewindvoerder heeft op 16 april 2019 de rechtbank Midden-Nederland op de voet van artikel 242 Faillissementswet verzocht de surseance in te trekken en Vidrea Retail in staat van faillissement te verklaren. Bij e-mail van 16 april 2019 heeft de bewindvoerder aan [A] onder meer geschreven:

"Door deze bevestig ik mijn mededeling van vanmiddag in aanwezigheid van uw adviseurs, (...), dat de rechtbank Utrecht op mijn verzoek a.s. vrijdag 19 april om 11:00 uur een zitting heeft bepaald voor de behandeling van het verzoek tot omzetting van de voorlopig aan Vidrea Retail B.V. verleende surseance van betaling in een faillissement.

Ik licht de aanleiding daarvoor nog eens toe, ditmaal schriftelijk.

Op basis van de gisteren en vandaag uitgewisselde gegevens, deels onderbouwd met stukken, zie ik een precare situatie waarin enerzijds diverse partijen contractuele zekerheden hebben (EVB of wettelijke voorrang) en/of aan partijen zekerheden (1e, 2e en 3e pandrechten) zijn verstrekt en anderzijds niet voldoende vrije activa zijn waarmee de continuering van een ongestoorde bedrijfsvoering kan worden verzekerd.

Ik heb een zeer uitvoerige toelichting van u gekregen van de toedracht, waarvoor ik u erkentelijk ben.

Ik heb nog geen sluitende exploitatie- en liquiditeitsbegroting ontvangen.

Hieraan wordt op dit moment hard gewerkt.

Die begroting is van de hoogste prioriteit.

Er is immers een aanmerkelijke lijst van (72) verhuurders, personeelsleden en leveranciers die u en mij erop aanspreken wanneer niet kan worden verzekerd dat lopende verplichtingen worden nagekomen.

Ik zie – als toegelicht – drie alternatieven:

1. ofwel wij komen op basis van de nog te ontvangen liquiditeitsprognose beide tot de conclusie dat de lopende verplichtingen kunnen worden nagekomen uit de bedrijfsvoering;

2. ofwel wij komen beide tot de conclusie dat dat niet het geval is;

3. ofwel wij verschillen van mening, d.w.z. u meent dat de lopende verplichtingen kunnen worden nagekomen en ik meen dat dat niet het geval is.

In geval 1. trek ik mijn verzoek voor de zitting in.

In geval 2. verzoeken wij gezamenlijk om de voorlopig verleende surseance in te trekken en het faillissement uit te spreken. Wanneer wij beide een omzettingsverzoek ondertekenen kan de zitting worden ingetrokken en wordt het faillissement van de vennootschap uitgesproken.

In geval 3. leggen wij onze wederzijdse standpunten voor aan de rechtbank en vragen we aan de rechtbank om te beslissen.

Ik sta open voor een vervolg van de voorlopig verleende surseance, mits die met voldoende concrete waarborgen is omkleed.”

2.7. Vervolgens heeft overleg plaatsgevonden tussen de bewindvoerder, [A] en ABN Amro. Daarbij is overeenstemming bereikt die onder meer inhield dat de surseance zal worden voortgezet en dat het liquiditeitstekort van de voort te zetten exploitatie wordt afgedekt door een ‘garantiesom’ van € 750.000 verstrekt door VDH. De bewindvoerder heeft haar verzoek strekkende tot intrekking van de surseance van betaling en tot gelijktijdige faillietverklaring van Vidrea Retail (zie 2.6) ingetrokken.

2.8. Op 26 april 2019 heeft de bewindvoerder opnieuw een verzoek strekkende tot intrekking van de surseance en tot faillietverklaring van Vidrea Retail ingediend bij de rechtbank Midden-Neder-

land. De brief van de bewindvoerder aan de rechtbank Midden-Nederland vermeldt onder meer:

“Met instemming van de pandhouder ABN AMRO (1e pandrecht) en op basis van een liquiditeitsprognose is op 18 april jl. besloten de bedrijfsvoering gecontroleerd te vervolgen om erger te voorkomen en om de kans van slagen van een definitief te verlenen surseance te kunnen inschatten, mits onder het verstrekken van voorraad- en salesgegevens en onder begeleiding door het Nederlands Taxatie en Adviesbureau (hierna: ‘Ntab’).

De toen besproken liquiditeitsprognose liet een gat zien in week 18 (vanaf 29 april a.s.). Tot waarborg dat ook dan de lopende verplichtingen kunnen worden voldaan stelde Vidrea Holding B.V (hierna: ‘Holding’) een achtergestelde lening ter beschikking van € 750.000,-. Het bedrag werd direct op de derdenrekening van mijn kantoor gestort.

Sindsdien zijn wij een week verder en ben ik tot de conclusie gekomen dat

1. er geen vooruitzicht bestaat dat Vidrea op den duur haar schuldeisers zal kunnen bevredigen;

2. het houden van toezicht op de dagelijkse gang van zaken teneinde de belangen van de schuldeisers veilig te stellen niet mogelijk is, omdat de voorraadbeheersing niet op orde is en ik niet ervoor kan instaan dat rechten van derden kunnen worden gerespecteerd;

3. de liquiditeitsprognose zodanig krap is bemeaten dat voor onvoorziene tegenvallers in de kosten geen ruimte is, terwijl die tegenvallers er wel zijn én te voorzien zijn, bovendien. De liquiditeitsprognose geeft niet het comfort dat die volledig is waardoor er achter feiten wordt aangelopen en die continue moet worden bijgesteld;

4. De bedrijfsvoering niet op eigen kracht verder kan, maar is aangewezen op de financiering door de Holding, waardoor er nog meer schulden ontstaan, ook al is de Holding bereid haar vorderingen achter te stellen.”

2.9. Op 1 mei 2019 heeft [A] onder meer aan de bewindvoerder geschreven:

“Wij hebben in de aanwezigheid van velen afspraken gemaakt om een zo succesvolle voorlopige surseance te bereiken. Onderdeel hiervan is dat de winkels nieuwe kleding aangeleverd krijgen. Dit is noodzakelijk nu er al maanden geen nieuwe kleding geleverd is. Daarnaast zal ook personeel zien dat de onderneming verder gaat. Ik heb een derde bereid gevonden dit commerciële risico te

dragen zonder enige winsttopslag. Ook in jouw aanwezigheid heeft de bank aangegeven dit belangrijk te vinden nu enkel in een running concern er een maximale opbrengst van goederen te bereiken, hetgeen in belang van de boedel en pandhouders is. (...) Ik heb toegezegd alle inkoop te overleggen zodat er geen sprake kan zijn van enige winst bij een derde.”

2.10. Nederlands Taxatie- en Adviesbureau B.V. (hierna: NTAB) heeft in opdracht van de bewindvoerder en ABN AMRO Bank onderzoek gedaan naar de voorraadpositie van Vidrea Retail. Bij brief van 1 mei 2019 heeft NTAB aan de bewindvoerder en ABN AMRO Bank onder meer het volgende geschreven:

“Het is thans niet mogelijk op basis van de beschikbare gegevens om een correcte voorraadpositie – op artikel- en leveranciersniveau – per 15 april jl. vast te stellen. Het is derhalve ook niet mogelijk om de voorraadbewegingen vanaf die datum te kunnen registreren. (...) Wij menen derhalve dat zo snel als mogelijk een inventarisatie moet worden gemaakt van de volledige voorraad op alle locaties, zodat een helder beeld kan worden gegeven van de voorraad. Thans is niet duidelijk hoeveel voorraad er nu daadwerkelijk is en wie daar mogelijk rechten op heeft.”

2.11. Bij e-mail van 2 mei 2019 heeft de bewindvoerder aan [A] onder meer bericht:

“Wellicht ben je vergeten dat je deze vraag zondag jl. ook stelde en ik daar – ook zondag – reeds op reageerde?”

Ik schreef:... Vandaar dat ik je nu reeds laat weten dat ik niet zal meetekenen wanneer Retail afspraken maakt met Buying om nieuwe voorraad d.w.z. waarvoor Buying nieuwe verplichtingen zou moeten aangaan in de winkels van Retail te hangen...

Mijn standpunt hierover is sindsdien niet gewijzigd. Zeker nu ik de rechtbank heb gevraagd om de surseance om te zetten in een faillissement kan niet worden meegewerkt aan het aangaan van nieuwe verplichtingen.”

Diezelfde dag heeft de bewindvoerder aan [A] onder meer bericht:

“In reactie op je email kan ik alleen hierin meegaan onder de volgende, cumulatieve, condities:

1) er komt alleen voorraad in de winkels die aantoonbaar betaald is door Vidrea Buying BV.

2) Vidrea Buying levert in consignatie aan Retail BV en ontvangt alleen de nieuwe inkoopwaarde

d.w.z. de oorspronkelijke inkoopwaarde minus de extra korting.

3) De vordering van Vidrea Buying terzake deze geleverde goederen is achtergesteld ten opzichte van andere boedelcrediteuren.

4) De kassasystemen moeten in staat zijn deze consignatieverkopen adequaat te registreren zodat we later geen discussie krijgen hierover.

5) Ntab moet instemmen met zijn rol van toezichthouder op deze verkopen. Wie draagt hiervan de kosten?

6) de bank moet instemmen omdat er nieuwe onverpande goederen worden ingebracht i.p.v. de verpande goederen die liggen bij [C] en in Veenendaal.

7) in geval van faillissement van Retail BV dient Buying op eerste verzoek van de curator van Retail de goederen kostenloos te verwijderen uit de winkels.

Omdat je in deze én de vorige mail refereert aan de medewerking en inspanningen van [B], hoor ik ook graag zijn antwoord/reactie op deze mail.”

2.12. Tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek bedoeld onder r.o. 2.6 op 8 mei 2019 zijn de bewindvoerder en Vidrea Retail (vertegenwoordigd door [A]) tot afspraken gekomen die hebben geleid tot afwijzing van het verzoek, zodat de voorlopige surseance van Vidrea Retail is voortgezet. De afspraken zijn vastgelegd in de beschikking van 10 mei 2019 van de rechtbank Midden-Nederland. De beschikking vermeldt onder meer:

“2.4. Op dit moment is niet duidelijk wat de voorraadpositie van Vidrea Retail is. Niet kan worden vastgesteld voor welk deel van de voorraad de eigendom is voorbehouden door leveranciers en welk deel van de voorraad werd verpand aan ABN Amro Bank. De beëindiging van de surseance zal tot gevolg hebben dat de aanwezige voorraden veel minder zullen opbrengen voor de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij zal een faillissement naar verwachting het verlies van werkgelegenheid betekenen. Op basis van de ter zitting gewisselde liquiditeitsbegrotingen en het resultaat van de exploitatie vanaf verlening van de surseance tot heden, is voldoende aannemelijk dat in ieder geval de komende weken van een positieve exploitatie sprake is. Het is op dit moment onvoldoende aannemelijk geworden dat groepen van schuldeisers zullen worden benadeeld door een voortzetting van de surseance gedurende nog enkele weken. De bewindvoerder reserveert uit de ex-

pluotitatie de inkoopwaarde van de verkopen, zodat leveranciers met een mogelijk eigendomsvoorbehold kunnen worden gecompenseerd. Met ABN Amro Bank werd een regeling getroffen op basis waarvan zij met voortzetting heeft ingestemd. Indien de van de zijde van Vidrea Retail ingebrachte cijfers kloppen, bestaat daarnaast het vooruitzicht dat aan de schuldeisers van Vidrea Retail een akkoord kan worden aangeboden.

2.5. De bewindvoerder en Vidrea Retail hebben gezamenlijk voorwaarden geformuleerd ter beveiliging van de belangen van schuldeisers. Deze voorwaarden zijn vastgelegd in de faxbrief van 9 mei 2019. Andere door de bewindvoerder aangevoerde gronden voor beëindiging van de surseance worden in deze voorwaarden ondervangen en kunnen - nu de bewindvoerder daarmee heeft ingestemd - onbesproken blijven. Op basis van de nu tussen partijen geformuleerde voorwaarden, geldt dat nog enige tijd beschikbaar is om de voorraad te tellen en de verschillende liquiditeitsbegrotingen te laten valideren. Verder is in de voorwaarden voorzien in de aanstelling van een extra bestuurder, zodat de vertrouwensrelatie tussen de bewindvoerder en ABN Amro Bank mogelijk kan worden hersteld.

2.6. Gelet op al het voorgaande, is het wenselijk de surseance te handhaven. Het verzoek van de bewindvoerder wordt afgewezen.

(...)

3.1. wijst het verzoek af;

3.2. bepaalt, ter beveiliging van de belangen van de schuldeisers het volgende:

3.2.1. De voorraden in alle M&M -winkels en in de magazijnen te Veenendaal, Waalwijk en Nijmegen ([C]) worden handmatig door het winkelpersoneel geteld aan de hand van door NTAB aan te reiken instructies en lijsten, op maandag 13 mei. NTAB houdt toezicht. Voor de duur van deze inventarisatie worden de winkels gesloten.

3.2.2. Een accountant (van een van de grote vijf) zal de liquiditeitsprognose tot 9 juli valideren d.w.z. controleren op juistheid en/of aanpassen waar dit op basis van diens inzichten noodzakelijk is. Hij zal voorts een boedeladministratie opstellen/bijhouden, zodat duidelijk is wat er tijdens de surseanceperiode tot aan 9 juli in de onderneming gebeurt. De bevindingen van de accountant worden uiterlijk op vrijdag 17 mei 2019 18:00 uur met de bewindvoerder gedeeld.

a. Voor zover er uit de controle van de accountant blijkt van een liquiditeitstekort dat de garantieso-

van € 750.000,- (zevenhonderdvijftigduizend euro) overstijgt, zal [VDH] dit binnen een werkdag moeten aanvullen. Indien [VDH] dit niet doet zal opnieuw om omzetting worden verzocht. b. De kosten van de accountant dienen te worden meegenomen in de liquiditeitsprognose.

3.2.3. [B] zal als additionele bestuurder van [Vidrea Retail] worden benoemd.

3.2.4. Er zullen via [Vidrea Buying] op consignatiebasis goederen in de winkels van [Vidrea Retail] worden geplaatst.

a. [Vidrea Buying] koopt voor maximaal € 500.000,- (vijfhonderdduizend euro) per week in, en zal ofwel (i) haar leveranciers direct volledig betalen ofwel (ii) haar leveranciers, [Vidrea Retail] en de bewindvoerder volledig laten vrijwaren tegen welke aanspraak dan ook van die leverancier uit hoofde van de leveranties aan [Vidrea Buying]

b. [Vidrea Buying] zal geen winst/marge behalen op de inkoop en doorlevering van de goederen op consignatiebasis.

c. De vorderingen van [Vidrea Buying] op [Vidrea Retail] zullen op wekelijkse basis worden achtergesteld ten opzichte van alle andere vorderingen in de surseance.

d. In geval van een faillissement van [Vidrea Retail] zal [Vidrea Buying] de consignatiegoederen op eerste verzoek kosteloos uit de winkels komen ophalen.

3.2.5. [[Vidrea Retail] staat ervoor in dat de kassystemen in staat zijn deze consignatieverkoop adequaat apart te registreren.”

2.13. Op 13 mei 2019 heeft een telling plaatsgevonden van de voorraden van Vidrea Retail door NTAB. Vidrea Retail heeft een opdracht gegeven aan Deloitte als bedoeld in r.o. 3.2.2 van de hierboven geciteerde beschikking. Deloitte heeft onder meer op 23 mei, 12 juni en 18 juni 2019 conceptrapportages afgegeven met betrekking tot de exploitatie en de liquiditeitspositie van Vidrea Retail.

2.14. Op 21 mei 2019 heeft [C] een verzoek strekkende tot omzetting van de surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van Vidrea Retail bij de rechtbank Midden-Nederland ingediend.

2.15. Bij e-mail van 6 juni 2019 heeft NTAB aan de bewindvoerder onder meer bericht:

“Samenvattend kunnen wij u mededelen dat wij aan uw verzoek en dat van de bank, om onder meer de voorraadbewegingen en daarmee samenhangende rechten van derden te monitoren, nog

steeds niet kunnen voldoen. Vragen van leveranciers, die we via u doorspeeld krijgen, kunnen we dan ook niet beantwoorden. Wij vragen ons af of er op deze wijze een boedeladministratie is te voeren en dus verantwoording is af te leggen aan crediteuren, nu de uitgangspunten ten aanzien van o.a. de voorraden en de verplichtingen nog steeds diffuus zijn en daarop geen heldere antwoorden komen van de onderneming.”

2.16. Bij e-mail van 17 juni 2019 heeft de bewindvoerder aan [A] geschreven:

“A.s. woensdag om 10:00 uur dient voor de rechtbank Utrecht het verzoek van [C] om de surseance om te zetten in een faillissement.

Door deze bericht ik dat ik daar niet alleen zal verschijnen om mijn advies daarover te geven, maar ook een zelfstandig verzoek tot omzetting zal doen. Op dit moment leg ik aan dat zelfstandige verzoek de laatste hand. Zodra het gereed is zal ik het toesturen.”

2.17. Op 17 juni 2019 heeft de bewindvoerder een verzoek tot beëindiging van de surseance onder gelijktijdige faillietverklaring van Vidrea Retail ingediend bij de rechtbank Midden-Nederland. De bewindvoerder heeft gesteld dat Vidrea Retail zich niet heeft gehouden aan de bepalingen uit de beschikking van 10 mei 2019 (het liquiditeitstekort is niet aangevuld en [B] is niet aangesteld als bestuurder) en dat handhaving van de surseance niet wenselijk is. De toelichting op het verzoek vermeldt onder meer dat de voorraadpositie nog steeds niet duidelijk is, dat de exploitatie verlieslatend is en dat aannemelijk is dat schuldeisers benadeeld worden door de status quo.

2.18. Op 19 juni 2019 heeft [A] een verzoek tot ontslag van de bewindvoerder dan wel de benoeming van een tweede bewindvoerder bij Vidrea Retail bij de rechtbank Midden-Nederland ingediend. Diezelfde dag heeft de rechtbank Midden-Nederland mr. Dulack als tweede bewindvoerder benoemd (hierna worden mr. Dulack en mr. Cools gezamenlijk ook aangeduid met de bewindvoerders).

2.19. Op 25 juni 2019 heeft de rechtbank Midden-Nederland de voorlopige surseance ingetrokken en Vidrea Retail in staat van faillissement verklaard. De rechtbank heeft onder meer geoordeeld dat Vidrea Retail zich niet gehouden heeft, of zich niet heeft kunnen houden, aan de bepalingen van de beschikking van 10 mei 2019; de additionele bestuurder ([B]) is niet benoemd, onduidelijk is op welk deel van de voorraad een

eigendomsvoorbehoud rust en de fysieke voorraad wijkt af van de administratie, waardoor het niet mogelijk is om een boedeladministratie te voeren. Verder heeft de rechtbank geoordeeld dat verdere voortzetting van de surseance niet verantwoord is, omdat daarvan een benadeling van de schuldeisers het gevolg is. Mr. Dulack en mr. Cools zijn aangesteld als curatoren.

Vidrea Retail heeft hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld, maar heeft dat beroep vervolgens ingetrokken.

2.20. Eveneens op 25 juni 2019 heeft de rechtbank Midden-Nederland in het faillissement van Vidrea Retail op verzoek van de curatoren een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 63a Faillissementswet gelast.

2.21. Op 1 juli 2019 heeft [A] via Mortenson Holding althans een nieuw op te richten vennootschap een bod gedaan op de onderneming van Vidrea Retail. Het bod is op 11 juli 2019 herhaald. De curatoren zijn niet op dit bod ingegaan.

2.22. De curatoren hebben de winkels van Vidrea Retail met ingang van 1 augustus 2019 gesloten.

2.23. Op 8 augustus 2019 hebben (onder meer) de curatoren van Vidrea Retail een verzoek tot faillietverklaring van VDH ingediend bij de rechtbank Amsterdam.

2.24. Bij beschikking van 15 augustus 2019 heeft de rechtbank Amsterdam een verzoek van de curatoren van Vidrea Retail van 12 juli 2019 tot faillietverklaring van Witteveen afgewezen, omdat naar het oordeel van de rechtbank (net) niet summierlijk gebleken is van een vorderingsrecht van Vidrea Retail op Witteveen.

2.25. Op 4 september 2019 heeft de rechtbank Midden-Nederland een verzoek van Vidrea Retail en Vidrea Buying tot ontslag van de curatoren van Vidrea Retail behandeld. In die procedure heeft de rechter-commissaris, gehoord op de voet van art. 65 Faillissementswet, op 22 augustus 2019 een schriftelijke verklaring ingediend, onder meer inhoudende:

“Verzoekers hebben betoogd dat de curatoren ten onrechte niet hebben gereageerd op het bod van de heer [A] op (een deel van de) activa uit de boedel van Vidrea Retail en dat hen ook wat dit betreft een verwijt is te maken. Ik ben het daar niet mee eens. Uit de berichten van de curatoren over de afwikkeling van dit faillissement is mij voldoende gebleken dat thans niet het moment is om over de verkoop van (delen van) activa te beslissen. (...) Mij is duidelijk geworden dat curatoren

meermaals zijn belemmerd om hun werkzaamheden uit te voeren door toedoen van de bestuurder. Mijn conclusie is dan ook dat de curatoren hebben gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curatoren, gelet op de omstandigheden. Het gebrek aan medewerking van de bestuurder staat in dit geval een voortvarende afwikkeling van het faillissement in de weg. Ik adviseer het verzoek tot ontslag van de curatoren af te wijzen.”

2.26. Bij beschikking van de rechtbank Midden-Nederland van 6 september 2019 is het ontslagverzoek van Vidrea Retail en Vidrea Buying (r.o. 2.25) afgewezen. De beschikking vermeldt onder meer:

“De conclusie op basis van het voorgaande is dat aan de Curatoren geen verwijt kan worden gemaakt betreffende de afwikkeling van het faillissement. Curatoren hebben zich tot op heden voldoende van hun wettelijke taak gekweten. De rechtbank heeft er vertrouwen in dat Curatoren in staat zijn dit faillissement ook in de toekomst behoorlijk af te wikkelen.”

Tegen deze beschikking is cassatieberoep ingesteld door Vidrea Retail en VDH.

2.27. Bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 26 september 2019 is VDH in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mr. Cools en mr. Dulack als curatoren in dat faillissement.

2.28. Bij brief van 1 oktober 2019 heeft mr. Latour namens Mortenson Holding, VDH en Vidrea Retail aan de curatoren bezwaren kenbaar gemaakt tegen het beleid en de gang van zaken van VDH en Vidrea Retail. Zij hebben bezwaren tegen de wijze waarop met hen en de overige *stakeholders* is omgegaan tijdens de sursance van Vidrea Retail. Volgens hen handelen mr. Cools en mr. Dulack in hun hoedanigheid van bewindvoerder van Vidrea Retail c.q. in hun hoedanigheid van curatoren van Vidrea Retail respectievelijk VDH niet in het belang van de schuldeisers en houden zij geen rekening met gerechtvaardigde belangen van derden, waaronder Vidrea Buying. Zij hebben de curatoren gesommeerd alle medewerking te verlenen (i) aan het laten uitvoeren van een onderzoek door een door partijen gezamenlijk aan te wijzen accountant die als opdracht onder meer zal meekrijgen het in kaart brengen van alle rekeningcourantverhoudingen tussen onder meer Vidrea Retail en VDH, en (ii) aan het verzoek tot uitstel ter zake het hoger beroep tegen de failliet-

verklaring van Wittenveen. Verder hebben zij de curatoren gesommeerd niet zonder toestemming van Mortenson Holding, VDH en Vidrea Retail de voorraad en de merkrechten van VDH te verkopen. De brief vermeldt voorts dat bij niet of niet volledige voldoening aan de sommaties Mortenson Holding, VDH en Vidrea Retail een enquêteverzoek zullen doen.

2.29. Op 4 oktober 2019 heeft VDH hoger beroep tegen het vonnis bedoeld onder r.o. 2.27 ingesteld. Bij arrest van 22 november 2019 heeft het gerechtshof Amsterdam het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het arrest vermeldt onder meer:

“2.5. (...) Het vorenoverwogenene leidt ertoe dat summierlijk is gebleken van een vordering van [Vidrea Retail] op VDH van ongeveer € 1.896.527,50. Dit is de hierboven vooropgestelde vordering van € 2.500.000,- minus de tegenvordering van VDH van € 603.427,50 uit hoofde van de rekening-courant verhouding eind juni 2019 zoals die is gebleken uit de door de curatoren aangetroffen administratie. (...)”

2.6. Tevens is summierlijk gebleken van steunvorderingen op VDH (...)

2.7. (...) Gelet op het voorgaande alsmede op het feit dat VDH een houdstermaatschappij betreft en zelf (geen) commerciële activiteiten verricht waarmee zij inkomsten genereert om op de schulden te kunnen afbetalen, is ook in hoger beroep summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden welke aantonen dat VDH verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

2.8. VDH heeft het hof verzocht, voor het geval haar faillissement in stand blijft, andere curatoren aan te stellen vanwege tegenstrijdige belangen. Dit verzoek wordt afgewezen. Van zodanige tegenstrijdige belangen die ertoe nopen dat mrs. Cools en Dulack niet als curatoren in het faillissement van VDH kunnen optreden, is niet gebleken. (...)

2.9. Anders dan VDH heeft betoogd, is niet gebleken dat curatoren misbruik maken van hun bevoegdheid door het faillissement van VDH aan te vragen. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat de curatoren in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van Vidrea er belang bij hebben en gerechtigd zijn het faillissement van VDH aan te vragen.”

Tegen dit arrest heeft VDH cassatieberoep ingesteld.

2.30. Op 26 november 2019 is aan Witteveen voorlopige surseance van betaling verleend. Mr. J.M. Molkenboer is aangesteld als bewindvoerder.

2.31. Tijdens de aandeelhoudersvergadering van Vidrea Retail op 26 november 2019 is het besluit genomen tot ontslag van Mortenson Holding als bestuurder van Vidrea Retail.

2.32. Op 28 november 2019 is Witteveen in staat van faillissement verklaard en is mr. Molkenboer aangesteld als curator.

3. De gronden van de beslissing

3.1. VDH en Vidrea Retail hebben aan hun verzoeken in de kern het volgende ten grondslag gelegd.

a. Op 15 april 2019 is surseance van betaling verleend aan Vidrea Retail. Op 18 april 2019 hebben (de bestuurder van) Vidrea Retail en haar bewindvoerder, mr. Cools, de intentie uitgesproken de onderneming van Vidrea Retail voort te zetten. In strijd met die intentie – en daarmee rauwelijks – heeft de bewindvoerder toch om omzetting van de surseance in faillissement verzocht. De bewindvoerder heeft elk overleg met VDH ([A]) geweigerd. In juni 2019 heeft de bewindvoerder zich gevoegd in een procedure waarin eveneens om omzetting van de surseance in een faillissement werd verzocht, terwijl zij toen evenmin had aangekondigd dit voornemens te zijn. De bewindvoerder heeft de voortzetting van de onderneming gedurende de hele periode van de surseance feitelijk tegengewerkt. Mr. Cools en later ook mr. Dulack hebben als bewindvoerders derhalve in strijd met de gemaakte afspraken en in strijd met de wet zich verzet tegen het voorzetten van de onderneming van Vidrea Retail en daarmee in strijd met het belang van Vidrea Retail gehandeld. Zij hebben zich uitsluitend op hun eigen belang gericht.

b. Mr. Cools, is als bewindvoerder tijdens de surseance verplichtingen met betrekking tot 'belastingen en UWV' aangegaan en deze zijn tot op heden niet voldaan.

c. De bewindvoerders hebben geweigerd om tijdens de surseance met leveranciers afspraken te maken over de opbrengsten van de goederen die leveranciers onder eigendomsvoorbehoud hebben geleverd.

d. De bewindvoerders hebben tot 31 juli 2019 geen serieuze poging gedaan om tot een doorstart te komen.

e. De curatoren van Vidrea Retail hebben misbruik gemaakt van hun bevoegdheid door het faillissement van VDH aan te vragen. VDH heeft een vordering op Vidrea Retail en niet andersom. De onduidelijkheid hierover is te wijten aan de administratie die door de curatoren onvoldoende is bijgehouden.

f. Na het uitspreken van het faillissement van VDH en Vidrea Retail hebben de curatoren nage laten onderzoek te doen naar de levensvatbaarheid van de onderneming van VDH en Vidrea Retail en hebben zij nooit een doorstart overwogen. Daarmee hebben zij in strijd gehandeld met het belang van die ondernemingen.

g. Tussen de curatoren en [A] is een onwerkbare relatie ontstaan. De curatoren richten zich niet op het gezamenlijke belang van de schuldeisers, maar uitsluitend op hun eigen belang en hun strijd tegen [A].

3.2. De curatoren hebben gemotiveerd verweer gevoerd. De kern daarvan is

i. dat hun handelen als bewindvoerders van Vidrea Retail respectievelijk hun handelen als curatoren van Vidrea Retail en VDH – zeker waar zij zich beperken tot hun in de Faillissementswet geformuleerde taak – buiten het bereik van het enquêterecht valt. Een bewindvoerder en een curator kunnen voor de toepassing van het enquêterecht niet (als) medebeleidsbepaler van de rechtspersoon worden aangemerkt.

ii. dat VDH en Vidrea Retail geen redelijk belang hebben bij een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Vidrea Retail en VDH, en

iii. dat geen sprake is van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vidrea Retail en VDH.

3.3. De Ondernemingskamer zal eerst het onder (i) weergegeven verweer bespreken. Het verzoek en dit verweer stellen de vraag aan de orde of een enquête kan worden gelast (a) met betrekking tot de periode dat aan de rechtspersoon (voorlopige) surseance van betaling is verleend en (b) met betrekking tot de periode dat de rechtspersoon in staat van faillissement verkeert. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

3.4. Zoals volgt uit eerdere rechtspraak van de Ondernemingskamer (onder meer OK 22 december 1983, NJ 1985, 383 (Ogem) en OK 5 juli 2010 («JOR» 2010/305; *red.*), ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0252 (Van der Moolen)) kan een te gelasten onderzoek (mede) betrekking hebben op de periode van de surseance

van betaling. Dat strookt ook met het oordeel van de Hoge Raad dat het enquêterecht een ruim toepassingsgebied heeft en een enquête naar een onder toezicht staande financiële instelling ook betrekking kan hebben op de periode van de stille curatele en de periode na het uitspreken door de rechtbank van de noodregeling (HR 15 januari 1997 («JOR» 1997/30, m.nt. SCJJK; *red.*), NJ 1997, 368 (Vie d'Or)). Een enquête kan zich bovendien mede uitstrekken tot het handelen van een bewindvoerder, zoals de Ondernemingskamer ook al eerder oordeelde (OK 7 januari 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AB9641 (Bredero) en OK 1 november 2005 («JOR» 2005/297; *red.*), ECLI:GHAMS:2005:AU8689 (ATR)). Gedurende de surseance voert de bewindvoerder samen met het bestuur van de vennootschap het beheer over de onderneming (artikel 215 lid 2 Faillissementswet) en de rechtspersoon is onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder (artikel 228 lid 1 Faillissementswet). Voor de toepassing van het enquêterecht is een bewindvoerder daarom aan te merken als een mede-beleidsbepaler van de rechtspersoon. Het rechterlijk toezicht gedurende de surseance, op de voet van de artikelen 224 lid 2 en 225 Faillissementswet, is niet van zodanige aard en intensiteit dat rechterlijke toetsing door de Ondernemingskamer van het beleid en de gang van zaken van de vennootschap voor zover bepaald door de bewindvoerder door middel van het enquêterecht daarmee onverenigbaar is.

3.5. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kan een enquête in beginsel ook betrekking hebben op de periode dat de rechtspersoon in staat van faillissement verkeert, omdat het faillissement de vennootschappelijke bestuursstructuur op zichzelf niet wijzigt. De praktische betekenis daarvan is in de regel gering. De organen van de vennootschap hebben op grond van artikel 23 Faillissementswet immers geen zeggenschap meer over het vermogen van de vennootschap.

3.6. Het handelen van een curator kan in beginsel (zie onder 3.7) geen onderwerp van een enquête zijn omdat dat handelen, anders dan bij een bewindvoerder, niet aan de rechtspersoon wordt toegerekend. De curator treedt bij het beheer en de vereffening van de boedel van de failliete vennootschap immers niet op als bestuurder van die vennootschap, maar behartigt daarbij in de eerste plaats de belangen van de gezamenlijke schuld-

eisers. De curator behoeft voor diverse beheer- en beschikkingsdaden toestemming van de rechter-commissaris en de schuldeisers en de rechtspersoon kunnen tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen (artikel 69 Faillissementswet). Het toezicht door de rechter-commissaris beoogt daarmee uitputtend te zijn. In beginsel is daarnaast geen ruimte voor rechterlijke toetsing door middel van het enquêterecht van de wijze waarop de curator zijn taak uitoefent.

3.7. Dat laatste kan mogelijk anders zijn als een curator, op de voet van artikel 98 Fw, de onderneming van de gefailleerde rechtspersoon voortzet. Op basis van de stukken en hetgeen ter terechtzitting naar voren is gebracht, is voldoende vast komen te staan dat de curatoren de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillissementen niet hebben voortgezet. VDH is een holding zonder (eigen) onderneming en met betrekking tot Vidra Retail hebben de curatoren met toestemming van de rechter-commissaris, de verkoop van de voorraad in de winkels gecontinueerd en de winkelpanden (doen) ontruimen, om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedelopbrengsten te maximaliseren. Daarnaast hebben de curatoren vanaf juli 2019 pogingen ondernomen om te komen tot een verkoop van de gehele voorraad in het kader van een doorstart, maar [A] heeft zich daartegen actief verzet, door, namens aan hem gelieerde rechtspersonen, aanspraak te maken op merkrechten en pandrechten. De curatoren hebben de onderneming aldus niet in stand gehouden.

3.8. Uit het bovenstaande volgt dat het verzoek van VDH niet toewijsbaar is en dat het verzoek van Vidrea Retail voor zover het betrekking heeft op het handelen van mr. Cools en mr. Dulack als curatoren vanaf het moment van faillissement van Vidrea Retail op 25 juni 2019 (verwijten onder 3.1 e, f en g) evenmin toewijsbaar is. Hieronder zal de Ondernemingskamer zich daarom beperken tot de gebeurtenissen in de periode van de surseance van Vidrea Retail (van 15 april 2019 tot 25 juni 2019) die Vidrea Retail aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd.

3.9. Niet gezegd kan worden dat Vidrea Retail geen belang heeft bij een te entameren onderzoek (en om die reden niet ontvankelijk moet worden verklaard in haar verzoek), nu één van de doeleinden van het enquêterecht is om openheid van zaken te verkrijgen, welke openheid mede van be-

lang kan zijn in het kader van procedures bij de gewone civiele rechter. Het verweer dat Vidrea Retail niet ontvankelijk moet worden verklaard in haar verzoek voor zover het betrekking heeft op het handelen van mr. Cools en mr. Dulack in hun hoedanigheid van bewindvoerders van Vidrea Retail tot aan het moment van faillietverklaring van Vidrea Retail (25 juni 2019), wordt derhalve verworpen.

3.10. De Ondernemingskamer zal hieronder beoordelen of er op de door Vidrea Retail aangevoerde gronden, reden is voor twijfel aan het beleid en de gang van zaken in de genoemde periode.

3.11. De door Vidrea Retail gestelde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen hebben betrekking op het handelen van mr. Cools en later mr. Dulack als bewindvoerders. Die bezwaren moeten worden beoordeeld in het specifieke licht van de taak van mr. Cools en mr. Dulack als bewindvoerders uit hoofde van de Faillissementswet en van de omstandigheden waaronder zij hun taken dienen te verrichten. Die omstandigheden zijn kort gezegd dat Vidrea Retail in een nijpende financiële situatie verkeerde, de bewindvoerders met een informatieachterstand kampten en de bewindvoerders, anders dan curatoren, niet de bevoegdheid hebben zelfstandig beslissingen te nemen ten aanzien van de bedrijfsvoering. Uit een en ander volgt dat de taak van de bewindvoerders in overwegende mate inhield dat zij, op basis van hun (voorlopige) waardering van de stand van zaken binnen Vidrea Retail hun wettelijke bevoegdheden dienen te gebruiken. Daarbij komt hen een ruime beoordelingsmarge toe.

3.12. Tegen deze achtergrond acht de Ondernemingskamer de door Vidrea Retail geformuleerde verwijten ontoereikend voor toewijzing van het verzoek. De Ondernemingskamer licht dat oordeel hieronder toe.

3.13. Met betrekking tot de verwijten bedoeld onder 3.1 a, overweegt de Ondernemingskamer dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat mr. Cools en mr. Dulack bij hun handelen als bewindvoerders van Vidrea Retail hun eigen belang hebben laten prevaleren boven dat van Vidrea Retail en haar schuldeisers.

3.14. In hun processtukken hebben mr. Cools en mr. Dulack uiteengezet dat de reden voor mr. Cools als bewindvoerder om op 16 april 2019 een eerste omzettingsverzoek te doen was dat (a) geen

vooruitzicht bestond dat Vidrea Retail op den duur haar schuldeisers zou kunnen voldoen, (b) het houden van toezicht op de dagelijkse gang van zaken, teneinde de belangen van de schuldeisers veilig te stellen niet mogelijk was, omdat de voorraadbeheersing niet op orde was, (c) de liquiditeitsprognose te krap was en (d) de bedrijfsvoering niet op eigen kracht verder kon, maar aangewezen was op de financiering van VDH. Mr. Cools en mr. Dulack hebben daarbij onder meer verwezen naar de e-mail van mr. Cools van 16 april 2019 aan [A]. Nadat mr. Cools van VDH een zekerheidstelling in de vorm van een storting van een bedrag van € 750.000 op de derdengeldrekening van haar kantoor had ontvangen, heeft zij het omzettingsverzoek niet doorgezet in afwachting van een sluitende liquiditeitsprognose. Toen deze liquiditeitsprognose veel te krap bleek, heeft de bewindvoerder op 26 april 2019 een tweede verzoek tot omzetting gedaan, waarvan de bestuurder van Vidrea Retail diezelfde dag een afschrift ontving. Tegen deze achtergrond verwerpt de Ondernemingskamer als ongegrond de stelling dat de omzettingsverzoeken van de bewindvoerder op 16 april en 26 april 2019 rauwelijks zijn ingediend.

3.15. Kort voor en tijdens de mondelinge behandeling van het tweede omzettingsverzoek op 8 mei 2019 hebben de bewindvoerder en [A] (die daarbij ook VDH vertegenwoordigde) overleg gepleegd over de voorwaarden waaronder de surseance gehandhaafd kon worden. Dit heeft, aldus mrs. Cools en Dulack, geresulteerd in de voorwaarden die de rechtbank Midden-Nederland in haar beschikking van 10 mei 2019 heeft verbonden aan de voortzetting van de surseance. Hiertegenover heeft Vidrea Retail onvoldoende aangevoerd waaruit volgt dat een en ander anders moet worden geduid. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer blijkt ook uit deze gang van zaken dat niet rauwelijks door de bewindvoerder om omzetting van de surseance is verzocht. Bovendien is ongegrond het verwijt dat de bewindvoerder elk overleg met VDH ([A]) heeft geweigerd.

3.16. Ten aanzien van het derde omzettingsverzoek van de bewindvoerder van 19 juni 2019 hebben mr. Dulack en mr. Cools gesteld dat in de loop van juni 2019 bleek dat de surseance van Vidrea Retail niet langer te handhaven was. Volgens hen was de voorraadadministratie zo gebrekkig dat nog steeds niet binnen een afzienbare termijn een eenduidig beeld van de stand van de

voorraad kon worden verkregen. Zij hebben daarbij verwezen naar onder meer de berichten van NTAB van 17 mei 2019 en 6 juni 2019. Verder bleek de exploitatie verlieslatend (de omzetten bleven achter, er werden niet of nauwelijks inkoop gedaan en de kosten namen toe) en groepen schuldeisers dreigden benadeeld te worden door de status quo. Daarnaast was aan de orde, aldus mr. Cools en mr. Dulack, dat Vidrea Retail zich niet gehouden heeft aan de voorwaarden van de beschikking van 10 mei 2019, omdat het liquiditeitstekort niet is aangevuld en [B] niet als additionele bestuurder van Vidrea Retail is aangesteld. Onder deze omstandigheden, die door Vidrea onvoldoende zijn weersproken, ligt in de rede dat de bewindvoerder op 19 juni 2019 om omzetting van de voorlopig verleende surseance in een faillissement verzocht. Over het omzettingsverzoek is Vidrea Retail ([A]) op 17 juni 2019 door de bewindvoerder geïnformeerd. De stelling van Vidrea Retail dat ook dit omzettingsverzoek nauwelijks is ingediend en Vidrea Retail ([A]) niet van dat voornemen op de hoogte was, is dus onjuist. Er is onvoldoende grond te oordelen dat de bewindvoerder in de gegeven omstandigheden in redelijkheid een ander besluit had moeten nemen.

3.17. Vervolgens was het aan de rechter om met toepassing van artikel 242 Fw al dan niet de faillietverklaring uit te spreken. Blijkens de beschikking van 25 juni 2019, waartegen geen rechtsmiddel meer openstaat, heeft de rechtbank geoordeeld dat Vidrea Retail zich niet gehouden heeft, of zich niet heeft kunnen houden, aan de bepalingen van de beschikking van 10 mei 2019 en dat verdere voortzetting van de surseance niet verantwoord is, omdat daarvan een benadeling van de schuldeisers het gevolg is. De rechtbank heeft de voorlopige surseance ingetrokken en het faillissement van Vidrea Retail uitgesproken.

3.18. De conclusie uit het bovenstaande is dat de handelwijze van mr. Cools als bewindvoerder voor wat betreft de omzettingsverzoeken geen gegronde reden oplevert om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vidrea Retail.

3.19. Ook het aan mr. Cools als bewindvoerder van Vidrea Retail gerichte verwijt bedoeld onder 3.1 b, leidt er niet toe dat de Ondernemingskamer een enquête bij Vidrea Retail zal gelasten. Mr. Cools heeft gesteld dat zij op aandringen van Vidrea Retail althans (indirect) bestuurder [A] medewerking aan het bestuur van Vidrea Retail

heeft verleend voor wat betreft het tussentijds aangaan van verplichtingen met betrekking tot 'belastingen en UWV' en dat het vervolgens Vidrea Retail ([A]) zelf was die weigerde die verplichtingen na te komen en de betalingen stelselmatig niet voldeed. Dat heeft Vidrea Retail op haar beurt onvoldoende weersproken.

3.20. Mr. Cools en mr. Dulack hebben ten aanzien van het verwijt onder 3.1. c naar voren gebracht dat de voorraadadministratie op artikel- en leveranciersniveau per surseance datum pas begin augustus 2019 in kaart kon worden gebracht door NTAB. Zij hebben betoogd dat vanwege de gebrekkige voorraadadministratie tijdens de surseance van Vidrea Retail geen afspraken gemaakt konden worden met leveranciers over de opbrengsten uit de verkoop van de onbetaald gebleven goederen die de leveranciers onder eigendomsvoorbehoud en op consignatiebasis aan Vidrea Retail hadden geleverd. Ten aanzien van het verwijt onder 3.1. d hebben mr. Cools en mr. Dulack naar voren gebracht dat vanwege de gebrekkige voorraadadministratie niet duidelijk was wat zou kunnen worden verkocht c.q. gekocht. Bovendien waren zij afhankelijk van de medewerking van de leveranciers die kleding hadden geleverd onder eigendomsvoorbehoud en op consignatiebasis. Mede daarom kon, aldus mr. Cools en mr. Dulack, ook niet serieus met (potentiele) gegadigden voor een overname van de gehele voorraad, waaronder [A], worden gesproken. De door mr. Cools en mr. Dulack gegeven argumentatie volstaat in dit geval. De stelling van Vidrea Retail en VDH dat de voorraadadministratie op orde was acht de Ondernemingskamer onvoldoende aannemelijk, mede gelet op de andersluidende uitlatingen van NTAB in de overgelegde e-mails van NTAB en de verklaring van de bewindvoerder, mr. Cools, ter terechtzitting. Van een weigerachtige houding aan de zijde van de bewindvoerder(s) tijdens de surseance van Vidrea Retail om afspraken te maken dan wel een nalaten om te pogen tot een doorstart te komen is naar het oordeel van de Ondernemingskamer dan ook geen sprake. Een en ander levert geen gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Vidrea Retail.

Slotsom en kosten

3.21. Slotsom van het vorenstaande is dat de verzoeken van VDH en Vidrea Retail worden afgewezen. Aan een beoordeling van de vraag of de

onmiddellijke voorzieningen moeten worden toegewezen wordt dan niet toegekomen.

3.22. Gelet op de omstandigheid dat VDH en Vidrea Retail in staat van faillissement verkeren en de door de curatoren in het kader van deze procedure gemaakte kosten reeds van rechtswege ten laste van de boedel komen, is er geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst de verzoeken van Victory and Dreams Holding B.V. en Vidrea Retail B.V. af.

NOOT

1. Deze beschikking is er één uit een rij van rechterlijke beslissingen gedurende de gestage neergang van een mode-imperium onder leiding van ondernemer H. Niet alle procedures die H voert zijn even logisch. In dit geval is het verzoek tot het houden van een enquête in twee gelieerde faillissementen interessant, maar is de verzochte onmiddellijke voorziening om “de bestuurders zijnde de curatoren” te schorsen en “een onafhankelijke curator” te benoemen op voorhand weinig kansrijk. Ik ga daar verder ook niet op in.

2. Eerst een korte samenvatting. Victory & Dreams Holding BV (VDH) heeft een dochter Vidrea Retail (Vidrea), die opereert als inkooporganisatie voor een groot aantal modewinkels. Op 15 april 2019 krijgt Vidrea uitstel van betaling. H laat van stond af aan blijken te streven naar een doorstart. De bewindvoerder heeft zorgen over de exploitatie en dwingt een aanzienlijk boedelkrediet af. Onduidelijkheden leiden tot voortdurende vinnige discussies over omzetting in faillissement of niet. Na ruim twee maanden touwtrekken valt het doek. H doet een bod op de activa, maar de curatoren slaan dat af. De gefailleerde en gelieerde vennootschappen verzoeken op grond van de Faillissementswet een- en andermaal om ontslag of vervanging van bewindvoerders respectievelijk curatoren, maar die verzoeken worden afgewezen. In aanloop naar dit enquêteverzoek verwijten de gefailleerde vennootschappen aan de curatoren dat zij onvoldoende rekening houden met diverse stakeholders en vragen zij een onderzoek naar de gang van zaken. De verzoeken worden afgewezen omdat de OK geen redenen ziet om te twijfelen aan

het beleid en de gang van zaken. Er is cassatie ingesteld.

3. In hoeverre kan het werk van een insolventiefunctionaris, zoals een bewindvoerder of curator, onderwerp vormen van een enquête? Het is van belang tussen hen een onderscheid te maken, want hun taken en posities verschillen op cruciale onderdelen. Art. 68 Fw bepaalt “De curator is belast met het beheer en de vereffening van de boedel.” Art. 228 Fw bepaalt “Gedurende de surseance is de schuldenaar onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders.” De onderneming, de vennootschap en haar organen functioneren in surseance (in theoretisch opzicht) normaal. “Slechts” daden van beheer en beschikking behoeven de medewerking van de bewindvoerder (art. 242 Fw.).

4. Het toezicht in surseance (wederom: theoretisch) verloopt anders dan in faillissement. De (niet verplichte) rechter-commissaris heeft de bevoegdheid “de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen”. Er is geen instructierecht van de rechter-commissaris vergelijkbaar met dat van art. 69 Fw in faillissement. Wel is er de mogelijkheid dat de bewindvoerder op verzoek wordt ontslagen. Anders dan bij art. 73 Fw heeft de schuldenaar zelf niet het recht om ontslag van een bewindvoerder te verzoeken. Er is geen bepaling die direct vergelijkbaar is met de in faillissement gehanteerde art. 69 Fw-route, die een schuldeiser via art. 67 Fw ook een snelle beroepsprocedure biedt. Er geldt veel meer een afgewogen balans tussen de (directie van de) schuldenaar en de bewindvoerder binnen het bestek van een “normaal” functionerende onderneming.

5. Het enquêterecht is “gewoon” toepasselijk op het beleid en de gang van zaken en op de rol van de bewindvoerder daarin. Dat was al uitgemaakt in Ogem, Van der Moolen, Vie d’Or, Bredero en ATR, die de OK daarom met vindplaatsen noemt in r.o. 3.4. In Ogem oordeelde de Hoge Raad dat een enquête kan zien op de surseanceperiode, maar wordt beperkt tot het beleid “bepaald door de organen” van Ogem. In Bredero werd een stap verder gegaan. Bewindvoerders werkten mee aan een sterfhuisconstructie, waarna Bredero failliede. Aandeelhouders verzochten een enquête mede naar het handelen van de bewindvoerders. De OK stond dat toe. In de ATR-zaak

trokken de bewindvoerders op met de latere doorstarter. Eenmaal curator verzochten zij zelf om een enquête. Verweerders (in feite: de bestuurders van sursiet) verlangden dat het onderzoek uitdrukkelijk ook de surseanceperiode betraf en de wijze waarop bewindvoerders met de doorstarter optrokken. Dat stond de OK toe.

6. In deze Vidrea-beschikking voegt de OK hier weer een klein bouwsteentje aan toe. In r.o. 3.4 en 3.7 overweegt ze: "Gedurende de surseance is (...) de rechtspersoon onbevoegd enige daad van beheer of beschikking (...) te verrichten zonder (...) de bewindvoerder. Voor de toepassing van het enquêterecht is een bewindvoerder daarom aan te merken als een *mede-beleidsbepaler* van de rechtspersoon" (curs. FS). Deze overweging past in de bestaande jurisprudentie en maakt nog duidelijker wat de omstandigheid is waarin een gesurseëerde onderneming verkeert: going concern, met functionerende organen. In het slot van r.o. 3.4 en in 3.6 legt de OK uit waarin het verschil zit. "Het rechterlijk toezicht gedurende de surseance (...) is niet van zodanige aard en intensiteit dat rechterlijke toetsing door de Ondernemingskamer (...) daarmee onvermogbaar is."

"Het handelen van een curator kan in beginsel (...) geen onderwerp van een enquête zijn. (...) De curator behoeft voor diverse beheer- en beschikkingen toestemming van de rechter-commissaris, en de schuldeisers en de rechtspersoon kunnen tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen (art. 69 Fw). Het toezicht door de rechter-commissaris beoogt daarmee uitputtend te zijn. In beginsel is daarnaast geen ruimte voor rechterlijke toetsing door middel van het enquêterecht (...)".

7. De OK oordeelt in r.o. 3.5-3.7 dat de periode waarin sprake is van een faillissement in een enquête onderzocht kan worden, maar dat het handelen van de curator niet onderzocht kan worden nu het toezicht van de rechter-commissaris dan "uitputtend" is. "Mogelijk is dat anders als een curator, op de voet van art. 98 FW, de onderneming van de failliet voortzet" (r.o. 3.7) (curs. FS). In dit opzicht resteren vraagtekens. Blijkens de feiten (2.19-22) is Vidrea Retail gefailleerd op 25 juni 2019, hebben curatoren de verkoop van de voorraad gecontinueerd en zijn de winkels vijf weken later gesloten. Hoewel dat lijkt op "voortzetten", oordeelt de OK: "De curatoren hebben de onderneming aldus niet in stand gehouden" (r.o. 3.7). Niettemin kan ik mij goed voorstellen dat

curatoren voor het openhouden van de winkels gedurende nog vijf weken op grond van art. 98 Fw machtiging hebben gevraagd. De in dat artikel bedoelde gang van zaken is mijns inziens vooral bedoeld voor een voortzetting "going concern", waarbij het de bedoeling is om door middel van een positieve exploitatie nieuwe baten voor de boedel te genereren. Maar ook denkbaar is dat een fabriek wordt voortgezet om aanwezig halfproduct af te ronden tot reeds bestelde eindproducten met een hogere verkoopwaarde. Omdat daaraan (normale) ondernemersrisico's verbonden zijn, is daarvoor machtiging van de rechter-commissaris vereist (en advies van een eventuele schuldeiserscommissie). Zie veel uitvoeriger: B. Rikkert, 'Een voorstel tot herijking van de voortzetting in faillissement', in de Insolad-congresbundel 2020 *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, p. 287 e.v.

8. Niet zelden zal de curator besluiten de onderneming voort te zetten om daarmee de kansen op een doorstart en behoud van werkgelegenheid zo groot mogelijk te houden. De curator slaat daarbij mede acht op maatschappelijke belangen. Soms is moeilijk te bepalen waar het omslagpunt ligt waarop voortzetten niet langer in het (financiële) belang van de gezamenlijke schuldeisers is. In dit opzicht wijs ik ook op r.o. 2.13-2.19 van deze beschikking waaruit de worsteling van de bewindvoerders blijkt om duidelijk te krijgen of er nu positieve of negatieve exploitatieresultaten worden behaald. Dat wordt nog moeilijker als ook (door de curator mee te wegen) maatschappelijke belangen een rol spelen. Met al dergelijke complicaties zal een curator die een draaiende onderneming in het faillissement aantreft eveneens worden geconfronteerd.

9. Daarom plaats ik vraagtekens bij de eerste zin van r.o. 3.7, waarin de OK aangeeft dat het handelen van de curator mogelijk onderwerp van een enquête kan zijn als de curator de onderneming voortzet. De OK verwijst naar het slot van r.o. 3.6, waarin betoogd wordt dat er geen rol voor het enquêterecht is als het toezicht in faillissement uitputtend is. Dat toezicht echter is, juist als er wordt voortgezet, uitputtend. De organen van de vennootschap spelen mijns inziens bij voortzetting gedurende faillissement geen rol. Het handelen van de curator, óók wanneer hij de onderneming voortzet, kan niet aan de rechtspersoon worden toegerekend, maar slechts aan de boedel. Ik ben dan ook van mening dat het en-

quêterecht niet kan worden toegepast op het handelen van de voortzettende curator.

10. Wat is overigens in omgekeerde zin mogelijk? In hoeverre kunnen insolventiefunctionarissen zelf het enquêterecht inzetten (buiten de inquisitieve enquête die de curator inzet om de gang van zaken die tot het faillissement geleid hebben helder te krijgen)? In hoeverre kunnen zij via het enquêterecht ingrijpen in de governance? Voor de curator bestaat daaraan vermoedelijk nooit enige behoefte. De OK refereert er in feite aan in r.o. 3.5. De praktische betekenis is gering omdat de organen van de vennootschap geen zeggenschap meer hebben over het vermogen.

11. Het is realistischer om te onderzoeken of een bewindvoerder in surseance het enquêterecht wellicht kan toepassen. Deze Vidrea-uitspraak heeft immers duidelijk gemaakt dat de bewindvoerder in vennootschappelijk opzicht “medebeleidsbepaler” is. Maakt hem dat ontvankelijk? Ik vrees van niet, maar acht dat wel wenselijk, gelet op de checks and balances. Als de bestuurder tijdens een surseance het optreden van een bewindvoerder ter toetsing voor kan leggen aan de OK, zou het omgekeerde ook mogelijk moeten zijn. In surseance heeft de bewindvoerder immers in feite alleen negatieve instrumenten: hij kan beheers- en beschikkingshandelingen tegenhouden en hij kan dreigen om via art. 242 Fw omzetting in faillissement te bewerkstelligen. Maar wat als, naar de bewindvoerder op overtuigende gronden meent, de bestuurder er een potje van maakt? Ik zie twee opties. De eerste is dat de bewindvoerder ex art. 2:346, lid 1, sub d jo. lid 2 BW aangemerkt wordt als een medebeleidsbepaler die enquêterechtelijk bevoegd is de vennootschap in een zelfenquête te vertegenwoordigen. Indien juist zou zijn dat een niet zelfstandig bevoegd bestuurder dat zou mogen, zou de bewindvoerder dat ook moeten mogen. Nu echter uitgangspunt is dat een niet zelfstandig bevoegd bestuurder geen zelfenquête namens de vennootschap kan verzoeken, zou het onlogisch zijn dat de (niet zelfstandig bevoegde) bewindvoerder dat wel zou kunnen. De tweede optie is een wettelijke voorziening als thans voor de curator opgenomen in art. 2:346 lid 3 BW. Een dergelijke aanpassing lijkt mij – als gezegd: tot herstel van het evenwicht – gewenst.

12. Na de bewindvoerder is het nog maar een kleine stap naar de vraag of ook in de WHOA niet aandacht moet worden geschonken aan het en-

quêterecht. Doel van dat wetsvoorstel is immers dat de in problemen verkerende vennootschap door middel van een onderhands akkoord de levensvatbaarheid van de onderneming versterkt. Als het bestuur niet voldoende zijn best doet, kunnen crediteuren verzoeken een herstructureeringsdeskundige (HD) te benoemen. Maar die HD kan (bij MKB-bedrijven) alleen mét medewerking van het bestuur een akkoord aanbieden. Een WHOA-traject kan maanden duren en ik acht het zinnig na te denken over de vraag of de HD niet gewoon enquêtegerechtigd zou moeten zijn. Hoewel hij geen enkele betrokkenheid bij beschikking en beheer heeft, zal hij ontegenzeggelijk een belangrijke rol binnen de organen en ten opzichte van de andere stakeholders spelen. Is het niet zeer denkbaar dat hij bij uitstek in een positie verkeert om aandacht te vragen voor een onjuist beleid of onjuiste gang van zaken? Maar anderzijds: is zijn succes niet juist gebaat bij een niet al te krachtige rol die meer vergelijkbaar is met die van een mediator? Het vergt meer onderzoek en wellicht praktijkervaring.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven

146

Geschorste bestuurders verklaren OK-functie-onarissen niet aansprakelijk te stellen

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

12 november 2019, nr. 200.265.859/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2019:4104

(mr. Makkink, mr. Vink, mr. Wolfs, drs. Baart, prof. dr. mr. Ten Have)

Noot mr. C.J. Scholten onder «JOR» 2020/147

Enquêteprocedure. Behandeling verzoek ten overstaan van raadsheer-commissaris ex art. 16 lid 5 Rv. Impasse binnen ava en duurzaam ontworpen samenwerking tussen broers, beiden 50% aandeelhouder en (voormalig) indirect bestuurder. Verkoop van onderneming noodzakelijk. Toezegging om OK-functie-onarissen niet aansprakelijk te stellen.

Toewijzing gevraagde onmiddellijke voorzieningen: ontheffing tijdelijk bestuurder; aanwijzing opvolgend tijdelijk bestuurder en voorwaardelijk verbod voor een van broers om op bedrijfsterrein aanwezig te zijn op last van dwangsom.

[BW art. 2:349a; Rv art. 16 lid 5]

De verzoeken zijn – met instemming van partijen – ten overstaan van de op de voet van art. 16 lid 5 Rv aangewezen raadsheer-commissaris behandeld.

Naar de stellige overtuiging van de OK heeft Van Hussen als tijdelijk bestuurder op zeer professionele wijze en met veel inzet, gericht op het belang van de vennootschap en al haar stakeholders, zowel de operationele bedrijfsvoering verbeterd als een verkoop van de onderneming – op grond van haar bevindingen noodzakelijk om insolventie te voorkomen – voorbereid. Zij heeft aan haar verzoek tot ontheffing uit haar functie van tijdelijk bestuurder ten grondslag gelegd dat broer R (voormalig indirect bestuurder en 50% aandeelhouder) geen vertrouwen heeft in haar functioneren. Enige objectieve rechtvaardiging voor een gebrek aan vertrouwen in Van Hussen heeft broer R naar het oordeel van de OK niet. Ernstiger is dat

broer R Van Hussen heeft bejegend op een wijze die ontoelaatbaar is. De frequentie, inhoud en toon van de e-mails van broer R aan Van Hussen overschrijden de grenzen van het betamelijke en hebben ertoe geleid dat Van Hussen zich niet langer veilig voelt. Broer R heeft Van Hussen bovendien tegengewerkt door op of omstreeks 5 oktober 2019, zonder haar daarin te kennen, bij ING melding te maken van onder meer onjuistheden in de voorraadwaardering en te klagen over het beleid van Van Hussen als bestuurder.

Partijen delen de conclusie van Van Hussen dat verkoop van de onderneming op korte termijn noodzakelijk is om insolventie te voorkomen. De samenwerking tussen broer R en broer W (de andere voormalig indirect bestuurder en 50% aandeelhouder) is duurzaam ontworpen, beiden willen tot een ontvlechting van belangen komen en ING is niet bereid om de financiering van de onderneming met de huidige aandeelhouders voort te zetten.

Broer W en zijn persoonlijke holding enerzijds en broer R en zijn persoonlijke holding anderzijds hebben ter zitting opnieuw toegezegd dat zij de door de OK te benoemen functionarissen terzake van de vervulling van hun taak op geen enkele wijze aansprakelijk zullen stellen en hen geheel zullen vrijwaren van enige aansprakelijkstelling door derden.

De OK treft in het licht hiervan onmiddellijke voorzieningen die erop gericht zijn een verkoop van de onderneming, in het bijzonder door middel van een activatransactie, op korte termijn mogelijk te maken. Daartoe benoemt de OK een opvolgend tijdelijk bestuurder die als belangrijke taak heeft die verkoop voor te bereiden. Daarbij staat het de bestuurder vrij derden in te schakelen.

Indien broer R en broer W, overeenkomstig hun toezegging bij brief van 8 november 2019, daadwerkelijk op operationeel vlak professioneel en zakelijk gaan samenwerken gedurende de tijd die gemoed is met de verkoop van de onderneming, kan de door de OK benoemde bestuurder hen beiden naar zijn inzicht betrekken in de bedrijfsvoering. Voor het geval samenwerking tussen broer R en broer W niettemin onmogelijk blijkt, bepaalt de OK, gelet op het eerdere gedrag van broer R en het standpunt van broer W dat aanwezigheid van broer R niet noodzakelijk is voor de dagelijkse bedrijfsvoering, dat het broer R op straffe van een aan de vennootschap te verbeuren dwangsom verboden is op het bedrijfsterrein van