

van de bestuurder. Met andere woorden, het hof heeft niet beoordeeld of sprake was van vennootschap *aan de zijde van de bestuurder* dat de vennootschap de afbetalingsregeling *niet* zou kunnen nakomen, maar heeft alleen beoordeeld of *aan de zijde van de schuldeiser* sprake was van een verwachting dat de huurder de verplichtingen *wel* zou kunnen nakomen als gevolg van mogelijk misleidende mededelingen van de huurder. Deze redenering zou wel passen in de context van een beroep op dwaling (art. 6:228 BW), maar niet bij de beoordeling van de vraag of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid. 11. Een interessant aspect in discussies als deze blijft de verwachting van de bestuurder/aandeelhouder over de overlevingskansen van de vennootschap. Vaak gaat de bestuurder ervan uit dat de vennootschap weliswaar gevaar loopt, maar nog kansen heeft voor herstel. De stelling is verdedigbaar dat uit de bereidheid tot het aangaan van een borgtocht al voortvloeit dat de bestuurder niet weet en ook niet behoort te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zal kunnen nakomen, anders zal deze het risico te worden aangesproken niet willen lopen. Van een persoonlijk ernstig verwijt is dan per definitie geen sprake. Anderzijds zijn er ook gevallen waar (objectief gezien) vooraf aannemelijk is dat de kans op overleving vrijwel nihil is, maar dat de bestuurder (subjectief) ten onrechte nog een straatje licht meent te zien aan het einde van de tunnel. Zou in een dergelijk geval betoogd kunnen worden dat de bestuurder "wist of behoorde te weten" dat de vennootschap niet in staat zou zijn om de verplichtingen na te komen? In dat geval zou bestuurdersaansprakelijkheid wellicht toch tot de mogelijkheden behoren, maar mij gaat dat te ver. Een verhandeling over bestuurdersaansprakelijkheid gaat deze noot te buiten, ik verwijs daarvoor graag naar de overvloedige literatuur en rechtspraak over dat onderwerp.

12. De conclusie bij dit arrest blijft (zoals veelvuldig eerder in dit tijdschrift aangegeven) dat schuldeisers er goed aan doen om bij het aangaan van afbetalingsregelingen, vaststellingsovereenkomsten etc. met bedrijven in zwaar weer, waarbij een borgtocht van een bestuurder/aandeelhouder aan de orde komt, zekerheidshalve de eisen van zowel art. 1:88 BW als art. 7:857 e.v. BW in acht te nemen. Aansprakelijkheid van de borg in hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap op basis van bestuurdersaanspra-

kelijkheid zal in de praktijk vrijwel altijd een flinke brug te ver zijn.

mr. C.R. Christiaans
of Counsel bij Nauta Dutilh NV

48

Nieuwe energieleverancier gehouden aan leveringsovereenkomsten van gefailleerde leverancier

Kantonrechter Rechtbank Amsterdam
10 oktober 2022, zaaknr. 9288109 CV EXPL
21-8878, ECLI:NL:RBAMS:2022:6001
(mr. Pennink)
Noot mr. A.S. Frommelt

Faillissement energieleverancier. Nieuwe leverancier heeft niet alleen klanten, maar ook leveringsovereenkomsten overgenomen. Klant accepteert aanbod met onjuiste informatie van nieuwe leverancier niet, zodat overeenkomst met oorspronkelijke leverancier in stand is gebleven. Oneerlijke handelspraktijk van nieuwe leverancier.

[Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 art. 2 lid 5 en 6; BW art. 6:162, 6:217]

De ACM heeft eiseres niet ingevolge art. 2 lid 6 onder b en c van het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 (hierna: het Besluit) aangegeven. Bij gebrek aan een andere wettelijke basis en de afwezigheid van een toelichting van de zijde van eiseres op dit punt, kan de leveringsverplichting van Flexenergie niet anders op eiseres zijn overgegaan dan door overname ingevolge art. 2 lid 5 onder b van het Besluit. Niet anders kan worden geconcludeerd dan dat de energieovereenkomst die bestond tussen Flexenergie en gedaagde, door eiseres is overgenomen. Deze overeenkomst dient in dat geval door eiseres onder dezelfde voorwaarden die golden bij Flexenergie, te worden voortgezet. Het overnemen van alleen het "klantenbestand", zonder dat daarbij de energieovereenkomsten worden overgenomen, zoals door eiseres wordt bepleit, is een figuur die in het Besluit niet voorkomt. Eiseres heeft niettemin aan gedaagde bericht dat zij per

1 november 2018 (de overnamedatum) een nieuwe leveringsovereenkomst met eiseres had en zij heeft gedaagde daarbij een nieuwe schriftelijke overeenkomst met een variabel tarief toegezonden. Verder heeft eiseres gedaagde vervolgens een nieuw aanbod gedaan tegen vaste tarieven. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is dit onjuiste informatie en is eiseres niet volledig geweest in haar mededelingen, zodat sprake is van een omissie. Dit kwalificeert als een oneerlijke handelspraktijk. Eiseres had de door haar overgenomen klanten van Flexenergie moeten berichten dat zij de overeenkomsten met Flexenergie heeft overgenomen onder de voorwaarden die golden bij Flexenergie. Aangezien gedaagde het aanbod van eiseres niet heeft aanvaard, is de overeenkomst die gedaagde oorspronkelijk met Flexenergie heeft gesloten, in stand gebleven.

Innova Energie BV te Delft,
eiseres,
gemachtigde: mr. B.E.J. Caminada,
tegen
X,
gedaagde,
niet verschenen.

(...; red.)

Gronden van de beslissing

Beoordeling

1. Bij voornoemd tussenvonnissen, waarvan de inhoud als hier herhaald en ingelast geldt en waaraan de kantonrechter zich houdt, is eiseres in de gelegenheid gesteld een nadere toelichting te geven over de overgang van de energieovereenkomst van gedaagde naar eiseres. Voorts is eiseres in de gelegenheid gesteld de kantonrechter te informeren omtrent de naleving van de informatieplichten en de mogelijke sanctie op het niet naleven daarvan.

2. Eiseres heeft in haar akte gesteld dat, anders dan de in het tussenvonnissen genoemde situaties, in dit geval sprake is van een derde situatie. Deze overgang komt neer op een door de ACM geautoriseerde tussenvorm, waarbij de ACM heeft ingestemd met de overdracht van de klantenportefeuille door de curator zonder enige vrijheid van contracteren. Er is geen sprake van een echte aanwijzing conform het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 (hierna: het Besluit),

maar van een gedwongen tussenvorm, aldus eiseres. Alleen een switch van alle klanten naar één leverancier is een optie. Alle aansluitingen gaan over op een modelcontract op variabeltarief, ongeacht of de klant dat wil of niet. Een klant kan op zijn beurt vervolgens een switch bewerkstelligen naar een andere leverancier. Het aanbieden van een contract op individueel niveau is ten tijde van de switch eenvoudigweg niet mogelijk. Feitelijk is sprake van een lacune in de wet- en regelgeving. De overnemende leverancier tracht de klant overeenkomstig toepasselijke wet- en regelgeving aan zich te binden door het aanbieden van een overeenkomst tot levering, aldus nog steeds eiseres. Ten slotte berust eiseres in het opleggen van een sanctie vanwege schending van essentiële informatieplichten.

3. Op grond hiervan moet worden geconcludeerd dat de ACM eiseres niet ingevolge artikel 2 lid 6 onder b en c van het Besluit heeft aangewezen. Bij gebrek aan een andere wettelijke basis en de afwezigheid van een toelichting van de zijde van eiseres op dit punt, kan de leveringsverplichting van Flexenergie niet anders op eiseres zijn overgegaan dan door overname ingevolge artikel 2 lid 5 onder b van het Besluit. Nu eiseres hieromtrent niets heeft gesteld en de stukken ook geen nadere uitleg geven, kan niet anders worden geconcludeerd dan dat de energieovereenkomst die bestond tussen Flexenergie en gedaagde, door eiseres is overgenomen. Deze overeenkomst dient in dat geval door eiseres onder dezelfde voorwaarden die golden bij Flexenergie te worden voortgezet. Het betoog van eiseres dat zij zich heeft gebaseerd op een door de ACM geautoriseerde “tussenvorm” maakt het vorenstaande niet anders. Nog afgezien van het feit dat van een autorisatie voor die “tussenvorm” door de ACM in dit geding niet is gebleken, valt niet in te zien op basis van welke bevoegdheid de ACM een dergelijke autorisatie kan afgeven in de privaatrechtelijke verhouding tussen de energieleverancier en haar klant. De ACM heeft slechts de mogelijkheid om op basis van een aanwijzing de leveringszekerheid te garanderen indien er geen overeenkomst met de curator tot stand komt. Het overnemen van alleen het “klantenbestand”, zonder dat daarbij de energieovereenkomsten worden overgenomen, zoals door eiseres wordt bepleit, is een figuur die in het Besluit niet voor komt.

4. Eiseres heeft niettemin aan gedaagde bericht dat zij per 1 november 2018 (de overnamedatum)

een nieuwe leveringsovereenkomst met eiseres had en zij heeft gedaagde daarbij als bijlage een nieuwe schriftelijke overeenkomst met een variabel tarief toegezonden. Verder heeft eiseres gedaagde vervolgens een nieuw aanbod gedaan tegen vaste tarieven. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen onder rov. 3 is dit onjuiste informatie en is eiseres niet volledig geweest in haar mededelingen, zodat sprake is van een omissie. Dit kwalificeert als een oneerlijke handelspraktijk. Eiseres had de door haar overgenomen klanten van Flexenergie moeten berichten dat zij de overeenkomsten met Flexenergie heeft overgenomen, onder de voorwaarden die golden bij Flexenergie.

5. Aangezien gedaagde het aanbod van eiseres niet heeft aanvaard, is de overeenkomst die gedaagde oorspronkelijk met Flexenergie heeft gesloten in stand gebleven en moet(en) eiseres (en gedaagde) daaraan uitvoering geven. Nu de vorderingen van eiseres zijn gebaseerd op een niet bestaande overeenkomst, worden deze afgewezen.

6. Gedaagde is niet is verschenen, zodat de proceskosten aan de zijde van gedaagde worden begroot op nihil.

Beslissing

De kantonrechter:

wijst de vordering af;

veroordeelt eiseres in de proceskosten die aan de zijde van gedaagde tot op heden begroot worden op nihil.

NOOT

1. Deze uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam volgt daags na een uitspraak van dezelfde kantonrechter d.d. 7 oktober 2022 (Ktr. Rb. Amsterdam 7 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:6000) in een vergelijkbare zaak tussen dezelfde energiemaatschappij als eisende partij, Innova Energie BV, en een consument als gedaagde. Het betreft twee incassozaken, door Innova aanhangig gemaakt om een titel te verkrijgen voor de incasso van openstaande facturen voor gas en elektra. Hoewel de gedaagde consumenten niet zijn verschenen en aan hen verstek is verleend, en niet in geschil is dat er daadwerkelijk energie is geleverd, wordt het gevorderde afgewezen. De kantonrechter zet met deze uitspraken een lijn uit die, mits doorgetrokken, een streep zet door een

in de afgelopen jaren ontstane praktijk bij faillissementen van energiemaatschappijen.

2. Curatoren van gefailleerde Nederlandse energiemaatschappijen (Welkom Energie, EnergieFlex, Robin Energie, Naked Energy, SEPA Green Energy, Allure Energie, FENOR en Kleinverbruik Energie der Nederlanden) hebben veelal het klantenbestand van de gefailleerde verkocht aan een andere energiemaatschappij. Daarmee zijn boedelopbrengsten gegenereerd, die ten goede komen aan de crediteuren in het faillissement. De betrokken klanten van de gefailleerde hebben vervolgens van de kopende energiemaatschappij ongevraagd een nieuw contract met nieuwe voorwaarden en tarieven gekregen, hetgeen werd gepresenteerd als nieuwe overeenkomst. Zo ook in het onderhavige geval. De kantonrechter kwalificeert deze gang van zaken als een oneerlijke handelspraktijk en oordeelt dat de vorderingen van Innova zijn gebaseerd op een niet-bestaande overeenkomst, en wijst die af.

3. De kantonrechter ziet zich geconfronteerd met een wettelijke ongeregelde keuze en maakt een keuze ten faveure van de consument. Deze keuze kan tot gevolg hebben dat curatoren van energiemaatschappijen de verkoopopbrengst van het klantenbestand in de toekomst zullen mislopen. En wat betekent dit voor al die andere consumenten en hun al dan niet gedane betalingen aan de opvolgende energiemaatschappij?

4. De kantonrechter geeft geen invulling aan een open norm, want die is er niet. Het toepasselijke wettelijk kader, voor zover dat geregeld en relevant is, laat zich als volgt samenvatten.

Bij faillissement of surseance van betaling van een energiemaatschappij, wordt de leveringsvergunning die de energiemaatschappij nodig heeft om aan consumenten te kunnen leveren, door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) ingetrokken. De consumenten en andere kleinverbruikers die een energiecontract met deze energiemaatschappij hebben, moeten bij intrekking van de leveringsvergunning worden ondergebracht bij een of meer andere energiemaatschappijen die wél beschikken over een leveringsvergunning. Dit is geregeld in het Besluit leveringszekerheid Gaswet en het Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998 (hierna gezamenlijk: de "Besluiten leveringszekerheid"). Met de Besluiten leveringszekerheid wordt beoogd te borgen dat de levering van energie aan kleinverbruikers blijft doorgaan als de leveringsvergunning wordt

ingetrokken. Dit is (mede) in het belang van die kleinverbruikers, want het voorkomt dat zij ongewild in de kou komen te zitten. Daarvoor wordt door de ACM een procedure gestart zodra die met een besluit aankondigt dat de leveringsvergunning wordt ingetrokken, bijvoorbeeld vanwege het faillissement van de energiemaatschappij. Met dit besluit start een periode van maximaal twintig werkdagen: de zogenaamde “eerste vensterperiode”. Klanten van de betreffende energiemaatschappij kunnen dan niet overstappen en de binnen deze periode wegvallende energiemaatschappij, of diens curator bij een faillissement, kan het klantenbestand verkopen aan een andere vergunninghouder (art. 3 lid 5 Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2 lid 5 Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998). De klanten die niet zijn verkocht, worden vervolgens door de landelijke netbeheerders (TenneT en GTS) verdeeld over alle andere vergunninghouders (energiemaatschappijen) (art. 3 lid 6 Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2 lid 6 Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998). Dit heet restverdeling en wordt ook wel “tweede vensterperiode” genoemd. Deze restverdeling gebeurt naar rato van het aantal kleinverbruikers die de andere energiemaatschappijen hebben. Hoe groter de energiemaatschappij, hoe meer overgebleven klanten. In bijzondere gevallen kan de ACM besluiten om een afwijking van deze standaardrestverdeling toe te staan.

5. In de Besluiten leveringszekerheid, noch in de wet, noch in enige toelichting hierop, is bepaald dat een opvolgende energiemaatschappij die de klanten van een gefailleerde energiemaatschappij heeft gekocht, ook de energiecontracten moet overnemen. In de praktijk gebeurt dat doorgaans ook niet, omdat het voor de opvolgende energiemaatschappij meestal aantrekkelijker is om eigen voorwaarden en tarieven te hanteren.

Omdat het ontbreekt aan een regeling die bepaalt dat de energiecontracten moeten worden overgenomen door de opvolgende energiemaatschappij, in geval van een koop van het klantenbestand in de eerste vensterperiode, moet worden teruggevallen op het BW. Art. 6:159 BW bepaalt dat voor een overgang van een overeenkomst de medewerking van alle contractspartijen vereist is. Dit staat haaks op de ontstane praktijk, waarbij klanten van gefailleerde energiemaatschappijen nieuwe voorwaarden en tarieven krijgen opgedrongen van de opvolgende energie-

maatschappij. De uitspraak van de kantonrechter onderschrijft dit.

6. Wordt hiermee een streep gezet door de mogelijkheid voor curatoren om het klantenbestand van een gefailleerde energiemaatschappij te verkopen? In eerdere gevallen ging het hierbij overigens om relatief geringe bedragen per klant, gemiddeld zo’n € 25-30, hetgeen minder is dan het maandelijks van de klant te ontvangen (voorschot)bedrag. De uitspraken van de kantonrechter zullen ongetwijfeld van invloed zijn op de lust om een klantenbestand te kopen van een gefailleerde energiemaatschappij, althans totdat een hogere rechter of wetgeving anders heeft bepaald. Voor toekomstige gevallen is het nog wachten op wetgeving die voor de eerste vensterperiode bepaalt dat de energiecontracten door de opvolgende energiemaatschappij niet hoeven of juist wel moeten worden overgenomen. Daar ligt een politieke keuze aan ten grondslag, die – met het oog op de restverdelingsregeling – al lijkt te zijn gemaakt. In het kader van de restverdelingsregeling geldt namelijk dat de opvolgende energiemaatschappijen die klanten van een gefailleerde energiemaatschappij moeten overnemen, hun eigen voorwaarden en tarieven kunnen toepassen op basis van een overeenkomst voor onbepaalde tijd (art. 3 lid 6 sub c Besluit leveringszekerheid Gaswet; art. 2 lid 6 sub c Besluit leveringszekerheid Elektriciteitswet 1998). Waarom zou de politiek voor de eerste vensterperiode iets anders willen laten wetgeven? Dat zou de verkoopbaarheid van klantenbestanden gedurende de eerste vensterperiode aanzienlijk beperken of mogelijk zelfs tot nihil reduceren, terwijl aan een verkoop in de eerste vensterperiode verschillende voordelen kleven (AVG-aspecten blijven hier buiten beschouwing, al valt daar ook nog wel het nodige over te zeggen). Het levert geld op voor de failliete boedel, het levert minder werk en administratieve rompslomp op dan de restverdelingsregeling en de klanten van de gefailleerde energiemaatschappij hebben eerder duidelijkheid. Het is ook gangbaar binnen de faillissementspraktijk dat een klantenbestand kan worden verkocht door de curator en dat de betreffende koper nieuwe overeenkomsten aangaat met de overgenomen klanten.

7. Dat roept de vraag op of de kantonrechter – mede met het oog op de restverdelingsregeling – niet anders had moeten beslissen, namelijk in lijn met wat in dat kader al geldt. Het BW biedt

daarvoor een ingang met de op grond van art. 6:216 jo. art. 6:2 jo. art. 6:248 BW heersende redelijkheid en billijkheid. Tussen de klanten en de energiemaatschappij die in de eerste vensterperiode het klantenbestand heeft gekocht, ontstaat weliswaar niet een overeenkomst, zoals de kantonrechter in deze zaak ook oordeelde, want daarvoor is wilsovereenstemming vereist, maar wel een verbintenis waarop op grond van art. 6:216 BW de redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn. De verbintenis ontstaat, omdat de Besluiten leveringszekerheid in de eerste vensterperiode aan de klant de vrijheid ontnemen om van energiemaatschappij te wisselen. De klant gaat gedwongen over naar de energiemaatschappij die het klantenbestand in de eerste vensterperiode heeft gekocht, en kan pas na dertig dagen overstappen naar een andere energiemaatschappij (art. 52b lid 7 Gaswet en art. 95m lid 7 Elektriciteitswet 1998). In dat kader zou de rechter dan nog wel moeten toetsen of de door de opvolgende energiemaatschappij toegepaste voorwaarden en tarieven daadwerkelijk redelijk en billijk zijn in de gegeven omstandigheden, hetgeen de Besluiten leveringszekerheid, de Gaswet (art. 44 lid 1) en de Elektriciteitswet 1998 (art. 95b lid 1) overigens ook vereisen. Dit zou in een hoger beroep kunnen worden betoogd.

8. Een volgend faillissement van een energiemaatschappij laat mogelijk niet lang op zich wachten. De volatiliteit van energieprijzen en de borging van de leveringszekerheid vergen adequaat risicomanagement en een langetermijnstrategie. In de afgelopen jaren zijn verschillende jonge energiemaatschappijen failliet gegaan, omdat deze uitdaging en/of de verleiding tot het nemen van te grote risico's te groot bleken. Afnemers van energie en de Staat der Nederlanden betalen de prijs. De inkomsten van energiemaatschappijen bestaan namelijk uit vergoedingen voor te leveren energie en – voor een belangrijk deel – uit belastingheffingen (energiebelasting en btw), die voor de Staat der Nederlanden worden geïnd en moeten worden afgedragen. In geval van een faillissement blijven de verschuldigde energieleveranties aan de gecontracteerde afnemers en belastingafdrachten ten behoeve van de Staat der Nederlanden uit. Dit heeft al geleid tot omvangrijke belastingschulden in de betreffende (nog kleine) faillissementen. Energiebedrijven lenen zich overigens eenvoudig voor een piramidespel als het toezicht faalt. Zolang een klanten-

portefeuille groeiende is, kunnen nieuwe geldstromen namelijk worden aangewend voor eerder aangegane verplichtingen.

mr. A.S. Frommelt
advocaat bij Wintertaling Advocaten te
Amsterdam

49

Werknemer heeft recht op billijke vergoeding na onterecht ontslag op staande voet door vervolgens gefailleerde werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
20 oktober 2022, zaaknr. 200.301.949/01,
ECLI:NL:GHSHE:2022:3624
(mr. De Moor, mr. Smeenk-van der Weijden,
mr. Zweers-van Vollenhoven)
Noot mr. E. Loesberg

Vordering tot vernietiging ontslag op staande voet tegen inmiddels gefailleerde werkgever, wiens faillissement tijdens hoger beroep wordt opgeheven wegens gebrek aan baten. Opzegging arbeidsovereenkomst door curator ex art. 40 Fw. Geen reden voor ontslag op staande voet. Regulier loon tot en met einde arbeidsovereenkomst als billijke vergoeding ex art. 7:683 lid 3 BW, waarvan loon tot datum faillissement ter verificatie had moeten worden ingediend en loon vanaf datum faillissement als boedel-schuld had kunnen worden aangemerkt.

[BW art. 7:677, 7:678, 7:683 lid 3; Fw art. 40]

Niet kan worden vastgesteld dat failliet (en dus de curator q.q.) inderdaad in redelijkheid tot ontslag op staande voet kon overgaan. Op grond van het vorenstaande zal de bestreden beschikking worden vernietigd. Het verzoek van de werknemer om het op 25 juni 2021 gegeven ontslag te vernietigen leent zich, hoezeer ook het ontslag ten onrechte is gegeven, niet voor toewijzing gezien het wettelijk systeem (zie art. 7:683 lid 3 BW). Herstel van de arbeidsovereenkomst is in de gegeven omstandigheden echter evenmin mogelijk, nu de arbeidsovereenkomst in ieder geval door de (voorwaardelijke) opzegging door de curator op