

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 25, 2023

Redactie: prof. mr. E.C.H.J. Lokin, mr. H.J. de Kloe, mr. E. Ayerdem, mr. R.J.H. Berghuis, mr. J.O. Bijloo, mr. S.J. van den Boogert, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. G.P. van Hooft, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.I.J. Overgoor, mr. B.S. Pronk, mr. dr. S. Renssen, mr. D.R.C. Smit, mr. W.T.N. Vlasveld, mr. J.H.M. van de Wiel en mr. S. Zonneveld.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2023:1751](#) 15-12-2023

Curator kan niet worden bevolen overeenkomst te ontbinden

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2023:10714](#) 06-12-2023

Tweede WSNP-verzoek misbruik van bevoegdheid, maar faillissementsverzoek aangehouden wegens onduidelijkheid over toepassing artikel 611e Rv

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:11771](#) 14-12-2023

Faillietverklaring Pieterpot B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:6245](#) 06-12-2023

Curator is niet aansprakelijk voor de gang van zaken bij verkoop van de activa, de bestuurders zijn wel aansprakelijk voor het boedeltekort

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:4978](#) 06-12-2023

Bestuurder aansprakelijk voor boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2023:6785](#) 30-11-2023

Afwijzing verschoningsverzoek in verband met werk als curator

RECHTSPRAAK

Bestuurder aansprakelijk voor boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur

De voormalig bestuurder van een failliete vennootschap wordt veroordeeld tot vergoeding van het boedeltekort, omdat hij zijn bestuurstaak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:248 BW. Tevens wordt hij veroordeeld tot betaling van € 1,2 miljoen, wegens onrechtmatig aan de vennootschap onttrokken gelden en voertuigen. Een voormalig medewerker van de vennootschap – die een deel van de onttrokken gelden ontving – wordt veroordeeld tot terugbetaling van de gelden die hij zonder rechtsgrond ontving.

Aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW

De curator vordert de veroordeling van een voormalig bestuurder tot betaling van het boedeltekort wegens kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:248 (en 2:9 BW). De bestuurder was enkele maanden voor het faillissement afgetreden als bestuurder. Hem wordt verweten dat hij niet heeft voldaan aan de verplichting uit artikel 2:10 BW (administratie- en bewaarplicht). Dat verwijt slaagt, omdat de boekhouding in hoge mate incompleet en wanordelijk was. Er ontbrak onder meer een crediteuren- en debiteurenadministratie, alsmede de fiscale boekhouding, en er waren nauwelijks facturen aanwezig. Het verweer dat de bestuurder de boekhouding compleet had overgedragen aan de opvolgende bestuurders, is volgende de rechtbank niet voldoende onderbouwd. Ook is niet aannemelijk geworden dat de bestuurder daadwerkelijk de onderneming had overgedragen aan zijn opvolgers en dat hij zich in de maanden voorafgaand aan het faillissement niet meer had bemoeid met de bedrijfsvoering.

Dit brengt op grond van artikel 2:248 lid 2 BW mee dat vaststaat dat de bestuurder zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De bestuurder is er niet in geslaagd het bewijsvermoeden te weerleggen. Hij heeft slechts aangevoerd dat de onderneming goed

draaide toen hij deze overdroeg. De rechtbank wijst de gevorderde verklaring voor recht toe. Zij wijst de vordering op grond van artikel 2:9 BW af, omdat de curator daarbij geen belang meer zou hebben, nu reeds is komen vast te staan dat de bestuurder op grond van artikel 2:248 BW aansprakelijk is voor het boedeltekort.

Door bestuurder onttrokken gelden en voertuigen

Tevens oordeelt de rechtbank dat de bestuurder onrechtmatig heeft gehandeld wegens het onttrekken van gelden, voor een bedrag ad circa € 1,2 miljoen. Het betreft onder meer overboekingen naar eigen rekeningen en contante opnames. Voor een deel van de onttrokken gelden wordt, naast de bestuurder, ook een voormalige medewerker van de failliete vennootschap aangesproken. Deze medewerker ontving een deel van de onttrokken gelden. Beide gedaagden hebben aangevoerd dat er een rechtsgrond bestond voor de betalingen en dat die uit de boekhouding zou blijken. Beiden hebben echter niet aannemelijk gemaakt dat de boekhouding daarin inzicht geeft, aldus de rechtbank.

Tot slot heeft de bestuurder onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers, door drie voertuigen van de vennootschap op eigen naam te stellen, zonder dat daarvoor een vergoeding is betaald.

R.J.H. Berghuis, december 2023

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 06-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:4978

Zaaknummer: C/08/281232 / Ha ZA 22-172

Rechters: A.E. Zweers

Advocaten: A.C. Blankestijn, H.J.M. van Denderen en R.H. Bouwman

Wetsartikelen: 2:248 BW, 2:9 BW, 6:162 BW en 2:10 BW

RECHTSPRAAK

Tweede WSNP-verzoek misbruik van bevoegdheid, maar faillissementsverzoek aangehouden wegens onduidelijkheid over toepassing artikel 611e Rv

Het indienen van een tweede WSNP-verzoek, zonder nadere onderbouwing die bij het eerste verzoek ook ontbrak, levert misbruik van bevoegdheid op. De gemeente is de aanvrager van het faillissement en de vordering van de gemeente bestaat uitsluitend uit verbeurde (bestuursrechtelijke) dwangsommen. Het hof vraagt zich af of artikel 611e Rv hierop van toepassing is en of het faillissementsverzoek om die reden moet worden afgewezen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich hierover bij akte uit te laten.

De gemeente West Maas en Waal heeft bij verzoekschrift van 18 april 2023 verzocht een vof en haar twee vennoten failliet te verklaren. De vennoten hebben verzocht te worden toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling (WSNP). De rechtbank heeft hen niet-ontvankelijk verklaard in dit verzoek omdat het verzoek niet compleet zou zijn. De vennoten hebben hiertegen hoger beroep ingesteld. Het hof heeft de vennoten wel ontvankelijk verklaard in hun verzoek, maar heeft het verzoek op inhoudelijke gronden afgewezen.

Nadat de rechtbank de oproeping voor de behandeling van het faillissementsverzoek had verstuurd, hebben de vof en vennoten op 26 oktober 2023 gevraagd het verzoek opnieuw aan te houden omdat een nieuw WSNP-verzoek is ingediend. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen en de vof en de vennoten failliet verklaard. De vennoten hebben, kennelijk mede namens de vof, hoger beroep ingesteld tegen de faillietverklaring.

Het hof overweegt dat de gemeente een last onder dwangsom heeft opgelegd in verband met onder meer het exploiteren van een onderneming zonder de benodigde vergunningen en het handelen in strijd met het bestemmingsplan. Inmiddels zijn dwangsommen verbeurd voor een bedrag van € 150.000. Uit een brief van de curator blijkt dat er nog veel andere schulden zijn.

Het hof overweegt dat de behandeling van een faillissementsverzoek in beginsel wordt geschorst als een WSNP-verzoek is ingediend (art. 3a lid 2 Fw), ook als dat een tweede verzoek is. Het kan wel zo zijn dat met een WSNP-verzoek misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt. Of dat het geval is, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de procesopstelling van een schuldenaar. In dit geval heeft het hof bij (beroep naar aanleiding van) het eerste WSNP-verzoek voldoende tijd gegeven om het verzoek te onderbouwen, maar is die onderbouwing niet gekomen. Bij het nieuwe verzoek is een dergelijke onderbouwing ook niet gegeven. Inmiddels is de behandeling van het faillissementsverzoek ongeveer zesenhalve maand geschorst. Onder deze omstandigheden levert het tweede WSNP-verzoek naar het oordeel van het hof misbruik van bevoegdheid op.

Het hof komt daarom toe aan een inhoudelijke beoordeling van het faillissementsverzoek. Het hof stelt vast dat de vordering waarop de gemeente haar verzoek baseert uitsluitend bestaat uit verbeurde dwangsommen. Op grond van artikel 611e lid 1 Rv worden dwangsommen gedurende het faillissement niet verbeurd en worden op grond van lid 2 vóór de faillietverklaring verbeurde dwangsommen niet toegelaten tot het passief. Dit brengt met zich dat een schuldeiser mogelijk geen belang heeft bij een faillissementsaanvraag als de vordering uitsluitend bestaat uit verbeurde dwangsommen. In dat kader is van belang of artikel 611e Rv wel (analoog) van toepassing is op bestuursrechtelijke dwangsommen. Deze vraag is ter zitting niet aan bod gekomen, zodat het hof partijen in de gelegenheid stelt zich hierover bij akte uit te laten. Het hof verwijst hierbij in een voetnoot naar de conclusie van A-G Assing voor HR 17 november 2023, ECLI:NL:PHR:2023:834, par. 2.19 t/m 2.23, waar de A-G aandacht besteedt aan deze discussie.

H.J. de Kloe, december 2023

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-12-2023

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2023:10714

Zaaknummer: 200.334.337

Rechters: M.P.M. Hennekens, G.P. Oosterhoff en H. Wammes

Advocaten: C.J. Driessen en L. Sjoerts

Wetsartikelen: 611e Rv

RECHTSPRAAK

Curator kan niet worden bevolen overeenkomst te ontbinden

Een curator kan niet naar aanleiding van een artikel 69-verzoek worden bevolen een overeenkomst te ontbinden, tenzij de curator wordt bevolen gebruik te maken van een bevoegdheid die hem toekomt op grond van de wet of overeenkomst.

In het faillissement van een natuurlijk persoon heeft de curator de woning verkocht. In eerste instantie is de woning op Funda geplaatst en kon schriftelijk worden geboden bij een notaris. De dochter van de failliet had het hoogste bod uitgebracht, maar heeft de woning uiteindelijk niet afgenomen. Met toestemming van de rechter-commissaris heeft de curator de woning daarom onderhands verkocht aan een andere belangstellende die gedurende de eerste ronde de woning had bezichtigd. Bijna twee weken na de goedkeuring van de rechter-commissaris is een nieuw bod uitgebracht op de woning door een derde partij. Bij verkoop aan deze partij zouden de failliet en zijn echtgenote in de woning mogen blijven. Aanvankelijk was dit bod lager dan de overeengekomen verkoopprijs met de koper, maar het bod is verhoogd zodat het wel hoger was dan de overeengekomen koopprijs.

Over de verkoop van de woning is veel geprocedeerd (zie bijvoorbeeld INS 2023-0160). In de procedure die hier aan de orde is, gaat het over een artikel 69-verzoek dat door de schuldenaar is ingediend. De schuldenaar heeft de rechter-commissaris verzocht de koopovereenkomst betreffende de woning te ontbinden en de woning alsnog aan de derde bieder te verkopen. De rechter-commissaris heeft dit verzoek afgewezen, maar in hoger beroep heeft de rechtbank het verzoek toegewezen. De curator heeft cassatie ingesteld.

De Hoge Raad casseert. De Hoge Raad oordeelt dat de gesloten koopovereenkomst bindend is voor de curator. Deze binding kan niet ongedaan worden gemaakt via een daartoe strekkend bevel aan de curator van de rechter-commissaris of rechtbank. Dat is alleen anders als de curator wordt bevolen gebruik te maken van een bevoegdheid die hem op grond van de wet of overeenkomst toekomt. Dat is hier niet aan de orde. De Hoge Raad doet de zaak zelf af door de beschikking van de rechtbank te vernietigen en de beschikking van de rechter-commissaris te

bekrachtigen.

H.J. de Kloe, december 2023

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 15-12-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1751

Zaaknummer: 23/01783

Rechters: T.H. Tanja-van den Broek, A.E.B. ter Heide, F.R. Salomons, K. Teuben en F.J.P. Lock

Advocaten: T. van Malssen en J. van Weerden

Wetsartikelen: 69 Fw

RECHTSPRAAK

Afwijzing verschoningsverzoek in verband met werk als curator

Het enkele feit dat de rechter meer dan vijf jaar geleden curator was van een bv waarvan een partij bestuurder was, is onvoldoende reden voor verschoning.

Een rechter heeft een verzoek ingediend tot verschoning. De rechter in kwestie heeft in het verleden opgetreden als curator van een bv en heeft daarbij 'veel van doen gehad' met de bestuurder van de bv, die eiser is in de zaak waarvoor de rechter zich wil verschonen.

De verschoningskamer wijst het verzoek af. Het enkele feit dat de rechter meer dan vijf jaar geleden curator is geweest in het faillissement van een bv waarin een van de partijen bestuurder is geweest, levert geen aanwijzing op dat sprake is van (gerechtvaardigde vrees voor) vooringenomenheid.

H.J. de Kloe

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 30-11-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:6785

Zaaknummer: 566612 / HA RK 23

Rechters: J.G. Nicholson, D. Wachter en C.P. Lunter

Wetsartikelen: 40 Rv

RECHTSPRAAK

Faillietverklaring Pieterpot B.V.

De verpakingsloze supermarkt wordt op verzoek van het bedrijfstakpensioenfonds failliet verklaard. Een crowdfundingactie is niet geslaagd en onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat alle schuldeisers behalve het pensioenfonds hebben ingestemd met een omzetting van hun vordering in aandelen.

Het bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf heeft het faillissement aangevraagd van Pieterpot B.V., een vennootschap die een verpakingsloze supermarkt exploiteerde. Het vorderingsrecht van het pensioenfonds wordt niet betwist. Wel heeft Pieterpot gevraagd om meer tijd, omdat zij bezig is een schuld van € 1,8 miljoen te herfinancieren via crowdfunding. Het doel is € 3 miljoen op te halen. Mocht dat bedrag niet worden gehaald, dan wil Pieterpot de deelnemers toestemming vragen het actuele resultaat van de crowdfundingactie uit te laten keren. Verder is schuldeisers verzocht in te stemmen met omzetting van de schulden in aandelen. Pieterpot stelt dat alle schuldeisers behalve het pensioenfond daarmee akkoord zijn.

Het pensioenfonds wil niet dat het faillissementsverzoek langer wordt aangehouden, omdat het geen vertrouwen heeft in de plannen van Pieterpot. De rechtbank volgt het standpunt van het pensioenfonds en verklaart Pieterpot failliet. De rechtbank overweegt dat onbetwist vaststaat dat Pieterpot een opeisbare schuldenlast heeft van € 1,8 miljoen. Het einddoel van € 3 miljoen van de crowdfundingactie is, ook na een verlenging, niet gehaald. Pieterpot heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de voorwaarden zodanig gewijzigd kunnen worden dat het toegezegde bedrag aan de liquide middelen kan worden toegevoegd. Ook de stelling dat alle schuldeisers behalve het pensioenfonds hebben ingestemd met omzetting van hun vordering in aandelen is onvoldoende aannemelijk gemaakt. De rechtbank ziet daarom geen aanleiding het faillissementsverzoek aan te houden en spreekt het faillissement uit.

H.J. de Kloe, december 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 14-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:11771

Zaaknummer: C/10/667466 / FT RK 23/591

Rechters: M. Aukema

Advocaten: E.H.J. Slager

Wetsartikelen: 6 lid 3 Fw

RECHTSPRAAK

Curator is niet aansprakelijk voor de gang van zaken bij verkoop van de activa, de bestuurders zijn wel aansprakelijk voor het boedeltekort

De curator heeft bij de verkoop van de activa van gefailleerde niet onrechtmatig gehandeld. In reconventie oordeelt de rechtbank dat de bestuurders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Deze procedure hangt samen met het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 3 oktober 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:8302, INS 2023-0241. In dat arrest is vastgesteld dat de echtgenoot van een apotheker zijn taak als feitelijk beleidsbepaler onbehoorlijk heeft vervuld. Hij is veroordeeld tot betaling van het boedeltekort met een voorschot ter hoogte van € 300.000.

In deze procedure stellen de echtgenoot (in hoedanigheid van executeur-testamentair en vereffenaar in de nalatenschap van de overleden apotheker) en de rechtspersoon-bestuurder van gefailleerde (hierna: 'eisers') zich op het standpunt dat de curator in haar hoedanigheid en in privé aansprakelijk is voor schade omdat zij onrechtmatig heeft gehandeld bij de verkoop van de onderneming.

De rechtbank wijst deze vordering af. Daarbij stelt de rechtbank voorop dat een curator bij de verkoop van activa in een faillissement vaak spoedeisende beslissingen moet nemen en daarbij verschillende (tegenstrijdige) belangen moet behartigen. Daardoor heeft een curator veel beleidsvrijheid. Het is niet gebleken dat de curator potentiële kopers van de onderneming heeft ontmoedigd om een (hoger) bod uit te brengen. Hierbij geldt ook dat het handelen van de curator moet worden beoordeeld op het moment dat het handelen plaatsvond (ex tunc). Zelfs als achteraf blijkt dat de onderneming voor een hoger bedrag aan een derde kon worden verkocht, zoals eisers zonder onderbouwing stellen, brengt dat dus nog niet mee dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld door de onderneming aan een andere partij te verkopen.

Daarnaast verwijten eisers de curator dat zij potentiële overnamekandidaten heeft gemeld dat

het onzeker was wie de huurder was van het pand. De reden hiervoor was dat de curator de huurovereenkomst bij eisers heeft opgevraagd, maar niet heeft ontvangen. De stelling dat de curator de huurovereenkomst bij de verhuurder had moeten opvragen, kan dan niet leiden tot aansprakelijkheid van de curator. Tot slot treft ook het verwijt dat de curator de goodwill van de onderneming niet heeft laten taxeren geen doel. De curator heeft uitgelegd dat zij hiervoor onvoldoende informatie had omdat er geen volledige administratie was van de onderneming. Zij heeft daarom volstaan met taxatie van de inventaris en de voorraad en voor de goodwill afgewacht wat een potentiële koper bereid was daarvoor te betalen. Die keuze is begrijpelijk en zorgvuldig.

Eisers vorderen ook verklaringen voor recht dat zij niet als bestuurders aansprakelijk zijn en dat zij geen financiële verplichtingen tegenover de onderneming hebben. De curator heeft in reconventie gevorderd dat eisers worden veroordeeld tot betaling van het boedeltekort op grond van artikel 2:248 BW in combinatie met artikel 2:11 BW.

De vorderingen van de curator worden toegewezen. Het staat namelijk vast dat eisers de administratie- en publicatieplicht hebben geschonden in de drie jaren voorafgaand aan het faillissement van de vennootschap. Eisers hebben een beherend apotheker in vrijwaring opgeroepen omdat hij verantwoordelijk zou zijn voor het bijhouden van de administratie van de onderneming en het tijdig laten opstellen en publiceren van de jaarrekeningen. Deze stelling zal in de separate vrijwaringsprocedure worden beoordeeld. Maar zelfs als de rechtbank in de vrijwaringsprocedure zou oordelen dat de beherend apotheker zijn werkzaamheden niet goed heeft uitgevoerd, dan geldt nog steeds dat eisers als bestuurders van de onderneming verantwoordelijk waren voor de algemene en financiële gang van zaken van gefailleerde.

Nu vaststaat dat de bestuurstaken onbehoorlijk zijn vervuld, wordt vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de onderneming. Eisers hebben dit vermoeden niet weerlegd door te wijzen op de taak en rol van de beherend apotheker. Ook de verwijzing naar de belangrijkste leverancier van de medicijnen is niet voldoende als weerlegging. Dit is onvoldoende onderbouwd en bovendien was het leveringsprobleem geen belangrijke oorzaak van het faillissement maar een gevolg van de liquiditeitsproblemen waar de onderneming zelf mee te maken had en die door toedoen van eisers zijn ontstaan. Eisers hebben namelijk substantiële bedragen aan het vermogen van gefailleerde onttrokken en een vordering op de holding zonder deugdelijke grondslag of tegenprestatie kwijtgescholden.

Deze omstandigheden dragen, in samenhang gezien, ook zelfstandig het oordeel dat eisers hun taak als bestuurder kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld, waarbij aannemelijk is dat die

onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De conclusie is dat eisers op grond van artikel 2:248 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het faillissementstekort van gefailleerde. De vorderingen in conventie van eisers worden afgewezen en de vorderingen in reconventie van de curator toegewezen.

M.M. Eveleens-van der Zwaag, december 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-12-2023

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2023:6245

Zaaknummer: C/16/511237 / HA ZA 20-837

Rechters: A.A.T. van Rens, G. Konings en J.R. Hurenkamp

Wetsartikelen: 6:162 BW en 2:248 BW