INS INSOLVENTIERECHT UPDATES

Nieuwsbrief INS Updates

Nummer 7, 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. H. Boven, mr. A.D. van Dalen, mr. J. van den Dolder, mr. N. Gamliël, mr. C.M.A. Knoben, mr. I.F.M. Lakwijk, mr. K.C.S. Meekes, mr. A.M.H. Nolte, mr. J.E. van Nuland, mr. W.P.IJ. Overgoor, mr. M. Pinar, 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

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2023:444 07-02-2023
Beroep op interne andere oorzaak van faillissement slaagt in de context van artikel 2:248 lid 2 BW (verwijzingsarrest Mobile Services)
Aangesproken bestuurders verweren zich met succes tegen aansprakelijkstelling op de voet van artikel 2:248 lid 2 BW door mede te verwijzen naar feiten en omstandigheden die niet 'van buiten' komen.

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:2268 15-03-2023
Benoeming UWV en Rabobank tot leden schuldeiserscommissie Imtech
De rechters-commissarissen hadden het UWV en Trane voorgedragen, maar de rechtbank benoemt het UWV en Rabobank. Rabobank wordt benoemd in plaats van Trane in verband met haar kennis en ervaring. Het risico op een tegenstrijdig belang staat niet in de weg aan de benoeming van Rabobank.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:1278 15-03-2023
Betalingen aan vooravond faillissement: wel pauliana, geen bestuurdersaansprakelijkheid
Een dag voor de faillietverklaring betaalt een transportonderneming 75% van de vorderingen van de bestuurder, de Belastingdienst en het personeel. De betaling aan de bestuurder is paulianeus, maar de bestuurder is niet aansprakelijk op grond van onrechtmatige selectieve betaling voor de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2023:1099 08-03-2023

Tekortkoming curator in nakoming activaovereenkomst? Watertanks onroerend of roerend?
Een koper van roerende zaken uit faillissement stelt de curator q.q. en pro se aansprakelijk wegens niet-nakoming van de activaovereenkomst. De rechtbank wijst de vorderingen af. De curator heeft geen verbintenis geschonden ten aanzien van de niet uit het pand verwijderde zaken, die de koper stelde wel te hebben gekocht. Daarnaast zijn twee watertanks volgens de rechtbank onroerend. Deze behoorden daarom niet tot het verkochte.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2023:2069 08-03-2023
Is een OZB-aanslag over periode na datum faillissement boedelschuld?
Gemeente legt na datum faillissement een OZB-aanslag op. Volgens de gemeente is dat een boedelschuld. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake is van een van de categorieën van boedelschulden uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2023:1470 08-03-2023
Vordering van curator uit hoofde van rekening-courantverhouding toegewezen
Volgens de curator heeft de vennootschap een rekening-courantvordering op gedaagde. Gedaagde betwist de verschuldigdheid van het bedrag en doet een beroep op verrekening. De curator meent dat de door gedaagde gestelde kosten niet kunnen worden verrekend met de vordering van de vennootschap. De rechtbank wijst de vordering van de curator uit hoofde van de rekening-courantverhouding als onvoldoende onderbouwd betwist toe.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2023:897 16-02-2023
Curator vernietigt boeking in rekening-courant op grond van artikel 42 Fw
Wegboeken vordering in rekening-courant tegen crediteuren is niet geldig. Partijen waren niet over en weer schuldenaar en schuldeiser zodat verrekening niet mogelijk was.

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2023:969 25-01-2023
Curator kan geen nakoming vorderen omdat hij de overeenkomst niet gestand heeft gedaan
Curator geeft blijk van niet-gestanddoening en verliest daarmee recht op vorderen nakoming wederkerige overeenkomsten. De curator heeft namelijk meegedeeld dat hij pas wilde leveren na betaling, terwijl betaling vooraf niet was overeengekomen.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2022:5519 09-12-2022
WHOA: afkoelingsperiode drie maanden voor 'bezorggroothandel'
Een vennootschap die een bezorggroothandel drijft, bereid een WHOA-akkoord voor

en verzoekt om afkondiging van een afkoelingsperiode. De rechtbank wijst dit verzoek toe. Een afkoelingsperiode is noodzakelijk, omdat de vennootschap in feite de voorraad van haar klanten (restaurants) houdt en klanten direct op zoek gaan naar een andere leverancier als de vennootschap niet op korte termijn kan leveren.

RECHTSPRAAK

Beroep op interne andere oorzaak van faillissement slaagt in de context van artikel 2:248 lid 2 BW (verwijzingsarrest Mobile Services)

Aangesproken bestuurders verweren zich met succes tegen aansprakelijkstelling op de voet van artikel 2:248 lid 2 BW door mede te verwijzen naar feiten en omstandigheden die niet 'van buiten' komen.

Deze zaak leest als een kroniek van artikel 2:248 lid 2 BW en sleept zich al jaren voort. Een aantal vennootschappen (hierna: Mobile Services) hebben zich vanaf 2005 toegelegd op het realiseren van snelle internetverbindingen. Na een hoop gedoe zijn de vennootschappen in de loop van 2011 failliet verklaard. De curator spreekt de bestuurders aan met een beroep op artikel 2:248 lid 2 BW. In eerdere instantie heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat de administratieplicht van artikel 2:10 BW was geschonden. Daarmee staat vast dat kennelijk onbehoorlijk is bestuurd en wordt vermoed dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is.

Tegen dit vermoeden hebben de bestuurders zich verweerd door handelingen van een bestuurder aan te dragen als andere belangrijke oorzaak van het faillissement. Het hof heeft overwogen dat zulks niet kan dienen ter ontzenuwing van het causaliteitsvermoeden van artikel 2:248 lid 2 BW, omdat het dan om een ‘van buiten komende oorzaak’ dient te gaan. In cassatie tegen dit arrest heeft de Hoge Raad overwogen: ‘Naast van buiten komende oorzaken, kan ook handelen of nalaten van een of meer bestuurders dat op zichzelf beschouwd geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert – en waarvan dus niet gezegd kan worden dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld – voldoende zijn voor ontzenuwing van het in art. 2:248 lid 2 BW bedoelde vermoeden.’

De Hoge Raad heeft de zaak verwezen naar het Hof 's-Hertogenbosch, waarbij het hof moet beoordelen of het gestelde handelen ‘andere feiten en omstandigheden opleveren dan onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur en of die feiten en omstandigheden een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest’. Over dat arrest handelt deze

samenvatting.

Het Hof 's-Hertogenbosch overweegt thans dat '[geïntimeerden] aannemelijk hebben gemaakt dat de oorzaak van het faillissement van Mobile Services voornamelijk is gelegen in de, als gevolg van de economische crisis vanaf 2009, sterk verslechterende marktomstandigheden, waardoor het aantal opdrachten en bijbehorende omzet sterk terugliep en Mobile Services een verlieslatend bedrijf werd zonder reëel perspectief op verbetering. Tegen deze achtergrond is aannemelijk dat het conflict over het te voeren beleid dat tegelijkertijd ontstond tussen de (indirect) bestuurders van Mobile Services en hun mislukte poging om aan dat conflict door een uitkoop een einde te maken, eraan heeft bijgedragen dat de onderneming de economische tegenslag niet te boven is gekomen.'

Redactie, maart 2023

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 07-02-2023
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2023:444
Zaaknummer: 200.304.064_01
Rechters: S.C.H. Molin, A.C. van Campen en R.W. Karskens
Advocaten: L.T. Lonis en B.I. Kraaipoel
Wetsartikelen: 2:248 BW

RECHTSPRAAK

Vordering van curator uit hoofde van rekening-courantverhouding toegewezen

Volgens de curator heeft de vennootschap een rekening-courantvordering op gedaagde. Gedaagde betwist de verschuldigdheid van het bedrag en doet een beroep op verrekening. De curator meent dat de door gedaagde gestelde kosten niet kunnen worden verrekend met de vordering van de vennootschap. De rechtbank wijst de vordering van de curator uit hoofde van de rekening-courantverhouding als onvoldoende onderbouwd betwist toe.

Een groothandel in ijzer- en metaalwaren ('de vennootschap') is op 26 maart 2013 failliet verklaard. De bestuurders en aandeelhouders van de vennootschap zijn gedaagde en de Belgische rechtspersoon KV Trading B.V.B.A. ('KV Trading').

Uit de administratie blijkt dat de vennootschap een vordering ad € 34.904,15 heeft op gedaagde uit hoofde van een rekening-courantverhouding. Gedaagde betwist de verschuldigdheid van het bedrag en doet een beroep op verrekening met een vordering ad € 61.764,23 wegens betaalde kosten voor het onderhoud van twee paarden. Door dit verweer is de curator bekend geworden met het bestaan van de paarden die vijf jaar voor datum faillissement zijn gekocht van KV Trading voor respectievelijk € 11.000 en € 14.000, aldus gezamenlijk € 25.000.

Vordering uit rekening-courant

De curator meent dat de door gedaagde gestelde kosten niet kunnen worden verrekend met de vordering van de vennootschap, omdat alle kosten privé zijn gemaakt en betaald. Volgens de curator hadden de paarden niets te maken met de bedrijfsvoering van de vennootschap, maar werden zij hobbymatig gehouden ten behoeve van gedaagde en zijn dochter.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde zijn stelling dat de rekening-courantvordering is ontstaan doordat hij ten behoeve van de kosten voor het onderhoud van de paarden gelden

heeft opgenomen van de rekening van de vennootschap, onvoldoende heeft onderbouwd. Deze stelling is ook niet aannemelijk, omdat de rekening-courantverhouding in ieder geval al sinds 2006 – en dus voor de aanschaf van de paarden – bestaat. Bovendien is geen verklaring gegeven voor de door gedaagde gestelde constructie. Hier komt bij dat gedaagde tegenover de curator niet consistent is geweest in zijn verweer. Aldus wijst de rechtbank de vordering van de curator tot betaling van € 34.904,15 als onvoldoende onderbouwd betwist toe.

Vordering ter zake van de paarden

Met betrekking tot de paarden stelt de curator dat gedaagde zich de paarden op onrechtmatige wijze heeft toegeëigend en heeft onttrokken aan de boedel. De curator vordert vervangende schadevergoeding ad € 25.000. Volgens gedaagde heeft de bestuurder van KV Trading niet lang na het uitspreken van het faillissement een van de twee paarden opgehaald vanwege een door hem gepretendeerd pandrecht. Het andere paard is bij gedaagde achtergelaten. De curator mag dit paard ophalen, aldus gedaagde.

Volgens de rechtbank staat vast dat gedaagde na het faillissement van de vennootschap het achtergebleven paard voor zichzelf is gaan houden en zichzelf als bezitter is gaan beschouwen. Daarmee heeft gedaagde zich het paard toegeëigend. Hoewel dit an sich onrechtmatig is, wordt de vordering tot vervangende schadevergoeding afgewezen. Het paard kan immers door de curator worden opgehaald bij gedaagde. Hiertoe is nog geen poging ondernomen. Of de boedel verder schade heeft geleden door de onrechtmatige gedraging van gedaagde is niet duidelijk.

B.S. Pronk, maart 2023

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant
Datum uitspraak: 08-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2023:1470
Zaaknummer: C/02/394449 / HA ZA 22-70
Rechters: R.T. Hermans
Advocaten: S. Lagidse en R.W. de Pater
Wetsartikelen: 6:140 BW en 3:2a lid 2 BW

RECHTSPRAAK

Curator kan geen nakoming vorderen omdat hij de overeenkomst niet gestand heeft gedaan

Curator geeft blijk van niet-gestanddoening en verliest daarmee recht op vorderen nakoming wederkerige overeenkomsten. De curator heeft namelijk meegedeeld dat hij pas wilde leveren na betaling, terwijl betaling vooraf niet was overeengekomen.

In deze kwestie bestaat discussie over de nakoming van een voor faillissement gesloten wederkerige overeenkomst en of de curator al dan niet een termijn had moeten worden gesteld in de zin van artikel 37 Fw.

De curator vordert in deze procedure primair nakoming van een aantal voor faillissement gesloten overeenkomsten van opdracht voor in totaal € 87.120 (incl. btw). Na datum faillissement heeft een medewerker namens de curator de opdrachtgever meegedeeld dat de opdrachten waren afgerond en dat de opdrachtgever de goederen die hij bestelde kon afhalen. Dit onder de voorwaarde dat voorafgaand aan de levering zou worden betaald aan de boedel. Enkele dagen nadien heeft de opdrachtgever bericht dat hij de opdrachten annuleerde omdat hij niet voor levering wilde betalen. De annulering is door een medewerker van de failliet vennootschap bevestigd. De opdrachtgever heeft vervolgens dezelfde opdrachten opnieuw gegeven aan de doorstarter van de activiteiten van failliet.

De curator stelt dat de opdrachten niet rechtsgeldig zijn geannuleerd. De opdrachtgever zou zich hebben moeten richten tot hem en niet tot de failliete vennootschap. De volmacht gegeven aan de medewerker zou onvoldoende zijn om een opdracht ter waarde van € 87.120 te annuleren. De opdrachtgever had de weg van artikel 37 Fw moeten bewandelen. De curator meent ook dat sprake is van tekortkoming aan de zijde van de opdrachtgever waardoor een ontbinding niet mogelijk was.

Subsidiair meent de curator recht te hebben op een vergoeding van schade op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden.

De rechtbank wijst de vorderingen van de curator af. Aangaande de annulering van de

opdrachten overweegt de rechtbank dat uit de berichtgeving van de medewerker van de curator mocht worden afgeleid dat de curator de overeenkomsten van opdracht niet wilde nakomen. Aan de opdrachtgever werd immers medegedeeld dat de curator pas wilde leveren na betaling. Betaling vooraf was echter niet overeengekomen en dus hoefde de opdrachtgever daarmee niet akkoord te gaan. Een termijn ex artikel 37 Fw was niet meer nodig; de curator had al besloten niet gestand te doen. Daarmee heeft de curator zijn recht tot nakoming verloren.

De subsidiaire vordering wordt afgewezen omdat een beroep op de algemene voorwaarden niet mogelijk is, omdat dit moet worden gezien als een beroep op nakoming van de overeenkomsten en het recht daartoe was de curator verloren. Verder overweegt de rechtbank nog dat een vergoeding hoe dan ook niet aan de orde is, omdat daarvan op grond van de voorwaarden alleen sprake kan zijn bij beëindiging met wederzijds goedvinden. Dat is niet aan de orde omdat de curator – gezien de door hem ingezette procedure – niet instemt met de annulering van de opdrachten.

W.T.N. Vlasveld

Instantie: Rechtbank Overijssel
Datum uitspraak: 25-01-2023
ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2023:969
Zaaknummer: C/08/280805 / HA ZA 22-154
Rechters: E.C. Rozeboom
Advocaten: F. Kolkman en Advocaat L.A. Vitanova
Wetsartikelen: 37 Fw

RECHTSPRAAK

Is een OZB-aanslag over periode na datum faillissement boedelschuld?

Gemeente legt na datum faillissement een OZB-aanslag op. Volgens de gemeente is dat een boedelschuld. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake is van een van de categorieën van boedelschulden uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q.

De curator is curator van een energiecentrale (Rijnmond Energie C.V.), die reeds voor faillietverklaring was stilgelegd. De centrale werd geconserveerd met het oog op verkoop ('mottenballenstatus'). De curator heeft de centrale in december 2015 verkocht; levering geschiedde in 2016. Begin 2016 legt de gemeente een OZB-aanslag op. In de notariële afrekening bij levering staat een door koper te betalen *'property tax*'. Volgens de gemeente is de vordering tot betaling van de OZB een boedelschuld, de curator betwist dat.

De rechtbank overweegt allereerst dat uit het fixatiebeginsel volgt dat na faillietverklaring in beginsel geen schulden ontstaan, die verhaald kunnen worden op de boedel. Daarop vormen slechts boedelschulden een uitzondering. Omdat boedelschulden een uitzondering op het fixatiebeginsel vormen, dient de vraag naar het bestaan van boedelschulden naar zijn aard beperkt te worden uitgelegd. Daarbij is het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) leidend.

Vervolgens worden de categorieën boedelschulden uit dat arrest langsgelopen.

Categorie (i) Wettelijke grondslag?

Nu er geen wetsbepaling is waarin OZB-schulden als boedelschuld worden gekwalificeerd, toetst de rechtbank of artikel 24 Fw terzake een wettelijke basis biedt. Op grond van artikel 24 Fw ontstaan boedelschulden alleen door verbintenissen van de failliet. Indien de failliet na faillietverklaring een handeling verricht waaruit een verbintenis voortvloeit, levert dat een boedelvordering op voor zover de boedel is gebaat. Volgens de rechtbank is de OZB-aanslag geen verbintenis die door de failliet is aangegaan; het is een tijdstipbelasting. Aldus is terzake

geen sprake van een boedelschuld op grond van de wet.

Categorie (ii) Schuld door de curator in zijn hoedanigheid aangegaan?

Vervolgens wordt beoordeeld of de OZB-aanslag een boedelschuld is die de curator in zijn hoedanigheid is aangegaan. Daarvoor is een rechtshandeling nodig. Vaststaat dat de curator geen rechtshandeling is aangegaan met de gemeente, maar met de koper. De koopovereenkomst leidt dus niet tot een boedelschuld. Zelfs als afgesproken zou zijn dat de koper de OZB aan de curator betaalt (de curator beroept zich op geheimhouding, maar betwist de stelling), dan nog betekent dat niet dat voor de gemeente een vordering met het karakter van een boedelschuld is ontstaan.

De gemeente heeft nog betoogd dat de curator het bedrijf heeft voortgezet, omdat er al vóór faillietverklaring sprake was van een 'mottenballenstatus' en de curator die status heeft gecontinueerd. In het faillissementsverslag spreekt de curator zelf ook over voortzetting. Volgens de rechtbank zijn de bewoordingen in het verslag niet bepalend; aan de hand van de omstandigheden van het geval dient getoetst te worden of sprake is van voortzetting in de zin van artikel 98 Fw. Daarvan is volgens de rechtbank geen sprake; met de centrale werd immers geen energie meer opgewekt, zodat de activiteiten ten einde zijn gekomen.

Aldus is ook geen sprake van een boedelschuld uit de tweede categorie.

Categorie (iii) Handelen in strijd met door curator na te leven verplichting?

De rechtbank gaat kort ten overvloede in op de derde categorie. De aanslag leidt niet tot een schuld die een gevolg is van handelen in strijd met een door de curator na te leven verplichting. Er bestaat geen eigen, zelfstandige verplichting van een curator tot voldoening van OZB. Er is daarom geen sprake van een situatie die vergelijkbaar is met de casus in het *Ridderkerkse Taxi Centrale*-arrest (HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, INS 2021-0167), aldus de rechtbank.

Volgt afwijzing van de vorderingen van de gemeente.

Wenk

Op heldere wijze legt de rechtbank uit wanneer een vordering als boedelschuld kan worden gekwalificeerd. De overweging dat boedelschulden naar hun aard slechts in beperkte mate kunnen ontstaan, stemt tot nadenken: tegenwoordig trachten allerlei partijen hun vordering te laten promoveren tot boedelvordering. De rechtbank lijkt dat te willen indammen. Terecht, want hoe minder boedelschulden, hoe meer de andere schuldeisers kunnen ontvangen.

Verder doorloopt de rechtbank in klare taal de verschillende categorieën. Bij één aspect kunnen wel vraagtekens worden geplaatst. Aangezien de curator zich op geheimhouding beroept, is niet duidelijk of hij bij levering de OZB ('*property tax*') betaald heeft gekregen van de koper. Als dat wél het geval zou zijn – de akte van afrekening lijkt dat te suggereren – dan heeft de curator een opbrengst verkregen voor OZB, die hij dan niet afdraagt aan de gemeente. Dat wringt, zeker wanneer bedacht wordt dat andersoortige belastingen (zoals btw) altijd door de curator afgedragen dienen te worden.

A.D. van Dalen, maart 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 08-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:2069
Zaaknummer: C/10/643649 / HA ZA 22-682
Rechters: J.M.J. Arts
Advocaten: J.H. van der Weide en J.G.M. Roijers
Wetsartikelen: 24 Fw en 98 Fw

RECHTSPRAAK

Tekortkoming curator in nakoming activaovereenkomst? Watertanks onroerend of roerend?

Een koper van roerende zaken uit faillissement stelt de curator q.q. en pro se aansprakelijk wegens niet-nakoming van de activaovereenkomst. De rechtbank wijst de vorderingen af. De curator heeft geen verbintenis geschonden ten aanzien van de niet uit het pand verwijderde zaken, die de koper stelde wel te hebben gekocht. Daarnaast zijn twee watertanks volgens de rechtbank onroerend. Deze behoorden daarom niet tot het verkochte.

Gecombineerde Pluimvee Slachterijen (G.P.S.) B.V. exploiteerde een vleeskuikenslachterij. Dat deed zij vanuit een bedrijfspand van GPS Vastgoed B.V. Beide vennootschappen zijn in 2020 gefailleerd.

De curator heeft – als curator van de slachterij – de inventaris voor € 3,52 miljoen verkocht aan eiseres, Platinum Industrial Plant & Machinery B.V. ('PIPM'). In de activaovereenkomst is afgesproken dat PIPM het bedrijfspand nog negen maanden mag gebruiken en daarna ontruimd zal opleveren. Daarnaast heeft hij – als curator van de vastgoedvennootschap – het bedrijfspand verkocht aan Schootbrugge Holding B.V. ('Schootbrugge'). Hierbij heeft hij bedongen dat Schootbrugge de verplichtingen jegens PIPM als eigen verplichtingen zal nakomen.

Tussen PIPM, de curator en Schootbrugge ontstaat discussie over welke zaken door PIPM zijn gekocht. Volgens de activaovereenkomst gaat het om de roerende zaken die zich bevinden in het bedrijfspand. Verwezen wordt naar een taxatierapport, waarin de zaken zo goed als mogelijk zijn beschreven, en een schriftelijke nuancering bij het rapport.

Een eerste overleg leidt ertoe dat PIPM een groot aantal kavels uit de door haar georganiseerde veiling haalt. Over vijf zaken blijft echter discussie bestaan. De discussie escaleert dusdanig dat een partij die op basis van de activaovereenkomst met PIPM twee watertanks van het terrein wil verwijderen, onder politiedwang de toegang tot het terrein is ontzegd. Uiteindelijk

laat PIPM deze vijf zaken achter op het terrein. In deze procedure vordert zij schadevergoeding: (a) van de curator q.q. en deels – voor drie zaken – pro se: wegens niet-nakoming van de verplichtingen uit de activaovereenkomst; en (b) van Schootbrugge: wegens profiteren van wanprestatie dan wel ongerechtvaardigde verrijking.

De rechtbank wijst alle vorderingen af.

Zij behandelt als laatst de vraag of twee watertanks die op het discussielijstje staan onroerend zijn. Dat is volgens haar het geval. De curator had onbetwist gesteld dat het gaat om enorme, ingegraven tanks, die met leidingen verbonden zijn aan het pand en dienen als boilers voor het warmwatersysteem in het pand. Daaruit volgt de naar buiten kenbare bedoeling van de bouwer dat de tanks bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven. De tanks zijn op grond van artikel 3:3 lid 1 BW dus onroerend, en zijn dus niet verkocht aan PIPM. Het maakt niet uit dat de tanks in het taxatierapport stonden vermeld en dat ze niet waren vermeld in het lijstje van getaxeerde zaken die waren uitgesloten van de verkoop. Het rapport was alleen bedoeld om een indruk te krijgen van de activa, aldus de rechtbank. Onroerende zaken die in eigendom toebehoren aan derden, waaronder de vastgoedvennootschap – en dus: de watertanks – behoorden niet tot het verkochte.

Ook ten aanzien van de vier resterende zaken neemt de rechtbank geen aansprakelijkheid aan. Aan de leveringsverplichting is voldaan door de sleuteloverdracht aan PIPM en vervulling van de opschortende voorwaarden van voldoening van de koopsom. Als de stellingen moeten worden begrepen als verwijt dat PIPM de zaken niet uit het pand heeft kunnen verwijderen, geldt dat onvoldoende is onderbouwd welke verbintenis de curator heeft geschonden en dat de curator hiermee in verzuim is. De rechtbank wijst er onder meer op dat – zo lijkt het – ten aanzien van alle vier de zaken de curator uiteindelijk drie tot anderhalve week voor de opleveringsdatum heeft bevestigd dat deze door PIPM verwijderd mochten worden, dat PIPM een professionele partij is die vaker uit faillissement koopt, dat in de overeenkomst een in faillissementen gebruikelijke clausule was opgenomen dat de curator het laatste woord heeft bij geschillen over aanspraken van derden op de verkochte activa, en het op de weg van PIPM had gelegen om – voor zover zij zich niet met dat oordeel kon verenigen – dit tijdig in kort geding door de rechter te laten toetsen.

Omdat geen sprake is van wanprestatie aan de zijde van de curator, kan Schootbrugge hier ook niet van hebben geprofiteerd. Ook van ongerechtvaardigde verrijking is volgens de rechtbank geen sprake, omdat PIPM zelf de aan haar verkochte zaken niet tijdig uit het pand heeft verwijderd. De eventuele verrijking van Schootbrugge is alleen ongerechtvaardigd als het aan haar te wijten zou zijn dat de zaken niet door PIPM zijn verwijderd. Daarvoor is onvoldoende dat Schootbrugge, zoals in dit geval, de curator aansprakelijkheid in het

vooruitzicht heeft gesteld bij verwijdering van de zaken door PIPM.

J.H.M. van de Wiel, maart 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 08-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:1099
Zaaknummer: 398125
Rechters: P.F.A. Bierbooms, K.H.A. Heenk en J. Mesman
Advocaten: P. Ingwersen, C.H. Strijkert en A. de Volkerink- Boer
Wetsartikelen: 6:74 BW, 3:3 lid 1 BW, 6:162 BW en 6:212 BW

RECHTSPRAAK

Betalingen aan vooravond faillissement: wel pauliana, geen bestuurdersaansprakelijkheid

Een dag voor de faillietverklaring betaalt een transportonderneming 75% van de vorderingen van de bestuurder, de Belastingdienst en het personeel. De betaling aan de bestuurder is paulianeus, maar de bestuurder is niet aansprakelijk op grond van onrechtmatige selectieve betaling voor de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel.

Een vennootschap die een transportonderneming dreef ('het transportbedrijf'), is op 23 december 2020 op eigen aangifte failliet verklaard. De enige klant van het transportbedrijf was Gecombineerde Pluimvee Slachterijen B.V. ('GPS'). Op 30 oktober 2020 is aan GPS surseance van betaling verleend. GPS is op 19 november 2020 failliet verklaard. Op 2 december 2020 heeft de curator van GPS aan onder meer het transportbedrijf laten weten dat een doorstart vermoedelijk niet tot de mogelijkheden behoort. Op 21 december 2020 heeft de curator definitief gemeld dat een doorstart van GPS niet mogelijk is.

Binnen het transportbedrijf is in ieder geval vanaf 18 november 2020 gesproken over een eigen faillissementsaanvraag. De transportonderneming heeft hiervoor ook advies gevraagd. De adviseur heeft in dit verband op 22 december 2020 stukken gestuurd en gesteld dat 75% van de vorderingen van de bestuurder, de Belastingdienst en het personeel kan worden betaald voor de faillietverklaring. Deze betalingen zijn verricht op 22 december 2020. Op 23 december 2020 is het transportbedrijf failliet verklaard, kennelijk op eigen aangifte van dezelfde dag.

De enige bestuurder en aandeelhouder van het transportbedrijf is een holding, waarvan een natuurlijk persoon enig bestuurder en aandeelhouder is. De curator vordert het aan de bestuurder betaalde bedrag terug op grond van artikel 47 Fw. Daarnaast stelt de curator de holding en de indirect bestuurder (hierna ook gezamenlijk 'de bestuurder') aansprakelijk wegens selectieve betaling aan de Belastingdienst en het personeel.

De rechtbank oordeelt dat de curator het aan de holding betaalde bedrag kan terugvorderen op grond van artikel 47 Fw. Omdat de indirect bestuurder zeggenschap had over zowel het

transportbedrijf als de holding en 75% van de vordering van de holding aan de vooravond van het faillissement is voldaan, is het oogmerk om de holding boven andere schuldeisers te begunstigen (samenspanning) gegeven.

De bestuurder wordt niet aansprakelijk gehouden wegens onrechtmatig selectief betalen aan de Belastingdienst en het personeel. De rechtbank overweegt dat een schuldenaar in beginsel zelf kan bepalen in welke volgorde schulden worden betaald. Die vrijheid is beperkter als besloten is om de activiteiten te beëindigen, terwijl niet alle schulden betaald kunnen worden. Een bestuurder die dan selectief betaalt, is aansprakelijk als hem een ernstig verwijt treft van zijn handelen.

Naar het oordeel van de rechtbank was op het moment van de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel besloten de activiteiten te beëindigen. Desondanks heeft de bestuurder niet ernstig verwijtbaar gehandeld, omdat niet is betaald aan gelieerde partijen, de bestuurder geen persoonlijk belang had bij de betalingen en de betalingen voor hetzelfde percentage zijn verricht aan preferente schuldeisers. De bestuurder is dus niet aansprakelijkheid tegenover de gezamenlijke schuldeisers voor de betalingen aan de Belastingdienst en het personeel.

De vordering van de bestuurder om de curator te veroordelen in de volledige proceskosten wordt afgewezen. De curator heeft geen misbruik van procesrecht gemaakt. Omdat beide partijen deels in het ongelijk worden gesteld, compenseert de rechtbank de proceskosten.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 15-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2023:1278
Zaaknummer: 401894
Rechters: G.J. Meijer
Advocaten: F.W. Aartsen en B.F.G. Koren
Wetsartikelen: 47 Fw en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

WHOA: afkoelingsperiode drie maanden voor 'bezorggroothandel'

Een vennootschap die een bezorggroothandel drijft, bereid een WHOA-akkoord voor en verzoekt om afkondiging van een afkoelingsperiode. De rechtbank wijst dit verzoek toe. Een afkoelingsperiode is noodzakelijk, omdat de vennootschap in feite de voorraad van haar klanten (restaurants) houdt en klanten direct op zoek gaan naar een andere leverancier als de vennootschap niet op korte termijn kan leveren.

Een vennootschap die kennelijk een groothandel drijft, onder meer voor restaurants, bereidt een WHOA-akkoord voor. Eerder had de vennootschap niet alleen een bezorgservice maar ook een zelfbedieningsgroothandel, maar in 2020 is de zelfbedieningsgroothandel gesloten. Dit heeft geleid dat het ontslag van meer dan een kwart van de werknemers. In 2020 werd de bedrijfsvoering getroffen door de coronacrisis. Sinds 2022 trekt de omzet weer aan. ABN Amro wil dat het krediet (van ongeveer € 3,5 miljoen) wordt teruggebracht en de Belastingdienst wenst terugbetaling van de tijdens de coronacrisis opgebouwde belastingschuld (van ongeveer € 6 miljoen). Een investeerder heeft toegezegd € 2,5 tot 3 miljoen te investeren in ruil voor een aandelenbelang. ABN Amro is reeds akkoord gegaan met een bedrag dat kan worden aangeboden onder het akkoord.

In deze procedure verzoekt de vennootschap om de afkondiging van een afkoelingsperiode. Dat is noodzakelijk, omdat de bedrijfsvoering gestaakt zou moeten worden als beslag zou worden gelegd op de voorraden. De vennootschap houdt namelijk in feite de voorraden voor haar klanten, zodat klanten direct op zoek gaan naar een andere leverancier als de vennootschap niet in staat is op korte termijn te leveren.

De rechtbank wijst het verzoek toe. De vennootschap heeft de noodzaak van de afkoelingsperiode voldoende aannemelijk gemaakt: op basis van overgelegde waarderingsrapporten ontvangen schuldeisers met een WHOA-akkoord meer dan in

faillissement en ABN Amro is op de hoogte van het verzoek maar heeft hier geen bezwaren tegen. Omdat de vennootschap ter zitting heeft verklaard dat een afkoelingsperiode van drie maanden voldoende is, wordt de afkoelingsperiode toegewezen voor de duur van drie maanden.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 09-12-2022
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2022:5519
Zaaknummer: RP 22/9 H
Rechters: P.J. Neijt, K.M. van Hassel en C.A.M. de Bruijn
Advocaten: A.W. de Man en M. Anneveld
Wetsartikelen: 376 Fw

RECHTSPRAAK

Benoeming UWV en Rabobank tot leden schuldeiserscommissie Imtech

De rechters-commissarissen hadden het UWV en Trane voorgedragen, maar de rechtbank benoemt het UWV en Rabobank. Rabobank wordt benoemd in plaats van Trane in verband met haar kennis en ervaring. Het risico op een tegenstrijdig belang staat niet in de weg aan de benoeming van Rabobank.

Op 6 januari 2023 heeft de rechtbank twee leden van de schuldeiserscommissie van Imtech op eigen verzoek ontslagen en de rechters-commissarissen in de gelegenheid gesteld een voordracht van een dubbeltal te doen (INS 2023-0017). De rechters-commissarissen hebben twee schuldeisers voorgedragen: het UWV en Trane Netherlands B.V. ('Trane'). De rechters-commissarissen hebben het UWV voorgedragen omdat het een preferente schuldeiser is en een meer algemeen maatschappelijk belang vertegenwoordigt. Trane is voorgedragen als vertegenwoordiger van de (kleinere) concurrente schuldeisers. Rabobank heeft zich eerder bereid verklaard lid te worden van de schuldeiserscommissie, maar de rechters-commissarissen hebben Rabobank niet voorgedragen, omdat het derde lid van de commissie (Pica) de financiers al vertegenwoordigt en Rabobank (en ook Pica) mogelijk door de curatoren wordt aangesproken op grond van pauliana en in dat kader een tegenstrijdig belang zal hebben in de commissie.

De rechtbank merkt allereerst op dat de Wet modernisering faillissementsprocedure bij het uitspreken van het faillissement van Imtech nog niet in werking was getreden, zodat de schuldeiserscommissie van Imtech uit maximaal drie leden mag bestaan. Verder merkt de rechtbank op dat de rechters-commissarissen geen tweetallen voor beide vacatures hebben aangedragen. Per vacature is slechts één kandidaat voorgedragen. Omdat Rabobank ook bereid is lid te worden van de schuldeiserscommissie, gaat de rechtbank uit van het UWV, Trane en Rabobank als kandidaat-leden.

Naar het oordeel van de rechtbank is een diverse samenstelling van de commissie van belang, maar het is ook belangrijk dat de leden genoeg 'kennis en kunde' hebben om de curator in dit

complexe faillissement te adviseren en 'inhoudelijk een voldoende stevige gesprekspartner voor de curatoren zijn'. De rechtbank benoemt daarom het UWV als vertegenwoordiger van een breder en ook maatschappelijk belang en als vertegenwoordiger van de preferente schuldeisers. Daarnaast benoemt de rechtbank Rabobank vanwege haar kennis, ervaring en goede reputatie. Dat Rabobank een tegenstrijdig belang heeft als de curatoren de financiers willen aanspreken op grond van pauliana staat niet in de weg aan de benoeming van Rabobank, omdat hiervoor een oplossing geboden kan worden in een protocol. Rabobank is als RCF lender/agent (leninggever en agent van de doorlopende kredietfaciliteit) een andere financier dan Pica (noteholder), zodat de commissie ook met de benoeming van Rabobank divers is samengesteld. Trane wordt niet benoemd, omdat de rechters-commissarissen niet hebben toegelicht wat de specifieke expertise is van Trane.

De rechtbank gaat er tot slot van uit dat op korte termijn een nieuwe vergadering wordt gehouden, omdat de laatste vergadering van de schuldeiserscommissie plaatsvond op 6 oktober 2021 en tijdens de zitting van 16 december 2022 is gebleken dat op korte termijn belangrijke ontwikkelingen zullen plaatsvinden in het faillissement.

H.J. de Kloe, maart 2023

Instantie: Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak: 15-03-2023
ECLI: ECLI:NL:RBROT:2023:2268
Zaaknummer: C/10/488101 / HA RK 15-943
Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, Th. Veling en J.M.J. Arts
Wetsartikelen: 74 Fw

RECHTSPRAAK

Curator vernietigt boeking in rekening-courant op grond van artikel 42 Fw

Wegboeken vordering in rekening-courant tegen crediteuren is niet geldig. Partijen waren niet over en weer schuldenaar en schuldeiser zodat verrekening niet mogelijk was.

X is bestuurder en enig aandeelhouder van Y B.V. In Y B.V. is de eenmanszaak van X ingebracht. Daarnaast is X ook bestuurder en enig aandeelhouder van de gedaagde, de holding Z B.V. Op 22 oktober 2019 is ruim € 1,5 miljoen gestort op de rekening van (de eenmanszaak van) X. Tussen 29 oktober 2019 en 3 januari 2020 is ruim € 460.000 gestort op de rekening van een notariskantoor. Op 6 december 2019 zijn Y B.V. en holding Z B.V. (gedaagde) opgericht. Op 3 januari 2020 is aan gedaagde een woonschip geleverd, waarvoor het koopcontract op 29 oktober 2019 (dus voor oprichting gedaagde) is getekend. Op 12 april 2022 is het faillissement van Y B.V. uitgesproken.

In de boeken is de overboeking naar het notariskantoor doorgezet naar de grootboekrekening R/C Z B.V. Daarnaast is in het grootboek 2020 bijna € 550.000 weggeboekt naar de grootboekrekening crediteuren.

De curator heeft op grond van artikel 42 Fw de weg- of afboeking althans kwijtschelding van de rekening-courantvordering van Y op Z dan wel de onderliggende rechtshandeling buitengerechtelijk vernietigd. De curator vordert dan ook primair dat deze buitengerechtelijke vernietiging rechtsgeldig heeft plaatsgevonden en dat de bijna € 550.000 die is weggeboekt naar de crediteurenrekening (met rente) moet worden terugbetaald. Aan de subsidiaire vordering(en) wordt niet toegekomen.

De curator legt aan zijn vordering ten grondslag dat er geen zakelijke rechtvaardiging is voor het kwijtschelden/afboeken van de rekening-courantvordering van bijna € 550.000 en dat sprake was van een onverplichte rechtshandeling en wetenschap van benadeling van schuldeisers.

De gedaagde stelt dat zij mocht verrekenen met de managementfee en vergoeding voor

werkzaamheden die gedaagde nog aan Y BV verschuldigd was, evenals het bedrag van € 1,5 miljoen dat Y B.V. nog aan Z B.V. moest betalen.

De rechtbank overweegt dat vaststaat dat betalingen hebben plaatsgevonden vanuit Y B.V. aan een notariskantoor waarmee een woonschip is gekocht dat op naam van gedaagde is gekomen. Dit heeft ertoe geleid dat een vordering van Y B.V. op gedaagde ontstond die in de rekening-courant is geboekt. De betwiste boeking die vervolgens heeft plaatsgevonden is een boeking waarbij de vordering in rekening-courant op gedaagde is weggeboekt tegen crediteuren. Blijkens de ter zitting gegeven toelichting was dit geen vordering in de boekhouding van gedaagde maar een vordering van Das Werk GmbH, een vennootschap waarvan X ook aandeelhouder en bestuurder is, wegens geleverde kleding.

De rechtbank concludeert dat Y B.V. en Z B.V. niet over en weer schuldenaar en schuldeiser waren en dat verrekening dus niet mogelijk was. De curator stelt terecht dat deze boeking Paulianeus was en dat de schuldeisers zijn benadeeld. De boeking is dus terecht vernietigd door de curator. De primaire vordering wordt daarom toegewezen en de rechtbank veroordeelt Z B.V. tot betaling van bijna € 550.000 vermeerderd met de wettelijke rente aan de curator.

D.R.C. Smit, maart 2023.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 16-02-2023
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2023:897
Zaaknummer: C/13/719865 / HA ZA 22-525
Rechters: R.H.C. Jongeneel
Advocaten: R.T. Mets en H.M. Punt
Wetsartikelen: 42 Fw