

rechter ten onrechte geen gebruiksvergoeding heeft toegewezen vanaf de ontbinding tot de ontruiming. De grief faalt reeds omdat de vordering tot ontbinding niet toewijsbaar is en de huurovereenkomst met appellante 1 voortduurt.

3.18. Hoewel geïntimeerde in hoger beroep (mede) heeft geconcludeerd tot toewijzing van al zijn (afgewezen) vorderingen, heeft hij afgezien van na te melden grief 2 met betrekking tot de proceskosten in reconventie, geen grief gericht tegen de afwijzing van de overige vorderingen (waaronder de afwijzing van de gevorderde contractuele boete), zodat het hof aan een beoordeling daarvan niet toekomt.

Kostenveroordeling in conventie en compensatie van kosten in reconventie

3.19. Grief 4 in principaal hoger beroep slaagt gedeeltelijk. Nu de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is voor zover het appellante 1 aangaat, zijn zij en (de vanwege haar in het gehuurde aanwezige) appellante 2 ten onrechte in de kosten in conventie veroordeeld. Het hof is van oordeel dat nu partijen in conventie over en weer deels in het ongelijk worden gesteld, de gedingkosten moeten worden gecompenseerd tussen appellante 1 en appellante 2 enerzijds en geïntimeerde anderzijds. Voor het overige faalt de grief.

3.20. Grief 2 in incidenteel hoger beroep betreft de compensatie van proceskosten in reconventie. Nu appellante 1 en appellante 2 enerzijds en geïntimeerde anderzijds, mede gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, ook in reconventie over en weer in het ongelijk worden gesteld, zijn de proceskosten terecht tussen hen gecompenseerd.

Slotsom in principaal en incidenteel hoger beroep

3.21. Het bestreden vonnis zal voor zover het ziet op appellante 1 en appellante 2 enerzijds en geïntimeerde anderzijds in conventie en in reconventie (voor de duidelijkheid en leesbaarheid van het dictum geheel) worden vernietigd. De door appellante 1 en appellante 2 in conventie gevorderde verklaring voor recht wordt toegewezen, de proceskosten worden gecompenseerd en de overige vorderingen worden afgewezen. De vorderingen in reconventie worden (voor zover deze appellante 1 en appellante 2 aangaan) afgewezen, met dien verstande dat de jegens appellante 1 toegewezen vordering tot betaling van de indexering van € 4.810,20, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 februari 2012 terecht is toegewezen en hierna (als gezegd voor de duidelijkheid) opnieuw zal worden geformuleerd. Ook de – de overwegingen in hoger beroep in aanmerking genomen – terecht compensatie van proceskosten in reconventie

wordt voor de duidelijkheid hierna opnieuw geformuleerd.

3.22. In principaal hoger beroep zijn partijen over en weer in het ongelijk gesteld. De kosten worden daarom gecompenseerd. Geïntimeerde dient als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van het incidenteel hoger beroep te dragen.

4 Beslissing

Het hof:

recht doende in principaal en incidenteel appel:

vernietigt het vonnis waarvan beroep in conventie en in reconventie, voor zover het is gewezen tussen appellante 1 en appellante 2 enerzijds en geïntimeerde anderzijds, en in zoverre opnieuw recht doende:

verklaart voor recht dat de opzegging van 13 september 2013 geen effect heeft gehad en de huurovereenkomst tussen appellante 1 en geïntimeerde niet is geëindigd per 31 december 2013;

veroordeelt appellante 1 (hoofdelijk naast Y) tot betaling aan geïntimeerde van € 4.810,20 ter zake van onbetaald gebleven indexeringen van de huurprijs, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1 februari 2012;

compenseert de kosten van het geding in conventie in eerste aanleg aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

compenseert de kosten van het geding in reconventie in eerste aanleg aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

compenseert de kosten van het geding in principaal hoger beroep aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt;

veroordeelt geïntimeerde in de kosten van het geding in incidenteel hoger beroep tot op heden aan de zijde van appellante 1 en appellante 2 begroot op € 1.341 voor salaris;

verklaart dit arrest met betrekking tot de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het in eerste aanleg en in hoger beroep meer of anders gevorderde.

RI 2016/86

HOF AMSTERDAM

17 mei 2016, nr. 200.154.681/01

(Mrs. A.S. Arnold, M.P. van Achterberg, M.J.J. de Bontridder)

Art. 6:162, 7:404 BW

AR 2016/1426

ECLI:NL:GHAMS:2016:1901

Peeters/Gatzen-vordering. Aansprakelijkheid insolventieadviseur.

Leidt wanprestatie van de externe insolventieadviseur tot een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers die in hun verhaal zijn benadeeld (Peeters/Gatzen-vordering)?

Een groep vennootschappen met een BMW-dealerschap leidt vanaf 2003 verlies. In mei 2005 volgt boekenonderzoek omzetbelasting door de fiscus. Op 4 januari 2006 besluiten directie en voornaamste financiers dat de onderneming en de vennootschappen moeten worden gesaneerd. Op 6 januari 2006 zegt ING Bank het krediet op. Op voordracht van ING Bank wordt een gespecialiseerd insolventieadviseur aangesteld om de sanering te begeleiden. In de periode januari tot en met maart 2006 verkoopt deze de activa van een aantal bedrijven. Uit de opbrengst worden de financiers BMW en ING Bank volledig voldaan. De vader van de directieleden, die ook financier is, ontvangt ook substantiële bedragen, evenals de insolventieadviseur zelf. In mei 2006 gaat één vennootschap op eigen aangifte failliet. In deze vennootschap bevinden zich geen activa, maar wel een substantiële vordering van de fiscus. Vanwege de fiscale eenheid vennootschapsbelasting worden de andere vennootschappen op verzoek van de curator failliet verklaard. De curator vordert ten behoeve van de gezamenlijke faillissementscrediteuren van de insolventiespecialist vergoeding van schade wegens onrechtmatige daad (Peeters/Gatzen-vordering).

Hof: De beweerdelijk geschonden norm – dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen in staat voor zijn schuldeisers met inachtneming van ieders rang (art. 3:277 lid 1 BW) – strekt naar zijn aard ter bescherming van de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Van een gezamenlijkheid van crediteuren moet worden uitgegaan, nu in de vonnissen tot faillietverklaring onherroepelijk is beslist dat aan het pluraliteitsvereiste is voldaan. Uitgangspunt is verder dat de opdracht met het oog op de persoon van geïntimeerde – namelijk vanwege zijn bijzondere kwaliteit van gespecialiseerd insolventieadviseur – is verstrekt. Geïntimeerde heeft zelf de opdracht feitelijk uitgevoerd. Daarmee is op geïntimeerde zelf de zorgplicht van een goed opdrachtnemer komen te rusten (art. 7:404 BW). In de aard van de opdracht (sanering van de onderneming met liquiditeitsproblemen) ligt besloten dat geïntimeerde zich bij de uitvoering daarvan ook de belangen van de schuldeiser had behoren aan te trekken. Daartoe had hij de schuldenpositie van de vennootschappen in kaart moeten brengen en in zijn advisering ieders verhaalsrecht moeten respecteren. Schending van die verplichting levert jegens de schuldeisers die in hun verhaalsrechten zijn benadeeld een onrechtmatige daad op, indien geïntimeerde zich van die benadeling bewust was of had behoren te zijn. Genoegzaam

is komen vast te staan dat de vennootschappen een belastingschuld hebben, waarvoor zij grotendeels hoofdelijk aansprakelijk zijn. De aansprakelijkheid van geïntimeerde voor de belastingschuld vereist dat hij onrechtmatig jegens gezamenlijke schuldeisers heeft gehandeld. De gezamenlijke schuldeisers dienen door de transacties te zijn benadeeld en geïntimeerde moet die benadeling bewerkstelligd, geïnstigeerd dan wel bevorderd of daarvan geprofiteerd hebben. Het hof stelt vast dat dit het geval is en verklaart voor recht dat geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van verschillende vennootschappen.

Zie ook:

- HR 5 februari 2016, RI 2016/33 (Dekker q.q./X);
- HR 14 januari 2011, RI 2011/29 (Butterman q.q./Rabobank);
- HR 16 september 2005, NJ 2006/311, m.nt. Van Schilfgaarde (De Bont/Bannenbergh q.q.);
- HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, m.nt. Wachter (Peeters/Gatzen);
- Hof Arnhem 9 oktober 2012, RI 2013/59 (mr. Kaiser/Pasma q.q.): over de Peeters/Gatzen-vorderingen jegens een adviseur/advocaat;
- Rb. Zwolle-Lelystad, 12 januari 2011, RI 2011/50: over selectieve betaling;
- I. Spinath, 'Het beperkte bereik van de Peeters/Gatzen-vordering en de wenselijkheid daarvan', FIP 2016/280;
- Vroom & Kerstens, 'Wie de botte bijl hanteert komt de man met de hamer tegen – over (ruim) dertig jaar Peeters/Gatzen-vordering', in: Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator*, INSOLAD jaarboek 2015, Deventer: Kluwer 2015, p. 97 e.v.

Wenk:

Deze uitspraak gaat over de Peeters/Gatzen-vordering (PGV) en zegt ook iets over de aansprakelijkheid van een gespecialiseerd insolventieadviseur. De PGV is de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad bestaande in de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsvermogen. De vordering komt niet aan de gefailleerde zelf toe, omdat deze de handeling met de aangesproken derde zelf verrichtte. In dit geval gaat het onder andere om activatransacties door de later gefailleerde vennootschappen op instigatie van een gespecialiseerd insolventieadviseur. De opbrengst is niet aangewend conform art. 3:277 BW, waar dat wel zou hebben moeten. Immers, de transacties werden verricht in het kader van de sanering/staking

van de activiteiten van de vennootschappen, terwijl voor de vennootschappen en de insolventiespecialist duidelijk moet zijn geweest dat het faillissement van de vennootschappen onafwendbaar was. De opbrengst is met name gebruikt om de financiers te voldoen, ook wanneer deze daarbij geen voorrang hadden. In die zin is sprake van selectieve betaling. De door de curator aangesproken insolventieadviseur verweert zich met de stelling dat de curator slechts de belangen van een schuldeiser, de fiscus, behartigt. Kennelijk meent hij dat als de opbrengst niet voor betaling van de financiers zou zijn aangewend, slechts de fiscus zou zijn betaald. Die vlieger gaat niet op. Niet alle schuldeisers hoeven individueel daadwerkelijk schade te hebben geleden. Het gaat erom dat de gezamenlijkheid van de schuldeisers, de boedel, schade is toegebracht (vgl. HR 14 januari 2011, *RI* 2011/29). Aan het vereiste van benadeling van de gezamenlijke schuldeisers is derhalve voldaan. Vervolgens is vereist dat de insolventieadviseur de benadeling heeft bewerkstelligd, geïnstigeerd en bevordert dan wel daarvan heeft geprofiteerd. Het hof acht in dat kader van belang dat de insolventiespecialist als feitelijk beleidsbepaler is opgetreden.

Het hof geeft een belangrijke aanwijzing aan adviseurs op het gebied van herstructureringen, saneringen of faillissementen. De aanwijzing ziet op de invulling van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:404 BW). Het hof overweegt dat bij de sanering van een onderneming met liquiditeitsproblemen de opdrachtnemer (insolventiespecialist) zich bij de uitvoering van zijn opdracht ook de belangen van schuldeisers behoort aan te trekken en de schuldenpositie van de vennootschappen in kaart moet brengen. In zijn advisering dient hij ieders verhaalsrecht te respecteren. Voldoet de insolventiespecialist niet aan deze zorgplicht, dan pleegt hij in de opdrachtrelatie wanprestatie en is hij jegens derden mogelijk aansprakelijk uit hoofde van onrechtmatige daad. Voor dat laatste moet sprake zijn van benadeling, waarvan de insolventiespecialist zich bewust was of had behoren te zijn. De door een stakeholder ingeschakelde insolventiespecialist kan zijn oren derhalve niet ongestraft zonder meer naar zijn opdrachtgever laten hangen.

(J.A. Stal)

E.A.E.G.J. Libosan q.q., in hoedanigheid van curator in de faillissementen van bedrijf 1 t/m 7. te Den Haag, appellant, adv. mr. M.M. Hoving, tegen
Geïntimeerde, adv. mr. L.J.P.E. Donckers-Corten.

Hof:

1 *Het geding in hoger beroep*

Partijen worden hierna de curator en geïntimeerde genoemd en de gefailleerden worden aangeduid als bedrijf 1, bedrijf 2, bedrijf 3, bedrijf 4, bedrijf 5, bedrijf 6 en bedrijf 7 en gezamenlijk ook als de (V) vennootschappen.

De curator is bij dagvaarding van 13 juni 2014 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 26 maart 2014, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen de curator als eiser en geïntimeerde als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven tevens inhoudende wijzigingen van eis, met producties;

- memorie van antwoord, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 25 maart 2015 doen bepleiten, de curator door mr. Hoving voornoemd en geïntimeerde door mr. M.J.A. Castelijns, advocaat te Breda, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Beide partijen hebben toen bij akte nader producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

De curator heeft de vorderingen ten behoeve van (de gezamenlijke schuldeisers van) bedrijf 7 en bedrijf 5 ingetrokken en heeft overigens geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – zijn in het petitum van de memorie van grieven geformuleerde eis zal toewijzen, met veroordeling van geïntimeerde in de kosten van het geding in beide instanties.

Geïntimeerde heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis en overigens overeenkomstig de conclusie van de memorie van antwoord, met – uitvoerbaar bij voorraad – beslissing over de proceskosten.

De curator heeft in hoger beroep bewijs van zijn stellingen aangeboden. Geïntimeerde heeft dat voorwaardelijk gedaan.

2 *Feiten*

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt.

3 *Beoordeling*

3.1 Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

(i) De V vennootschappen hebben zich beziggehouden met verkoop, onderhoud en reparatie van auto's van (voornamelijk) het merk BMW. De directie werd gevoerd door N (NVDP)

en M (MVDP), die tevens via hun persoonlijke holdings gezamenlijk 95% van de aandelen in de vennootschappen hielden. De belangrijkste financiers van de vennootschappen waren ING, BMW en C (CVDP), vader van NVDP en MVDP.

(ii) Vanaf 2003 leden de vennootschappen verlies. In mei 2005 is de fiscus een boekenonderzoek omzetbelasting gestart met betrekking tot de jaren 2000-2004. Dat onderzoek heeft geresulteerd in een conceptrapport van 17 februari 2006 en een eindrapport van 14 maart 2006 en heeft geleid tot naheffingsaanslagen omzetbelasting in het tijdvak 13 februari 2006-27 maart 2006. Tijdens een bespreking op 4 januari 2006 tussen de directie, ING, BMW en CVDP is besloten de (ondernemingen van de) vennootschappen te saneren en op 6 januari 2006 heeft ING het krediet opgezegd (welke opzegging op 8 februari 2006 is geëffectueerd).

(iii) Geïntimeerde is *gespecialiseerd insolventieadviseur* en is door de afdeling risk management van ING voorgedragen om het saneringstraject te begeleiden. Op 9 januari 2006 heeft een eerste bespreking plaatsgehad tussen NVDP en geïntimeerde en zijn afspraken gemaakt met geïntimeerde, althans diens persoonlijke vennootschap Forgrepa B.V. (voorheen genaamd Forester Grenfill Corporate Finance B.V.), hierna FGP, over zijn honorering.

(iv) Bij overeenkomsten van 11 januari 2006, 9 februari 2006 en 17 maart 2006 zijn achtereenvolgens de activa van bedrijf 3, bedrijf 4 en bedrijf x verkocht; die van bedrijf 3 aan een derde (---) B.V.) en die van bedrijf 4 en bedrijf x aan BMW. Uit de opbrengst zijn BMW en ING volledig voldaan, heeft in ieder geval CVDP (indirect) substantiële bedragen ontvangen (dat NVDP en MVDP ook substantiële bedragen van de vennootschappen hebben ontvangen is betwist) en is het honorarium van geïntimeerde, althans FGP, betaald; volgens de curator circa € 372.725 en (via CVDP) € 249.900, volgens geïntimeerde bedragen van € 180.070 en € 47.600. Deze verkopen en aanwending van de opbrengst daarvan worden hierna aangeduid als de transacties.

(v) In april 2006 is op voorstel van geïntimeerde in de benaming van een aantal van de vennootschappen V gewijzigd in X en zijn daarna achtereenvolgens de zetels van de vennootschappen verplaatst naar een slooppand in Hengelo (Overijssel) en is NVDP als statutair directeur vervangen door A, die vervolgens zonder vaste woon- of verblijfplaats hier te lande stond geregistreerd.

(vi) Op 10 mei 2006 is bedrijf 5 op eigen aangifte failliet verklaard met benoeming van de curator als zodanig. Bij zijn aantreden bleek de curator dat bedrijf 5 geen activa meer had en dat de fiscus met substantiële vorderingen was achtergebleven. Vanwege de uit de fiscale eenheid van de vennootschappen voortvloei-

ende hoofdelijke aansprakelijkheid van bedrijf 5 voor de (omzet)belastingsschulden van de andere vennootschappen, zijn later dat jaar op voordracht van de curator ook de andere vennootschappen failliet verklaard met zijn benoeming als zodanig. Aan deze faillissementsverzoeken waren ten grondslag gelegd de (regres)vordering van de curator uit hoofde van de ten laste van bedrijf 5 opgelegde belastingaanslagen en de vorderingen van de fiscus wegens loonheffing en/of omzetbelasting.

(vii) De curator heeft aangifte gedaan tegen geïntimeerde wegens faillissementsfraude en de FIOD heeft tegen hem een proces-verbaal opgemaakt dat op 1 december 2008 is afgesloten.

(viii) Bij beschikkingen van 11 september 2012 is geïntimeerde op de voet van art. 36 lid 3 jo. lid 5 aanhef en onder b Invorderingswet 1990 aansprakelijk gesteld voor onbetaald gebleven naheffingsaanslagen loonheffingen ten laste van bedrijf 1, bedrijf 2, bedrijf 3, bedrijf 4, bedrijf 5, bedrijf 6 en bedrijf 7. Bij uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 26 augustus 2014 is het beroep van geïntimeerde tegen de uitspraken op bezwaar tegen de aansprakelijkstellingen ongegrond verklaard; deze uitspraak was ten tijde van het fourneren voor arrest voor zover bij het hof bekend niet onherroepelijk.

(ix) Geïntimeerde is ook strafrechtelijk vervolgd, maar is, na een bewezenverklaring in eerste aanleg, bij arrest van dit hof van 17 december 2014 vrijgesproken van het (mede) ten laste gelegde bedrieglijk verkorten van de schuldeisers van de V vennootschappen.

3.2 De curator vordert in deze civiele procedure na wijzing van eis verklaringen voor recht dat geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van bedrijf 1, bedrijf 2, bedrijf 3, bedrijf 4 en bedrijf 6 en heeft de veroordeling gevorderd van geïntimeerde tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van bedrijf 1, bedrijf 2, bedrijf 3 en bedrijf 6 en de door die vennootschappen zelf geleden schade (naar het hof begrijpt nader op te maken bij staat) en tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren in het faillissement van bedrijf 4 geleden schade tot een bedrag van € 1.008.401,14, met rente vanaf 30 maart 2005.

3.3 De rechtbank heeft de in eerste aanleg mede op art. 2:248 BW gebaseerde vorderingen van de curator afgewezen (onder meer) omdat de curator onvoldoende feitelijk had onderbouwd dat geïntimeerde als feitelijk beleidsbepaler van de vennootschappen was opgetreden (rov. 4.2) en dat hij onrechtmatig of paulianeus had gehandeld (rov. 4.3).

3.4 De curator heeft in hoger beroep de op art. 2:248 BW gebaseerde vorderingen laten

vallen en pretendeert alleen nog vorderingen tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke faillissementscrediteuren (een zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering) en ten behoeve van de vennootschappen zelf. De gestelde schade bestaat (mede) uit een totale reële belastingschuld van de gezamenlijke vennootschappen van € 1.395.270, waaronder een omzetbelasting-schuld van € 1.068.850 waarvoor de afzonderlijke vennootschappen hoofdelijk mede aansprakelijk worden gehouden, omdat zij in de relevante periode een fiscale eenheid voor de omzetbelasting hebben gevormd (art. 43 lid 1 Invoeringswet 1990). De curator spreekt geïntimeerde daarvoor persoonlijk aan op de grond dat hij een persoonlijk op hem rustende zorgplicht heeft geschonden door – zakelijk en samengevat – de transacties te bewerkstelligen, instigeren, dan wel te bevorderen, terwijl hij wist of behoorde te weten dat daardoor de vorderingen van de overige schuldeisers onbetaald en onverhaalbaar zouden blijven.

3.5 Vooropgesteld wordt – wil de curator onvankelijk zijn in zijn Peeters/Gatzen-vordering – dat de schade waarvan hij in dit geding de vergoeding vordert door de gezamenlijke faillissementscrediteuren moet zijn geleden. Het hof stelt vast dat de beweerdelijk geschonden norm – dat de schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schuldeisers met inachtneming van ieders rang (art. 3:277 lid 1 BW) – naar zijn aard strekt ter bescherming van de belangen van de gezamenlijke crediteuren, terwijl van een gezamenlijkheid van crediteuren moet worden uitgegaan, nu in de vonnissen tot faillietverklaring onherroepelijk is beslist dat aan het pluraliteitsvereiste is voldaan. Daarop strandt het verweer dat de curator optreedt namens slechts één crediteur (de fiscus) en daarom geïntimeerde in zijn (Peeters/Gatzen-)vordering niet onvankelijk moet worden verklaard. De vordering ten behoeve van de vennootschappen zelf valt buiten de grenzen van de in art. 68 lid 1 Fw aan de curator gegeven opdracht, terwijl ook overigens in de Fw daarvoor geen grondslag is te vinden. In zoverre behoeft de vordering van de curator geen verdere bespreking en zal zij worden afgewezen.

3.6 Bij de verdere beoordeling van de (Peeters/Gatzen-)vordering dient het hof tot uitgangspunt dat de in geding zijnde opdracht met het oog op de persoon van geïntimeerde – namelijk vanwege zijn bijzondere kwaliteit van gespecialiseerd insolventieadviseur – is verstrekt. Het is ook geïntimeerde geweest die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd. Daarmee is ook op geïntimeerde zelf de zorgplicht van een goed opdrachtnemer komen te rusten (art. 7:404 BW). In de aard van de opdracht (sanering van een onderneming met liquiditeitspro-

blemen) ligt besloten dat geïntimeerde zich bij de uitvoering daarvan ook de belangen van de schuldeisers had behoren aan te trekken en daartoe de schuldenpositie van de vennootschappen in kaart had moeten brengen en in zijn advisering ieders verhaalsrechten had moeten respecteren. Schending van die verplichting levert jegens de schuldeisers die in hun verhaalsrechten zijn benadeeld een onrechtmatige daad op indien geïntimeerde zich van die benadeling bewust was of had behoren te zijn.

3.7 Het hof zal hierna allereerst onderzoeken of de gezamenlijke faillissementscrediteuren – zoals de curator stelt maar geïntimeerde betwist – een vordering hebben op de vennootschappen. Daarbij dient het hof tot uitgangspunt dat de door de curator gestelde gezamenlijkheid van crediteuren (goeddeels) neerkomt op één schuldeiser (de fiscus) met een totaalbedrag aan vorderingen op de vennootschappen waarvoor de vennootschappen voor het grootste deel (waar het de schuld van de fiscale eenheid voor de omzetbelasting aangaat) hoofdelijk aansprakelijk zijn omdat zij in de relevante periode tot een fiscale eenheid voor de omzetbelasting hebben behoord, zo wordt bevestigd door een proces-verbaal van P.C. Theodorie, opsporingsambtenaar Belastingdienst/FIOD-ECD van 17 augustus 2010 (productie 25 bij de akte van de curator van 25 maart 2015).

3.8 De curator heeft de door hem gestelde belastingschuld kennelijk gebaseerd op een brief van de Ontvanger van 11 september 2013 (productie 12 conclusie van repliek), waarin wordt opgegeven wat de schulden zijn aan loonbelasting van de individuele vennootschappen, met uitzondering van bedrijf 3, (per saldo € 293.797), wat de schulden zijn aan omzetbelasting van de fiscale eenheid (per saldo € 1.068.850) en daarenboven van alleen bedrijf 4 en bedrijf 7 (per saldo € 32.623) en wat dit bij elkaar opgeteld oplevert aan totale belastingschuld (per saldo € 1.395.270).

3.9 Behalve voormelde brief is er ook een proces-verbaal van Theodorie van 30 maart 2012 met bijlagen (productie 21 bij de akte van geïntimeerde van 25 maart 2015). Dat proces-verbaal vermeldt een minimale belastingschuld (vóór faillissement van € 1.270.368. Bijlage 6 bevat een overzicht van de openstaande aanslagen waaruit die schuld is opgebouwd. De aanslagen omzetbelasting op dat overzicht zijn onder te verdelen in naheffingsaanslagen over de jaren 2002-2004 naar aanleiding van het boekenonderzoek en aanslagen over de maanden januari, februari en maart 2006 naar aanleiding van eigen aangiften van de vennootschappen. De aanslagnummers loonbelasting op het overzicht corresponderen met de aanslagnummers loonbelasting die onderwerp

waren van de onder 3.1 (iv) vermelde procedure bij de Rechtbank Gelderland; in zoverre ziet deze zaak dus op dezelfde belastingschuld als waarover de Rechtbank Gelderland heeft beslist.

3.10 De processen-verbaal van Theodorie – zo dient het hof tot uitgangspunt – leveren op de voet van art. 157 Rv dwingend bewijs op van de inhoud daarvan. Dat betekent dat krachtens art. 151 Rv die inhoud als waar moet worden aangenomen – en dat er mitsdien een belastingschuld is – behoudens (door in dit geval geïntimeerde te leveren) tegenbewijs. Daarmee is het om te beginnen de vraag of geïntimeerde zijn betwisting dat er een belastingschuld is voldoende heeft gesubstantieerd om tot tegenbewijs te worden toegelaten.

3.11 Het hof stelt vast dat de memorie van antwoord louter kale ontkenningen bevat dat er een belastingschuld is – er zou daarentegen een vordering zijn op de belastingdienst – onder ongespecificeerde verwijzingen naar eigen visies/pleitnota's en het arrest van dit hof in het hoger beroep in de strafzaak. Het hoeft geen betoog dat daarmee niet is voldaan aan de vereiste substantiëring om tot tegenbewijs te worden toegelaten. Eerst in de pleitnota in hoger beroep in deze zaak – waarbij vraagtekens kunnen worden gesteld bij de tijdigheid, maar dit terzijde – wordt aan de ontkenningen van de belastingschuld enige handen en voeten gegeven. In de aangiftes omzetbelasting januari t/m maart 2006 zou negatieve voorbelasting in aanmerking zijn genomen in verband met de creditering (naar het hof begrijpt dat is bedoeld: door BMW) van inkoopfacturen. Deze creditering – zo wordt voortgeredeneerd – zou ten onrechte zijn geschied omdat op de overgang van de activa van bedrijf 3, bedrijf 4 en bedrijf x het regime van art. 31 (oud) (inmiddels art. 37 d) Wet op de omzetbelasting 1968 van toepassing zou zijn.

3.12 Daargelaten of deze redenering op zichzelf concludent is, gaat zij op feitelijke gronden niet op. Weliswaar vermelden de verkoopovereenkomsten met betrekking tot bedrijf 3 en bedrijf 4 (producties 13 en 17 memorie van grieven; de overeenkomst met betrekking tot bedrijf x is niet onder de opgegeven productie 20 memorie van grieven aangetroffen) dat het regime van art. 31 Wet OB 1968 van toepassing wordt verklaard en onder 3.3 met het kopje *De Koopprijs is als volgt samengesteld* dat de koper de voorraad nieuwe auto's overneemt conform bijlage 1.1a, maar daarbij wordt geen bedrag genoemd. Het proces-verbaal van Theodorie van 30 maart 2012 houdt in dat de koopprijs van bedrijf 4 op € 2.786.684,76 exclusief nieuwe auto's is gesteld en dat ter zake die verkoop eenzelfde bedrag op de derdengeldrekening van de advocaat van BMW is ontvangen. Daarenboven is

als bijlage 5 bij dat proces-verbaal van Theodorie een brief gevoegd van BMW d.d. 29 maart 2012 die inhoudt, samengevat, dat de voorraad nieuwe auto's van bedrijf 4 niet aan BMW was betaald en door BMW is teruggenomen op basis van eigendomsvoorbehoud. Het proces-verbaal van Theodorie vermeldt in dat verband dat alle auto's individueel tegen dezelfde waarde zijn gefactureerd en gecrediteerd, alles inclusief btw; ter illustratie zijn als bijlage 5 bij het proces-verbaal twee zogenoemde voorraad financieringsfacturen (inkoopfacturen) van BMW aan bedrijf 4 gevoegd, in beide gevallen inclusief btw. Dit alles wijst erop dat de auto's niet in de koopprijs van bedrijf 3 en bedrijf 4 waren begrepen en dat derhalve de toepasselijkheid van het regime van art. 31 (oud) Wet OB 1968 zich niet heeft uitgestrekt tot de voorraad nieuwe auto's. Bovendien wordt het ervoor gehouden dat BMW op goede grond (eigendomsvoorbehoud) de inkoopfacturen heeft gecrediteerd (met btw) zodat de vennootschappen – zoals zij kennelijk hebben gedaan – reden hadden om aangifte te doen van negatieve voorbelasting, oftewel van de btw op inkoopfacturen die volgens de eigen aangiftes van de vennootschappen eerder in vooraf trek was gebracht en die vanwege de creditfacturen van BMW aan de fiscus moest worden terugbetaald.

3.13 Bij pleidooi in hoger beroep heeft geïntimeerde in aanvulling op de pleitnota van mr. Casteleijn nog betoogd – met een beroep op het arrest in de strafzaak – dat de vennootschappen geen btw in vooraf trek hebben gebracht, maar dat betoog wordt gepasseerd reeds omdat het niet valt te rijmen met de eigen aangiftes van negatieve voorbelasting. Daarbij komt dat het proces-verbaal van Theodorie van 30 maart 2012 inhoudt dat de aangiften omzetbelasting over de maanden januari t/m maart 2006 nagenoeg aansluiten bij de eigen administratie van de vennootschappen, oftewel – zo begrijpt het hof – dat volgens de eigen administratie van de vennootschappen daadwerkelijk btw in vooraf trek is gebracht.

3.14 Bij pleidooi in hoger beroep is in aanvulling op de pleitnota van mr. Casteleijn bovendien nog het verweer gevoerd dat de curator bezwaar had moeten maken tegen de belastingaanslagen. Naar het oordeel van het hof treft echter primair geïntimeerde zelf een verwijt op dit punt. Het gaat namelijk (zo blijkt uit bijlage 6 bij het proces-verbaal van Theodorie van 30 maart 2012) hetzij om aanslagen naar aanleiding van (nota bene) eigen aangiftes in de periode januari t/m maart 2006 toen geïntimeerde bij de vennootschappen zijn adviserende rol vervulde, hetzij om aanslagen naar aanleiding van het boekenonderzoek die (mede geleet op datum van het voorlopig rapport van 17 februari 2006 en die van het eind-

rapport van 14 maart 2006) ten tijde van de adviserende rol van geïntimeerde redelijkerwijs waren te voorzien.

3.15 Het hof concludeert dat er geen termen zijn om geïntimeerde toe te laten tot tegenbewijs als hiervoor bedoeld. Dat betekent dat genoegzaam is komen vast te staan dat de vennootschappen een belastingschuld hebben en wel – als overigens niet betwist – van de door de curator gestelde omvang, waarvoor de vennootschappen grotendeels hoofdelijk aansprakelijk zijn. Het verweer van geïntimeerde dat hij niet wist dat er een belastingschuld was, kan hem niet baten omdat – zo is al overwogen (rov. 3.6) – hij bij zijn aantreden de totale schuldenpositie van de vennootschappen in kaart had moeten brengen; niet is betwist dat hij alsdan van de (potentiële) belastingschuld had kunnen weten.

3.16 Voor aansprakelijkheid van geïntimeerde voor de belastingschuld is vereist dat hij onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft gehandeld. Daarvan is sprake indien (i) de gezamenlijke schuldeisers door de transacties zijn benadeeld en (ii) geïntimeerde de benadeling heeft bewerkstelligd, geïnstigeerd dan wel heeft bevorderd, of daarvan heeft geprofiteerd. Naar het oordeel van het hof is aan deze beide voorwaarden voldaan.

3.17 Wat betreft de benadeling geldt het volgende. De gezamenlijke schuldeisers zijn door de transacties benadeeld omdat (a) de transacties zijn verricht in het kader van de sanering/staking van de activiteiten van de vennootschappen terwijl voor de vennootschappen en geïntimeerde duidelijk moet zijn geweest dat het faillissement van de vennootschappen onafwendbaar was en (b) de transacties ten goede zijn gekomen aan een beperkt aantal schuldeisers waardoor het voor de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementen beschikbare boedelactief is verminderd. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat ING het krediet aan de vennootschappen had opgezegd en in haar brief van 6 januari 2006 als reden van opzegging heeft opgegeven dat het boekjaar 2004 werd afgesloten met een geconsolideerd verlies van circa € 300.000 en dat voor 2005 een verlies werd verwacht van € 1.500.000 tot € 2.000.000. Bovendien waren de vennootschappen inmiddels ondergebracht bij de afdeling risk management van ING en was geïntimeerde op voordracht van die afdeling aangesteld om het saneringstraject te begeleiden. Hetgeen geïntimeerde hiertegen heeft ingebracht, zijn wederom louter kale ontkenningen dat een faillissement voorzienbaar was met ongespecificeerde verwijzingen naar eigen visies/pleitnotities in de strafzaak en kan daarom niet tot een ander oordeel leiden.

3.18 Wat betreft het bewerkstelligen, instigeren dan wel bevorderen of profiteren van de benadeling van de schuldeisers door geïntimeerde is het volgende van belang. Weliswaar – zo staat vast – had geïntimeerde geen formele tekenings- en bestuursbevoegdheid maar alles wijst erop dat hij met zijn advisering zodanige invloed op de formele directie had, dat hij vanaf zijn aantreden in feite het beleid in belangrijke mate (mede) heeft bepaald. De transacties kunnen daarom als uitvoering van dat beleid (mede) aan hem worden toegerekend. Illustratief zijn in dit verband de verklaringen van NVDP op 4 juni 2010 bij de rechter-commissaris: 'Uiteindelijk is het wel zo geweest dat geïntimeerde de zaken bepaalde en ik uitvoerend was', en die van B (voormalig manager Network Strategie bij BMW Nederland BV) tegenover de FIOD:

“Op het moment dat geïntimeerde is binnengekomen nam hij de beslissingen. (...) Formeel had hij geen bevoegdheid, maar hij bepaalde wel wat en aan wie er werd betaald.”

Hiertegenover leggen de door geïntimeerde als productie 18 bij de memorie van antwoord ingeroepen e-mails van BMW van 10 januari 2006 en 8 februari 2006 onvoldoende gewicht in de schaal. Meer in het bijzonder blijkt uit die e-mails niet dat BMW enige invloed heeft gehad op de besluiten die aan de daarin genoemde betalingen aan BMW ten grondslag zullen hebben gelegen. Nu geïntimeerde zijn invloed op het bestuursbeleid overigens niet ter discussie heeft gesteld, wordt het ervoor gehouden dat hij de transacties door zijn advisering minst genomen heeft bewerkstelligd, geïnstigeerd, dan wel bevorderd. Bovendien heeft geïntimeerde van de transacties geprofiteerd: uit de opbrengst heeft hij dan wel zijn vennootschap betaling van facturen ontvangen. Dit alles rechtvaardigt de conclusie dat geïntimeerde onrechtmatig jegens de gezamenlijke faillissementscrediteuren heeft gehandeld.

3.19 Geïntimeerde heeft nog het verweer gevoerd dat de transacties gerechtvaardigd waren omdat ING en BMW zekerheden hadden bedongen. Dit verweer is echter wat bedrijf 4 betreft evident ongegrond. Uit de opzeggingsbrief van ING van 6 januari 2006 volgt dat bedrijf 4 geen partij was bij de kredietovereenkomst met ING. Voorts houden de stellingen van geïntimeerde en de daarbij ingeroepen producties niet in dat BMW een door pandrecht gedekte vordering op bedrijf 4 had; ook overigens bevat het dossier daarvoor geen aanwijzingen. Het wordt er daarom voor gehouden dat met de aanwending van de opbrengst van bedrijf 4 de norm van art. 3:277 lid 1 BW is geschonden en dat – nu niet is gebleken dat de betalingen aan preferente schuldeisers zijn gedaan – de dientengevolge door de gezamenlij-

ke faillissementscrediteuren geleden schade het gevorderde bedrag belooft van – als verder niet weersproken – € 1.008.401,14. De vordering van de curator is wat bedrijf 4 betreft dus toewijsbaar, vermeerderd met – als evenmin weersproken – de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 30 maart 2005.

3.20 Wat bedrijf 3 betreft neemt het hof tot uitgangspunt dat daarmee een goodwill is gerealiseerd van – onbetwist – € 260.000. Voor zover ING en BMW zekerheden ten laste van bedrijf 3 hadden bedongen, valt dit bedrag daar buiten. Goodwill is immers geen voor (juridische) overdracht vatbaar goed in de zin van art. 3:228 BW en daarop kan dus geen pandrecht worden gevestigd. Door de aanwending van dit bedrag is dus de norm van art. 3:277 lid 1 BW geschonden en is mitsdien jegens de gezamenlijke faillissementscrediteuren onrechtmatig gehandeld. De gevorderde verklaring voor recht is dus wat bedrijf 3 betreft toewijsbaar, terwijl de mogelijkheid van dientengevolge geleden schade door de gezamenlijke faillissementscrediteuren voldoende aannemelijk is. De vordering zal wat bedrijf 3 betreft dus worden toegewezen als hierna in het dictum van dit arrest bepaald.

3.21 Wat bedrijf 1 betreft is de vordering van de curator gebaseerd op een betaling van € 136.100 aan (indirect) CVDP. Geïntimeerde heeft deze betaling erkend en gesteld noch is gebleken dat CVDP bij voorrang gerechtigd was om zich op dat bedrag te verhalen. Mitsdien is deze betaling onrechtmatig jegens de gezamenlijke faillissementscrediteuren, zodat de gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar is, terwijl de mogelijkheid van dientengevolge geleden schade door de gezamenlijke faillissementscrediteuren voldoende aannemelijk is. De vordering zal derhalve wat bedrijf 1 betreft worden toegewezen als hierna in het dictum van dit arrest bepaald.

3.22 Wat bedrijf 2 betreft houden de stellingen van de curator niets in waaruit kan worden afgeleid dat haar gezamenlijke schuldeisers in hun verhaalsrechten zijn benadeeld. De vordering is daarom wat bedrijf 2 betreft niet toewijsbaar.

3.23 Wat betreft bedrijf 6 tenslotte is de vordering gebaseerd op een betaling van € 781.710 aan Autobedrijf Y Beheer B.V. Geïntimeerde heeft daartegen ingebracht dat bedrijf 6 geen schuldeisers had. Dat argument gaat echter niet op in aanmerking nemende dat bedrijf 6 in de relevante periode tot de fiscale eenheid voor de omzetbelasting heeft behoord en mitsdien voor de omzetbelastingsschuld van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk is. Nu gesteld is noch gebleken dat bedrijf 6 bij voorrang gerechtigd was om zich op dat bedrag te verhalen, is deze betaling onrechtmatig jegens de gezamenlijk faillissementscrediteu-

ren, terwijl de mogelijkheid van dientengevolge geleden schade door de gezamenlijke faillissementscrediteuren voldoende aannemelijk is. De vordering zal derhalve wat bedrijf 6 betreft worden toegewezen als hierna in het dictum van dit arrest bepaald.

3.24 Het hof sluit af met de overweging dat gesteld noch is gebleken dat de curator desgevraagd heeft geweigerd om geïntimeerde toegang tot en inzage in de beschikbare administratie van de vennootschappen te verschaffen. Het beroep op schending door de curator van art. 21 Rv gaat daarom niet op en voor toepassing van art. 22 Rv ziet het hof daarom geen grond.

3.25 De slotsom is dat het hoger beroep slaagt. Het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en de vorderingen van de curator zullen als na te melden alsnog worden toegewezen – zoals gevorderd en niet gemotiveerd betwist – uitvoerbaar bij voorraad. Weliswaar is de voorwaarde waaronder geïntimeerde bewijs heeft aangeboden vervuld (gegrondbevinding van de vorderingen van de curator) maar voor bewijslevering is geen plaats omdat geïntimeerde zijn stellingen en weren onvoldoende heeft gesubstantieerd. Geïntimeerde zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties.

4 *Beslissing*

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep;
en opnieuw recht doende:

verklaart voor recht dat geïntimeerde onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van bedrijf 1, bedrijf 3, bedrijf 4 en bedrijf 6;

veroordeelt geïntimeerde tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren van bedrijf 1, bedrijf 3 en bedrijf 6 geleden en nog te lijden schade ten gevolge van het onrechtmatig handelen van geïntimeerde;

veroordeelt geïntimeerde tot betaling van een bedrag van € 1.008.401,14 aan de curator tot vergoeding van de door de gezamenlijke crediteuren van bedrijf 4 geleden schade, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 30 maart 2005;

veroordeelt geïntimeerde in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van de curator begroot op € 351,50 aan verschotten en € 6.422 voor salaris en in hoger beroep tot op heden begroot op € 5.191,52 aan verschotten en € 13.740 voor salaris;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.