

**JOR 2016/313, Gerechtshof Amsterdam, 17-05-2016,  
ECLI:NL:GHAMS:2016:1901, 200.154.681/01 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak:</b> 17-05-2016
<b>Publicatie:</b> JOR 2016/313 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 11, 2016
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• mr. Ph.W. Schreurs</li></ul>
<b>ECLI:</b> <u><b>ECLI:NL:GHAMS:2016:1901</b></u>
<b>Zaaknummer:</b> 200.154.681/01
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• AR 2016/1426</li><li>• RI 2016/86</li><li>• NTHR 2016, afl. 6, p. 316</li><li>• INS-Updates.nl 2016-0217</li></ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Insolventierecht
<b>Rubriek:</b> Financiering, zekerheden en insolventie
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• mr. Arnold</li><li>• mr. Van Achterberg</li><li>• mr. De Bontridder</li></ul>
<b>Partijen:</b> Mr. E.A.E.G.J. Libosan te Den Haag, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Sirrog Servicecentrum BV, Sirrog Groep BV, Sirrog Alphen aan den Rijn BV, Sirrog Heemstede BV, Sirrog Leiden BV, VDP Autoverhuur BV en VDP Autoschade BV, appellant, advocaat: mr. M.M. Hoving, tegen X, geïntimeerde, advocaat: mr. L.J.P.E. Donckers-Corten.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• <u><b>BW Boek 3 - 277 lid 1</b></u></li><li>• <u><b>BW Boek 6 - 162</b></u></li><li>• <u><b>BW Boek 7 - 404</b></u></li></ul>

## Inhoudsindicatie

Peeters/Gatzen-vordering, Gezamenlijkheid van schuldeisers, Selectieve betaling, Aansprakelijkheid jegens gezamenlijke schuldeisers van gespecialiseerde insolventieadviseur die op voordracht van bank was aangesteld en saneringstraject heeft begeleid, Adviseur was in feite (mede-)beleidsbepaler

## Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

## Samenvatting

Vooropgesteld wordt – wil de curator ontvankelijk zijn in zijn Peeters/Gatzen-vordering – dat de schade waarvan hij de vergoeding vordert, door de gezamenlijke faillissementscrediteuren moet zijn geleden. 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) – strekt naar zijn aard 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 in zijn (Peeters/Gatzen-)vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Bij de verdere beoordeling van de (Peeters/Gatzen-)vordering is 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 liquiditeitsproblemen) 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. Genoegzaam is komen vast te staan dat de vennootschappen een belastingschuld hebben, waarvoor de vennootschappen grotendeels hoofdelijk aansprakelijk zijn. 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. Aan deze beide voorwaarden is voldaan. 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 wordt in aanmerking genomen dat de bank 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 de bank en was geïntimeerde op voordracht van die afdeling aangesteld om het saneringstraject te begeleiden. Wat betreft het bewerkstellingen, instigeren dan wel bevorderen of profiteren van de benadeling van de schuldeisers door geïntimeerde is het volgende van belang. Weliswaar 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. 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.

## **Uitspraak**

(...; *red.*)

### **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 VDP vennootschappen hebben zich beziggehouden met verkoop, onderhoud en reparatie van auto's van (voornamelijk) het merk BMW. De directie werd gevoerd door NVDP en 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 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) X 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 X en zijn afspraken gemaakt met X, 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 Alphen, Heemstede en Katwijk verkocht; die van Alphen aan een derde (Hans Severs Alphen aan den Rijn B.V.) en die van Heemstede en Katwijk 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 X, althans FGP, betaald; volgens de curator circa € 372.725,- en (via CVDP) € 249.900,-, volgens X 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 X in de benaming van een aantal van de vennootschappen VDP gewijzigd in Sirrog en zijn daarna achtereenvolgens de zetels van de vennootschappen verplaatst naar een slooppand in Hengelo (Overijssel) en is

NVDP als statutair directeur vervangen door G, die vervolgens zonder vaste woon- of verblijfplaats hier te lande stond geregistreerd.

(vi) Op 10 mei 2006 is Leiden op eigen aangifte failliet verklaard met benoeming van de curator als zodanig. Bij zijn aantreden bleek de curator dat Leiden geen activa meer had en dat de fiscus met substantiële vorderingen was achtergebleven. Vanwege de uit de fiscale eenheid van de vennootschappen voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid van Leiden 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 Leiden opgelegde belastingaanslagen en de vorderingen van de fiscus wegens loonheffing en/of omzetbelasting.

(vii) De curator heeft aangifte gedaan tegen X 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 X op de voet van artikel 36 lid 3 jo. lid 5 aanhef en onder b Invorderingswet aansprakelijk gesteld voor onbetaald gebleven naheffingsaanslagen loonheffingen ten laste van Servicecentrum, Groep, Alphen, Heemstede, Leiden, Autoverhuur en Autoschade. Bij uitspraak van de rechtbank Gelderland van 26 augustus 2014 is het beroep van X 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) X 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 VDP vennootschappen.

3.2. De curator vordert in deze civiele procedure na wijziging van eis verklaringen voor recht dat X onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van Servicecentrum, Groep, Alphen, Heemstede en Autoverhuur en heeft de veroordeling gevorderd van X tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van Servicecentrum, Groep, Alphen en Autoverhuur 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 Heemstede 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 artikel 2:248 BW gebaseerde vorderingen van de curator afgewezen (onder meer) omdat de curator onvoldoende feitelijk had onderbouwd dat X 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 artikel 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 omzetbelastingsschuld 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 Invorderingswet 1990). De curator spreekt X 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 ontvankelijk 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 (artikel 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 X in zijn (Peeters/Gatzen-)vordering niet ontvankelijk moet worden verklaard. De vordering ten behoeve van de vennootschappen zelf valt buiten de grenzen van de in artikel 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 X – namelijk vanwege zijn bijzondere kwaliteit van gespecialiseerd insolventieadviseur – is verstrekt. Het is ook X geweest die de opdracht feitelijk heeft uitgevoerd. Daarmee is ook op X 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 liquiditeitsproblemen) ligt besloten dat X 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 X 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 X 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 Alphen, (per saldo € 293.797,-), wat de schulden zijn aan omzetbelasting van de fiscale eenheid (per saldo € 1.068.850,-) en daarenboven van alleen Heemstede en Autoschade (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 X 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 aangiftes 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 artikel 157 Rv dwingend bewijs op van de inhoud daarvan. Dat betekent dat krachtens artikel 151 Rv die inhoud als waar moet worden aangenomen – en dat er mitsdien een belastingschuld is – behoudens (door in dit geval X te leveren) tegenbewijs. Daarmee is het om te beginnen de vraag of X 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 Alphen, Heemstede en Katwijk het regime van art. 31 (oud) (inmiddels artikel 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 Alphen en Heemstede (producties 13 en 17 memorie van grieven; de overeenkomst met betrekking tot Katwijk is niet onder de opgegeven productie 20 memorie van grieven aangetroffen) dat het regime van artikel 31 wet OB 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 Heemstede 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 Heemstede 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 Heemstede gevoegd, in beide gevallen inclusief btw. Dit alles wijst erop dat de auto's niet in de koopprijs van Alphen en Heemstede waren begrepen en dat derhalve de toepasselijkheid van het regime van art. 31 (oud) Wet OB 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 vooraftrek was gebracht en die vanwege de creditfacturen van BMW aan de fiscus moest worden terugbetaald.

3.13. Bij pleidooi in hoger beroep heeft X 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 vooraftrek 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 vooraftrek 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 X 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 X bij de vennootschappen zijn adviserende rol vervulde, hetzij om aanslagen naar aanleiding van het boekenonderzoek die (mede gelet op datum van het voorlopig rapport van 17 februari 2006 en die van het eindrapport van 14 maart 2006) ten tijde van de adviserende rol van X redelijkerwijs waren te voorzien.

3.15. Het hof concludeert dat er geen termen zijn om X 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 X 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 X 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) X 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 X 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 X op voordracht van die afdeling aangesteld om het saneringstraject te begeleiden. Hetgeen X 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 X is het volgende van belang. Weliswaar – zo staat vast – had X 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 X de zaken bepaalde en ik uitvoerend was.” en die van E (voormalig manager Network Strategie bij BMW Nederland BV) tegenover de FIOD: “Op het moment dat X 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 X 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 X 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 X van de transacties geprofiteerd: uit de opbrengst heeft hij dan wel zijn vennootschap betaling van facturen ontvangen. Dit alles rechtvaardigt de conclusie dat X onrechtmatig jegens de gezamenlijke faillissementscrediteuren heeft gehandeld.

3.19. X heeft nog het verweer gevoerd dat de transacties gerechtvaardigd waren omdat ING en BMW zekerheden hadden bedongen. Dit verweer is echter wat Heemstede betreft evident ongegrond. Uit de opzeggingsbrief van ING van 6 januari 2006 volgt dat Heemstede geen partij was bij de kredietovereenkomst met ING. Voorts houden de stellingen van X en de daarbij ingeroepen producties niet in dat BMW een door pandrecht gedekte vordering op Heemstede had; ook overigens bevat het dossier daarvoor geen aanwijzingen. Het wordt er daarom voor gehouden dat met de aanwending van de opbrengst van Heemstede de norm van artikel 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 gezamenlijke faillissementscrediteuren geleden schade het gevorderde bedrag beloopt van – als verder niet weersproken – € 1.008.401,14. De vordering van de curator is wat Heemstede betreft dus toewijsbaar, vermeerderd met – als evenmin weersproken – de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 30 maart 2005.

3.20. Wat Alphen 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 Alphen hadden bedongen, valt dit bedrag daar buiten. Goodwill is immers geen voor (juridische) overdracht vatbaar goed in de zin van artikel 3:228 BW en daarop kan dus geen pandrecht worden gevestigd. Door de aanwending van dit bedrag is dus de norm van artikel 3:277 lid 1 BW geschonden en is mitsdien jegens de gezamenlijke faillissementscrediteuren onrechtmatig gehandeld. De gevorderde

verklaring voor recht is dus wat Alphen betreft toewijsbaar, terwijl de mogelijkheid van dientengevolge geleden schade door de gezamenlijke faillissementscrediteuren voldoende aannemelijk is. De vordering zal wat Alphen betreft dus worden toegewezen als hierna in het dictum van dit arrest bepaald.

3.21. Wat Servicecentrum betreft is de vordering van de curator gebaseerd op een betaling van € 136.100,- aan (indirect) CVDP. X 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 Servicecentrum betreft worden toegewezen als hierna in het dictum van dit arrest bepaald.

3.22. Wat Groep 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 Groep betreft niet toewijsbaar.

3.23. Wat betreft Autoverhuur tenslotte is de vordering gebaseerd op een betaling van € 781.710,- aan Autobedrijf VDP Beheer B.V. X heeft daartegen ingebracht dat Autoverhuur geen schuldeisers had. Dat argument gaat echter niet op in aanmerking nemende dat Autoverhuur 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 Autoverhuur bij voorrang gerechtigd was om zich op dat bedrag te verhalen, is deze betaling onrechtmatig jegens de gezamenlijk faillissementscrediteuren, terwijl de mogelijkheid van dientengevolge geleden schade door de gezamenlijke faillissementscrediteuren voldoende aannemelijk is. De vordering zal derhalve wat Autoverhuur 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 X toegang tot en inzage in de beschikbare administratie van de vennootschappen te verschaffen. Het beroep op schending door de curator van artikel 21 Rv gaat daarom niet op en voor toepassing van artikel 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 X bewijs heeft aangeboden vervuld (gegrondbevinding van de vorderingen van de curator) maar voor bewijslevering is geen plaats omdat X zijn stellingen en weren onvoldoende heeft gesubstantieerd. X 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 rechtdoende:

verklaart voor recht dat X onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van Servicecentrum, Alphen, Heemstede en Autoverhuur;

veroordeelt X tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren van Servicecentrum, Alphen en Autoverhuur geleden en nog te lijden schade ten gevolge van het onrechtmatig handelen van X;

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

veroordeelt X in de kosten van het geding in beide instanties (...; *red.*);

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

#### **Noot**

1. Deze procedure betreft diverse claims die curator Libosan neerlegt bij X, een “gespecialiseerd insolventieadviseur” die door ING Bank naar voren wordt geschoven om het saneringstraject te begeleiden van de VDP-groep, een BMW-dealer. Het hof ruimt merkwaardig weinig plaats in voor de feiten (die ik daarom – net als het hof in

r.o. 2 – ontleen aan het op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) gepubliceerde rechtbankvonnis (**ECLI:NL:RBAMS:2014:2232**). De groep leidt al twee jaar verlies als de fiscus in mei 2005 een boekenonderzoek start. Forse naheffingsaanslagen worden verwacht, waarop ING begin januari 2006 het krediet opzegt, X naar voren schuift en enkele majeure transacties elkaar in hoog tempo opvolgen. In januari en februari 2006 worden de activa van drie werkmaatschappijen (met name onverkochte BMW's) verkocht. De opbrengst wordt betaald aan BMW, aan ING en aan vader VDP, die een ongesecureerde vordering van circa € 1,4 miljoen op het concern van zijn zoons had. Er vinden allerlei verrekeningen plaats om die vordering zoveel mogelijk te incasseren. X heeft een *success fee* bedongen van € 250.000 en ook deze wordt (geheel of grotendeels) betaald. In februari en maart 2006 worden naheffingsaanslagen opgelegd van meer dan € 1 miljoen en BMW zegt het dealerschap op. In april 2006 volgen dan nog enkele fijnere kneepjes van deze (veel voorkomende maar grofbesnaarde) vorm van “sanering”: de vennootschappen krijgen allen een andere statutaire naam en vestigingsplaats, krijgen een kantooradres in een slooppand in Hengelo en een nieuwe bestuurder die niet beschikt over een vaste woon- of verblijfplaats. Advertenties voor deze aanpak leest u 's zaterdags in *De Telegraaf*. Dit alles in de veronderstelling dat “men er mee weg komt”. Die veronderstelling is statistisch overigens juist: slechts in een fractie van de gevallen worden dergelijke vormen van bedrieglijke bankbreuk met succes geredresseerd. In mei 2006 wordt een van de werkmaatschappijen failliet verklaard op eigen aangifte en begint (na het failleren van de rest van de groep) de lange, lange tocht van de curator op zoek naar geld en enige rechtvaardigheid. Een tocht die nog altijd niet met succes is afgerond. De zaak is inmiddels voorgelegd aan de Hoge Raad. Of het arrest, waarin nogal wat bochten kort worden afgesneden, de cassatieprocedure ongeschonden doorstaat, is maar te bezien. In deze noot bespreek ik enkele aspecten.

2. Deze procedure is enigszins bijzonder omdat X geen bestuurder is, maar een ingehuurde adviseur. De verwijten die hem worden gemaakt, zijn verwijten die men normaal gesproken gericht ziet aan het adres van bestuurders of andere controlerende personen en dat neem ik tot uitgangspunt in deze noot. De curator had in eerste aanleg ook stevig ingezet op feitelijk leidinggeverschap van X en baseerde op de sub 1 genoemde feiten bestuurdersaansprakelijkheid voor het volledig tekort. Die vordering strandde op het feitelijk leidinggeverschap, maar zou mijns inziens ook hebben moeten stranden op het “belangrijke oorzaak”-vereiste uit art. 2:248, lid 1 BW. Gegeven de feiten en het zeer late moment waarop quasi-bestuurder X “aantrad”, valt niet te begrijpen dat de hem verweten gedragingen een belangrijke oorzaak van het faillissement zouden kunnen zijn. Dat faillissement van de groep was

destijds immers al “onafwendbaar”. Het is dus goed dat de curator deze grondslag heeft laten vallen. Nu is de vordering “beperkt” tot een onrechtmatige daad (in de vorm van een Peeters/Gatzen-vordering). De controle die X over de VDP-groep had, speelt daarin echter wel een belangrijke rol.

3. Interessanter is het leerstuk van de selectieve betalingen en de daaruit voortvloeiende risico’s van aansprakelijkheid. Die problematiek komt in een of andere vorm bij bijna alle faillissementen van vennootschappen met een actieve onderneming voor. Het is mijns inziens mogelijk vooraf goede, algemene regels te geven voor “selectie van betalingen”. De behoefte daaraan bij bestuurders (althans bij die van een ordentelijker allooi dan X en zijn cliënten) is groot.

4. Om te kunnen beoordelen of een selectie van betalingen toegestaan is, dient eerst te worden gezien in welke fase de onderneming zich bevindt. Op *the long hill down* waarop een bedrijf in moeilijkheden soms afglijdt, zijn een paar scharnierpunten aan te wijzen. Belangrijk is de “peildatum” die aan de orde is in overbekende uitspraken als Osby (HR 25 september 1981, *NJ* 1982/433, m.nt. Ma.), Beklamel (HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286) en Sobi/Hurks (HR 21 december 2001, «**JOR**» **2002/38**, m.nt. Bartman). Het is het moment waarop de leiding (waarmee ik doel zowel op bestuurders, als op feitelijk leidinggevers of actieve, controlerende aandeelhouders) wist *of behoorde te weten* dat de vennootschap niet langer in staat zou zijn haar schulden binnen een behoorlijke termijn te voldoen. Uit het gecursiveerde deel valt af te leiden dat het gaat om een objectief bepaalbaar punt. Iedere curator, zeker als die na faillietverklaring een (al dan niet forensisch) accountant vraagt om een *quick scan* te doen, zou deze “peildatum” moeten proberen vast te stellen. Vanaf dat moment dient die leiding zich namelijk de belangen van de “gezamenlijke crediteuren” aan te trekken. De fase waarin de vennootschap zich na de “peildatum” bevindt, is kwetsbaar, maar nog niet hopeloos. Dat punt wordt wel gepasseerd op het moment dat het faillissement “onafwendbaar” is geworden, het tweede scharnierpunt. Ook deze term wordt in veel procedures (inclusief de onderhavige) genoemd zonder dat precies duidelijk wordt gemaakt wanneer dat aan de orde is. De in r.o. 3.17 genoemde omstandigheden (ING had krediet opgezegd; groep was ondergebracht bij afdeling riskmanagement van ING; X was aangesteld om saneringstraject te begeleiden) zijn daarvoor naar mijn mening bepaald onvoldoende. Uit het arrest blijkt wel een betere grond: de onderneming werd immers feitelijk geliquideerd en na afloop daarvan resteerden meer schulden dan baten. Van een onafwendbaar faillissement was daarom mijns inziens sprake uiterlijk vanaf eind januari 2006. Zodra een faillissement onafwendbaar is, geldt ten volle de *paritas creditorum*: de norm van art. 3:277 lid 1 BW heeft dan dus, gegeven het te verwachten tekort, tot gevolg dat

crediteuren betaald moeten worden met inachtneming van ieders rang.

5. Bestuurders die zich genoodzaakt zien een selectie te maken uit de openstaande verplichtingen, lopen aan tegen verschillende risico's:

a. aanspraken van individuele crediteuren die zich tekortgedaan voelen, zoals bijvoorbeeld in HR 12 juni 1998, «JOR» 1998/107, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*);

b. aanspraken namens de gezamenlijke crediteuren op grond van een Peeters/Gatzen-vordering (zoals in casu);

c. de actio Pauliana op grond van de stelling dat aan hen betaalde schulden nog niet in rechte afdwingbaar en daarmee onverplicht waren;

d. bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 BW (als gezegd in dit soort zaken eigenlijk minder voor de hand liggend, maar de rijke jurisprudentie laat zien dat curatoren vrijwel altijd deze (intimiderende) vordering primair opvoeren).

6. Tegen zoveel dreigingen kan een bestuurder nog opvallend veel verweren aanvoeren.

a. De feiten. Uit de overvloedige jurisprudentie wordt helder dat een eiser de feiten tot in detail moet schetsen. Op het eerste gezicht sterke zaken gaan (net als hier in eerste aanleg) onderuit op onvolledige feiten. Er moet vooral ook een sluitende *tijdslijn* worden gepresenteerd. Het ontbreken van het een of het ander kan makkelijk door de gedaagde worden aangegrepen om te stellen dat de stervensfase van het bedrijf op dat moment helemaal nog niet vaststond en de eiser, meestal curator, de *hindsight bias* misbruikt. Zonder sluitende feiten zou een curator naar mijn mening niet aan een dergelijke procedure moeten beginnen. Maar, tenzij de Hoge Raad roet in het eten gooit, de onderhavige zaak is het bewijs van tegendeel: juist de feiten zijn hier maar zeer matig op orde.

b. De hoofdregel is dat de schuldenaar keuzevrijheid heeft om schulden te betalen die en op het moment dat hij verkiest. Onbetaald gebleven crediteuren kunnen aan het "enkele" feit dat zij niet en andere crediteuren wel betaald zijn, geen argument ontlenen dat de bestuurder daarvoor aansprakelijk is. Met name zal die crediteur moeten aantonen dat de vennootschap/schuldenaar al in een van de sub 4 besproken fases zit.

c. Bij de "peildatum" geldt bovendien een "veilige" marge die (zoals overwogen in



Sobi/Hurks) onontkoombaar in het voordeel van de bestuurder uitpakt.

d. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat reddingsoperaties ondernomen mogen worden. Een goede poging wordt, ook als die mislukt, niet in het nadeel van de bestuurder uitgelegd. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 22 augustus 2001, «JOR» 2001/212 (*Van Eeghen q.q./Oosters c.s.*); Hof Arnhem 15 september 2009, «JOR» 2010/112, (*Beijer/Willems q.q.*) en Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2010, «JOR» 2010/113, (*Stoets/Bohncke*), beide m.nt. Rijckenberg.

e. Ten slotte geldt het gegeven dat de cassatierechter niet wil dat Nederlandse ondernemers zich laten leiden door “nodeloos defensieve overwegingen” (obiter dictum uit HR 20 juni 2008, «JOR» 2008/260, m.nt. Borrius (*Willemsen/NOM*), en is er de hoge lat die de Hoge Raad in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid legt: het noodzakelijke “persoonlijk ernstige verwijt”.

7. Mijns inziens dienen bestuurders een aantal regels in acht te nemen bij de selectie van betalingen door bedrijven in moeilijkheden. Die regels hangen in de eerste plaats samen met hun betrokkenheid en de daaruit voortvloeiende kennisvoorsprong ten opzichte van externe crediteuren. Er zijn “gelieerde” en “externe” crediteuren (welke terminologie geen toelichting behoeft: X en vader VDP zijn aan te merken als gelieerde partijen). In de tweede plaats speelt de fase waarin het bedrijf in moeilijkheden zich bevindt, een rol. Vanaf het passeren van de peildatum komen alle betalingen aan gelieerde partijen in een ander licht te staan. Dergelijke betalingen zouden mijns inziens niet moeten worden toegestaan indien ze zien op (terug)betaling van eigen of achtergesteld vermogen, zoals niet uitbetaald dividend of ongesecureerde langjarige aandeelhoudersleningen. Betalingen aan gelieerde partijen die zien op gewone bedrijfsvoering (huur, management fee of leveranties), zijn dan nog wel mogelijk, maar slechts indien externe crediteuren van gelijke rang ten minste evenredig betaald worden en de bekende en opeisbaar hoger gerangschikte schulden geheel zijn voldaan. Omdat de VDP-groep (zie r.o. 3.13 en 3.14) zelf fiscale aangiftes had gedaan en die schulden onbetaald zijn gebleven, hadden de gewraakte betalingen aan in ieder geval VDP senior en X zelf daarom niet mogen worden verricht. Uitzonderingen op deze vuistregels zijn denkbaar. Daartoe zal de betrokkene de besluitvorming om andere betalingen toch uit te voeren moeten documenteren en beargumenteren. Met name betalingen in het belang van de gezamenlijke crediteuren (zoals die, welke nodig zijn tot *behoud* van de activa) kunnen gerechtvaardigd zijn. Is het faillissement eenmaal “onafwendbaar”, dan mogen helemaal geen betalingen meer worden verricht, anders dan nodig in het belang van de gezamenlijke crediteuren.

8. Mocht de Hoge Raad bereid zijn tot een verdere duiding van het leerstuk selectie van betalingen (zoals Van Maanen in zijn noot sub 9 onder HR 29 mei 2015, **«JOR» 2015/350** hoopt), dan kan hij dat doen door de reeds ingeslagen weg af te ronden. In Coral/Stalt liet de Hoge Raad nog uitdrukkelijk in het midden welke omstandigheden in het algemeen kunnen meebrengen dat een schuldenaar onrechtmatig handelt door zijn schuldeisers ongelijk te behandelen. In Kok/Maas q.q. (HR 23 mei 2014, **«JOR» 2014/229**, m.nt. Van Bekkum) plaatste de Hoge Raad selectieve betalingen in de catalogus van Ontvanger/Roelofsen. Indien X een bestuurder zou zijn geweest, zou ik het wenselijk vinden indien de Hoge Raad een verduidelijkende regel zou geven door de hiervoor sub 7 gegeven spelregels te gieten in de volgende overweging: *“Het verrichten van betalingen kan tot gevolg hebben dat andere verplichtingen tot betaling niet worden nagekomen. Daarvan zal een bestuurder een (voor aansprakelijkheid noodzakelijk) verwijt kunnen worden gemaakt, indien hij wist of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Naarmate (a) de bestuurder zich meer bewust had moeten zijn van de toestand van de vennootschap (hetgeen doorgaans het geval zal zijn naarmate de toestand van die vennootschap slechter is) en naarmate (b) de wél verrichte betalingen in meerdere mate verricht zijn aan crediteuren die aan de schuldenaar of de bestuurder gelieerd zijn, zullen hogere eisen gesteld moeten worden aan de – door de bestuurder te stellen en bij betwisting te bewijzen – redenen die voor hem aanleiding waren de verrichte betalingen uit te voeren en zal eerder aanleiding zijn de bestuurder te belasten met het bewijs van feiten en omstandigheden die hem desondanks kunnen ontlasten.”*

9. Tot slot iets over faillissementsfraudebestrijding in de praktijk. De strafkamer van de Rechtbank Amsterdam veroordeelde X op 1 juni 2012 op grond van de hiervoor sub 1 gestelde feiten wegens faillissementsfraude. De handelskamer van diezelfde rechtbank (dat strafvonnis citerend waar het de feiten betreft) wees echter alle vorderingen van de curator (art. 2:248 BW en selectieve betaling) af op 26 maart 2014. De strafkamer van het Hof Amsterdam sprak X vervolgens op 17 december 2014 vrij van de beweerdelijke bankbreuk. En de handelskamer van datzelfde hof ten slotte veroordeelde X in het onderhavige arrest van 17 mei 2016 tot betaling van meer dan € 1 miljoen en schadevergoeding nader op te maken bij staat. Welkom in de wereld van de faillissementsfraudebestrijding! In haar artikel ‘Beroepsfraude via aankoop bijna failliete BV: mogelijkheden aanpak aankoper, faciliterende verkoper en notaris’, *TvI* 2016/5, schetst Hilverda een af en toe merkwaardig optimistisch beeld van de faillissementsfraudebestrijding. Deze uitspraak laat evenwel zien hoeveel

moeilijker het in de praktijk is. Tien jaar zijn verstreken sinds de gewraakte transacties (incl. de notariële statutenwijzigingen) en de Hoge Raad moet er nog naar gaan kijken. Vijf jaar zelfbenoemde crime-fighters op het ministerie van Veiligheid en Justitie en de nodige wetswijzigingen verder, veranderen daar eerlijk gezegd helemaal niets aan. Als de maatschappij wil dat fraude als door VDP en X gepleegd minder makkelijk wordt, zullen curatoren als de onderhavige, die worden opgescheept met lege boedels en een wettelijke taak bij de fraudebestrijding, veel meer steun moeten krijgen. Dat kan enerzijds doordat de overheid de succesvolle Garantstellingsregeling (in 2014 circa € 1.5 miljoen aan kosten en € 8 miljoen opbrengst) met minimaal € 10 miljoen van extra fondsen voorziet. En verder zou een percentageregeling zoals door Insolad voorgesteld op 13 december 2012 (te vinden op [www.insolad.nl/publicaties](http://www.insolad.nl/publicaties)) hebben kunnen rechtdoen aan de gedachte dat ook ING in dit geval wel een betere bijdrage had kunnen leveren aan de lege boedelproblematiek, dan het naar voren schuiven van X.

mr. Ph.W. Schreurs, advocaat corporate litigation bij Boels Zanders te Eindhoven, bestuurslid Insolad en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

---