

17

Curator kan formele rechtskracht omzetbelastingenschuld niet aantasten in civiele procedure

Gerechtshof Amsterdam
28 juli 2020, zaaknr. 200.259.865/01,
ECLI:NL:GHAMS:2020:2115
(mr. Faber, mr. De Jongh, mr. Sijmons)
Noot mr. dr. A.J. Tekstra

Vordering tot herroeping in procedure betreffende Peeters/Gatzen-vordering. Curator kan de vaststelling van de omzetbelasting die in de verhouding tussen de ontvanger en de gefailleerde vennootschappen formele rechtskracht heeft, niet aantasten met beroep op feiten en omstandigheden die niet zijn betrokken in die vaststelling. Vermeende door de curator achtergehouden stukken geen reden tot herroeping ex art. 382 aanhef en onder c Rv. Verwijzing naar HR 2 december 2016, «JOR» 2017/27, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën). Vervolg op Hof Amsterdam 17 mei 2016, «JOR» 2016/313.

[BW art. 6:162; Rv art. 382 aanhef en onder c]

Ter beoordeling ligt voor of de fysieke bescheiden, waarop eiser (tot herroeping) zich beroept, van beslissende aard zijn als bedoeld in art. 382 aanhef en onder c Rv. Van beslissende aard zijn stukken die de uitspraak anders zouden hebben doen uitvallen als zij aan de rechter bekend zouden zijn geweest. Het betoog van eiser komt er in de kern op neer dat onjuiste aangiften omzetbelasting zijn gedaan, dat die hebben geresulteerd in onjuiste aanslagen, en dat de op 25 januari 2019 door hem in de fysieke administratie aange troffen bescheiden zulks aantonen. Het betoog baat eiser niet. Daartoe wordt het volgende overwogen. De aanslagen omzetbelasting hadden bij aanvang van de faillissementen formele rechtskracht. De omzetbelastingenschulden van de gefailleerde Y-vennootschappen stonden daarmee vast, reeds voorafgaand aan de procedure die heeft geleid tot het voorliggende arrest. Eiser heeft be-

twist dat de belastingenschuld onaantastbaar is met een beroep op (toepassing naar analogie van) HR 2 december 2016, «JOR» 2017/27, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën). Dat arrest betreft een zaak waarin een bestuurder in persoon door de ontvanger werd aangesproken uit hoofde van een belastingenschuld van de gefailleerde vennootschap. Die schuld was door de rechtbank onherroepelijk vastgesteld. De Hoge Raad oordeelde, onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van art. 49 lid 7 lw 1990, dat die bepaling niet eraan in de weg staat dat de door de ontvanger aansprakelijk gestelde bestuurder in een procedure betreffende een beschikking tot aansprakelijkstelling voor een belastingaanslag feiten en omstandigheden betreffende die aanslag aanvoert die niet eerder aan de belastingrechter zijn voorgelegd of waarover die rechter geen onherroepelijke uitspraak heeft gedaan. Dat oordeel laat onverlet dat in de verhouding tussen de ontvanger en de gefailleerde vennootschap de vaststelling van de belastingenschuld formele rechtskracht had gekregen. De onderhavige zaak betreft een civielrechtelijke vordering, ingesteld door de curator jegens eiser, tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke faillissementscrediteuren (een Peeters/Gatzen-vordering) en van de vennootschappen zelf. Het gaat niet om een – publiekrechtelijke – aansprakelijkstelling door de ontvanger ingevolge de Invorderingswet 1990 van eiser als bestuurder van de gefailleerde vennootschappen. Het arrest van 2 december 2016 strekt ertoe dat de door de ontvanger aangesproken bestuurder in zijn verdediging jegens de ontvanger niet wordt belemmerd door de omstandigheid dat de belastingenschuld in de relatie tussen de ontvanger en de vennootschap formele rechtskracht heeft verkregen. Die strekking brengt niet mee dat in de onderhavige zaak de curator de vaststelling van de omzetbelasting die in de verhouding tussen de ontvanger en de gefailleerde Y-vennootschappen formele rechtskracht heeft, namens die vennootschappen zou kunnen aantasten, met een beroep op feiten en omstandigheden die niet zijn betrokken in die vaststelling. Dat de curator de belastingaanslagen in de verhouding tot de ontvanger met succes had kunnen aanvechten ofschoon deze reeds vóór de faillissementen formele rechtskracht hadden gekregen, is gesteld noch gebleken. Dit betekent dat de stukken waarop eiser zijn herroepingsvordering baseert in de proce-

dure die heeft geleid tot het voorliggende arrest van 17 mei 2016, niet zouden hebben kunnen leiden tot het oordeel dat de omzetbelastingsschuld niet bestond. De aangetroffen stukken zouden de uitspraak van 17 mei 2016 daarom niet anders hebben doen uitvallen als zij in die procedure aan het hof bekend zouden zijn geweest. Zij zijn derhalve niet van beslissende aard zoals bedoeld in art. 382 aanhef en sub c Rv.

A,
eiser tot herroeping,
advocaten: mr. J.P. Koets en mr. M.W.J. Ariëns,
tegen
mr. B, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van X Servicecentrum BV, X Groep BV, X Alphen aan den Rijn BV, X Heemstede BV, X Leiden BV, Y Autoverhuur BV en Y Autoschade BV,
gedaagde,
advocaat: mr. M.M. Hoving.

(...; red.)

2. Feiten

Het hof gaat uit van de volgende feiten.

2.1. In mei en november 2006 zijn zeven vennootschappen, tezamen aangeduid als de [Y] vennootschappen, failliet verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

2.2. Voorafgaand aan deze faillissementen heeft [eiser tot herroeping] in de periode van januari tot en met maart 2006 als “gespecialiseerd insolventieadviseur” een saneringstraject voor de [Y] vennootschappen begeleid.

2.3. In het kader van het saneringstraject zijn de activa van drie [Y] vennootschappen (aan te duiden als Alphen, Heemstede en Katwijk) verkocht. Uit de opbrengst daarvan is een aantal grote schuldeisers geheel of gedeeltelijk voldaan en is het honorarium van [eiser tot herroeping] betaald.

2.4. De curator heeft gevorderd, voor zover thans van belang, (i) een verklaring voor recht dat [eiser tot herroeping] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van vijf [Y] vennootschappen (aan te duiden als Servicecentrum, Groep, Alphen, Heemstede en Autoverhuur), (ii) veroordeling van [eiser tot herroeping] tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van Servicecentrum, Groep, Alphen en Autover-

huur geleden schade, op te maken bij staat, en (iii) veroordeling van [eiser tot herroeping] tot betaling van de door de gezamenlijke crediteuren in het faillissement van Heemstede geleden schade tot een bedrag van € 1.008.401,14, met wettelijke rente vanaf 30 maart 2005.

2.5. In het arrest van 17 mei 2016 heeft dit hof deze vorderingen toegewezen voor zover deze strekken ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in de faillissementen van Servicecentrum, Alphen, Autoverhuur en Heemstede, en afgewezen voor zover de vorderingen strekken ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement van Groep.

2.6. [eiser tot herroeping] heeft tegen het arrest van 17 mei 2016 cassatieberoep ingesteld; de curator heeft op zijn beurt incidenteel cassatieberoep ingesteld. Op 26 januari 2018 heeft de Hoge Raad het arrest van 17 mei 2016 zowel in het principale als in het incidentele cassatieberoep vernietigd (ECLI:NL:HR:2018:107). De vernietiging in het principale cassatieberoep betreft uitsluitend de datum met ingang waarvan [eiser tot herroeping] was veroordeeld tot betaling van de wettelijke rente over het bedrag van € 1.008.401,14. Opnieuw rechtdoende heeft de Hoge Raad [eiser tot herroeping] veroordeeld tot betaling van de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 30 maart 2006. In het incidentele cassatieberoep heeft de Hoge Raad het geding terugverwezen naar het hof ter verdere behandeling en beslissing.

2.7. Partijen hebben in april 2018 een vaststellingsovereenkomst gesloten (aan te duiden als de VSO). Daarin zijn partijen overeengekomen dat [eiser tot herroeping] een bedrag van € 750.000 aan de curator zal betalen, en wel in een termijn van € 450.000 bij ondertekening van de VSO en een termijn van € 300.000, te betalen uiterlijk één jaar vanaf de dag van ondertekening.

2.8. [eiser tot herroeping] heeft de tweede termijn van € 300.000 niet betaald.

3. Beoordeling

3.1. [eiser tot herroeping] heeft aan zijn vordering tot herroeping ten grondslag gelegd, primair, dat het arrest van 17 mei 2016 berust op bedrog door de curator in het geding gepleegd als bedoeld in art. 382 aanhef en sub a Rv, en, subsidiair, dat hij na het arrest stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van de curator waren achtergehouden als bedoeld in art. 382 aanhef en sub c Rv. Hij heeft zijn vordering als

volgt toegelicht. De faillissementen zijn uitgesproken op basis van vorderingen van de Belastingdienst; andere externe crediteuren zijn er nauwelijks. Uit de hem in januari 2019 bekend geworden fysieke administratie van de [Y] vennootschappen is hem gebleken dat deze ten tijde van de faillissementen geen schulden uit hoofde van omzetbelasting hadden. Benadeling van de Belastingdienst heeft niet plaatsgevonden en [eiser tot herroeping] heeft derhalve niet onrechtmatig gehandeld.

3.2. De curator heeft betoogd dat [eiser tot herroeping] in zijn herroepingsvordering niet-ontvankelijk behoort te worden verklaard en hij heeft de herroepingsgronden betwist. Zijn stellingen komen hierna voor zover nodig aan de orde.

3.3. Het hof stelt het volgende voorop. Het voorliggende arrest van 17 mei 2016, voor zover in principaal cassatieberoep bestreden, heeft kracht van gewijsde voor zover de Hoge Raad de zaak in principaal cassatieberoep heeft afgedaan. In zoverre is het, gelet op het bepaalde in art. 382 Rv, voor herroeping vatbaar.

3.4. Uit de stellingen van partijen blijkt dat [eiser tot herroeping] op 25 januari 2019 van de directie van de [Y] vennootschappen een omvangrijke hoeveelheid fysieke administratie heeft ontvangen, waarin zich de stukken bevonden waarop hij zijn herroepingsvordering baseert. Bij dagvaarding van 23 april 2019 heeft hij de vordering ingesteld. Volgens de curator heeft [eiser tot herroeping] daarmee de termijn overschreden waarbinnen de herroepingsvordering ingevolge art. 383 lid 1 Rv kan worden ingesteld. De curator heeft ter toelichting (uitsluitend) aangevoerd dat [eiser tot herroeping] eerder kennis had kunnen nemen van de informatie waarop deze de vordering heeft gebaseerd, ter zake waarvan op hem een onderzoeksplicht rustte. Het verweer komt hierna voor zover nodig aan de orde.

3.5. [eiser tot herroeping] heeft gesteld dat de fysieke administratie die hij op 25 januari 2019 ontving onder meer bevatte: 47 maandoverzichten van BMW FS B.V.; een USB-stick met digitale informatie; saldi-balansen 2005; alle BTW aangiften van de onderscheidenlijke [Y] vennootschappen op maandniveau over 2005; fysieke creditfacturen van BMW Nederland B.V. Deze stukken (hierna ook: de aangetroffen stukken) bevonden zich gedurende de procedure die leidde tot het voorliggende arrest onder de curator. Immers, op 25 januari 2019 bleek dat een “enorme hoeveel-

heid” fysieke administratie over de jaren 1999 tot en met 2005 en een “bescheiden hoeveelheid” uit 2006 aanwezig was in de door de curator gehuurde opslagruimte te [plaats]. De administratie is nagenoeg volledig intact, zulks in tegenspraak met de stelling van de curator bij zijn memorie van grieven in hoger beroep, dat een deel van de fysieke administratie voorafgaand aan de faillissementen vernietigd zou zijn. De voormalige advocaat van [eiser tot herroeping] heeft op 21 mei 2013 tegenover de curator geklaagd dat hij weliswaar de digitale administratie van de gefailleerde vennootschappen heeft kunnen raadplegen, maar dat printen van geraadpleegde data of het digitaal opslaan op een gegevensdrager niet mogelijk bleek. Op 24 juni 2016 heeft de voormalige advocaat tijdens een bezoek aan de curator om technische redenen de digitale administratie niet daadwerkelijk kunnen raadplegen en heeft hij moeten volstaan met een quick scan. De aangetroffen stukken zijn van beslissende aard voor beoordeling van de vragen of de [Y] vennootschappen ten tijde van de faillissementen een omzetbelasting-schuld hadden uit hoofde van creditfacturen van BMW Nederland B.V., of handelen dan wel nalaten van [eiser tot herroeping] heeft geleid tot de faillissementen, en of hij aansprakelijk is, aldus steeds [eiser tot herroeping].

3.6. Naar het oordeel van het hof heeft [eiser tot herroeping] met zijn uiteenzetting onvoldoende toegelicht dat de curator bedrog heeft gepleegd door feiten te verzwijgen die tot een voor hem gunstige afloop van de procedure zouden kunnen hebben leiden. [eiser tot herroeping] verwijten betreffen de fysieke administratie. Waar hij zich beroept op een stelling van de curator in het hoger beroep, dat de administratie deels vernietigd was, gaat het om een mededeling, gebaseerd op een verklaring van [A], hoofd administratie van de [Y] vennootschappen. Die verklaring behelst dat de schuldpositie van BMW niet volledig inzichtelijk was omdat de digitale administratie grotendeels zou zijn gewist. Reeds daarom kan die mededeling niet dienen ter staving van stellingen over achtergehouden fysieke stukken. Ook voor het oordeel dat de curator anderszins bedrog in het geding heeft gepleegd als bedoeld in art. 382 aanhef en sub a Rv, volstaat het betoog van [eiser tot herroeping] niet. Dat klemt temeer aangezien [eiser tot herroeping] bekend was met de administratie tot aan de faillissementen, zoals onder meer blijkt uit de volgende, door de curator ge-

stelde en door [eiser tot herroeping] niet weerproken omstandigheden. [eiser tot herroeping] heeft tijdens het door hem begeleide saneringstraject de administratie onderzocht. In die periode werd (een deel van) de fysieke administratie in de opslagruimte te [plaats] opgeslagen en [eiser tot herroeping] heeft de curator na het faillissement van de eerste van de [Y] vennootschappen toegang tot de fysieke administratie verschaft.

3.7. Het verweer dat [eiser tot herroeping] de op hem rustende onderzoeksplicht heeft verzaakt, zodat de termijn art. 383 lid 1 Rv geacht moet worden te zijn overschreden, behoeft bij deze stand van zaken in verband met de primaire vordering – op de grondslag dat bedrog in het geding is gepleegd – geen bespreking.

3.8. Met betrekking tot de subsidiaire grondslag van de herroepingsvordering overweegt het hof als volgt.

3.9. Ter beoordeling ligt voor of de fysieke bescheiden, waarop [eiser tot herroeping] zich beroept, van beslissende aard zijn als bedoeld in art. 382 aanhef en sub c Rv. Van beslissende aard zijn stukken die de uitspraak anders zouden hebben doen uitvallen als zij aan de rechter bekend zouden zijn geweest.

3.10. Het betoog van [eiser tot herroeping] komt er in de kern op neer dat onjuiste aangiften omzetbelasting zijn gedaan, dat die hebben geresulteerd in onjuiste aanslagen, en dat de op 25 januari 2019 door hem in de fysieke administratie aangetroffen bescheiden zulks aantonen. Het betoog baat [eiser tot herroeping] niet. Daartoe overweegt het hof het volgende.

3.11. De aanslagen omzetbelasting hadden bij aanvang van de faillissementen formele rechtskracht. De omzetbelastingsschulden van de gefailleerde [Y] vennootschappen stonden daarmee vast, reeds voorafgaand aan de procedure die heeft geleid tot het voorliggende arrest. [eiser tot herroeping] heeft betwist dat de belastingschuld onaantastbaar is, met een beroep op (toepassing naar analogie van) het oordeel van de Hoge Raad van 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2722 («JOR» 2017/27, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*); red.). Dat arrest betreft een zaak waarin een bestuurder in persoon door de ontvanger werd aangesproken uit hoofde van een belastingschuld van de gefailleerde vennootschap. Die schuld was door de rechtbank onherroepelijk vastgesteld. De Hoge Raad oordeelde, onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis van

art. 49, lid 7, Invorderingswet 1990, dat die bepaling niet eraan in de weg staat dat de door de ontvanger aansprakelijk gestelde bestuurder, in een procedure betreffende een beschikking tot aansprakelijkstelling voor een belastingaanslag, feiten en omstandigheden betreffende die aanslag aanvoert die niet eerder aan de belastingrechter zijn voorgelegd of waarover die rechter geen onherroepelijke uitspraak heeft gedaan.

Dat oordeel laat onverlet dat in de verhouding tussen de ontvanger en de gefailleerde vennootschap de vaststelling van de belastingschuld formele rechtskracht had gekregen. De onderhavige zaak betreft een civielrechtelijke vordering, ingesteld door de curator jegens [eiser tot herroeping], tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad ten behoeve van de gezamenlijke faillissementscrediteuren (een zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering) en van de vennootschappen zelf. Het gaat niet om een – publiekrechtelijke – aansprakelijkstelling door de ontvanger ingevolge de Invorderingswet 1990 van [eiser tot herroeping] als bestuurder van de gefailleerde vennootschappen. Het arrest van 2 december 2016 strekt ertoe dat de door de ontvanger aangesproken bestuurder in zijn verdediging jegens de ontvanger niet wordt belemmerd door de omstandigheid dat de belastingschuld in de relatie tussen de ontvanger en de vennootschap formele rechtskracht heeft verkregen. Die strekking brengt niet mee, dat in de onderhavige zaak de curator de vaststelling van de omzetbelasting, die in de verhouding tussen de ontvanger en de gefailleerde [Y] vennootschappen formele rechtskracht heeft, namens die vennootschappen zou kunnen aantasten, met een beroep op feiten en omstandigheden die niet zijn betrokken in die vaststelling. Dat de curator de belastingaanslagen in de verhouding tot de ontvanger met succes had kunnen aanvechten ofschoon deze reeds vóór de faillissementen formele rechtskracht hadden gekregen, is gesteld noch gebleken. Dit betekent dat de stukken waarop [eiser tot herroeping] zijn herroepingsvordering baseert in de procedure die heeft geleid tot het voorliggende arrest van 17 mei 2016 niet zouden hebben kunnen leiden tot het oordeel dat de omzetbelastingsschuld niet bestond. De aangetroffen stukken zouden de uitspraak van 17 mei 2016 daarom niet anders hebben doen uitvallen als zij in die procedure aan het hof bekend zouden zijn geweest. Zij zijn derhalve niet van beslissende aard zoals bedoeld in art. 382 aanhef en sub c Rv.

De (subsidiare) vordering tot herroeping stuit reeds daarop af.

3.12. Daarenboven merkt het hof het volgende op. Bij beoordeling van de subsidiare grondslag van de vordering zou moeten worden onderzocht, of de aangetroffen stukken door toedoen van de curator zijn achtergehouden als bedoeld in art. 382 aanhef en sub c Rv. Er kan sprake zijn van toedoen bij het achterhouden van stukken in geval van lichte schuld (“culpa”) van de curator.

3.13. De enkele omstandigheid dat de fysieke stukken boven water zouden zijn gekomen als de curator grondig onderzoek zou hebben gedaan, zoals [eiser tot herroeping] heeft gesteld, levert naar het oordeel van het hof geen lichte schuld van de curator op. Het arrest van de Hoge Raad van 2 december 2016 maakt dat niet anders. Ten tijde van de procedure die heeft geleid tot het voorliggende arrest van 17 mei 2016 was het arrest van 2 december 2016 immers nog niet uitgesproken. Reeds daarom – nog afgezien van het gebrek aan toepasselijkheid van die uitspraak in deze civiele procedure, zoals hiervoor is overwogen – kan de curator dan ook niet worden verweten dat hij geen actief onderzoek heeft verricht naar de omvang van de omzetbelastingsschulden.

3.14. De slotsom is dat de vordering ook op de subsidiare grondslag niet kan slagen. De vordering tot herroeping van het arrest van 17 mei 2016 zal worden afgewezen. [eiser tot herroeping] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de herroepingsprocedure.

4. Beslissing

Het hof:

wijst de vordering tot herroeping van het arrest van dit hof van 17 mei 2016 af; veroordeelt [eiser tot herroeping] in de kosten van het geding (...; *red.*).

NOOT

1. De onderhavige insolventieadviseur is door een curator van enkele gelieerde vennootschappen aansprakelijk gesteld voor onrechtmatig handelen jegens hun gezamenlijke crediteuren. Dit handelen ziet, verkort weergegeven, op het voorbereiden en instigeren van transacties voortvloeiend uit de faillissementen, leidend tot benadeling van de genoemde crediteuren. Het hof te

Amsterdam heeft bij arrest van 17 mei 2016 de vorderingen van de curator voor het merendeel toegewezen en de insolventieadviseur veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1.008.401,14, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 30 maart 2005. In het daarop volgende cassatieberoep heeft de Hoge Raad bij arrest van 26 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:107 in het principale beroep de ingangsdatum van de wettelijke rente een jaar verschoven naar 30 maart 2006, onder afwijzing van de overige cassatieklachten van de zijde van de insolventieadviseur. In het incidentele cassatieberoep heeft de Hoge Raad de klacht van de curator gehonoreerd, kort weergegeven inhoudende dat het hof ten onrechte één van de vennootschappen buiten beschouwing heeft gelaten als partij ten aanzien waarvan de gezamenlijke crediteuren door het handelen van de insolventieadviseur (eveneens) in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. De Hoge Raad heeft het geding vervolgens terugverwezen naar het Amsterdamse hof ter verdere behandeling en beslissing.

2. Na het arrest van de Hoge Raad, is er in april 2018 een vaststellingsovereenkomst gesloten tussen de insolventieadviseur en de curator (zie r.o. 2.7 in de onderhavige uitspraak van het hof). Afgesproken is dat de adviseur een bedrag van € 750.000 zal betalen in twee termijnen: bij ondertekening € 450.000 en een jaar later € 300.000. De insolventieadviseur heeft de tweede termijn niet betaald. In plaats daarvan heeft hij een vordering tot herroeping ingesteld tegen het arrest van het hof van 17 mei 2016. Hij stelt dat dit arrest berust op door de curator gepleegd bedrog en dat door hem stukken van beslissende aard zijn achtergehouden. Het zou er dan met name om gaan dat uit de fysieke administratie van de gefailleerde vennootschappen zou blijken dat ten tijde van hun faillietverklaringen geen schulden aan de fiscus aanwezig waren uit hoofde van omzetbelasting. De faillissementen zijn uitgesproken op basis van vorderingen van de fiscus en er zouden nauwelijks andere externe crediteuren zijn. Hieruit zou volgens de insolventieadviseur voortvloeien dat geen benadeling van de fiscus heeft plaatsgevonden en dat hij niet onrechtmatig zou hebben gehandeld.

3. Het hof gaat eerst uitgebreid in op de stelling van de insolventieadviseur dat de fysieke administratie door de curator zou zijn achtergehouden en dat de curator daarmee bedrog zou hebben

gepleegd (r.o. 3.5-3.7). Deze stelling wordt door het hof niet gevolgd. Belangrijk daarbij is de vaststelling door het hof, aan het einde van r.o. 3.6, dat de insolventieadviseur bekend was met de betreffende administratie. Hij heeft die tijdens het door hem begeleide saneringsproject, voorafgaand aan de faillissementen, onderzocht. De fysieke administratie was toen opgeslagen in een opslagruimte en de insolventieadviseur was degene die de curator daar toegang toe verschafte op het moment dat de eerste van de vennootschappen in faillissement terecht kwam.

4. Hierna beoordeelt het hof de kwestie van de belastingschulden, die volgens de insolventieadviseur niet zouden kloppen. Het hof stelt voorop dat de aanslagen omzetbelasting bij aanvang van de faillissementen formele rechtskracht hadden. De (naheffings)aanslagen waren al vóór faillissement opgelegd en de bezwaartermijn van zes weken was verlopen. Daarmee staan de aanslagen inderdaad vast. De insolventieadviseur doet in dit kader een beroep op HR 2 december 2016, «JOR» 2017/27, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*). Het hof merkt terecht op dat dat arrest gaat over de situatie waarin een bestuurder door de ontvanger wordt aangesproken voor een belastingschuld van een rechtspersoon en dat die situatie (essentieel) afwijkt van het geval waarin een curator een derde aanspreekt op grond van onrechtmatige daad. Het hof komt vervolgens tot de, op zichzelf voor de hand liggende, slotsom dat deze herroepingsprocedure niet zou kunnen leiden tot de conclusie dat de omzetbelastingsschuld *niet* bestond (r.o. 3.11, laatste deel).

5. Toch zou ik menen dat het hof de leer van de (formele) rechtskracht van de belastingschuld te streng toepast. Dit houdt verband met de volgende overweging van het hof in r.o. 3.11: "Dat de curator de belastingaanslagen in de verhouding tot de ontvanger met succes had kunnen aanvechten ofschoon deze reeds vóór de faillissementen formele rechtskracht hadden gekregen, is gesteld noch gebleken." Een curator en een bestuurder van een failliete vennootschap kunnen namelijk wel degelijk een onjuiste definitief vaststaande aanslag "aanvechten". Ten eerste kunnen zij op de voet van art. 65 Algemene wet inzake rijksbelastingen ("Awr") bij de inspecteur een verzoek indienen tot ambtshalve vermindering van een (onjuiste) aanslag. Ten tweede kan een beroep worden gedaan op art. 1.1.5 Leidraad In-

vordering 2008. Uit die bepaling volgt dat als de belastingschuldige aannemelijk kan maken dat er gegronde twijfels zijn aan de verschuldigdheid van een onherroepelijk geworden aanslag, de ontvanger de aanslag marginaal dient te toetsen. Blijkt daaruit dat de aanslag "in materiële zin niet verschuldigd kan worden geacht", dan ziet de ontvanger af van verdere invordering. Dat impliceert eveneens dat de vordering niet door de ontvanger in het faillissement zal worden ingediend op de voet van art. 19.2.1 Leidraad Invordering 2008. Daarnaast moet worden bedacht dat, ingeval de ontvanger de insolventieadviseur (rechtstreeks) zou aanspreken op grond van onrechtmatig handelen, laatstgenoemde in dat verband de juistheid van de aanslagen wel ter discussie zou mogen stellen, ondanks dat zij onherroepelijk zijn. Zie HR 8 juli 2011, «JOR» 2011/285, m.nt. Tekstra (*Intertrust/Ontvanger*).

mr. dr. A.J. Tekstra

18

Rechtskarakter toestemming rechter-commissaris tot onderhandse verkoop. Curator is op grond van erf- én insolventierecht beschikkingsbevoegd over woning uit ontbonden huwelijksgemeenschap

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
21 augustus 2020, zaaknr. 200.281.586/01,
ECLI:NL:GHARL:2020:6929
(mr. Van Rijssen, mr. Ter Berg, mr. Clement)
Noot mr. J.B.A. Jansen

Erfrecht en insolventierecht. Ontvankelijkheid curator in kort geding. Ontruimingsvonnis. Medewerkingsplicht. Rechtskarakter toestemming rechter-commissaris tot onderhandse verkoop. Overlijden niet-gefaileerde echtgenoot. Ontbonden huwelijksgemeenschap. Beschikkingsbevoegdheid curator. Saisine. Fixatiebeginsel. Verwijzing naar HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106 (OAR/ABN).

[FW art. 20, 23, 63, 64, 67, 68, 69, 86, 87, 105a, 176; BW art. 3:84 lid 1, 4:182]

Bij gebreke van een afzonderlijke rechtsgang in de Faillissementswet ter verkrijging van een ontruimingstitel heeft de curator zich terecht tot de kortgedingrechter gewend. Hij is ontvankelijk in zijn vordering.

Voor de verkoop van goederen is bepaald dat curator de toestemming van de rechter-commissaris nodig heeft (art. 176 lid 1 Fw). Die toestemming is een beschikking in die zin dat zij een beslissing is, gegeven door een rechter op een concreet verzoek. Er is echter geen sprake van een beslissing inzake een geschil of het verzoek aan de rechter een rechtstoestand te doen ontstaan of wijzigen. In die zin vormt zij geen rechtspraak in de eigenlijke zin van het woord. Zij is onderdeel van de aan de rechter toegedeelde taak van "toezicht". Daarom vangt zij niet aan met een verzoekschrift in de zin van art. 261 Rv en is voor het vragen van toestemming niet voorgeschreven dat belanghebbenden moeten worden gehoord. Het toestem-

mingsvereiste maakt duidelijk dat de curator zich met de rechter-commissaris dient te verstaan over een door hem voorgenomen vervreemding van een goed uit de boedel. Om die reden tast het ontbreken van toestemming niet de geldigheid van de (rechts)handeling door de curator aan. Zij vormt geen constitutief vereiste voor die rechtshandeling. De curator roept door het achterwege laten van toestemming "slechts" het risico in het leven dat hij door het ontbreken daarvan persoonlijk schadelijkt kan worden als door zijn handelen nadeel wordt veroorzaakt. Om deze redenen is de te verlenen toestemming niet aan een vaste vorm gebonden. De vorm waarin zij wordt gegeven, hangt af van de omstandigheden van het geval en kan ook buiten openingstijden van de griffie en mondeling of op andere wijze worden gegeven. Het is in voorkomend geval echter aan de curator om achteraf zo nodig de door de rechter-commissaris gegeven toestemming te bewijzen.

De door de rechter-commissaris verleende toestemming is niet voor tenuitvoerlegging en dus ook niet voor uitvoerbaarverklaring bij voorraad vatbaar.

Failliet kan de afwikkeling van de boedel niet blijven frustreren door uit haar vrije middelen of door betalingen door haar kinderen de hypotheeklasten te blijven voldoen.

Failliet was op het moment dat zij in staat van faillissement werd verklaard, in algehele gemeenschap van goederen gehuwd met haar echtgenoot. De woning waar het in deze procedure om gaat, behoorde tot de gemeenschap. Op grond van art. 63 Fw omvatte het faillissement van failliet daarmee ook de woning. Door de faillietverklaring verloor failliet, en op grond van art. 63 Fw ook de echtgenoot, van rechtswege de beschikking en het beheer over de tot het faillissement behorende goederen, waaronder de woning (art. 23 Fw). Deze beschikking en dit beheer kwamen vanaf dat moment exclusief toe aan de curator (art. 68 Fw). De echtgenoot behield evenals failliet weliswaar zijn onverdeelde aandeel in de eigendom van de woning, maar had over dat eigendomsrecht niet langer het beheer en de beschikking.

Met het overlijden van de echtgenoot op 17 december 2018 volgden zijn erfgenamen, waaronder de kinderen, hem op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap (art. 4:182 BW). Het erfrechtelijk beginsel van de