

University of Groningen

## Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders in 2004

Wezeman, Jan Berend

*Published in:*  
Onderneming en Financiering

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2004

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Wezeman, J. B. (2004). Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders in 2004. *Onderneming en Financiering*, 2004(64), 54-58.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

PROF.MR. J.B. WEZEMAN

# Faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders in 2004

HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Loodgieters- en Installatiebedrijf Reinders BV)

HR 20 februari 2004, JOR 2004, 121 (Delcon Nederland BV)

HR 5 maart 2004, JOR 2004, 150 (De Weduwe H. Kok BV)

54

Nr. 64 / december 2004

**P**ersoonlijke aansprakelijkheid van functionarissen van vennootschappen is uitgegroeid tot een niet meer weg te denken thema van het hedendaagse vennootschapsrecht. Vooral de aansprakelijkheid van bestuurders van gefailleerde BV's op grond van de in 1987 ingevoerde derde misbruikwet (of: Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement) wordt steeds vaker ingeroepen. De WBF-aansprakelijkheid, met artikel 2:248 BW als kernbepaling, leidde ook in 2004 weer tot veel rechterlijke uitspraken, waaronder drie interessante, hier-voor vermelde uitspraken van de Hoge Raad. Meer en meer wordt duidelijk dat deze aansprakelijkheid aan slagkracht wint. Dat geldt overigens ook voor andere aansprakelijkheden, zoals de interne bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW<sup>1</sup> en, met name in gevallen van lichtvaardig contracteren<sup>2</sup> of frustratie van verhaal<sup>3</sup>, de onrechtmatige- daadsaansprakelijkheid van bestuurders.

Het eind van deze tendens is naar mijn mening niet in zicht. Op korte termijn kan worden verwacht dat de wetgever zich, voor het eerst sinds 1987, weer principieel gaat buigen over de vraag in welke geval-

len bestuurders van rechtspersonen aansprakelijk dienen te zijn voor de schulden van die rechtspersonen. In mei 2004 presenteerde de Commissie- De Kluiver haar rapport met voorstellen voor vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht.<sup>4</sup> In reactie op dit rapport kondigde minister Donner van Justitie in september 2004 aan op korte termijn wetsvoorstellen te presenteren om tot deze gewenste modernisering van ons vennootschapsrecht te komen. Een voorontwerp van wet voor een versoepelde BV zal waarschijnlijk begin 2005 het licht zien.<sup>5</sup> Het lijkt onvermijdelijk dat de voorstellen tot vereenvoudiging van het BV-recht, gepaard gaand met minder kapitaalbeschermingsregels en meer inrichtingsvrijheid, zullen leiden tot strenge aansprakelijkheidsregels voor de bestuurders. In deze bijdrage laat ik deze ontwikkeling echter rusten.<sup>6</sup> Ik maak hierna, aan de hand van de drie door de Hoge Raad in 2004 gewezen en gepubliceerde WBF-uitspraken, enige opmerkingen over de actuele stand van zaken met betrekking tot de faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders.

1 Zie o.a. HR 29 november 2002, JOR 2003, 2 m.nt. Bartman (Berghuizer Papierfabriek).

2 Zie o.a. HR 18 februari 2000, NJ 2000, 295 (New Holland).

3 Zie o.a. HR 8 februari 2002, NJ 2002, 196 (IBK) en HR 26 augustus 2003, JOR 2003, 211 (ICH/UPC).

4 Het rapport is te vinden via [www.flexbv.ez.nl](http://www.flexbv.ez.nl) en [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

5 *Nota modernisering ondernemings- en vennootschapsrecht*, 8 september 2004. De nota is te vinden via [www.justitie.nl](http://www.justitie.nl).

6 Zie hierover onder meer M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, *Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht*, deel 47 in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, Kluwer, 2004, die ingaan op een mogelijke 'wrongful trading'-aansprakelijkheidsregel (p. 75 e.v.).

## Loodgieters- en installatiebedrijf Reinders

De eerste, gepubliceerde WBF-zaak van de Hoge Raad in 2004 betreft het faillissement van Loodgieters- en installatiebedrijf Reinders BV. Deze zaak is met name van belang voor de wijze waarop de aansprakelijkheidsnorm van artikel 2:248 lid 1 BW moet worden ingevuld. De Hoge Raad besliste in 2001 voor het eerst dat het gewraakte bestuur moet worden getoetst aan de vraag hoe een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld. Zie HR 8 juni 2001, *JOR* 2001, 171 (Panmo). Het gaat hier om een bijzonder algemeen geformuleerde norm, die steeds per geval zal moeten worden ingevuld. In veel WBF-gevallen komt de rechter intussen niet toe aan een inhoudelijk oordeel over het gevoerde bestuur omdat sprake is van een lid 2-situatie: een situatie waarin kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur over de gehele linie vaststaat en het vereiste causale verband met het faillissement wordt vermoed<sup>7</sup> wegens schending van de administratieverplichtingen (artikel 2:10 BW) of van de verplichting de jaarrekening uiterlijk binnen 13 maanden na afloop van het boekjaar openbaar te maken (artikel 2:394 lid 3 BW).<sup>8</sup> Ook in de zaak Reinders speelde deze situatie (de jaarrekening over boekjaar 1994 zou pas 14 maanden na afloop van het boekjaar zijn gepubliceerd), maar zowel de rechtbank als het Hof in deze zaak merkten het gevoerde bestuur ook los daarvan aan als kennelijk onbehoorlijk. Het ging, kort gezegd, om het volgende.

Loodgieters- en installatiebedrijf Reinders BV (hierna: LIR) wordt op 15 augustus 1996 door de rechtbank Arnhem failliet verklaard. Bestuurder en enig aandeelhoudster van LIR is Reinders Didam Beheer BV (RDB), welke op haar beurt bestuurd wordt door dhr. B.J. Reinders. De curator stelt zowel RDB als op grond van artikel 2:11 BW<sup>9</sup> 'tweede

graadsbestuurder' B.J. Reinders (onder meer) ex artikel 2:248 BW aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van LIR (ca. f 1,4 miljoen). De curator voert daarvoor onder meer aan dat de bestuurders uitvoering hebben gegeven aan een in april 1996 door RDB als aandeelhouder van LIR genomen besluit tot dividenduitkering van f 950.000. Nadat de rechtbank aansprakelijkheid heeft aangenomen oordeelt ook het Hof<sup>10</sup> in hoger beroep dat de gang van zaken rond de dividenduitkering, die deels door verrekening plaatsvond en geleid heeft tot een verhoudingsgewijs uitzonderlijk grote vermindering van de solvabiliteit en liquiditeit van de vennootschap en zelfs tot een discontinuïteitssituatie, in de omstandigheden van het geval kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:248 lid 1 BW impliceert, nu de bestuurders aan de voorbereiding en de uitvoering van dat besluit hun medewerking hebben verleend. Tot die omstandigheden behoorde onder meer dat de vennootschap al sinds september 1995 tot het dividendbesluit in april 1996 praktisch voortdurend in betalingsmoeilijkheden verkeerde, in toenemende mate was aangewezen op bancaire krediet en het dividendbesluit er duidelijk toe strekte om het eigen belang van RDB te dienen. Het Hof verwijt het LIR-bestuur de totstandkoming van het ingrijpende en verstrekkende dividendbesluit zonder enige rechtvaardiging te hebben bevorderd en daartegen op geen enkele wijze tegenwicht te hebben geboden.

De bestuurders bestrijden de beslissing van het Hof in cassatie met diverse motiveringsklachten, maar zonder enig succes. Onder verwijzing naar artikel 81 RO beslist de Hoge Raad zonder meer dat de aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden.<sup>11</sup> Ook de Conclusie van A-G Timmerman strekt tot verwerping van het beroep. De zaak is niettemin interessant, omdat ze m.i. op juiste wijze illustreert dat – en onder welke omstandigheden – de gevolgen

7 Het causale vermoeden is van de baan indien aannemelijk is dat er – naast onbehoorlijk bestuur – een andere belangrijke oorzaak van het faillissement is. Zie HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 95 en *JOR* 2002, 4 (Vlimeta).

8 Artikel 2:248 lid 2 BW spreekt over schending van artikel 2:394 BW. Uit de arresten HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 713 m.nt. Ma (Kempers en Sarper) en HR 2 februari 1996, *NJ* 1996, 406 (Pfenning/Niederder q.q.) volgt echter dat het gaat om schending van artikel 2:394 lid 3 BW. Zie hierover H. Beckman, *Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, *TVVS* 1998 nr. 98/12, p. 358–360. Zie over de problemen waartoe artikel 2:248 lid 2 BW aanleiding kan geven ook recentelijk HR 5 september 2003, *JOR* 2003, 225 (Van Gijtenbeek), Hof Den Bosch 3 juni 2003 en 13 juli 2004, *JOR* 2004, 292 (Van Gils) en Hof Leeuwarden 13 oktober 2004, *JOR* 2004, 296 (Old Oak).

9 De Hoge Raad legt artikel 2:11 BW restrictief uit. De via artikel 2:11 BW aansprakelijk te stellen tweedegraadsbestuurder moet bestuurder zijn van een rechtspersoon-bestuurder in formele zin, dus *niet* bestuurder van een rechtspersoon-beleidsbepaler. Zie Hoge Raad 28 april 2000, *JOR* 2000, 128 (Montedison). In zo'n laatste geval zal de WBF aansprakelijkheid van de tweedegraads bestuurder dus uitsluitend op artikel 2:248 lid 7 BW (beleidsbepalers en medebeleidsbepalers) gebaseerd kunnen worden.

10 Zie Hof Arnhem 19 februari 2002, *JOR* 2002, 56.

11 HR 6 februari 2004, *JOR* 2004, 67, r.o. 3.

van besluiten van andere organen van een vennootschap in sommige gevallen (ook) aan bestuurders kunnen worden toegerekend.<sup>12</sup> Dat neemt uiteraard niet weg dat ook de leden van dat andere orgaan (hier: aandeelhouder RDB) aansprakelijk kunnen worden gehouden voor hun handelen. De aansprakelijkheidsgrondslag is dan veelal artikel 6:162 BW. Zie in dit verband HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 m.nt. Ma (Nimox).<sup>13</sup>

### Delcon Nederland BV

De WBF-aansprakelijkheid kan uitsluitend worden ingeroepen door de curator. De in september 2004 vastgestelde Praktijkregels voor curatoren van INSOLAD, de vereniging voor Insolventie Advocaten, wijden enige bepalingen aan aansprakelijkstelling van (gewezen) bestuurders en commissarissen. De curator van een rechtspersoon onderzoekt steeds of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de functionarissen van de gefailleerde (artikel 5.1 Praktijkregels). De curator gaat daarbij volgens de toelichting zoveel als in de gegeven omstandigheden mogelijk is met voortvarendheid te werk.<sup>14</sup> Dit kan mede van belang zijn in verband met bestuurdersaansprakelijkheidsverzekeringen (zie hierna). De curator gaat verder in het algemeen niet over tot aansprakelijkstelling van een bestuurder, zo volgt uit artikel 5.2 Praktijkregels, alvorens hij die bestuurder in de gelegenheid heeft gesteld zijn visie te geven op de oorzaken van het faillissement en zijn rol in de gang van zaken.

De bestuurders (medebeleidsbepalers daaronder begrepen) zijn volgens de hoofdregel van artikel 2:248 lid 1 BW, hoofdelijk en in beginsel voor het volledige tekort in het faillissement aansprakelijk. Dit brengt mee dat het de curator vrijstaat niet alle bestuurders aansprakelijk te stellen, maar slechts één of enkelen van degenen die in de driejaarsperiode voorafgaand aan het faillissement bestuurder zijn geweest. De WBF-vordering is processueel deelbaar.<sup>15</sup> Een aansprakelijk gestelde bestuurder kan als zodanig ook niet langs de weg van artikel 69 Fw (bevel van de rechter-commissaris) bereiken dat de curator ook anderen aansprakelijk stelt. Evenmin kan

een aansprakelijk gestelde bestuurder met een beroep op dit artikel bereiken dat de curator wordt bevolen andere handelingen te verrichten of na te laten. Alleen (de commissie van) schuldeisers en de gefailleerde zelf kunnen het in artikel 69 Fw bedoelde verzoek doen.<sup>16</sup> De Hoge Raad beperkt de reikwijdte van artikel 69 Fw tot de kring van hen in wier belang de curator is aangesteld. Deze restrictieve uitleg van artikel 69 Fw werd door de Hoge Raad in het arrest *Delcon Nederland BV* nog eens bevestigd.<sup>17</sup>

De feiten in deze zaak liggen, enigszins samengevat en voorzover hier van belang, als volgt. *Delcon Nederland BV* (*Delcon*) detacheert personeel voor las- en constructiewerkzaamheden. Het bedrijf gaat op 29 februari 2000 failliet. Het tekort in het faillissement bedraagt ca. f 3 miljoen. Dit tekort wordt voor een groot deel veroorzaakt doordat de belastingdienst en het UWV naheffingsaanslagen aan *Delcon* opleggen. Deze naheffingsaanslagen houden verband met een volgens de belastingdienst gebrekkige administratie van *Delcon* en het inhouden en afdragen van te weinig loonbelasting. Th. Pannekeet is enig bestuurder en (indirect) enig aandeelhouder van *Delcon*. In maart 2001 stelt de curator hem wegens schending van de administratieverplichting hoofdelijk aansprakelijk ex artikel 2:248 lid 2 BW voor het gehele tekort. In februari 2003 verzoekt Pannekeet met een beroep op artikel 69 Fw aan de rechter-commissaris om de curator te bevelen bezwaar te maken tegen de naheffingsaanslagen en in ieder geval te trachten terzake verhaal te nemen op de werknemers ten aanzien van wie te weinig loonbelasting is ingehouden en afgedragen door *Delcon*. Zowel de R-C als de rechtbank in hoger beroep acht Pannekeet in zijn verzoek niet ontvankelijk. De Hoge Raad bekrachtigt deze beslissingen. Pannekeet onderbouwde zijn artikel 69 Fw-verzoek onder meer met de stelling dat hij als aansprakelijke bestuurder een voorwaardelijk regresrecht heeft op de boedel van de gefailleerde vennootschap, nu zijn aansprakelijkheid ex artikel 2:248 BW niet meebrengt dat hij in zijn verhouding tot (de boedel van de) vennootschap ook draagplichtig is voor de openstaande schulden van de vennootschap. De Hoge Raad wil van deze redene-

12 Zie voor een soortgelijk geval HR 28 april 2000, *JOR* 2000, 128 (Montedison), besproken door M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht* 2000/10, blz. 296 e.v.

13 Zie hierover ook Van den Ingh, in zijn noot onder de zaak *Reinders*, *JOR* 2004, 67.

14 De Praktijkregels en de toelichting daarop zijn te vinden via [www.curatoren.nl](http://www.curatoren.nl).

15 Zie recentelijk ook Hof Den Bosch 13 juli 2004, *JOR* 2004, 292 (Van Gils).

16 Zie hierover A-G Timmerman in zijn Conclusie voor het *Delcon*-arrest, nrs. 2.1-2.6.

17 HR 20 februari 2004, *JOR* 2004, 121 m.nt. A. van Hees. Zie over het arrest ook M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht* 2004-6, p. 231-234.

ring niets weten. De Hoge Raad overweegt op dit punt (r.o 3.2.2):

‘De bestuurder die uit hoofde van artikel 2:248 BW een bedrag aan de boedel betaalt teneinde deze in staat te stellen schulden van de vennootschap te betalen voorzover deze niet door vereffening kunnen worden voldaan, krijgt daardoor niet een regresrecht op de boedel en wordt dus door deze betaling ook niet (voorwaardelijk) schuldeiser van de boedel. Het toekennen van een regresrecht valt immers niet te rijmen met de verplichting van de bestuurder om het tekort van de boedel aan te vullen, omdat daardoor het boedeltekort in feite in stand zou blijven. Het is ook niet in overeenstemming met de aard van de aansprakelijkheid die op de bestuurders rust op grond van artikel 2: 248 BW.’

Deze beslissing van de Hoge Raad lijkt mij juist. Door het toekennen van een regresrecht aan de aansprakelijke bestuurder op de boedel zou er in het systeem van artikel 2: 248 BW een zinloze, vicieuze verhaals- en aansprakelijkheidskring ontstaan. Met de verwijzing naar de aard van de WBF-aansprakelijkheid beoogt de Hoge Raad naar ik vermoed tot uitdrukking te brengen dat het bij de WBF-aansprakelijkheid gaat om een externe aansprakelijkheid, een aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke, in het faillissement opgekomen schuldeisers van de failliet. Deze aansprakelijkheid jegens de boedel verdraagt zich uiteraard niet met een (voorwaardelijk) regresrecht terzake op diezelfde boedel. Voor de toepassing van artikel 69 Fw had dit regresrecht Pannekeet overigens waarschijnlijk ook niet gebaat. Dit artikel staat, zo wordt veelal geleerd, niet open voor boedel-schuldeisers.<sup>18</sup>

We kunnen ons nog afvragen of Pannekeet mogelijk wel een verhaalsrecht op de failliete rechtspersoon zelf zou kunnen worden toegekend. Er zijn immers uitzonderingsgevallen denkbaar waarin het kennelijk onbehoorlijk bestuur jegens de gezamenlijke schuldeisers in de zin van artikel 2:248 BW niet kan worden aangemerkt als ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling jegens de vennootschap in de zin van artikel 2:9 BW en een eventueel regresrecht dus niet bij voorbaat op deze laatste, dwingende bepaling zou afstuiten. Ook zou de vennootschap voor faillissement decharge hebben kunnen verleend

aan de bestuurder. De grondslag voor zo'n regresrecht zou dan ongerechtvaardigde verrijking moeten zijn, nu bestuurder en vennootschap niet hoofdelijk voor dezelfde schulden of schade aansprakelijk zijn en de artikelen 6:10-13 BW en 6:102 BW daarom niet kunnen worden toegepast. Ook zo komen we er echter naar mijn mening niet. In een geval waarin de WBF toepassing vindt is juist (uiteindelijk) altijd sprake van een tekort en een door kennelijk onbehoorlijk bestuur veroorzaakt faillissement, zodat van verrijking geen sprake is.<sup>19</sup>

Pannekeet kon dus uiteindelijk niet via artikel 69 Fw bereiken dat de curator de door hem gewenste handelingen verrichtte. De bestuurder heeft in zo'n geval wel de mogelijkheid in de WBF-procedure aan te voeren dat door toedoen van de curator het tekort is vergroot of groter is gebleven dan nodig. De rechter kan hiermee rekening houden bij het vaststellen van de omvang van de aansprakelijkheid. Artikel 2:248 lid 4 maakt het de rechter mogelijk te matigen, onder meer gelet op de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Matiging op deze grond kan ook zijn aangewezen indien schulden ten onrechte of tot een te hoog bedrag zijn geverifieerd.<sup>20</sup>

### De Weduwe H. Kok BV

Of een aansprakelijke bestuurder uiteindelijk in staat zal zijn het gehele tekort – of, na matiging, een deel daarvan – te voldoen is uiteraard onzeker. Mogelijk heeft de vennootschap in het verleden een aansprakelijkheidsverzekering afgesloten ten behoeve van de bestuurders en commissarissen. In Nederland is met name de BCA-polis, waarvan de voorwaarden op korte termijn overigens weer worden herzien, bekend. De WBF-aansprakelijkheid is onder de polis echter uitsluitend gedekt indien hetzij de curator, hetzij de verzekerden binnen drie maanden na het faillissement van de verzekeringnemer het in de polis opgenomen aanbod van de verzekeraar tot verzekering van het uitlooprisico hebben aanvaard tegen verdere premiebetaling (artikel 13 van de polis, model BCA98A). Een bijzonder instrument ter vergroting van verhaal is voorts de zogenoemde misbruikpauliana van artikel 2:248 lid 9 BW. Indien een aansprakelijke bestuurder niet in staat is zijn WBF-schuld te voldoen, kan de curator de door die bestuurder

18 Zie M.L. Lennarts, *Ondernemingsrecht* 2004-6, p. 232.

19 Nog daargelaten de vraag of de bestuurder voor zo'n regresrecht wel kan opkomen in het faillissement (en bijgevolg als schuldeiser in de zin van art. 69 Fw kan worden aangemerkt). Zie hierover A. van Hees in zijn noot onder het arrest in *JOR* 2004, 121.

20 De rechter maakt overigens naar mijn indruk een royaal gebruik van de matigingsbevoegdheid van artikel 2: 248 lid 4 BW. Zie ter illustratie recentelijk Rechtbank Utrecht 9 juni 2004, *JOR* 2004, 227, waar de rechtbank matigde tot nihil.

onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, ten behoeve van de boedel vernietigen. Aannemelijk moet dan zijn dat deze rechtshandelingen geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. De wederpartij van de bestuurder, hoezeer te goeder trouw ten aanzien van de intenties van de bestuurder, wordt niet beschermd. De curator zal in ieder geval een beroep kunnen doen op deze misbruikpauliana indien de bestuurder ten tijde van de transactie had moeten begrijpen dat het faillissement van de vennootschap op afzienbare tijd onvermijdelijk was en er een aanmerkelijke kans bestond dat hij op grond van de WBF met succes aansprakelijk zou kunnen worden gehouden.<sup>21</sup> Zonodig zal de curator het persoonlijke faillissement van de aansprakelijke bestuurder moeten aanvragen. Een bijzondere toepassing van dit ultimum remedium vinden we in het arrest De Weduwe H. Kok BV.<sup>22</sup>

De Weduwe H. Kok BV (hierna: de dochtervennootschap) gaat eind jaren negentig failliet, het faillissementstekort bedraagt f 3 miljoen. De rechtbank te Den Haag acht bestuurder en enig aandeelhouder BV Holding De Weduwe H. Kok (hierna: de moedervennootschap) aansprakelijk op grond van artikel 2:248 lid 1 BW. De rechtbank acht ook De Jager, bestuurder van de moedervennootschap, op grond van artikel 2:248 lid 7 BW aansprakelijk voor dat tekort. De Jager is daarnaast bestuurder van de moedervennootschap. Deze moedervennootschap gaat als gevolg van de WBF-veroordeling ook failliet. Het tekort in haar faillissement bedraagt eveneens ca. f 3 miljoen. Op zijn beurt stelt de curator in het faillissement van de moedervennootschap bestuurder De Jager aansprakelijk op grond van artikel 2:248 lid 2 BW. De Jager blijft in gebreke het tekort in het faillissement van de dochtervennootschap te voldoen. De curator van die

vennootschap verzoekt daarop in april 2003 de rechtbank te Den Haag het faillissement van De Jager uit te spreken, waarbij de WBF-vordering van de curator in het faillissement van de moedervennootschap als enige steunvordering wordt opgevoerd. De rechtbank spreekt het faillissement van De Jager uit, maar De Jager bestrijdt dit vonnis met succes in hoger beroep bij het Hof te Den Haag. Het Hof oordeelt dat de WBF-vorderingen van de curatoren van de dochter- en moedervennootschap feitelijk dezelfde vorderingen zijn, zodat niet aan het pluraliteitsvereiste is voldaan (artikel 1 lid 1 en artikel 6 lid 3 Fw). De Hoge Raad vernietigt dit arrest echter. De Hoge Raad erkent dat tussen de vorderingen van de curatoren weliswaar samenhang bestaat (r.o. 3.5.2), maar dat in een geval als het onderhavige de vorderingen toch naast elkaar kunnen bestaan. Dit komt volgens de Hoge Raad onder meer tot uiting indien De Jager niet het gehele bedrag van de WBF-vordering van de curator van de moedervennootschap zou voldoen.

Ik kan mij in deze beslissing vinden. In een zaak als deze is inderdaad denkbaar dat er tussen de vorderingen van beide curatoren reële concurrentie bestaat. De vorderingen moeten daarom van elkaar worden onderscheiden. De aansprakelijke tweedegradsbestuurder kan zich daarover niet echt beklagen. Het gebruik van holdingconstructies, zoals in deze zaak, is uiteraard geoorloofd maar heeft als consequentie dat dochtervennootschap en besturende holding als afzonderlijke rechtssubjecten – met eigen, te onderscheiden vorderingsrechten – moeten worden aangemerkt.<sup>23</sup>

**Prof. mr. J.B. Wezeman is hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen; adviseur Van Mens en Wisselink, Advocaten en belastingadviseurs, Rotterdam.**

<sup>21</sup> Zie Hof Arnhem 9 september 2003, *JOR* 2004, 4.

<sup>22</sup> HR 5 maart 2004, *JOR* 2004, 150.

<sup>23</sup> Zie over dit arrest verder mijn noot in *Ondernemingsrecht* 2004-9, blz. 354-356.