

Vergaderjaar 2004–2005

17 050

Misbruik en oneigenlijk gebruik op het gebied van belastingen, sociale zekerheid en subsidies

29 810

Fraudebestrijding: stand van zaken 2004

Nr. 301

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 20 juni 2005

Tijdens het algemeen overleg van 10 maart 2005 over fraudebestrijding en enige andere onderwerpen heeft de heer Van As (LPF) een drietal vragen gesteld over bestuurdersaansprakelijkheid en het verzoeken van een enquête ter zake van wanbeleid door curatoren, waarop door mij een schriftelijk antwoord is toegezegd (Tweede Kamer 2004–2005, 17 050 en 29 810, nr. 295, blz. 5, 9). Aan deze toezegging wordt met deze brief voldaan.

1. Bestuurdersaansprakelijkheid en feitelijke beleidsbepalers

De eerste vraag is of ik het met de heer Van As eens ben dat de natuurlijke personen die feitelijke beleidsbepalers zijn van BV 1, aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld als deze BV als feitelijke beleidsbepaler van BV 2 kan worden aangemerkt. De heer Van As heeft er daarbij op gewezen dat constructies met het tussenschuiven van BV's om de aansprakelijkheid van Boek 2 van het BW te ontgaan zoveel mogelijk moeten worden tegengegaan. Hij denkt daarbij, zo begrijp ik, aan bepaalde horeca-ondernemers in Amsterdam aan wie ook in de pers aandacht is besteed. In het geval van een faillissement van een besloten vennootschap is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (artikel 248 lid 1 Boek 2 BW). Eenzelfde aansprakelijkheid rust op degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (artikel 248 lid 7). Dat betekent dat wanneer een persoon zich voor bepaalde activiteiten bedient van een BV waarvan hij geen bestuurder is maar wel feitelijk het beleid bepaalt, deze persoon in het faillissement van de BV onder de hiervoor omschreven voorwaarden kan worden aangesproken voor het tekort.

Het kan zich voordoen dat de feitelijke beleidsbepaler op zijn beurt ook een BV is en bovendien onvoldoende verhaal biedt. In dat verband is van belang dat artikel 11 van Boek 2 BW, waaraan de heer Van As refereert, de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder uitbreidt tot ieder

die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. Niet zeker is of deze regeling alleen kan worden toegepast op BV's die bestuurder zijn van een andere rechtspersoon of ook op BV's die feitelijk het beleid bepalen van die andere rechtspersoon. Bij de totstandkoming van de regeling is door de toenmalige minister van Justitie te kennen gegeven dat zij ook van toepassing is op bestuurders van feitelijk beleidsbepalende BV's (Tweede Kamer 1983/84, 16 631, nr. 6, blz. 25). In de literatuur bestaan hierover uiteenlopende opvattingen. De Hoge Raad heeft de vraag in zijn arrest van 28 april 2000, NJ 2000, 411 (Montedison) onbeantwoord gelaten. Wel heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat artikel 11 geen grondslag biedt om behalve de bestuurders van de *aansprakelijke* BV ook haar feitelijk beleidsbepalers aan te spreken.

Het voorgaande betekent echter niet dat de natuurlijke persoon die feitelijk het beleid bepaalt van een BV 1 die op haar beurt feitelijk beleidsbepaler is van een gefailleerde BV 2, aansprakelijkheid ontloopt. In de eerste plaats zal de curator van BV 2, als hij vaststelt dat BV 1 onvoldoende verhaal biedt, het faillissement van BV 1 kunnen uitlokken. Vervolgens zal de curator van BV 1 de feitelijk beleidsbepaler van BV 1 veelal op grond van artikel 248 lid 7 kunnen aanspreken voor het tekort, zoals dat mede wordt veroorzaakt door de aansprakelijkheid van BV 1 voor het tekort in het faillissement van BV 2. In de tweede plaats bestaat de mogelijkheid dat de feitelijk beleidsbepaler van BV 1 mede kan worden aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler van BV 2. In dat geval kan hij door de curator van BV 2 rechtstreeks worden aangesproken op grond van artikel 248 lid 7.

2. Bevoegdheid tot het instellen van een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid

De tweede vraag luidt of ik van mening ben dat uit een oogpunt van een effectieve aanpak van faillissementsfraude iedere schuldeiser, en dat geldt ook voor de Ontvanger van de belastingdienst, bij een faillissement bestuurders, commissarissen en feitelijke beleidsbepalers civielrechtelijk aansprakelijk moet kunnen stellen. En zo neen, waarom niet. Ik ga ervan uit dat met de vraag niet is bedoeld dat bestuurders, commissarissen en feitelijke beleidsbepalers steeds zonder nadere voorwaarden aansprakelijk moeten kunnen worden gehouden, doch slechts in het geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarvan uitgaande wijs ik erop dat de curator bij uitstek in de positie is om te kunnen beoordelen of er sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling en, zo ja, of deze beschouwd kan worden als een belangrijke oorzaak van het faillissement. Ook voor wat betreft de omvang van de aansprakelijkheid – het tekort in het faillissement – is het bij uitstek de curator die over de nodige gegevens beschikt. Om die reden zie ik onvoldoende grond om aan anderen dan de curator de bevoegdheid toe te kennen tot het instellen van een vordering zoals geregeld in artikel 138/248. Ik teken daarbij aan dat schuldeisers wél de mogelijkheid hebben om bij de rechter-commissaris op te komen tegen een eventuele weigering van de curator om een vordering uit bestuurdersaansprakelijkheid in te stellen (artikel 69 Fw).

3. Enquêteverzoeken ter zake van wanbeleid door curatoren

De derde vraag van de heer Van As betreft de vraag of ik bekend ben met de conclusie van A-G Timmerman van 11 januari 2005 over de vraag of een curator zelf een enquête moet aanvragen inzake zijn eigen wanbeleid. Daarbij wenst de heer Van As voorts te vernemen of ik van mening ben dat een zorgvuldige afhandeling van klachten over curatoren juridisch wordt gefrustreerd doordat de curator in bepaalde situaties een enquête over zijn eigen wanbeleid moet aanvragen, en of ik van mening ben dat

iedere schuldeiser een enquête naar het wanbeleid van een curator moet kunnen aanvragen.

Met de door de heer Van As bedoelde conclusie van A-G Timmerman ben ik bekend, evenals met de inmiddels in die zaak gegeven beschikking van de Hoge Raad van 29 april 2005 (Polisol, nr. R04/046HR, JOL 2005, 259). De curator van een gefailleerde vennootschap is bevoegd een enquête te verzoeken met betrekking tot een dochtervennootschap (beschikkingen van de Hoge Raad van 19 mei 1999, NJ 1999, 670 en 671). In de zaak Polisol ging het om de vraag of, behalve de curator, ook het bestuur van de failliete vennootschap (nog) bevoegd is tot het doen van een enquêteverzoek met betrekking tot de dochtervennootschap. Daarbij speelde een rol dat de curator van de moedervennootschap – feitelijk – het bestuur over de dochtervennootschap voerde en zich ook, in zijn hoedanigheid van curator van de moedervennootschap, als bestuurder had laten inschrijven. Het bestuur van de moedervennootschap betwistte dat aan die inschrijving een geldig benoemingsbesluit ten grondslag lag. Zonder een dergelijke benoeming, zo merkt A-G Timmerman op (nr. 4.15), mist de curator van de moedervennootschap de bevoegdheid tot het besturen en beheren van het vermogen van de dochtervennootschap.

De Ondernemingskamer had in de Polisol-zaak geoordeeld dat het bestuur van de moedervennootschap wél de bevoegdheid behield om een enquêteverzoek te doen met betrekking tot de dochtervennootschap. De Hoge Raad oordeelt anders, in overeenstemming met de conclusie van de A-G. De bevoegdheid van de curator om een enquêteverzoek met betrekking tot de dochtervennootschap te doen, vloeit voort uit de hem in de Faillissementswet toegekende bevoegdheid tot het beheer van de boedel, waartoe ook de aandelen in de dochtervennootschap behoren. Deze beheersbevoegdheid is een exclusieve, zo stelt de Hoge Raad vast. Het oordeel van de Ondernemingskamer dat aldus niet kan worden opgekommen tegen eventueel wanbeleid van de curator, miskent dat de curator op grond van de Faillissementswet verantwoording moet afleggen voor zijn optreden en dat de schuldenaar – in dit geval derhalve het bestuur van de failliete moedervennootschap – de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw kan verzoeken om de curator te gelasten een enquêteverzoek met betrekking tot de dochtervennootschap te doen.

Op grond van het voorgaande meen ik niet dat een zorgvuldige afhandeling van klachten over curatoren gefrustreerd wordt. Voorts wijs ik erop dat schuldeisers van een vennootschap als zodanig niet behoren tot de kring van degenen die een enquêteverzoek kunnen doen (artikelen 346 en 347 van Boek 2). Naar mijn oordeel dient dit ook in faillissement te gelden. In dit verband merk ik nog op dat de curator bij het beheer over de boedel van de failliete vennootschap niet optreedt als bestuurder van die vennootschap, zodat toepassing van het enquêterecht niet aan de orde is. Omgekeerd treedt hij, wanneer hij bij een dochtervennootschap als bestuurder zou zijn benoemd, daarbij niet op als curator.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner