

Mr. B. Kemp\* en mr. S. Renssen\*\*

# De bevoegdheid van de dwingende ‘moeder’-curator tot eigen faillissementsaanvraag van de onwelwillende dochter

In deze bijdrage staat centraal de vraag of de curator van de moeder vennootschap bevoegd is tot het (geven van een opdracht tot het) aanvragen van het faillissement van de dochter vennootschap. Daarbij gaat het om de verhoudingen tussen de curator en de organen van de vennootschap (van zowel de moeder als de dochter). Het Hof Arnhem oordeelde dat de curator niet bevoegd is om het faillissement van de dochter vennootschap aan te vragen, omdat de uitoefening van de bestuurstaak van een dochter vennootschap niet tot het beheer over het vermogen van een moeder vennootschap kan worden gerekend. Slechts het bestuur van de dochter is in dezen vertegenwoordigingsbevoegd. Maar mag een curator wel de aan de aandelen verbonden rechten uitoefenen om in de algemene vergadering opdracht te geven tot het aanvragen van het faillissement? Is dit niet in strijd met het vennootschappelijk belang van de dochter vennootschap?



## 1. Inleiding

Dit artikel heeft betrekking op de afbakening van de bevoegdheden van de curator in het faillissement van een moeder vennootschap, in het bijzonder ten aanzien van de vraag in hoeverre de curator van de moeder vennootschap kan ingrijpen bij haar dochter vennootschap door het faillissement van de dochter vennootschap aan te vragen. Niet al te lang geleden werd deze vraag – of de curator van de moeder vennootschap bevoegd is tot het aanvragen van het faillissement van de dochter vennootschap – voorgelegd aan het Hof Arnhem. Het hof oordeelde kort gezegd dat de curator de voornoemde bevoegdheid niet toekomt, omdat de uitoefening van de bestuurstaak van een dochter vennootschap niet tot het beheer over het vermogen van een moeder vennootschap kan worden gerekend.

Deze uitspraak van het Hof Arnhem roept interessante juridische vragen op. Strookt de opvatting van het Hof Arnhem met de (veronderstelde) vrijheid van de curator? Geeft de redenering van het Hof Arnhem een bevredigende oplossing voor conflicten die kunnen ontstaan tussen het bestuur van de dochter vennootschap en de curator, zeker wanneer de bestuurder ook het bestuur van de failliete vennootschap (en wellicht (indirect) zelfs haar aandeelhouder) vormt? Mag de curator het stemrecht op de tot de boedel behorende aandelen wel aanwenden om het faillissement van de dochter vennootschap aan te vragen en welke rol speelt artikel 2:8 BW hierbij?

In dit artikel zal nader worden ingegaan op deze (en andere) vragen. Daartoe wordt allereerst de situatie die zich voordeed bij het Hof Arnhem geschetst. Vervolgens wordt de reikwijdte van het faillissement nader toegelicht, in het bijzonder de bevoegdheden van de curator en organen van de vennootschap *binnen* de vennootschap en hun vertegenwoordigingsbevoegd naar *buiten*. Het gaat daarbij niet alleen om de situatie die zich voordeed bij het Hof Arnhem, waar de vertegenwoordiging centraal stond, maar ook over de mogelijkheid van de curator om het bestuur van de dochter opdracht te geven tot het aanvragen van het faillissement. Daarna wordt nader ingegaan op de voor- en nadelen van de verschillende opvattingen en de mogelijkheden die voor de curator openstaan bij een weigerachtig bestuur.

## 2. Hof Arnhem

Niet al te lang geleden werd de vraag of de curator van de moeder vennootschap bevoegd is tot het aanvragen van het faillissement van de dochter vennootschap voorgelegd aan het Hof Arnhem.<sup>1</sup> Hierbij deed zich de navolgende situatie voor.

BCCH (de moeder vennootschap) is de enig aandeelhouder en bestuurder van Hama Rent (de dochter vennootschap). Bestuurder van BCCH is mevrouw Lubberhuizen. Aandeelhouders van BCCH zijn ML Investments en Hagebosch Beheer B.V. De heer en mevrouw Lubberhuizen zijn enig aandeelhouders en bestuurders van ML

\* Mr. B. Kemp is advocaat te Den Haag en PhD-fellow van het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies (ICGI) aan de Universiteit Maastricht.

\*\* Mr. S. Renssen is docente Privaatrecht aan de Rechtenfaculteit van de Universiteit Maastricht en PhD-fellow van het ICGI.

1. Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR*2012/203, m.nt. Schuijling.

Investments. De aandelen die BCCH houdt in Hama Rent zijn verpand aan ML Investments als gevolg van een geldleningsovereenkomst tussen BCCH en ML Investments. Omdat BCCH haar verplichtingen onder deze overeenkomst niet nakomt, is de vordering van ML Investments op BCCH vanaf 1 augustus 2011 geheel opeisbaar. BCCH wordt op 3 februari 2012 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. König tot curator.

Op 10 februari 2012 vindt een buitengewone algemene vergadering van Hama Rent plaats. In deze vergadering werd een besluit genomen met de titel ‘besluit van de buitengewone vergadering van aandeelhouders tot het verlenen van toestemming aan de directie om het faillissement aan te vragen’. De inhoud van dit besluit was – kort gezegd – dat de aandeelhouder, BCCH, (vertegenwoordigd door de curator) opdracht geeft tot het aanvragen van het faillissement van Hama Rent aan mr. Donners (kantoorgenoot van de curator) en daarnaast al hetgeen te doen wat nodig en wenselijk is daartoe.<sup>2</sup> De curator nam dit besluit omdat hij de activa van de verschillende vennootschappen graag gezamenlijk wilde verkopen, omdat dat de prijs van de verschillende onderdelen opdrijft.<sup>3</sup>

Namens ML Investments (aandeelhouder van BCCH) wordt een verzetprocedure tegen het uitspreken van het faillissement aanhangig gemaakt. In deze procedure uit ML Investments bezwaren tegen het besluit van de curator om het eigen faillissement van Hama Rent aan te vragen, omdat zij op dat moment bezig was met het indienen van een verzoekschrift tot verkoop van de aandelen op basis van haar pandrecht (aan haarzelf). De rechtbank stelt ML Investments in het gelijk en vernietigt het vonnis tot de faillietverklaring van Hama Rent. De rechtbank overweegt daarbij dat uit het besluit van de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van 10 februari 2012 moet worden opgemaakt dat mr. König, curator van BCCH, zichzelf kennelijk heeft beschouwd als de ‘directie’ van de vennootschap en dat de curator mr. Donners heeft gemachtigd namens de curator als ‘bestuurder van BCCH’ de eigen aangifte te verzorgen. Een faillissement van de rechtspersoon tast de handelings- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van zijn bestuur echter niet aan. De curator treedt dan ook niet in de plaats van de organen van een failliete vennootschap en kan niet als bestuurder van die vennootschap worden aangemerkt,

aldus de rechtbank.<sup>4</sup> Bovendien overweegt de rechtbank dat niet is gebleken van een toestand van te hebben opgehouden te betalen.<sup>5</sup>

De curator stelt vervolgens hoger beroep in tegen dit vonnis. Daarbij stelt de curator dat hij wel bevoegd was tot het aanvragen van het faillissement van de dochtervennootschap, nu de failliete vennootschap niet alleen enig aandeelhouder van de dochtervennootschap was, maar ook enig bestuurder. Bovendien vormden de aandelen in de dochtervennootschap een vermogensbestanddeel van de moedervennootschap en diende de aanvraag van het faillissement van de dochtervennootschap een vermogensbelang, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de curator ingevolge artikel 68 Fw bevoegd zou zijn tot het aanvragen van het faillissement van Hama Rent.

Ook het hof volgt de overwegingen van de curator niet en komt tot dezelfde conclusie als de rechtbank. Kort gezegd overweegt het hof dat de uitoefening van de bestuurstaak van een dochtervennootschap niet tot het beheer over het vermogen van een moedervennootschap kan worden gerekend.<sup>6</sup> Het bestuur van BCCH, gevormd door mevrouw Lubberhuizen, bleef daarom bevoegd om de bestuurstaak bij de dochtervennootschap te verrichten. Ondanks het feit dat de curator het stemrecht op de aandelen in de dochtervennootschap toekwam, althans in zoverre de uitoefening daarvan past bij een goed beheer van de boedel van de moedervennootschap en de vermogensrechtelijke belangen van die boedel ermee worden gediend, ziet het hof niet in op welke grond de (bestuurs)taak tot het aanvragen van het faillissement ook aan de curator van de moeder zou behoren toe te komen. Volgens het hof is de curator van de moedervennootschap dus niet bevoegd tot het doen van een eigen faillissementsaanvraag van de dochtervennootschap.<sup>7</sup>

### 3. Vertegenwoordiging en bevoegdheden in faillissement: de verhouding tussen de curator en het bestuur

Ons huidige faillissementsrecht heeft zijn wortels in het eind van de 19e eeuw. In 1896 trad de faillissementswet in werking. Uit deze periode stamt ook de gedachte dat het faillissement niet ‘de persoon’ raakt, maar alleen zijn vermogen.<sup>8</sup> De faillissementsprocedure is daarom gericht op het faillissementsbeslag; een gezamenlijk optreden ten

2. In het besluit was onder meer opgenomen: ‘de Algemene Vergadering van Aandeelhouders de directie van de vennootschap heeft gehoord en die directie haar voorgenomen besluit om het faillissement aan te vragen heeft toegelicht. Het besluit van de directie strekt tot het aanvragen van het faillissement van de vennootschap door mr. C.F.H. Donners (...)’ (r.o. 3.2).

3. R.o. 3.11.

4. R.o. 3.3.

5. R.o. 3.3.

6. R.o. 3.6.

7. Deze zaak heeft vervolgens nog een staartje gekregen, omdat ML Investments na de uitspraak van het hof besloot de curator persoonlijk aansprakelijk te stellen op grond van de Maclou-norm. De curator werd uiteindelijk aansprakelijk in hoedanigheid bevonden door het hof, omdat de curator – met zijn pogingen om via uitlokking en handhaving van het faillissement van de dochtervennootschap de belangrijkste groepsactiva en groepsinkomsten in een samengestelde boedel te trekken – in zijn hoedanigheid onrechtmatig handelde jegens ML Investments, mede gelet op de bijzondere belangen van deze laatste als pandhouder (Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6485).

8. Zie in dit verband: B. Wessels, *Insolventierecht, Deel IV, Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Wessels 2010), p. 172.

behoefte van alle schuldeisers.<sup>9</sup> Het faillissementsbeslag ziet enkel op het vermogen van de schuldenaar<sup>10</sup> en leidt tot de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar.<sup>11</sup> Het is dan ook op het vermogen binnen dit faillissementsbeslag waar de taken en bevoegdheden van de curator op gericht zijn. Dit komt ook terug in de tekst van artikel 68 lid 1 Fw:

'De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.'

Op grond van artikel 23 en 24 Fw verliest de gefailleerde deze bevoegdheden zelf dan ook. De curator is degene die de macht uitoefent over de tot de boedel behorende goederen en is tevens degene die met zijn (rechts)handelingen het vermogen, waar het faillissementsbeslag op rust, van de gefailleerde kan verbinden.<sup>12</sup> Hiermee wordt voorkomen dat het in de boedel vallende vermogen door handelingen van de gefailleerde wordt aangewend voor een ander doel dan de voldoening van de gezamenlijke schuldeisers, hetgeen strookt met het van oudsher bestaande doel van de faillissementsprocedure: het faillissementsbeslag.

Ondanks het faillissement blijft een kapitaalvennootschap als volledige rechtsbevoegde rechtspersoon met haar organen voortbestaan.<sup>13</sup> Het faillissementsbeslag treft immers enkel het vermogen van de schuldenaar en niet de (rechts)persoon.<sup>14</sup> De (rechts)persoon blijft handelingsbekwaam en bevoegd tot het uitoefenen van rechten die geen vermogensrechten zijn.<sup>15</sup> Dit betekent in het geval van de failliete rechtspersoon dat aan het bestuur van de vennootschap wel de taken en bevoegdheden, die andere aspecten van de bestuurstaak dan het vermogen betreffen, toekomen, althans voor zover uit de wet niet anders volgt.<sup>16</sup> Het bestuur is dus ook in het geval van een faillissement van de vennootschap het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan, maar zij kan het vermogen van de vennootschap, voor zover dit vermogen onder het faillissementsbeslag valt, niet binden.<sup>17</sup>

Wanneer een moedervenootschap failliet wordt verklaard, ligt een en ander betreffende de bevoegdheidsverdeling tussen de curator en het bestuur van de vennootschap ten aanzien van de dochtervennootschap, gecompliceerder. De aandelen in de dochtervennootschap vallen dan immers in de boedel, omdat aandelen vermogensrechten (van eigen aard) zijn.<sup>18</sup> De vraag die dan rijst is of de curator de aan die aandelen verbonden (organisatierechtelijke) rechten mag uitoefenen en, indien dit het geval is, hoever de curator daarbij kan gaan. Uitgangspunt is immers dat het uitoefenen van bevoegdheden door de moedervenootschap als aandeelhouder van de dochtervennootschap door de vertegenwoordigingsbevoegde persoon wordt gedaan; in beginsel dus door het bestuur van de moeder.<sup>19</sup>

### 3.1. De stromingen

Van der Heijden onderscheidt (voordat het *De Haan Beheer/Hamm q.q.*-arrest werd gewezen) twee stromingen ten aanzien van het antwoord op de vraag in hoeverre de curator de aan de aandelen verbonden rechten mag uitoefenen.<sup>20</sup> Allereerst is er de 'enge stroming'. Binnen deze stroming wordt aangenomen dat de curator slechts de bevoegdheid heeft om de aan het aandeel verbonden vermogensrechtelijke rechten uit te oefenen en dus *niet* de organisatierechtelijke rechten, omdat de curator alleen te maken heeft met het vermogen. Dit zou betekenen dat de curator wel bijvoorbeeld de aandelen mag overdragen, maar niet het stemrecht of andere organisatierechtelijke rechten kan uitoefenen op de aandelen. Voor deze stroming pleit het idee dat het faillissement een vorm van beslag op het vermogen van de schuldenaar is. In het geval van beslag blijft blijkens artikel 474ba Rv het stemrecht dat verbonden is aan de aandelen waarop beslag is gelegd

9. N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 2; G.W. Baron van der Feltz, *Geschiedenis van de wet of het faillissement en de surseance van betaling, Deel I*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896 (hierna: Van der Feltz I), p. 339.
10. Dat het faillissement als een algeheel beslag dient te worden beschouwd en enkel ziet op het vermogen volgt ook uit artikel 20 Fw, waarin is opgenomen: 'Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft.' Dit artikel is inhoudelijk niet gewijzigd sinds de introductie van de Faillissementswet in 1896.
11. Van der Feltz I, p. 359.
12. Wessels 2010, p. 61 e.v.
13. J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefeningen van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en Rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000/557; Wessels 2010, p. 173.
14. Wessels 2010, p. 172.
15. A.J. Verdaas, in: *Groene Serie Faillissementswet*, art. 23, aant. 1, Deventer: Kluwer 2013.
16. S.C.J.J. Kortmann, 'De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens faillissement', in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van Vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1988, p. 105.
17. S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in: D.H. Beukenhorst e.a. (red.), *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993 (hierna: Kortmann 1993), p. 131.
18. E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 268; E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 161, 166 en 173; G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht. Rechtspersoonrecht. Deel 2-IIA. De naamloze en besloten vennootschap – Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013/180; J.J. Prinsen, *Converteerbare obligaties: omzetting van schuld in eigen vermogen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 56; HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288, m.nt. Maeijer. In de parlementaire geschiedenis is door de minister eveneens bevestigd dat het aandeel een vermogensrecht is (*Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 46).
19. Artikel 2:240 BW.
20. C.M. van der Heijden, *Insolventie en rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1996 (hierna: Van der Heijden 1996), p. 189-193.

bij de aandeelhouders.<sup>21</sup> Ook bij de figuur van pandrecht en vruchtgebruik op aandelen ziet men dit uitgangspunt terug, al bestaat daar wel de mogelijkheid het stemrecht (onder omstandigheden) over te laten gaan op de pandnemer of vruchtgebruiker.<sup>22</sup> Het volgen van deze enge stroming zou tot gevolg hebben dat de invloed van de curator op de dochtervennootschap zeer beperkt is. Aan de curator komen immers niet de organisatierechtelijke rechten op de aandelen toe die nodig zijn om, onder meer, binnen de algemene vergadering van de dochtervennootschap besluiten tot stand te laten komen.

Tegenover deze enge stroming staat de 'ruime stroming', aldus Van der Heijden.<sup>23</sup> Binnen deze stroming wordt aangenomen dat de curator ook de organisatierechtelijke rechten die aan het aandeel zijn verbonden, mag uitoefenen,<sup>24</sup> omdat het uitoefenen van niet-vermogensrechtelijke bevoegdheden ook tot het beheer van de boedel behoort. Het uitoefenen van organisatierechtelijke rechten verbonden aan de aandelen kan immers tot waardevermeerdering van de aandelen (en dus de boedel) leiden.<sup>25</sup> Deze opvatting heeft tot gevolg dat de curator grote invloed kan uitoefenen op het bestuur van een dochtervennootschap. Hij kan immers binnen de algemene vergadering besluiten nemen tot het benoemen, schorsen en/of ontslaan van bestuurders, het wijzigen van de statuten, het vaststellen van de jaarrekening en het verlenen van decharge (of weigeren dit te verlenen).

### 3.2. De Hoge Raad

De Hoge Raad heeft zich vervolgens in 1999 duidelijk uitgesproken voor de ruime stroming, toen hij in het arrest *De Haan Beheer/Hamm q.q.* oordeelde dat de curator van de moedervennootschap bevoegd is tot het verzoeken van een enquête met betrekking tot de dochtervennootschap.<sup>26</sup> In deze zaak had de curator van de moedervennootschap op basis van de aandelen die de moedervennootschap in de dochtervennootschap hield een enquêteverzoek gedaan bij de Ondernemingskamer ten aanzien van het beleid van de dochtervennootschap. Een van de vragen in cassatie was of de curator wel bevoegd was een dergelijk enquêteverzoek (gebruikmakende

van een organisatierechtelijk recht) te doen.<sup>27</sup> De Hoge Raad overwoog als volgt:

'Voor Beheer vormen de aandelen in de Nederlandse dochters bestanddeel van haar vermogen. De omstandigheid dat de bevoegdheid te verzoeken om een enquête op zich zelf geen vermogensrecht is, sluit niet uit dat de aandeelhouder met zulk een verzoek kan beogen een vermogensbelang te dienen. Gelet op het een en ander bestaat er geen grond om aan een dergelijk verzoek het karakter te ontzeggen van een daad van beheer met betrekking tot een vermogensbestanddeel, tot welk beheer, indien dat vermogensbestanddeel in een failliete boedel is begrepen, krachtens artikel 68 van de Faillissementswet de faillissementscurator bevoegd is.'<sup>28</sup>

De Hoge Raad lijkt de ruimte te creëren voor de curator om gebruik te maken van alle rechten die verbonden zijn aan de aandelen, dus ook de organisatierechtelijke rechten, voor zover daarmee wel het vermogensbelang van de moeder wordt gediend. De Hoge Raad laat het bij deze overweging, maar A-G Mok zit in zijn conclusie op hetzelfde spoor en gaat wel nader in op de achterliggende gedachte hierbij. In de casus die ten grondslag lag aan het arrest was sprake van een aantal dochtervennootschappen en een moedervennootschap, welke allemaal failliet waren verklaard en dezelfde curator hadden. De curator wilde dat er een onderzoek plaatsvond naar mogelijk wanbeleid binnen het concern. De curator had<sup>29</sup> in zijn hoedanigheid als curator echter niet de bevoegdheid een enquêteverzoek in te dienen, waardoor hij zich genoodzaakt zag tot het uitoefenen van de bevoegdheid tot het verzoek van een enquêteprocedure als aandeelhouder van de dochtervennootschappen. Mok kwam tot de conclusie dat dit mogelijk was, omdat door middel van een enquête bij de dochters kon worden vastgesteld dat bij die dochter wanbeleid was gepleegd en dat dit de weg opende naar 'doorbraak'-vorderingen op grond van artikel 2:248 BW of onrechtmatige daad.<sup>30</sup> Dit was het vermogensbelang dat werd gediend door middel van het uitoefenen van een organisatierechtelijk recht op de aandelen.

21. De achterliggende reden is dat het een persoonlijk recht van de aandeelhouder betreft (G.C. van Daal, *Executoriaal en conservatoir verbaalsbeslag op aandelen in kapitaalvennootschappen en op certificaten daarvan*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 55 e.v.).

22. Vruchtgebruiker: artikel 2:88/197 lid 2 en 3 BW. Pandhouder: artikel 2:89/198 lid 2 en 3 BW.

23. Van der Heijden 1996, p. 190.

24. Voorstanders van deze opvatting (zonder nadere toelichting): Kortmann, Van Hees en Voute (D.H. Beukenhorst, *Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht', 23 april 1993 over Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu: naar aanleiding van de preadviezen van D.H. Beukenhorst, S.C.J.J. Kortmann, H.P.J. Ophof, S.H. de Ranitz*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994).

25. Van der Heijden 1996, p. 190. De vraag die daarbij rijst is wel of de scheiding tussen verschillende rechtspersonen, en de verantwoordelijkheid van betrokkenen jegens die rechtspersonen en de bij hun betrokken belanghebbenden, voldoende wordt afgewogen. Neem het arrest van het hof als voorbeeld. Het zou best zo kunnen zijn dat de boedel van BCCH gebaat is bij het faillissement van Hama Rent. De curator oefent echter de rechten op de aandelen uit in Hama Rent en moet in dit verband ook rekening houden met het belang van Hama Rent. Deze vennootschap zal – in de regel – niet gebaat zijn bij haar eigen faillissement. Het uitoefenen van het stemrecht op de aandelen in Hama Rent die worden gehouden door (de curator van) BCCH met als doel het bewerkstelligen van een besluit tot het aanvragen van het faillissement van Hama Rent dient dan wel (de boedel van) BCCH, maar niet Hama Rent. De vraag is of het wenselijk is dat de curator deze bevoegdheid heeft.

26. HR 19 mei 1999, NJ 1999/671, m.nt. Maeijer.

27. De dochtervennootschappen meenden dat de bevoegdheid tot het verzoeken van een enquêteprocedure in het geval van faillissement niet tot het vermogen van de schuldenaar behoorde, niet onder het beheer en de beschikking over het vermogen van de schuldenaar viel en evenmin tot de taak van de curator tot beheer en vereffening van de boedel te rekenen was (zie in dit verband de conclusie van A-G Mok bij het arrest).

28. R.o. 4.2.

29. Thans heeft de curator deze bevoegdheid wel (artikel 2:346 lid 3 BW).

30. Zie in dit verband punt 4.1.5.5 en 4.1.5.6 van de conclusie van A-G M.R. Mok.

In 2005 bevestigde en verduidelijkte de Hoge Raad de ruime stroming betreffende de bevoegdheid van de curator tot het verzoeken van een enquête met betrekking tot de dochtervennootschap.<sup>31</sup> Daarbij overweegt hij ook dat de beheersbevoegdheid van de curator op grond van artikel 68 lid 1 jo. artikel 25 lid 1 Fw een exclusieve bevoegdheid is. Dit betekent dat het bestuur van de moedervennootschap niet-ontvankelijk is in een verzoek tot het instellen van een enquête met betrekking tot de dochtervennootschap.<sup>32</sup> Dit lijkt te betekenen dat wanneer de curator gebruikmaakt van de rechten die bij de aandelen die de moedervennootschap in de dochtervennootschap houdt behoren, het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan binnen de moedervennootschap – het bestuur – niet meer van deze rechten kan gebruikmaken.<sup>33</sup>

Het antwoord op de vraag wat de reikwijdte van de bevoegdheid van de curator van de moedervennootschap ten aanzien van de dochtervennootschap is, hangt blijkens het voorgaande (onder meer) samen met het antwoord op de vraag of het vermogensrechtelijke belang gediend is met dit handelen. Omdat bijvoorbeeld de uitoefening van het stemrecht, evenals het instellen van een enquête, direct een effect kan hebben op de waarde van de aandelen in de boedel, en daarmee op de waarde van de boedel van de moedervennootschap, is de curator van de moedervennootschap op grond van artikel 68 Fw bevoegd deze rechten uit te oefenen. Dit is althans de redenering die de Hoge Raad lijkt te volgen over het hanteren van de organisatierechtelijke rechten die verbonden zijn aan aandelen.

#### 4. Het aanvragen van het faillissement bij de dochtervennootschap

Bij het aanvragen van een eigen faillissement wordt een vennootschap vertegenwoordigd door het daartoe bevoegde orgaan. In de regel zal blijkens artikel 2:130/240 lid 1 BW het bestuur het vertegenwoordigingsbevoegde orgaan zijn. Specifiek met betrekking tot het aanvragen van het faillissement is in artikel 2:136/246 BW bepaald dat het bestuur niet zonder opdracht van de algemene vergadering bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap, tenzij de statuten anders bepalen. De wet spreekt van de 'opdracht', hetgeen impliceert dat de algemene vergadering autonoom beslist en het bestuur gebonden is dit besluit uit te voeren, aldus Dortmund.<sup>34</sup> Wanneer in de statuten te dien aanzien niet anders is bepaald, betekent dat niet dat de algemene vergadering met voorbijgaan aan het bestuur kan besluiten tot het aanvragen van het eigen faillissement van de vennootschap.<sup>35</sup> Het blijft het bestuur dat vertegenwoordigingsbevoegd is tot het doen van de aanvraag/aangifte.<sup>36</sup> Bovendien moet het bestuur in de gelegenheid zijn gesteld een raadgevende stem uit te oefenen.<sup>37</sup> Het aanwijzen door de algemene vergadering van een andere persoon om de faillissementsaanvraag in te dienen, is ook niet mogelijk. De algemene vergadering kan slechts bij statutenwijziging een andere persoon (eveneens) vertegenwoordigingsbevoegd maken.<sup>38</sup>

Met betrekking tot het antwoord op de vraag of een curator van een moedervennootschap het faillissement van een dochtervennootschap kan aanvragen, lijkt de overweging van het Hof Arnhem onder de huidige (juridische) opvattingen juist te zijn. Het bestuur van de dochter blijft gedurende het faillissement van de vennootschap verte-

31. Ook in een andersoortige casus, waarbij het ging om de bevoegdheid van de curator tot het nemen van een dividendbesluit en tot ontbinding van de vennootschap, oordeelde de Hoge Raad dat de curator in het faillissement van de moedervennootschap op grond van artikel 68 Fw bevoegd is de organisatierechtelijke rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de onder zijn beheer vallende aandelen in een dochtervennootschap indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee ook vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend (HR 19 december 2008, *NJ* 2009/220, m.nt. Van Schilfgaarde).

32. HR 29 april 2005, *JOR* 2005/146, m.nt. Van Mierlo.

33. Dit wordt bevestigd in de literatuur. Zie in dit verband de annotatie van Schuijling onder Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2012/203; Van Schilfgaarde in zijn annotatie onder HR 19 december 2008, *NJ* 2009/220; Kortmann in zijn annotatie onder HR 19 mei 1999, *JOR* 1999/171.

34. E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten & P.J. Dortmund, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 243.

35. Hof Arnhem 23 maart 2013, *JOR* 2012/203, m.nt. Schuijling, r.o. 3.7.

36. Blijkens de tekst van artikel 2:136/146 BW. Het is niet geheel duidelijk of de bepaling ruimte laat voor de algemene vergadering van aandeelhouders om een derde niet-bestuurder de opdracht te geven. Wessels betoogt dat de tekst van artikel 2:136/246 BW zich daar niet tegen verzet (B. Wessels, *Insolventierecht, Deel I, Faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2012, p. 103). Wij zetten daarbij vraagtekens, in zoverre dat de algemene vergadering van aandeelhouders slechts deze opdracht kan geven aan een derde die reeds (op basis van de statuten) vertegenwoordigingsbevoegd is, aangezien de algemene vergadering van aandeelhouders ook niet de bevoegdheid toekomt om voor één handeling een derde vertegenwoordigingsbevoegd te maken, tenzij dit in de statuten wordt opgenomen (artikel 2:130/240 lid 4 BW). Zie hierover ook E.G.G. Gepken-Jager, *Vertegenwoordiging bij NV en BV*, Deventer: Kluwer 2000, p. 302-303. Ook in het geval van een tegenstrijdig belang kan de algemene vergadering van aandeelhouders niet (meer) eenmalig een derde aanwijzen die vertegenwoordigingsbevoegd is, omdat het tegenstrijdig belang tegenwoordig betrekking heeft op de interne besluitvorming en niet op de vertegenwoordigingsbevoegdheid (zie in dit verband W.H. Bossenbroek, E.H.F. Haantjes & M.F.E. de Waard-Preller (red.), *Wet & Geschiedenis Wet bestuur en Toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 187). Bovendien laat de wettekst ook ruimte voor de interpretatie dat enkel en alleen het bestuur bevoegd is tot het aanvragen van het faillissement. De Rechtspraak lijkt hiervan uit te gaan, nu in het procesreglement is opgenomen 'indien degene die de eigen aangifte doet een gevolmachtigde is en niet de bevoegde bestuurder, de door het bestuur verstrekte volmacht aan deze persoon' ([www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Procesreglement-insolventie-zaken-rb-1-1-2013.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Procesreglement-insolventie-zaken-rb-1-1-2013.pdf)). Het procesreglement heeft het over het bestuur en (door het bestuur) gevolmachtigden, niet over derden die vertegenwoordigingsbevoegd zijn. Zelfs wanneer een derde hiertoe bevoegd is, dan behoort hij wel bevoegd te zijn de vennootschap te vertegenwoordigen, hetgeen in de statuten moet zijn opgenomen.

37. Artikel 2:117 lid 4/artikel 2:227 lid 7 BW.

38. Artikel 2:240 lid 4 BW.

genwoordigingsbevoegd.<sup>39</sup> De curator van de moeder kan zelf geen *bestuurshandelingen* verrichten. Het uitoefenen van de bestuurstaak kan naar algemeen wordt aangenomen niet tot het beheer over het vermogen van de moedervennootschap worden gerekend.<sup>40</sup> Wel heeft de curator de bevoegdheid om de organisatierechtelijke rechten op de aandelen uit te oefenen, waardoor hij het bestuur van de dochtervennootschap opdracht kan geven het faillissement aan te vragen, althans zo wordt verondersteld. Het is echter het bestuur van de dochter zelf (dat kan worden gevormd door het bestuur van de failliete moedervennootschap) dat de faillissementsaanvraag dient te doen.

## 5. Gevolgen

De conclusie van het Hof Arnhem mag dan zuiver juridisch bezien de juiste zijn, daarmee is de vraag nog niet beantwoord of deze conclusie met het oog op de (mogelijke) belangentegenstellingen tussen het bestuur en de curator wenselijk is. Hieronder wordt een aantal gevolgen uiteengezet.

Wanneer een curator wordt aangesteld, zal deze in de regel onderzoek doen naar de rechtmatigheid van het handelen door het bestuur van de failliete vennootschap. Hierbij kan worden gedacht aan mogelijke paulianeuze handelingen en handelingen die onbehoorlijk bestuur impliceren. Stel nu dat de curator de wens heeft dat een dochtervennootschap failliet wordt verklaard en dat het bestuur van de dochtervennootschap de failliete (moeder)vennootschap is, welke wordt vertegenwoordigd door natuurlijk persoon bestuurder X. De curator zal dan het gedrag van die bestuurder onderzoeken, zoals hierboven beschreven.

Tegelijkertijd heeft de curator het bestuur ook nodig. De curator zal namelijk in zijn functie als (enig) aandeelhouder in de dochtervennootschap het bestuur de opdracht geven het faillissement van de dochter aan te vragen, welke opdracht het bestuur in beginsel moet uitvoeren. Het bestuur krijgt hiermee een onderhandelingsmiddel in handen. Het bestuur kan bijvoorbeeld informeel kenbaar maken slechts onder bepaalde omstandigheden zijn medewerking te verlenen. De tegenovergestelde situatie kan zich echter ook voordoen. De curator van de moedervennootschap kan het bestuur onder druk zetten door 'lastig te doen' in zijn onderzoek naar de rechtmatigheid van het bestuur van de moedervennootschap. Daarmee kan de curator het bestuur van de dochtervennootschap *de facto* dwingen, althans proberen te dwingen, tot het aanvragen van het faillissement. Hierbij ontstaat het risico

dat andere belangen dan het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap, dat niet altijd overeenkomt met het vennootschappelijk belang van de moedervennootschap,<sup>41</sup> een prominente rol gaan spelen binnen de dochtervennootschap, waaronder de persoonlijke belangen van de bestuurders en het belang van de boedel van de moedervennootschap. Zelfs wanneer moet worden aangenomen dat de dochtervennootschap op de rand van haar eigen faillissement staat, dan zal het vennootschappelijk belang van deze vennootschap niet overeenkomen met dat van de moedervennootschap. Het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap wordt in een dergelijke situatie sterk gekleurd door het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar dan wel vooral de crediteuren van *de dochtervennootschap*.<sup>42</sup>

Een dergelijke verschuiving van de belangen, die zich onder de huidige opvatting zoals verwoord door het Hof Arnhem kan voordoen, lijkt onwenselijk, maar de vraag is in hoeverre er een goed alternatief bestaat. Allereerst is er het alternatief waarbij de curator van de moedervennootschap zelf bevoegd is tot het aanvragen van het faillissement van de dochtervennootschap. Onder die omstandigheid kan het belang van de dochtervennootschap eenvoudig ten prooi vallen aan het belang van de boedel van de moedervennootschap. Een voorbeeld daarvan is de zaak die leidde tot de het arrest van het Hof Arnhem, waar de curator het faillissement van de dochtervennootschap aanvroeg, terwijl de rechtbank concludeerde dat geen sprake was van een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Ten tweede is er het alternatief waarbij de curator van de moeder niet bevoegd is het faillissement van de dochtervennootschap aan te vragen, zelfs niet om het bestuur daartoe opdracht te geven. In dat geval zal het bestuur zelfstandig moeten beslissen of zij de onderneming voortzet, waarbij zij rekening zal moeten houden met de aansprakelijkheidsrisico's die zij loopt wanneer zij niet het faillissement aanvraagt.<sup>43</sup> De curator verliest daarmee zijn drukmiddel op het bestuur. Dit tweede alternatief lijkt ons wenselijker dan het eerste of de opvatting van het Hof Arnhem.

De vraag is in hoeverre het tweede alternatief niet onder het huidige recht al zou moeten worden gevolgd, althans in hoeverre het huidige recht de ruimte biedt om dit alternatief te volgen. Het Hof Arnhem overweegt, in navolging van de Hoge Raad, dat de curator gebruik mag maken van de organisatierechtelijke rechten op de aandelen, maar wel met de beperking dat het gebruik van deze rechten het vermogensbelang van de boedel moet dienen.

39. Kortmann 1993, p. 131.

40. Kortmann 1993, p. 131.

41. In geval van een failliete vennootschap is het vennootschappelijk belang gelijk aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De curator dient immers te allen tijde hun belang als leidraad te nemen bij zijn handelen (Wessels 2010, p. 131). Een iets andere systematiek wordt voorgestaan door Van der Sangen (G.J.H. van der Sangen, 'De curator in het vennootschapsrecht: onderstromen en schuivende panelen', *TvOB* 2012, afl. 2, p. 65-66), die het vennootschappelijk belang negatief definieert als niet uitsluitend het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de boedel. Zijns inziens vervult het vennootschappelijk belang geen rol in de context van insolventie, maar is het bestuur wel 'rentmeester' en dient het zich als zodanig te richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zien wij het goed, dan komt deze opvatting er eveneens op neer dat bestuurders zich dienen te richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar wordt dit richtsnoer door Van der Sangen buiten het vennootschappelijk belang geplaatst, terwijl wij de mening zijn toegedaan dat het vennootschappelijk belang *inhoudelijk* van kleur verschiet.

42. Zie in dit verband: Slagter/Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 954-955.

43. Denk in dit verband aan de Beklamel-norm. Zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m.nt. Maeijer (*Beklamel*).

Onzes inziens moet deze overweging zo worden gelezen, mede in ogenschouw nemende de feiten in *De Haan Beheer/Hamm q.q.* en de overwegingen van A-G Mok, dat het de waarde van de aandelen, de vermogensbestanddelen van de moeder, moet bevorderen, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de moedervernootschap. Wordt aan die voorwaarde (het dienen van het vermogensbelang) überhaupt voldaan wanneer de curator/aandeelhouder het bestuur van de dochtervernootschap opdracht geeft tot het aanvragen van het eigen faillissement? In dat geval zijn de aandelen van de dochtervernootschap immers – in de regel – niets waard. Het vermogensbelang van de boedel in het faillissement van de moedervernootschap kan derhalve in beginsel niet gebaat zijn bij een dergelijk besluit door de algemene vergadering.<sup>44</sup> Het gebrek aan vermogensbelang komt ook in het voornoemde arrest van het Hof Arnhem sterk aan de orde. Het hof overweegt:

'De curator heeft weliswaar gesteld dat hij de activa van de verschillende vennootschappen graag gezamenlijk verkoopt omdat dat de prijs van de verschillende onderdelen opdrijft, doch de koopsom die hij in totaal zegt te kunnen verkrijgen (hij spreekt van een bod voor alle concernactiva van in totaal € 21 000, waarvan een bedrag van € 11 500 betreft de activa van Hama Rent) is dermate gering, dat – nog daargelaten dat nog niet zeker is of geconsolideerd zal kunnen worden afgewikkeld – niet valt in te zien dat er voor de crediteuren van BCCH een uitkering te verwachten is. Anderzijds neemt de crediteurenpositie van BCCH wel af indien, overeenkomstig de wens van ML Investments, de verpande aandelen in BCCH aan ML Investments worden verkocht. Het hof is van oordeel dat de curator en mr. Donners, gezien het gemotiveerde verweer dat ML Investments op dit punt heeft gevoerd, onvoldoende hebben aangevoerd om hun stelling te onderbouwen dat met het faillissement van Hama Rent – nog daargelaten of op dit moment reeds sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen – vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.'<sup>45</sup>

Wij zouden, gezien het bovenstaande, zelfs nog verder willen gaan. Het arrest *De Haan Beheer/Hamm q.q.* biedt niet de ruimte het stemrecht op de aandelen te hanteren met als doel om het bestuur opdracht te geven

om het faillissement van de dochtervernootschap aan te vragen om 'de prijs van de verschillende onderdelen op te drijven', omdat dit niet het vermogensbelang *bij de aandelen* (de vermogensbestanddelen) dient. Er is sprake van het oneigenlijk gebruik van de aan de aandelen verbonden rechten om het belang van de boedel van de moedervernootschap te bevorderen. Wordt hier anders over geoordeeld, dan zou dit *de facto* betekenen dat de curator onder omstandigheden een individuele vennootschap die in de kern gezond is failliet kan laten verklaren, omdat de verkoop van de moedervernootschap tezamen met de dochtervernootschap meer zou opbrengen. De crediteuren van de dochtervernootschap kunnen daarbij niet gebaat zijn, laat staan het eigen belang van de dochtervernootschap, van welk belang de (duurzame) continuïteit van de vennootschap een belangrijk onderdeel uitmaakt.<sup>46</sup> Betoogd zou kunnen worden dat het bewerktstellen van een besluit door de curator/aandeelhouder, inhoudende het opdracht geven tot het aanvragen van een faillissement van de dochtervernootschap, terwijl deze vennootschap zich niet in een staat van te hebben opgehouden te betalen bevindt en het belang van de vennootschap is gebaat bij haar voortleven (al dan niet door verkoop van de aandelen aan een andere partij), in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW die de aandeelhouder jegens (onder meer) de vennootschap zelf in acht dient te nemen.<sup>47</sup> De curator/aandeelhouder duwt onder die omstandigheden de vennootschap een faillissement in, terwijl deze vennootschap op zichzelf niet in een situatie zit die een faillissement rechtvaardigt (zich in een staat van te hebben opgehouden te betalen bevindt). Bovendien doet de aandeelhouder dit, althans in de casus die voorlag bij het Hof Arnhem, met als doel het vermogen in de boedel van de moedervernootschap te vergroten.

## 6. Mogelijkheden voor de curator

De curator van de moeder is derhalve in ieder geval niet bevoegd zelf het faillissement van de dochtervernootschap aan te vragen, ook niet wanneer het bestuur van de dochtervernootschap de moedervernootschap is. Sterker nog, wij menen dat hij in beginsel niet bevoegd is tot het nemen van een besluit tot het geven van een opdracht aan het bestuur tot het aanvragen van het faillissement, omdat de curator daarmee geen vermogensbelang bij de aandelen

44. Ook in het arrest *De Haan Beheer/Hamm q.q.* (HR 19 mei 1999, NJ 1999/670, m.nt. Maeijer) lijkt ons te makkelijk over dit argument heengestapt. Hoewel daar wel sprake was van het evalueren van het beleid van het bestuur van de dochtervernootschap dat tevens het bestuur van de moedervernootschap vormde, is ook daar het vermogensrechtelijke belang niet zomaar een gegeven. De conclusie van A-G Mok is in dit verband: 'Indien door middel van een enquête bij de dochters wordt vastgesteld dat bij die dochters wanbeleid is gepleegd, dan opent dat de weg naar "doorbraak"-vorderingen op grond van art. 2:248 (of van onrechtmatige daad). Hebben zulke vorderingen succes, dan stijgen de aandelen die Beheer houdt in waarde, hetgeen betekent dat deze gang van zaken de boedel van Beheer (en daarmee de crediteuren van de holding) ten goede komt.' Volgens ons is het maar de vraag of de aandelen in waarde zullen stijgen. In een faillissement zal in de regel geen geld zijn om aan de aandeelhouder – zijnde een concurrente schuldeiser – uit te keren, zelfs niet wanneer een dergelijke vordering succes heeft. De boedel van de moedervernootschap zal derhalve niet gebaat zijn bij een dergelijke actie.

45. Hof Arnhem 23 maart 2013, JOR 2012/203, m.nt. Schuijling, r.o. 3.11.

46. Zie in dit verband onder meer P. van Schilfgaarde/J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 4; M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 14; A.J.A.J. Eijssbouts & B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012, afl. 5, p. 129; *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 1-2 (NV II).

47. Hoewel moet worden toegegeven dat het eigenlijk de rechter is die zal moeten toetsen of sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen (artikel 1 Fw), en de faillissementsaanvraag in theorie wordt afgewezen wanneer van deze toestand geen sprake is. Feitelijk is het voor de rechter vaak echter in beperkte mate mogelijk deze toestand goed te toetsen, ook als gevolg van zijn bescheiden rol. Zie in dit verband ook de situatie die zich voordeed in het in paragraaf 2 beschreven arrest van het Hof Arnhem.

dient. Er zijn wel andere instrumenten die de curator kan gebruiken om het faillissement van de dochtervennootschap toch aan te vragen. De curator kan het faillissement van de dochtervennootschap aanvragen wanneer de moedervennootschap een (opeisbare) vordering op de dochtervennootschap heeft, mits zij een steunvordering kan vinden. Er is dan sprake van een 'gewone' faillissementsaanvraag door een schuldeiser, in dit geval de moedervennootschap. Daarnaast kan de curator de aandelen in de dochtervennootschap (die tot het vermogen in de boedel behoren) verbonden rechten gebruiken om het bestuur van de dochtervennootschap te ontslaan en een curatoregezinde bestuurder (of zelfs zichzelf) te benoemen.<sup>48</sup> Werkt het bestuur niet mee ten aanzien van het bijeenroepen van de benodigde algemene vergadering, dan kan de curator daartoe een machtiging verzoeken bij de voorzieningenrechter.<sup>49</sup> Een derde, (nog) meer radicale en risicovolle, mogelijkheid is door de ontbinding van de vennootschap te vorderen op grond van artikel 2:19 lid 1 BW. De curator zal in dat geval echter enkel een (vermogens)belang hebben wanneer na ontbinding vermogen voor de aandeelhouder overblijft.

## 7. De positie van het bestuur

In paragraaf 5 lag de focus op de mogelijkheden van de curator van de moedervennootschap. Ook het bestuur heeft echter nog mogelijkheden, die in deze paragraaf nader worden toegelicht.

Bestuurders hebben de (wettelijke) plicht te handelen in het belang van de vennootschap.<sup>50</sup> Maakt de vennootschap onderdeel uit van een groep van vennootschappen, dan zal het concernbelang in belangrijke mate invloed uitoefenen op de vorming van het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap. Desalniettemin blijft het (zelfstandige) belang van de dochtervennootschap doorslaggevend.<sup>51</sup>

Het bestuur is niet bevoegd zonder opdracht daartoe van de algemene vergadering het faillissement van de vennootschap aan te vragen, tenzij in de statuten anders is bepaald.

De vraag is in hoeverre het bestuur kan weigeren de faillissementsaanvraag in te dienen, bijvoorbeeld met een beroep op het vennootschappelijk belang, wanneer het daartoe de opdracht heeft gekregen van de algemene vergadering. Dortmund meent dat deze ruimte niet bestaat.<sup>52</sup> Wij zien dit echter anders. Onzes inziens ligt het voor de hand een parallel te trekken met de algemene bepalingen betreffende de instructiebevoegdheid, zoals opgenomen in artikel 2:129/239 lid 4 BW. De bestuurder dient in beginsel de opdracht uit te voeren, tenzij dit in strijd is met het belang van de dochtervennootschap; meer specifiek het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap.<sup>53</sup> Over de inhoud van het vennootschappelijk belang bestaan verschillende theorieën,<sup>54</sup> maar belangrijk is dat – zoals hierboven aangegeven – de continuïteit van de vennootschap hiervan in de regel een belangrijk onderdeel uitmaakt.<sup>55</sup> Bovendien zal het bestuur op grond van artikel 2:8 BW zorgvuldigheid dienen te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken,<sup>56</sup> welke belangen in het geding kunnen komen wanneer de algemene vergadering op oneigenlijke gronden opdracht geeft tot het aanvragen van het faillissement.

Doet zich een situatie voor zoals de casus die ten grondslag lag aan het arrest van het Hof Arnhem, dan menen wij dat het bestuur mag weigeren de opdracht tot het aanvragen van het eigen faillissement uit te voeren, omdat dit (volstrekt) niet in het belang van de dochtervennootschap is. Het bestuur kan daarnaast trachten het besluit van de algemene vergadering te vernietigen op basis van artikel 2:15 lid 1 onderdeel b BW. Wil het besluit in strijd zijn met deze bepaling, dan moet de vraag worden beantwoord of het orgaan, gezien de omstandigheden en alle belangen afwegende, in redelijkheid niet tot het desbetreffende besluit had kunnen komen.<sup>57</sup> Het argument van het bestuur zou daarbij (kunnen) zijn dat de aandeelhouder zijn verplichtingen jegens de vennootschap voortvloeiende uit de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW

48. Zie over deze mogelijkheid eveneens Schuijling in zijn annotatie bij Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2012/203.

49. Artikel 2:110/220 BW.

50. Artikel 2:239 lid 5 BW.

51. Zo volgt ook uit artikel 2:239 lid 4 BW. Hierin is bepaald dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzing van een ander orgaan van de vennootschap, bijvoorbeeld van de algemene vergadering van aandeelhouders, tenzij deze aanwijzing in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur dient hier een zelfstandige belangenafweging te maken, aldus de minister: 'Het bestuur mag derhalve de instructies van een ander orgaan niet slaafs navolgen, maar dient een zelfstandige belangenafweging uit te voeren. In concernverhoudingen betekent dit dat het bestuur van de dochter de instructies van de moeder als aandeelhouder dient te toetsen aan het belang van de dochtervennootschap' (*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 90).

52. E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten & P.J. Dortmund, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 243.

53. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 90.

54. Zie over deze theorieën bijvoorbeeld A.J.A.J. Eijsbouts & B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang', *TvOB* 2012, afl. 5, p. 129; R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 168-173.

55. De Hoge Raad bevestigt het belang van de continuïteit in zijn *Roovers/Cancun Holding I*-beschikking (HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde), waar wordt overwogen: 'Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming [cursivering, BK/SR].'

56. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde.

57. P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 112; A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Klein Wassink 2012), p. 96.



heeft geschonden<sup>58</sup> door het bestuur opdracht te geven het faillissement van de vennootschap aan te vragen, omdat dit in strijd is met het belang van de vennootschap,<sup>59</sup> welk belang – zoals hierboven beschreven – sterk gekleurd wordt door de continuïteit van de vennootschap. Dit zal anders zijn wanneer de dochtervennootschap technisch failliet is, omdat het vennootschappelijk belang dan van kleur verschieft.

Met het vernietigen van het besluit is het voortbestaan van de vennootschap nog niet veiliggesteld. De algemene vergadering kan immers (i) de bestuurders ontslaan en andere bestuurders benoemen of (ii) de statuten op een zodanige manier wijzigen dat een of meer andere personen bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen.<sup>60</sup> Hoewel een 'normale' aandeelhouder wellicht snel geneigd zal zijn dit te doen, kunnen wij ons voorstellen dat een curator die de rechten op de aandelen uitoefent terughoudender zal zijn. Wie wordt dan immers de bestuurder of andere vertegenwoordigingsbevoegde persoon? Wellicht een kantoorgenoot, indien die bereid kan worden gevonden de bijkomende aansprakelijkheidsrisico's te aanvaarden. Ook de handelingen van de curator in het faillissement van BCCH bleken niet zonder risico, gezien de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.<sup>61</sup> Is een aandeelhouder/curator voornemens dergelijke stappen te ondernemen, dan is de bestuurder overigens niet zonder mogelijkheden. Het bestuur kan immers, namens de rechtspersoon, een enquêteverzoek indienen of een kort geding aanhangig maken, met (onder meer) als doel onmiddellijke of voorlopige voorzieningen te treffen die besluitvorming door de algemene vergadering frustreren.<sup>62</sup> Het belang van de dochtervennootschap moet dan het wapen van het bestuur zijn om de aandeelhouder van de door hem voorgenomen handelingen te weerhouden.

Bovendien bestaat, in het geval zoals zich voordeed bij het Hof Arnhem, voor de bestuurder de mogelijkheid om als pandhouder op de aandelen het stemrecht op die aandelen naar zich toe te trekken. Als gevolg daarvan kan de curator het stemrecht op de aandelen niet langer hanteren. De statuten en de pandakte moeten in deze mogelijkheid wel voorzien. Wordt dit mogelijk gemaakt, dan kan bijvoorbeeld de opschortende voorwaarde worden opgenomen dat het stemrecht wordt overgedragen op het moment dat zich in de verbintenis tussen de moeder-

vennootschap en de pandhouder, aan welk recht het pandrecht verbonden is, een 'event of default' voordoet, hetgeen in de regel in ieder geval zo zal zijn wanneer de moedervennootschap failliet wordt verklaard.<sup>63</sup>

## 8. Conclusie

Het Hof Arnhem oordeelde dat de curator van een moedervennootschap die tevens bestuurder van de dochtervennootschap was, niet de eigen faillissementsaanvraag van de dochtervennootschap kon bewerkstelligen. Slechts het bestuur van de dochtervennootschap was vertegenwoordigingsbevoegd de faillissementsaanvraag in te dienen. Dit is niet anders wanneer de moedervennootschap tevens bestuurder van de dochtervennootschap is. Dan is het bestuur van de moedervennootschap bevoegd, niet de curator. Dit oordeel van het Hof Arnhem juichen wij zonder meer toe, maar wij vragen ons af of het besluit van de algemene vergadering van de dochtervennootschap (lees: van de curator) niet op zichzelf al in strijd met de redelijkheid en billijkheid was.

De Hoge Raad leert ons dat een curator de organisatie-rechtelijke rechten die verbonden zijn aan aandelen die in de boedel vallen mag uitoefenen, indien dit een vermogensbelang dient. Worden de feiten die ten grondslag lagen aan dit arrest en de conclusie van A-G Mok meegenomen, dan moet het onzes inziens gaan om een vermogensbelang *bij de aandelen*. Het komt ons zeer onwaarschijnlijk voor dat de waardering van de aandelen hoger is in het geval van een faillissement van de vennootschap. Het op de aandelen uitgekeerde liquidatiesaldo moet dan hoger zijn dan de waarde van de aandelen bij verkoop. Het zou in dit verband ook veeleer voor de hand liggen dat de curator tracht de aandelen in de dochtervennootschap te verkopen, in plaats van de dochtervennootschap failliet te laten verklaren. Een pandrecht op de aandelen kan dit echter frustreren, zoals bij Hama Rent het geval was.

Besluit de curator toch, door middel van de algemene vergadering, het bestuur van de dochtervennootschap opdracht te geven tot het aanvragen van het eigen faillissement, dan kan het bestuur niet alleen het besluit laten vernietigen op grond van artikel 2:15 lid 1 onderdeel b BW, maar ook verder weigeren uitvoering te geven aan dit besluit, met als argument dat dit in strijd is met het vennootschappelijk belang van de dochter. Probeert de curator vervolgens, middels de algemene vergadering, het

58. Dat de aandeelhouder gebonden is aan de redelijkheid en billijkheid is recentelijk door de Hoge Raad bevestigd in de *Roovers/Cancun Holding I*-beschikking (HR 4 april 2014, NJ 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde).

59. Bij het wege van de belangen dient de rechter (onder meer) het belang van de vennootschap af te wegen tegen het belang van degene die de vernietiging vordert (Klein Wassink 2012, p. 96).

60. Al moet bij deze tweede mogelijkheid de kanttekening worden gemaakt dat het maar de vraag is of andere personen, buiten het bestuur, bevoegd zijn het faillissement aan te vragen, zelfs wanneer zij vertegenwoordigingsbevoegd zijn. Zie noot 36.

61. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6485.

62. Dit kan op meerdere manieren. Zowel in kort geding als in een enquêteprocedure kan worden verzocht om de schorsing van het stemrecht op de aandelen, al dan niet ten aanzien van een specifiek besluit (zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 11 mei 1994, KG 1994/231; Rb. Assen 17 december 1993, KG 1994/90; Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, JOR 2010/60, m.nt. Doorman; Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2009, JOR 2009/163, m.nt. Hermans), maar ook om een verbod voor de algemene vergadering van aandeelhouders om bepaalde besluiten te nemen (zie bijvoorbeeld Rb. 's-Gravenhage 7 augustus 2002, JOR 2002/173, m.nt. Van den Ingh; Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2002, JOR 2002/63).

63. Artikel 2:198 lid 3 BW. Zie hierover ook specifiek ten aanzien van banken als pandhouder H.J. Damkot & P. Neuteboom, 'Executie van verpande aandelen of een Nederlandse pre-pack?', in: N.E.D. Faber (red.), *Bancaire zekerheid, Liber Amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Deventer: Kluwer 2010.

bestuur te schorsen, te ontslaan of te omzeilen, dan kan het bestuur zich, al dan niet namens de rechtspersoon, richten tot de Ondernemingskamer of de voorzieningenrechter. Onze opvatting brengt, onzes inziens, als positief gevolg met zich dat de belangen tussen de curator en het bestuur zo min mogelijk verstrengeld zijn. Het bestuur heeft immers een autonome bevoegdheid, waar de curator weinig tot geen invloed op heeft, tenzij het bestuur het vennootschappelijk belang niet zou behartigen. Dit is slechts anders wanneer de curator zo ver durft te gaan dat hij de bestuurders ontslaat (en andere bestuurders benoemt) of de statuten wijzigt met als doel ook een of meer andere personen vertegenwoordigingsbevoegd te maken. Onder die omstandigheden bestaat bovendien voor het bestuur nog altijd de mogelijkheid om zich te richten tot de rechter. Het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap zal daarbij centraal staan; zoals het hoort.