
Jutd 2012/12 Twee kapiteins op één schip bij aangifte eigen faillissement: wie...

Jutd 2012/12 Twee kapiteins op één schip bij aangifte eigen faillissement: wie staat er écht aan het roer?

Jutd 2012/12 d.d. 14-06-2012

Auteur(s): Mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman NV, Breda.

Buiten faillissementssituaties zijn de bevoegdheden zoals die over vennootschappen kunnen worden uitgeoefend over het algemeen helder verdeeld: de directie bestuurt en vertegenwoordigt de vennootschap, de algemene vergadering van aandeelhouders ('AvA') heeft alle bevoegdheden die niet aan de directie toekomen. Omdat de AvA de directie kan benoemen en ontslaan, trekt de AvA uiteindelijk aan de touwtjes.

Indien er sprake is van een faillissementssituatie worden deze 'zekerheden' ineens een stuk minder zeker. Vaak bestaat de indruk dat de curator vanaf het moment van zijn aantreden het roer volledig overneemt en de directie zonder bevoegdheden komt te zitten. Die indruk is onjuist. De curator is volgens artikel 68 Fw slechts belast met het beheer en de vereffening van het vermogen van de gefailleerde. De vertegenwoordigingsbevoegdheid en de overige vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van de directie vervallen bij faillissement niet. Wel verliest de gefailleerde (lees: de directie van de gefailleerde) op basis van artikel 23 Fw de bevoegdheid om over haar vermogen te beschikken. De directie blijft dus in functie, maar kan met de aan haar ter beschikking staande bevoegdheden geen invloed uitoefenen over de tot de faillissementsboedel toebehorende vermogensbestanddelen. De beschikkingsbevoegdheid is overgegaan naar de curator. Ook dat lijkt op zichzelf een heldere verdeling van bevoegdheden.

Een conflict tussen de bevoegdheid van de curator enerzijds en de directie anderzijds kan zich voordoen in een situatie waarin een moedervenootschap failliet wordt verklaard en de dochtervennootschappen - al dan niet tijdelijk - buiten het faillissement blijven. In dat geval rijst de vraag wie bij de dochter aan de touwtjes trekt: de curator van de moedervenootschap die het beheer voert over de aandelen in de dochter of de directie die in ieder geval in een 'normale' situatie bevoegd zou zijn.

In de uitspraak die in dit artikel wordt besproken, een arrest van het hof te Arnhem van 23 maart 2012 (LJN BW3806), was een dergelijk geval aan de orde en werd uiteindelijk het oordeel van de rechter gevraagd over de vraag wie bevoegd is om het faillissement van een dochtervennootschap aan te vragen: de curator of de directie?

De casus

- Body Control Concept Holding B.V. (hierna: 'BCCH') is een vennootschap die als franchisegever een afslankformule exploiteert. BCCH heeft twee aandeelhouders, namelijk ML Investments B.V. (hierna: 'ML') en een vennootschap die in de uitspraak als 'A' is aangeduid. De aandeelhouders hebben ieder 50% van de aandelen.
- ML heeft als enige aandeelhouders en bestuurders de heer en mevrouw X.
- ML en A richten in 2009 een nieuwe vennootschap (Hama Rent) op. Hama Rent houdt zich vanaf oprichting bezig met het verhuren van apparaten die de vetverbranding versnellen.
- In juni 2011 verkopen ML en A alle aandelen in Hama Rent aan BCCH. BCCH betaalt de aan A verschuldigde koopsom en blijft de koopsom die zij aan ML verschuldigd is schuldig. Deze vordering wordt omgezet in een geldlening.
- Op enig moment wijzigt de aandelenverhouding ter zake BCCH. ML houdt voortaan 83% van de aandelen en A houdt 17% van de aandelen.
- Na een besluit van de AvA blijft mevrouw X als enige bestuurder van BCCH over.
- Vanaf dat moment is BCCH dus enig aandeelhouder en enig bestuurder van Hama Rent. Mevrouw X is enig bestuurder van BCCH.
- Op 26 januari 2012 vraagt mevrouw X voorlopige surseance van betaling aan voor BCCH. De surseance wordt een dag later (27 januari 2012) verleend.
- Op 3 februari 2012 verzoekt de bewindvoerder (mr König) de rechtbank om de surseance te beëindigen en het faillissement uit te spreken. Dat verzoek wordt diezelfde dag ingewilligd. Mr König wordt als curator aangesteld.
- Ook Hama Rent is blijikbaar in financieel zwaar weer terechtgekomen. De curator van BCCH wil het faillissement van Hama Rent bewerkstelligen. Op 10 februari 2012 wordt een bijzondere AvA van Hama Rent gehouden. De vergadering is geïnitieerd door de curator en bij de vergadering is ook uitsluitend (een kantoorgenoot van) de curator aanwezig.
- De AvA van Hama Rent (lees: de curator) besluit in die vergadering om de directie van Hama Rent toestemming te geven om het faillissement van Hama Rent aan te vragen. ML was niet bij de vergadering aanwezig, maar wel vooraf door de curator geïnformeerd over het voornemen om het eigen faillissement van Hama Rent aan te vragen. ML had tegen de gang van zaken bezwaar gemaakt en aangegeven dat zij andere plannen had, waarmee Hama Rent mogelijk zou kunnen worden gered.
- Op 10 februari 2012 wordt Hama Rent daadwerkelijk failliet verklaard. ML gaat van het faillissementsvonnis in verzet.

Het geschil

In de verzetprocedure en het hoger beroep dat volgde, werd door de curator en ML gestreden om de vraag wie nu bevoegd was tot het doen van de eigen aangifte. Was dat de curator van BCCH, indachtig het feit dat BCCH de statutair directeur is van Hama

Rent en de curator het beheer voert over de aandelen in Hama Rent? Of was dat mevrouw X, die nog steeds statutair directeur is van BCCH en dus indirect ook directeur van Hama Rent?

De rechtbank gaat van het laatste uit, verklaart het verzet van ML gegrond en vernietigt het faillissementsvonnis. De rechtbank geeft kort gezegd als onderbouwing dat de eigen aangifte tot faillietverklaring niet door het bevoegde orgaan van de vennootschap (de directie) is gedaan. De rechtbank overweegt dat mr König (de curator) zich kennelijk beschouwt als de directie van Hama Rent en als zodanig zijn kantoorgenoot heeft gemachtigd om de eigen aangifte te doen. De rechtbank overweegt dat een faillissement van de rechtspersoon de handelings- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar bestuur echter niet aanpast. Volgens de rechtbank treedt de curator dan ook niet in de plaats van de organen van een failliete vennootschap en kan de curator niet als bestuurder van die vennootschap worden aangemerkt.

Gerechtshof Arnhem 23 maart 2012 (LJN BW3806)

De curator voert in hoger beroep aan dat het oordeel van de rechtbank onjuist is, omdat hij wel bevoegd zou zijn geweest om de eigen aangifte tot faillietverklaring van Hama Rent in te dienen. Hij is immers curator van BCCH en BCCH is niet alleen aandeelhouder, maar ook enig bestuurder van Hama Rent. De AvA van Hama Rent (lees: de curator) heeft de directie van Hama Rent (in de visie van de curator: de curator zelf) toestemming gegeven om de eigen aangifte in te dienen en daarbij de kantoorgenoot van de curator aangewezen om een en ander te verzorgen. De curator stelt dat de aandelen van Hama Rent tot de boedel van BCCH behoren (hetgeen ook niet ter discussie kan staan) en dat op basis van artikel 68 Fw. aan hem de bevoegdheid toekomt om een dergelijk besluit te nemen.

Artikel 68 Fw. bepaalt dat de curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Volgens de curator wordt met de faillissementsaanvraag een belang gediend dat betrekking heeft op het vermogen van de gefailleerde vennootschap BCCH. Op die grond was de curator naar eigen zeggen bevoegd om het aandeelhoudersbesluit te nemen. Zijn bevoegdheid om als directie op te treden bij het daadwerkelijk indienen van de eigen aangifte wordt volgens de curator ontleend aan het aandeelhoudersbesluit van 10 februari 2012.

ML betwist de stellingen van de curator en stelt dat op grond van de statuten uiteindelijk mevrouw X (in haar hoedanigheid van bestuurder van BCCH) bevoegd is om Hama Rent te vertegenwoordigen. Aan mevrouw X komt de exclusieve bevoegdheid toe om het eigen faillissement aan te vragen en overigens ook de bevoegdheid om van het vonnis waarbij het verzet tegen het oorspronkelijke faillissementsvonnis gegrond werd verklaard hoger beroep in te stellen.

Het hof stelt - net als de rechtbank al eerder deed - voorop dat door het failleren van een rechtspersoon noch de handelingsbevoegdheid, noch de vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar bestuur teloor gaan. BCCH is slechts de beschikking en het beheer over het vermogen (waartoe over de aandelen in Hama Rent behoren) verloren. Het hof stelt vast dat in het algemeen aan de curator dezelfde vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen toekomen, zoals die vóór faillissement aan de gefailleerde zelf toekwamen. Het hof neemt aan dat de curator in het faillissement van een moedermaatschappij op grond van artikel 68 Fw. bevoegd is om de rechten uit te oefenen die aan de aandelen in de dochter zijn verbonden, voor zover daarmee een vermogensrechtelijk belang van de boedel wordt gediend. Hieruit valt te concluderen dat het hof de bevoegdheid van de curator om toestemming te geven om het eigen faillissement aan te vragen erkent. Dat is echter anders, daar waar het betreft de bevoegdheid om daadwerkelijk de eigen aangifte in te dienen. Het hof stelt vast dat, wanneer in de statuten niet anders is bepaald, de AvA niet bevoegd is om met voorbijgaan aan de directie te besluiten het eigen faillissement aan te vragen. Die bevoegdheid komt in zijn algemeenheid toe aan het bestuur, dat (zoals hiervoor vermeld) de algemene taak heeft om de vennootschap extern te vertegenwoordigen. Het hof overweegt dat mevrouw X derhalve exclusief bevoegd is gebleven om de bestuurstaak bij Hama Rent te verrichten en dus ook om (al dan niet) de eigen aangifte in te dienen. Het stemrecht op de aandelen komt (voor zover daarmee een vermogensbelang wordt gediend) aan de curator toe, maar de vertegenwoordigingsbevoegdheid blijft bij de directie berusten.

Ook het beroep dat de curator doet op de door hem zelf genomen besluiten, waarin hij met zoveel woorden door de AvA als vertegenwoordiger van de vennootschap wordt aangewezen om de eigen aangifte in te dienen, kan de curator niet baten. Het hof overweegt dat niet valt in te zien waarom de curator op grond van dat besluit wel bevoegd zou zijn om bestuursdaden te verrichten. Het besluit sorteert volgens het hof geen effect.

De conclusie luidt dan ook dat de curator van een moedervernootschap (die zowel enig aandeelhouder als enig bestuurder is van een dochtervennootschap) zich uitsluitend als aandeelhouder van die dochter kan opstellen en dan ook nog eens uitsluitend voor zover het belang van het vermogen van de gefailleerde moedervernootschap daarmee is gediend. Indien de curator zich ook als directie van de dochtervennootschap wil opstellen, zal hij in zijn hoedanigheid van aandeelhouder een besluit moeten nemen om de directie te ontslaan en een nieuwe directie te benoemen die wel medewerking zal verlenen aan het door hem gewenste besluit.

Tot slot

Het arrest van het hof Den Haag geeft duidelijk aan waar - in een situatie zoals die in de casus aan de orde was - de grenzen van de bevoegdheid van de curator op dit terrein liggen. Het arrest is in lijn met eerdere uitspraken, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van de organen van een vennootschap in stand blijven, maar daar waar een vermogensbelang van de gefailleerde wordt gediend, de curator aan zet is. Een goed voorbeeld daarvan is de bevoegdheid van

de curator van een moederverenootschap om een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer te beginnen ten aanzien van een dochterverenootschap (De Haan Beheer/Ham q.q., HR 19 mei 1999, JOR 1999, 170). Die bevoegdheid komt exclusief aan de curator toe (Polisol, HR 29 april 2005, JOR 2005, 146). Ook in dat geval ontleend de curator zijn bevoegdheid aan het feit dat hij curator van de aandeelhouder is en niet aan de hoedanigheid van directeur. Die hoedanigheid bezit de curator immers, zoals in de hier besproken uitspraak wordt bevestigd, niet.