

## Heeft de curator van de moedervereniging de niet-failliete dochters aan een touwtje?

MR. R.G. ROEFFEN EN MR. F.F.A. SMETSERS<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Zodra de hamer tijdens de faillissementszitting valt, en hiermee het faillissement van een vennootschap wordt uitgesproken, ontstaat bij veel bestuurders de gedachte dat hun taak er daarmee op zit. Hun *normale* taak althans, want de meeste bestuurders weten dat zij beschikbaar moeten zijn en blijven om de curator van de nodige informatie te voorzien, zodat de curator het faillissement ordentelijk kan afwickelen. De veronderstelling van de bestuurder dat zijn taak er op zit, is voor het overige zowel juist als onjuist. Formeel blijven de vennootschappelijke organen in stand en hun bevoegdheden en verplichtingen blijven onaangetast.<sup>2</sup> In de meeste gevallen komt de gedachte echter wel overeen met de praktijk: indien de activiteiten van de vennootschap direct na de faillietverklaring worden gestaakt of de activa (in het kader van een doorstart) kort daarna worden overgedragen, valt er voor de bestuurder ook weinig meer te besturen. Dat is anders als er gedurende het faillissement wordt doorgewerkt. In een dergelijke situatie zullen curator en bestuurder nauw moeten samenwerken, waarbij ieder zijn eigen taak heeft en de door hem te behartigen belangen in het vizier moet houden. Daar waar de curator (zoals altijd) het belang van de gezamenlijke crediteuren voorop moet stellen door het boedelactief te maximaliseren, heeft de bestuurder nog steeds als opdracht/taak om bij de uitoefening van zijn bestuurstaak het belang van de vennootschap en daarbij betrokken belangen te dienen. Omdat voortzetting van de activiteiten over het algemeen maar van zeer tijdelijke aard is, is de periode dat er sprake kan zijn van botsende

- 
1. Robbert Roeffen is advocaat bij Van Iersel Luchtman advocaten te 's-Hertogenbosch. Frank Smetsers is advocaat bij Van Iersel Luchtman advocaten te Breda.
  2. Zie onder meer A.J. Verdaas, *Organen van een rechtspersoon, Groene Serie Faillissementswet*, art. 23 Fw, aant. 5, Kluwer, Deventer, 2015 en S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu* (Preadvies Vereniging 'Handelsrecht'), 1993, p. 111-112.

taken en belangen beperkt. Over het algemeen neemt de curator het roer immers volledig over.<sup>3</sup>

Dit wordt anders, indien de bestuurder niet alleen het besturen van de failliete vennootschap als taak heeft, maar zich daarnaast ook op enigerlei wijze moet bekommeren om dochtervennootschappen van de gefailleerde vennootschap die zelf *niet* in staat van faillissement verkeren.

De gefailleerde moedervennootschap zal in ieder geval als (meerderheids) aandeelhouder bij de niet-failliete dochters betrokken zijn, maar het is ook mogelijk dat de moeder daarnaast bestuurder is van de dochters. In beide gevallen geldt het uitgangspunt dat de moedervennootschap – ook al is zij failliet – haar bevoegdheden over de dochters zal moeten uitoefenen door middel van natuurlijke personen die bevoegd zijn om de moeder te vertegenwoordigen. Ook dit is echter niet meer dan een uitgangspunt, nu dat kan botsen met de belangen van de boedel. En de belangen van de boedel worden behartigd door de curator en niet door de bestuurder of de aandeelhouder.

In dit artikel staat de vraag centraal in welke mate de curator van een moedervennootschap zeggenschap kan uitoefenen over de niet-gefaillieerde dochters. Het zwaartepunt in dit artikel ligt bij de bevoegdheden die aan het aandeelhouderschap verbonden zijn. Als uitgangspunt in dit artikel geldt een eenvoudige structuur, bestaande uit een dochtervennootschap (BV) die niet gefailleerd is, moedervennootschap (ook een BV, die zowel enig aandeelhouder als enig bestuurder is van de dochtervennootschap) die wel gefailleerd is en een (niet-failliete) natuurlijk persoon die op zijn beurt enig bestuurder en enig aandeelhouder is van de moeder.<sup>4</sup>

- 
3. De bestuurder blijft echter ook gedurende faillissement een zorgplicht jegens de boedel houden, zoals blijkt uit het arrest van het gerechtshof Den Haag 12 maart 2013, *NJF* 2013, 363 (Ontvanger/X). In de casus die aan dit arrest ten grondslag lag, kocht een bestuurder/groootaandeelhouder van een gefailleerde vennootschap - via een andere aan hem toebehorende vennootschap - activa uit het faillissement en verkocht deze vervolgens met een forse winst door. De winst werd niet aan de boedel afgedragen. Het hof oordeelde dat op partijen met een bijzondere hoedanigheid (hier: de voormalige bestuurder/groootaandeelhouder) een extra zorgplicht kan rusten en dat hen eerder onrechtmatig handelen kan worden verweten, indien zij onvoldoende rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van anderen (hier: de schuldeisers, meer in het bijzonder de Ontvanger).
  4. De NV wordt buiten beschouwing gelaten. Voor de NV geldt grotendeels dezelfde wettelijke regeling. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om het beperkte aantal uitzonderingen te bespreken.

Heeft de curator van de moedervenootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

## 2. Uitgangspunten

Het faillissement is een beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar (artikel 20 Fw). De schuldenaar – of dit nu een natuurlijk persoon of een rechtspersoon is – verliest door het faillissement de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over zijn vermogen (artikel 23 Fw). Hij wordt door het faillissement niet handelingsonbekwaam of -onbevoegd. Hij kan en mag dus rechtshandelingen blijven verrichten, maar deze kunnen de boedel niet binden, tenzij de boedel daardoor is gebaat (artikel 24 Fw). De curator verkrijgt vanaf de faillissementsdatum de beschikking en het beheer over het tot het faillissement behorend vermogen (artikel 68 Fw: “*de curator is belast met het beheer en de vereffening van den faillieten boedel*”).

In een situatie waarin de failliete schuldenaar een natuurlijk persoon is, is de situatie overzichtelijk: behoudens de bovengenoemde beperkingen ten aanzien van beschikkingsbevoegdheid en de mogelijkheid om de boedel te binden, blijft de failliet gewoon aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.

Bij rechtspersonen ligt dat gecompliceerder, nu de rechtspersoon niet zelf handelt, maar door middel van natuurlijke personen. Bovendien geldt voor rechtspersonen dat zij bij bepaalde (rechts)handelingen betrokken kunnen zijn, daar waar dat bij natuurlijke personen niet mogelijk is.<sup>5</sup> De wet biedt weinig houvast voor dergelijke specifieke vraagstukken die bij faillissementen van rechtspersonen optreden. De wetgever maakt daarin niet of nauwelijks onderscheid en lijkt zich de bijzondere positie van de rechtspersoon bij het opstellen van de Faillissementswet in 1893 ook niet te hebben gerealiseerd.<sup>6</sup>

Het faillissement betekent niet dat de rechtspersoon direct ophoudt te bestaan. Deze blijft in stand, totdat het faillissement is afgewikkeld.<sup>7</sup> De rechtspersoon blijft bevoegd om rechtshandelingen te verrichten, maar kan de boedel niet binden. De organen van de rechtspersoon blijven in stand. De failliete vennootschap en de organen daarvan behouden hun rechtspersonenrechtelijke bevoegdheden. De curator treedt niet in de plaats van die organen en vervangt

---

5. Wij denken dan met name aan typisch vennootschapsrechtelijke handelingen, zoals het uitoefenen van stemrecht. Dit komt later in dit artikel uitgebreid aan bod.

6. C.M. van der Heijden, *Insolventie en rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1996, p. 58.

7. Artikel 2:19 BW bepaalt dat een rechtspersoon onder meer wordt ontbonden na faillietverklaring door hetzij opheffing van het faillissement wegens de toestand van de boedel, hetzij door insolventie. De staat van insolventie treedt op grond van artikel 173 Fw in, indien op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden, het akkoord is verworpen of de homologatie geweigerd werd. In het geval van een vereenvoudigde afwikkeling wordt de rechtspersoon ontbonden als de slotuitdelingslijst definitief is geworden.

deze dus niet.<sup>8</sup> Omdat de organen de boedel niet meer kunnen binden, is hun rol echter wel fundamenteel anders. Hoewel het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd blijft, is het niet langer meer bevoegd om handelingen van beheer of beschikking te verrichten ten aanzien van het tot het faillissement behorende vermogen. Het bestuur blijft bijvoorbeeld wel bevoegd tot het verstrekken van inlichtingen aan en tot het bijeenroepen van de algemene vergadering. Ook de algemene vergadering blijft bestaan. Datzelfde geldt voor haar bevoegdheden. Deze blijven in beginsel ongewijzigd. Soms bepaalt de wet expliciet welke rol de curator dan nog heeft. De wet bepaalt bijvoorbeeld dat een statutenwijziging alleen kan plaatsvinden na toestemming van de curator (artikel 2:237 BW).

De curator is geen bestuurder, noch is hij een orgaan van de gefailleerde vennootschap. De curator neemt daarom ook geen beslissingen als een orgaan. De curator is evenmin de wettelijk vertegenwoordiger van de gefailleerde vennootschap. Hij handelt op basis van een eigen – door de wet toebedeelde – bevoegdheid.<sup>9</sup> De curator voert enkel het beheer en heeft de beschikkingsbevoegdheid over het tot het faillissement behorend vennootschapsvermogen. Hoe verhoudt zich nu de rol van de curator ten opzichte van de organen van de gefailleerde vennootschap? Daarvoor zal eerst stil worden gestaan bij de verschillende taken die de organen hebben.

## 2.1 *Het bestuur*

Het bestuur heeft tot taak het besturen van de vennootschap (artikel 2:239 lid 1 BW). In de statuten kunnen de bevoegdheden van het bestuur zowel worden beperkt (artikel 2:239 lid 2 BW) als uitgebreid (artikel 2:217 lid 1 BW). Het bestuur dient zijn taak autonoom te vervullen, hetgeen inhoudt dat de algemene vergadering geen opdracht kan geven tot het verrichten van handelingen die tot de krachtens wettelijke of statutaire bepalingen bepaalde bevoegdheid van het bestuur behoren.<sup>10</sup> De statutaire beperkingen kunnen bijvoorbeeld inhouden dat bepaalde besluiten aan goedkeuring van een ander orgaan zijn onderworpen, zoals die van de algemene vergadering. Het bestuur dient zowel in als buiten

---

8. Zie onder meer Kortmann (1993), p. 112 en 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* (Maeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 103 e.v.

9. Kortmann (1993), p. 111. Zie ook de aldaar genoemde literatuur.

10. HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank). Echter: zie de instructiebevoegdheid geregeld in artikel 2:239 lid 4 BW (zie voetnoot 15) die het geformuleerde uitgangspunt nuanceert.

Heeft de curator van de moedervereniging de niet-failliete dochters aan een touwtje?

faillissement zijn taak in het vennootschappelijk belang uit te oefenen. Tot de taken van het bestuur behoort eveneens het beheer van het vermogen van de vereniging. Indien het bestuur tijdens faillissement – in weerwil van het verlies van beschikkingsbevoegdheid – toch beheers- of beschikkingshandelingen verricht, zijn deze rechtsgeldig, maar binden deze (zoals hiervoor reeds vermeld) de boedel niet.<sup>11</sup> Omdat het bestuur zijn taak tot het beheer en beschikking van het vermogen verliest, verandert zijn rol aanzienlijk.

Het bestuur heeft ook de nodige andere taken en bevoegdheden. Te denken valt aan de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vereniging (artikel 2:240 BW) en de verplichting tot het verschaffen van inlichtingen aan de algemene vergadering (artikel 2:217 lid 2 BW). Dat zijn wettelijke bevoegdheden. Boek 2 BW bevat geen bepalingen ten aanzien van de bevoegdheid tot het aanvragen van surseance van betaling. Doorgaans acht men dit een bevoegdheid van het bestuur, behouders andersluidende statutaire bepalingen.

## 2.2 De algemene vergadering

Aandeelhouders van besloten verenigingen<sup>12</sup> en de algemene vergadering – het orgaan waarin zij zijn verenigd – hebben een grote hoeveelheid en variëteit aan bevoegdheden, die per vereniging – afhankelijk van statuten, overige regelingen en praktijk – verschillend kunnen uitpakken.

De wet bepaalt in artikel 2:217 BW dat aan de algemene vergadering, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid behoort, die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend. De algemene vergadering heeft daarnaast enkele belangrijke specifieke bevoegdheden, zoals de bevoegdheid te besluiten tot ontbinding van de vereniging,<sup>13</sup> tot benoeming en ontslag van het bestuur<sup>14</sup> en – indien de statuten dit bepalen – tot het geven van instructies

- 
11. Door rechtshandelingen die in weerwil van het verlies van de beheers- en beschikkingsbevoegdheid door het bestuur van de vereniging worden verricht wordt niet de boedel, maar wel de vereniging gebonden. Ze zijn dus *relatief* nietig. Dergelijke rechtshandelingen hebben gedurende de looptijd van het faillissement dus geen gevolgen, maar kunnen een rol spelen, indien de afwikkeling van het faillissement van de vereniging niet leidt tot ontbinding van de vereniging (bijvoorbeeld bij een aangenomen en gehomologeerd akkoord).
  12. Dit geldt uiteraard ook voor NV's met normale structuur, maar in dit artikel stellen wij de BV centraal.
  13. Artikel 2:19 BW.
  14. De benoeming van het bestuur is geregeld in artikel 2:242 BW en het ontslag (en de schorsing) in artikel 2:244 BW. De bevoegdheid tot benoeming kan volgens het eerstgenoemde artikel ook in de statuten worden toebedeeld aan de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

aan het bestuur.<sup>15</sup> Hieruit zou de conclusie kunnen worden getrokken dat de algemene vergadering een hiërarchisch hogere positie boven de andere vennootschappelijke organen heeft, waarmee de gezamenlijke aandeelhouders in feite iedere beslissing van het bestuur zouden kunnen *overrulen*. Sinds het uit 1955 stammende Forumbank-arrest<sup>16</sup> weten we echter dat ook “*de algemene vergadering de bij wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet mag overschrijden*”. Ook uit de duale structuur waarbij er juist (minimaal) twee organen zijn die ieder hun eigen bevoegdheden hebben en tevens een unieke functie ten opzichte van elkaar hebben, en het feit dat ieder vennootschappelijk orgaan zijn eigen taken en bevoegdheden heeft, blijkt dat de organen in beginsel niet ondergeschikt mogen zijn aan elkaar.<sup>17</sup> Kortom: de algemene vergadering speelt een belangrijke rol, maar is niet oppermachtig, en mag zich dus niet op het terrein van andere organen begeven. Van Schilfgaarde omschrijft in zijn boek die positie van de algemene vergadering als de “uiteindelijke macht”. De bevoegdheid en taak om de vennootschap te besturen en te vertegenwoordigen blijven echter aan het bestuur.<sup>18</sup>

### 3. Bestuursbevoegdheden: waartoe is de curator bevoegd?

Het bestuur van vennootschappen wordt soms uitgeoefend door vennootschappen en soms rechtstreeks door natuurlijke personen, maar uiteindelijk zijn het altijd natuurlijke personen die feitelijk de bevoegdheden van het bestuur uitoefenen. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal wie bestuurshandelingen mag verricht ten aanzien van een (niet-gefaillieerde) dochtervennootschap: de curator van de moedervennootschap die bestuurder van de dochtervennootschap is of de natuurlijke personen die uiteindelijk als bestuurder van die dochter moeten worden beschouwd.

#### 3.1 *Uitgangspunten*

Het uitgangspunt is, zoals eerder vermeld, dat het faillissement van een vennootschap niets verandert aan de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden van de organen. Het faillissement tast de handelingsbevoegdheid en vertegen-

---

15. De instructiebevoegdheid is geregeld in artikel 2:239 lid 4 BW en houdt in dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Dat is in veel gevallen de algemene vergadering. Het bestuur is volgens dit artikel gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

16. HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/42 m.nt. Hijmans van den Bergh (Forumbank).

17. B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en de rol van de aandeelhouder en de aandeelhoudersvergadering*, diss. Maastricht, Deventer: Kluwer 2015, p. 151.

18. P.J. van Schilfgaarde/Winter & Wezeman, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 62.

Heeft de curator van de moeder vennootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

woordigingsbevoegdheid van het bestuur van de gefailleerde in beginsel niet aan en de organen blijven (eveneens in beginsel) functioneren overeenkomstig de wet en de statuten.<sup>19</sup> De curator kan ook absoluut niet als bestuurder worden gezien.<sup>20</sup> De bestuursbevoegdheden blijven in beginsel rusten bij de personen bij wie die bevoegdheden buiten faillissement ook zouden liggen. Dat geldt ook als het gaat om een failliete moeder vennootschap die bestuurder is van een niet-failliete dochter: ook dan blijven dus de bestuurders van de gefailleerde (moeder)vennootschap in beginsel bevoegd om de dochter te besturen.

Toch verandert er met het uitspreken van het faillissement wel het nodige in de bestuurstaken en -bevoegdheden. In zijn algemeenheid wordt de bestuursbevoegdheid begrensd door het feit dat de boedel niet meer door het bestuur kan worden gebonden. Die situatie is voor dit artikel echter niet relevant: het gaat om de vraag of het bestuur van de moeder – tevens bestuur van de dochter – kan beschikken over het vermogen van de dochter en dat is het geval. Het bestuur van de moeder kan bijvoorbeeld als middellijk bestuurder van de niet-gefaillieerde dochter vennootschap het vermogen van de dochter vennootschap door middel van een activa-passiva transactie verkopen. In het geval dat hierdoor de waarde van de aandelen van de gefailleerde moeder vennootschap in het kapitaal van de dochter vennootschap lager wordt, zou dat in principe strijdig moeten zijn met artikel 23 Fw. De dochter vennootschap kan echter een vennootschappelijk belang hebben om die transactie wel te doen, ook al kan en zal dit tegelijkertijd botsen met het belang van de curator, die bijvoorbeeld met een doorstart van de moeder vennootschap met verkoop van de aandelen in de dochter een hogere verkoopopbrengst zou hebben kunnen realiseren dan enkel een verkoop van het vermogen van de moeder vennootschap.

### 3.2 *Indiening aangifte faillietverklaring dochter vennootschap*

Het bestuur blijft voorts tijdens een faillissement haar bevoegdheid houden om aangifte te doen tot faillietverklaring van een dochter (artikel 2:246 BW), tenzij bij de statuten anders is bepaald. Daarvoor is wel een opdracht van de algemene vergadering nodig. In geval een moeder vennootschap failliet is en deze enig aandeelhouder en bestuurder is van een dochter vennootschap, rijst de vraag of de curator van de moeder vennootschap dan (ook) het faillissement van de dochter kan aanvragen. In zijn arrest van 23 maart 2012 heeft het gerechtshof Arnhem<sup>21</sup> over zo'n kwestie geoordeeld. De feiten luiden als volgt.

19. Onder meer Wessels in *Wessels Insolventierecht IV* 2015/4208 e.v.

20. Gerechtshof Amsterdam 25 februari 1980, *NJ* 1980/582.

21. Gerechtshof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2013/203 (Hama Rent).

De besloten vennootschap BCCH is enig aandeelhouder en bestuurder van de besloten vennootschap Hama Rent. De besloten vennootschap ML Investments is meerderheidsaandeelhouder in het kapitaal van BCCH. Mevrouw Lubberhuizen is bestuurder van BCCH en derhalve indirect bestuurder van Hama Rent. Nadat BCCH in staat van faillissement is verklaard, wordt er door de curator van BCCH een buitengewone AVA van Hama Rent belegd waarin de curator een besluit neemt tot het verlenen van toestemming aan het bestuur van Hama Rent om het faillissement van Hama Rent aan te vragen. In het aandeelhoudersbesluit staat dat BCCH enig aandeelhouder in het kapitaal van Hama Rent is, dat BCCH failliet is verklaard en dat BCCH vertegenwoordigd wordt door een kantoorgenoot van de curator waarbij besloten wordt om aan de kantoorgenoot van de curator toestemming te verlenen voor het aanvragen van het faillissement van Hama Rent.

Hama Rent wordt vervolgens failliet verklaard. ML Investments komt in verzet tegen het vonnis tot faillietverklaring. Het verzet wordt gegrond verklaard door de rechtbank Arnhem. De rechtbank overweegt dat de curator zichzelf kennelijk heeft beschouwd als bestuurder van Hama Rent en dat hij in die hoedanigheid zijn kantoorgenoot heeft gemachtigd om namens de curator als bestuurder van BCCH de eigen aangifte te verzorgen. Voorts overweegt de rechtbank dat een faillissement van een rechtspersoon niet de handelings- en vertegenwoordigingsbevoegdheid van haar bestuur aantast, dat de curator ook niet in de plaats van de organen van een failliete vennootschap treedt en daarom niet als bestuurder van die vennootschap kan worden aangemerkt. De rechtbank overweegt daarom dat de eigen aangifte niet door een bevoegd bestuurder is gedaan. Het faillissementsvonnis wordt vernietigd. De curator gaat tegen die uitspraak in beroep, maar zonder succes. Het hof overweegt als volgt:

*“Aangenomen moet worden dat de curator in het faillissement van een moedervernootschap op grond van art 68 Fw bevoegd is de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de onder zijn beheer vallende aandelen in een dochtervernootschap indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend. Dat betekent dat de curator van BCCH bevoegd is de rechten verbonden aan de aandelen in Hama Rent uit te oefenen in zoverre past bij een goed beheer van de boedel van BCCH en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel zijn gediend.*

*In beginsel is het aan het bestuur, als vertegenwoordiger van de vennootschap, om te beslissen over het aanvragen van het eigen faillissement van de vennootschap. Het bestuur is – behoudens andersluidende bepaling in de*



Heeft de curator van de moedervereniging de niet-failliete dochters aan een touwtje?

*statuten – zonder opdracht van de AVA niet bevoegd aangifte te doen tot faillietverklaring. Dat betekent echter niet dat, wanneer in de statuten te dien aanzien niet anders is bepaald, de AVA bevoegd is met voorbij gaan aan het bestuur te besluiten tot het aanvragen van het eigen faillissement van de vereniging.*

*Blijkens de door ML Investments (meerderheidsaandeelhouder) overgelegde statuten van Hama Rent (dochter) wordt Hama Rent slechts vertegenwoordigd door het bestuur. Er zijn in de statuten ook geen bijzondere bepalingen ten aanzien van de bevoegdheid tot het aanvragen van het eigen faillissement opgenomen. Uit het feit dat BCCH (failliete moeder) alle aandelen in Hama Rent houdt, vloeit derhalve nog niet het recht voort om het faillissement van Hama Rent aan te vragen.*

*Dat BCCH ook bestuurder van Hama Rent is, maakt dat niet anders. Het uitoefenen van de bestuurstaak bij een dochtervereniging kan immers (in beginsel) niet tot het beheer over het vermogen van de moedervereniging worden gerekend.”*

Het hof stelt dus vast dat de curator geen bestuurder is van Hama Rent en daarom ook niet bevoegd is om het faillissement van Hama Rent aan te vragen. Die bevoegdheid komt enkel aan het bestuur toe (art 2:246 BW), in dit geval mevrouw Lubberhuizen. Een dergelijke handelwijze van de curator kan verstrekkende consequenties hebben. De zaak heeft namelijk nog een staartje gekregen, omdat de curator door ML Investments aansprakelijk werd gehouden voor de schade die zij leed als gevolg van waardevermindering van de aandelen van BCCH in het kapitaal van Hama Rent waarop ML Investments een pandrecht had. Partijen hebben hierover geprocedeerd. Het gerechtshof Arnhem veroordeelde de curator tot vergoeding van de door ML Investments geleden schade, nader op te maken bij staat.<sup>22</sup>

### 3.3 *Bijeenroeping algemene vergadering*

Het bestuur blijft ook bevoegd tot het bijeenroepen van de algemene vergadering van de failliete vereniging (artikel 2:219 BW). Die bevoegdheid komt de curator niet toe. Die bevoegdheid is immers niet vermogensrechtelijk van aard, maar van rechtspersonenrechtelijke aard. Maar wat nu in het geval er geen bestuur meer is? In dat geval rijst de vraag of de curator bevoegd is een algemene vergadering bijeen te roepen. Daar valt iets voor te zeggen. Het

---

22. Gerechtshof Arnhem 19 augustus 2014, JOR 2015/17 (ML Investments/Mr X).

belang kan zijn om bijvoorbeeld een nieuwe bestuurder te benoemen. Kortmann stelt dat een redelijke wetstoepassing meebrengt dat in een dergelijk geval aan de curator de bevoegdheid tot het bijeenroepen van de algemene vergadering toekomt. Kortmann motiveert dit met de stelling dat de curator immers ook de belangen van de schuldenaar behartigt. Van een ontoelaatbaar rolconflict is in zijn optiek in een dergelijk geval geen sprake.<sup>23</sup> Hoewel er vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de vraag of de curator wel de belangen van de schuldenaar behartigt, is de insteek in ieder geval wel een praktische.

Ingeval de moedervenootschap failliet wordt verklaard en zij aandeelhouder en bestuurder is van een dochtervenootschap, wie is dan bevoegd tot het bijeenroepen van de algemene vergadering? De curator of het bestuur van de moedervenootschap? Deze problematiek speelde in het arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 december 2014.<sup>24</sup> In deze zaak gaat het onder meer om de vraag of een curator bevoegd is dergelijke bestuurstaken uit te oefenen of dat hij deze aan het bestuur dient over te laten. De feiten luiden als volgt.

De besloten vennootschap Crescendo (deel uitmakend van het Lips-concern) heeft twee aandeelhouders: de besloten vennootschappen LHO en F&B. LHO en F&B, respectievelijk meerderheids- en minderheidsaandeelhouder, zijn ook bestuurder van Crescendo. Crescendo heeft twee dochtervenootschappen. Zowel LHO als een van de dochtervenootschappen van Crescendo worden failliet verklaard. De curator van LHO wilde ook dat Crescendo en haar nog niet failliete dochter failliet zouden worden verklaard. De curator ging daartoe als volgt te werk.

Onder protest van F&B roept de curator een algemene vergadering van Crescendo bijeen, waarin hij zichzelf tot vereffenaar benoemt. Deze wordt op 22 augustus 2014 gehouden. Als vereffenaar constateert de curator dat Crescendo niet meer in staat is haar schulden te betalen en vraagt hij het faillissement van Crescendo aan. Crescendo wordt failliet verklaard. LHO gaat in verzet tegen het vonnis tot faillietverklaring, maar vangt zowel bij de rechtbank als bij het hof bot, vanwege het feit dat niet gebleken is dat de gezamenlijke crediteuren van Crescendo belang hebben bij voortzetting van de dochter van Crescendo. Dat oordeel laten wij verder onbesproken.

In deze zaak had de curator – kort gezegd – betoogd dat hij als curator van LHO, die zoals gezegd meerderheidsaandeelhouder en een van de twee

---

23. Kortmann (1993), p. 130.

24. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, *JOR* 2015/95 (Crescendo).

Heeft de curator van de moedervereniging de niet-failliete dochters aan een touwtje?

bestuurders van de dochter (Crescendo) was, bevoegd was tot het uitoefenen van niet-vermogensrechtelijke bevoegdheden van de moeder als *bestuurder* van de dochter, indien dit de vermogensrechtelijke belangen van de moeder dient. De curator achtte zichzelf bevoegd de algemene vergadering van 22 augustus 2014 (de eerste vergadering) bijeen te roepen. In de statuten van Crescendo was echter bepaald dat het bestuur bevoegd is om een algemene vergadering bijeen te roepen. Het hof oordeelt, met verwijzing naar de uitspraak Hama Rent dat de curator niet bevoegd was om zelfstandig deze algemene vergadering van 22 augustus 2014 uit te schrijven. Kennelijk ziet het hof deze bevoegdheid als een bestuurstaak die ook in een faillissement aan het bestuur toekomt, omdat de taak niet tot het beheer van de moeder kan worden gerekend. De curator is immers geen bestuurder.

De curator heeft vervolgens als aandeelhouder van LHO aan het bestuur van Crescendo verzocht om een nieuwe algemene vergadering te houden, met als agendapunt de bekrachtiging van het besluit van 22 augustus 2014 tot ontbinding van Crescendo en tot benoeming van de curator tot vereffenaar. Het bestuur van Crescendo heeft hieraan geen gevolg gegeven. LHO was als aandeelhouder van Crescendo op basis van de statuten alsdan gerechtigd om zelf een algemene vergadering uit te schrijven. Deze algemene vergadering is vervolgens ook uitgeschreven door *de curator van LHO* en deze heeft ook plaatsgevonden. Ter vergadering werden beide besluiten bekrachtigd. Het hof heeft vervolgens geoordeeld dat aldus het gebrek dat was verbonden aan het besluit van 22 augustus 2014 met terugwerkende kracht is geheeld.

In de optiek van het hof was de curator van LHO kennelijk wel bevoegd om als aandeelhouder van Crescendo een (tweede) algemene vergadering uit te schrijven van Crescendo. Dat lijkt bijzonder, omdat de hoofdregel is dat de aandeelhouder LHO hier vertegenwoordigd zou moeten zijn door haar bestuur. Hier had echter de curator een algemene vergadering uitgeschreven. Komt de curator die bevoegdheid dan wel toe? In het hoofdstuk over de positie van de curator als aandeelhouder komen wij hierop nog uitgebreid terug. Datzelfde geldt voor het stemrecht van de failliete moeder in een algemene vergadering van de dochter. Kort gezegd komt het in deze uitspraak erop neer dat de curator een dergelijk stemrecht heeft, indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen worden gediend. Uit het arrest blijkt impliciet dat kennelijk aan dat criterium in deze zaak was voldaan en dat daarom de curator bevoegd was een dergelijke vergadering uit te schrijven. Die bevoegdheid wordt dan ontleend aan het *aandeelhouderschap*. Als het hof de beslissing niet op het aandeelhouderschap zou hebben gebaseerd, zou het oordeel onbegrijpelijk zijn geweest. Het

bijeenroepen van een algemene vergadering is immers een bestuurstaak die niet tot het beheer van de boedel van de moeder behoort. In dat geval had het bestuur van de moeder de vergadering bijeen moeten roepen.

#### 3.4 *Vertegenwoordigingsbevoegdheid*

Hiervoor hebben we gezien dat de belangen van de boedel en die van het bestuur kunnen conflicteren. Dat komt omdat het bestuur tijdens faillissement haar algemene bevoegdheden waaronder de vertegenwoordigingsbevoegdheid, behoudt.

De Faillissementswet kent enkele specifieke bepalingen voor bestuurders waaruit de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur blijkt. Bij het aanbieden van een akkoord vertegenwoordigt het bestuur de gefailleerde vennootschap (artikel 138 Fw). Het bestuur van de gefailleerde vennootschap is bovendien op grond van artikel 117 Fw verplicht om de verificatievergadering bij te wonen en aldaar nadere inlichtingen te geven. Indien een vennootschap failliet is verklaard kan daartegen verzet worden aangetekend of hoger beroep worden ingesteld. In dat geval vertegenwoordigt het bestuur de vennootschap (artikel 6 Fw). Het is dan niet de curator die de vennootschap vertegenwoordigt.

Hoewel het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd blijft, betekent dat niet dat ook allerlei verplichtingen van het bestuur tijdens een faillissement blijven bestaan. Sommige verplichtingen uit Boek 2 BW dienen bijvoorbeeld geen doel meer tijdens een faillissement. Zo is het bestuur verplicht om van de vermogenstoestand van de rechtspersoon een zodanige administratie te voeren dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend (artikel 2:10 BW). Omdat het bestuur het beheer en de beschikking over het vermogen van de gefailleerde vennootschap heeft verloren, rust die verplichting niet langer meer op het bestuur. Om diezelfde reden rust ook niet meer de verplichting op het bestuur om nog een jaarrekening op te maken (artikel 2:101 BW). Dergelijke verplichtingen hangen nauw samen met het beheer en de beschikking over het vermogen, welke bevoegdheden vanaf datum faillissement bij de curator zijn komen te rusten.

Het bestuur behoudt verder tijdens een faillissement zijn raadgevende stem in de algemene vergadering (artikel 2:227 BW). Ook die rol wordt niet door de curator overgenomen.

Heeft de curator van de moeder vennootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

### 3.5 Conclusie

Wanneer een moeder vennootschap die bestuurder is van een dochter vennootschap failliet wordt verklaard, kan de curator van die moeder vennootschap geen bestuurstaken uitoefenen. De curator kan wel als aandeelhouder van de dochter bepaalde rechten uitoefenen. In het volgende hoofdstuk gaan wij hier nader op in.

## 4. Bevoegdheden van aandeelhouders en de algemene vergadering: waartoe is de curator bevoegd?

De belangrijke vraag die hier centraal staat, is welke soorten bevoegdheden van individuele aandeelhouders en de algemene vergadering als geheel aan de curator van de moeder vennootschap toekomen, daar waar deze worden uitgeoefend met betrekking tot een dochter vennootschap. Volgens sommige rechtsgeleerden<sup>25</sup> zouden in beginsel alle bevoegdheden die aan het vermogensbestanddeel (in dit geval: de door de failliete moeder gehouden aandelen in de dochter) kleven aan de curator moeten toekomen, nu de curator het beheer over het vermogen van de gefailleerde vennootschap uitoefent en de aandelen tot dat vermogen behoren. De Hoge Raad heeft deze beheerstaak echter beperkter uitgelegd en heeft in een aantal arresten piketpalen geslagen over de omvang van de bevoegdheid van een curator die aandelen houdt in een dochter vennootschap. Die arresten zullen hieronder worden besproken.

### 4.1 *De Haan Beheer/Hamm q.q. en De Haan/Hamm q.q.*

In deze twee arresten<sup>26</sup> stond de vraag centraal of een curator van een moeder vennootschap bevoegd was met betrekking tot de (eveneens failliete) dochter vennootschappen een enquête te verzoeken. Ook kwam de vraag aan bod of bestuurders van de (failliete) moeder vennootschap bevoegd zijn deze laatste in de enquêteprocedure verwerend te vertegenwoordigen.

---

25. Wessels in *Wessels Insolventierecht IV* 2015/4439 en Van den Ingh in zijn noot onder HR 19 mei 1999 (*De Haan Beheer/Hamm q.q.*) in *TvI* 1999, p. 187. De standpunten van aanhangers van zowel de ruime als de enge leer worden kort beschreven in Van der Heijden (1996), p. 189-193. Van der Heijden noemt, onder verwijzing naar het verslag van de vergadering van de Vereniging Handelsrecht op 23 april 1993, J.J. van Hees, A. van Hees en S.C.J.J. Kortmann als voorstanders van de ruimere opvatting, die inhoudt dat de uitoefening van andere dan vermogensrechtelijke bevoegdheden ook tot de taak van de curator behoort.

26. HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/670 en 671 (*De Haan (Beheer)/Hamm q.q.*).

De casus was als volgt: op 6 januari 1996 zijn zowel De Haan Beheer B.V. ("Beheer") als haar zes dochtervennootschappen ("dochters") in staat van faillissement verklaard. In alle faillissementen is mr. Hamm tot curator benoemd. In zijn hoedanigheid van curator van zowel Beheer als van de dochters heeft de curator de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam ("OK") verzocht om een enquête bij de dochters te gelasten. De OK heeft de curator in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de dochters niet-ontvankelijk verklaard.<sup>27</sup> Deze beslissing is in cassatie niet bestreden. De curator is wel in zijn hoedanigheid van curator van Beheer ontvankelijk verklaard in zijn verzoek. De OK heeft het verzoek ingewilligd en een enquête bij de dochters gelast. De bestuurders van Beheer en de dochters hebben hiertegen verweer gevoerd en daartoe een verweerschrift bij de OK ingediend. Er is een cassatiemiddel ingesteld tegen het oordeel van de OK dat mr. Hamm als curator van Beheer bevoegd is met betrekking tot de Nederlandse dochters een enquête te verzoeken. De Hoge Raad heeft daarover het volgende overwogen:

*“Voor Beheer vormen de aandelen in de Nederlandse dochters bestanddeel van haar vermogen. De omstandigheid dat de bevoegdheid te verzoeken om een enquête op zichzelf geen vermogensrecht is, sluit niet uit dat de aandeelhouder met zulke verzoeken 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 de failliete boedel is begrepen, krachtens artikel 68 Fw de faillissementscurator bevoegd is.”*

Uit deze uitspraak blijkt dat een curator van een moedervernootschap (als aandeelhouder) een enquête kan verzoeken bij dochtervennootschappen, omdat daarmee een vermogensbelang kan zijn gediend. De Hoge Raad kwalificeert een dergelijk verzoek als een daad van beheer met betrekking tot een vermogensbestanddeel, namelijk de aandelen. En die behoren tot de boedel. De curator is daarom bevoegd een enquêteverzoek te doen.

---

27. Als curator van de dochters voldeed hij immers niet aan de vereisten voor een enquêteverzoek als destijds gesteld in art. 2:346 sub b BW. Daarvoor was aandeelhouderschap vereist. Thans zou een curator van de dochter een enquêteverzoek stellen op art. 2:346 sub d BW, het verzoek door de vennootschap zelf. Daarvan is in de wetsgeschiedenis met zoveel woorden uitgemaakt dat dat recht door de curator kan worden uitgeoefend.

Heeft de curator van de moeder vennootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

#### 4.2 *Polisol*

In de zaak *Polisol*<sup>28</sup> was het feitencomplex min of meer hetzelfde:

Op 25 april 2000 wordt D Freight Group B.V. (“DFG”) in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Mattheussens tot curator. DFG is vanaf 12 maart 1998 enig aandeelhouder en tevens enig bestuurder van *Polisol B.V.* D Group Europe N.V. (DGE) is statutair bestuurder van DFG.

DFG als aandeelhouder van *Polisol*, vertegenwoordigd door DGE als haar bestuurder, verzoekt de OK een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken binnen *Polisol*. *Polisol* en de curator van DFG hebben aangevoerd dat DFG niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in het enquêteverzoek, omdat alleen de curator bevoegd zou zijn een dergelijk verzoek in te dienen. De OK wijst het verzoek toe en overweegt dat de omstandigheid dat een curator van een rechtspersoon die alle aandelen houdt in een andere rechtspersoon bevoegd is een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de laatstgenoemde rechtspersoon te verzoeken er immers niet toe leidt dat (het bestuur van) de eerstgenoemde rechtspersoon de door hem ingevolge artikel 2:346 aanhef en onder b BW toekomende bevoegdheid door faillietverklaring verliest. Kortom, (het bestuur van) DFG werd in haar verzoek ontvankelijk verklaard. Tegen de beschikking van de OK hebben zowel *Polisol* als de curator van DFG beroep in cassatie ingesteld. Bij de beoordeling van het middel herhaalt de Hoge Raad zijn overwegingen uit het arrest *De Haan Beheer/Hamm q.q.* en oordeelt dat de curator van een moeder vennootschap exclusief bevoegd is om namens de moeder vennootschap een enquêteverzoek bij een dochter vennootschap in te dienen. Ook hier speelt dat met het indienen van een enquêteverzoek een vermogensrechtelijk belang kan zijn gediend. De bevoegdheid komt dus aan de curator toe en wel op exclusieve basis. De Hoge Raad vernietigt daarom de beschikking van de OK en verklaart (het bestuur van) DFG niet-ontvankelijk in haar enquêteverzoek.

In dit arrest wordt dus de lijn van *De Haan (Beheer)/Hamm q.q.* bevestigd en hieraan wordt toegevoegd dat de bevoegdheid van de curator exclusief is.

---

28. HR 29 april 2005, *NJ* 2005/433, *JOR* 2005/146 (*Polisol*).

#### 4.3 *Pannevis q.q./Air Holland*<sup>29</sup>

Ook in deze zaak staat de reikwijdte van de bevoegdheid van een curator van een failliete moedervereniging (Air Holland Charter B.V., “AHC”) in relatie tot met een niet-failliete 100%-dochter (Air Holland N.V., “AH”) centraal. De Hoge Raad diende hier de vraag te beantwoorden of het uitoefenen van zeggenschapsrechten in een dochtermaatschappij, in dit geval stemrechten, in faillissementsrechtelijke zin tot de taak van de curator kan behoren. Het ging hier meer specifiek om het nemen van een besluit tot het doen van een dividenduitkering door de dochter AH.

De Hoge Raad verwijst (in rechtsoverweging 3.3.3) naar zijn eerdere arrest De Haan Beheer/Hamm q.q. en overweegt als volgt:

*“Aangenomen moet worden dat de curator in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van artikel 68 Fw bevoegd is de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de onder zijn beheer vallende aandelen in een dochtermaatschappij indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend (vgl. Hoge Raad 19 mei 1999, NJ 1999, 670)”.*

De vraag is wat de Hoge Raad nu exact bedoeld met de toevoeging dat de curator bevoegd is “indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel”. In zijn arrest De Haan Beheer/Hamm q.q. oordeelde de Hoge Raad immers slechts dat er een vermogensrechtelijk belang van de boedel moest zijn gediend. Kennelijk is het in de optiek van de Hoge Raad mogelijk dat er een vermogensrechtelijk belang van de boedel wordt gediend, maar dat zulks niet past bij een goed beheer van de boedel. Het is moeilijk voor te stellen wanneer dat dan het geval is.

#### 4.4 *Overige jurisprudentie*

Ter completering van het hiervoor geschetste algemene beeld van de bevoegdheid van de curator van de failliete moedervereniging ten aanzien van de (niet-failliete) dochter zijn er tenminste nog twee arresten van belang, namelijk het hiervoor besproken arrest Hama Rent van het gerechtshof Arnhem,<sup>30</sup> waarin is geoordeeld dat aan de curator van de moedervereniging niet de bevoegdheid toekomt om het eigen faillissement van een dochtervereniging

29. HR 19 december 2008, NJ 2009/220 (Pannevis q.q./Air Holland).

30. Gerechtshof Arnhem 23 maart 2012, JOR 2012/203 (Hama Rent).



Heeft de curator van de moederverenootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

aan te vragen en het arrest van gerechtshof 's-Hertogenbosch in de zaak *Crescendo*,<sup>31</sup> waar de vraag centraal stond of de curator van een failliete moederverenootschap bevoegd was tot bijeenroeping van de algemene vergadering van de dochter. De curator van de moederverenootschap was daar niet – met voorbijgaan aan het bestuur – toe bevoegd.

#### 4.5 *Tussenconclusie*

In het geval dat de gefailleerde een rechtspersoon is, blijft de structuur van de rechtspersoon met al haar organen intact. De curator is echter geen orgaan van die rechtspersoon. Hij beheert slechts het vermogen van de rechtspersoon. Het bestuur blijft gedurende het faillissement bevoegd de rechtspersoon te vertegenwoordigen, maar het faillissement heeft wel tot gevolg dat het bestuur de boedel niet langer kan binden. De curator van een failliete moederverenootschap heeft in bepaalde gevallen bevoegdheden die hij kan uitoefenen in de dochterverenootschap. Deze bevoegdheden ontleent de curator aan het feit dat hij *aandeelhouder* van die dochterverenootschap is. De bevoegdheden kunnen slechts worden uitgeoefend, voor zover het past bij goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend. Met vermogensrechtelijke belangen wordt niet alleen een op geld waardeerbaar belang van de moederverenootschap bedoeld. Ook bijvoorbeeld de bevoegdheid om een enquête bij de dochterverenootschap te verzoeken *kan* een vermogensrechtelijk boedelbelang dienen, waardoor deze bevoegdheid (zelfs *exclusief*) aan de curator toekomt. Bevoegdheden die niet aan deze vereisten voldoen, blijven berusten bij het orgaan dat daar nog in verenootschapsrechtelijke zin toe bevoegd is: het bestuur van de aandeelhouder (moederverenootschap).

#### 4.6 *Specifieke gevallen*

De bevoegdheden van de algemene vergadering en de individuele aandeelhouder zijn onder te verdelen in een aantal categorieën. Wij gebruiken hier bewust een indeling naar *inhoud* van de bevoegdheid en niet naar de aard of oorsprong van de bevoegdheid. Elders in de literatuur wordt ook wel een indeling gemaakt naar de *oorsprong* van de bevoegdheden.<sup>32</sup>

---

31. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, *JOR* 2015/96 (*Crescendo*).

32. Zie onder meer Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2:II\*, Deventer: Kluwer, 2009, nr. 319-321, waarin een onderverdeling wordt gemaakt in (I) kernbevoegdheden, (II) overige dwingendrechtelijke bevoegdheden en (III) restbevoegdheden.

4.6.1 *Bevoegdheden om in vermogensrechtelijke zin over de aandelen te beschikken*

Het gaat hier om bevoegdheden die aan een individuele aandeelhouder (als eigenaar van de aandelen) toekomen en rechtstreeks betrekking hebben op het in de boedel vallende vermogensbestanddeel (de aandelen). In een situatie zoals die in dit artikel centraal staat (een gefailleerde moeder houdt aandelen in een niet-gefaillieerde dochter) komt de bevoegdheid om de aandelen te vervreemden toe aan de curator. Het bestuur van de moeder is immers niet meer bevoegd om beheers- en beschikkingshandelingen namens de moeder te verrichten. Hetzelfde geldt voor het vestigen van een pandrecht, de vestiging van een recht van vruchtgebruik of de certificering van aandelen (waarbij de aandelen aan een stichting administratiekantoor worden overgedragen tegen uitgifte van certificaten door die stichting). Ook hier is beschikkingsbevoegdheid een vereiste en deze bevoegdheid komt exclusief toe aan de curator.

4.6.2 *Het uitoefenen van het stemrecht dat verbonden is aan de aandelen*

De kernvraag is of de curator het stemrecht dat aan de moederverenootschap toekomt, welk recht uit het in de boedel vallende aandeel voortvloeit, mag uitoefenen.

Uitgangspunt is, zoals besproken, dat de moederverenootschap wordt vertegenwoordigd door het bestuur, ook in een faillissementssituatie. Dat uitgangspunt geldt (in beginsel) voor alle bevoegdheden en dus ook voor de uitoefening van het stemrecht door de moeder als aandeelhouder van de dochter. Zoals hiervoor beschreven, komen bevoegdheden ten aanzien van het aandeel toe aan de curator, “*indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.*” Daarmee wordt een belangrijke beperking van de bevoegdheden van het bestuur van de moeder als aandeelhouder van een niet-failliete dochter aangebracht.

Voor het stemrecht geldt dat dat op zichzelf geen vermogensrecht is. Met de uitoefening van het stemrecht kan echter wel een vermogensrechtelijk belang van de boedel van de moeder zijn gediend. Indachtig de hiervoor besproken rechtspraak zal naar onze mening moeten worden gekeken naar het onderwerp waarover wordt gestemd. Onder meer Van Mierlo schrijft in diens noot in JOR onder het Polisol-arrest<sup>33</sup> dat, indien de aandelen in een failliete boedel vallen,

---

33. Noot van J.J.M. van Mierlo in JOR onder HR 29 april 2005, NJ 2005/433, JOR 2005/146 (Polisol).

Heeft de curator van de moedervereniging de niet-failliete dochters aan een touwtje?

het daaraan verbonden stemrecht door de curator wordt uitgeoefend. Anders dan de OK in het genoemde arrest in eerste aanleg overwoog, is er volgens de Hoge Raad sprake van een exclusieve bevoegdheid van de curator van de failliete moedervereniging, dat wil zeggen dat het bestuur van de failliete moedervereniging niet langer tot uitoefening daarvan bevoegd is. Wij zien echter onvoldoende aanknopingspunten om deze lijn te volgen en het stemrecht (ongeacht het onderwerp in een specifiek geval) altijd aan de curator toe te kennen. In bepaalde gevallen is het denkbaar dat met de uitoefening van het stemrecht in het geheel geen vermogensbelang van de moeder wordt gediend. (Denk hierbij bijvoorbeeld aan stemming over uitsluitend een statutaire naamswijziging van de dochter). Er lijkt in dat geval, indachtig de rechtspraak van de Hoge Raad, geen sprake van uitoefening van beheers- en beschikkingstaken. Er zal dus steeds inhoudelijk moeten worden gekeken naar het onderwerp waarover wordt gestemd om de bevoegdheid vast te stellen. Wij realiseren ons dat dat de rechtszekerheid niet ten goede komt.

#### *Ontbinding, statutenwijziging of omzetting van de vereniging*

Belangrijke besluiten waarover gestemd kan worden, zijn besluiten tot ontbinding, statutenwijziging of omzetting van de vereniging. Voor deze besluiten geldt dat deze een vermogensbelang van de boedel van de failliete moeder kunnen raken. Ontbinding is hierbij het meest pregnant: een besluit tot ontbinding van de dochtervereniging heeft tot gevolg dat de waarde van het vermogensbestanddeel van de moeder (de aandelen in de dochter) wordt beïnvloed en het stemrecht daarover zal dus aan de curator toekomen. Uit het arrest in de Crescendo-casus blijkt in ieder geval niet het tegendeel.<sup>34</sup>

Dat ligt ingewikkelder bij een besluit tot wijziging van de statuten (waaronder formeel ook een besluit tot omzetting wordt begrepen).<sup>35</sup> Een (besluit tot) wijziging van bijvoorbeeld de statutaire zetel zal niet snel een vermogensbelang raken. Bij een besluit tot wijziging van het kapitaal, zoals hierna zal worden besproken, zal dat doorgaans wel het geval zijn (uiteraard afhankelijk van wat de wijziging inhoudt).

---

34. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, *JOR* 2015/96 (Crescendo).

35. Ten aanzien van een statutenwijziging geldt dat op basis van artikel 2:237 BW tijdens faillissement toestemming van de curator moet zijn verkregen. Die bepaling geldt echter alleen voor een wijziging van de statuten van de failliete vereniging zelf en niet voor een dochter van de gefailleerde die zelf niet failliet is. Dit wetsartikel biedt dus geen aanknopingspunt.

Een voorbeeld van een statutenwijziging die ook een vermogensbelang kan raken, is het verwijderen van een kwaliteitseis uit de statuten. Een kwaliteitseis houdt meestal in dat slechts personen die aan bepaalde vereisten voldoen aandeelhouder kunnen zijn. Dat heeft tot gevolg dat de aandelen aan een beperkte(re) kring kunnen worden overgedragen, hetgeen een waardedrukkend effect kan/zal hebben. Door het verwijderen van de kwaliteitseis uit de statuten kan dit negatieve effect ongedaan worden gemaakt.

Een statutenwijziging inhoudende omzetting van een BV in een vereniging zal ook een direct vermogensbelang raken, nu door de omzetting van de BV in een vereniging de aandelen verdwijnen. Een omzetting van een BV in een NV of andersom lijkt in dit kader op minder bezwaren te stuiten.

In zijn algemeenheid zal dus moeten gekeken naar wat het effect van een statutenwijziging kan zijn. Indien een vermogensbelang betrokken kan zijn, zal het stemrecht aan de curator toekomen.

#### *Benoeming, schorsing en ontslag van het bestuur*

Is de curator bevoegd de bestuurder van een dochter te benoemen of te ontslaan, dan wel te schorsen? Ook daarvoor is een besluit nodig. Een dergelijk besluit in vennootschapsrechtelijke zin dient genomen te worden door het daartoe bevoegde orgaan. Bij een BV en NV met gewone structuur is dat in de regel de algemene vergadering, al kunnen de statuten deze bevoegdheid ook aan de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding toebedelen (artikel 2:242 BW). Bij een structuurvennootschap (NV) is dat de raad van commissarissen (artikel 2:162 BW). Deze variant wordt hier buiten beschouwing gelaten.

De curator is niet te vereenzelvigen met de algemene vergadering. De bevoegdheid tot benoeming en het ontslag van het bestuur is in beginsel ook niet te beschouwen als een daad van beheer ten aanzien van de aandelen in de dochter waarmee een vermogensbelang van de boedel kan zijn gediend. Onder meer in de casus die ten grondslag lag aan het Polisol-arrest<sup>36</sup> schreef de curator van de moedervernootschap zich in als bestuurder van de dochtervennootschap. Hieraan lag echter geen aandeelhoudersbesluit ten grondslag. In de conclusie bij dit arrest overwoog A-G Timmerman dat de curator van de moeder wel bevoegd zou zijn om een dergelijk besluit te nemen.<sup>37</sup> De Hoge

---

36. HR 29 april 2005, NJ 2005/433, JOR 2005/146 (Polisol).

37. Zie rechtsoverweging 4.15.

Heeft de curator van de moedervenootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

Raad ging hier verder niet op in. In de noot in JOR onder dit arrest beschrijft Van Mierlo een situatie waarin de benoeming van een bestuurder van de dochter van invloed kan zijn op de waarde van de aandelen en dus een vermogensbelang voor de boedel van de moeder kan inhouden. Daar zou dan de bevoegdheid van de curator op moeten worden gebaseerd. Het hof 's-Hertogenbosch oordeelde in een kort geding,<sup>38</sup> samenhangend met de hiervoor beschreven Crescendo-zaak, dat de uitoefening van het stemrecht op de aandelen bij de besluitvorming over het ontslag en de benoeming van een bestuurder van een dochter past bij een goed beheer van de failliete boedel van de moeder en stelde voorshands vast dat de schorsing van de oude bestuurder en benoeming van een interim-bestuurder rechtsgeldig was. In deze zaak was wel duidelijk dat het hof een direct verband zag tussen de waarde van de aandelen en de hiervoor beschreven schorsing en benoeming, waarmee het belang van de boedel aanwezig werd geacht. Het is maar zeer de vraag of dat in iedere situatie waarin ontslag, schorsing en/of benoeming aan de orde is, sprake is van een dergelijk belang.

#### *Overig*

Aan de algemene vergadering komen nog de nodige “financiële” bevoegdheden toe, zoals die met betrekking tot het kapitaal van de vennootschap (aandelenemissie, kapitaalverhoging, inkopen/intrekking aandelen) en die met betrekking tot de vaststelling van de jaarrekening en de winstbestemming. Ook hier geldt dat deze een vermogensbelang kunnen raken, in welk geval de curator exclusief bevoegd moet worden geacht.

#### *Tussenconclusie*

In zijn algemeenheid geldt dat voor het antwoord op de vraag of de curator een bevoegdheid heeft om een aandeelhoudersbesluit te nemen of het stemrecht uit te oefenen, de inhoud van het te nemen besluit getoetst dient te worden aan het criterium of het te nemen besluit past bij een goed beheer van de boedel en dat daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend. Is daaraan voldaan, dan komt het stemrecht exclusief aan de curator toe.

#### *4.6.3 Overige bevoegdheden*

Tot de restcategorie behoren onder meer aandeelhoudersbevoegdheden die bij vermeend wanbeleid en bij geschillen kunnen worden toegepast, zoals de hiervoor besproken bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek,

---

38. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 februari 2016, JOR 2016/143 (Crescendo).

maar ook de geschillenregeling (artikel 2:335 BW e.v.) en de jaarrekening-procedure (artikel 2:447 BW e.v.). Voor het instellen door de curator van de moeder van een enquêteverzoek naar de dochter staat vast dat deze bevoegdheid exclusief aan de curator toekomt, nu er met het indienen van een enquêteverzoek een vermogensbelang van de boedel kan zijn gediend (zie de hiervoor besproken arresten Polisol en De Haan (Beheer)/Hamm q.q.). Ter zake de geschillenregeling en de jaarrekeningprocedure geldt naar onze mening hetzelfde: alhoewel deze bevoegdheden geen vermogensrechten zijn, is niet uitgesloten dat de aandeelhouder met zulke verzoeken kan beogen een vermogensbelang te dienen. In dat geval komt de bevoegdheid aan de curator toe.

Tot slot dient nog de instructiebevoegdheid te worden genoemd die in het kader van de invoering van de Flex-BV is ingevoerd (artikel 2:239 lid 4 BW). Op basis hiervan kan in of bij de statuten worden bepaald dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap. Dat kan dus ook de algemene vergadering zijn. Ook hier hangt het af van hetgeen met de instructie wordt beoogd (of kan worden beoogd) of de bevoegdheid aan de curator van de moedervenootschap toekomt of aan het bestuur van de moeder.

## **5. Afsluiting**

In dit artikel is aan de orde geweest welke bevoegdheden de curator van de gefailleerde moedervenootschap heeft ten aanzien van de niet-failliete dochter. Vastgesteld dient te worden dat de curator van de moeder zich niet als bestuurder van de dochter kan gedragen. Hem komt dus niet op basis van zijn curatorschap in de moedervenootschap enige bestuursbevoegdheid toe in de dochtervenootschap. Dat ligt anders voor wat betreft de bevoegdheden die zijn verbonden aan het aandeelhouderschap. Ook hier geldt als uitgangspunt dat in een faillissementssituatie de rechtspersoon blijft bestaan en de vennootschapsrechtelijke organen in stand blijven. Bij de beoordeling welke aandeelhoudersbevoegdheid aan welke persoon (de uiteindelijk bestuurder dan wel de curator) toekomt, dient als uitgangspunt te worden genomen dat de eerstgenoemde bevoegd zal zijn, tenzij het uitoefenen van de bevoegdheid past bij een goed beheer van de boedel en met de uitoefening daarvan vermogensrechtelijke belangen van de boedel kunnen worden gediend. Deze rechtsregel is in de praktijk niet eenvoudig toepasbaar. Het is ook de vraag hoe in de praktijk moet worden omgegaan met een algemene vergadering waar diverse agendapunten aan de orde komen, die zowel overduidelijk een vermogensbelang kunnen raken, juist overduidelijk geen vermogensbelang kunnen raken en alles wat daartussenin zit. Hoe moet in de praktijk worden omgegaan met een dergelijke “gemengde” agenda? Moeten in een dergelijk geval zowel de uiteindelijk

Heeft de curator van de moeder vennootschap de niet-failliete dochters aan een touwtje?

bestuurder als de curator van de moeder vennootschap voor de algemene vergadering worden opgeroepen en wie bepaalt ter vergadering wie over welk besluit mag stemmen?

Wij hebben niet de situatie besproken waarin de gefailleerde een natuurlijk persoon is, die rechtstreeks bestuurder en enig aandeelhouder is van een niet-gefailleerde vennootschap. Gevoelsmatig is die situatie anders dan die in het geval dat er alleen sprake is van een faillissement van een moeder vennootschap en er dus sprake is van een “tussenschakel”. De curator van een natuurlijk persoon zal naar onze mening op basis van de huidige stand van de rechtspraak echter geen bijzondere extra bevoegdheden hebben ten aanzien van de niet-failliete vennootschap waarvan de aandelen in zijn boedel zitten. Ook hier geldt dat de curator alleen die bevoegdheden kan uitoefenen die passen bij een goed beheer van de boedel en met de uitoefening daarvan vermogensrechtelijke belangen van de boedel kunnen worden gediend.

Naar onze mening dient de wetgever (of, indien de wetgever hiertoe niet over gaat, de Hoge Raad) te bepalen welke bevoegdheden de curator van een failliete moeder vennootschap als aandeelhouder in een niet-failliete dochter in ieder geval heeft. Dat komt tegemoet aan de gewenste rechtszekerheid. Een discussie over de vraag welke handelingen *in ieder geval* het vermogensrechtelijk belang van de boedel raken, kan daarmee worden voorkomen. Ook zou moeten worden geregeld dat aan de curator altijd het recht toekomt om de algemene vergadering van de dochter vennootschap bij te wonen. Op die manier kan hij er op toezien dat de belangen van de boedel goed worden behartigd. Ook moet een laagdrempelige geschillenregeling worden ingesteld, waarin een bindende beslissing kan worden verkregen over de vraag wie nu bevoegd is tot het verrichten van bepaalde handelingen ten aanzien van de dochter vennootschap.

Dat is echter toekomstmuziek. Tot die tijd blijft het onduidelijk hoe strak de curator de teugels nu precies kan aantrekken.

