

## De DGA-Curator

*Mr. Ph.W. Schreurs\**

In de redactievergadering van het Tijdschrift voor Insolventierecht heeft Jan Bernd Huizink als één van de weinigen een vaste plek. Aan het hoofd, met de zon in de rug. Veelal iets voorover gebogen. Jan Bernd pakt vanuit die positie met graagte de rol van de buitenstaander. Bij een insolventierechtelijk tijdschrift wordt eindeloos geboomd over financiering en zekerheden, over pauliana of over boedelschulden. Maar aan het hoofd van de tafel schiet het brede lijf omhoog als het vennootschapsrecht aan de orde komt, governance, bestuurdersaansprakelijkheid en zo meer.

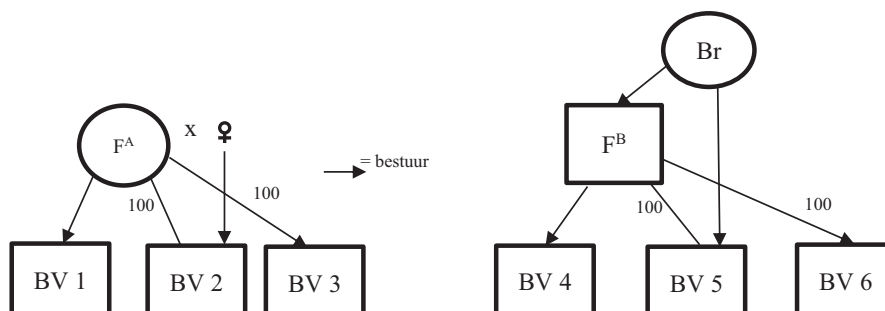
Jan Bernd en ik delen die voorkeur en daarom wil ik stilstaan bij de hardhandige botsing die ontstaat in de governance van de niet gefailleerde deelneming in het concern van een failliet. Daar ontstaan met enige regelmaat problemen als er verschil van inzicht is tussen de curator van de moeder en de bestuurder van een dochter. Deze problematiek fascineert me in hoge mate en ik ben er ook al mijn gehele carrière mee doende geweest.<sup>1</sup> Wat is eigenlijk het probleem, waarom en is het oplosbaar? In dit artikel zal ik proberen te analyseren welke aspecten daarbij een rol spelen, zal ik de relevante rechtspraak bezien en aangeven wat de implicaties daarvan zijn. Die zijn naar mijn mening verdergaand dan wel wordt aangenomen.

Twee simpele casusposities, ieder met drie varianten, neem ik tot uitgangspunt. De failliet is ofwel een natuurlijke persoon F<sup>A</sup>, bestuurder van BV 1, enig aandeelhouder van BV 2 (die bestuurd wordt door zijn niet gefailleerde vriendin) en DGA van BV 3. Ofwel de failliet is een vennootschap F<sup>B</sup> die statutair bestuurder is van BV 4, enig aandeelhouder van BV 5 en DGA van BV 6. BV 5 wordt bestuurd door de natuurlijke persoon Br die ook bestuurder is van failliet. Schematisch ziet dat er zo uit:

---

\* Flip Schreurs is advocaat te Eindhoven en redacteur van het Tijdschrift voor Insolventierecht.

<sup>1</sup> Onder meer in HR 29 april 2005, *JOR* 2005/146 m.nt. Van Mierlo (*Polisol*); Hof 's-Hertogenbosch 8 mei 2014, *JOR* 2014/250 m.nt. Nielen (*Gijzeling Lips*); Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2017, *JOR* 2017/96 m.nt. Bartman (*Kaal/Masten*); Hof Amsterdam (OK) 19 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3591 (*Sypsteyn Holding*).



In de praktijk van concern-faillissementen uiterst relevante problemen ontstaan als de bestuurder en de curator van inzicht verschillen over de gewenste gang van zaken. Niet ondenkbaar is bovendien dat de bestuurder en de curator hier, langs de grenzen van hun respectieve bevoegdheden, spierballengedrag vertonen.<sup>2</sup>

### 1. Bevoegdheden: bestuur en beheer

Die problemen komen aan de dag omdat de curator en de betrokken natuurlijke persoon verschillende bevoegdheden hebben. Het faillissement leidt niet tot een verandering in de persoonlijke status. De natuurlijke persoon die failliet blijft beschikkingsbevoegd en handelingsbekwaam. De gefaillieerde natuurlijke persoon die een baan heeft als bestuurder bij een vennootschap waarin hij verder geen aandelen heeft (i.c. BV 1) is onder normale omstandigheden over zijn bestuurswerk geen enkele verantwoording verschuldigd is aan de curator. Daarover gaat de curator immers niet. De failliet verliest door zijn faillissement ‘slechts’ het beheer over zijn vermogen.<sup>3</sup> De curator is belast met het beheer en de vereffening daarvan.<sup>4</sup> Het bestuurderschap dat de failliet uitoefent is geen vermogensbestanddeel. Met de failliete vennootschap is het in beginsel niet anders. Het bestuurderschap van failliet B over BV 4 is evenmin een vermogensbestanddeel, de curator is niet belast met het beheer of de vereffening van BV 4 en het is niet aan de curator om de bestuurshandelingen feitelijk te verrichten.

Anderzijds is het zo dat onder ‘beheer’ méér valt dan het louter verrichten van vermogensrechtelijke handelingen. Het een en ander is bekend uit een aantal arresten waarin in feite de omvang van de wettelijke taak van de curator als bedoeld

2 Dergelijk gedrag is ook wel eens waarneembaar binnen het spanningsveld dat kan ontstaan wanneer in een enquêteprocedure bij wege van onmiddellijke voorziening een tijdelijk bestuurder wordt benoemd. Zie bijvoorbeeld de DEM-zaak, o.m. Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, *ARO* 2016/116 en *JOR* 2016/302 m.nt. Bulten; en de Depron-zaak, Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2014, *ARO* 2015/10, *JOR* 2016/6 m.nt. Josephus Jitta. Omdat de juridische context totaal verschillend is, wordt in dit artikel verder niet stil gestaan bij de wel degelijk bestaande overeenkomsten.

3 Art. 23 Fw.

4 Art. 68 lid 1 Fw.

in art. 68 Fw is aangegeven.<sup>5</sup> In De Haan Beheer/Hamm q.q.<sup>6</sup> oordeelde de Hoge Raad over wie gerechtigd is tot het doen van een enquêteverzoek ten aanzien van een vennootschap waarin de failliete vennootschap aandelen houdt: *“De omstandigheid dat de bevoegdheid te verzoeken om een enquête op zichzelf geen vermogensrecht is, sluit niet uit dat de aandeelhouder met zulk een verzoek kan beogen een vermogensbelang te dienen. Gelet op 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 (...)”* (onderstreping FS).

In dat geval was de curator verzoeker en de Hoge Raad achtte hem dus ontvankelijk. Het omgekeerde speelde in de Polisol-zaak.<sup>7</sup> Daar verzocht de failliete moedervennootschap van Polisol om een enquête, maar werd de moedervennootschap daarbij vertegenwoordigd door haar bestuurder. De curator stelde dat dat niet kon zonder medewerking van de curator. De Hoge Raad ging verder en liet niet de minste twijfel bestaan: *“Het gaat hier niet om de uitoefening van een vennootschapsrechtelijke bevoegdheid. Voor de moedermaatschappij vormen de aandelen in de dochtermaatschappij bestanddeel van haar vermogen. De bevoegdheid een enquête te verzoeken is geen vermogensrecht, maar dat sluit niet uit dat de aandeelhouder met zulk een verzoek kan beogen een vermogensbelang te dienen. Gelet op dit een en ander bestaat er geen grond om aan een dergelijk verzoek het karakter te ontzeggen van een daad van beheer (...). Die beheersbevoegdheid is, naar op grond van het bepaalde in art. 68, lid 1 Fw in verbinding met art. 25, lid 1 Fw moet worden aangenomen, een exclusieve.”* (onderstreping FS)

In Pannevis q.q./Air Holland<sup>8</sup> ging het over een besluit van de gefailleerde moeder tot het doen van een dividenduitkering door de niet gefailleerde dochter. De formulering is daarin, onder verwijzing naar het hiervoor bedoelde De Haan-arrest, iets compacter: *“(...) indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.”*

Nadien zijn door hoven nog twee arresten geweest die op deze materie zien.<sup>9</sup> Van het Hama-arrest is geen cassatie ingesteld, van het Crescendo-arrest wel, maar de Hoge Raad volstond met 81 RO.<sup>10</sup> Op deze zaken kom ik nog terug.

---

5 Zie hierover uitgebreider B. Kemp en S. Renssen, ‘De bevoegdheid van de dwingende “moeder”-curator tot eigen faillissementsaanvraag van de onwelwillende dochter’, *TvOB* 2014-6; en R.G. Roeffen en F.F.A. Smetsers, ‘Heeft de curator van de moedervennootschap de niet failliete dochter aan een touwtje?’, in: *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 121 e.v. (Insolad-bundel 2017).

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

7 HR 29 april 2005, *JOR* 2005/146 m.nt. Van Mierlo. Polisol maakt deel uit van de D-Group en uit dien hoofde was ik betrokken bij deze zaak.

8 HR 19 december 2008, *NJ* 2009/220.

9 Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2013/203 (*Hama Rent*); Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, *JOR* 2015/96 (*Crescendo*).

10 HR 9 oktober 2015, *JOR* 2016/5. Het belang van het Hama Rent-arrest wordt m.i. overigens sterk overschat. Het feit dat de aandelen van de dochter verpand waren en executie door de pandhoudende DGA al was ingezet, maakt deze casus atypisch.

De lijn van de Hoge Raad lijkt duidelijk. De curator gaat over het beheer van het vermogen en die bevoegdheid oefent hij exclusief uit zodra een handeling een vermogensrechtelijk belang *kan* dienen.

Roeffen en Smetsers analyseren vervolgens de vennootschapsrechtelijke bevoegdheden die een aandeelhouder allemaal heeft en concluderen dat, afhankelijk van het onderwerp, van geval tot geval zal moeten worden bezien of en hoe de curator het stemrecht kan uitoefenen op aandelen die tot de boedel van een failliet behoren. Ook bij andere bevoegdheden, zoals de instructiebevoegdheid, concluderen zij dat er sprake is van een ongewenste rechtsonzekerheid.

Een dergelijke onzekerheid kende Van Mierlo niet in zijn noot onder het Polisol-arrest.<sup>11</sup> Met de uitoefening van het stemrecht *kán* een vermogensbelang gediend zijn en dus is de curator bevoegd, zo stelt hij. Hij voegt daar, mijns inziens terecht, nog aan toe dat de rechtsbescherming tegen het optreden van de curator via art. 69 Fw loopt. Dat is een snelle, efficiënte procedure, zoals passend bij de afwikkeling van failliete boedels.

Mijns inziens bestaat de neiging de hiervoor besproken jurisprudentie te beperkt uit te leggen. Die rechtspraak moet echter naar haar aard ruim worden uitgelegd. Als niet uitgesloten kan worden dat een handeling een vermogensbelang van de failliet raakt, kent de Hoge Raad de curator immers al exclusieve bevoegdheden toe. Het maakt naar mijn mening niet uit of de handeling waar het om gaat feitelijk is, een vermogensrechtelijke rechtshandeling of een vennootschapsrechtelijke, dat maakt niet uit: een handeling die een vermogensbelang van de boedel kan dienen (of raken) behoort tot de exclusieve beheersbevoegdheid van de curator.

Deze jurisprudentie brengt mij ertoe te onderzoeken welke bevoegdheden de curator heeft indien sprake is van een failliete bestuurder (in het voorbeeld dus BV 1, 3, 4 en 6), welke rechtvaardiging daarvoor te vinden is en wat daarvan de consequenties zijn.

## 2. Bestuurderschap in concernverband

In haar bijdrage aan de bundel *De Curator en het Concern*, laat Olaerts zien welke wijzigingen ontstaan als in een concern één van de vennootschappen faillieert.<sup>12</sup> Een vennootschap die in het strakke gareel van het concern heeft gezeten wordt opeens beschouwd als een zelfstandige entiteit wier activa vereffend worden voor slechts haar eigen schuldeisers. De vastgelegde of gehanteerde afhankelijkheid van de concernleiding komt veelal te vervallen. De juridische eenzaamheid komt in de plaats van de bedrijfseconomische verbondenheid.

11 Sub 4-7.

12 M. Olaerts, 'Concerndilemma's: laveren tussen de economische werkelijkheid en de juridische benadering van het concern', in: *De Curator en het Concern*, (a.w. noot 5), p. 1 e.v. (Insolad-bundel 2017).

Die verbondenheid is essentieel om de concern-meerwaarde te creëren en in stand te houden. Het deel uitmaken van een groep is dan ook een juridisch relevant gegeven.<sup>13</sup> Die verbondenheid kan langs vermogensrechtelijke en/of contractuele weg zijn vormgegeven: via het aandeelhouderschap, door middel van een aandeelhoudersovereenkomst, door middel van al dan niet gecureerde aandeelhoudersleningen of een rekening-courant verhouding. En het kan langs rechtspersonenrechtelijke weg, zoals bijvoorbeeld vaak het geval is wanneer stichtingen met elkaar verbonden worden via een (contractueel afgehechte) personele unie.<sup>14</sup> Veelal is sprake van een combinatie.

De problematiek speelt uiteraard ook vóór faillissement, met name indien in een concern een dochter bestuurd wordt door een andere persoon dan de concernleiding. Verdam<sup>15</sup> zet uiteen, onder aanhaling van Huizink,<sup>16</sup> dat het uitgangspunt behoort te zijn dat de “ondergeschikte” onderneming zich voegt naar de concernleiding met als *bottomline* dat het dochter-bestuur dient te waken voor het belang van de vennootschapscrediteuren.

Is het nu denkbaar dat de bestuurdersrol van een failliet binnen een concern in de invloedssfeer van de curator komt? Om binnen die invloedssfeer te komen, moet sprake zijn van beheershandelingen. Hiervoor is geconstateerd dat de Hoge Raad dit ruim heeft uitgelegd.<sup>17</sup> Het is de vraag of, en zo ja onder welke omstandigheden, een handeling aangemerkt moet worden als een beheershandeling, omdat deze ‘kan beogen een vermogensbelang te dienen’. In dat geval is de curator immers exclusief bevoegd. De Hoge Raad legt dit ruim uit mijns inziens omdat ‘vermogen’ zelf, net als het daarvoor noodzakelijke ‘beheer’, begrippen zijn die zeer flexibel zijn en door de betrokkenen opgerekt of gemanipuleerd kunnen worden.

Om de randen van het speelveld af te tasten wil ik een uitstap maken naar het fiscaal recht. De heffing van inkomstenbelasting vindt plaats via de verschillende ‘bronnen’ van inkomen. Ik noem hier slechts 1) winst uit onderneming, 2) loon uit dienstbetrekking en 3) inkomsten uit vermogen (die ik in het kader van dit artikel beperk tot de vermogensrendementsheffing van box 3). Inkomsten uit die laatste bron worden belast over een fictief rendement van 4%. Indien iemand een pand<sup>18</sup> verhuurt kan het werkelijke rendement hoger zijn dan 4%. Indien iemand meerdere panden verhuurt aan derden, wordt ergens de grens overschreden, waar geen sprake meer is van box 3-vermogen maar van een onderneming (box 1). Dan zijn de werkelijke rendementen belast, maar ook eventuele verliezen aftrekbaar.

---

13 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun*); Hof Amsterdam (OK) 23 januari 2017, *JOR* 2017/96 m.nt. Bartman (*Kaal Masten*).

14 Omdat er onvoldoende sturing plaatsvond concludeerde de Ondernemingskamer in de MeaVita-zaak tot wanbeleid in de groep, (Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 m.nt. Van Schilfgaarde.

15 A.F. Verdam, ‘Het bestuur van de dochter in concernverband’, *Ondernemingsrecht* 2019/77.

16 J.B. Huizink, ‘Bestuurdersautonomie na Cancun’, in: A.F. Verdam (red.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, ZIFO-reeks dl. 16, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 39 e.v.

17 Zie voor een beschrijving van de enge en de ruime leer: B. Kemp en S. Renssen t.a.p. (noot 5).

18 Niet zijnde de eigen woning.

In de fiscale jurisprudentie is daarnaast het begrip ‘grootkoopmanschap’ ontstaan. Dit begrip omvat een veelheid aan situaties waarin een combinatie van elementen leidt tot het aannemen van een ‘onderneming’ in fiscaal opzicht. Het hebben van een onderneming leidt tot rechten en tot plichten, en afhankelijk van het geval wordt het begrip grootkoopman dan ook te berde gebracht door de fiscus of door de belastingplichtige. Zo is denkbaar dat iemand in plaats van één box 3-belegging, een veelheid aan box 3-beleggingen heeft, die tezamen als een grootkoopman-onderneming worden aangemerkt. Er vindt dan geen heffing van ca 1.2% belasting plaats, maar de winst is geheel belast of het verlies is geheel aftrekbaar.

Het is een louter materieel begrip: alles wat aangemerkt zou kunnen worden bij te dragen aan de onderneming, kan daar dan onder vallen: zo is denkbaar dat een combinatie van beleggingen, directoraten en commissariaten (activiteiten die separaat gezien worden aangemerkt als inkomen uit aandelen of inkomsten uit dienstbetrekking) aangemerkt worden als winst uit de onderneming. Het begrip is gemunt in Hoge Raad 11 oktober 1933, nr. 21310 B5480: *“de situatie waarin een belastingplichtige zich met gebruikmaking van de invloed die hij met zijn macht als enig aandeelhouder in de vennootschappen kan uitoefenen, frequent intensief en in detail met de bedrijfsvoering van die vennootschappen had ingelaten en deze als het ware als zijn onderneming behandelt.”* In Hoge Raad 16 januari 1974, nr. 17, BNB 1974/44, stelde de belastinginspecteur zich op het standpunt dat de belastingplichtige als een grootkoopman moest worden beschouwd, omdat volgens hem sprake was van het ‘inlaten met de bedrijfsvoering’ inclusief financiële, organisatorische en administratieve beheersing.

In zijn proefschrift merkt Zuidgeest op dat hierbij het onderscheid tussen eigendom en controle eigenlijk wordt genegeerd, omdat die scheiding in dergelijke gevallen “niet bestaat”.<sup>19</sup> Het begrip wordt soms gehanteerd om overigens onbelaste inkomsten te belasten als winst uit onderneming, en soms om verliesgevende activiteiten gezamenlijk te kunnen aftrekken als verlies uit onderneming (bijvoorbeeld indien een bestuurder wordt uitgewonnen onder een borgtocht). Het gaat steeds om een complex van feiten en omstandigheden en de samenhang daartussen en het begrip is niet afhankelijk van de keuze van de belastingplichtige maar van de beoordeling van de objectieve feiten.<sup>20</sup> Het gaat om een begrip dat doorgaans alleen dan gehanteerd wordt, wanneer andere methoden niet volstaan, terwijl de materiële werkelijkheid er wel om vraagt.<sup>21</sup> En in die werkelijkheid is de feitelijke beheersing meer van belang dan de juridische eigendom.

Iets vergelijkbaars zien we overigens binnen het ondernemingsrecht. Indien ‘redres’ op andere wijze niet goed mogelijk is, is ruimte gemaakt voor het begrip ‘vereenzelviging’. In gevallen waarin natuurlijke of rechtspersonen misbruik

19 R.N.F. Zuidgeest, *Verbondenheid in het belastingrecht*, (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2008, par. 6.2.1, p. 113.

20 HR 13 maart 1968, nr. 15854, BNB 1968/105 m.nt. Hellema (*Radiocentrale-arrest*).

21 Zonder daarop nu verder diep in te gaan is het goed te realiseren dat de materiële situatie in fiscalibus om voor de hand liggende redenen altijd belangrijk is.

maken van het (formele) verschil in identiteit tussen die personen, terwijl hun gedragingen materieel in samenhang moeten worden gezien, kan aanleiding zijn die personen te vereenzelvigen. De Hoge Raad heeft een- en andermaal uitgemaakt dat dat alleen in uitzonderingsgevallen aangewezen is, namelijk in gevallen waarin bijvoorbeeld een onrechtmatige daadsactie niet volstaat.<sup>22</sup>

Het een zowel als het ander maakt duidelijk dat het recht soepel om kan en moet gaan met de omstandigheden indien die daarom vragen en dat daarvoor aanleiding is in geval natuurlijke en/of rechtspersonen hun onderlinge verhouding vormgeven om een juiste toepassing van het recht te belemmeren of beperken. Naar mijn mening kan daarvoor ook aanleiding zijn als er binnen een concernverband sprake is van een deconfiture, en dienen in een dergelijke situatie de regels van het faillissementsrecht dan ook te prevaleren.

In het Hama Rent-arrest stond het Hof niet toe dat de curator van moeder BCCH *als aandeelhouder* van de dochter het faillissement aanvroeg.<sup>23</sup> “*Dat BCCH ook bestuurder van Hama Rent is, maakt dat niet anders. Het uitoefenen van de bestuursstaak bij een dochtervereniging kan immers (in beginsel) niet tot het beheer over het vermogen van de moeder worden gerekend.*” Is dit standpunt wel juist? Zijn situaties denkbaar waarin het uitoefenen van het bestuurderschap van failliet over de dochter wél tot het beheer van de failliete boedel moet worden gerekend?

Het vermogen van de gefailleerde moeder bestaat mede uit haar aandeel in het door haar geleide concern. Maar het is goed te realiseren dat een concern evenzeer door bestuur als door aandeelhouderschap kan worden vormgegeven. Voor het bestaan van een “groep” als bedoeld in art. 2:24b BW en de daarvoor vereiste organisatorische verbondenheid is immers het feit dat de individuele rechtspersonen “onder centrale leiding verbonden zijn” van doorslaggevend belang. In art. 2:24a BW is bepaald dat niet alleen van een dochtermaatschappij sprake is als de moeder beschikt over meer dan de helft van de stemrechten, maar ook als de moeder meer dan de helft van de bestuurders of commissarissen kan benoemen of ontslaan.<sup>24</sup>

Een voorbeeld maakt duidelijk welk effect het bestuurderschap kan hebben op het vermogen. Stel dat natuurlijk persoon X 99% van de aandelen in een BV houdt en het resterende aandeel wordt gehouden door zijn echtgenote.<sup>25</sup> X is ook bestuurder.

<sup>22</sup> HR 13 oktober 2000, *TvI* 2001, p. 39 m.nt. Huizink; HR 7 oktober 2016, *NJ* 2017/124 m.nt. Van Schilfgaarde.

<sup>23</sup> Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2013/203. De zaak werd bepaald gecompliceerd doordat de aandelen van de dochter verpand waren en de pandhoudende bestuurster het bedrijf in stand wilde laten, terwijl de curator een doorstart met een derde nastreefde. De DGA was reeds aangevallen het pandrecht op de aandelen in de niet failliete dochter uit te winnen. De handelingen van de curator betroffen daarom niet het vermogen van de boedel maar van de pandhouder. Als de curator een beheersdaad zou willen uitvoeren ten aanzien van de dochter zou hij eerst dat pandrecht hebben moeten aantasten. De conclusie die Van Andel e.a. trekken uit deze uitspraak en hun roep om wettelijke maatregelen gaat mijns inziens dan ook verder dan nodig. W.J. van Andel en M. ten Brinke, ‘Wetgever, maak de curator slagvaardiger in concernverhoudingen!’, *TvI* 2017/1.

<sup>24</sup> Zie hierover verder S.M. Bartman e.a., *Van het Concern*, 9<sup>e</sup> druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, § 1.3.

<sup>25</sup> Iets dat regelmatig voorkomt in gevallen waarin personen hun vermogen aan het directe zicht willen onttrekken.

X gaat failliet. De curator wil de aandelen verkopen aan een derde en is daar zonder enige twijfel toe gerechtigd, nu dat vereffening van het vermogen van X betreft. De BV kent echter een goedkeuringsregeling waartoe een aandeelhoudersvergadering belegd moet worden. Haast is geboden, want de beoogde koper wijst op het verdampen van de goodwill. X ligt (om welke reden dan ook) dwars en gaat niet over tot het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering nadat de curator (als aandeelhouder) dat aan de gefailleerde X (als bestuurder) heeft verzocht. De statuten bepalen dat de aandeelhouder na vier weken een verzoek mag richten aan de voorzieningenrechter om te worden gemachtigd tot de bijeenroeping van de aandeelhoudersvergadering. Al die tijd staat de uitkomst van de besluitvorming in alle redelijkheid al vast, want het stemmen op die aandelen is een beheershandeling waartoe de curator exclusief bevoegd is.

Ik bepleit dat de curator gerechtigd is tot de *beheershandeling* die er in bestaat dat de curator het bestuurderschap van failliet X aanwendt om over te gaan tot bijeenroepen van een vergadering op de kortst mogelijke termijn, waarop het besluit wordt genomen.<sup>26</sup> Wanneer ik de relevante overwegingen uit de arresten inzake De Haan en Polisol paraphraseer, bepleit ik derhalve dat “de bevoegdheid van X als bestuurder om de aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen geen vermogensrecht is, maar dat sluit niet uit dat X als bestuurder met die bijeenroeping kan beogen een vermogensbelang te dienen, zodat deze bevoegdheid exclusief aan de curator toekomt”.

Recent is een dergelijke (zij het oneindig veel ingewikkeldere) casus aan de orde geweest, die door de Hoge Raad met 81 RO is afgedaan.<sup>27</sup> Een Zuid-Afrikaan slaagt erin door massieve fraude miljoenen te vergaren en veilig te stellen in een Curaçaose SPF, een Stichting Particulier Fonds. De SPF wordt bestuurd door een trustkantoor. De Zuid-Afrikaan gaat failliet en zijn curatoren proberen grip te krijgen op (de miljoenen in) de SPF. Daartoe procederen zij tegen het trustkantoor. Dat trustkantoor heeft als bestuurder weliswaar in theorie de volledige vrijheid om over het fonds te beschikken, maar op basis van de combinatie van statuten en enkele afspraken meent het hof dat de Zuid-Afrikaan in feite de mogelijkheid heeft om het trustkantoor te verbieden het vermogen te vervreemden en om in zage te verkrijgen in de administratie. “*Zijn faillissement brengt mee dat de curatoren dat recht en die bevoegdheid hebben verkregen. Dat valt onder hun bevoegdheid beheers- en beschikkingshandelingen te verrichten met betrekking tot het vermogen van betrokkene.*” In deze situatie is geen sprake van aandelen, maar van oprichtersrechten. Uiteindelijk gaat het hof zo ver op grond daarvan te concluderen dat de curatoren ook het recht hebben om het bestuur van het fonds te vervangen.

De in het arrest beschreven situatie is niet veel anders dan bij een stichting die het recht toekent aan een oprichter om invloed op (de benoeming van) het bestuur uit te

<sup>26</sup> Ik laat hier verder buiten beschouwing de mogelijkheden om de oproepingstermijn de facto te omzeilen en veronderstel bovendien dat de koper wel 8 dagen geduld heeft.

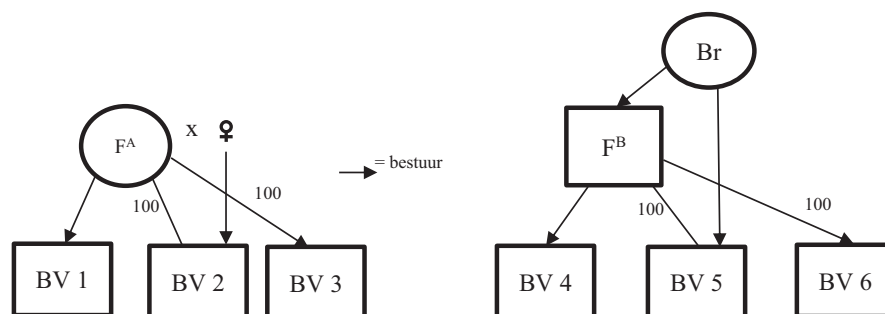
<sup>27</sup> HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:851 (*Corporate Agents/Gainsford-Walters q.q.*).



oefenen. Dergelijke stichtingen worden in contentieuze faillissementen met enige regelmaat toegepast om de verhaalbaarheid van vermogen te beperken zonder dat de failliet *in werkelijkheid* zijn invloed op dat vermogen heeft verloren.<sup>28</sup> Omdat het openbreken van dergelijke constructies relatief veel kost, is de vraag of dit niet op een andere wijze mogelijk is. Met andere woorden, is het mogelijk om situaties waarin sprake is van het kwaadwillig afschermen van vermogen te onderscheiden van de aan het begin van deze bijdrage beschreven “gewone” directiefunctie (bij BV 1 derhalve), die ook een failliet gewoon moet kunnen uitoefenen zonder enige interventie van zijn curator te hoeven vrezen. Voorkomen moet immers worden dat een curator al te gemakkelijk zich mengt in een onderneming die, ook niet verhoud, gewoon niet aan failliet toebehoort en waarmee dus ook geen vermogensbelang van zijn boedel gediend kan zijn. Een veelvuldig bij familiebedrijven voorkomende constructie, waarbij de oprichter zijn belangen op enig moment overdraagt aan zijn kinderen door certificering, terwijl hij via de Stak vooralsnog in het belang van die onderneming de zeggenschap uitoefent, moet ook mogelijk blijven als die oprichter jaren later failliet raakt.<sup>29</sup>

Mijns inziens is het inderdaad mogelijk de Polisol-route hiervoor te gebruiken indien de bestuurshandeling aangemerkt moet worden als een beheershandeling betreffende vermogen van de boedel. Betrokkenen zijn adequaat beschermd via art. 69 Fw. Het is ongewenst en onnodig dat een curator ingewikkelde procedures moet voeren om te komen tot het openbreken van in feite frauduleuze constructies. In een situatie waarin een failliet een “gewone” directiefunctie uitoefent zijn geen vermogensbelangen van de boedel betrokken en hoeft noch kan de curator dus gebruik maken van zijn beheersbevoegdheden.

Hierna zullen nog enkele voorbeelden worden gegeven om te bezien hoe dit in de praktijk zou kunnen uitwerken en zal worden afgerond met een beschouwing over de mogelijke afgrenzing.<sup>30</sup> Ik voeg gemakshalve het organigram weer in.



28 Voor voorbeelden verwijs ik naar: HR 27 februari 2009, *JOR* 2009/104 (*Aerts q.q./Stichting Waaldijk*); Hof Amsterdam (OK) 19 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3591 (*Sypsteyn Holding*).

29 Tenzij de curator de inbreng twijfelachtig vindt, in welk geval hem de pauliana ter beschikking staat.

30 De voorbeelden ontleen ik mede aan R.G. Roeffen en F.F.A. Smetsers, t.a.p. (noot 5).

In de hierboven besproken 99/1-situatie meen ik dat de curator een beheershandeling pleegt indien hij (in plaats van de bestuurder) een aandeelhoudersvergadering bijeenroept met inachtneming van de oproepingstermijn om te komen tot goedkeuring van de aandelenverkoop. Het gaat om beheer van het vermogen van de gefailleerde moeder, in casu het vergroten van de verkoop(baarheid) van de aandelen in de dochter. Dat is helder wanneer het gaat om BV 3 en BV 6, waarin failliet als bestuurder handelingen kan verrichten met betrekking tot zijn eigen aandelen. Bij BV 2 en 5 is dat minder vanzelfsprekend, nu de failliet daar geen bestuurder is.

Stel dat de respectieve bestuurders een aandeelhoudersvergadering van BV 1-6 willen bijeenroepen om de statutaire namen te wijzigen ten einde minder last van de diffamerende werking van de faillissementen te hebben. De curator van F<sup>A</sup> en F<sup>B</sup> wil juist die naam handhaven om de verkoop(baarheid) van de aandelen te stimuleren. Naar mijn mening kan de curator de vergadering niet tegenhouden bij BV 1 en 4: die vallen niet in de boedel en er is dus geen vermogensbestanddeel dat de curator kan *beheren*. F<sup>A</sup> en Br/F<sup>B</sup> kan zijn gang gaan. Maar BV 2, 3, 5 en 6 vallen wel in het vermogen van de boedel. Ten aanzien van BV 3 en BV 6 meen ik dat de *bestuurshandeling* van het bijeenroepen van de aandeelhoudersvergadering om te komen tot statutenwijziging een daad van *beheer* is waartoe de curator exclusief bevoegd is. Ten aanzien van BV 2 en 5 eveneens al is dat minder vanzelfsprekend.

In casu gaat het om de vennootschapsrechtelijke bestuursbevoegdheid van het bijeenroepen. Bij BV 2 en 5 is een betrokken derde (en niet de failliete boedel) de bestuurder. Maar ook daar ben ik van mening dat het bijeenroepen van de aandeelhoudersvergadering gezien moet worden als een beheersdaad, die derhalve niet meer tot de bevoegdheden van de bestuurder behoort maar exclusief tot die van de curator. Het alternatief zou zijn dat er een verschil moet worden geconstateerd tussen de behandeling van BV 2 respectievelijk 3 en BV 5 respectievelijk 6, hetgeen (nu die steeds beiden tot de boedel van F behoren) ongerijmd is. De curator zou dit uiteraard ook kunnen oplossen door het bestuur in BV 2 en 5 te wijzigen, waartoe hij gerechtigd is, maar waartoe in beginsel de gewone vennootschapsrechtelijke omweg bewandeld moet worden. Samenvattend is het bestuur van BV 2, 3, 5 en 6 niet gerechtigd tot het bijeenroepen van de aandeelhoudersvergadering.

De Crescendo-casus<sup>31</sup> biedt een volgend voorbeeld. In die zaak was LHO failliet. LHO was bestuurder en grootaandeelhouder van Crescendo. LHO werd op haar beurt weer bestuurd door X. Curator Dekker van LHO riep eerst *als bestuurder* een aandeelhoudersvergadering bijeen. Het hof achtte de curator niet bevoegd tot het uitoefenen van deze *bestuurstaak*. Ik meen derhalve dat de curator dat wél mocht. Dat was immers een *beheersdaad*, nu die van invloed kon zijn op het vermogen van

---

31 Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2014, JOR 2015/96, één van de vele uitspraken in het kader van de Lips-faillissementen.

failliet. In de ogen van het hof mocht de curator daarentegen wel *als aandeelhouder* een algemene vergadering bijeenroepen (de statuten gaven in casu een aandeelhouder dat recht) en op die AVA het stemrecht uitoefenen. Het feit dat LHO vennootschapsrechtelijk door X vertegenwoordigd werd weerhield het Hof terecht niet van dit standpunt.

Smeets en Roeffen stellen dat die bevoegdheid ontleend is aan het aandeelhouderschap, maar ik zou menen dat dat ontleend is aan het *beheerderschap* van de tot de boedel behorende aandelen.<sup>32</sup>

In hun artikel behandelen zij uitvoerig de vraag of en wanneer de curator van de moeder het stemrecht op de aandelen van de dochter heeft.<sup>33</sup> Zij nemen als uitgangspunt dat het stemrecht op de aandelen valt binnen de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur van de moeder *tenzij* het past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend. Zij veronderstellen dat er gevallen zijn waar met het stemrecht geen vermogensrechtelijke belangen worden gediend (zoals de stemming over een naamswijziging of de wijziging van een statutaire zetel). Ik deel die mening niet. Relevant is dat met het stemmen een vermogensbelang gediend *kan* zijn en daarom de curator exclusief bevoegd is. Het laat zich moeilijk voorstellen dat er géén vermogensrechtelijk belang gediend wordt, en anders moet het vennootschappelijke bestuur dat maar uitleggen. Uitgangspunt is dus dat de curator altijd het stemrecht uitoefent op aandelen die tot de boedel van de failliete moeder behoren.

Dat alles geldt (wederom anders dan Smeets en Roeffen betogen) natuurlijk bij uitsteking voor het besluit tot benoeming en ontslag van het bestuur. Ook dit is een besluit dat (ingrijpende) vermogensrechtelijke effecten kan hebben, waardoor de curator (als *beheerder* van de aandelen) daartoe exclusief bevoegd is. Omdat hij exclusief bevoegd is, meen ik ook dat de curator geen bijzondere oproepingsvereisten in acht hoeft te nemen. Wel heeft de (vennootschapsrechtelijke) bestuurder het recht gehoord te worden en het zogenaamde adviesrecht. Hiermee is het hiervoor bedoelde verschil tussen BV 2 resp. 3 en BV 5 resp. 6 door de curator eenvoudig op te lossen. De vraag (die evenwel nooit is voorgelegd aan de Hoge Raad) is of het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering door de curator van LHO als *bestuurder* van Crescendo door de Hoge Raad als *beheersdaad* zou zijn aangemerkt. Ik zou menen dat dat het geval zou moeten zijn.<sup>34</sup>

In mijn ogen, zo zal inmiddels duidelijk zijn, gaan de bevoegdheden van de curator van de moeder verder dan wel wordt aangenomen. Mijns inziens kan dit rechtstreeks uit de huidige rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid, die nu eenmaal de curator exclusief bevoegd acht bij elke (vennootschapsrechtelijke en andere) handeling die van invloed *kan* zijn op het vermogen van de boedel.

32 R.G. Roeffen en F.F.A. Smetsers, a.w. (noot 5), p. 131.

33 A.w. (noot 5), p. 138-141.

34 De Hoge Raad heeft de zaak met 81 RO afgedaan en dit element is niet in een cassatiemiddel aan de orde gesteld.

Voor deze doorslaggevende rol van de curator in de governance van de moeder als bestuurder van de dochter is ook alle reden. Naar algemeen wordt aangenomen verkleurt het belang bij de gang van zaken in een vennootschap zodra aannemelijk is dat niet alle crediteuren meer voldaan kunnen worden. Vanaf deze peildatum (door mij eerder wel de SOBI/Beklamel-peildatum genoemd<sup>35</sup>) moet worden aangenomen dat de aandeelhouders geen belang meer hebben bij de vennootschap en dienen de belangen van de crediteuren de voorrang te krijgen (de zogenaamde pre-faillissements-paritas). Let wel, het gaat hier nu over de belangen van de crediteuren van de (niet-gefaillieerde) dochter.

Zijn die belangen nu beter in handen van de curator van de moeder of in handen van de bestuurder van de moeder? Beweerd zou kunnen worden dat de curator in deze verhouding *slechts* aandeelhouder is, wiens belangen nu juist minder zwaar wegen dan (en achtergesteld zijn aan) die van de crediteuren van de dochter. Bovendien zou geredeneerd kunnen worden dat de tweedegraads-bestuurder (dus: de bestuurder van de gefaillieerde moeder/eerstegraads-bestuurder) van de dochter ook rechtstreeks aansprakelijk is jegens de crediteuren van de dochter.

Naar mijn mening dient echter doorslaggevend te zijn dat de curator een onafhankelijke persoon is die onder rechterlijk toezicht staat en waarbij (via art. 69 Fw) snelle en adequate procedures mogelijk zijn.

### 3. Afronding

Wanneer derhalve binnen een concern een vennootschap faillieert dient de curator van die vennootschap een doorslaggevende invloed te hebben in de gang van zaken binnen alle vennootschappen waarin de failliet doorslaggevende concerninvloed heeft. Binnen de dochters waarvan de failliet ook bestuurster is, is dat vanzelfsprekend en behoeft dit ook geen nadere voorziening. In de dochters waar vennootschapsrechtelijk een andere bestuurder opereert dan de failliete moeder-vennootschap kan de curator niettemin alle handelingen verrichten die normaliter de bestuurder zou verrichten, als die handelingen het vermogen van de failliete moeder kan beïnvloeden, omdat het dan een beheershandeling is, waartoe de curator exclusief bevoegd is. Dit zal het overgrote deel van de bestuurshandelingen betreffen.

In de woorden van Huizink:<sup>36</sup> de ondergeschikte groepsmaatschappij “dient zich te voegen naar de concernleiding”, die dan bij de curator ligt. Wij zijn dat roerend met elkaar eens.

35 In mijn noot bij Hof Amsterdam 13 februari 2018, *JOR* 2018/221 (*Ingwersen q.q./Source Food*).

36 J.B. Huizink, ‘Bestuursautonomie na Cancun’, in: A.F. Verdam (red.), *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, ZIFO-reeks dl. 16, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 42.