

# **De Curator en het Concern**

Insolad Jaarboek 2017

Onder redactie van:

Mr. Ph.W. Schreurs  
Mr. E.L. Zetteler  
Mr. E.J.R. Verwey  
Mr. R.F. Feenstra

2017

WOLTERS KLUWER – Deventer

## Rechterlijk ingrijpen in het concern

MR. PH.W. SCHREURS<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

In dit artikel wil ik stilstaan bij enkele situaties die binnen een concern in moeilijkheden kunnen ontstaan bij met name (nog) niet gefailleerde vennootschappen. Te denken valt aan situaties waarin: een vennootschap “hoger” in het concern is gefailleerd of in surseance verkeert, terwijl de situatie onderin nog niet volledig in beeld is; (een) vennootschap(pen) onderin het concern gefailleerd is/zijn of in surseance verkeert/verkeren, terwijl de rest van het concern zijn activiteiten vervolgt; het faillissement van een concernvennootschap uitsluitend vermeden wordt in verband met contractuele bepalingen als een material adverse change clause etc. In dergelijke situaties kunnen stakeholders of een binnen het concern aangestelde curator belang hebben bij inzicht of ingrijpen in die vennootschappen. In dit artikel wil ik mij beperken tot enkele ingrepen waar een rechter aan te pas komt.<sup>2</sup>

Onzekerheid bestaat daarbij overigens over de rol die de curator van een holdingvennootschap zich mag aanmeten ten aanzien van niet-gefaillieerde concernvennootschappen waarin zijn boedel een (indirect) aandelenbelang houdt. Op grond van het Polisol-arrest<sup>3</sup> staat naar mijn mening vast dat een curator *exclusieve* bevoegdheid heeft met betrekking tot de vermogensbelangen die in dat aandeelhoudersbelang zijn belichaamd. De recentere uitspraak inzake Hama Rent<sup>4</sup> creëert onduidelijkheid. Zie in dit opzicht elders in deze bundel Roeffen en Smetsers over de rol van de curator als aandeelhouder. De kwestie is van belang omdat een curator “boven” in het concern bij voorkeur zo gecoördineerd mogelijk moet kunnen beslissen over de voor de stakeholders meest aangewezen aanpak. Daarbij krijgt hij te maken met wat Olaerts in Hoofdstuk 1 van deze bundel aanduidt als het gegeven dat na een faillissement

1. Flip Schreurs is advocaat corporate litigation bij Boels Zanders Eindhoven, bestuurslid Insolad en als buiten-promovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht OO&R van de Radboud Universiteit te Nijmegen.
2. Omwille van de omvang sta ik niet stil bij alle vrijwel onbeperkte mogelijkheden die er zijn in procedures, kort gedingen en dergelijke, maar beperk ik mij tot enkele rechtsmiddelen die meer typisch zijn voor bedrijven in moeilijkheden.
3. HR 29 april 2005, *ARO* 2005/75 (Polisol).
4. Gerechtshof Arnhem 23 maart 2012 (*JOR* 2012/203) en 19 augustus 2014 (*JOR* 2015/117).

niet meer de *economische* concernwerkelijkheid overheerst, maar de *juridische*, individuele benadering van de gefailleerde vennootschap resteert.

Indien een curator van een concern-holding weerstand ervaart van onderuit het concern, is in ieder geval de eerst aangewezen route die van de aandeelhoudersweg. Dan wel door het geven van een instructie (indien de statuten daarin voorzien) dan wel door zichzelf, de gefailleerde vennootschap of een wel coöperatieve bestuurder aan te stellen als statutair bestuurder van de dwarsliggende dochter, waarna snel en adequaat kan worden ingegrepen.

Indien de curator geen doorslaggevende stem heeft kan mogelijk een enquêteverzoek het soelaas van een onmiddellijke voorziening bieden.<sup>5</sup> Voor enkele meer algemene beschouwingen over de curator en het enquêterecht wordt verwezen naar Duynstee en Verwey, Het Enquêterecht voor de Curator, in *De Gereedschapskist van de Curator, Insolad bundel 2015*, p. 75 e.v.

Hoewel binnen de corporate litigation de aandacht voor concern-enquêtes altijd groot is geweest, is het aantal daadwerkelijk toegewezen verzoeken vrij beperkt. Enquêteverzoeken waarin door verzoeker niet slechts gemikt wordt op een onderzoek in de (gerequesteerde) vennootschap waarin de verzoeker aandelen houdt, maar ook in andere vennootschappen, komen sinds de Ogemzaak<sup>6</sup> wel met enige regelmaat voor.<sup>7</sup> De meest voorkomende en voor de hand liggende is die waarin het onderzoek zich (mede) richt op een of meer vennootschappen lager in de groep.

De bekendste concern-enquête werd verzocht om de ondergang te onderzoeken van het begin deze eeuw gesneefde ICT-concern Landis. De in de eerste fase van die procedure<sup>8</sup> gehanteerde formuleringen van Ondernemingskamer en Hoge Raad gaven tot veel publicaties aanleiding. Daaruit stamt de formule dat aanleiding kan zijn voor zo een onderzoek, indien sprake is van een economi-

- 
5. Hierbij moet nog worden gewezen op het feit dat zo een niet-gefaillieerde dochter ook zelf een enquêteverzoek kan indienen op grond van artikel 2:346, lid 1, letter d BW. Voor dat geval kan op grond van de wetsgeschiedenis worden aangenomen dat het alsdan niet mogelijk is de bestuurder van die vennootschap te ontslaan en daarna het verzoek door een opvolgend bestuurder te laten intrekken.
  6. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 december 1987, *NV* 1988, p. 78 en HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Ma.
  7. Met inbegrip van en sedert de Landis-zaak uit 2005 kom ik (tot en met 2015) uit op in totaal 27 toe- en 6 afgewezen concern-enquêteverzoeken. Zie voor (meer inhoudelijke) overzichten Bartman, Dorresteyn, Olaerts, *Van het Concern*, 2016, p. 289-301, en Storm, *Corporate Litigation*, p. 78 e.v.
  8. HR 4 februari 2005, *ARO* 2005/27.

## Rechterlijk ingrijpen in het concern

sche en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding. Uit de eveneens lezenswaardige tweede fase<sup>9</sup> kan worden afgeleid dat er uiteindelijk echter helemaal geen concern-enquête heeft plaatsgevonden. Het door de diverse onderzoekers en curatoren binnen de beursgenoteerde moedermaatschappij geconstateerde wanbeleid was namelijk zodanig evident dat onderzoek bij de individuele dochters achterwege kon blijven.

Hoewel bij een concern-enquête de vennootschap waar daadwerkelijk onderzoek naar gedaan moet worden, zich meestal ‘lager’ in het concern bevindt dan die waarin de verzoekende aandeelhouder zijn aandelen houdt,<sup>10</sup> kan de enquête echter ook andere richtingen inslaan. De zogenaamde opwaartse enquête<sup>11</sup> speelt met name bij verzoeken van de zijde van de vakbonden. Die hebben immers (slechts) het recht een enquêteverzoek in te dienen indien zij leden vertegenwoordigen die bij het enquête-object werkzaam zijn, vrijwel altijd een werkmaatschappij derhalve. In veel gevallen zal het door de bonden gewraakte beleid zich echter één of enkele niveaus hoger afspelen. In Janssen Pers<sup>12</sup> heeft de Ondernemingskamer met zoveel woorden bepaald dat een door de bonden verzocht onderzoek zich mag uitstrekken over “concerngenoten” van een dergelijke werkmaatschappij. Ik verwijs naar Bartman e.a.<sup>13</sup> voor de gedetailleerde achtergrond.

Aldaar wordt de enquêteprocedure inzake Golfclub Spaarnwoude aangestipt, waarin de minderheidsaandeelhouder van de dochter (tevens) vroeg om een onderzoek naar de gang van zaken in de moeder, althans de meerderheidsaandeelhouder. De Ondernemingskamer zag daartoe geen aanleiding omdat de gedragingen van die moeder reeds vol in het onderzoek naar de dochter aan de orde zouden komen, waar de moeder ook bestuurster was. In de enquêteprocedure betreffende Bonne Route speelt vergelijkbare problematiek. De 49% minderheidsaandeelhouders vroegen niet alleen een onderzoek naar Bonne

---

9. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 december 2011, *ARO* 2012/9.

10. Op de bijzondere situatie die ontstaat als de verzoeker geen rechtstreekse toegang heeft tot de enquêteprocedure, maar via een omweg toch wordt toegelaten, ga ik hier verder niet in. Ik verwijs naar de talloze publicaties over de Chinese Workers-zaak (HR 29 maart 2013, *JOR* 2013/166).

11. Storm (*Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer* p. 83-84) acht het ‘opvallend’ dat de Hoge Raad (bij aandeelhouders een bevoegdheidsdoorbraak omlaag en) bij werknemers een bevoegdheidsdoorbraak *omhoog* toestaat. Mij komt dat volstrekt logisch voor: de in het enquêterecht nu eenmaal doorslaggevende ‘economische werkelijkheid’ is immers voor een aandeelhouder op een ‘lager’ niveau (de onderneming) en voor een werknemer op een ‘hogere’ niveau (zijn werkgever) gelegen.

12. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 17 maart 1994, *NJ* 1995/408.

13. Bartman, Dorresteyn, Olaerts, *Van het Concern* (9<sup>e</sup> druk), p. 293-296.

Route, maar ook naar de gang van zaken bij 51% aandeelhouder De Ster. De verzoeksters beperkten dat evenwel expliciet tot het beleid van De Ster als aandeelhouder in Bonne Route en gaven zo de Ondernemingskamer de ruimte vanzelfsprekend te overwegen dat dat “zonder meer voorwerp van onderzoek” is bij de enquête naar dochter Bonne Route.

Voor de praktijk zou het interessant zijn indien een onderzoek mogelijk zou zijn naar een mede-aandeelhouder (joint-venture partner) in corporate opportunity zaken, zoals bijvoorbeeld aan de orde is in de Dyna Music saga.<sup>14</sup> Meer dan eens<sup>15</sup> komen immers situaties voor waarin een mede- aandeelhouder de andere (vaak meerderheids)aandeelhouder het verwijt maakt dat deze zakelijke kansen omleidt naar een andere entiteit waarin de verzoekende aandeelhouder geen (indirect) belang heeft.

In mijn ervaring geschiedt het omleiden van corporate opportuniteiten echter vrijwel steeds in het geniep. Het is bepaald niet ondenkbeeldig dat een onderzoek alleen maar resultaat zou kunnen opleveren als het zich kan uitstrekken over de mede-aandeelhouder zelf. In een situatie waarin een minderheidsaandeelhouder de meerderheidsaandeelhouder verwijt dat deze de gezamenlijke onderneming uitholt door corporate opportuniteiten om te leiden naar een andere entiteit (en de OK daarvoor ook gegronde redenen zou zien), zou het alleszins verdedigbaar zijn de meerderheidsaandeelhouder zélf ook tot voorwerp van onderzoek te maken. Dat zou vooral van belang zijn, omdat daar dan onmiddellijke voorzieningen kunnen worden toegepast en de onderzoeker aldaar ook onderzoeksbevoegdheden heeft. In een dergelijke situatie valt, de Landis-beschikking parafraserend, immers heel goed te bepleiten dat “het beleid en de gang van zaken van de meerderheidsaandeelhouder de belangen van de dochter evenzeer en op gelijke wijze kunnen raken als het beleid en de gang van zaken in de dochter zelf”. Ik vermoed evenwel dat de OK daar niet snel toe zal overgaan, ook omdat in veel gevallen de huidige bevoegdheden wel degelijk mogelijkheden bieden. In de door mij geschetste situatie zou die er bijvoorbeeld in kunnen bestaan dat een tijdelijk bestuurder bij de joint venture vennootschap of de curator van de minderheidsaandeelhouder een procedure entameert tegen de meerderheidsaandeelhouder.

---

14. De Ondernemingskamer kwam er in dit epische geschil vier keer aan te pas en het Hof Arnhem (29 maart 2011, *JOR* 2011/216) telde wanhopig nog talloze andere procedures om een ‘procesbelang van enige duizenden euro’s, zijnde een fractie van de inmiddels door beide partijen gemaakte proceskosten’.

15. Zelf kwam ik ermee in aanraking in OK 26 juli 2011, *ARO* 2011/127 (MacMountain). Zie ook Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 13 maart 2014, *ARO* 2014/60 (Direkt Mail Service).

## Rechterlijk ingrijpen in het concern

Op deze plek wijs ik nog kort op de sinds enkele jaren in art. 2:346, lid 1, letter d BW voorziene mogelijkheid dat de vennootschap zelf en de in lid 3 van dat artikel geboden mogelijkheid dat de curator vraagt om een enquête naar het beleid en de gang van zaken.<sup>16</sup> Voordien kon een curator alleen maar een enquête verzoeken in de dochters van ‘zijn’ failliet. In dergelijke verzoeken zullen door de curator overigens zelden onmiddellijke voorzieningen worden gevraagd.

Het toewijzen van het enquêteverzoek zelf is uiteraard niet wat in dit artikel de voornaamste aandacht behoeft. Zoals bekend, is de toepasbaarheid van onmiddellijke voorzieningen één van de interessante (en in circa 90% van de enquêteprocedures toegepaste) mogelijkheden van het enquêterecht. Ik heb geprobeerd te achterhalen in welke concern-enquêteprocedures voorzieningen werden getroffen en of dat ook geschiedde *op het niveau van de dochter(s)*. Dat is in de achterliggende jaren<sup>17</sup> enkele malen geschied.

In Via Parva<sup>18</sup> werd een concern-enquête toegewezen die zich mede uitstreekte over 100% dochter Isotron System. Bij *beide* vennootschappen benoemde de Ondernemingskamer een (en dezelfde) tijdelijk bestuurder. In Staat Holding<sup>19</sup> strekte het gelaste onderzoek zich eveneens uit over 100% dochter Staat Creative Agency. De Ondernemingskamer benoemde, naast de zittende drie ruziënde bestuurders, een tijdelijk zelfstandig bevoegde mede-bestuurder in Staat Holding met een beslissende stem en met de specifieke opdracht zich een oordeel te vormen over het (strategische) beleid van dochter Staat Agency. In Wikkelbok<sup>20</sup> strekte de concern-enquête zich mede uit over de dochter Hokamo. In dit geval werd bij beide vennootschappen een tijdelijke commissaris benoemd die onder meer de (gehandhaafde) bestuurder toestemming diende te geven voor bepaalde transacties voor zover die vielen buiten de gewone bedrijfsuitoefening.

---

16. ‘Eigen’ enquêteverzoeken werden tot nu toe ingediend bij Cryo-Save (ARO 2013/145), Real Works (ARO 2014/4), Eshuis Beheer (ARO 2016/40) en Kaal Vastgoed/Masten en Bosal (beiden nog ongepubliceerd).

17. Ik heb mij beperkt tot de laatste 5 jaar.

18. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 november 2012, ARO 2012/165 (Via Parva/Isotron).

19. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 oktober 2013, ARO 2013/162 (Staat Holding/Staat Creative Agency).

20. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 januari 2014, ARO 2014/40 (Wikkelbok/Hokamo). Bij deze zaak ben ik nader betrokken geraakt als advocaat van de tijdelijk commissaris, de tijdelijk bestuurder en de vennootschappen.

In de uitspraak betreffende de Rotterdamse Taxi Centrale NV c.s.<sup>21</sup> werd een concernonderzoek gelast bij moeder RTC NV en dochter RTC Franchise BV. Voorts werd een onafhankelijk commissaris benoemd bij zowel de moeder als de dochter met een beslissende stem in de RvC van RTC NV en de bepaling dat alle voorstellen die het bestuur van RTC NV aan de aandeelhoudersvergadering van RTC zou voorleggen, waren onderworpen aan voorafgaande goedkeuring door de RvC.

In de overige zaken waarin concernproblematiek een rol speelt kon worden volstaan met de benoeming van een bestuurder bij de holding<sup>22</sup> of soms zowel bij de moeder als bij de dochter(s), maar ook dan<sup>23</sup> (naar ik meen) meestal slechts omdat niet de holding statutair bestuurder van de dochter(s) was, maar in die dochter(s) rechtstreeks (een) natuurlijke perso(o)n(en) als statutair bestuurder(s) optrad. Dat mag ook geen verbazing wekken. Het ingrijpen van de Ondernemingskamer in de governance van een concern vindt normaal gesproken plaats door in de “hoogste” vennootschap een bestuurswijziging aan te brengen die vervolgens, via de band van het aandeelhouderschap in de dochter(s), effectief in staat is ook die dochter(s) te beheersen of controleren.

In zoverre kan de conclusie worden getrokken dat ingrijpen op een dieper niveau dan het moederniveau zelden of nooit *nodig* is. Het aandeelhouderschap (en de daaruit voortvloeiende *mogelijkheid* om in te grijpen op het lagere niveau) volstaat. Dat is ook vanzelfsprekend, waar de hele opzet van controle in een concern doorgaans langs die band is georganiseerd: het bestuur van een dochter heeft het voor het zeggen in die dochter, maar kan ontslagen worden door de moeder. Ook de hierboven aangehaalde uitspraken waar wél op lager niveau ingrepen plaatsvinden, laten zich inpassen in dat beeld. Indien de Ondernemingskamer in een concern-enquête om haar moverende reden een functionaris aanstelt in de rol van commissaris<sup>24</sup> wordt deze mijns inziens

---

21. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 september 2015, *ARO* 2015/191 (RTC).

22. *ARO* 2013/24 (BHC Holding); *ARO* 2013/26 (Thermen Holiday Beheer); *ARO* 2013/68 (New Look Holding); *ARO* 2013/127 (Jimm Holding); *ARO* 2014/61 (Fuhler Beheer); *ARO* 2014/64 (Beheermaatschappij Plat Edam); *ARO* 2014/85 (De Jong Holding); *ARO* 2015/18 (Iszgro Holding); en *ARO* 2015/171 (Phanos Reit NV).

23. Net als bij Via Parva.

24. Het valt buiten het bestek van dit artikel te onderzoeken in welke gevallen en waarom de OK een bestuurder, een commissaris of een beheerder van aandelen een rol geeft door middel van een onmiddellijke voorziening. Een dergelijk onderzoek zou zich overigens ook kunnen uitstrekken tot de vraag wat voor een functionaris belast wordt met een eventuele schikingspoging en onder welke omstandigheden de onderzoeker daarin een rol krijgt. Naar verluidt spelen kostenoverwegingen een belangrijke rol bij dit soort keuzes.

## Rechterlijk ingrijpen in het concern

alleen maar aangesteld bij zowel de moeder als de dochter<sup>25</sup> omdat een tijdelijk commissaris nu eenmaal niet snel en doortastend kan optreden *via de aandeelhoudersband*. Een tijdelijk bestuurder van de moeder kan dat wel.

De wijze waarop in enquêtezaken het aandeelhouderschap werkt, kwam helder aan de orde in de Depron enquêteprocedure.<sup>26</sup> De tijdelijk door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder slaagde niet in zijn pogingen de impasse in de holding te doorbreken. De dochtermaatschappij kwam intussen in zeer zwaar weer. De tijdelijk bestuurder van de holding belegde, in zijn hoedanigheid van (vertegenwoordiger van de) aandeelhouder, een aandeelhoudersvergadering van de dochter en nam daarin het besluit een verzoek eigen aangifte faillietverklaring te doen, althans dat te laten voorafgaan door een verzoek tot toepassing van een stille bewindvoering. Alvorens het besluit uit te voeren gaf hij, gelet op de ingrijpendheid van het genomen besluit, de indirecte aandeelhouders de gelegenheid zich over het besluit uit te laten. Eén van hen zag daarin aanleiding de Ondernemingskamer te verzoeken de tijdelijk bestuurder te vervangen. Die oordeelde echter dat de tijdelijk bestuurder zowel formeel als materieel juist had gehandeld: '(r.o. 3.3) het standpunt (...) dat de (mogelijk) onomkeerbare gevolgen van het aandeelhoudersbesluit onverenigbaar zijn met het tijdelijke karakter van de onmiddellijke voorziening strekkende tot benoeming van Rutgers als bestuurder van Depron Holding en Depron is rechtens onjuist. (r.o. 3.4) De (...) bezwaren tegen het handelen van Rutgers als bestuurder van Depron c.s. moet worden beoordeeld in het licht van de taak van Rutgers als tijdelijk bestuurder en de omstandigheden waaronder hij zijn taak dient te verrichten. (...) Daarbij komt hem een ruime beoordelingsmarge toe.'

Ook in de Deus ex Machina zaak<sup>27</sup> wordt aandacht besteed aan de rol van de tijdelijk benoemde bestuurder in een vennootschap ten opzichte van de dochtermaatschappij van die vennootschap. De Ondernemingskamer overweegt dat hem: 'geen bevoegdheden toekomen als (feitelijk) bestuurder van die deelnemingen, maar dat hij als bestuurder van de (groot)aandeelhouder over de gang van zaken van deze deelnemingen door de betreffende bestuurder van die deelnemingen (...) dient te worden geïnformeerd.'

---

25. ARO 2014/61 (Fuhler Beheer) en ARO 2014/40 (Wikkelbok).

26. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 oktober 2014, ARO 2015/10 (Depron). Ik stond in deze zaak de tijdelijk bestuurder bij. Die werd in zowel de moeder als de dochter benoemd omdat de twistende partijen op beide niveaus als bestuurder fungeerden.

27. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 april 2016, ARO 2016/116 (Deus ex Machina) ovw 3.3 en 3.6.



De kenmerkende ingreep blijft derhalve de maatregel op een zodanig hoog niveau, dat via de aandeelhouders- en (indirecte) bestuurdersband adequaat kan worden ingegrepen, hetgeen betekent dat onmiddellijke voorzieningen op dochterniveau dan niet meer nodig zijn.

Binnen het verband van deze bundel is het zinvol te onderscheiden tussen enquêtes naar gefailleerde concerns en niet-gefaillerede concerns. Bij de eerste gaat het vrijwel nimmer om impasses of andere situaties die doorbroken moeten worden.<sup>28</sup> De behoefte aan onmiddellijke voorzieningen is dan ook gering. Het belang zit hem in het onderzoek en het openleggen van informatie. Dit onderzoek geschiedt onafhankelijk en heeft daardoor (in nadien te voeren aansprakelijkheidsprocedures) in *materiële* zin vaak een doorslaggevend effect. In *formele* zin is dat weliswaar niet zonder meer zo maar, zoals de bestuurders van Text Lite, KPN Qwest, Van der Moolen, Landis en Fortis kunnen bevestigen: de enquêteur effende in die gevallen de weg voor de crediteuren en aandeelhouders. De onmiddellijke voorzieningen vinden derhalve vooral plaats bij concern-enquêtes ter zake niet gefailleerde concerns.

Naast de onafhankelijkheid van de onderzoeker biedt de enquêteprocedure nog het voordeel dat het makkelijker is om niet gefailleerde en buitenlandse dochters bij het onderzoek te betrekken. Verder kunnen ook aandeelhouders en bestuurders op hoger gelegen concernniveaus worden gehoord: een aanzienlijk ruimere kring dan die met behulp van artt. 105-106 Fw kan worden bereikt.

## **2. Ingrijpen op grond van art. 2:298 BW**

Binnen een groep vennootschappen kan ook een stichting een zinvolle rol spelen, met name indien een scheiding moet worden aangebracht tussen de zeggenschaps- en financiële belangen bij de in die groep ontplooiende activiteiten.

Omdat een stichting, als rechtspersoon, vertegenwoordigd door haar bestuur wel een rol kan spelen in het maatschappelijk verkeer, maar geen leden of aandeelhouders kent, ontbreken bepaalde *checks and balances* in geval of ter vermindering van wanbeheer. Er is geen geïncorporeerde vorm van toezicht. Wanneer het aandeelhouders van een vennootschap te gortig wordt, kunnen zij doen ingrijpen met name via het enquêterecht. Om stakeholders bij een stichting enigszins vergelijkbare middelen te verschaffen is in de artikelen

---

28. Zie uitgebreider Duynstee en Verwey, Het Enquêterecht voor de Curator, in *De Gereedschapskist van de Curator*, Insoladbundel 2015, p. 75 e.v.

## Rechterlijk ingrijpen in het concern

2:298 en 299 BW voorzien in rechterlijk ingrijpen in geval van wanbeheer. Deze regeling functioneert naar behoren, maar verdient een nog betere plek in het ondernemingsrecht. Het vergevorderde wetsvoorstel Bestuur & Toezicht<sup>29</sup> voorziet daarin mijns inziens nog onvoldoende.

Het huidige artikel 2:298 BW bepaalt dat een bestuurder van een stichting, die handelt in strijd met de wet of de statuten dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, door de rechtbank kan worden ontslagen. Hangende een dergelijke procedure kan de rechtbank voorlopige voorzieningen toepassen. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan vijf jaar nadien geen bestuurder van een stichting meer worden. Twee elementen wil ik hierna bespreken: de ontvankelijkheid en het wanbeheer.

Om een procedure ex art. 2:298 tegen een bestuurder te kunnen voeren moet een verzoekschrift worden ingediend door een belanghebbende. Wie zijn in een dergelijke verzoekschriftenprocedure als zodanig aan te merken? Uiteraard zijn dat in de eerste plaats de direct betrokkenen: de stichting zelf, individuele bestuurders of een ander (statutair) orgaan van de stichting, zoals een raad van toezicht. Deze (doorgaans als ‘eerste kring’ aangeduide) belanghebbenden hebben een eigen, rechtstreeks belang bij de uitkomst van de procedure. Het zal niet verbazen dat 2:298-procedures in dergelijke gevallen meestal het uitvloeisel vormen van een geschil binnen het bestuur.

Buiten die groep is een (interessantere) tweede ring van belanghebbenden. Blijkens het Stichting IHD-arrest<sup>30</sup> zal bij de vraag of iemand belanghebbende is, een rol spelen in hoeverre ‘diegene door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of zo nauw betrokken is bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang gelegen is om in de procedure te verschijnen’. De Hoge Raad verwijst daarbij uitdrukkelijk naar de enquêtezaak Scheipar,<sup>31</sup> in welke zaak een economisch rechthebbende op certificaten in een enquêteverzoek gelijkgesteld werd met certificaathouders die ontvankelijkheid ontlenen aan art. 2:346, lid 1 onder b BW. Voor een 2:298-procedure bij een stichting betekent dit dat als tweede ring-belanghebbende onder meer kan worden aangemerkt: een voormalig bestuurder die verwijten kreeg omtrent het stichtingsbestuur waarvan hij deel had uitgemaakt;<sup>32</sup> een gemeente binnen wier gemeenschap de stichting een belang-

29. Ingediend bij de Tweede Kamer op 13 juni 2016, *Kamerstukken II* 34491.

30. HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45 (Stichting IHD).

31. HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486 (Scheipar).

32. Rb. Zutphen 9 december 1999, *JOR* 2000/192 (Stak Medicotel).

rijke plaats innam op sociaal en cultureel gebied,<sup>33</sup> curatoren (waaronder ikzelf) in de door de gevallen vastgoedtycoon Lips beheerste groep van vennootschappen waarin een stichting het scharnier vormde.<sup>34</sup> Niet belanghebbend werd geacht een ‘gewone’ schuldeiser, althans indien en voor zover die slechts een crediteurenbelang geldend wilde maken.<sup>35</sup>

In een arrest uit 1975<sup>36</sup> oordeelde de Hoge Raad dat art. 2:298 BW ziet op de controle van de rechtmatigheid van het beleid van een stichtingsbestuurder. Het wanbeheer werd in die uitspraak omschreven als ‘falend beleid ten aanzien van het beheer over een vermogen of de zorg over geldmiddelen’. Het moet in die uitleg in feite gaan om evident financieel wanbeheer in de stichting. Op deze beperkte, strenge uitleg is veel kritiek gekomen,<sup>37</sup> enerzijds omdat naast financieel ook ander wanbeheer denkbaar is en anderzijds omdat dat wanbeheer zich ook buiten de stichting kan afspelen.

In uitspraken van nadien is dan ook waarneembaar dat het wanbeheer als bedoeld in artikel 2:298 convergeert met het enquêterechtelijke wanbeleid. Daaronder valt derhalve niet alleen ‘zuiver’ financieel wanbeheer (zoals de bij stichtingen met enige regelmaat voorkomende klassieke ‘greep in de kas’), maar ook situaties waarin problemen ontstaan met betrekking tot governance, zoals het niet in acht nemen van statutaire bepalingen<sup>38</sup> of misbruik van identiteitsverschil.<sup>39</sup>

Gelet op het feit dat stichtingen in niet onbelangrijke mate een (soms spil-) functie vervullen in het economisch verkeer tussen (groepen van) vennootschappen en ondernemingen en hun kapitaalverschaffers, de uitleg van het begrip ‘wanbeheer’ steeds meer convergeert met het enquêterechtelijke ‘wanbeleid’ en de Ondernemingskamer bij uitstek deskundig is voor de behandeling van dergelijke procedures, verdient het naar mijn mening de voorkeur indien de bepalingen van 2:298 e.v. overgeplaatst zouden worden naar Titel 8, Afdeling 2 ter zake het enquêterecht. Daarvoor is niets anders nodig dan de woorden ‘de stichting’ in art. 2:344 BW van letter b naar letter a te verplaatsen.

33. Rb. Dordrecht 27 april 2005, *JOR* 2005/172 (Stichting Arkelstad).

34. Rb. Amsterdam 26 september 2014 en Gerechtshof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3029 (Stak Castle Capital).

35. Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV83210.

36. HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/222.

37. Voor een opsomming, zie: Van Dijk/Van der Ploeg, *Van Vereniging, Stichting en Onderlinge Waarborging*, 2003, p. 274-275.

38. Zoals aan de orde was in HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45 m.nt. J.M.M. Maeijer (Stichting/IHD).

39. Zoals in Rb. Utrecht 3 september 2012, *JOR* 2013/2 m.nt. E. Schmieman (Stak BeKa).

### 3. Artikel 225 Fw e.a.

In de vorige Insolad bundel propageerde ik een regelmatigere toepassing van deze vangnetbepaling uit de huidige surseanceregeling.<sup>40</sup> Op grond van art. 225 Fw kan de rechtbank op verzoek bepalingen maken, als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers nodig oordeelt. Dat betoog heeft sedertdien nog niet geleid tot nieuwe toepassing<sup>41</sup> van deze bepaling. Wel is duidelijk geworden dat ‘in het veld’ een toenemende behoefte bestaat aan flexibel inzetbare instrumenten teneinde (ook voorafgaand aan een insolventieprocedure) ondernemingen te kunnen herstructureren.<sup>42</sup> Indien één bepaling in de Faillissementswet zou worden opgenomen die in alle daarin opgenomen situaties kan worden toegepast, zou veel gewonnen zijn.

In het thans bij de Eerste Kamer liggende voorstel WCO I is in artikel 363, lid 4 een dergelijke bepaling opgenomen.<sup>43</sup> Ook in de door Insolad op 13 december 2012 gepubliceerde wijzigingsvoorstellen<sup>44</sup> is een art. 14a Fw voorgesteld dat de rechter de mogelijkheid biedt om in het belang van de crediteuren bijzondere bepalingen te maken. En een vergelijkbare bepaling was ten slotte opgenomen in art. 2.2.10 van het Voorontwerp Insolventiewet. Al deze voorstellen vloeien voort uit het besef dat de tijdsdruk en omstandigheden bij bedrijven in moeilijkheden soms vergen dat alles uit de kast wordt gehaald. Dan is een vangnetbepaling nodig waarin bijna alles mogelijk is, maar wel onder rechterlijk toezicht.

Waar de Commissie Kortmann een beperkte toepassing suggereerde, namelijk voor ordemaatregelen van louter procedurele aard, meen ik dat de praktijk juist behoefte heeft aan de mogelijkheid om ingrijpende maatregelen te nemen, zelfs in afwijking van dwingend recht. Een voorbeeld dat aan de praktijk ontleend is, is de complicatie die de WWZ tot gevolg heeft. Daardoor ontstaat (kort gezegd) na het (gebruikelijke) ontslag door de curator bij een opvolgend werkgever een contract voor onbepaalde tijd ook al is er géén sprake van identiteit van *werkgever*, maar slechts identiteit van *werkzaamheden*. Het is niet ingewikkeld situaties te bedenken waarin dat ongewenste gevolgen heeft. Indien bijvoorbeeld de curator

---

40. Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement, in *De Gereedschapskist van de curator*, Insolad bundel 2015, p. 396 e.v.

41. Anders dan voor de (weinig fantasievolle) toepassing voor met name bijzondere stemmingsvoorwaarden bij een surseance-akkoord.

42. Met name in de reacties op het consultatievoorstel Wet Modernisering Faillissementsprocedure en de daarin voorgestelde uitbreiding van mogelijkheden tot maatwerk.

43. *Kamerstukken I* 34 218: ‘Daarnaast kan de rechtbank aan de aanwijzingen (...) zodanige andere voorwaarden verbinden als zij nodig oordeelt ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel (...)’.

44. Te vinden op [www.insolad.nl/publicaties](http://www.insolad.nl/publicaties).

door onverwachte omstandigheden bepaalde uitlopende werkzaamheden heeft, zou hij met enkele werknemers nog enige tijd willen doorwerken. In het huidige wettelijke systeem ontstaat er dan (indien de werknemer die voor faillissement ook al had) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die, indien de curator na enige tijd alsnog overgaat tot opzegging, leidt tot een transitievergoeding van maximaal € 75.000. Dat bedrag kan prohibitief zijn, terwijl partijen heel wel hadden kunnen leven met een regeling waarbij enige extra beloningselementen zouden zijn ingebouwd. Een met art. 225 Fw overeenkomende bepaling zou dan in een dergelijk faillissement gebruikt kunnen worden voor een eenparig verzoek van curator en werknemer om te bepalen dat de duur van de oorspronkelijke opzeggingsperiode met enige tijd verlengd wordt, of dat aan de latere opzegging niet de consequentie wordt verbonden van de onbepaalde tijd.

Maar – om meer bij het thema van deze bundel te blijven – evenzeer is denkbaar dat in een casus als de Hama Rent zaak<sup>45</sup> de rechter een beslissing neemt omtrent het uitoefenen van bevoegdheden door de curator van een moedermaatschappij binnen een niet gefailleerde dochter op grond van een dergelijke vangnetbepaling. Voor een potentieel ingrijpende bepaling is uiteraard wel essentieel dat deze afgezekerd wordt met een adequate beroepsprocedure met korte termijnen.

Dat op art. 225 Fw ook ingrepen in het concern kunnen worden gebaseerd blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Den Haag<sup>46</sup> waarin enquêterechtelijke voorzieningen werden gevraagd – namelijk schorsing van bestuurders en stemrecht – en door de rechtbank wel mogelijk (maar in het specifieke geval nog niet nodig) geacht.

#### **4. Afronding**

Indien binnen een concern sommige vennootschappen wel en andere niet in deconfiture verkeren wordt de bestaande concernband van de organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding doorbroken en verandert de governance binnen die groep abrupt. De belangen van de betrokkenen veranderen en kunnen sterk tegengesteld raken. In dit artikel besprak ik enkele mogelijkheden voor die betrokkenen om te laten ingrijpen door een rechter indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven. Het mag niet verrassen dat ingrepen in het bestuur van vennootschappen daarbij het meest effectief zijn.

---

45. Gerechtshof Arnhem 23 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW3806 (zie ook elders in deze bundel: Smeets en Roeffen).

46. Rb. Den Haag 24 februari 2005, *JOR* 2005/129 (Audilux).