

# Hoge Raad weet zich niet goed raad met het concern

Ondernemingsrecht 2016/77

Onder andere de Europese Commissie, het *Forum Europaeum on Company Groups* (FECG) en de studiegroep die voorstellen voorbereidt voor een *European Company Model Act* (EMCA) dringen aan op de erkenning van het concernbelang als integraal en overstijgend belang in het ondernemingsrecht van alle lidstaten. Schrijver stelt zich de vraag wat een dergelijke erkenning zou betekenen voor de rechtspraktijk in ons land. Daartoe analyseert hij eerst de wijze waarop de Hoge Raad de afgelopen jaren is omgegaan met het concern en het concernbelang in het ondernemingsrecht. Hij constateert enerzijds een min of meer ruimhartige erkenning van het concern bij vraagstukken van medezeggenschap, het enquêterecht, *piercing the corporate veil* en tegenstrijdig belang. Anderzijds is de Hoge Raad terughoudend als het gaat om meer klassiek-vermogensrechtelijke onderwerpen zoals bestuurdersaansprakelijkheid, draagplicht bij concernfinanciering en de gevolgen van hoofdelijkheid. In het licht van de verscheidenheid van het ondernemingsrecht hoeft deze gevarieerde aanpak niet te verbazen. Gegeven het feit dat het concernbelang als zodanig in Nederland reeds lang erkend wordt, concludeert schrijver dat een EU-brede erkenning daarvan in ons land geen aardverschuiving teweeg zou brengen. Niettemin kan een nog hechtere verankering van het concernbelang in ons vennootschapsrecht, in combinatie met de invoering van art. 2:239 lid 4 BW in 2012, op termijn wel leiden tot een zekere disculperende invloed bij aansprakelijkstelling van dochterbestuurders. Bovendien noopt het de concernleiding vermoedelijk tot het bekennen van (meer) kleur over de gezagsverhouding tot haar deelnemingen. Ten slotte kan het van niet te onderschatten gewicht zijn bij de stelplicht- en bewijslastverdeling in moeder-dochtergeschillen.

*Inmiddels is het begrip concernbelang immers een aanvaard begrip, dat afhankelijkheid van de moeder impliceert (B. Wachter, 1988).*<sup>2</sup>

## 1. Inleiding

Het concern is als lastig grijpbaar juridisch fenomeen weer helemaal terug in de aandacht, onder meer getuige deze speciale aflevering van Ondernemingsrecht. Katalysator lijkt te zijn de aankondiging van een Actieplan voor Euro-

pees vennootschapsrecht en *corporate governance* door de Europese Commissie op 12 december 2012, met onder meer de suggestie om het concernbelang door alle lidstaten te laten erkennen.<sup>3</sup> Een initiatief dat in 2013 is voortgezet door een voorstel van het Forum Europaeum on Company Groups (FECG). Hierin wordt een typologisch onderscheid gemaakt tussen *Service Companies*, die onderhorig zijn aan de moedermaatschappij en in beginsel al haar instructies moeten opvolgen, en *Ordinary Companies* wier autonome positie behouden blijft, zij het binnen het kader van de algemene concernleiding.<sup>4</sup>

Ook de gedachten van de FECG gaan uit van de erkenning van het concernbelang als zelfstandig juridisch concept. Dit zal ongetwijfeld ook gelden voor het voorstel voor een European Model Company Act (EMCA) dat naar verwachting nog dit jaar zal worden gepubliceerd.<sup>5</sup> Het is overigens nog maar de vraag wat de erkenning van het concernbelang op Europees niveau voor Nederland zou betekenen. Is het een stap richting de Anglo-Amerikaanse *shareholder*-benadering en noopt het dus tot meer alertheid en tegenspel van Nederlandse dochterbestuurders, of kenmerkt het juist een opwaartse uitbreiding van de Rijnlandse *stakeholder*-gedachte naar het holdingniveau met aandacht voor meer aspecten dan alleen aandeelhouderswaarde?<sup>6</sup>

Hoe dit ook zij, de erkenning van het concernbelang in Europa zal naar mijn mening in Nederland geen aardverschuiving teweegbrengen. Het concernbelang wordt in ons land immers reeds geruime tijd onderkend als een rechtens relevant belang, in de wetgeving, maar vooral ook in de rechtspraak. Daarmee is niet gezegd dat de erkenning van het concernbelang in de Europese rechtssfeer zonder betekenis zal zijn. En daarmee is evenmin gezegd dat de aanpak van de concernproblematiek door de Hoge Raad in de loop der jaren een consistent en doordacht beeld oplevert.

Hieronder doe ik eerst een poging de ietwat aarzelende aanpak van de Hoge Raad te schetsen aan de hand van uitspraken die mij het meest in het oog springen. Ik zeg er meteen bij dat de selectie van uitspraken tot op zekere hoogte arbitrair is en dat de wijze waarop ik ze weergeef zeker voor nuancering vatbaar zal zijn. Vermoedelijk kan men over elk ervan een proefschrift schrijven. Nochtans bestaat er naar mijn overtuiging ook behoefte aan een met brede penseelstreken geschilderd overzicht van de rechtsontwikkeling op

1 Steef M. Bartman is advocaat en hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

2 B. Wachter, Concernrecht en bewijs(on)mogelijkheden, in de bundel Van Vennootschappelijk belang, liber amicorum Prof. mr. J.M.M. Maeijer, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 380.

3 COM (2012) 740 final, par. 4.6.

4 ECFR 2015, p. 299-306 en in *Ondernemingsrecht 2016/76*, p. 361-364. Zie voor een vergelijkbaar onderscheid tussen instrumentele en autonome dochters, maar dan ontwikkeld ten behoeve van de rechtspraak, mijn dissertatie Concernbeleid en aansprakelijkheid, deel 6 in de serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1989, p. 116-120.

5 Hierover FECG in ECFR 2015, p. 301 en in *Ondernemingsrecht 2016/76*, p. 362.

6 Hierover M(ieke) Olaerts, in haar column bij deze aflevering van Ondernemingsrecht, *Ondernemingsrecht 2016/75*.

dit terrein.<sup>7</sup> Niet om de nuance te negeren, maar juist om de worsteling van de Hoge Raad met de materie in de tijd weer te geven. Daartoe strekt dan ook deze bijdrage. Aan het eind kom ik terug op de mogelijke betekenis van een Europese erkenning van het concernbelang voor het Nederlandse ondernemingsrecht en de rechtspraak.

## 2. Vooruit met het concern ...

Laat ik beginnen met een uitstapje in dit verband, dat wil zeggen de erkenning van het concern als zelfstandige, rechtens relevante eenheid buiten de Hoge Raad om. In het medezeggenschapsrecht van de Wet op de ondernemingsraden ("WOR") wordt het concern inmiddels allerwegen als zodanig erkend. Weliswaar valt het groepsbegrip uit de WOR niet (volledig) samen met dat van art. 2:24b BW<sup>8</sup>, niemand betwist nog dat de centrale ondernemingsraad ("cor") specifieke, concerngerichte bevoegdheden heeft, welke niet louter een afgeleide zijn van die van de ondernemingsraden waaruit de cor is samengesteld. Sterker nog, het staat sinds 1998 met zoveel woorden in de wet en wel in art. 25 lid 1 WOR.<sup>9</sup> Toch is dat niet altijd zo geweest. Nog in 1981 verdedigde Honée met verve het standpunt dat de cor geen adviesbevoegdheden kon uitoefenen die niet toekwamen aan de meerderheid van de aangesloten ondernemingsraden.<sup>10</sup> Denk hierbij aan het besluit tot samenwerking met een andere groep of het vaststellen van een strategisch concernplan. Van een "concernrechtelijke interpretatie" van de (toenmalige) wet wilde Honée niet weten. Zoals gezegd, uiteindelijk heeft de wetgever deze ook wel als "nemo plus-leer" aangeduide opvatting niet omarmd "nu het evident gaat om zaken van gemeenschappelijk belang voor alle althans de meerderheid van de ondernemingen (...)."<sup>11</sup>

Inmiddels is het vooral de ondernemingskamer die op het gebied van de medezeggenschap de nodige duiden in het concernzakje heeft gedaan. Het concernbelang wordt door haar volmondig erkend, zij het dat het niet op voorhand doorslaggevend is. Zonder kenbare en begrijpelijke afwijking met het belang van de eigen onderneming kan een besluit van de (dochter-)ondernemer dan ook niet de toets van art. 26 lid 5 WOR doorstaan. Deze reeds lang bestaande lijn in de rechtspraak van de ondernemingskamer ziet men ook terug in haar *Watts*-beschikking uit 2013:

"Gegeven het feit dat WINL onderdeel uitmaakt van het internationaal werkzame Watts-concern, is het onvermijdelijk en vanzelfsprekend dat het belang van WINL mede wordt bepaald door het concernbelang. Dat neemt

niet weg dat WINL bij het voorbereiden en het nemen van haar besluit zelfstandig het concernbelang dient af te wegen naast of tegen de overige belangen van WINL en dat WINL aan de ondernemingsraad inzicht behoort te geven in die belangenafweging. Bij die belangenafweging legt de concernstrategie gewicht in de schaal, maar niet per definitie het doorslaggevend. Een andere opvatting, die erop neerkomt dat WINL een op het niveau van WIEU genomen consolidatiebesluit slechts heeft uit te voeren, zou op onaanvaardbare wijze afbreuk doen aan het wettelijk stelsel van medezeggenschap."<sup>12</sup>

Mijn overzicht van rechtspraak van de Hoge Raad vangt dan aan met de bekende enquêtebeschikking inzake *OGEM* uit 1988.<sup>13</sup> De Hoge Raad wijst hierin (r.o. 9.3) voor het eerst op de in concernverhoudingen feitelijk bestaande – onder meer via schorsings- en ontslagbevoegdheid afdwingbare – *instructiemacht* van de topholding om van haar (klein)dochters de nodige informatie te verkrijgen die nodig is voor het voeren van een adequaat concernbeleid. Het nalaten dergelijke informatie af te dwingen is geen geldig verweer tegen het verwijt dat moeder haar taak heeft verwaarloosd. Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat Raaijmakers (Sr) in de *OGEM*-beschikking een bevestiging ziet van "(...) de gedachte dat aandeelhouders (en andere belanghebbenden) van de moeder mogen verlangen dat het bestuur naar beste vermogen de bezittingen van de moeder zal besturen en dat ten aanzien van de dochters een voldoende actieve algemene concernleiding zal worden uitgeoefend."<sup>14</sup>

Sedertdien spreekt men ook wel van een naar Nederlands recht bestaande *concernleidingsplicht* van de moedermaatschappij.<sup>15</sup> Een concernleidingsplicht die nog onlangs pregnant naar voren kwam in de spraakmakende *Meavita*-beschikking van de ondernemingskamer. Onder meer het gebrek aan centrale sturing door de topstichting van deze zorgorganisatie deed de ondernemingskamer concluderen tot wanbeleid.<sup>16</sup> Ofschoon aard en reikwijdte van deze concernleidingsplicht bepaald nog niet zijn uitgekristalliseerd, wordt de *OGEM*-beschikking toch algemeen beschouwd als een *milestone* in de ontwikkeling van het Nederlandse concernrecht. De Hoge Raad leidt normen uit feiten af (instructiemacht leidt tot ingrijpplicht) en erkent hiermee – zij het

7 Zie eerder hierover de fraaie beschouwing van G. van der Sangen, *Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid*, *TVOB* 2009, 6, p. 146.

8 HR 14 maart 2008, *JOR* 2008/94, m.nt. Holtzer (*TNT/cor*).

9 Wet van 3 maart 1998, *Stb.* 107.

10 H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, deel 21 in de serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Kluwer 1981, p. 164. Voor een andere benadering zie mijn *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 62.

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 15 (MvT).

12 Ondernemingskamer 9 juli 2013, *JAR* 2013/223, m.nt. Zaal (*Watts*). Voor een vergelijkbare uitspraak in het enquêterecht zie OK 8 oktober 2013, *JOR* 2014/94, m.nt. Verburg. Zie over dit onderwerp ook het proefschrift van L.G. Verburg, *Het territorium van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, Monografieën Sociaal Recht nr. 40, Deventer: Kluwer 2007.

13 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/465, m.nt. J.M.M. Maeijer (*OGEM*). Zie ook het commentaar van M.J.G.C. Raaijmakers, bij deze beschikking in de bundel *Jurisprudentie Ondernemingsrecht 1897/2014*, *Ars Aequi Libri* 2015, p. 225 (hierna: "AA-bundel").

14 M.J.G.C. Raaijmakers, *AA-bundel*, p. 225.

15 Vgl. Bartman/Dorresteijn, *Van het concern*, 8<sup>e</sup> dr., Deventer: Kluwer 2013, p. 107 e.v., met verdere literatuurverwijzingen.

16 OK 2 november 2015, *JOR* 2016/61, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Meavita*), r.o. 7.18. Zie ook de kritische bespreking van deze beschikking door M.J.G.C. Raaijmakers, *Meavita*: van "wanbeleid rechtspersoon" naar aansprakelijkheid bestuurders/commissarissen?!, *Ars Aequi*, maart 2016, p. 191.

niet met zoveel woorden – het concern en het concernbelang als rechtens relevante eenheden.

Zelf beschouw ik de veelbesproken *Cancun-beschikking* uit 2014 niet als een terugval in deze ontwikkeling.<sup>17</sup> Na zijn uitspraken inzake *ABN AMRO* en *ASMI*<sup>18</sup> lag het niet in de lijn der verwachting dat de Hoge Raad zou meegaan met het cassatiemiddel waarin (onderdeel 1.9.2) de stelling werd betrokken dat het bestuur van een joint-venture vennootschap zich primair dient te richten naar de belangen en wensen van de aandeelhouders. De praktijk mag zo uitpakken, het is zonder wetswijziging nu eenmaal geen uitgangspunt waarop ons vennootschapsrecht is gestoeld.

De door de Hoge Raad in OGEM ingestoken koers keert terug in het arrest *Sobi/Hurks* uit 2001 op het gebied van doorbraak van aansprakelijkheid.<sup>19</sup> De Hoge Raad verwijst in dit arrest ook met zoveel woorden naar de *OGEM-beschikking* in r.o. 5.3.8.3. Tevens vormt het arrest een bevestiging van de eerdere aanpak van de doorbraakproblematiek door de Hoge Raad in het arrest *Albada Jelgersma II*, net als de OGEM-beschikking daterend uit 1988.<sup>20</sup> In de kern komt die aanpak erop neer dat, indien de moedermaatschappij zich voorafgaand aan de insolventie van haar dochter intensief met diens gang van zaken heeft bemoeid, dit ook een verplichting van de moeder creëert om over haar dochter actief toezicht te houden teneinde schade te voorkomen, althans deze zoveel mogelijk te beperken. Men spreekt in dit verband wel van een moederlijke *zorgplicht*.<sup>21</sup> Dat die zorgplicht zich niet beperkt tot de dochter zelf (intern), maar zich ook uitstrekt tot schuldeisers van de dochter (extern), kan worden afgeleid uit het feit dat schending kan leiden tot een doorbraak van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ten gunste van die schuldeisers. Een bevestiging hiervan leest men in het arrest *Comsys Holding* uit 2009.<sup>22</sup>

Tussentijds, namelijk in 2001, vond de Hoge Raad het kenmerkend toch nodig om wat gas terug te nemen. Blijkbaar dreigde de evolutie van het concern als te onderscheiden rechtsinstituut in zijn ogen iets te ver door te schieten. In

het *Juno-arrest*, dat ging over bestuurdersaansprakelijkheid, oordeelde de Hoge Raad dat de bestuurder van een dochtervennootschap in zijn positiebepaling niet uitsluitend het concernbelang als maatgevend mag beschouwen.<sup>23</sup> Hij overweegt (r.o. 4.6): “Daarbij kan het belang van het concern een rol spelen, maar dit kan niet doorslaggevend zijn in die zin dat het prevaleert boven de andere bij de onderscheiden vennootschappen betrokken belangen.”

Aangenomen wordt dat de Hoge Raad hiermee bedoelt dat het concernbelang niet *op voorhand* doorslaggevend mag zijn, niet dat het onder omstandigheden nooit het zwaarste gewicht mag hebben.<sup>24</sup> Deze laatste uitleg zou zich immers niet verdragen met de (veronderstelde) visie van de Hoge Raad op het vennootschappelijk belang, dat immers steeds een afwijking van alle relevante belangen vergt.<sup>25</sup> Dat het concernbelang dan soms het zwaarst weegt, is onvermijdelijk.

Het *Juno-arrest* is overigens niet zonder kritiek gebleven. In haar noot bij het arrest van het Hof Arhem-Leeuwarden inzake het faillissement van de EAF-groep wijst Verboom met recht op de “gemangelde” positie van de dochterbestuurder in crisissituaties.<sup>26</sup> Die constatering verleidt haar vervolgens tot de volgende, redelijk vergaande uitspraak:

“Onwenselijk vind ik het overigens niet dat het hof tegemoet lijkt te komen aan de roep in de literatuur om de discrepantie tussen de economische realiteit van de veelvoorkomende figuur van het concern en de juridische ontkenning daarvan deels weg te nemen door, bijvoorbeeld bij het oordeel over bestuurlijk handelen, meer gewicht toe te kennen aan het concernbelang en meer oog te hebben voor de bedrijfseconomische doelmatigheid van het concernbeleid.”

Het is precies deze problematiek die de Reflection Group on the Future of EU Company Law (hierna: “Reflection Group”) in 2011 tot de suggestie bracht om door middel van de erkenning van het concernbelang aan dochterbestuurders een *safe harbour* te bieden tegen de dreiging van persoonlijke aansprakelijkheid (zie ook hierna).<sup>27</sup>

Kan het *Juno-arrest* worden beschouwd als een zekere pas op de plaats van de Hoge Raad bij de institutionalisering van het concern, met zijn *Landis-beschikking* uit 2005 heeft hij de daarvóór ingezette draad weer opgepakt. Deze uitspraak markeert een belangrijke stap in de voortschrijdende institutionalisering van het concern in het Nederlandse

17 HR 4 april 2014, NJ 2014/389, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/290, m.nt. De Haan, AA-bundel, p. 710, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancun*).  
 18 HR 13 juli 2007, NJ 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme (*ABN AMRO*) en HR 9 juli 2010, NJ 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2010/228, m.nt. Van Ginneken (*ASMI*).  
 19 HR 21 december 2001, NJ 2005/96, m.nt. Kortmann, JOR 2002/38, m.nt. Faber/Bartman (*Sobi/Hurks*).  
 20 HR 19 februari 1988, NJ 1988/487, m.nt. W.C.L. van der Grinten, AA-bundel, p. 178, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Albada Jelgersma II*).  
 21 Hierover o.a. J.B. Huizink, *Zorgplichten in het concern*, O&F 2010, afl. 4, p. 5 en M. Olaerts, *Herstructurering in concernverhoudingen: het vennootschappelijk belang, instructierechten en de autonomie van het bestuur van de dochtervennootschap*, TvOB 2015, nr. 6, p. 228.  
 22 HR 11 september 2009, NJ 2009/565, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2009/309, m.nt. Spinath, AA-bundel, p. 572, m.nt. Bartman (*Comsys*). Voor een toepassing van de “Comsys-leer” door de lagere rechter zie Hof 's-Hertogenbosch 25 februari 2014, RO 2014/38 (*RGB Solutions/Med Trust*). De zorgplichtgedachte als grondslag voor doorbraak van aansprakelijkheid herkent men ook in Hof Leeuwarden, 6 december 2012, JOR 2012/39, m.nt. Holtzer (*KHE Group/FNV*). Zie voor een recente doorbraak van aansprakelijkheid in kort geding Hof Amsterdam 13 januari 2015, JIN 2015/49, m.nt. Tersteeg.

23 HR 26 oktober 2001, NJ 2002/94, m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 2002/2, m.nt. Bartman (*Juno*).  
 24 Vgl. Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\** 2009/827.  
 25 Vgl. Casper Hamersma en Rik Mellenbergh, *Derdenwerking van het vennootschappelijk belang*, *Ondernemingsrecht* 2013/58.  
 26 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 november 2013, JOR 2014/32, m.nt. Verboom (*Rosenberg Polak q.q./Van Ommen*).  
 27 Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 2011. Hierover J.N. Schutte-Veenstra en M.A. Verbrugh, *Openbare raadpleging over de toekomst van het Europese vennootschapsrecht; een kritische bespreking*, *Ondernemingsrecht* 2012/136.

ondernemingsrecht door de erkenning van de zogeheten *concernenquête*.<sup>28</sup> Uit de wet vloeit voort dat alleen directe verschaffers van risicodragend vermogen (aandeelhouders en certificaathouders) aan de vennootschap de ondernemingskamer kunnen verzoeken een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van die vennootschap (art. 2:346 lid 1, onder b en c BW). In *Landis* oordeelde de Hoge Raad evenwel dat ook indirecte kapitaalverschaffers – namelijk via hun kapitaalbezit in de moeder – een enquête kunnen uitlokken, niet alleen bij die moeder maar ook bij haar dochters. Gevolg is dat bij gebleken wanbeleid de ondernemingskamer ook (eind)voorzieningen kan treffen tegen zowel de moeder als tegen haar in het onderzoek betrokken dochters, op de voet van art. 2:356 BW.

Het is de *economische werkelijkheid* van het concernverband die hiertoe noopt, aldus de Hoge Raad. In een hecht verbonden groep raakt het beleid en de gang van zaken op dochterniveau evenzeer het belang van de kapitaalverschaffers in de holding. De moeder voert haar onderneming immers met inzet van haar dochters. Het concern is voor de toepassing van het enquêterecht veeleer de relevante eenheid dan de individuele groepsmaatschappij.<sup>29</sup> De erkenning van de concernenquête sluit in zoverre logisch aan bij de eerdere erkenning van de concernleidingsplicht van de holding.

De geschetste institutionalisering van het concern in het ondernemingsrecht culmineert ten slotte in het *Bruil-arrest* uit 2007.

Bij de vraag of een bestuurder bij een bepaalde rechtshandeling of besluit een tegenstrijdig belang heeft, plaatst de Hoge Raad de aandeelhouder/bestuurder van een groep nadrukkelijk in een uitzonderingspositie (r.o. 3.6):

“In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.”<sup>30</sup>

In alinea 3 van zijn noot in de NJ bij dit arrest stelt Maeijer terecht de – retorische – vraag waarom deze uitzonderingspositie niet ook zou gelden voor de holdingmaatschappij die aan het hoofd van de groep staat. Aangenomen dat dit zo is, klinkt in deze *concernexceptie* in het tegenstrijdig belang-leerstuk onmiskenbaar de visie door dat het concern zich als te onderscheiden rechtsinstituut gewoonlijk kenmerkt door parallelie van belangen, juist vanwege de centrale aansturing vanuit de moedermaatschappij met het concernbelang als samenbindend *Leitmotiv*.<sup>31</sup>

### 3. ... maar niet te snel!

Kan men zeggen dat de Hoge Raad op typisch ondernemingsrechtelijk terrein, zoals bij medezeggenschap van werknemers, het enquêterecht, doorbraak van aansprakelijkheid en tegenstrijdig belang, niet beducht is om het concern als relevante eenheid te erkennen, waar het gaat om meer klassiek-vermogensrechtelijke thema's toont hij zich daarin een stuk terughoudender. Wij herkenden dit reeds in het *Juno-arrest* over aansprakelijkheid van bestuurders uit onrechtmatige daad. Hetzelfde kan worden gezegd voor de onderwerpen van draagplicht bij concernfinanciering en hoofdelijkheid uit een 403-verklaring.

Die terughoudendheid – misschien beter, besluiteloosheid – waar het gaat om draagplicht bij concernfinanciering klinkt sterk door in het *JVS Beheer-arrest* uit 2012.<sup>32</sup> Welke verdeelsleutel moet de feitenrechter hanteren als tussen de groepsmaatschappijen onderling hierover geen afspraak is gemaakt, wat gewoonlijk het geval is, en welk gewicht mag daarbij worden toegekend aan vormen van indirect profijt? Mocht men op basis van het eerdere *Rivier De Lek-arrest* uit 2003<sup>33</sup> nog verwachten dat de Hoge Raad ook op dit terrein het feit van het concernverband zou meewegen, in de vorm van een pro rata parte-draagplicht behoudens een billijkheidscorrectie, na het *JVS Beheer-arrest* kan men nog slechts de hoop daarop blijven koesteren.<sup>34</sup>

De Hoge Raad is er bij het formuleren van dit arrest kennelijk niet uitgekomen en geeft de feitenrechter op dit punt nauwelijks houvast. Hij valt terug op een weinig verhelderende passage uit de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW en verwijst de rechtzoekende ten slotte maar naar “*alle overige relevante omstandigheden van het geval.*” Of en in welke mate factoren als indirect profijt uit intragroepstransacties bij de draagplichtverdeling ook een rol kunnen spelen, blijft vooralsnog duister. Het is een welhaast klassiek en telkens terugkerend onderwerp, waarbij steeds de vraag wordt gesteld hoe de realiteit van het concern kan doorklinken in het

28 HR 4 februari 2005, NJ 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 2005/58, m.nt. van den Ingh, AA-bundel, p. 512, m.nt. Raaijmakers (*Landis*).

29 Overigens zonder dat de concernenquête daarmee als een bijzondere categorie van enquêtebevoegdheid moet worden beschouwd, vergeleken met die van andere afgeleid-gerechtigden. Zie hierover mijn bijdrage getiteld *Het goudschaaltje van Ingelse*, in de bundel *Ik ben niet overtuigd*, Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse, *Ars Aequi Libri* 2015, p. 43.

30 HR 29 juni 2007, NJ 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer, JOR 2007/169, m.nt. Leijten/Bartman (*Bruil*). Zie in dit verband ook mijn beschouwing getiteld *From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law*, *European Company Law (ECL)*, oktober 2007, p. 207.

31 Vgl. Bartman/Dorresteyn, a.w., p. 287.

32 HR 13 juli 2012, NJ 2012/447, JOR 2012/306, m.nt. Bergervoet, AA-bundel, p. 663, m.nt. Bartman (*Janssen q.q./JVS Beheer*).

33 HR 18 april 2003, JOR 2003/160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek*).

34 Vgl. Bartman/Dorresteyn, a.w., p. 277. Het door de Belastingkamer van de Hoge Raad gewezen arrest van 1 maart 2013, JOR 2013/195, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*) duidt er overigens op dat de Hoge Raad het indirecte profijt dat elke groepsmaatschappij van het concernverband doorgaans heeft, wel degelijk onderkent.

systeem van juridische toerekening.<sup>35</sup> De hardnekkigheid van dit thema deed Rijkers in haar commentaar bij het *JVS-Beheer arrest* verzuchten: “Je kunt je afvragen of het er niet gewoon bij hoort dat concernvennootschappen in beginsel meedragen in de concernschuld.”<sup>36</sup>

Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad over hoofdelijke aansprakelijkheid uit een zogeheten 403-verklaring herkent men zijn beduchtheid om het concernverband op dit terrein speciale betekenis en gewicht te geven. Verwezen zij naar de *SNS-beschikking* uit 2014.<sup>37</sup> De Hoge Raad had hierbij te oordelen, in het kader van de bepaling van de prijs van de onteigende SNS-obligaties, of die vorderingen niet alleen achtergesteld zijn in het vermogen van de uitgever, SNS Bank NV, maar of dit ook het geval is in het vermogen van haar moedermaatschappij SNS Reaal NV. Neen, oordeelt de Hoge Raad, SNS Reaal is immers niet meer dan een derde ten opzichte van de schuldeisers van SNS Bank. Hij overweegt als volgt (r.o. 4.34.4):

“De omstandigheid dat de betrokken crediteuren met SNS Bank een achterstelling zijn overeengekomen, zegt immers alleen iets over hun positie bij verhaal op het vermogen van SNS Bank. Indien de overeenkomsten ‘niets zeggen’ over de verhaalspositie van de betrokken crediteuren ten opzichte van een derde, zoals de ondernemingskamer heeft vastgesteld, valt niet in te zien waarom (...) het risico dat de crediteuren in hun verhouding tot SNS Bank hebben aanvaard ook zou gelden ten opzichte van een zodanige derde. (...) Een door een schuldeiser met SNS Bank overeengekomen achterstellingsbeding heeft dan ook geen invloed op het verhaal van die schuldeiser op het vermogen van een derde, zoals SNS Reaal, die uit hoofde van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor de desbetreffende verbintenis en die geen partij was bij het achterstellingsbeding.”

Realiseert men zich dat – ook in dit geval – moeder en dochter in hoge mate als een economische eenheid opereerden, dan komt het toch wat vreemd over dat de Hoge Raad SNS Reaal NV ten opzichte van de schuldeisers van haar dochter als een volslagen buitenstaander aanmerkt. Het doet vermoedelijk ook geen recht aan de wijze waarop de SNS-groep door de obligatiehouders destijds werd beschouwd toen zij de achterstelling accepteerden. Rechtswerkelijkheid en rechtsbeleving lijken hier uiteen te lopen. In elk geval is

de visie op het concern die uit de geciteerde overweging spreekt ver verwijderd van de eerdergenoemde institutionele opvatting, welke doorklinkt in andere rechtspraak van de Hoge Raad.

#### 4. Evaluatie en slotconclusie

Overziet men zo de rechtspraak van de Hoge Raad, dan dringt de conclusie zich op dat hij zich niet goed raad weet met de positie van het concernverschijnsel in ons ondernemingsrecht. Waar het concern in sommige uitspraken *con amore* lijkt te worden omarmd (*OGEM, Albada Jelgersma II, Landis, Bruil*), lijkt het in andere uitspraken bij de Hoge Raad een zeker schrik-effect teweeg te brengen en deinst hij terug (*Juno, JVS Beheer, SNS*). Erg verbazingwekkend hoeft dat ook weer niet te zijn, omdat het ondernemingsrecht nu eenmaal een allegaartje van regels is, variërend van organisatierecht, verantwoordings- en aansprakelijkheidsrecht tot zuiver vermogensrecht. En omdat al die deelgebieden verschillende oogmerken hebben, is het wel begrijpelijk dat de Hoge Raad ten opzichte van het concern als niet in onze wetgeving geregelde entiteit variërende attitudes laat zien.

Dat de Hoge Raad het concern, zijnde de meest gebruikelijke ondernemingsvorm, als relevante eenheid beschouwt om medezeggenschap van werknemers te effectueren en om verantwoording door bestuurders via het enquêterecht te laten afleggen, illustreert slechts dat onze hoogste rechter zijn ogen niet voor de werkelijkheid sluit. Aanzienlijk meer moed zou het vergen de draagplicht bij concernfinanciering mede te enten op profijtvormen die zich niet direct en calculeerbaar als toename van het vermogen van een groepsmaatschappij laten traceren. Gelijke moed is nodig om een overeenkomst van achterstelling met een dochtervennootschap ook te laten doorwerken op het niveau van de moedermaatschappij, ofschoon deze laatste geen partij bij de overeenkomst is. Hier raakt men immers aan basisbeginselen van ons vermogensrecht en dat verklaart ook de beduchtheid van de Hoge Raad.

Is hiermee nu alles gezegd over de stand van het concernrecht in ons land? Neen, het toetje is natuurlijk de doorbraak van aansprakelijkheid. Wat mij daarbij opvalt, is dat de Hoge Raad wel bereid is om aan het concern, via de moederlijke zorgplicht (*Albada Jelgersma II, Sobi-Hurks, Coral-Stalt, Comsys*), een aansprakelijkheidstoerekenende *invloed naar boven* te verschaffen, maar een op dezelfde leest geschoeide, disculperende *invloed naar beneden* ontbreekt tot nu toe. De holding en zijn bestuurders dienen vanaf een zeker peilmoment bij de dochter in te grijpen, op straffe van schadeplicht, maar een arrest waarin een dochterbestuurder zich succesvol verweert met een beroep op instructies van de moeder, is mij nog niet bekend.<sup>38</sup>

35 Een van de meest overtuigende beschouwingen in dit verband vind ik nog steeds die van J.M.H.P. van Neer-Van den Broek, Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres, in de bundel *Handelsrecht tussen “Koophandel”* en *Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 115.

36 Vgl. D.H.J. Rijkers, Draagplichtverdeling bij concernfinanciering: wie krijgt de schuld?, *V&O* 2012, nr. 10, p. 172. Zie ook P.P. Jongen, M&A: Regressie bij uitvaren dochtervennootschap uit concernfinanciering, *Bb* 2015/6, p. 61, alsmede A.W.N. Oomen, Externe aansprakelijkheid en/of interne draagplicht?, *JuTD* 2012, nr. 21, p. 16. Over deze problematiek in het mededingingsrecht zie M.G. Bredenoord-Spoek, De mededingingsrechtelijke boete in concernverband: wie heeft de draagplicht? *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*, 2015, nr. 3, p. 23.

37 HR 20 maart 2015, *NJ* 2015/361, m.nt. P. van Schilfgaarde/Winter, *JOR* 2015/140, m.nt. Josephus Jitta, *JIN* 2015/82, m.nt. Van der Kraan (SNS).

38 De lagere rechtspraak geeft daarvan wel een voorbeeld, zij het dat het daarbij ging om interne aansprakelijkheid van bestuurders ex art. 2:9 BW. Zie Rb. Amsterdam 12 januari 2011, *JOR* 2011/250, m.nt. Bulten (*Canicula/ING Trust*).

Ik heb in dit verband gewezen op het *Juno-arrest* en deel de kritiek hierop van Verboom. Ook ik meen dat in het doen en laten van dochterbestuurders het concernbelang, zoals de concernleiding dat ziet, in beginsel maatgevend zou moeten zijn. Uiteraard met als ondergrens de schending van rechten van derden of een disproportionele verwaarlozing van het eigen vennootschappelijk belang. In zoverre vind ik de term *safe harbour* ook niet juist. Het dochterbestuur resteert immers altijd de taak van een volle rechtmatigheids- en een marginale doelmatigheidstoetsing. Mogelijk dat de erkenning van het concernbelang in de EU de Hoge Raad kan bewegen om bedoelde disculperende werking van het concern naar beneden in de nabije toekomst te erkennen. Opname van een concrete instructiebevoegdheid in de statuten van de dochter, op de voet van art. 2:239 lid 4 BW, wil daarbij vermoedelijk wel helpen.<sup>39</sup>

Een omgekeerd effect is overigens ook niet ondenkbaar. Naarmate de concernleiding na invoering van de Wet Flex-BV langer talmt om haar gezag via een formele instructiebevoegdheid gestalte te geven, zal het voor haar in voorkomend geval lastiger worden om de rechter ervan te overtuigen dat het vennootschappelijk belang van de dochter moet wijken voor het concernbelang. Beginselen van *corporate governance* vergen nu eenmaal een adequate en geactualiseerde inrichting van de vennootschappelijke verhoudingen binnen de concernorganisatie. Laat de concernleiding dit na, dan staat niet alleen vast dat een instructiebevoegdheid ontbreekt<sup>40</sup>, maar dan kan dit dus ook andere rechtsgevolgen hebben. Art. 2:239 lid 4 BW dwingt, zeker in combinatie met een nog hechtere verankering van het concernbelang als overstijgende grootheid in ons vennootschapsrecht, het concern in zoverre kleur te bekennen over de verhouding van de holding tot haar deelnemingen. Ik vind dat een goede zaak.

In samenhang hiermee kan een EU-brede erkenning van het concernbelang, in combinatie met een concrete instructiebevoegdheid in de statuten van de dochter ex art. 2:239 lid 4 BW, een omslag teweegbrengen in de verdeling van de stelplicht en bewijslast bij geschillen tussen moeder en dochter.<sup>41</sup> Dit onderdeel van het procesrecht wortelt immers in het materiële recht. Vormt het concernbelang (zoals de concernleiding dat definieert!) integraal onderdeel van ons vennootschapsrecht, dan is het in voorkomend geval aan het dochterbestuur om te stellen en zo nodig te bewijzen dat uitvoering van een bepaalde instructie inbreuk maakt op rechten van derden, dan wel het eigen vennootschappelijk belang te zeer bedreigt. Slaagt het dochterbestuur daar

niet in, dan ligt daar ook het bewijsrisico en is moeders wil alleen al om die reden wet. Misschien zou dat nog wel het meest concrete gevolg zijn voor de rechtspraak in ons land.

39 Anders, indien ik hem goed begrijp, R.G.M. Dahmen, De aanwijzingsbevoegdheid van het gewijzigde art. 2:239 lid 4 BW: toepassing, toetsing, afdwingbaarheid en aspecten van aansprakelijkheid in concernperspectief, *TvOB* 2014/2, p. 61.

40 Vgl. L. Timmerman in Handboek notarieel ondernemingsrecht, Deel 132-1 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 6, die in dat geval nog wel ruimte ziet om een instructierecht te baseren op de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Dit lijkt mij een onvoldoende basis voor een structurele bevoegdheidsallocatie in de vennootschap.

41 Vgl. Bartman/Dorresteyn, a.w., p. 96.