

Instructiebevoegdheid en de aansprakelijkheid van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler van haar dochter-bv op grond van art. 2:248 lid 7 BW: een kwestie van balans*

D. Mokkberolsafa

1 Inleiding

Het is lange tijd onderwerp van discussie geweest of het toegestaan was om aan de algemene vergadering een concrete instructiebevoegdheid toe te kennen jegens het bestuur.¹ Concrete instructies vormen namelijk een zwaardere inbreuk op de bestuursautonomie dan algemene instructies. In concernverhoudingen is het geven van concrete instructies echter eerder regel dan uitzondering.² Gezien de participatie in het aandelenkapitaal van de dochter vennootschap beschikt de moeder vennootschap immers over een instructiemacht die haar in staat stelt het bestuur van de dochter vennootschap te beïnvloeden en haar wil op te dringen.³ Omdat er een zekere spanning tussen de wet en de praktijk bestond, is het onderscheid tussen algemene en concrete instructies sinds 1 oktober 2012 vervallen, althans voor de bv.⁴ De in jurisprudentie en literatuur reeds erkende feitelijke instructiemacht van de moeder vennootschap heeft een concrete wettelijke basis gekregen in art. 2:239 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW).⁵ Anders gezegd, binnen het wettelijk kader is er de erkenning voor een meer concernrechtelijke benadering.⁶ Hoewel de wetwijziging geen wezenlijke veranderingen met zich brengt, is er wel aanleiding om tegen de achtergrond ervan de doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen nader te bespreken.

Het klassieke ‘doorbraakprobleem’ dat in dit artikel aan de orde is, komt erop neer dat de moeder vennootschap – door het geven van instructies aan het doch-

* Dit artikel is inhoudelijk afgerond in mei 2014.

1 Expertgroep, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 6 mei 2004, p. 34.

2 Kamerstukken II 2006-2007, 31058, 3, p. 90.

3 M. Olaerts, De beperkte bestuurder, Ondernemingsrecht 2012, afl. 2, p. 47. Zie HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m.nt. Bartman (Hurks II).

4 Expertgroep 2004, p. 34.

5 M.G. van den Boogerd & E.J. Luten, De nieuwe flex-bv en doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen, MvV 2013, afl. 3, p. 74.

6 N. van Dijk, Aanwijzingsbevoegdheid bij de flex-bv, Bb 2013/64, p. 219.

terbestuur – haar invloed met betrekking tot haar dochtervennootschap op een onbehoorlijke wijze uitoefent en dientengevolge schade berokkent aan de crediteuren van die dochter.⁷ Het gaat hier om de vraag of de belangen van de moeder-vennootschap – het concernbelang – op onaanvaardbare wijze prevaleren boven de belangen van de dochtervennootschap.⁸ De discussie in de literatuur richt zich voornamelijk op de aansprakelijkstelling van de moedervennootschap op grond van art. 6:162 BW.⁹ Ook in de jurisprudentie is dit de heersende benadering. Veel minder aandacht krijgt de vraag of de moedervennootschap, als gevolg van het geven van een instructie, gekwalificeerd kan worden als medebeleidsbepaler en zodoende op grond van art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor het tekort in de faillissementsboedel van haar dochter.¹⁰ Deze kwestie wordt in dit artikel aan de orde gesteld aan de hand van de vraag: brengt het geven van een concrete instructie de moedervennootschap nu eerder in de gevarenzone om door de curator – namens de crediteuren van de failliete dochter-bv – op grond van art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk te worden gesteld?¹¹

Hierna zullen in paragraaf 2 eerst de vereisten voor de kwalificatie van de moedervennootschap als medebeleidsbepaler uiteen worden gezet. Daarna komt in paragraaf 3 het instructierecht van de moedervennootschap op grond van art. 2:239 lid 4 BW aan de orde. In deze paragraaf wordt ook ingegaan op de gevolgen van een concrete instructie van de moedervennootschap voor de positie van het dochterbestuur in hechte concernverhoudingen. Vervolgens zal in paragraaf 4 de aansprakelijkstelling van de moedervennootschap op grond van art. 2:248 lid 7 BW in het licht van haar concrete instructies worden besproken. De stelplicht en bewijslast van partijen komen in paragraaf 5 aan de orde. In deze paragraaf worden ook de disculpatiemogelijkheden besproken. Tot slot wordt in paragraaf 6 de bovengenoemde onderzoeksvraag beantwoord, waarna een conclusie wordt gegeven met betrekking tot de gevolgen van de nieuwe versie van art. 2:239 lid 4 BW voor de positie van de moedervennootschap.

7 C.Æ. Uniken Venema, Doorbraak in concernverhoudingen, gezien in het licht van de misbruik-ontwerpen, WPNR (1981) 5575, p. 585.

8 Idem.

9 Zie bijv. Van den Boogerd & Luten 2013, M. Olaerts, Perikelen in concernverhoudingen, TvOB 2011, afl. 1, p. 6-13 en G.J.H. van der Sangen, Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid, TvOB 2009, afl. 6, p. 146-153.

10 De term doorbraak van aansprakelijkheid heeft vaak betrekking op een indirecte doorbraak naar de moedervennootschap op grond van art. 6:162 BW; 'doorbraakjurisprudentie' heeft dan ook betrekking op dergelijke vorderingen. Een vordering op grond van art. 2:248 lid 7 BW is van een ander bereik en grondslag.

11 Daarbij wordt alleen gekeken naar de dochter-bv in hechte concernverhoudingen (zie par. 3). Bovendien worden de gevolgen van de instructiebevoegdheid van de moedervennootschap voor een vordering van de zogeheten onvrijwillige crediteuren van de dochtervennootschap in dit artikel niet besproken.

2 De moedervennootschap als medebeleidsbepaler

Onder omstandigheden kan de moedervennootschap als medebeleidsbepaler van haar dochtervennootschap in de zin van art. 2:248 lid 7 BW worden aangemerkt en zodoende aansprakelijk worden gesteld.¹² De heersende leer is dat hiervoor de volgende vier cumulatieve voorwaarden gelden:¹³

- 1 het faillissement van de dochtervennootschap;
- 2 de kwalificatie van de moedervennootschap als medebeleidsbepaler;
- 3 kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur van de dochtervennootschap;¹⁴ en
- 4 de aannemelijkheid van een belangrijk causaal verband tussen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het dochterbestuur en het faillissement van de dochtervennootschap.

Hierbij moet echter direct worden opgemerkt dat een concrete instructie van de moedervennootschap wijziging tot stand kan brengen in de bovenstaande voorwaarden. Zoals verderop in dit artikel zal blijken, kan het opvolgen van de instructie tot gevolg hebben dat samenvval plaatsvindt van enerzijds de kwalificatie van de moedervennootschap als medebeleidsbepaler en anderzijds de vaststelling dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur (zie par. 4). Een concrete instructie kan tot gevolg hebben dat er kennelijk onbehoorlijk wordt bestuurd, maar tevens dat de bestuurders van de dochtervennootschap zich kunnen disculperen van de aansprakelijkheid voor dat kennelijk onbehoorlijk bestuur. Hoewel er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de dochtervennootschap, wordt dat het dochterbestuur niet verweten en dus kan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur geen belangrijke oorzaak van het faillissement van de dochtervennootschap hebben gevormd. Het gaat in dat geval dan ook niet om een causaal verband tussen de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur en het faillissement van de dochtervennootschap, maar om een causaal verband tussen het optreden van de moedervennootschap als medebeleidsbepaler en het faillissement van de dochtervennootschap. In die situatie vervalt de bovengenoemde vierde voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de moedervennootschap. In paragraaf 5 wordt hier verder op ingegaan. Hierna wordt eerst gekeken naar de vraag wanneer de moedervennootschap door haar gedragingen als medebeleidsbepaler kan worden gekwalificeerd.

- 12 Om deze figuur aan te duiden wordt in de literatuur ook gebruik gemaakt van de termen feitelijke beleidsbepaler, quasibestuurder en feitelijke bestuurder; zie S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2013, p. 322. Zo meent Lennarts bijv. dat de term feitelijk bestuurder de voorkeur verdient, omdat beleidsbepaler in concernverhoudingen onduidelijkheid kan veroorzaken; zie M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 176 onder noot 12.
- 13 Zie Bartman & Dorresteyn 2013, p. 321.
- 14 Volgens Van Schilfgaarde kunnen de termen 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' en 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' in art. 2:248 BW als onderling verwisselbaar worden beschouwd; zie P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen (IVO-serie, deel 3), Deventer: Kluwer 1986, p. 20). In dit artikel worden dan ook beide termen gebruikt om het derde vereiste aan te duiden.

Uit de wettekst van art. 2:248 lid 7 BW volgt dat vereist is dat de medebeleidsbepaler is opgetreden 'als ware hij bestuurder'.¹⁵ De parlementaire geschiedenis verduidelijkt dat er enerzijds *directe bemoeienis* met het bestuur moet zijn en anderzijds een *feitelijke terzijdestelling* van het bestuur.¹⁶ Dat door de centrale leiding in het algemeen meer of minder diep in het beleid van de concernverbonden vennootschappen wordt ingegrepen, is inherent aan concernverhoudingen.¹⁷ Bovendien is de moeder vennootschap gehouden aan de uit de jurisprudentie afgeleide concernleidingsplicht, die onder andere bestaat uit het proactief implementeren van de concernstrategie bij haar dochters.¹⁸ De moeder is derhalve 'belast met het voorbereiden, vaststellen en uitvoeren van de concernstrategie en het daarbij behorende beleid per bedrijfsonderdeel'.¹⁹ Vaak zal het beleid dat gevoerd gaat worden in de dochtervennootschap in onderling overleg met het dochterbestuur en de moedervennootschap tot stand komen.²⁰ In concernverhoudingen zal dus al gauw sprake zijn van directe bemoeienis van de moedervennootschap met het dochterbestuur. Omdat tevens feitelijke terzijdestelling is vereist, leidt directe bemoeienis op zichzelf niet tot medebeleidsbepaling als bedoeld in art. 2:248 lid 7 BW.²¹

2.1 Feitelijke terzijdestelling

Wat feitelijke terzijdestelling inhoudt, valt niet precies aan te geven. Letterlijk betekent dit dat de moedervennootschap het dochterbestuur onder dreiging van ontslag of schorsing dwingt tot het verrichten van bepaalde handelingen (die kennelijk onbehoorlijk bestuur van de dochter opleveren). In de jurisprudentie is echter aan de orde gekomen dat feitelijke terzijdestelling niet slechts in deze letterlijke zin moet worden geïnterpreteerd. Dat slechts van medebeleidsbepaler kan worden gesproken indien sprake is van afdwingen van bestuurshandelingen, vaak onder dreiging van schorsing of ontslag van het formele bestuur, werd door A-G Timmerman in zijn conclusie van het arrest Lebon/Hellendoorn q.q. niet als juist

- 15 De verweten handeling moet het gevolg zijn van de uitoefening van een bestuurstaak. Ook beïnvloeding van deze handelingen valt onder de bestuurstaak. Volgens Schreurs is kennelijk bedoeld om die personen als medebeleidsbepalers aan te merken die het bestuur van de vennootschap hebben aangezet om bepaalde bestuurshandelingen te verrichten. Zie J.A.W. Schreurs in: L.G.H.J. Houwen e.a., *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 860-865.
- 16 De moedervennootschap moet uit hoofde van haar machtspositie de leiding van de dochter in handen nemen en rechtstreeks haar wil opleggen aan de formele bestuurders. Zie Kamerstukken II 1983/84, 16631, 6, p. 24.
- 17 L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 55.
- 18 Van der Sangen 2009, p. 148.
- 19 Van der Sangen 2009, p. 147.
- 20 Schreurs 1993, p. 859.
- 21 In die zin valt de intensieve en indringende bemoeienis met het beleid van de dochter uit het Albada Jelgerma II-arrest niet zonder meer samen met medebeleidsbepaling uit lid 7. Zie Bartman & Dorresteyn 2013, p. 324.

aanvaard.²² Ook bij een later arrest van 2 september 2011 handhaaft hij deze gevolgtrekking. Wel voegt hij daaraan toe dat voor de terzijdestelling vereist is dat de wil van de feitelijke leidinggever aan de formele bestuurder wordt opgelegd, wat aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld dient te worden. De feiten en omstandigheden die in dit arrest relevant werden geacht voor de beoordeling of er sprake was van terzijdestelling, hadden betrekking op het functioneren van het formele bestuur. De enig bestuurder was niet veel meer dan uitvoerder van het door de aandeelhouder in Dublin bepaalde beleid en de bestuursfunctie had weinig of geen inhoud. Volgens de A-G lag hierin besloten dat het bestuur feitelijk terzijde was gesteld.²³

Ook in de literatuur wordt aanknoping gezocht bij het functioneren van het dochterbestuur voor de vaststelling van de feitelijke terzijdestelling ervan door de moedermaatschappij. Zo stelt Uniken Venema dat er van terzijdestelling gesproken kan worden wanneer het dochterbestuur zijn wettelijke bestuurstaak niet of niet volledig uitvoert.²⁴ Naar Nederlands recht is de bevoegdheid tot besturen van de vennootschap aan het bestuur toegekend.²⁵ Het voorbereiden, vaststellen en uitvoeren van het beleid van de vennootschap behoort tot de bestuurstaak.²⁶ Het bestuur is tegenover de vennootschap gehouden tot een behoorlijke vervulling van de aan hem opgedragen taak (art. 2:9 BW). Daartoe behoort dat het bestuur zich richt naar het vennootschappelijk belang.²⁷ Hieraan kan het bestuur alleen invulling geven, indien het 'in een zekere zelfstandigheid de verschillende belangen tegen elkaar kan afwegen'.²⁸ Het bestuur heeft dus 'een afwegingsplicht'.²⁹ Indien het dochterbestuur geen zelfstandige belangenafweging uitvoert, kan er niet gesproken worden over een behoorlijke vervulling van zijn taak, het blijft

22 'Het (mede)bepalen van beleid "als ware hij bestuurder" kan onder meer geschieden doordat de formele bestuurders dit gedogen, door het geven van opdrachten aan de formele bestuurder die de opdrachten opvolgen en in de meer vergaande vorm dat de feitelijke bestuurder op zodanige wijze het beleid bepaalt dat de formele bestuurders feitelijk terzijde worden gesteld.' HR 17 november 2006, RvdW 2006/1082 (Lebon/Hellendoorn q.q.), onder 1.22. In 2.2 stelt de A-G: 'Voor een restrictieve uitleg van het begrip "feitelijk medebestuurder", zoals [eiser] in het cassatiemiddel heeft betoogd, biedt de parlementaire geschiedenis geen steun.' De Hoge Raad verwierpt dit cassatiemiddel met toepassing van art. 81 Wet RO. 'Uit het feit dat het hier een rechtsklacht en geen motiveringsklacht betrof, mag men wellicht afleiden dat de Hoge Raad het ruime standpunt van de advocaat-generaal in dezen deelt, aldus Bartman & Dorresteyn (2009, p. 298).

23 Zie conclusie A-G Timmerman onder 3.2 bij HR 2 september 2011, RI 2012/1 (Atlanco Rimec Group Ltd).

24 Uniken Venema 1981, p. 591.

25 M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989, p. 85. Zij stelt dat uit het artikel niet volgt wat besturen van de vennootschap inhoudt. Ook Winter stelt dat wat onder 'besturen' moet worden verstaan, niet met exactheid valt aan te geven. Zie J.W. Winter, *Concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1992, p. 112. Beiden verwijzen naar de definitie van bestuurstaak zoals Van Schilfgaarde die hanteert (zie noot 14).

26 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 159.

27 Winter 1992, p. 115.

28 F.J.P. van den Ingh, *De bevelsstructuur in de vennootschap*, in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69), Deventer: Kluwer 2002, p. 16.

29 Van den Ingh 2002, p. 16.

immers in gebreke voor wat betreft het behartigen van de 'eigen' belangen van de vennootschap.³⁰ Feitelijke terzijdestelling van het dochterbestuur vindt dan ook plaats indien het nagenoeg geen invloed heeft kunnen uitoefenen op bepaalde besluiten betreffende het beleid en indien het geen zelfstandige belangenafweging heeft kunnen maken.³¹ Voor de conclusie dat de moedervennootschap medebeleidsbepaler is in de zin van art. 2:248 lid 7 BW is derhalve vereist dat uit de feiten en omstandigheden van een concrete situatie blijkt dat het bestuur van de dochtervennootschap zodanig feitelijk ondergeschikt is aan de moedervennootschap dat laatstgenoemde gezien moet worden als degene die feitelijk het bestuur uitoefent.³² Het is hierbij niet van belang of het dochterbestuur zijn medewerking verleent onder druk van machtsmiddelen dan wel het optreden van de moedervennootschap gedooft. De wetgever beoogde immers met art. 2:248 lid 7 BW het gebruik van 'katvangers of stromannen' (die als bestuurder neergezet worden, maar eigenlijk een inhoudsloze functie hebben) tegen te gaan.³³

Daar kan aan worden toegevoegd dat, zoals Uniken Venema benadrukt, in concernverhoudingen de ratio van aansprakelijkstelling ingevolge het bepaalde uit lid 7 uiteindelijk gelegen is in de inbreuk op de bestuursautonomie van de dochter.³⁴ Het beginsel van bestuursautonomie houdt in dat het bestuur de plicht heeft om zijn verantwoordelijkheid waar te maken.³⁵ Indien het daarin tekortschiet, kan dit leiden tot aansprakelijkheid, daar waar in het verlengde van verantwoordelijkheid aansprakelijkheid ligt.³⁶ Van deze dreigende aansprakelijkheid op de achtergrond gaat een zekere disciplinerende werking uit.³⁷ De gedachte is dat de bestuursautonomie bijdraagt aan een goede *corporate governance*, aldus Huizink.³⁸ In concernverhoudingen gaat het derhalve om een correcte balans tussen de centrale leiding en de bestuursautonomie van de dochtervennootschap, waarbij het laatste beginsel bepalend is voor de ruimte die het dochterbestuur heeft om zich te verzetten tegen de wil van de moeder.³⁹ Wanneer er een 'tengen-

30 Uniken Venema 1981, p. 591.

31 Uniken Venema 1981, p. 16; M. Olaerts, Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 167.

32 Schreurs 1993, p. 871.

33 Schreurs 1993, p. 871, onder noot 64.

34 S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 126, bij bespreking van de opvattingen van Uniken Venema in verband met art. 2:248 lid 7 BW.

35 Winter 1992, p. 122. In die zin spreekt Honée van een 'functionele betekenis' van de autonomie; zie H.J.M.N. Honée, 'De overheidscommissaris en de norminstructie van het vennootschappelijk belang', in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), Goed en trouw: opstellen aangeboden aan prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 113.

36 Van den Ingh 2002, p. 16.

37 J.B. Huizink, Het vennootschapsrecht en de werkelijkheid, WPNR (2009a) 6803, p. 532.

38 Huizink 2009, p. 532. Het beginsel van bestuursautonomie hangt nauw samen met de institutionele opvatting van de dochteronderneming. Daaruit volgt dat het bestuur niet de taak heeft een bepaald belang, zoals dat van de aandeelhouders, te dienen, maar het complexe belang van de vennootschap. Zie Van Achterberg 1989, p. 89.

39 Bartman & Dorresteyn 2009, p. 90.

wicht' in de relatie van de moeder vennootschap tot het dochterbestuur ontbreekt, rechtvaardigt dit aansprakelijkstelling van de moeder vennootschap op grond van art. 2:248 lid 7 BW.⁴⁰

3 Instructierecht van de moeder vennootschap

Een met de in het voorgaande geschetste 'correcte balans' nauw samenhangende kwestie is de gehoudenheid van het dochterbestuur van een bv om concrete instructies van de moeder op te volgen. Met het toekennen van een wettelijke instructiebevoegdheid aan de moeder vennootschap wordt tevens erkend dat het belang van de moeder vennootschap – het concernbelang – bij het geven van een instructie voorop mag staan.⁴¹ De tweede zin van de nieuwe versie van art. 2:239 lid 4 BW stelt daaraan echter wel een grens door te bepalen dat het bestuur 'gehouden [is] de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat het bestuur niet slaafs de instructies van een ander orgaan mag opvolgen, maar een zelfstandige belangenafweging dient uit te voeren.⁴² Met de zelfstandige belangenafweging moet het dochterbestuur voorkomen dat het vennootschappelijk belang geschonden wordt.⁴³ Uitgangspunt van art. 2:239 lid 4 BW is dus een zekere mate van bestuursautonomie.⁴⁴ Op het bestuur wordt de verantwoordelijkheid gelegd het vennootschappelijk belang te waarborgen.⁴⁵ In de nieuwe opzet van art. 2:239 lid 4 BW vormt het vennootschappelijk belang van de dochter vennootschap aldus een correctiefactor op het

40 Uniken Venema 1981, p. 591.

41 Van den Ingh 2002, p. 21. Zie ook Bartman & Dorresteyn 2013, p. 96.

42 Kamerstukken II 2006-07, 31058, 3, p. 90. Met betrekking tot concernverhoudingen wordt opgemerkt dat dit betekent 'dat het bestuur van de dochter de instructies van de moeder als aandeelhouder dient te toetsen aan het belang van de dochter vennootschap'. Dat het concernbelang ook moet worden meegewogen, komt duidelijk naar voren in het rapport van de Expertgroep. Daarin wordt gesproken over 'het concernrechtelijk gekleurde vennootschappelijk belang' van de dochter vennootschap (zie Expertgroep 2004, p. 34-35). Dit zal ook de reden zijn geweest voor de wetgever om niet de eerste zin van art. 2:239 lid 4 BW in te perken ('alleen instructierecht ingeval het in belang van de vennootschap is'), maar de tweede zin, aldus Van Dijk 2013, p. 219.

43 M. Löwenberg, Bestuursautonomie en instructiebevoegdheid binnen het concern, V&O 2005, afl. 12, p. 216. De toets van het dochterbestuur is derhalve een rechtmatigheidstoets, in die zin dat het dochterbestuur moet voorkomen dat er onevenredig afbreuk wordt gedaan aan een van de andere bij de dochter vennootschap betrokken belangen. Zie ook Van den Ingh 2002, p. 15, en H.J.M.N. Honée, 'Aansprakelijkheid in concernverhoudingen', in: De nieuwe misbruikwetgeving (IVO-serie, deel 2), Deventer: Kluwer 1986, p. 111.

44 Van Dijk 2013, p. 219. Ook bij de flexibilisering van het bv-recht wordt aldus uitgegaan van een institutionele opvatting omtrent de concernverbonden bv (zie Kamerstukken II 2006-07, 31058, 3, p. 6). Zie ook G.J.J. van der Sangen & M.J.G.C. Raaijmakers, Modernisering van het BV-recht en crediteuren bescherming, TvOB 2004, afl. 6, p. 255.

45 Olaerts 2012, p. 47.

concernbelang.⁴⁶ Indien de instructie van de moeder vennootschap – en inherent daaraan het concernbelang – leidt tot een onevenredige schending van de andere bij de vennootschap betrokken belangen, is er ruimte voor een correctie hierop met behulp van het vennootschappelijk belang.⁴⁷ Ook bij concrete instructies gaat het derhalve om een correcte balans: een balans tussen het instructierecht van de moeder vennootschap en de eigen verantwoordelijkheid van het dochterbestuur.⁴⁸ Het vennootschappelijk belang fungeert daarbij ‘als een soort misbruikexceptie’⁴⁹ voor het dochterbestuur teneinde een correct machtsevenwicht in concernverhoudingen te behouden.⁵⁰

3.1 Positie van het dochterbestuur in hechte concernverhoudingen

Bij grote verwevenheid zal wat in het belang van het concern is vrijwel altijd ook in het belang van de dochter vennootschap zijn.⁵¹ De feitelijke integratie van een vennootschap binnen een concern kan zelfs zo ver gaan dat haar bestaan daarbuiten praktisch onmogelijk is.⁵² Een voorbeeld hiervan is een vanuit het concern opgerichte 100%-dochter vennootschap voor een specifieke taak ter uitvoering van het concernbeleid. In dergelijke hechte concernverhoudingen dient het dochterbestuur zich in beginsel te voegen naar het concernbeleid.⁵³ Door middel van concrete instructies heeft de moeder vennootschap een extra basis om het concernbeleid – ter verwezenlijking van het concernbelang – in of door de dochter vennootschap te laten uitvoeren.⁵⁴ Daarmee bepaalt de moeder vennootschap (gedeeltelijk) het beleid van de dochter vennootschap.⁵⁵ De moeder vennootschap neemt zodoende het gedeelte van de bestuurstaak betreffende het voorbereiden en vaststellen van het beleid van het dochterbestuur over.⁵⁶ Voor het dochterbestuur resteert dan slechts het uitvoeringsgedeelte van de bestuurstaak in een

46 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 96. Hierbij moet worden opgemerkt dat ook voor de wijziging van art. 2:239 lid 4 BW in de rechtspraak beslist is dat het vennootschappelijk belang een correctiefactor op het concernbelang kan zijn (zie bijv. HR 26 oktober 2001, JOR 2002/2 m.nt. Bartman (Juno)). Over deze kwestie kan echter nu, als gevolg van de wetswijziging, niet meer worden getwijfeld.

47 Van den Ingh 2002, p. 21.

48 L.J. Hijmans van den Bergh, Corus: over een zieke moeder en een zelfstandige dochter, in: Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert (IVO-reeks, deel 62), Deventer: Kluwer 2008, p. 119.

49 Bartman & Dorresteyn 2009, p. 97. Zij stellen dat dit een stap op weg is naar een verdere instrumentalisering van de moeder-dochterverhouding.

50 Anders: R.G.M. Dahmen, De aanwijzingsbevoegdheid van het gewijzigde artikel 2:239 lid 4 BW: toepassing, toetsing, afdwingbaarheid en aspecten van aansprakelijkheid in concernperspectief, TvOB 2014, afl. 2, p. 66.

51 Winter 1992, p. 106.

52 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 84.

53 Bartman 1989, p. 116; Huizink 2009a, p. 532. Dat het dochterbestuur afhankelijk is van het beleid dat de moeder vennootschap bepaalt en daartoe de instructies van de moeder vennootschap moet uitvoeren, bleek in het BATCO-arrest (Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, NJ 1980/71 (BATCO)).

54 Zie ook Van Dijk 2013, p. 219. De moeder vennootschap bepaalt het concernbeleid ter verwezenlijking van het concernbelang. Zie Van der Sangen 2009, p. 147.

55 Van Achterberg 1989, p. 120.

56 Van Achterberg 1989, p. 120.

beperkt kader. Concrete instructies komen immers vaak neer op het 'dicteren' van (rechts)handelingen.⁵⁷ Dergelijke instructies beperken aldus feitelijk de bestuurs-taak van het dochterbestuur.⁵⁸

In hechte concernverhoudingen komt het dochterbestuur dus in een lastige positie terecht.⁵⁹ Enerzijds is het voor de beleidsbepaling afhankelijk van de moeder-vennootschap en kan verzet tegen de instructies die de moeder-vennootschap daartoe geeft ontslag of schorsing tot gevolg hebben. Anderzijds kan het dochterbestuur aansprakelijk worden gesteld door derden indien het handelt in strijd met het belang van de vennootschap.⁶⁰ Om zijn verantwoordelijkheid waar te kunnen maken, moet het dochterbestuur in ieder geval ervoor zorgen dat de 'in naam van de vennootschap aangegane verplichtingen vervuld worden'.⁶¹ De dochter-vennootschap is immers als rechtspersoon zelfstandig partij bij rechtsverhoudingen met derden: crediteuren contracteren met de dochter-vennootschap, werknemers zijn in dienst van de dochter-vennootschap.⁶² De dochter-vennootschap is 'het raakpunt van in het bijzonder op haar betrokken belangen'.⁶³ Het dochterbestuur moet voorafgaand aan het opvolgen van een instructie beoordelen of daarmee het gevaar dreigt dat de vennootschap haar verplichting jegens crediteuren, werknemers en andere 'stakeholders' niet zou kunnen nakomen;⁶⁴ oftewel, het dochterbestuur moet beoordelen of met het uitvoeren van de instructie redelijkerwijs voorzienbaar is dat gevaar ontstaat voor het voortbestaan van de vennootschap.⁶⁵ Indien daarvan sprake is, moet het dochterbestuur zich onttrekken aan de instructie om daarmee schending van het vennootschappelijk belang – en

57 P.J. van der Korst, Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen, TOP 2010, afl. 7, p. 273.

58 Olaerts 2012, p. 46.

59 Zie bijv. Van Dijk 2013, p. 220, Olaerts 2012, p. 47, en wenk op p. 3 bij Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2013, RO 2013/70. Het zij opgemerkt dat de lastige positie waarin het dochterbestuur kan verkeren niet nieuw is. Gezien de instructiemacht van de moeder was dit ook vóór 1 oktober 2012 het geval.

60 Zo dus ook door de curator die namens de gezamenlijke crediteuren optreedt in faillissement.

61 Huizink 2009a, p. 532. Huizink noemt dit de 'bottom-line' (zie ook J.B. Huizink, Ondernemingsrecht: cases in control, Deventer: Kluwer 2009b, p. 89). Deze 'bottom-line' heeft in feite dus betrekking op de opeisbare schulden van de vennootschap. Ook Nowak en Van Duuren hanteren dezelfde ondergrens als de 'bottom-line' van Huizink (zie R. Nowak & T. van Duuren, Fantoompijn aan het steunverbod, *Ondernemingsrecht* 2013, afl. 10, p. 51-52 en J.B. Huizink, Het belang van de vennootschap en daarmee verbonden onderneming: te ver doorgeschoten?, WPNR (2013) 6982, p. 537). Overigens wordt deze ondergrens ook gesteld bij het nieuwe art. 2:216 lid 2 BW.

62 Winter 1992, p. 106.

63 Winter 1992, p. 106.

64 Indien de vennootschap zodanig nadeel ondervindt dat zij deze verplichtingen (de opeisbare schulden) niet na kan komen, ligt in het verlengde daarvan dat er gevaar dreigt dat zij omvalt. Oftewel: haar voortbestaan komt dan in gevaar.

65 Olaerts 2012, p. 51; Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1987/685 (Amstelland). Zie ook Huizink 2009a, p. 532, Van der Sangen 2009, p. 149 en Rb. Den Bosch 11 maart 1983, NJ 1984/394 (Kuiken Brabant), waarbij over onevenredige benadeling van de vennootschap wordt gesproken waardoor er direct of indirect belangen van derden in gevaar worden gebracht.

kennelijk onbehoorlijke taakvervulling – te voorkomen.⁶⁶ Gelet op de beperking van de bestuurstaak heeft het bestuur immers geen ruimte om te kiezen voor alternatieve beleidslijnen die niet strijdig zijn met het vennootschappelijk belang.⁶⁷ Voor het dochterbestuur resteert slechts de verplichting te motiveren waarom het weigert de instructie op te volgen.⁶⁸ In hechte concernverhoudingen is derhalve de marge beperkt voor een correctie op het concernbelang door het inroepen van het vennootschappelijk belang. Inherent hieraan is dat bij een concrete instructie het machtsverwicht binnen hechte concernverhoudingen eerder uit balans kan raken dan daarbuiten.

4 Kennelijk onbehoorlijk bestuur van de dochter als gevolg van het opvolgen van de instructie van de moeder vennootschap

Omdat de moeder vennootschap bij het geven van een concrete instructie een wezenlijk deel van de bestuurstaak – de beleidsbepalende functie – in handen neemt, neemt het risico toe dat zij gekwalificeerd wordt als medebeleidsbepaler.⁶⁹ Concrete instructies kunnen bijvoorbeeld worden gegeven voor het aangaan of verbreken van bepaalde contracten. Weliswaar bepaalt de moeder vennootschap daarmee niet altijd het gehele beleid van de dochter vennootschap, maar voor haar kwalificatie als medebeleidsbepaler is dat ook niet nodig.⁷⁰ Uit de parlementaire geschiedenis volgt namelijk dat de term ‘beleid’ ruim moet worden uitgelegd: ook één bepaald bestuursbesluit kan daaronder worden begrepen.⁷¹ Is in een dergelijk geval voor aansprakelijkheid van de moeder vennootschap vereist dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het *bestuur* van de dochter (de derde voorwaarde genoemd in par. 2)?⁷² Die vraag hangt nauw samen met die van kennelijk onbehoorlijke beleidsbepaling door de moeder vennootschap.⁷³

66 Indien het bestuur in dat geval zich niet verzet, is onbehoorlijke taakvervulling in beginsel gegeven (zie ook Nowak & Van Duuren 2013, p. 51-52).

67 Van der Korst 2010, p. 273.

68 Winter 1992, p. 121. Zie ook Van den Ingh 2002, p. 25 en wenk op p. 3 bij Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2013, RO 2013/70.

69 Immers, zoals in par. 2 is gesteld, kan de moeder als medebeleidsbepaler worden gekwalificeerd indien de feiten en omstandigheden van het geval erop duiden dat zij feitelijk het bestuur uitoefent. Omdat zij bij een concrete instructie de beleidsbepalende functie van het dochterbestuur overneemt, neemt dus het risico toe dat zij gezien wordt als degene die feitelijk het bestuur uitoefent. Bovendien, hoewel in de wetsgeschiedenis over de aansprakelijkheid van de moeder vennootschap in die zin niets wordt opgemerkt, wordt in de literatuur als aandachtspunt voor de uitoefening van het instructierecht het bovengenoemde risico wel aangekaart. Zie bijv. Van Dijk 2013, p. 218, Olaerts 2012, p. 47 en Van der Korst 2010, p. 273.

70 Winter 1992, p. 268.

71 Kamerstukken II 1983-1984, 16631, 6, p. 24. Het bestuursbesluit moet getuigen van vergaand gebrek aan verantwoordelijkheidsbesef of malafide intenties.

72 Winter 1992, p. 268.

73 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 329.

In dit verband is de gedachtegang van Winter met betrekking tot een *zero-balance system* – een systeem van concernfinanciering – interessant.⁷⁴ Bij de toepassing daarvan ziet hij ruimte voor een samenval van het vereiste van kennelijk onbehoorlijk bestuur van de dochter en de kwalificatie van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler bij faillissement van de dochter vennootschap. Door toepassing van deze methode van concernfinanciering is het dochterbestuur niet langer in staat verantwoordelijkheid te dragen voor zijn taak.⁷⁵ Verantwoordelijkheid dragen veronderstelt namelijk het hebben van keuzemogelijkheden en deze heeft het dochterbestuur zichzelf ontnomen (door akkoord te gaan met genoemde financieringswijze).⁷⁶ Omdat een *zero-balance system* veelal plaatsvindt op aandrang of door toedoen van de moeder vennootschap, is de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die dit voor het dochterbestuur tot gevolg heeft ook aan haar te wijten.⁷⁷ De toepassing van een *zero-balance system* kan derhalve tegelijkertijd de moeder vennootschap medebeleidsbepaler maken en kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur opleveren.⁷⁸ De moeder vennootschap wordt dan – zo volgt uit de wettekst van lid 7 – met een bestuurder gelijkgesteld en is met het dochterbestuur hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in de faillissementsboedel.⁷⁹

Samenval van enerzijds kennelijk onbehoorlijk bestuur van de dochter en anderzijds kwalificatie van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler kan zich ook voordoen bij concrete instructies door de moeder vennootschap. Dat is namelijk het geval wanneer de instructies van de moeder vennootschap kennelijk onbehoorlijk zijn. Aan Timmerman ontleen ik het volgende voorbeeld: de moeder vennootschap geeft een concrete instructie aan het dochterbestuur om deel te nemen in een grootscheeps recreatieproject dat een derde, niet-concernvennootschap, heeft opgezet. Het dochterbestuur gaat met deze derde in zee, ondanks dat het voorzienbaar was dat dit project niet goed is opgezet en op mislukking zou kunnen uitlopen. Wanneer het misgaat met het project, komt de dochter vennootschap door de verliezen hierop in een faillissementssituatie terecht.⁸⁰

74 Bij het *zero-balance system* worden dagelijks de creditsaldi van de dochter vennootschap overgeboekt naar de rekening van de moeder vennootschap. De moeder maakt vervolgens het bedrag dat de dochter nodig heeft om betalingen te verrichten per dag over. Hierdoor is de dochter volledig afhankelijk van de moeder vennootschap voor de voorziening in haar liquiditeitsbehoefte. De dochter beschikt niet over haar eigen financiële reserves. Zie Winter 1992, p. 60-61 en 142-144.

75 Winter 1992, p. 261. Het dochterbestuur geeft een primaire taak uit handen aan de moeder, namelijk de zorg voor de nakoming van betalingsverplichtingen.

76 Winter 1992, p. 261, onder verwijzing van M.A.P. Bovens, Verantwoordelijkheid en organisatie, Zwolle: Tjeenk Willink 1990, p. 37-38.

77 Winter 1992, p. 269-270.

78 Winter 1992, p. 269-270.

79 Zie ook Lennarts 1999, p. 178.

80 Dit is een voorbeeld dat Timmerman in zijn proefschrift geeft van een situatie waarin de moeder vennootschap aansprakelijk gesteld kan worden op grond van art. 2:248 lid 7 BW. In zijn voorbeeld gaat het niet om een concrete instructie, maar een grote druk die de moeder vennootschap op het dochterbestuur uitoefent. Naar huidig recht zal deze situatie zich echter ook voor kunnen doen op grond van een concrete instructie. De gevolgen daarvan voor de aansprakelijkheid van de moeder zijn hetzelfde. Zie Timmerman 1988, p. 78.

In dit voorbeeld geeft de moeder vennootschap een concrete instructie aan het dochterbestuur waarmee redelijkerwijs voorzienbaar is dat het voortbestaan van de vennootschap in gevaar wordt gebracht. Het opvolgen van die instructie draagt eraan bij dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de dochtervennootschap. De uitkomst van de zelfstandige belangenafweging die het dochterbestuur gehouden is te maken, zou in dit geval dus moeten leiden tot een gemotiveerde weigering de instructie op te volgen. Desondanks gaat het dochterbestuur over tot uitvoering van de instructie. Daardoor ontnemt het dochterbestuur ook hier zichzelf een keuzemogelijkheid. Het handelt niet zoals dat mag worden verwacht en dit levert kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op; het blijft immers in gebreke voor wat betreft het behartigen van de 'eigen' belangen van de vennootschap.⁸¹ De kennelijk onbehoorlijke beleidsinstructie en het kennelijk onbehoorlijk bestuur dat het opvolgen daarvan voor het dochterbestuur tot gevolg heeft, zijn hier ook aan de moeder vennootschap te wijten. Het opvolgen van de concrete instructie draagt eraan bij dat het vereiste van de kwalificatie van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler en het vereiste van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur samenvallen. Indien het dochterbestuur zich niet verzet tegen een concrete instructie waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat het voortbestaan van de vennootschap ermee in gevaar wordt gebracht, kan de moeder vennootschap aldus op grond van lid 7 met een bestuurder gelijk worden gesteld en hoofdelijk aansprakelijk worden gehouden voor het tekort in de faillissementsboedel. In de woorden van Uniken Venema ontbreekt er in een dergelijk geval een 'tegenwicht' in de relatie van de moeder vennootschap tot het dochterbestuur, hetgeen aansprakelijkstelling van de moeder vennootschap op grond van art. 2:248 lid 7 BW rechtvaardigt.⁸² Immers, als gevolg van de instructie van de moeder vennootschap en de houding van het dochterbestuur raakt in die concernverhouding het machtsevenwicht uit balans.

Hoe zit het echter wanneer het dochterbestuur voorafgaand aan een instructie niet kan voorzien dat het zich daartegen moet verzetten? Immers, pas als het redelijkerwijs voorzienbaar is dat het voortbestaan van de dochter-bv in gevaar wordt gebracht, kan (en moet) het dochterbestuur weigeren de instructie op te volgen. In alle andere gevallen is het gehouden de instructie op te volgen op grond van art. 2:239 lid 4 BW. Wat als bijvoorbeeld de moeder vennootschap het concernbelang niet correct positioneert? Of het dochterbestuur van verkeerde of beperkte informatie voorziet bij het geven van een instructie? In die gevallen kan het zo zijn dat het dochterbestuur onder een verkeerde veronderstelling van de gang van zaken een zelfstandige belangenafweging maakt en de instructie opvolgt. Terecht stelt Huizink dat er in veel gevallen van het dochterbestuur gevraagd wordt een belangenafweging te maken, die het niet kan maken omdat het niet alle 'ins en outs' kan overzien.⁸³ Zo kan dus ook de situatie voorkomen waarbij het dochterbestuur een beleidsinstructie van de moeder vennootschap

81 Zie ook hierboven bij noot 31.

82 Uniken Venema 1981, p. 591.

83 Huizink 2009a, p. 532.

opvolgt die *achteraf* een belangrijke oorzaak blijkt te vormen voor het faillissement van de dochtervennootschap en om die reden weliswaar voor het dochterbestuur kennelijk onbehoorlijke taakvervulling oplevert, maar waarbij in veel gevallen ruimte zal zijn voor disculpatie van de afzonderlijke bestuurders.

Een dergelijke situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer toegezegde nadeelcompensatie achterwege blijft. Nadeelcompensatie houdt in dat de moedervennootschap uit hoofde van het concernbelang een instructie geeft aan het dochterbestuur die in beginsel nadelig is voor de dochtervennootschap, maar met het bestuur overeenkomt dit nadeel te compenseren. De gedachte van nadeelcompensatie is bijvoorbeeld te vinden in het Duitse concernrecht.⁸⁴ Het is dus niet ondenkbaar dat de instructie van de moedervennootschap gepaard gaat met een toezegging van nadeelcompensatie.⁸⁵

Om terug te komen op het eerdergenoemde voorbeeld: de moedervennootschap geeft de instructie aan het dochterbestuur het contract met de derde aan te gaan en daarbij zegt zij toe de eventuele verliezen die daarop volgen, te vergoeden. Uiteraard dient een goed bestuur bij de zelfstandige belangenafweging zich vooraf goed te informeren over de mogelijkheid van de moedervennootschap om haar toezegging na te komen. Het dochterbestuur heeft echter doorgaans geen volledig inzicht in de financiële positie van de moedervennootschap⁸⁶ en is veelal afhankelijk van de informatie die de moeder daarover verschaft. Wanneer het dochterbestuur dus in redelijkheid af kan gaan op de toezegging van de moedervennootschap, kan het de instructie niet negeren. Er dreigt immers geen gevaar voor het voortbestaan van de vennootschap.⁸⁷ Sterker nog, indien het dochterbestuur weigert uitvoering te geven aan de instructie, kan daarop zijn ontslag volgen.⁸⁸ Het dochterbestuur zou dus de instructie moeten opvolgen. Wanneer de moedervennootschap echter achterwege blijft met de compensatie en de dochtervennoot-

84 Uit § 308 Abs. 1 AktG volgt dat de moeder een bindend instructierecht heeft wanneer een '*Beherrschungsvertrag*' is gesloten binnen het concern. Het dochterbestuur moet dan ook nadelige instructies opvolgen, mits deze het concernbelang dienen (§ 308 Abs. 2 AktG). Op grond van § 302 Abs. 2 AktG moet de moeder echter wel de eventuele verliezen die daardoor ontstaan vergoeden. Zie over nadeelcompensatie ook de Forum Europaeum Corporate Law Group. Voor een bespreking hiervan zie bijv. Hijmans van den Bergh 2008, p. 123-124.

85 Nadeelcompensatie is bijvoorbeeld ook terug te zien in de Corus-beschikking. De RvC was slechts onder bepaalde voorwaarden bereid met de moeder mee te gaan in de verkoop van de aluminiumdivisie die onder Corus NL hing. Een van die voorwaarden betrof nadeelcompensatie door de moeder. Daarover oordeelt de OK dat niet kan worden volgehouden dat de RvC onredelijk heeft gehandeld 'door (...) vergaande voorstellen voor tegemoetkomingen van de zijde van Corus Group plc te doen (...), dan wel meer tastbare zekerheid te verlangen dat [de gedane toezeggingen en tegemoetkomingen] inderdaad nagekomen kunnen en zullen worden'. Zie r.o. 3.13 bij Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, NJ 2003/248 (Corus).

86 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 329.

87 E.E.G. Gepken-Jager, Bestuurszelfstandigheid, O&F (9) 2001, p. 18. Gepken-Jager stelt dat omdat de dochtervennootschap door de nadeelcompensatie in staat is haar eigen verplichtingen na te komen, zij gehouden is de instructie op te volgen.

88 Dit ontslag zal plaatsvinden zonder toekenning van een schadevergoeding aan het bestuur en kan ook niet worden aangemerkt als kennelijk onredelijk ontslag. Zie bijv. Hof Arnhem 9 oktober 1974, NJ 1974/42 (Makelaarskantoor Van E) en Gepken-Jager 2001, p. 15 en 18.

schap uiteindelijk hierdoor failliet gaat, blijkt het opvolgen van de instructie van de moeder vennootschap achteraf een belangrijke oorzaak van het faillissement te hebben gevormd. Omdat binnen het bestaand wettelijk kader het dochterbestuur de uiteindelijke belangenbewaker van de vennootschap is,⁸⁹ kan dit bestuur in beginsel kennelijk onbehoorlijke taakvervulling worden verweten.

In de literatuur wordt echter de stelling ingenomen dat in gevallen waarin het dochterbestuur in redelijkheid mocht afgaan op de instructie van de moeder vennootschap – zo dus ook in de situatie van het tweede voorbeeld – er geen kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur kan worden aangenomen.⁹⁰ Deze gedachtegang is op zichzelf verdedigbaar, daar waar in hechte concernverhoudingen de ruimte voor het dochterbestuur om zich te onttrekken aan de beleidswensen en instructies van de moeder vennootschap beperkt is. Het lijkt dan niet gerechtvaardigd dat wanneer die wensen en instructies van de moeder verkeerd uitvallen, het dochterbestuur daarvoor aansprakelijk wordt gehouden, terwijl het zich in redelijkheid daartegen niet kon verzetten. Het probleem is dan dat de moeder vennootschap ook niet aansprakelijk kan zijn, omdat niet voldaan is aan het vereiste van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur.⁹¹ Om aan deze ongewenste uitkomst te ontkomen, moet worden aangenomen dat er samenvallend plaatsvindt van enerzijds kennelijk onbehoorlijke taakvervulling op het niveau van de dochter, maar waarvoor het dochterbestuur zich kan disculperen, en anderzijds kwalificatie van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler.⁹²

Ter toelichting nog het volgende. Bij concrete instructies, waarbij voor het dochterbestuur redelijkerwijs niet voorzienbaar is dat het voortbestaan van de vennootschap in gevaar wordt gebracht, heeft het dochterbestuur geen keuzemogelijkheid.⁹³ Het dochterbestuur heeft geen ruimte gehad om ‘tegenwicht’ te bieden aan de moeder vennootschap. Anders dan in het eerste voorbeeld (deelnemen in het project, terwijl voorzienbaar is dat het bestaan van de dochter op het spel komt te staan) heeft het dochterbestuur hier niet zichzelf de keuzemogelijkheid ontnomen, maar heeft zij deze mogelijkheid niet gehad en dus niet kunnen handelen zoals dat van het bestuur mag worden verwacht. Het gevolg is dat de bestuurders van de dochter vennootschap zichzelf van de aansprakelijkheid voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen disculperen. Deze disculpatiemogelijkheid komt hierna in paragraaf 5 aan de orde.

89 Olaerts 2012, p. 51.

90 Zie bijv. Honée 1986, p. 117, Van Schilfgaarde 1986, p. 92-93 en Bartman 1989, p. 128.

91 Zie ook Lennarts 1999, p. 178.

92 In dat geval wordt dus in beginsel wel aangenomen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De moeder vennootschap kan aansprakelijk worden gehouden als medebeleidsbepaler op grond van lid 7, zij wordt dan aan een bestuurder gelijkgesteld. Voor de dochterbestuurders levert dit geen problemen op, wanneer zij zich vervolgens van de aansprakelijkheid voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur mogen disculperen (zie par. 5).

93 De moeder vennootschap ontnemt immers het bestuur de ruimte om een keuze te maken uit alternatieve beleidslijnen en het dochterbestuur is gehouden die beleidsinstructie op te volgen. Zie ook noot 67.

5 Stelplecht en bewijslast

Om de moeder vennootschap aansprakelijk te kunnen stellen voor het tekort in de faillissementsboedel, moet de curator aldus aantonen dat de moeder vennootschap instructies heeft gegeven aan het dochterbestuur en dat het opvolgen daarvan kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft opgeleverd. Tevens moet hij aannemelijk maken dat het opvolgen van de instructies een belangrijke oorzaak vormt voor het faillissement van de dochter vennootschap. Volgens Bartman en Dorresteyn zou de curator in dat geval niet tevens hoeven te stellen en bewijzen dat er sprake is geweest van dreiging met ontslag of schorsing, of dat er grote druk op het dochterbestuur is uitgeoefend om het beleid uit te voeren.⁹⁴ Het zou dan aan de moeder vennootschap moeten zijn om aan te tonen dat zij geen disproportionele druk op het dochterbestuur heeft uitgeoefend om de instructie uit te voeren, zodat haar geen 'feitelijke terzijdestelling' kan worden verweten.⁹⁵ Deze stelling is verdedigbaar; met name de aanwezigheid van een *concrete* instructie die tot de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur heeft geleid, werpt immers zoveel gewicht in de schaal dat een vermoeden van feitelijke terzijdestelling van het dochterbestuur op zijn plaats is. Zoals in de vorige paragraaf is gesteld, ontbreekt er bij concrete instructies al snel een 'tegenwicht' in de relatie tussen dochterbestuur en moeder vennootschap. Omdat het concernbelang vooropstaat bij het geven van instructies, zou de moeder vennootschap moeten aantonen daarmee de correcte balans in de concernverhouding niet te hebben verstoord.⁹⁶ Door deze bewijslastverdeling wordt de functie van het vennootschappelijk belang als correctiefactor op het concernbelang versterkt.⁹⁷ Het komt erop neer dat de moeder vennootschap zichzelf alleen kan disculperen als zij aannemelijk maakt dat elk verband tussen haar instructies en de schending van het

94 In die zin wordt er gesproken van een 'afgedwongen terzijdestelling' door de moeder vennootschap. Voorheen is deze constatering altijd voor de bewijslast van belang geweest. Dit is lastig om aan te tonen. Waarschijnlijk is dit ook de achterliggende reden waarom curatoren in de Ceteco-zaak (Rb. Utrecht 12 december 2007, JOR 2008/10) ervoor gekozen hebben om in de eerste aanleg een vordering op grond van art. 6:162 BW in te stellen tegen moeder vennootschap Hagemeyer en haar niet op grond van art. 2:138 lid 7 BW aan te spreken. Zie Bartman & Dorresteyn 2009, p. 296 en daarbij ook noot 104.

95 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 326.

96 Bartman en Dorresteyn stellen dat bij het instructierecht het concernbelang vooropstaat, wat met name van gewicht zal zijn bij de verdeling van de stelplecht en bewijslast tussen moeder en dochter; zie Bartman & Dorresteyn 2013, p. 96.

97 Van den Ingh stelt dat bij interne geschillen tussen aandeelhouder en bestuur met betrekking tot het opvolgen van concrete instructies waarbij het bestuur weigert een instructie op te volgen omdat in zijn visie deze in strijd is met het vennootschappelijk belang, de bewijslast op de aandeelhouder moet rusten om het tegendeel aannemelijk te maken. Immers, de aandeelhouder hoeft zich bij het geven van een instructie niet te richten naar het vennootschappelijk belang. Deze bewijslastverdeling versterkt dan de functie van het vennootschappelijk belang als 'veiligheidsklep' (zie Van den Ingh 2002, p. 25). In moeder-dochtergeschillen zou hetzelfde moeten gelden. Immers, bij het instructierecht heeft het vennootschappelijk belang ook de functie van correctiefactor of 'veiligheidsklep'. Bij een geschil over de kwalificatie van de moeder als medebeleidsbepaler is het dan ook gerechtvaardigd dat de moeder bewijst dat zij door haar instructie het vennootschappelijk belang van de dochter niet heeft geschonden.

vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap ontbreekt (art. 2:248 lid 3 BW). Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het volstrekt autonoom handelen van het dochterbestuur, terwijl de moedervennootschap aantoonbaar pogingen heeft gedaan om de schadegevolgen daarvan af te wenden.⁹⁸ Voor de moedervennootschap zal dit niet eenvoudig zijn, want bij een concrete instructie kan zij in redelijkheid niet beweren dat er sprake is geweest van een volstrekt autonoom optreden van het dochterbestuur en dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur niet aan haar te wijten is.⁹⁹

Betreffende de disculpatiemogelijkheden voor de bestuurders van de dochtervennootschap nog het volgende:¹⁰⁰ uiteraard is daar geen mogelijkheid voor wanneer het dochterbestuur – zoals bij het eerste voorbeeld – een voorzienbaar onbehoorlijke beleidsinstructie van de moedervennootschap opvolgt. De kennelijk onbehoorlijke taakvervulling heeft het dochterbestuur dan aan zichzelf te wijten en blijft daarvoor dus ook aansprakelijk.¹⁰¹ Zoals eerder gesteld, is er ruimte voor disculpatie wanneer het dochterbestuur in redelijkheid mocht afgaan op beleidsinstructies van de moedervennootschap die tot kennelijk onbehoorlijk bestuur leiden.¹⁰² De bestuurders van de dochtervennootschap zouden zich in dat geval op grond van art. 2:248 lid 3 BW kunnen disculperen voor de aansprakelijkheid van het kennelijk onbehoorlijk bestuur, mits zij ook aan kunnen tonen dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de schadelijke gevolgen daarvan af te wenden.¹⁰³ Van het dochterbestuur mag worden verwacht dat wanneer de eerste tekenen van het deficitaire beleid zichtbaar worden, het actief optreedt om de gevolgen daarvan zo veel mogelijk af te wenden.¹⁰⁴ Het dochter-

98 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 326. Uniken Venema stelt dat lid 3 zich niet leent voor toepassing met betrekking tot de moedervennootschap als medebeleidsbepaler en alleen van belang is voor de aansprakelijkheid van de formele bestuurders (zie Uniken Venema 1981, p. 587 onder noot 7).

99 De moedervennootschap zou zich ter disculpatie wel kunnen beroepen op het feit dat de oorzaak van het faillissement niet ligt in de opvolging van haar kennelijk onbehoorlijke beleidsinstructie, maar dat het faillissement haar oorzaak vindt in externe factoren, bijvoorbeeld een plotselinge instorting van de markt waarop de dochter actief was (zie Bartman 1989, p. 129).

100 Een disculpatiemogelijkheid bestaat voor een bestuurder die weet te bewijzen dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden. Alle dochterbestuurders moeten zich op grond van lid 3 individueel disculperen, wanneer het dochterbestuur als geheel geen verwijt kan worden gemaakt van het kennelijk onbehoorlijk bestuur.

101 Individuele bestuurders kunnen zich uiteraard wel op lid 3 beroepen.

102 Ook wanneer de moedervennootschap het dochterbestuur van verkeerde of beperkte informatie voorziet en het dochterbestuur in redelijkheid daarop af mocht gaan, kunnen de dochterbestuurders zich disculperen. Zie Schreurs 1993, p. 878.

103 Onder de nieuwe wettelijke regeling is het dus voor het dochterbestuur des te meer raadzaam om bij elk besluit zo grondig mogelijk de zelfstandige belangenafweging te documenteren. Dit punt komt ook in de recente rechtspraak duidelijk naar voren (zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 9 juli 2013, RO 2013/70).

104 Zie ook Van Schilfgaarde 1986, p. 60-61.

bestuur kan zich dus niet volledig terugtrekken en zich verder niet inlaten met de gang van zaken in de vennootschap.¹⁰⁵

Onder die omstandigheden is het niet ondenkbaar dat de rechter van oordeel is dat het dochterbestuur in redelijkheid de instructie van de moeder vennootschap heeft mogen opvolgen en zich mag disculperen, maar dat de beleidsbepalende moeder beter had moeten weten en dus op grond van art. 2:248 lid 7 BW wel aansprakelijk is.¹⁰⁶ Hoewel er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur in de dochter vennootschap, wordt het dochterbestuur daarvoor niet aansprakelijk gehouden. Door de disculpatie wordt de aansprakelijkheid voor het kennelijk onbehoorlijk bestuur – dat als gevolg van de kennelijk onbehoorlijke beleidsbepaling van de moeder vennootschap plaatsvindt – volledig op de moeder vennootschap geschoven. In dat geval kan de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het dochterbestuur in feite dus ook geen belangrijke oorzaak van het faillissement hebben gevormd. Het gaat dan ook om het optreden van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler – de kennelijk onbehoorlijke beleidsbepaling – wat een belangrijke oorzaak van het faillissement heeft gevormd;¹⁰⁷ het causaal verband wordt dus aangenomen tussen haar optreden als medebeleidsbepaler en het faillissement van de dochter vennootschap.¹⁰⁸ Gelet op de gevolgen van een concrete instructie voor de positie van het dochterbestuur, is het goed mogelijk dat in de toekomst de jurisprudentie op dit gebied zich zo gaat ontwikkelen dat een belangrijke oorzaak van het faillissement in de kennelijk onbehoorlijke beleidsbepaling van de moeder vennootschap wordt gevonden, waarbij de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur geen rol speelt. Een belangrijke oorzaak van het faillissement van de dochter vennootschap hoeft dus niet primair in de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van het dochterbestuur te zijn gelegen om de moeder vennootschap op grond van art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk te kunnen stellen.¹⁰⁹

6 Slotbeschouwing

Terug naar de vraag die in dit artikel centraal stond: brengt het geven van een concrete instructie de moeder vennootschap nu eerder in de gevarenzone om door de curator – namens de crediteuren van de failliete dochter-bv – op grond van

105 Van Schilfgaarde 1986, p. 60-61. In dit verband moet worden opgemerkt dat ook gelet op de wettelijke verantwoordelijkheid van het dochterbestuur het eerder verdedigbaar is om in dergelijke situaties het dochterbestuur een mogelijkheid tot disculpatie aan te bieden in plaats van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het dochterbestuur in het algemeen niet aan te nemen (zie noot 91 en 93). Het is immers niet de bedoeling dat het bestuur zich achter anderen verschuilt.

106 Zie ook Bartman & Dorresteyn 2013, p. 329.

107 Bartman & Dorresteyn 2013, p. 329.

108 Zie ook Van Schilfgaarde 1986, p. 65.

109 Aansprakelijkstelling van de moeder vennootschap kan in dit verband weinig betekenis hebben, omdat de moeder vennootschap als gevolg van kennelijk onbehoorlijke beleidsbepaling ook zelf in financiële moeilijkheden is geraakt. Art. 2:11 BW kan dan een rol spelen. Zie het arrest Lammerds-Aerts q.q. (HR 14 maart 2008, NJ 2008/466).

art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk te worden gesteld? Hierop kan een bevestigend antwoord worden gegeven. Uit het voorgaande volgt immers dat voor de kwalificatie van de moeder vennootschap als medebeleidsbepaler vereist is dat uit de feiten en omstandigheden van een concrete situatie blijkt dat het dochterbestuur zodanig feitelijk ondergeschikt is aan de moeder vennootschap dat laatstgenoemde gezien moet worden als degene die feitelijk het bestuur uitoefent (zie par. 2). Vervolgens is gebleken dat de aanwezigheid van een concrete instructie die tot kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van de dochter vennootschap heeft geleid, de feitelijke ondergeschiktheidspositie van dat bestuur aan de moeder vennootschap in zoverre onderstreept, dat de moeder eerder gezien kan worden als degene die feitelijk het bestuur uitoefent en in het oordeel van de rechter als medebeleidsbepaler aansprakelijk gehouden kan worden voor het tekort in de faillissementsboedel van de dochter vennootschap (zie par. 4). De moeder vennootschap treedt derhalve inderdaad eerder in de gevarenzone om door de curator op grond van art. 2:248 lid 7 BW aansprakelijk te worden gesteld, wanneer zij het bestuur van haar dochter-bv concrete instructies geeft. Een vordering uit art. 2:248 lid 7 BW kan thans bij curatoren aan populariteit winnen.¹¹⁰

Voorts kan worden geconcludeerd dat de wettelijk erkende instructiebevoegdheid een wijziging aanbrengt in de positie van de moeder vennootschap en haar rol als aandeelhouder van haar dochter-bv.¹¹¹ Door de uitoefening van het instructierecht begeeft de moeder vennootschap zich immers buiten het terrein waarop aandeelhouders bevoegd zijn en betreedt zij – op wettelijke basis – het bestuurs-terrein.¹¹² Ook zij zou zich daarbij – net als het bestuur – moeten richten naar het vennootschappelijk belang van de dochter vennootschap.¹¹³ Slechts in dat geval zou dan nog een correct machtsevenwicht in de concernverhouding kunnen bestaan. Oftewel, met de wijziging in de positie van de moeder vennootschap gaat ook een wijziging in haar verantwoordelijkheid gepaard. Het behoud van een correcte balans in concernverhoudingen – in de zin van het voorkomen van een schending van het vennootschappelijk belang van de dochter – komt aldus ook grotendeels op de moeder vennootschap te rusten. Indien zij de balans toch verstoort, kan zij daarvoor aansprakelijk worden gesteld. Dit is in lijn met het feit dat in het verlengde van verantwoordelijkheid aansprakelijkheid ligt.

110 Vooralsnog lijkt de voorkeur van curatoren uit te gaan naar een vordering uit onrechtmatige daad. Zie Bartman & Dorresteyn 2013, p. 330. Voor de aansprakelijkheid voor kennelijk onbehoorlijk bestuur gelden immers zwaardere eisen dan voor aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW (zie ook Rb. Zutphen 27 oktober 2004, JOR 2005/4 (Van Dusseldorp q.q./Coutts Holdings)). Desalniettemin is het goed mogelijk dat wij onder de nieuwe versie van art. 2:239 lid 4 BW een vordering ex art. 2:248 lid 7 BW vaker gaan zien, bijvoorbeeld door curatoren als secundaire vordering ingesteld.

111 Zie ook Olaerts 2012, p. 47.

112 Winter 1992, p. 123.

113 Winter 1992, p. 123, onder verwijzing van J.B. Huizink, Bestuurders van rechtspersonen (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1989, p. 33-34. Zoals in par. 3 is gesteld, is het zo dat het vennootschappelijk belang van de dochter mede wordt 'ingekleurd' door het concernbelang.

In dit verband moet overigens worden opgemerkt dat het grotere risico voor aansprakelijkheid dat nu voor de moeder vennootschap ontstaat, geen reden kan zijn voor haar om af te zien van het geven van instructies aan het dochterbestuur. Immers, indien de dochter vennootschap in een faillissementssituatie terechtkomt, ontloopt zij ook in dat geval niet het risico om aansprakelijk te worden gesteld. De curator kan in een dergelijke situatie namelijk een andere – reeds populaire – vordering tegen haar instellen: een vordering uit onrechtmatige daad voor het verwijtbaar stilzitten bij het faillissement van haar dochter.¹¹⁴ Ook daarbij speelt art. 2:239 lid 4 BW een rol. Het instructierecht van de moeder vennootschap kan dan als het ware tegen haar worden gebruikt. Immers, de moeder vennootschap die op wettelijke basis een uitgebreide bevoegdheid wordt verschaft om in te grijpen bij de gang van zaken in haar dochter vennootschap, moet daarvan ook gebruik maken wanneer zij ziet dat het slecht gaat met haar dochter.¹¹⁵ Ook hieruit blijkt dat artikel 2:239 lid 4 BW tot gevolg kan hebben dat de moeder vennootschap zich moet richten naar het vennootschappelijk belang van haar dochter.

De wetswijziging van art. 2:239 lid 4 BW kan aldus grote gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van de moeder vennootschap.¹¹⁶ Dit brengt met zich mee dat de moeder vennootschap – door middel van haar instructies – de dochter vennootschap op een verantwoorde wijze moet aansturen. Deze gedachte komt overeen met de verantwoordelijkheid van de moeder vennootschap die uit de in de jurisprudentie erkende concernleidingsplicht voortvloeit.¹¹⁷ Als gevolg van de wijziging van art. 2:239 lid 4 BW kan deze ontwikkeling thans nog verder worden versterkt. De moeder vennootschap moet derhalve ‘in control’ zijn van haar dochter vennootschappen.¹¹⁸

114 Zoals in de Ceteco-zaak aan de orde is gekomen (Rb. Utrecht 12 december 2007, JOR 2008/10 m.nt. Bartman (Ceteco)) en sindsdien bij curatoren aan populariteit gewonnen heeft (zie ook Bartman & Dorresteyn 2013, p. 330).

115 Ook wanneer in de statuten van de dochter geen bepaling over de instructiebevoegdheid is opgenomen, kan de moeder aansprakelijk worden gesteld. Zij heeft immers ook zonder een statutaire basis een instructiemacht. Bovendien moet worden opgemerkt dat, gelet op de verschillende juridische instrumenten die dwingen tot een adequate informatiestroom van dochters naar de moeder, een verweer van de moeder vennootschap dat zij onwetend was ten aanzien van de gang van zaken bij haar dochter vennootschap in zijn algemeenheid geen hout meer snijdt; zie Van der Sangen 2009, p. 148).

116 Zie ook de wenk bij de Ceteco-uitspraak, waarin wordt gesteld dat de instructiebevoegdheid op grond van art. 2:239 lid 4 BW (nieuw) sterk doet vermoeden dat dit grote gevolgen voor de aansprakelijkheid van de moeder met zich meebrengt ('Ondernemingsrecht. Piercing the Corporate Veil, aansprakelijkheid van de groot-aandeelhouder, bestuurders en commissarissen', RN 2008/17, p. 3). Anders: Dahmen 2014.

117 De verplichting van de moeder vennootschap tot verantwoorde aansturing van de door haar beheerste dochter vennootschappen. Zie Huizink 2009a, p. 533.

118 Deze gedachte sluit dan ook aan bij de visie van Bartman en Dorresteyn, dat art. 2:239 lid 4 BW bij nader inzien een stap op weg naar een verdere ‘instrumentalisering’ van de moeder-dochterverhouding is; zie Bartman & Dorresteyn 2013, p. 96.