

Perikelen in concernverhoudingen



1. Inleiding

In 1966 oordeelde het New Yorkse *Court of Appeal* dat het slachtoffer van een verkeersongeluk de schade, die hij had opgelopen doordat hij tijdens het oversteken door een taxi werd aangereden, niet kon verhalen op de aandeelhouder van het taxibedrijf. Het slachtoffer had zijn pijlen op de aandeelhouder gericht, omdat het bedrijf zelf onvoldoende verhaal bood. Het feit dat de desbetreffende aandeelhouder tevens eigenaar was van tien andere taxi's die telkens in een aparte vennootschap waren ondergebracht, kon aan het oordeel niet afdoen. Het door het slachtoffer aangevoerde argument dat alle tien taxibedrijven als één economische eenheid optraden, mocht evenmin baten.¹ Sinds 1966 is er veel veranderd. In de loop der jaren zijn grote ondernemingen, en vooral multinationals, steeds meer onder druk komen te staan. Een belangrijk deel van 2010 stond in het teken van de olieramp in de Golf van Mexico. Deze gebeurtenis heeft de gemoederen lange tijd beziggehouden en heeft een stempel gedrukt op de maatschappelijke opvattingen ten aanzien van multinationale ondernemingen en concernverhoudingen. Opmerkelijk was dat diegene die door de publieke opinie voor de vervuiling verantwoordelijk werd gehouden, niet noodzakelijk dezelfde juridische entiteit was die de vervuiling had veroorzaakt. Het BP-concern werd als zondebok aangemerkt en ongeacht de juridische structuur van het concern, werd doorgegrepen naar de top.²

Niet alleen de publieke opinie is op dit punt in de loop der jaren gewijzigd, ook in de juridische benadering ten aanzien van multinationale ondernemingen en groepsverhoudingen heeft zich geleidelijk aan een aantal wijzigingen voorgedaan. Het vennootschapsrechtelijk paradigma dat ervan uitgaat dat iedere vennootschap, ook wanneer die deel uitmaakt van een groepsverband, zelfstandig opereert, slechts zijn eigen vennootschappelijk belang moet dienen en daarbij slechts aansprakelijk is voor eigen daden, staat steeds meer onder druk. Met name in de

Nederlandse jurisprudentie is in de loop der jaren aan de concernrelatie toenemende betekenis toegekend en worden daaraan in toenemende mate juridische consequenties verbonden. Daarnaast hebben zich op andere rechtsgebieden, die eveneens een rol spelen in het dagelijks functioneren van een concern, een aantal belangrijke verschuivingen voorgedaan in het concernrechtelijk denken. In dit verband kan onder meer worden gedacht aan het mededingingsrecht. De toename van het belang van concernverhoudingen en het toekennen van rechtsgevolgen aan het bestaan van een dergelijke verhouding in andere rechtsgebieden leidt tot een fragmentatie van het vennootschapsrecht en van de normen die van toepassing zijn op diegenen die aan het roer van de vennootschap staan.³

Het maatschappelijk debat dat door de olieramp in de Golf van Mexico in 2010 werd ingezet (of beter: voortgezet), geeft aanleiding om de ontwikkelingen op concernrechtelijk gebied nogmaals kritisch onder de loep te nemen. De onderhavige bijdrage staat in het teken van de ontwikkeling van het concernbelang en de concernaansprakelijkheid op een tweetal terreinen: het Nederlandse vennootschapsrecht en de Nederlandse jurisprudentie enerzijds en het Europese mededingingsrecht anderzijds. In de eerste plaats wordt ingegaan op de positie die het concernverband in het Nederlandse vennootschapsrecht inneemt en worden de ontwikkelingen in de Nederlandse jurisprudentie in dit verband nogmaals kort geschetst (par. 2). Vervolgens wordt de toerekening in concernverhoudingen op basis van het Europese mededingingsrecht besproken (par. 3). In par. 4 worden beide concernrechtelijke perspectieven met elkaar vergeleken. In de conclusie wordt aan de hand van de daaraan voorafgaande bespreking kort een beeld geschetst van de toekomst van het concern (par. 5).

* Mr. M. Olaerts is als universitair docent verbonden aan de capaciteitsgroep privaatrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht en tevens redacteur van dit tijdschrift.

1. *Walkovszky v Carlton* 18 N.Y.2d 414, 276 N.Y.S.2d 585, 223 N.E.2d 6 (1966). De gebeurtenissen in deze zaak zijn hier vereenvoudigd weergegeven. Ik ga hier niet verder in op de bijzondere omstandigheden van deze zaak en op de vraag of deze zaak anno 2010 al dan niet tot aansprakelijkheid zou leiden.
2. BP stuurde bijvoorbeeld de CEO van het bedrijf als afgevaardigde naar president Obama om daar de verontwaardiging van de Verenigde Staten te aanhoren. Zie in dit verband eveneens B.T.M. Steins Bisschop & M. Olaerts, 'Eenheid tegen wil en dank', in: B. Hoogenboom, L. Paape & M. Pheijffer (red.), *Accountancy in beweging*, BJu 2010, p. 195-212.
3. Zie over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor schendingen van het mededingingsrecht onder meer C.M.H.M. Kneepkens, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van personen bij overtredingen van het mededingingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2010-9. Ik ga hier niet verder op in. Naast het mededingingsrecht zijn meerdere rechtsgebieden denkbaar waarin het concernverband een rol speelt. Het valt echter buiten het bestek van deze bijdragen om al die terreinen te bespreken.

2. De positie van het concernverband in het Nederlandse vennootschapsrecht en de jurisprudentie

2.1. Het uitgangspunt

Zoals in de inleiding reeds werd aangegeven, gaat het Nederlandse vennootschapsrecht uit van het principe dat iedere vennootschap in beginsel onafhankelijk en zelfstandig opereert. Het Nederlandse vennootschapsrecht lijkt daarmee, voor wat betreft de erkenning van het concernverband en het toekennen van juridische consequenties aan een dergelijk verband, weinig reactief te zijn. Nederland staat daarin overigens niet alleen. Op Europees niveau en in een groot aantal lidstaten wordt eveneens in grote mate vastgehouden aan het uitgangspunt van de enkelvoudige vennootschap. De eens voorgestelde negende richtlijn, die voorzag in een op Duitse leest geschoeid concernrecht, is nooit aangenomen en inmiddels is het idee verlaten om tot een dergelijk omvangrijke regeling van het concernrecht op Europees gebied te komen.⁴ Het Nederlandse vennootschapsrecht wordt tevens gekenmerkt door een enigszins ambivalente houding ten aanzien van het concernverband. Enerzijds wordt het bestaan van concernverhoudingen met zoveel woorden door de wet erkend. Dit is bijvoorbeeld het geval in de artikelen 2:24a, 2:24b en 2:24c BW waar de begrippen dochtermaatschappij, groep en deelneming nader worden gedefinieerd. Anderzijds geeft het vennootschapsrecht voor wat betreft bijvoorbeeld de interne verhoudingen niet aan welke consequenties aan het bestaan van deze relatie dient te worden verbonden.

2.2. De juridische erkenning van concernverhoudingen in de jurisprudentie

De erkenning van de concernrelatie en het verbinden van juridische consequenties daaraan, heeft met name plaatsgevonden in de jurisprudentie waarin blijkt wordt gegeven van het feit dat de strikte scheiding tussen concernvennootschappen, in toenemende mate onder druk is komen te staan.

De juridische consequenties die in de Nederlandse jurisprudentie aan het bestaan van concernverhoudingen worden toegekend, kunnen zowel positieve als negatieve gevolgen hebben voor diegenen die onderdeel uitmaken van een concernverband. Het kan van de ene kant leiden tot een juridische erkenning van de economische realiteit. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer aanvaard wordt dat het bestuur van een dochtervennootschap in de

praktijk rekening zal moeten houden met het concernbelang en, indachtig dat concernbelang, instructies van de moedervennootschap zal moeten opvolgen. Anderzijds, vanuit het perspectief van het concern bekeken, kan de juridische erkenning van concernrelaties en het toekennen van consequenties daaraan ook negatieve gevolgen hebben. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de concernverhouding aanleiding geeft tot doorbraak van aansprakelijkheid. In het hiernavolgende worden de ontwikkelingen in de jurisprudentie op het terrein van het concernbelang, het instructierecht van de moedervennootschap en de doorbraak van aansprakelijkheid kort geschetst.

2.2.1. Vennootschappelijk belang versus concernbelang

De vennootschappelijke regels betreffende de interne verhoudingen binnen vennootschappen is gemodelleerd naar het stramien van de enkelvoudige vennootschap. Dit kan in de praktijk aanleiding geven tot fricties. Bestuurders van concernvennootschappen worden geacht hun taak te vervullen in het belang van de vennootschap, maar zullen onvermijdelijk worden geconfronteerd met het groepsbelang. In de jurisprudentie is inmiddels een vertaalslag tussen het theoretisch uitgangspunt en de praktijk gemaakt door te aanvaarden dat bestuurders van dochtervennootschappen door het concernbelang worden beïnvloed. Erkend wordt dat het belang van een tot een groepsverhouding behorende vennootschap door het concernbelang wordt 'ingekleurd' en dat ook dat belang door de bestuurders van een dochtervennootschap in hun beleidsafweging dient te worden betrokken.⁵ Datgene wat in het belang is van het concern als geheel, wordt vaak geacht tevens in het belang te zijn van de individuele tot het concern behorende vennootschappen.⁶ Aangenomen wordt bijvoorbeeld dat financiering die is verleend aan een houdstermaatschappij binnen concernverhoudingen in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele te strekken van alle tot het concern behorende onderdelen, zelfs wanneer deze niet rechtstreeks aanspraak hebben gemaakt op de desbetreffende financiering.⁷ Onder omstandigheden dient zelfs te worden aanvaard dat het vennootschappelijk belang bij het concernbelang wordt achtergesteld.⁸ Echter, de erkenning van de invloed en de relevantie van het concernbelang gaat niet zover dat het vennootschappelijk belang daaraan zonder meer en bij voorbaat volledig dient te worden opgeofferd.⁹ Door de erkenning van het concernbelang wordt

4. Alternatieve voorstellen zijn gedaan door bijvoorbeeld het Forum Europaeum Konzernrecht. Wel wordt op Europees niveau rekening gehouden met het bestaan van concernverbanden. Dit is bijvoorbeeld het geval in de zevende richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening. Richtlijn 83/349/EEC van 13 juni 1983.

5. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 24. Zie over de verschuiving van vennootschappelijk naar concernbelang eveneens S.M. Bartman, 'From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law', *ECL* 2007, volume 4, issue 5, p. 207-210.

6. Zie in dit verband Bartman in nr. 7 e.v. van zijn noot onder het *Bruil*-arrest, HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169, m.nt. A.F.J.A. Leijten en S.M. Bartman (*Bruil*).

7. HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160, m.nt. Bartman (*Rivier De lek c.s./Van de Wetering*). Zie in dit verband eveneens M. Olaerts, 'Noot bij HR 18 april 2003, *JOR* 2003, 160 (*Onroerend Goed Maatschappij c.s./D. van de Wetering BV*), NTBR rechtspraak kort', *NTBR* 2003-10, p. 599-601; M. Olaerts, 'Regresverhaal? Enige beschouwingen omtrent de uit concernfinanciering voortvloeiende regresproblematiek', *TvOB* 2004-2, p. 71-81.

8. OK 13 maart 2003, *JOR* 2003, 85 m.nt. I. (*Corus*). Zie in dit verband met verdere literatuurverwijzing S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 26 e.v.

9. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 94, m.nt. Ma, *JOR* 2002, 2, m.nt. Bartman (*Juno*). Zie in dit verband eveneens S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 27.

de taak van het bestuur van een dochtervennootschap in concernverhoudingen vereenvoudigd, omdat de juridische uitgangspunten in overeenstemming worden gebracht met de economische realiteit.

2.2.2. Instructiebevoegdheid?

Een vraag die nauw samenhangt met de afweging tussen het vennootschappelijk belang en het concernbelang is of de moedervennootschap bevoegd is instructies te geven aan het bestuur van de dochtervennootschap en of dat bestuur vervolgens gehouden is die instructies op te volgen. In het *Hurks II*-arrest¹⁰ heeft de Hoge Raad in ieder geval het bestaan van een feitelijk instructiemacht van de moedervennootschap erkend. De vraag naar de instructiebevoegdheid wordt beheerst door artikel 2:129/239 lid 4 BW dat voorziet in de mogelijkheid om statutair een instructiebevoegdheid op te nemen. De desbetreffende instructies aan het bestuur mogen echter niet verder gaan dan '(...) de algemene lijnen van het te voeren beleid (...)'. Wat daar precies onder dient te worden verstaan, is niet duidelijk.¹¹ Een onderscheid tussen algemene en concrete lijnen van het te voeren beleid en daarmee tussen algemene dan wel concrete instructies, valt doorgaans moeilijk te maken. In het kader van de flexibilisering van het BV-recht is voorgesteld om het onderscheid tussen algemene en concrete lijnen van het te voeren beleid te laten vallen en de vennootschappen de mogelijkheid te bieden om statutair te bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen van een ander orgaan. De expertgroep merkt in dit verband op dat in de jurisprudentie over artikel 2:239 lid 4 BW niet zozeer wordt ingegaan op het onderscheid tussen algemene en bijzondere instructie, maar veeleer de nadruk wordt gelegd op een inhoudelijke beoordeling van de vraag of het bestuur van de dochtervennootschap al dat niet de instructies had mogen opvolgen.¹² De voorgestelde wetswijziging brengt de wettelijke bepaling in overeenstemming met de bestaande aanpak in de jurisprudentie. Het bestuur van de dochtervennootschap wordt echter wel de mogelijkheid geboden om via een achterpoortje aan een instructie te ontsnappen. Die ontspanningsmogelijkheid wordt geconstrueerd door het vennootschappelijk belang. Het bestuur is volgens de voorgestelde wijziging niet gehouden de instructies op te volgen wanneer dit in strijd zou zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Na het in werking treden van deze wijzigingen zal het een moedervennootschap derhalve vrijstaan om bindende instructies te geven aan een dochter-BV. Vereist is wel dat de instructiebevoegdheid statutair wordt verankerd. Het vennootschappelijk belang markeert de onder-

grens van de gehoudenheid van het dochterbestuur om de desbetreffende instructie op te volgen.

2.2.3. Doorbraak en aansprakelijkheid

De aansprakelijkheid in concernverhoudingen is in het verleden in de jurisprudentie uitvoerig aan de orde gekomen en is nog steeds in beweging.¹³ Uit de jurisprudentie blijkt, kort gezegd, dat de aanwezigheid van een hechte concernband aanleiding kan geven tot een zorgplicht van de moedervennootschap ten opzichte van de crediteuren van een dochtermaatschappij. Schending van die zorgplicht kan onder omstandigheden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad leiden. Wanneer sprake is van een hechte concernband, wordt de wetenschap van benadeling van crediteuren van de dochtervennootschap toegerekend aan de moedermaatschappij.¹⁴ Bartman en Dorresteyn formuleren aan de hand van de bestaande jurisprudentie in dit verband de volgende vier stappen voor rechtsvinding bij doorbraakvorderingen:

1. (...) beoordelen en vaststellen van de hechte aard van de concernstructuur en de daarbij behorende 'ingrijpmacht' van de moeder;
2. concluderen tot een zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van de dochter vanwege die hechte concernstructuur in combinatie met moeders voorafgaande intensieve bemoeienis;
3. bepalen van het tijdstip waarop de moeder van de deplorabele toestand van haar dochter geacht mag worden op de hoogte te zijn en haar zorgplicht deswege werd geactiveerd (...) en tenslotte
4. beslissen of moeder haar zorgplicht in voldoende mate is nagekomen.'

Voor het aannemen van nauwe verwevenheid is mijns inziens overigens niet vereist dat de moedervennootschap volledig op de stoel van de dochtermaatschappij gaat zitten en deze elke vorm van zelfstandig optreden ontnemt. Uit het *Hurks II*-arrest¹⁵ blijkt dat een intensieve bemoeienis van de moedervennootschap met het financiële beleid van de dochter voldoende kan zijn, teneinde de zorgplicht van de moedervennootschap te activeren. Het feit dat het bestuur van de dochter voor het overige zelfstandig functioneert, doet daaraan niet af. Bij het ontbreken van bemoeienis over de gehele beleidslijn, kan

10. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 m.nt. Kortmann, *JOR* 2002, 38 m.nt. Bartman. Zie over dit arrest eveneens J.J.A. Hamers & M. Olaerts, 'De betekenis van Hurks II voor het ondernemingsrecht', *Accounting* 2002-5, p. 7-14; J.J.A. Hamers & M. Olaerts, 'Noot bij HR 21 december 2001, RVDW 2002/6 (De stichting Bedrijfsinformatie/Th.J.G.M. Hurks c.s.) met verwijzing naar HR 21 december 2001, RvdW 2002/7 (Lunderstädt /Jachtwerf Neptunus BV)', *NTBR* 2002-7, p. 334-341.

11. S.M. Bartman, 'From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law', *ECL* 2007, volume 4, issue 5, p. 208.

12. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 90 (MvT).

13. Zie voor een bespreking van de belangrijkste arresten en de ontwikkeling in dit verband S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 275-303. Zie eveneens M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 202 e.v.

14. HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727, m.nt. PvS, *JOR* 1998, 107, m.nt. Van den Ingh (*Coral-Stalt*) zie hierover in die zin S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 285.

15. HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. Kortmann, *JOR* 2002, 38, m.nt. Bartman.

desalniettemin sprake zijn van intensieve bemoeienis van de moeder vennootschap.¹⁶

3. Het concern in het Europese mededingingsrecht

Het groepsverband kan ook op andere terreinen juridische consequenties hebben. Ik gaf in de inleiding reeds aan dat ook andere rechtsgebieden, die eveneens een belangrijke rol spelen voor wat betreft het functioneren van concernvennootschappen, worden gekenmerkt door een accentverschuiving in het concernrechtelijk denken. Een van de terreinen die blijk geven van de knelpunten waartoe het omgaan met het concernverband aanleiding kan geven, is het Europese mededingingsrecht en meer in het bijzonder de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie op dit gebied. Het Europese mededingingsrecht hanteert een ander uitgangspunt. In plaats van, zoals het Nederlandse vennootschapsrecht, uit te gaan van de individuele vennootschap, wordt in het Europese mededingingsrecht de onderneming centraal gesteld. Artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie biedt de Europese Commissie de bevoegdheid om boetes op te leggen aan ondernemingen voor schendingen van mededingingsrechtelijke bepalingen. Voor de interpretatie van het begrip 'onderneming' wordt door de Europese Commissie en het Hof een 'substance over form'-aankpak gehanteerd. Het ondernemingsbegrip omvat, aldus het Hof:¹⁷

'(...) elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van die entiteit en de wijze waarop zij wordt gefinancierd (...).'

Onder het begrip 'onderneming' wordt verstaan een economische eenheid, ongeacht of die economische eenheid uit één of uit een veelheid van rechtspersonen bestaat.¹⁸ Wanneer de inbreuk makende rechtspersoon onderdeel uitmaakt van een concernverband, wordt in het mededingingsrecht aanvaard dat het gedrag van de desbetreffende (dochter)vennootschap onder omstandigheden toegerekend kan worden aan de moedermaatschappij. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof kan een dergelijke toerekening onder meer plaatsvinden wanneer de dochtervennootschap niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt en voornamelijk handelt op basis van instructies afkomstig van de moedermaatschappij.¹⁹

In het Europese mededingingsrecht heeft de vraag in welke gevallen de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent, eveneens aanleiding gegeven tot juri-

disch getouwtrek. Dit getouwtrek bereikte een climax in het *Akzo Nobel*-arrest waarin bovenstaande vraag naar het zelfstandig optreden van de dochtervennootschap een van de kernpunten vormde. In beginsel is het aan de Commissie om aan te tonen dat de moedervennootschap een dermate beslissende invloed op de dochtermaatschappij uitoefent dat van een economische eenheid sprake is en dientengevolge toerekening van de mededingingsrechtelijke overtreding aan de moedervennootschap kan plaatsvinden. In eerdere zaken had het Europees Hof reeds geoordeeld dat indien een moedervennootschap alle aandelen van de dochtervennootschap in handen heeft, vermoed wordt dat de moedervennootschap een beslissende invloed op het beleid van de dochtermaatschappij heeft. Het is dan aan de moedervennootschap om dat vermoeden te ontkrachten.²⁰ Akzo Nobel stelde in deze zaak dat voor het intreden van het bewijsvermoeden bijkomende elementen vereist zijn naast het 100%-aandeelhouderschap. Het Hof was het hier echter niet mee eens en oordeelde dienaangaande:²¹

'In het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100% van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk op de communautaire mededingingsregels heeft gepleegd, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van deze dochter (...) en bestaat er een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij metterdaad een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochter (...).'

Volgens het Hof is het voor het intreden van het vermoeden van beslissende invloed voldoende dat de Commissie bewijst dat het volledige kapitaal van een dochtervennootschap in handen is van de moedermaatschappij. Het is vervolgens de taak van die moedermaatschappij om te bewijzen dat haar dochter de instructies niet opvolgt en derhalve autonoom is in haar marktgedrag.²² Vervolgens werd in deze zaak de reikwijdte van de beslissende invloed van de moedervennootschap op het beleid van de dochtermaatschappij aan de orde gesteld. Akzo Nobel stelde zich op het standpunt dat de invloed van de moedervennootschap zich enkel dient uit te strekken tot het marktgedrag van de dochtermaatschappij, hetgeen gelijk kan worden gesteld met het commerciële beleid. Het begrip 'commerciële beleid' dient volgens Akzo Nobel beperkt te worden geïnterpreteerd in die zin dat de beslissende invloed van de moedervennootschap zich heeft afgespeeld op het specifieke terrein waarop de inbreuk is

16. Zie ook M. Olaerts, *Vennootschappelijke beleidsbepaling in geval van financiële moeilijkheden; de positie van bestuurders en aandeelhouders* (diss. Maastricht), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2007, p. 220.

17. Zie HvJ EG 10 september 2009, nr. C-97/08P, onder nr. 54 (*Akzo Nobel*).

18. HvJ EG 14 december 2006, nr. C-217/05, nr. 40 (*Confederacion Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio*).

19. Zie nr. C-97/08P onder nr. 58 (*Akzo Nobel*), onder verwijzing naar de arresten HvJ EG 14 juli 1972, nr. C-48/69 (*Imperial Chemical Industries/Commissie*), ECR 1972, 619, onder nr. 132 en nr. 52/69 (*Geigy/Commissie*), Jur. p. 787, onder nr. 44; HvJ EG 21 februari 1973, nr. 6/72 (*Europemballage en Continental Can/Commissie*), Jur. p. 215, nr. 15. Zie in verband met toerekening in concernverbouingen I.W. VerLoren van Themaat & M.C. van Heezik, 'Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt', *NTER* 2010-3, p. 90-95.

20. HvJ EG 25 oktober 1983, nr. 107/82 (*AEG[-Telefunken]/Commissie*), Jur. p. 3151, nr. 50; HvJ EG 16 november 2000, nr. C-286/98P (*Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie*), Jur. p. I-9925, nr. C-286/98P, nr. 29. Zie ook A-G Kokott in haar conclusie bij de *Akzo Nobel*-zaak (C-97/08P) onder nr. 52-53.

21. Nr. C-97/08P, nr. 60 (*Akzo Nobel*).

22. Nr. C-97/08P, nr. 61 (*Akzo Nobel*).

gepleegd.²³ In eerste aanleg had de rechter zich op het standpunt gesteld dat voor de vraag of de dochtervennootschap autonoom is, alle aspecten van de concernstructuur in acht dienen te worden genomen.

Volgens Akzo Nobel²⁴ zou een dergelijke uitbreiding van het begrip ‘commercieel beleid’ neerkomen op de invoering van een risicoaansprakelijkheid in concernverhoudingen. Dit argument doet het Hof eveneens af als ongegrond. Het mededingingsrecht hanteert volgens het Hof als uitgangspunt:²⁵

‘(...) het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid van de economische eenheid die de inbreuk heeft gepleegd. Als de moedermaatschappij deel uitmaakt van die economische eenheid, die (...) uit verschillende rechtspersonen kan bestaan, wordt zij samen met de andere rechtspersonen die deze eenheid vormen hoofdelijk aansprakelijk geacht voor de inbreuken op het mededingingsrecht. Zelfs als de moedermaatschappij niet rechtstreeks deelneemt aan de inbreuk, oefent zij in een dergelijk geval namelijk beslissende invloed uit op haar dochterondernemingen die er wel aan hebben deelgenomen. In die context kan de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij dus niet als een aansprakelijkheid zonder schuld worden aangemerkt.’

Het *Akzo Nobel*-arrest is in de juridische literatuur kritisch ontvangen. Het belangrijkste punt van kritiek betreft de wijze waarop het vermoeden van beslissende invloed kan worden weerlegd. Betoogd wordt dat de moedervennootschap slechts een beperkt aantal verweermiddelen ter beschikking staat, teneinde het vermoeden te ontkrachten.²⁶ Hoewel dit uitdrukkelijk door het Europees Hof is ontkend, zou het bewijsvermoeden de facto neerkomen op een risicoaansprakelijkheid. Het enkele feit dat de dochtervennootschap haar eigen commerciële beleid bepaalde, is kennelijk onvoldoende als tegenbewijs. Teneinde vast te stellen of een dochtervennootschap al dan niet zelfstandig opereert, dient immers te worden gekeken naar de gehele concernstructuur, dat wil zeggen naar:²⁷

‘(...) alle relevante factoren betreffende de economische, organisatorische en juridische banden tussen de dochteronderneming en haar moedermaatschappij (...).’

Advocaat-generaal Kokott stelt dat de moedervennootschap het vermoeden van beslissende invloed kan weerleggen door te bewijzen²⁸ ‘dat zij op de achtergrond is

gebleven en het marktgedrag van haar dochter niet heeft beïnvloed’. In een voetnoot verwijst Kokott daarbij naar de volgende door de Commissie gegeven voorbeelden waarin weerlegging van het vermoeden mogelijk is:²⁹

‘a) de moedermaatschappij is een investeringsmaatschappij en gedraagt zich als een zuiver financiële investeerder, b) de moedermaatschappij neemt slechts tijdelijk en voor korte tijd met 100% deel in de dochter vennootschap en c) de moedermaatschappij kan om juridische redenen niet volledig haar 100%-toezicht op de dochtervennootschap uitoefenen (...).’

In de Europese jurisprudentie worden eveneens kanttekeningen geplaatst bij de uitspraak van het Hof in de *Akzo Nobel*-zaak. Zo wijst advocaat-generaal Bot er in zijn conclusie bij het *Arcelor Mittal*-arrest bijvoorbeeld op dat voorzichtig dient te worden omgesprongen met het bewijsvermoeden en dat bijkomende omstandigheden dienen te worden gesteld, teneinde de aanwezigheid van een intensieve bemoeienis te staven.³⁰ In de zaak *Alliance One International* oordeelde het Gerecht in eerste aanleg dat het enkele feit dat het volledige kapitaal in handen was van de moedervennootschap, onvoldoende was om tot aanwezigheid van ‘beslissende invloed’ te concluderen.³¹ In het Europees mededingingsrecht is de invulling van het criterium ‘beslissende invloed’ met andere woorden eveneens voortdurend in beweging.

4. De erkenning van het concernverband vanuit beide perspectieven

Bij het maken van een vergelijking tussen het concernrechtelijk perspectief dat gehanteerd wordt in de Nederlandse jurisprudentie (met name in de doorbraakjurisprudentie op grond van onrechtmatige daad) enerzijds en het concernrechtelijk perspectief in het mededingingsrecht anderzijds, dient te worden opgemerkt dat het twee verschillende rechtsgebieden betreft die ieder een ander oogmerk hebben. In het mededingingsrecht staat de bescherming van het publieke belang centraal, terwijl de doorbraakjurisprudentie gebaseerd op de onrechtmatige daad, vooral strekt ter bescherming van individuele crediteuren. Desalniettemin is het interessant om de gelijkenissen en verschillen tussen beide aanpakken te duiden aangezien beide terreinen van belang kunnen zijn voor het functioneren van het concern in de praktijk.

23. Zie hierover I.W. VerLoren van Themaat & M.C. van Heezik, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010-3, p. 92.

24. Nr. C-97/08P, nr. 69 (*Akzo Nobel*).

25. Nr. C-97/08P, nr. 77 (*Akzo Nobel*).

26. I.W. VerLoren van Themaat & M.C. Heezink, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010-3, p. 92-93; A. Riesenkauff & U. Krauthausen, ‘Liability of parent companies for antitrust violations of their subsidiaries’, *European Competition Law Review* 2010, p. 38-41; S. Sorinas, ‘ECJ clarifies parental liability rules for competition infringements committed by wholly-owned subsidiaries’, *European Newsletter* 2009, 66 (Nov), 1-3; J.D. Briggs & S. Jordan, ‘Developments in the law: The presumption of shareholders liability and the implications for the shareholders in private damages actions and otherwise’, *Global Competition Litigation Review* 2009, 2 (4), 203-209.

27. Nr. C-97/08P, nr. 74 (*Akzo Nobel*).

28. A-G Kokott in haar conclusie bij *Akzo Nobel* onder nr. 75.

29. A-G Kokott in haar conclusie bij *Akzo Nobel* in voetnoot 67. Ik ga hier niet verder op in. Een uitvoerige beschouwing van de mogelijke weerleggingsgronden zou in het kader van deze bijdrage te ver leiden. Zie in dat verband onder meer I.W. VerLoren van Themaat & M.C. van Heezik, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010-3, p. 92 e.v.

30. Conclusie A-G Bot van 26 oktober 2010 bij zaken C-201/09P en C-216/09P onder nr. 212.

31. Gerecht EU 27 oktober 2010, nr. T-24/05.

Het uitgangspunt van het (Nederlandse) vennootschapsrecht contrasteert met dat van het Europese mededingingsrecht. Het vennootschapsrecht hanteert de enkelvoudige vennootschap als uitgangspunt, terwijl het Europese mededingingsrecht gestoeld is op het ondernemingsbegrip. Voor de toepassing van mededingingsrechtelijke regels zijn niet bepalend de organisatiestructuur en de formele scheiding die is aangebracht door die onderneming onder te brengen in verschillende rechtspersonen. Doorslaggevend is dat het marktgedrag als dat van een eenheid kan worden aangemerkt.³² Ondanks het feit dat het Nederlandse vennootschapsrecht gemodelleerd is naar het beeld van de enkelvoudige vennootschap, wordt in de jurisprudentie met het bestaan van concernverbanden rekening gehouden en worden daaraan juridische consequenties verbonden. Zowel de Nederlandse doorbraakjurisprudentie als de jurisprudentie van het Europees Hof in mededingingsrechtelijke zaken, vereist voor de doorbraak van aansprakelijkheid of toerekening in concernverbandingen de aanwezigheid van beslissende invloed van de moedermaatschappij op het beleid van de dochtervennootschap. De vraag wanneer de beslissende invloed aanwezig is, heeft op beide terreinen tot de nodige overpeinzingen geleid.³³

Het scharnierpunt waarop de doorbraak van aansprakelijkheid in de Nederlandse jurisprudentie wordt geactiveerd, is de manier waarop aan het concernverband invulling is gegeven. Het enkele feit dat de moedervennootschap 100% aandeelhouder is, is onvoldoende om doorbraak van aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Er dient sprake te zijn van een hechte concernband die kan voortvloeien uit een intensieve bemoeienis van de moedervennootschap met het beleid van de dochter. Het Europese mededingingsrecht en de wijze waarop daaraan door het Hof van Justitie in de jurisprudentie invulling is gegeven, gaat echter een stap verder in het concernrechtelijk denken. Aangenomen wordt niet alleen dat de moedermaatschappij, wanneer sprake is van een 100%-dochtervennootschap, beslissende invloed *kan* uitoefenen. Vermoed wordt tevens dat zij die invloed ook daadwerkelijk heeft uitgeoefend. Zoals uit de beslissing van het Europees Hof inzake *Akzo Nobel* blijkt, dient die intensieve bemoeienis niet enkel betrekking te hebben op het commerciële beleid van de dochtervennootschap. Teneinde vast te stellen of een dochtervennootschap inderdaad autonoom optreedt, dient volgens het Hof rekening te worden gehouden met:³⁴

‘(...) alle relevante factoren betreffende de economische, organisatorische en juridische banden tussen de dochteronderneming en haar moedermaatschappij (...)’

In dit verband kan een parallel worden getrokken met de doorbraak van aansprakelijkheid in de Nederlandse jurisprudentie. In beide stelsels is het totaalplaatje ten aanzien van de concernstructuur van belang. Niet vereist is dat de invloed van de moedervennootschap zich op bepaalde specifieke deelterreinen van het beleid van de dochtervennootschap doet gevoelen. Zoals reeds aangeven blijkt uit het *Hurks II*-arrest³⁵ dat een intensieve bemoeienis van de moedervennootschap met het financiële beleid van de dochter voldoende kan zijn teneinde de zorgplicht van de moedervennootschap te activeren. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat er een verschil in bewijslast bestaat. Bij overtredingen van het mededingingsrecht kan de Commissie immers gebruikmaken van het bewijsvermoeden van intensieve bemoeienis en is het aan de moedervennootschap om, onder verwijzing naar de concernstructuur en alle relevante omstandigheden die daarmee samenhangen, dat bewijsvermoeden te ontcrachten. Ik gaf reeds aan dat in de literatuur betwijfeld wordt of er de facto voor de moedervennootschap mogelijkheden bestaan om het bewijsvermoeden te ontcrachten. Ik heb er voorts op gewezen dat de toepasbaarheid van het bewijsvermoeden onder meer door advocaat-generaal Bot en in de uitspraak van het (Europees) Gerecht inzake *Alliance One International* in twijfel wordt getrokken. Uit de door advocaat-generaal Kokott in haar conclusie bij het *Akzo Nobel*-arrest aangehaalde voorbeelden van gevallen waarin een intensieve bemoeienis ontbreekt, blijkt dat zowat iedere vorm van bemoeienis afwezig dient te zijn. De Nederlandse doorbraakjurisprudentie laat in dit verband mijns inziens meer ruimte om met de intensiteit van de concernrelatie, die van concern tot concern sterk kan verschillen, rekening te houden. Echter, ook binnen de Nederlandse doorbraakjurisprudentie is een verschuiving merkbaar. Het concernaansprakelijkheidsrecht evolueert in de woorden van Bartman en Dorresteyn³⁶ ‘(...) van zuiver misbruikbestrijdingsrecht naar (meer) organisatierecht’.

In de Nederlandse doorbraakjurisprudentie is weliswaar aangenomen dat een moedervennootschap, ondanks het eventueel ontbreken van instructiebevoegdheid, in ieder geval een instructiemacht heeft.³⁷ Echter, een dergelijke aanname wordt niet gebaseerd op het enkele feit dat de moedervennootschap het volledige kapitaal van de dochtervennootschap verschaft. 100%-aandeelhouderchap is eveneens onvoldoende, teneinde een doorbraak van aansprakelijkheid te rechtvaardigen. Steeds dient te worden gekeken naar de wijze waarop in het concrete geval aan het concernverband invulling is gegeven. Advocaat-generaal Kokott overweegt in haar conclusie bij het *Akzo Nobel*-arrest ten aanzien van een 100%-deelneming dat:³⁸

32. A-G Kokott in haar conclusie bij *Akzo Nobel* onder nr. 42.

33. Dat de invulling van dit begrip in het Europese mededingingsrecht nog steeds onderhevig is aan discussie blijkt onder meer uit de hiervoor aangehaalde conclusie van A-G Bot in de *Arcelor Mittal*-zaak.

34. Nr. C-97/08P, nr. 74 (*Akzo Nobel*).

35. HR 21 december 2001, NJ 2005, 96, m.nt. Kortmann, JOR 2002, 38, m.nt. Bartman.

36. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 292.

37. HR 21 december 2001, NJ 2005, 96, m.nt. Kortmann, JOR 2002, 38, m.nt. Bartman.

38. A-G Kokott in haar conclusie bij *Akzo Nobel* onder nr. 73.

‘(...) noch bij strategische beslissingen, noch in het dagelijkse bestuur van de dochtervennootschap de belangen van andere aandeelhouders een rol kunnen spelen. Er ontstaat derhalve een volledige parallelle tussen de belangen van de moedermaatschappij en die van haar 100 %-dochtervennootschap.’

Als ik het goed zie zijn de Nederlandse jurisprudentie en de Nederlandse wetgever enigszins terughoudender voor wat betreft de door Kokott geschetste volledige parallelle tussen het belang van beide vennootschappen. Erkend wordt dat het concernbelang het vennootschappelijk belang tot op zekere hoogte inkleurt. Datgene wat in het belang is van het concern als geheel, wordt vaak geacht tevens in het belang te zijn van de individuele tot het concern behorende vennootschappen. Echter, zoals in het bovenstaande reeds werd aangegeven, gaat de erkenning van de invloed en de relevantie van het concernbelang niet zover dat het vennootschappelijk belang bij voorbaat daaraan volledig dient te worden opgeofferd. De voorgestelde wijziging van de regeling inzake instructierecht voor wat betreft de BV, gaat ook uit van een zelfstandige afweging van het bestuur van de dochtervennootschap. Hieruit blijkt eveneens de erkenning van het feit dat het concernbelang niet steeds parallel zal lopen aan het vennootschappelijk belang. Bartman en Dorresteyn wijzen erop dat de bewijslast die op de crediteur in doorbraakgevallen rust door de Hoge Raad wordt vereenvoudigd door de introductie van een zorgplicht van de moedervennootschap in gevallen waarin sprake is van een hecht concernverband. Het is in beginsel aan de crediteur om aan te tonen dat bij de moedervennootschap sprake was van wetenschap van benadeling.³⁹ In geval van een hecht concernverband, wordt die wetenschap thans verondersteld aanwezig te zijn. De crediteur zal wel nog steeds het bestaan van de hechte concernstructuur dienen aan te tonen. In het Europese mededingingsrecht wordt nog een stap verder gegaan door te vermoeden dat in geval van een 100%-dochtervennootschap, behoudens tegenbewijs, een dergelijke hechte concernstructuur aanwezig is. De Commissie kan derhalve volstaan met het 100%-aandeelhouderschap aan te tonen, zonder daarbij nader te hoeven ingaan op de manier waarop aan het concernverband in concreto invulling is gegeven.

Mijns inziens kan het concernrechtelijk perspectief dat gehanteerd wordt in het Europese mededingingsrecht een belangrijke invloed hebben op de doorbraak op grond van onrechtmatige daad naar Nederlands recht. In de eerste plaats is niet ondenkbaar dat wanneer binnen een rechtsgebied sneller van toerekening sprake is, dit ook het concernrechtelijk denken in andere rechtsgebieden in het algemeen kan beïnvloeden. In de tweede plaats kan de mededingingsrechtelijke toerekening van invloed zijn op de concernstructuur. Zoals gezegd kunnen mededin-

gingsrechtelijke overtredingen aan de moedervennootschap worden toegerekend indien de moedervennootschap een beslissende invloed heeft uitgeoefend op de dochtermaatschappij. Daarvan wordt vermoed sprake te zijn wanneer 100% van het aandelenkapitaal van de dochter in handen is van de moedermaatschappij. Het weerleggen van dit vermoeden door de moedervennootschap, is doorgaans geen eenvoudige taak.⁴⁰ Een moedervennootschap die wil voorkomen dat toerekening plaatsvindt, kan er dus maar beter voor zorgen dat haar dochtervennootschap het mededingingsrecht niet overtreedt. Teneinde dit te waarborgen, zal de moedervennootschap de vinger aan de pols moeten houden en maatregelen moeten nemen die haar in staat stellen toezicht te houden op haar dochtervennootschap.⁴¹ Het is mijns inziens niet ondenkbaar dat onder omstandigheden de aanwezigheid van dergelijke controlesystemen kan bijdragen aan de conclusie dat sprake is van een hecht concernverband in een eventuele onrechtmatigedaadactie. Bartman en Dorresteyn wijzen erop dat de, door de corporate governance vereiste, ondertekening door een moedervennootschap van een *in control statement* als onderdeel van het jaarverslag, van belang kan zijn bij een poging tot doorbraak. ‘Corporate governance maakt de concernverhouding doorbraakgevoeliger’, concluderen Bartman en Dorresteyn. Dat laatste is mijns inziens ook het geval voor wat betreft het voeren van een gezamenlijk mededingingsbeleid.⁴²

5. Conclusie

Ondanks het feit dat het (Nederlandse) vennootschapsrecht nog steeds de enkelvoudige vennootschap als prototype hanteert, is er door de jaren heen veel veranderd in het concernrechtelijke denken. Die verandering heeft geleidelijk aan op verschillende terreinen plaatsgevonden. In deze bijdrage werd het concernrechtelijk denken dat zich in de loop der jaren in de Nederlandse (doorbraak)jurisprudentie heeft ontwikkeld, vergeleken met het concernrechtelijk perspectief dat in het Europese mededingingsrecht wordt gehanteerd. Hoewel het twee verschillende vakgebieden betreft die ieder een ander oogmerk hebben, in het mededingingsrecht staat de bescherming van het publieke belang centraal terwijl de jurisprudentie gebaseerd op de onrechtmatige daad vooral strekt ter bescherming van individuele crediteuren, kan uit de vergelijking een aantal algemene conclusies worden getrokken ten aanzien van de omgang met en de toekomst van het concernrechtelijk denken. In beide gevallen is voor doorbraak van aansprakelijkheid c.q. toerekening een intensieve bemoeienis van de moedermaatschappij met het beleid van de dochtervennootschap vereist. In beide gevallen is de wijze waarop aan het concernverband invulling is gegeven van belang, teneinde te beoordelen of

39. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 292.

40. Zie onder meer I.W. VerLoren van Themaat & M.C. van Heezik, ‘Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt’, *NTER* 2010-3, p. 92 e.v.

41. Zie in dit verband F. Wenner & B. Van Barlingen, ‘European Court of Justice confirms Commission’s approach on parental liability’, *Competition Policy Newsletter* 2010-1, p. 23-27. Zie in verband met het instellen van ‘compliance measures’ P. Voet van Vormizeele, ‘The fault requirement in European private antitrust litigation and compliance programmes as exculpating or mitigating factor’, *Global Competition Litigation Review* 2010, 3 (1), p. 1-10.

42. S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het Concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 293.

van een dergelijke intensieve bemoeienis sprake is. Echter, in het Europese mededingingsrecht kan gebruik worden gemaakt van een bewijsvermoeden. Waar naar Nederlands recht dient te worden aangetoond dat sprake is van een hechte concernstructuur, wordt die in het Europese mededingingsrecht vermoed aanwezig te zijn wanneer sprake is van een 100%-dochtervennootschap. In het Europese mededingingsrecht wordt derhalve eerder aangenomen dat sprake is van een onderneming in plaats van afzonderlijke rechtspersonen. De bepalingen van het mededingingsrecht hanteren dan ook de onderneming als zodanig als uitgangspunt.

Het concernrechtelijk denken is nog steeds volop in beweging. Voor de toekomst zullen mijns inziens de op de verschillende deelreinen van het concernrechtelijk functioneren aangehangen denkbeelden ten aanzien van de concernrelatie elkaar wederzijds beïnvloeden. De afrekening van een concern als een geheel, waarvan het maatschappelijk debat na de olieramp blijkt geeft, zal ongetwijfeld van invloed zijn op het concernrechtelijk denken in het algemeen. De bescherming die door het incorporeren van verschillende activiteiten in afzonderlijke rechtspersonen wordt gecreëerd, zal in de toekomst naar verwachting aan belang inboeten. Hierbij dient echter wel een nuancering te worden aangebracht. In de drie gevallen – de ramp in de Golf van Mexico, de toerekening in het kader van overtredingen van het Europese mededingingsrecht en de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van doorbraak van aansprakelijkheid – staan verschillende belangen op het spel. In de twee eerstgenoemde gevallen gaat het om een publiek belang, terwijl de doorbraak in het kader van de Nederlandse jurisprudentie zich met name heeft afgespeeld tegen de achtergrond van de bescherming van belangen van individuele crediteuren. Het perspectief dat de concernvennootschappen ondanks hun afzonderlijke rechtspersoonlijkheid dienen te worden aangemerkt als een onderneming en het verbinden van juridische consequenties aan het bestaan van de concernband, zal mijns inziens sneller worden aanvaard wanneer publieke belangen op het spel staan. Het concernrechtelijk denken wordt met andere woorden beïnvloed door de op het spel staande belangen. Ik heb voorts betoogd dat de snelle toerekening in het mededingingsrecht, onder omstandigheden de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in de hand kan werken. Teneinde hoofdelijke aansprakelijkheid voor mededingingsrechtelijke overtredingen te voorkomen, doet de moedervennootschap er goed aan mechanismen te installeren die haar in staat stellen het gedrag van haar dochtervennootschappen op mededingingsrechtelijk gebied te controleren. De aanwezigheid van dergelijke controlesystemen kan onder omstandigheden bijdragen tot de conclusie dat sprake is van een hechte concernstructuur in een eventuele onrechtmatigedaadsactie.