

Mr. S.M. Bartman

De eigen rol van het bestuur van de dochtervennootschap¹ binnen een concern

1 Inleiding

Van alle in dit themanummer behandelde onderwerpen heeft de redactie van het MAB mij voor het meest ongrijpbare benaderd. De wet vermeldt er immers niets over en confronteert men de gemiddelde bestuurder van een dochtervennootschap met bovenvermelde titel in vraagvorm, dan zal hij veelal antwoorden: 'Bij ons vormt dat geen probleem, zo lang wij goed draaien en binnen ons budget blijven zijn wij volledig vrij in ons doen en laten.'

Heeft het onderhavige vraagstuk daarmee slechts academische betekenis? Ik meen van niet. De vraag naar de (eigen) rol van het bestuur van een dochtervennootschap ziet primair naar het functioneren van dat bestuur als orgaan van de vennootschap (= de juridische eenheid) binnen het groter geheel van het concern (= de economische eenheid). 'Concern' heeft daarbij de betekenis van een samenstel van *juridisch* zelfstandige ondernemingen onder centrale leiding. Voorzover men vanwege het *economisch* karakter van de dochtervennootschap - nl. haar afhankelijkheid binnen het concern - moet concluderen dat die rol van het bestuur (en van haar andere organen), naar *vennootschapsrechtelijke maatstaven*, anders ligt dan bij een enkelvoudige vennootschap, heeft dat ook consequenties voor het *juridisch* karakter van het concernverband als zodanig en leidt dat tot de vraag naar de juiste afbakening van de begrippen vennootschap en concern. Daarmee is gegeven dat de probleemstelling van deze bijdrage in elk geval van rechtstheoretisch belang is. Een beschouwing over de invloed van de rechtstheorie op de praktijk zou hier te ver voeren, maar dat die invloed er is, staat vast.

Bovendien is het vraagstuk ook van direct aantoonbaar praktisch belang. Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen staat - mede vanwege de recente inwerkingtreding van de nieuwe anti-misbruikwetgeving (zie hierover de bijdrage van Nagelkerke) - thans sterk in de belangstelling. In dit verband kan men stellen dat, indien en voor zover het bestuur van een dochter een autonome positie inneemt binnen de vennootschap (dat wil zeggen tegenover de algemene vergadering van aandeelhouders = de moeder), het zich, in geval van aansprakelijkstelling voor het gevoerde beleid, niet kan disculperen met verwijzing naar de instructies vanuit de moederonderneming. Echter, het omgekeerde laat zich ook verdedigen; heeft de moeder, naar vennootschapsrechtelijke maatsta-

ven, een afdwingbaar instructierecht, dan moet dit eerder tot disculpatie in bedoelde zin leiden dan bij afwezigheid van zo'n instructierecht.² Maar als dat zo is, kan men zich afvragen of het vennootschaps- en ondernemingsrecht voldoende mogelijkheden bevat om de verantwoordelijkheid voor onzorgvuldig en falend beleid vervolgens toch daar te leggen waar tot dat beleid is besloten en aangezet. Is dat niet het geval, dan zal men hetzij moeten concluderen tot aanwezigheid van een lacune in de regelgeving die door de wetgever of de rechter met spoed zal moeten worden aangevuld, hetzij tot een kennelijke normverschuiving waar het gaat om de bescherming van de belangen van beleggers (minderheidsaandeelhouders in de dochter), werknemers en crediteuren in geval van een concernverhouding.

Men zal inzien dat het onderwerp van deze bijdrage alles behalve van louter academisch belang is. Hoewel formele, concreet aanwijsbare instructies vanuit de moederonderneming in de praktijk van concernverhoudingen, zeker zolang het goed gaat met het bedrijf, nauwelijks voorkomen - in zoverre heeft de hierboven geciteerde directeur gelijk - is het antwoord op de *juridische* vraag naar het bestaan en de reikwijdte van een instructierecht van wezenlijk belang voor het rechtskarakter van het concernverband zelf en daarmee tevens voor belangrijke vraagstukken rond aansprakelijkheid van bestuurders en beleidsbepalers voor het beleid binnen de dochtervennootschap.

Beantwoording van die vraag is overigens niet eenvoudig. Zoals gezegd geeft de wet geen uitsluitel en ook uit de rechtspraak in deze - voorzover aanwezig - zijn geen eenduidige conclusies te trekken. Met name de Ondernemingskamer (OK) van het Amsterdamse gerechtshof heeft geen moeite met het vaststellen van een *feitelijke* afhankelijkheidsrelatie in een concernverhouding³, maar alleen de rechtbank Den Bosch⁴ heeft het nog aangedurfd die afhankelijkheidsverhouding tot een norm van algemeen Nederlands vennootschapsrecht te herleiden. Ik zal derhalve veelvuldig te rade moeten gaan bij de opvattingen hieromtrent van belangrijke auteurs op het terrein van het vennootschapsrecht. Tenslotte brengt de aard van het onderwerp met zich mee dat ik ook zelf stelling neem, opdat de lezer mij daarop kan aanspreken.

Al met al een aanpak waar de 'no nonsense'-lezer van het MAB wellicht weinig vertrouwd mee zal zijn. Desalniettemin hoop ik juist hem te boeien met mijn betoog door hem vooral het praktisch belang te doen inzien van een nadere bezinning op het rechtskarakter van het concern en dat van zijn samenstellende delen.

2 Bestaan en bestaansvoorwaarden van een instructierecht van de moeder

'Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap', aldus art. 129/239 Boek 2 BW.⁵

Uit het (klassieke) arrest van de Hoge Raad inzake de Forumbank (HR 21 januari 1955, NJ 59, 43) pleegt men af te leiden dat de algemene vergadering van aandeelhouders (ava) niet (meer) de hoogste macht vormt binnen de

vennootschap, in die zin dat ook de ava, zonder statutaire grondslag, niet bevoegd is door middel van instructies aan het bestuur in de bevoegdheden van dat bestuur te treden. Ook de ava is gebonden aan de haar in wet en statuten getrokken bevoegdheidsgrenzen. De achterliggende gedachte is daarbij dat het aandeelhoudersbelang niet te allen tijde doorslaggevend is en dat in het vennootschappelijk belang, hetwelk het bestuur van de vennootschap bij uitstek moet dienen, ook andere belangen (o.a. van werknemers) zijn verdisconteerd.

Het bestuur is derhalve tot op zekere hoogte autonoom ten opzichte van de ava in de uitoefening van zijn bestuurstaak. Een uitzondering of beperking op deze 'autonomie-doctrine' in geval van een dochtervennootschap, zal men in de wet vergeefs zoeken. In de literatuur wordt een dergelijke uitzondering wel vrij algemeen aangenomen.⁶ Blijkens de hiervoor geciteerde tekst van art. 239 Boek 2 BW zijn statutaire beperkingen op de bestuursbevoegdheid ook niet verboden. De vraag is echter steeds hoever die beperkingen dan wel mogen gaan en onder welke condities ze zijn toegestaan.

Dat het bestuur binnen de dochtervennootschap en dus binnen het concern een rol (in de zin van een op vennootschapsrechtelijke normen gebaseerde taak) heeft te vervullen, staat buiten kijf. Men kan de rechtspersoonlijkheid van de dochter relativeren, ontkennen kan men haar niet. Grosso modo is men het er dan ook wel over eens dat het bestuur - bijvoorbeeld door statutaire instructie- en goedkeuringsbevoegdheden ten behoeve van de ava - niet dusdanige, vergaande beperkingen op zijn bestuurstaak kunnen worden opgelegd dat er daardoor sprake is van een volledige uitholling van die bestuurstaak.⁷

Dit anti-uthollingsbeginsel ziet men ook neergelegd in de Departementale Richtlijnen, opgesteld door het Ministerie van Justitie, ter beoordeling van ontwerp-statuten of voorgestelde wijzigingen daarvan, in het kader van het afgeven van een verklaring van geen bezwaar door de minister van Justitie (vgl. art. 179 Boek 2 BW). De Richtlijnen staan in par. 9 slechts toe dat de statuten

- a '(...) bepaalde bestuursbesluiten onderwerpen aan de goedkeuring van een vennootschapsorgaan.'
- b '(...) bepalen dat het bestuur zich moet gedragen naar de aanwijzingen van een vennootschapsorgaan betreffende de *algemene* (mijn curs. SB) lijnen van het te volgen financiële, sociale, economische en personeelsbeleid.'

Hierbij zij nog aangetekend dat ook een opeenstapeling van goedkeuringsbevoegdheden, waardoor in feite geen zelfstandige bestuursruimte resteert, door het ministerie niet wordt toegelaten. De Departementale Richtlijnen vormen evenwel geen formele rechtsbron, laat staan dat zij dwingend recht zouden kunnen bevatten. Het gaat slechts om administratieve richtlijnen, zij het met een zeker extern gezag. Hoewel dan ook praktisch alle schrijvers de ratio van par. 9 aanvaarden, gaan enkelen van hen toch verder voor wat betreft de *concreetheid* van de door de moeder mogelijk op te leggen

instructies aan het bestuur van haar dochtervennootschap.⁸

A.G. van Solinge bijvoorbeeld, is van mening dat de moeder ook (een deel van) de 'dirigerende leiding' (= het dagelijks - ad hoc - ondernemingsbeleid) mag uitoefenen, mits voldaan wordt aan

- a een formeel vereiste; de statutaire doelomschrijving van de dochtervennootschap moet vermelden dat 'de vennootschap deel uitmaakt van een met name genoemd concern en bij het nastreven van haar doel mede de belangen van het concern zal dienen.'
- b een materieel vereiste; het 'do ut des' moet worden in acht genomen. Dat wil zeggen: 'Het bestuur mag de dochter niet gratis uitleveren, ook niet aan de moedervennootschap. Het mag wel, indien het zulks in het belang van de dochter acht, instructies ad hoc aanvaarden, mits daar het nodige tegenover staat.' Bij dit laatste denkt Van Solinge aan financierings- en dienstverlenende faciliteiten waar de dochter behoefte aan heeft.

Ook P. van Schilfgaarde ziet ruimte voor verdergaande instructies dan de Departementale Richtlijnen toestaan. Ook hij acht daarvoor een statutaire voorziening noodzakelijk, in die zin dat in de statuten van de dochtervennootschap 'van de instructiebevoegdheid van de moedermaatschappij melding wordt gemaakt.'⁹

Wat bij vergelijking van beide standpunten opvalt is dat Van Schilfgaarde een dergelijke statutaire voorziening verlangt voor het creëren van een juridische onderhorigheidspositie van het bestuur van een dochtervennootschap als zodanig, terwijl de statutaire voorziening van Van Solinge er mede toe dient om te voorkomen dat de dochter - wellicht vertegenwoordigd door de curator in geval van faillissement - zich jegens derden met succes kan beroepen op een doeloverschrijdende rechtshandeling in de zin van art. 6 Boek 2 BW. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de curator jegens de bank op grond van die bepaling de nietigheid inroept van een door de dochter (op instructie van de moeder) verstrekte hypotheekverlening tot zekerheid van een schuld van de moeder aan die bank. Met andere woorden, het formele vereiste van Van Solinge ziet mede naar de relatie tussen de dochtervennootschap en derden, buiten het concernverband, met wie zij heeft gehandeld.

Resteert het materiële vereiste. Van Schilfgaarde noemt dit niet, maar uit zijn stelling dat ook een 100% -dochter zelfstandige belangen kan hebben¹⁰, meen ik te mogen afleiden dat ook hij een dergelijk vereiste laat gelden, zo niet voor het *bestaan* van een instructierecht, dan toch voor de rechtmatige *uitoefening* daarvan.

Hiermee zijn we tevens aangeland bij een tweede - en voor de praktijk wellicht het belangrijkste - aspect van het instructievraagstuk. Aanvaardt men immers naar huidig vennootschapsrecht de mogelijkheid van het bestaan van een, al dan niet statutair vervat, instructierecht van de moeder in een concernverhouding, dan is de volgende vraag binnen welke grenzen zij die bevoegdheid rechtmatig kan uitoefenen, ofwel - beschouwd vanuit de positie van de dochtervennootschap - buiten welke grenzen het bestuur

van de dochter zich tegen de instructies kan verzetten, zonder dat haar onzorgvuldig bestuur kan worden aangewreven. Die vraag zal hieronder centraal staan.

3 De grenzen aan een instructierecht van de moeder

Ook bij de vraag naar de mogelijkheid tot verzet tegen instructies door het bestuur van de dochtervennootschap wordt wel gewezen op een gebrek aan relevantie voor de praktijk. Men refereert dan doorgaans aan het feit dat dat bestuur meestal met handen en voeten is gebonden aan de concernleiding, zowel wat betreft de financiering van het bedrijf als wat betreft de carrièreperspectieven van de bestuursleden binnen het concern. Tenslotte heeft de moedermaatschappij, in haar functioneren als *ava* van haar dochter, steeds de mogelijkheid om op grond van art. 244 Boek 2 BW die bestuurders 'te allen tijde' te schorsen of te ontslaan. Van Schilfgaarde stelt in dit verband: 'Tegen de achtergrond van het ontslagrecht betekent autonomie slechts dat het handelen in strijd met onbevoegd gegeven instructies geen dringende reden in de zin van art. 1639 kan opleveren, zodat de bestuurder-arbeider in beginsel aanspraak kan maken op schadeloosstelling (1639o) en schadevergoeding (1939s).'¹¹

Mijn bezwaar tegen deze kanttekeningen bij de praktische relevantie van het instructievraagstuk is dat men daarbij te zeer het beeld voor ogen heeft van één type concernverhouding. Namelijk, die waarin de dochtervennootschap door de nauwst denkbare, zowel juridische als feitelijke, banden is verweven met het concern, zodanig dat een zelfstandig voortbestaan van de dochter uitgesloten moet worden geacht. Een dochter, die in wezen geen ander verschil vertoont met een volledig geïntegreerde afdeling van een bedrijf, dan de aparte rechtsvorm waarin ze is gestoken. Maar de werkelijkheid biedt toch een veel meer gevarieerd beeld? Door overname kunnen soms ondernemingen binnen een concernverband worden getrokken die een volstrekt eigen traditie en gezicht vertonen. Dikwijls laat men vanuit het concern zo'n onderneming ook een grote mate van beleidsvrijheid, juist om optimaal van dat eigen karakter te kunnen profiteren. Een voorbeeld levert de vroegere opzet van het Albert Heijn-concern, dat door de heer A. Heijn destijds werd gekenschetst als 'een moedermaatschappij met verschillende in het algemeen zelfstandig werkende dochterondernemingen.'¹²

Bovendien, het betreft ook niet altijd 100%-verhoudingen. Er zijn derhalve ook vaak de belangen van minderheidsaandeelhouders en werknemers, waarmee rekening moet worden gehouden. In het licht van hetgeen hiervoor werd overwogen over het vennootschappelijk belang en de (mandaats)positie van het bestuur, neigt de stelling dat het instructievraagstuk uiteindelijk slechts relevant is voor de toekenning van schadevergoeding naar normen van arbeidsrecht, mijns inziens te zeer naar het a priori preponderant achten van het belang van de meerderheidsaandeelhouder. Naar vennootschapsrechtelijke maatstaven acht ik een dergelijke, ongeclausuleerde ontslagbevoegdheid dan ook niet aanvaardbaar. Mij dunkt dat een

ontslagbesluit, slechts genomen vanwege het feit dat het dochterbestuur een door de moeder gegeven instructie, waarvan uitvoering strijd met het vennootschappelijk belang zou opleveren, niet wenst op te volgen, kan worden aangemerkt als misbruik van (ontslag)bevoegdheid en derhalve in strijd is met de goede trouw in de zin van art. 11 lid 1 sub c Boek 2 BW. Het ontslagbesluit is dan voor vernietiging vatbaar.

Natuurlijk besef ik ook wel dat men het in de praktijk in de meeste gevallen niet zover zal laten komen en dat het nauwelijks denkbaar is dat een dergelijk rechterlijk vonnis een goede basis kan vormen voor een verdere, vruchtbare samenwerking tussen concernleiding en dochterbestuur. Maar dat laatste geldt ook voor de verhouding tussen een 'gewone' werkgever en werknemer in geval van nietigverklaring van een ontslagbesluit wegens het ten onrechte ontbreken van toestemming van de directeur GAB. Die verstoorde arbeidsrelatie vormt - althans tot op heden - toch ook daar geen reden om dat toestemmingsvereiste dan maar te laten vervallen? Gebleken is dat er een belangrijke preventieve werking van uit gaat en in zoverre bijdraagt tot een zorgvuldige ontslagbesluitvorming. Voor het ontslag van een bestuurder van een vennootschap is geen toestemming van de directeur GAB vereist, maar betekent dat ook dat men dan geen, of slechts uiterst geringe, *inhoudelijke* zorgvuldigheidsnormen mag aanleggen voor de beoordeling van de besluitvorming die leidde tot zijn ontslag? Ik meen van niet. Zeker in geval van een gedecentraliseerde concern-opbouw en een participatie van minder dan 100% dient ook vanuit het vennootschapsrecht enige bescherming te worden geboden aan bestuurders van een dochtervennootschap die opkomen voor het belang van 'hun' onderneming en daarom met ontslag worden bedreigd.

Terug naar de aanvangsvraag: welke ruimte heeft het bestuur van een dochtervennootschap om zich - wederom, naar vennootschapsrechtelijke maatstaven - te verzetten tegen instructies vanuit de concerntop? Men kan de vraag ook aldus formuleren: aan de hand van welke criteria heeft dat bestuur te beoordelen of ze bedoelde instructies al dan niet zal opvolgen? Reeds in zijn belangrijke dissertatie van 1981 maakte H.J.M.N. Honée in dit verband een onderscheid tussen doelmatigheids- en rechtmatigheids-toetsing van het voorgenomen concernbeleid. Hij stelt daarin dat '(...) het bestuur van de dochtervennootschap zich bij de beoordeling van wat het concernbelang in concreto eist in sterke mate mag of zelfs moet laten leiden door het inzicht daaromtrent van het concernbestuur. Dit geldt met name voor het aspect van de bedrijfseconomische doelmatigheid van het beleid. Wat dan ter zelfstandige beoordeling van het bestuur van de dochtervennootschap blijft, is te beoordelen of het voorgenomen beleid wetmatig is, voorts of het ten opzichte van de andere bij de dochtervennootschap betrokken belangen - in het bijzonder die van minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers - rechtmatig is. Vooral in dit laatste, de beoordeling van de rechtmatigheid van het beleid, dient naar mijn mening de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van een dochtervennootschap tot uitdrukking te komen.'¹³

Met andere woorden, het bestuur heeft er in de visie van Honée slechts

voor te waken dat de dochter een oppassend leven leidt; dat wil zeggen, niet handelt in strijd met de wet en niet op flagrante wijze inbreuk maakt op de belangen van derden.

Ter versterking van dit standpunt wijst Honée op de jurisprudentie van de OK, die eveneens in deze richting zou tenderen.¹⁴ In de eerste uitspraak waar hij naar verwijst (Batco) maakt de OK weliswaar, ter nadere analysering van het begrip 'wanbeleid' uit art. 355 Boek 2 BW, onderscheid tussen sociale en bedrijfseconomische aspecten van ondernemingsbeleid, maar uit zijn overwegingen blijkt nergens met zoveel woorden dat het bestuur van een dochtervennootschap uitsluitend verantwoordelijkheid zou dragen voor de eerste en geen enkele voor de laatste. Integendeel, zou ik haast menen, de OK stelt juist dat 'Voor de vraag of van wanbeleid van Batco Nederland sprake is geweest, is (. . .) het door de Benelux Management Board met instemming van Bat Industries op *bedrijfseconomisch en op sociaal gebied gevoerde beleid* (curs. auteur) relevant en niet slechts het door Batco Nederland ter uitvoering daarvan gevoerde beleid.'

Voor wat betreft de twee overige uitspraken waaraan Honée refereert (Hyster en Howson-Algraphy), heb ik er reeds op gewezen dat de OK slechts wijst op de *feitelijke* afhankelijkheid waarin een dochter t.o.v. de moeder dikwijls verkeert, maar bedoelt daarmee - althans naar mijn gevoelen - geenszins elke eventuele ruimte voor doelmatigheidstoetsing door het bestuur van een dochtervennootschap, naar normen van vennootschapsrecht, uit te sluiten.

Het standpunt van Honée wordt niet algemeen gedeeld. Tijdens een congres eind 1985, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht te Groningen, over de nieuwe anti-misbruikwetgeving, wees A.F.M. Dorresteyn hem op de consequentie van zijn opvatting dat dan ook '(. . .) het beleid van de internationale concerns, voor zover op Nederland betrekking hebbend, niet op doelmatigheid kan worden getoetst.'¹⁵ Een consequentie die Honée, uiteraard, niet anders kon dan aanvaarden. Ook Van Schilf-gaarde plaatste bij die gelegenheid vraagtekens bij het, zijns inziens, te rigoureuze onderscheid tussen doelmatigheids- en rechtmatigheidstoetsing, zoals door Honée gehanteerd.¹⁶

Ik merk hierbij op dat ook dit onderscheid te zeer geënt is op het hierboven omschreven, zuiver 'instrumentele' type moeder-dochterverhouding, terwijl de praktijk toch ook veel meer gedecentraliseerde concernverhoudingen en daarbij passende 'autonome' dochterondernemingen laat zien die, zelfs bij aanwezigheid van een 100%-participatie, een volkomen gerechtvaardigd eigen economisch belang kunnen hebben, waarvan een doelmatige behartiging behoort tot de primaire taak van het bestuur. Honée noemt zelf het volgende voorbeeld: 'Men kan bij voorbeeld denken aan het uitstel van een voorgenomen investering teneinde de voor de investering beschikbare middelen vooralsnog aan te wenden in een ander concernonderdeel. Is de dochtervennootschap in economisch opzicht zelfstandig dan is dat weliswaar minder doelmatig; in de constellatie van economische eenheid van de groepsverbonden vennootschappen kan een dergelijke beslissing uit een oogpunt van concernbelang echter goed pleitbaar zijn. Besluit het bestuur overeenkomstig de beleidsinstructie van de moeder, dan is er naar mijn

mening dan ook geen sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁷

Maar wat, zo vraag ik mij af, indien het een onderneming betreft die kort tevoren nog redelijk floreerde, na altijd een zelfstandig bestaan te hebben geleid op zeker moment - wellicht via een 'unfriendly take-over' - door aandelenoverdracht in het concernverband is getrokken en nu, door uitstel van bedoelde investeringsbeslissing, met een (dreigend) faillissement wordt geconfronteerd? De enkele kwalificatie 'minder doelmatig' van de non-investeringsbeslissing zal de werknemers en wellicht ook crediteuren van de dochtervennootschap dan toch zuur in de oren klinken. Of het opvolgen van de instructie in dat geval, bij uiteindelijk faillissement, geen kennelijk onbehoorlijk bestuur kan opleveren, waag ik te betwijfelen.

Tenslotte, de vaststelling dat het bestuur van de dochter er voor moet waken dat de handelwijze van de dochter, op instructie van de moeder, altijd blijft binnen de grenzen van het recht, is een gegeven dat alleen al voortvloeit uit de rechtspersoonlijkheid van de dochtervennootschap; een zelfstandig rechtssubject met eigen rechten en verplichtingen binnen de rechtsorde. Voor het vraagstuk van (het bestaan en de grenzen van) een instructierecht in concernverhoudingen is die vaststelling nauwelijks van belang. Dat vraagstuk wordt pas echt interessant wanneer men de feitelijke afhankelijkheid van de dochter afzet tegen de vennootschapsrechtelijke taak van haar bestuur tot behartiging van haar *economisch* belang. Dat wil zeggen, wanneer men de doelmatigheidstoetsing centraal stelt.

Het vennootschapsrecht zal daarbij met de feitelijke diversiteit in concernverhoudingen rekening moeten houden, niet alleen waar het gaat om de (ontslag)positie van bestuurders van de dochter tegenover de moeder, maar ook voor wat betreft de aansprakelijkheid van die bestuurders tegenover derden voor het gevoerde beleid. Op die aansprakelijkheid zal ik hieronder nader ingaan.

4 Instructierecht en aansprakelijkheid van de bestuurders van de dochter

Zoals reeds in de inleiding betoogd, laat zich verdedigen dat de aanwezigheid van een instructierecht van de moeder onder omstandigheden kan leiden tot disculpatie van het bestuur van de dochter, in geval van aansprakelijkstelling voor het gevoerde beleid in die dochter.

Dat wil zeggen, wanneer het bestuur van de dochter, gemeten aan haar eigen vennootschappelijk belang, in het licht van de aard van de bestaande concernverhouding, in redelijkheid kon oordelen de instructies van de moeder te moeten opvolgen.

Louter het bestaan van de zelfstandige rechtspersoonlijkheid van de dochtervennootschap leidt tot het vermoeden van een eigen economisch belang en verplicht haar bestuur reeds daarom tot een eigen minimale doelmatigheidstoetsing van de opgedragen instructies. Hoever die toetsing moet gaan is weer afhankelijk van de aard van de moeder-dochterverhouding. Is die meer instrumenteel, dan kan een marginale toetsing volstaan. Het bestuur van de dochter hoeft dan niet verder te gaan dan de vraag of de concernleiding in redelijkheid tot dergelijke instructies heeft kunnen besluiten,

waarbij het concernbelang doorslaggevend mag zijn. Uiteraard is het bestuur daarbij in hoge mate aangewezen op zowel de informatie als het oordeel daaromtrent van de concernleiding. In dit verband kan ik instemmen met Honée wanneer hij stelt: 'Dat wil overigens niet zeggen dat het bestuur van de dochter hierop in blind vertrouwen mag varen. Op zijn minst zal het mogen verlangen dat een voor de dochter benadelende handeling door de concernleiding in globale termen vanuit de optiek van het concernbelang wordt gemotiveerd.'¹⁸

Voor Honée geldt dit echter voor alle dochtervennootschappen, terwijl ik er meer voor voel te differentiëren naar type dochteronderneming. Dat wil zeggen, is er sprake van een meer autonome verhouding, dan mag het bestuur, in mijn optiek, niet met een dergelijke marginale toetsing volstaan, maar zal het zich meer moeten afvragen of het eigen belang van de dochteronderneming met uitvoering van de instructies is gediend, waarbij het voordeel ook kan zijn gelegen in concreet aantoonbare, compenserende voorzieningen naast de, op zich zelf nadelige, instructies.

Voorop staat derhalve een onderzoek door de rechter naar de aard van de concernverhouding en een daarop gebaseerde typering, naar het moment van instructie-oplegging, als instrumenteel danwel autonoom. Factoren waardoor de rechter zich bij die oordeelsvorming kan laten leiden kunnen gelegen zijn in de juridische, maar vooral ook de bedrijfsmatige verwevenheid tussen de vennootschap en de overige groepsmaatschappijen, haar financiële afhankelijkheid van het concern, haar statutaire doelomschrijving, de personele samenstelling van haar organen, alsmede wat meer abstracte - maar daarom niet minder belangrijke - gegevens, zoals haar ontstaansgeschiedenis en haar daarmee samenhangende 'bedrijfscultuur'.

Naar de mate waarin de rechter tot een meer instrumentele verhouding concludeert behoort disculpatie van de bestuurders van de dochtervennootschap mijns inziens tot de mogelijkheden. Dit geldt zowel in geval van aansprakelijkstelling op grond van onrechtmatige daad (art. 1401 BW), als in een procedure gebaseerd op art. 248 lid 1 Boek 2 BW. Let wel, in die gevallen wordt de handelwijze van het bestuur niet minder onrechtmatig resp. kennelijk onbehoorlijk, slechts de subjectieve schuld van de bestuurders van de dochter komt te ontbreken. Het opvolgen van een *schijnbaar* rechtmatig gegeven instructie vormt immers slechts een schulduitsluitingsgrond, geen rechtvaardigingsgrond.¹⁹

In de termen van art. 248 betekent dit dat *alle* bestuurders zich in dat geval kunnen beroepen op het derde lid van die bepaling. Het wonderlijke verschijnsel - maar inherent aan het wettelijk systeem - doet zich hierbij voor dat het bestuur, als orgaan van de dochtervennootschap, zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, terwijl alle bestuurders in kwestie zich kunnen disculperen.²⁰

Overigens doet zich bij deze disculpatie nog wel een probleem voor. Immers, art. 248 lid 3 legt een dubbele bewijslast op de bestuurder; ten eerste 'dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is', ten tweede 'dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.' Met name de tweede bewijsopdracht

zal hem voor problemen plaatsen. Staat immers vast dat bestuurders in redelijkheid konden menen de instructies van de moeder te moeten opvolgen, dan ontbrak op dat moment uiteraard het inzicht dat die uitvoering achteraf kennelijk onbehoorlijke taakvervulling zou opleveren, welk inzicht juist ter vervulling van de tweede bewijsopdracht aanwezig wordt verondersteld.

Er ligt hier een parallel met de situatie waarin een bestuurder geheel op eigen gezag of zelfs tegen de uitdrukkelijke wensen van het bestuur in heeft geopereerd. Ook in die gevallen ontbreekt bij de overige bestuurders ieder inzicht en is het niet redelijk hen ter disculpatie met de tweede bewijsopdracht te belasten.²¹ Een ontheffing van die bewijsopdracht lijkt mij ook in dit geval geboden.

In dit verband kan men zich afvragen hoe deze disculpatiemogelijkheid voor bestuurders van een dochtervennootschap zich verhoudt tot de hierboven (zie noot 14) genoemde jurisprudentie van de OK, waarin deze behalve wees op de feitelijke afhankelijkheid van de dochter in een concernverhouding, tevens oordeelde: 'Dit laat echter onverlet de eigen rechten en verplichtingen van de dochtervennootschap als rechtspersoon naar Nederlands recht.'

Naar mijn mening laat dit uitgangspunt zich uitstekend combineren met de geschetste disculpatiemogelijkheid. Immers, enerzijds doet deze combinatie recht aan het wettelijk systeem van vennootschapsrecht, waarbinnen de vennootschap en niet het concern de juridisch aanspreekbare entiteit vormt, anderzijds doet het recht aan de feitelijke afhankelijkheid binnen verbonden vennootschappen op het gebied van de persoonlijke aansprakelijkheid van hun bestuurders. Hierbij zij aangetekend dat disculpatie bij schending van wettelijke rechtsplichten (bijvoorbeeld inbreuk op een recht van industriële eigendom) zich niet wel laat denken, omdat de bestuurders van de dochter steeds geacht mogen worden daar voldoende inzicht in te (kunnen) hebben. Hetzelfde, maar al minder sterk, kan gezegd worden bij een vordering uit onrechtmatige daad (of in verband met art. 248 lid 1 Boek 2 BW) wegens verwijtbare benadeling van schuldeisers. Met andere woorden, waar het gaat om onvoldoende rechtmatigheidstoetsing van instructies door het bestuur van de dochtervennootschap lijkt er niet of zeer zelden ruimte voor disculpatie met verwijzing naar het instructierecht van de moeder. Die ruimte zal men vooral moeten zoeken op het terrein van de doelmatigheidstoetsing, eveneens in het kader van een vordering ex art. 248 lid 1 of art. 8 Boek 2 BW. In zoverre kan, ook in mijn opvatting, het onderscheid tussen doelmatigheids- en rechtmatigheidstoetsing wel degelijk een belangrijke rol spelen ter nadere gedachtenbepaling in dit verband.

Tenslotte ben ik met Van Schilfgaarde en Westbroek²² van mening dat expliciete opname van het instructierecht in de statuten van de dochtervennootschap gewenst is. Wat mij betreft niet eens zozeer als vereiste voor het bestaan er van maar, in elk geval zolang over dat bestaan in het vennootschapsrecht nog geen volkomen duidelijkheid heerst, wel als voorwaarde voor een succesvol disculperend beroep erop door de bestuurders van de dochter.

Gesteld dat alle bestuurders zich kunnen disculperen met verwijzing naar het uitgeoefende en opgevolgde instructierecht van de moeder. Leidt dat dan automatisch tot aansprakelijkheid van (de bestuurders van) de moeder voor het in de dochter gevoerde beleid? Daarover hieronder enkele korte opmerkingen.

5 Instructierecht en aansprakelijkheid van (de bestuurders van) de moeder

Het hiervoor gesuggereerde automatisme inzake de aansprakelijkheid van de moeder behoort niet tot het geldende Nederlandse recht, noch in geval van een vordering uit onrechtmatige daad, noch bij aansprakelijkstelling op basis van de nieuwe anti-misbruikwetgeving. Om met dit nieuwe recht, dat per 1 januari 1987 in werking is getreden, te beginnen; art. 248 lid 7 opent de mogelijkheid 'degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder' naast de bestuurders aansprakelijk te stellen voor het tekort in de boedel, 'indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement' (lid 1).

Van Schilfgaarde betoogt terecht dat voor 'het bestuur' in lid 1 'het bestuur of een bestuurder' moet worden gelezen, omdat men niet kan volhouden dat, indien een bestuurder bijvoorbeeld geheel buiten het bestuur om heeft gehandeld, 'het bestuur' iets misdaan heeft, waardoor aan lid 1 niet zou worden voldaan, zodat ook de 'schuldige' bestuurder vrijuit zou gaan.²³ Een andere vraag is echter of de moedervenootschap als (mede)beleidsbepaler in de zin van lid 7 aansprakelijk kan worden gesteld indien *alle* bestuurders van de dochter zich kunnen disculperen met verwijzing naar het instructierecht van de moeder. Van Schilfgaarde doet het voorkomen alsof ook dit geval door zijn uitbreiding van lid 1 wordt bestreken en de weg opent tot aansprakelijkstelling van de moeder²⁴, maar naar mijn mening is zijn oplossing voor dit geval niet noodzakelijk. Immers, zoals reeds eerder betoogd, een succesvol beroep op het instructierecht vormt een schulduitsluitingsgrond, geen rechtvaardigingsgrond. Het maakt de handelwijze van 'het bestuur' niet minder kennelijk onbehoorlijk, slechts niet verwijtbaar voor alle bestuurders. Daarmee is aan het vereiste van lid 1 - ook in zijn huidige redactie - voldaan en staat aansprakelijkstelling van de moeder als (mede)beleidsbepaler in beginsel open.

Ik formuleer het voorzichtig omdat het, zoals reeds gezegd, geen automatisme is. Eerst zal immers moeten worden aangetoond dat de moeder ook daadwerkelijk *en* onbehoorlijk is opgetreden als (mede)beleidsbepaler in de zin van lid 7. Aangenomen wordt dat de enkele uitoefening van haar instructierecht daarvoor niet voldoende is.²⁵ Wanneer ze die grens wel overschrijdt zal in de rechtspraak moeten worden uitgemaakt.

Staat in een concreet geval vast dat de moeder moet worden aangemerkt als aansprakelijk beleidsbepaler, dan kan men zich tenslotte afvragen in hoeverre voor het gevoerde beleid ook de bestuurders van de moeder persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Voor het antwoord op die

vraag is van belang de uitleg van art. 4a Boek 2 BW, eveneens vrucht van de derde anti-misbruikwet. Die bepaling luidt: 'De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder was.'

De vraag is nu, valt onder het begrip 'bestuurder', waar men dit het eerst in deze bepaling leest, ook de (mede)beleidsbepaler van art. 248 lid 7? Neen, volgens Van Schilfgaarde, Van der Grinten en Honée.²⁶ Ja, volgens de minister van Justitie.²⁷ Het argument van de eerstgenoemden is steeds dat de beleidsbepaler alleen voor de toepassing van art. 248 met een bestuurder wordt gelijkgesteld en niet voor de overige bepalingen van Boek 2. Grammaticaal gezien is dat wel juist, maar naar de bedoeling van de minister van Justitie ligt dat toch kennelijk anders. Ik deel zijn opvatting. De MvT plaatst de ratio van art. 4a heel expliciet in het licht van de algemene strekking van de anti-misbruikontwerpen, zijnde '(. . .) dat bestuurders van rechtspersonen zich minder gemakkelijk achter de rechtspersoonlijkheid kunnen verschuilen wanneer benadeling van crediteuren het gevolg is van slecht of onbehoorlijk bestuur.'²⁸

Eveneens in het kader van misbruikbestrijding heeft de wetgever gemeend in art. 248 lid 7 de (mede)beleidsbepaler met een formeel bestuurder gelijk te moeten stellen. Zal het dan stroken met de bedoeling van de wetgever dat bestuurders zich wel achter de rechtspersoonlijkheid van die (mede)beleidsbepaler kunnen verschuilen? Naar mijn mening dient men in art. 4a achter 'als bestuurder' te lezen: 'of als degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder (. . .)'

Hetgeen hierboven is gezegd over het ontbreken van een automatisme, leidend tot aansprakelijkheid van (bestuurders van) de moeder indien alle bestuurders van de dochtervennootschap zich kunnen disculperen geldt - uiteraard, zou ik haast zeggen - eveneens voor het geval dat de vordering is gebaseerd op onrechtmatige daad. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is voor een dergelijke aansprakelijkheid van de moeder jegens schuldeisers van de dochter steeds vereist dat haar concrete, *eigen* onrechtmatige gedragingen kunnen worden verweten.²⁹ In dit verband geldt dus zeker niet dat disculpatie van de bestuurders van de dochtervennootschap automatisch leidt tot culpactie van (bestuurders van) de moeder.

Naar aanleiding van het laatstgenoemde arrest in deze rij (Keulen-BLG) zou men, in combinatie met het Osby-arrest, de algemene, concernrechtelijke regel kunnen formuleren dat de moeder alleen dan onrechtmatig in bedoelde zin handelt, indien zij ten tijde van dat handelen, op grond van haar inzicht in en zeggenschap over de groepsmaatschappij, ernstig rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat (andere) schuldeisers van die groepsmaatschappij door dat handelen zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.

Interessant is nog de annotatie van W.C.L. van der Grinten bij het arrest Keulen-BLG in de Nederlandse Jurisprudentie. Hij lijkt daarin een princi-

pieel verschil te creëren tussen een 'beheersende rechtspersoon' als schuldeiser en een 'gewone', niet beheersende schuldeiser. De laatste zal volgens hem, wanneer hij betaling ontvangt, '(. .) als regel niet onrechtmatig tegenover andere schuldeisers handelen indien hij weet dat het vermogen van de schuldenaar negatief is. Voor een beheersende rechtspersoon als schuldeiser ligt dit echter anders.' Daar voegt hij echter meteen aan toe: 'De omstandigheid dat *achteraf* een tekort blijkt, brengt echter niet mede dat het ontvangen van integrale betaling door de beheersende rechtspersoon onrechtmatig is, wanneer op het tijdstip van de betaling geen concrete aanwijzingen bestaan dat er een tekort zal zijn.'

De Hoge Raad legt een dergelijk onderscheid tussen verschillende typen schuldeisers niet aan. Integendeel zelfs, uit de overweging onder 3.2 blijkt dat de Hoge Raad van een principiële onderscheid in deze tussen concernverhoudingen en niet-concernverhoudingen niet wil weten. Het aangelegde criterium voor onrechtmatigheid geldt dan ook evenzeer voor de schuldeiser die geen beheersende rechtspersoon is, evenals het vereiste dat er wel concrete aanwijzingen voor een tekort op het moment van handelen aanwezig moesten zijn. *Feitelijk* heeft de niet-beheersende schuldeiser het, in vergelijking met de moedervernootschap, natuurlijk wel in zoverre gemakkelijker dat hij in het algemeen geen inzicht heeft zoals de moeder in haar dochter, en dus minder snel dergelijke aanwijzingen geacht mag worden te onderkennen.³⁰

Maar wat is dan de strekking van het onderscheid van Van der Grinten? Beoogt hij soms een bewijsrechtelijk verschil te bepleiten, in die zin dat een moeder/schuldeiser, anders dan een gewone schuldeiser, moet bewijzen dat ze bedoelde concrete aanwijzingen op het moment van handelen niet had kunnen onderkennen? Omkering van bewijslast derhalve? Indien hij het zo bedoelt, moet zijn annotatie als vele malen belangwekkender worden beschouwd dan het arrest zelf.

6 Slotconclusies

Hieronder volgen enkele samenvattende slotconclusies, waarbij de lezer er op zij gewezen dat, met name de conclusies onder II en III, mijn persoonlijke mening weergeven en dat het daarbij dus niet gaat om geldend Nederlands recht.

- I Het antwoord op de vraag naar het, in vennootschapsrechtelijke zin, bestaan van een instructierecht in concernverhoudingen is behalve van rechtstheoretisch belang, ook van belang voor de mogelijkheid voor bestuurders van een dochtervennootschap om zich te disculperen voor het gevoerde ondernemingsbeleid, met verwijzing naar dat instructierecht.
- II Voor het beoordelen van de grenzen aan (de uitoefening van) een instructierecht lijkt het nuttig een voorafgaand onderzoek te verrichten naar de aard van de betreffende concernverhouding, uitgaande van het typologisch onderscheid tussen instrumentele en autonome verhoudingen.

III De (vennootschapsrechtelijke) rol van het bestuur van een dochtervennootschap inzake de behartiging van haar economisch belang, is niet principieel maar gradueel verschillend met die van het bestuur van een enkelvoudige vennootschap en afhankelijk van de aard van de betreffende concernverhouding.

IV Erkent men eenmaal het bestaan van een instructierecht en de mogelijk disculperende werking ervan voor de bestuurders van de dochtervennootschap, dan doet zich de vraag voor wie dan wel juridisch verantwoordelijk is voor het - op zich zelf onrechtmatig danwel kennelijk onbehoorlijk - bestuur.

V Disculpatie van de bestuurders van een dochtervennootschap, met verwijzing naar het instructierecht van de moeder, leidt in het huidige Nederlandse recht niet automatisch tot aansprakelijkheid van (de bestuurders van) die moeder. Waar crediteuren, in geval van een enkelvoudige vennootschap, onder omstandigheden verhaal hebben op de bestuurders daarvan, behoeft dit, in geval van een concernverhouding met overigens ongewijzigde omstandigheden, niet per se in gelijke mate te gelden.

Dit laatste kan men aanvoelen als een lacune in ons huidige vennootschapsrecht. Men kan ook menen dat dit inherent is aan de aanvaarding van het concern als een ook in rechte geaccepteerd fenomeen, waarmee een zekere normverschuiving in dit (aansprakelijkheids)verband gepaard gaat. Zoals het niet billijk is bestuurders van een dochter aan te spreken voor daden waar ze geen feitelijke zeggenschap over hebben, kan het ook onbillijk zijn bestuurders van een moeder aan te spreken voor gevolgen op dochterniveau waar ze niet altijd een even helder zicht op (kunnen) hebben.

Het is niet aan mij om mij daarover *als jurist* uit te spreken. Wel wil ik op een dergelijke, mogelijke lacune wijzen, opdat (mede)beleidsbepalers in onze samenleving zich daarover kunnen beraden.

Noten

¹ Onder dochtervennootschap wordt in deze beschouwing begrepen de dochtermaatschappij in de zin van art. 76/187 lid 1 sub a en lid 2; dat wil zeggen, de NV of BV waarin een andere NV of BV rechtstreeks of middellijk, al dan niet (mede) voor rekening van andere dochter- of groepsmaatschappijen, voor meer dan de helft van het geplaatste kapitaal participeert.

² Dit uitgangspunt herkent men ook in art. 27 van het voorontwerp voor een Europese richtlijn tot harmonisatie van het recht inzake concernverhoudingen. De tekst daarvan is als bijlage opgenomen in S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen a/d Rijn 1986.

³ Vgl. OK 23 juni 1983, NJ 84, 571 en OK 2 januari 1983, opgenomen in HR 11 juli 1984, NJ 85, 212 en OK 29 augustus 1985, NJ 86, 578. In gelijke zin Hof Arnhem 9 oktober 1974, NJ 76, 42.

⁴ Rb. Den Bosch, 11 maart 1983, NJ 84, 394.

⁵ In het vervolg noem ik slechts de bepalingen die gelden voor de BV. Enerzijds omdat ze meestal gelijklopend zijn aan die, welke gelden voor de NV, anderzijds omdat dochtervennootschappen in het algemeen in de BV-vorm zijn gestoken.

⁶ De Forumbank-leer wordt het meest rigoureuus aan de kant geschoven bij (100%) dochtervennootschappen door C.A.E. Uniken Venema in *Op de grenzen van komend recht*, opstellen aangeboden aan J.H. Beekhuis 1969, pag. 268. Hij stelt: 'Er bestaan ook over het algemeen geen met de 100%-dochtermaatschappij verbonden zelfstandige belangen, die het bestuur

van de dochtermaatschappij desnoods tegen de wil van de moedermaatschappij zou moeten behartigen.' Anderen - zie het vervolg van mijn tekst - denken daar wat genuanceerder over en stellen op zijn minst enkele voorwaarden aan een inbreuk op de autonomie-doctrine in concernverhoudingen.

7 Vgl. *Het Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Zwolle, tiende druk 1984, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, pag. 437.

8 Voor een overzicht van de heersende opvattingen in deze, zie A.G. van Solinge in *Goed en trouw*, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. W.C.L. van der Grinten, Deventer 1984 pag. 255 e.u.

9 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Arnhem 1986 pag. 116. Overigens lijkt zijn opvatting in deze te evalueren. Op het Nijmeegse congres van 14 en 15 november 1986 inzake financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering gaf hij op de vraag of een instructiebevoegdheid zonder meer uit ons wettelijk systeem voortvloeit te kennen: 'Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden.'

10 P. van Schilfgaarde, *Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen*, in de bundel *Concernverhoudingen, Concernfinanciering, Mededingingsrecht*, Deventer 1984 pag. 48.

11 P. van Schilfgaarde, *Concernverhoudingen, Concernfinanciering, Mededingingsrecht*, pag. 45.

12 A. Heijn en Th. Baljon, *zelfstandige of geïntegreerde dochterondernemingen*, TVVS 1968, pag. 270. Zie hierover ook C.A.E. Uniken Venema, *Doorbraak in concernverhoudingen bezien in het licht van de misbruikontwerpen*, WPNR 5575, pag. 583 e.u.

13 H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, Deventer 1981, pag. 147.

14 Vgl. zijn *beschouwing over aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, in de bundel *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer 1986, pag. 111, noot 22, waar hij verwijst naar OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (Batco), OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (Hyser) en OK 2 juni 1983, opgenomen in HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 (Howson-Algraphy).

15 *De nieuwe misbruikwetgeving*, pag. 129 e.u.

16 In zijn latere monografie over de nieuwe misbruikwetgeving, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer 1986, lijkt Van Schilfgaarde hier enigszins op terug te komen en acht hij het onderscheid van Honée 'niet zonder belang'. Hij stelt zelfs: 'Met Honée zou ik uit het bovenstaande de algemene regel willen afleiden dat het bestuur van de dochter niet onbehoorlijk heeft gehandeld indien het in redelijkheid van de doelmatigheid van de gegeven instructies - mede tegen de achtergrond van het concernbelang - mocht uitgaan.' Wat lezen we echter in de passage bij Honée waar Van Schilfgaarde naar verwijst: 'Indien het bestuur van de dochter nu onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid op het oordeel van de concernleiding (rom. auteur) en de in verband daarmee gedane toezeggingen mocht afgaan, dan handelt het bestuur van een dochtervennootschap niet kennelijk onbehoorlijk' (*De nieuwe misbruikwetgeving*, pag. 117).

Mij dunkt dat er toch een groot verschil is tussen een zelfstandige doelmatigheidstoetsing, zij het tegen de achtergrond van het concernbelang, door het bestuur van de dochter en het afgaan op het oordeel van de concernleiding daaromtrent. Ik heb de indruk dat er hier sprake is van een zekere mate van schijnconsensus.

17 H.J.M.N. Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, pag. 115/116.

18 H.J.M.N. Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, pag. 116.

19 Men kan hier een parallel trekken met het strafrecht, waar het opvolgen van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel geldt als rechtvaardigingsgrond terwijl, indien het om een onbevoegd gegeven bevel ging, er slechts sprake kan zijn van een schulduitsluitingsgrond. (Vgl. art. 43 lid 1 en 2 W.u.Sr.)

20 Enzo Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, pag. 142/143.

21 Vgl. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, pag. 60, zie ook P.C. van den Hoek, *De nieuwe misbruikwetgeving*, pag. 69-70 en P.L. Dijk e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle 1986, pag. 65-68.

22 Voor de opvatting van Van Schilfgaarde zie onder noot 9. Voor die van W. Westbroek zie *De besloten vennootschap*, Deventer 1985, pag. 32.

23 P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, pag. 53.

24 P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, pag. 93.

25 Vgl. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, pag. 91. Zie ook C. A.E. Uniken Venema, WPNR 5575, met name pag. 586 en 590, W. Westbroek, *De besloten vennootschap*, pag. 31 e.u. en P.L. Dijk e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Zwolle 1986, pag. 77/78.

26 Vgl. *Misbruik van rechtspersonen*, pag. 93, *Handboek supplement 1986* pag. 54 en *De nieuwe misbruikwetgeving* pag. 119.

27 MuA 16631, pag. 25.

28 *MvT* 16631, nr 3, pag. 2.

29 Vgl. HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (Osby), HR 2 november 1984, NJ 1985, 446 (Blok-De Haan) en HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (Keulen-BLG).

30 In zoverre heeft I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam gelijk wanneer zij stelt: 'Zonder meer zal dit oordeel niet ook gelden indien een financierende bank zich terugtrekt.' Daar voegt zij onmiddellijk aan toe: 'Toch lijkt voorzichtigheid hier geboden.' Er bestaat immers geen principieel onderscheid in deze tussen moederondernemingen en banken. Zie haar *Aansprakelijkheid van banken*, Zwolle 1987, pag. 24.