

MR. A.E.H. VAN DER VOORT MAARSCHALK

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

HR 21 december 2001, nummer C99/341,
Rechtspraak van de Week 2002, 6^(*)

O & F

52

Nr. 54 / december 2002

Op 21 december 2001 heeft de Hoge Raad met het SOBI/Hurks-arrest een nieuwe uitspraak toegevoegd aan de bestaande jurisprudentie over de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor schulden van haar dochtermaatschappij. Ik zal het Hurks-arrest tegen de achtergrond van de eerder gewezen arresten bespreken. Ik laat andere interessante aspecten van het arrest buiten beschouwing.¹

De casus Hurks

Wat was het geval? Bouwgroep Hurks B.V. (hierna: Bouwgroep) trad op als moedermaatschappij van een aantal bouw- en aanverwante bedrijven. Zij bezat (onder meer) alle aandelen van Hurks Bouwbedrijf Amsterdam B.V. (hierna: HBA). De heer Hurks was enig aandeelhouder en voorzitter van de raad van bestuur van Bouwgroep en aanvankelijk ook directeur van HBA. Met ingang van 28 april 1980 was de heer Reincke directeur van HBA.

Bouwgroep had belangrijke controle over HBA. Dat bleek onder meer uit het volgende. De statuten van HBA bepaalden dat de directie van HBA voor bepaalde bestuursbesluiten de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (derhalve

van Bouwgroep) behoefde; het ging onder meer om het aangaan van bankkredietovereenkomsten en het verrichten van handelingen waarvan de waarde een bepaald, door Bouwgroep vast te stellen, bedrag te boven ging. De arbeidsovereenkomst met de heer Reincke bepaalde dat hij verplicht was zich te houden aan de richtlijnen van de raad van bestuur van Bouwgroep. Tussen Bouwgroep en HBA bestond een rekening-courantverhouding. Bouwgroep voerde het centraal kasbeheer voor het concern waartoe HBA behoorde. Zij verzorgde de fiscale afdrachten van HBA. Zij vormde met HBA een fiscale eenheid.² Bouwgroep onderhield bij uitsluiting de relatie met de bank. Er was voor het concern één kredietovereenkomst afgesloten. Op 18 november 1981 was een nieuwe 'compte-jointovereenkomst' afgesloten tussen de bank en alle bij het concern betrokken maatschappijen. Bouwgroep bepaalde de kredietruimte voor HBA. HBA was hoofdelijk aansprakelijk jegens de bank voor de schulden van de andere concernmaatschappijen. Haar voorraden, inventaris en vorderingen waren verpand of tot zekerheid overgedragen aan de bank.³

HBA leed in de eerste jaren van haar bestaan (1978-1981) circa f 5 miljoen verlies waarvan in

(*) Voor tekst volledige uitspraak zie www.rechtspraak.nl onder 'zoeken' en onder LJN-nummer AD4499.

1 Waaronder de persoonlijke aansprakelijkheid van de heer Hurks, de ontvankelijkheid van de crediteuren in verband met de mogelijkheid dat de curator namens de gezamenlijke crediteuren een vordering tegen Hurks c.s. instelt en de reikwijdte van de cessie van vorderingen van crediteuren op de failliete vennootschap aan SOBI.

2 Vermoedelijk voor de heffing van omzetbelasting maar mogelijk, eventueel tevens, voor de vennootschapsbelasting. Zie r.o. 4.7.1, tweede alinea tussenarrest hof 30 juni 1993 en r.o. 5.3.2, derde alinea van het arrest van de Hoge Raad.

3 R.o. 3.1(v-vii) HR.

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

1982 en 1983 circa f 3 miljoen was terugverdiend. Begin februari 1983 is f 3,5 miljoen als lening overgemaakt van de bankrekening van HBA naar die van Bouwgroep. De omzet over 1983 bedroeg f 44 miljoen. Eind 1983 werd de omzet voor 1984 begroot op f 35,5 miljoen. De winst over 1983 bedroeg f 2 tot f 2,5 miljoen; voor 1984 werd f 56.000 winst begroot.⁴ Volgens Hurks c.s. was begin 1984 de bouwsector onverwachts ingestort. Maar daarop behoeften Hurks c.s. volgens het hof niet bedacht te zijn.⁵ Begin mei 1984 verklaarde directeur Reincke tijdens de jaarvergadering dat de prognoses voor 1984 in hoge mate in negatieve zin moesten worden bijgesteld. Eind mei 1984 werd duidelijk in welke mate: de verwachte omzet was nu f 30,5 miljoen en het verwachte resultaat f 1,45 miljoen verlies (het eigen vermogen was eind 1983 f 155.000). Bovendien had HBA in de eerste helft van 1984 nauwelijks werk weten aan te trekken.⁶ De bank ging erop toezien dat de formaliteiten ter uitvoering van de stamcessie in acht werden genomen. De grote werken die op 1 juni 1984 nog onderhanden waren zouden binnen enkele maanden zijn afgerond. De daaruit voortvloeiende vorderingen waren gecedeerd aan de bank. Betalingen stagneerden vanaf juni 1984. Op 29 juni 1984 liet HBA f 500.000 aan Bouwgroep overmaken ten behoeve van betaling door Bouwgroep van door HBA verschuldigde BTW, waarvoor Bouwgroep hoofdelijk aansprakelijk was.

Eind augustus 1984 wordt de Bouwgroep (naar eigen zeggen) verrast door de dramatische toestand waarin HBA was komen te verkeren. Op 19 september 1984 heeft HBA haar terugvorderingsrecht op de overige bij de overeenkomst met de bank betrokkenen overgedragen aan de bank. Op 24 september 1984 heeft de raad van bestuur van Bouwgroep Reincke op non-actief gesteld. Op 26 september 1984 is aan HBA surseance van betaling verleend. Volgens Reincke heeft hij het verzoek daartoe op voorstel van Hurks getekend en heeft hij toen verzocht op non-actief te worden gesteld. Op verzoek van de bewindvoerder is op 5 oktober 1984 HBA in staat van faillissement verklaard. Op 9 oktober 1984 heeft Bouwgroep vijf dochtermaatschappijen (andere dan HBA) overgedragen aan Hurks Beheer B.V.

Als gemachtigde van een aantal onbetaalde crediteuren van HBA (die overigens zelf ook procespartij zijn) spreekt SOBI⁷ Hurks in privé, Bouwgroep en Hurks Beheer B.V. aan op grond van onrechtmatige daad. Zoals gezegd concentreer ik mij op de vordering tegen Bouwgroep.

Onrechtmatige daad moedermaatschappij: eerdere jurisprudentie

Erba-arresten (1957 en 1959)

Reeds in het arrest Erba I⁸ achtte de Hoge Raad het mogelijk dat een bank (overigens niet als moedermaatschappij) onrechtmatig handelt jegens (andere) crediteuren – zoals in casu Erba – van haar kredietnemer doordat zij een bestaand krediet opzegt en meteen een bijna even groot krediet toezegt maar dan op voorwaarde dat de kredietnemer – anders dan voorheen – zijn bestaande of toekomstige goederen volledig of nagenoeg volledig tot zekerheid overdraagt of anderszins verbindt, zodat de kredietnemer praktisch geen verhaal meer biedt maar naar buiten de schijn van kredietwaardigheid behoudt, terwijl de bank weet of behoort te weten dat schuldeisers door gebrek aan verhaal benadeeld zullen worden. Het verwijzingshof oordeelde vervolgens dat de bank de benadeling van crediteuren in casu niet had behoeven te voorzien op het moment van het sluiten van de aangepaste kredietovereenkomst. Tegen dat oordeel kwam Erba tevergeefs in cassatie op.⁹

Osby (1981)

In het Osby-arrest¹⁰ had de (Zweedse) moedermaatschappij zich tot zekerheid van haar vordering op een Nederlandse 100%-dochter in oktober 1968 een groot aantal bestaande en toekomstige vermogensbestanddelen laten overdragen. De dochter ging in maart 1970 failliet. Een crediteur vorderde van moedermaatschappij Osby betaling van in totaal f 4.083,55, betrekking hebbend op leveringen die in november en december 1969 hadden plaatsgevonden. Het hof wijst die vordering, anders dan de rechtbank, toe. Volgens het hof was niet relevant of de moeder enig voordeel uit de affaire heeft getrokken.¹¹ Het hof had wel vastgesteld dat de moeder het beleid

4 R.o. 4.7.1 tussenarrest hof 30 juni 1993.

5 R.o. 4.4 tussenarrest hof 30 juni 1993.

6 R.o. 4.7.1 tussenarrest hof 30 juni 1993.

7 Stichting Onderzoek Bedrijfsinformatie te Amsterdam.

8 Hoge Raad 28 juni 1957, NJ 1957, 514, m.nt. LEHR.

9 Erba II, Hoge Raad 20 maart 1959, NJ 1959, 581.

10 Hoge Raad 25 september 1981, NJ 1982, 443, m.nt. Ma.

11 R.o. 16 van het hof, NJ 1982, 443, p. 1520.

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

van de dochter in hoge mate rechtstreeks had bepaald en daaraan ook haar naam had verbonden. Zij heeft verder een intensieve en indringende bemoeienis met de bedrijfsvoering van de dochter gehad en haar eigen vermogensbelangen met die van de dochter vermengd.¹²

De Hoge Raad overwoog:¹³

'Indien een moedermaatschappij alle aandelen in een dochtermaatschappij bezit en aan de dochter krediet heeft verstrekt en vervolgens de activa van de dochter, toekomstige inbegrepen, volledig of nagenoeg volledig van deze in zekerheidseigendom verwerft, aldus dat de dochter aan nieuwe schuldeisers die haar na de zekerheidsoverdracht krediet geven praktisch geen verhaal meer biedt, kan er, indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken, onder omstandigheden sprake zijn van een onrechtmatige daad van haar jegens dezen. Met name zal dit zo zijn, indien de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij, gelet op de omvang van haar vordering en van de zekerheidsoverdracht en het verloop van zaken in het bedrijf van de dochter, ten tijde van gedragingen als voormeld wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan.'

De Hoge Raad verwijst de zaak overigens,¹⁴ onder meer voor nader onderzoek naar het causale verband tussen de schade en het onrechtmatig handelen.

Keulen/BLG (1986)

In de situatie die aan de orde was in het Keulen/BLG-arrest¹⁵ had BLG¹⁶ zich begin 1979 een rekening-courantschuld van f 30 miljoen laten aflossen door de door haar beheerste stichting aan wie BLG krediet had verstrekt. BLG was dus geen moedermaatschappij van de stichting, maar hun verhouding leek daar wel op. Eind 1979 werd duidelijk dat de ondernomen liquidatie van de stichting tot een tekort zou leiden. Keulen, die conform een aangeboden akkoord slechts 65% van haar vordering kreeg

voldaan, sprak BLG op grond van onrechtmatige daad aan voor de resterende 35%. De Hoge Raad overweegt¹⁷ dat BLG, met het oog op de belangen van andere schuldeisers, zich geheel of ten dele ervan had moeten weerhouden zich terug te trekken uit de stichting indien zij toen reeds ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid van een tekort voor de stichting in de zin dat er op dat moment voor die mogelijkheid reeds concrete aanwijzingen waren. In casu had het hof vastgesteld dat BLG met die mogelijkheid toen geen rekening behoeft te houden zodat Keulen achter het net vist.

Schoonbrood-Wessels wijst er terecht op dat 'ernstig rekening houden met' niet dezelfde formulering is als 'weten of behoren te weten'.¹⁸ Volgens haar zit tussen beide criteria aanzienlijke ruimte. Ik betwijfel dat. Als je met een mogelijkheid ernstig rekening moet houden in die zin dat voor het zich realiseren van die mogelijkheid al concrete aanwijzingen zijn, dan verschilt dat niet wezenlijk van het behoren te voorzien in het realiseren van die mogelijkheid. Het verschil tussen de door de Hoge Raad gebruikte formuleringen duidt mijns inziens niet op een relevant verschillend criterium. Een verklaring voor een ander criterium zou ik althans niet goed kunnen geven.

Euro-Advertising/Van Tiel (1987)

In het Euro-Advertising/Van Tiel-arrest¹⁹ oordeelde het hof dat een enig aandeelhouder die in het kader van een fusie alle aandelen van een vennootschap heeft verworven en in dat kader een deel van het bedrijf van die vennootschap heeft overgenomen en vrijwel het gehele personeel maar niet de directeur, onrechtmatig handelt door – als aandeelhouder – die directeur te ontslaan waardoor de dochtervennootschap een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag verschuldigd wordt, doch de dochtervennootschap voor de voldoening van de vordering van de ontslagen directeur geen verhaal biedt. Volgens de Hoge Raad²⁰ kan dit oordeel van het hof in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard en zijn bijkomende omstandigheden nodig. De Hoge Raad

12 R.o. 7 en 8 van het hof.

13 R.o. 2, NJ 1982, 443, p. 1526.

14 In de verwijzingsuitspraak is vanwege het faillissement van de moeder nooit uitspraak gedaan. Zie prof. mr. L. Timmerman, *De N.V.*, p. 17, voetnoot 21 en mr. H.L.J. Roelvink, *Maeijer-bundel* 1988, p. 223.

15 Hoge Raad 9 mei 1986, NJ 1986, 792, m.nt. G.

16 Bouwfonds voor Limburgse Gemeenten, een rechtspersoon opgericht met toepassing van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen met als doel de bevordering van het eigen woningbezit in een aantal Limburgse gemeenten.

17 R.o. 3.2.

18 Mr. drs. A.P. Schoonbrood-Wessels, in: *De NV*, 1996, p. 39, § 21.

19 Hoge Raad 16 januari 1987, NJ 1987, 970, m.nt. Ma.

20 R.o. 3.2.3.

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

noemt eventuele invloed van de (nieuwe) moedermaatschappij op het ontbreken van verhaal. Omdat zulke omstandigheden niet door het hof aan zijn beslissing ten grondslag waren gelegd vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof.

Albada Jelgersma II (1988)

In het arrest *Albada Jelgersma II*²¹ had het hof vastgesteld dat de moeder zich na de verwerving van een slecht lopende vennootschap intensief en indringend met die (inmiddels: dochter)vennootschap had bemoeid en de zeggenschap had over de bedrijfsvoering, met name op het gebied van de inkopen. Voorts had het hof in aanmerking genomen dat de moeder op grote schaal ruchtbaarheid aan de overname had gegeven waarna bij leveranciers van de dochter de verwachting bestond dat de moeder er geleidelijk aan in zou slagen de dochter weer gezond te maken.²² Vlak voor Kerstmis 1980 bracht de interne accountant van de moeder een rapport uit waaruit bleek dat de dochter niet meer in staat zou zijn nieuwe verplichtingen na te komen. Het hof oordeelde dat de moeder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk was voor de schade gevormd door de onbetaalde facturen die betrekking hebben op de periode na Kerstmis 1980. Uitgaande van hetgeen het hof feitelijk had vastgesteld had het hof volgens de Hoge Raad geen rechtsregel geschonden door te oordelen dat de moeder jegens een leverancier van de dochter (waarvan de dochter inkocht, derhalve het terrein waarmee de moeder zich intensief bemoeide) onrechtmatig heeft gehandeld door er niet op toe te zien dat de dochter geen bestellingen meer bij die leverancier plaatste en evenmin voor betaling van de voortgezette leveranties te zorgen.

Nimox (1991)

In het *Nimox*-arrest²⁴ liet enig aandeelhouder *Nimox* zich eind 1983 nagenoeg het gehele vermogen (tot op *f* 100.000) van haar dochter *Auditrade* (waarvan *Nimox* tevens de rvc vormde) uitbetalen in de vorm van een dividend van *f* 1.124.000. *Nimox* leende dit bedrag plus *f* 376.000, in totaal dus *f* 1,5 miljoen, terug aan *Auditrade*. Als zekerheid voor die lening liet *Nimox* zich allerlei zekerheden verschaffen, overigens in tweede verband na financier *NMB-Heller*. Over 1981 en 1982 had *Auditrade* verlies geleden van *f* 224.000 respectievelijk *f* 504.000.

Over 1983 werd ten tijde van de dividenduitkering een verlies van *f* 550.000 verwacht. In juni 1984 verkoopt *Nimox* de lening aan *NMB-Heller* voor de nominale waarde (van *f* 1,5 miljoen). *NMB-Heller* beschikte op dat moment over een 'zekerhedensurplus' waaronder ook de lening kwam te vallen; door de transactie kwam dit zekerhedensurplus in feite ten goede aan *Nimox*. Een maand later wordt aan *Auditrade* voorlopige surseance van betaling verleend; nog geen twee weken daarna wordt het faillissement uitgesproken.

De rechtbank had vastgesteld dat *Nimox* ten tijde van de dividenduitkering (december 1983) de zekerheid had dat *Auditrade* als gevolg van de dividenduitkering geen enkele reserve meer zou overhouden, tenzij een bepaald project (het *Transonic*project) de door *Nimox* verwachte opzienbarende verbetering van het resultaat teweeg zou brengen. Volgens het hof kon die verwachting op zichzelf nog wel rechtvaardigen dat *Nimox* *Auditrade* haar bedrijf liet voortzetten, maar niet dat *Nimox* op die verwachting een voorschot nam en het verdere risico grotendeels op crediteuren afwentelde. Rechtbank, hof en Hoge Raad achtten de dividenduitkering onrechtmatig. Rechtbank en hof achtten de verkoop eveneens onrechtmatig; in cassatie kwam dat aspect niet aan de orde.

Benzol/Securicor (1994)

In het *Benzol/Securicor*-arrest²⁵ was een situatie aan de orde waarin door onbekenden op 8 november 1989 brand was gesticht bij het bedrijf van de dochtermaatschappij van *Benzol*. *Benzol* heeft vervolgens (op 22 november 1989) als enig aandeelhouder en bestuurder van de dochter het besluit genomen het bedrijf van haar dochter te beëindigen. Omdat zich op het bedrijfsterrein waardevolle en brandbare vermogensbestanddelen bevonden, moest het terrein worden bewaakt. Daartoe sloot de dochtermaatschappij met ingang van 24 november 1989 een overeenkomst met *Securicor*. In een daaraan voorafgaande bespreking (die omstreeks 23 november 1989 plaatsvond), waarbij ook een medewerker van *Benzol* aanwezig was, zijn aan *Securicor* geruststellende mededelingen over de betaling door de dochter voor de door *Securicor* te verlenen diensten gedaan. De medewerker van *Benzol* is bovendien in de overeenkomst met *Securicor* als contactpersoon vermeld. Op

21 Hoge Raad 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487, m.nt. G.

22 R.o. 3.3 HR, resp. r.o. 6.12 hof.

23 R.o. 3.4 HR.

24 Hoge Raad 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma.

25 Hoge Raad 18 november 1994, *NJ* 1995, 170, m.nt. Ma.

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

17 januari 1990 betaalt de dochter Securicor voor de tot 1 januari 1990 verleende diensten. Op dezelfde dag doet zij aangifte tot haar eigen faillietverklaring. Kort daarna is de dochter failliet verklaard. Securicor spreekt Benzol aan voor de betaling van de vanaf 1 januari 1990 verleende diensten. Rechtbank, hof en Hoge Raad stellen Benzol in het ongelijk. Volgens de Hoge Raad heeft het hof, mede in aanmerking genomen dat Benzol enig aandeelhouder en bestuurder van haar dochter is, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op grond van het door de medewerker van Benzol bij Securicor gewekte en niet gehonoreerde vertrouwen te oordelen dat Benzol onrechtmatig heeft gehandeld door niet voor betaling van de factuur van Securicor te zorgen.²⁶

Coral/Stalt (1998)

In het Coral/Stalt-arrest²⁷ had moedermaatschappij Stalt eveneens besloten de activiteiten van haar dochter Forsythe te beëindigen. Coral had gesteld dat de opbrengst van de verkoop van een deelneming van haar dochter Forsythe uitsluitend is aangewend om een intercompanyschuld te voldoen, dat Forsythe Coral bewust bij andere crediteuren heeft achtergesteld, dat Stalt zich intensief met de gang van zaken bij Forsythe had bemoeid, dat zij de hand had gehad in de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten, dat de activa van Forsythe die overbleven nadat de handelscrediteuren van Forsythe – met uitzondering van Coral – waren voldaan, zijn aangewend om de vorderingen van zustermaatschappijen zoveel mogelijk te voldoen en dat Stalt dat heeft bewerkstelligd, althans heeft toegestaan, alsmede dat de directie van Forsythe bij het voldoen van die handelscrediteuren en de vorderingen van zustermaatschappijen wist (althans: behoorde te weten) dat niets zou resteren voor betaling van Coral. De Hoge Raad oordeelt dat Forsythe onrechtmatig jegens Coral heeft gehandeld en dat Stalt op zijn beurt onrechtmatig jegens Coral heeft gehandeld door de handelwijze van Forsythe in de hand te werken of toe te staan, indien de stellingen van Coral juist zouden zijn. Omdat het hof daaromtrent niets had vastgesteld werd de zaak verwezen. Bovendien is het hof volgens de Hoge Raad ten onrechte voorbijgegaan aan de stelling van Coral dat

Stalt op grond van een eigen plicht gehouden was maatregelen te treffen. Die stelling is van belang voor de vraag of Stalt jegens Coral onrechtmatig heeft gehandeld. Ook die stelling moest daarom na verwijzing onderzocht worden.

Conclusies

Ik meen dat uit deze jurisprudentie is af te leiden dat voor aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor schulden van haar dochter ten minste vereist is dat de moeder op het moment van haar gewraakte handelen of nalaten wist of behoorde te weten dat schuldeisers van de dochter niet zouden worden voldaan. Vóórdat die (geobjectiveerde) wetenschap er is, is er geen aansprakelijkheid (Erba, Keulen/BLG). Voorts is een handelen van de moeder vereist. Dat handelen kan er uit bestaan dat de moedermaatschappij bij crediteuren van de dochter de verwachting heeft gewekt dat zij zouden worden voldaan (Albada Jelgersma, Benzol/Securicor) dan wel dat de moedermaatschappij (of een andere dochter) ten koste van die crediteuren in een gunstiger positie is gebracht dan voorheen (Euro-Advertising/Van Tiel, Nimox) dan wel dat de moeder onrechtmatig handelen van de dochter in de hand werkt of dat toestaat (Coral/Stalt).

Het arrest Hurks²⁸

Het hof oordeelde dat Bouwgroep aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Volgens het hof had Bouwgroep zich omstreeks 1 juli 1984 moeten realiseren dat HBA haar ondergang tegemoet ging. Bouwgroep is daarom (overigens met Hurks in privé, maar dat laat ik hier buiten beschouwing) slechts aansprakelijk voor schade voortvloeiend uit werkzaamheden en materiaalleveranties na 1 juli 1984.²⁹ Bij het vaststellen van die datum gaat het hof omzichtig te werk. Het hof overweegt³⁰ dat

‘het bij kwesties als de onderhavige – en eveneens in dit concrete geval – vaak niet zo is dat een bepaald concreet moment of een bepaalde concrete gebeurtenis aangewezen kan worden vanaf wanneer een zekere handelwijze als ongeoorloofd dient te worden aangemerkt. Integendeel is veelal, en ook in casu, sprake van een keten van gebeurtenissen die bij de betrokke-

26 R.o. 3.4 HR.

27 HR 12 juli 1998, NJ 1998, 727, m.nt. PvS.

28 SOBI en Hurks zijn al eerder bij de Hoge Raad geweest (HR 13 januari 1995, NJ 1995, 482) maar zij zijn toen beiden niet-ontvankelijk verklaard. Aan een beoordeling van de cassatiemiddelen die betrekking hebben op de materiële kant van de zaak kwam de Hoge Raad niet toe. Die onbehandelde cassatiemiddelen hebben partijen toen zij voor de tweede keer bij de Hoge Raad kwamen grotendeels opnieuw aangevoerd.

29 R.o. 10.3 tussenarrest 12 juli 1999 hof.

30 R.o. 7.1 tussenarrest 7 mei 1997.

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

nen het inzicht (moeten) doen groeien dat hun handelwijze niet of niet langer geoorloofd is. In verband met de ingestelde vorderingen is enerzijds onvermijdelijk dat een tijdstip wordt gemarkeerd vanaf wanneer het handelen als onrechtmatig moet worden aangemerkt, anderzijds is die vaststelling tot op zekere hoogte arbitrair. De rechter zal dan ook, mede nu het verwijt handelen in strijd met de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid inhoudt, een datum kiezen die "aan de veilige kant" is gelegen, onvermijdelijk ten gunste van degene aan wie het verwijt wordt gemaakt'.

Het hof gunt, met andere woorden, enige tijd aan degene aan wie het verwijt wordt gemaakt om tot het juiste inzicht te komen terwijl bij twijfel de datum ten gunste van de aangesprokene moet worden vastgesteld.

In cassatie betoogden Hurks c.s. onder meer:

- a dat er geen rechtsregel is die bepaalt dat een moedermaatschappij die op de hoogte raakt van de deplorabele financiële toestand van haar dochtermaatschappij zich indringend met het beleid van haar dochtermaatschappij moet gaan bemoeien; en
- b dat er voor Hurks c.s. geen verplichting tot ingrijpen bestond. Zo'n verplichting tot ingrijpen bestond volgens Hurks c.s. ten eerste niet omdat HBA technisch en commercieel zelfstandig kon werken en werkte. Ten tweede was Bouwgroep volgens Hurks c.s. niet bevoegd, en jegens schuldeisers van HBA niet verplicht, het bestuur van HBA instructies te geven en was dit bestuur niet verplicht zulke instructies op te volgen, aangezien:
 - (i) Bouwgroep jegens crediteuren van HBA geen verwachtingen had gewekt;
 - (ii) Bouwgroep niet beschikte over de bevoegdheid HBA te instrueren de door het hof bedoelde maatregelen te nemen; en
 - (iii) het bestuur van HBA niet geneigd zou zijn geweest maatregelen 'via HBA' te laten lopen of surseance van betaling aan te vragen.³²

Voor wat betreft argument (a) overweegt de Hoge Raad eerst dat het hof niet heeft geoordeeld dat een moedermaatschappij die op de hoogte raakt van de deplorabele financiële positie van haar dochtermaatschappij zich intensief met het beleid van die dochter

moet gaan bezighouden en dat het middelonderdeel in zoverre dus feitelijke grondslag mist. Vervolgens overweegt de Hoge Raad:³³

'Nu het Hof de aanwezigheid van de verplichting actief toezicht te houden kennelijk (mede) heeft gebaseerd op de tussen de Bouwgroep en HBA bestaande concernstructuur – zie hiervoor in 3.1 onder (iv) – en de door hen daaraan gegeven feitelijke uitvoering (vermeld in 's Hofs rov. 4.9), behoeft het gegeven dat HBA zelfstandig werkte en vrij was in de dagelijkse bedrijfsvoering, anders dan het onderdeel voor het overige betoogt, niet eraan in de weg te staan dat de Bouwgroep zich niettemin had moeten laten informeren over de financiële situatie van HBA. Het onderdeel faalt derhalve.'

Met zijn verwijzing naar de concernstructuur doelt de Hoge Raad op de (hiervoor omschreven) beperking van de handelingsvrijheid van de directie van HBA in de statuten, de arbeidsovereenkomst van directeur Reincke en de financieringsstructuur; met zijn verwijzing naar de wijze waarop daaraan uitvoering is gegeven doelt de Hoge Raad op overweging 4.9 van het hof waarin het concludeerde dat Bouwgroep de financiële teugels van HBA in handen had, waardoor HBA volgens het hof in financieel opzicht geleid werd door Bouwgroep. De concernstructuur én de daaraan gegeven uitvoering zijn dus voldoende om voor Bouwgroep de verplichting te doen ontstaan zich op de hoogte te (laten) stellen van de financiële situatie bij haar dochter en van de eventuele risico's voor crediteuren van de dochter.

Voor wat betreft argument (b) overweegt de Hoge Raad,³⁴ onder verwijzing naar zijn beschikking in de OGEM-enquête,³⁵ dat het hof kennelijk had geoordeeld dat moedermaatschappij Bouwgroep de feitelijke macht tot ingrijpen had omdat zij de enige aandeelhouder was. Zo'n moedermaatschappij heeft het volgens de Hoge Raad³⁶ feitelijk in haar macht

'de naleving van door haar bestuur aan het bestuur van die dochtermaatschappij gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zijn'.

Met andere woorden: voor de moedermaatschappij die zoveel aandelen houdt dat zij het haar onwel-

31 Cassatiemiddel 3, onderdeel i en r.o. 5.3.3 HR.

32 Cassatiemiddel 3, onderdeel vi en HR, r.o. 5.3.8.2.

33 R.o. 5.3.3, slot.

34 R.o. 5.3.8.3 HR.

35 Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990, 466, m.nt. Ma.

36 R.o. 5.3.8.3 van het Hurks-arrest.

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

gevallige bestuur van de dochtermaatschappij kan ontslaan, is de mogelijkheid van ingrijpen gegeven. Noch de onder normale omstandigheden bestaande mate van zelfstandigheid noch het ontbreken van de hiervoor onder (b) genoemde omstandigheden (i)-(iii) staan in de weg aan het oordeel van het hof dat op Bouwgroep een plicht tot ingrijpen rustte. De Hoge Raad vervolgt met te overwegen dat het hof kennelijk voor de verplichting tot ingrijpen doorslaggevend heeft geacht:

- a) Bouwgroep wist van de deplorabele toestand van HBA en dat zij vrijwel zeker haar ondergang tegemoet ging;
- b) de baten van op 1 juni 1984 onderhanden werken waren gecedeerd aan de bank en zouden niet beschikbaar zijn voor het voldoen aan bestaande en toekomstige verplichtingen jegens onderaannemers en leveranciers;
- c) Bouwgroep wist dat te verwachten viel dat de onderaannemers en leveranciers die betrokken waren bij de voltooiing van die onderhanden werken onbetaald zouden blijven;
- d) desondanks liet Bouwgroep zich op 29 juni 1984 een bedrag van f 500.000 betalen.

Het oordeel van het hof geeft volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is ook niet onbegrijpelijk.

Met deze overwegingen past het Hurks-arrest in de lijn van het Coral/Stalt-arrest. De concernstructuur en de wijze waarop daaraan in de praktijk uitvoering was gegeven bracht een verplichting voor Bouwgroep mee tot het houden van een actief toezicht. Actief toezicht betekent mijns inziens zich voldoende laten informeren en zonodig ingrijpen als een dochter verplichtingen aangaat waarvan duidelijk is dat zij die niet kan nakomen. In de woorden van het Coral/Stalt-arrest werkt Bouwgroep onrechtmatig handelen van (het bestuur van) de dochter in de hand (c.q. stond zij dit onrechtmatig handelen toe) door geen actief toezicht te houden, door zich niet voldoende te (laten) informeren en derhalve door niet in te grijpen, terwijl zij wel de mogelijkheid had om in te grijpen; die mogelijkheid was gezien haar positie van enig aandeelhouder zelfs gegeven.

De arresten Coral/Stalt en Hurks zijn voorbeelden van een derde categorie van voorbeelden van aansprakelijkheid van de moeder op grond van onrechtmatige daad, naast het ten onrechte wekken van later teleurgestelde verwachtingen (zie Albada Jelgersma II, Benzol/Securicor) en het ten koste van crediteuren van de dochter brengen van de moeder

in een gunstiger (of minder ongunstige) positie dan voorheen (zie Euro Advertising/Van Tiel, Nimox). Het wekken van verwachtingen was in het geval van Hurks immers niet aan de orde gelet op het door de Hoge Raad buiten beschouwing laten van het hierboven onder (b)(i) genoemde argument van Hurks c.s. Een bevoordeling van de moedermaatschappij ten koste van de onbetaalde crediteuren van de dochtermaatschappij lijkt in het Hurks-arrest ook niet aan de orde te zijn. Weliswaar noemt de Hoge Raad expliciet de betaling van f 500.000 op 29 juni 1984 door HBA aan Bouwgroep, maar die betaling vond plaats enkele dagen vóór de door het hof vastgestelde peildatum van 1 juli 1984. Ook betaling van f 3,5 miljoen in februari 1983 (dus ruim voor 1 juli 1984) is in dit kader niet relevant, ook al omdat het hof daarvan had vastgesteld dat het ging om 'een financiële operatie welke in het kader van concernfinanciering gebruikelijk is'. Toch was die bevoordeling er ook in dit geval. Doordat Bouwgroep toeliet dat HBA ook na 1 juli 1984 doorging met het voltooiën van onderhanden werken kon de schuld van HBA aan de bank betaald of althans verminderd worden. Aangezien Bouwgroep voor die schuld hoofdelijk aansprakelijk was jegens de bank namen haar verplichtingen jegens de bank dienovereenkomstig af. Dit ging ten koste van uiteindelijk onbetaalde leveranciers en onderaannemers die de voltooiing van de projecten en dus de betalingen aan de bank ter aflossing van de bankschuld mogelijk maakten, maar voor die schulden van HBA was Bouwgroep niet hoofdelijk verbonden.³⁷ In de beslissingen van hof en Hoge Raad lijken zij echter geen doorslaggevende rol te spelen, althans niet op de wijze als in de arresten Nimox en Euro-Advertising/Van Tiel het geval was.

De verplichting *actief* toezicht te houden (en dus zonodig in te grijpen) ontstond in het geval van Hurks door de concernstructuur en de wijze waarop daaraan uitvoering is gegeven, dat wil zeggen: doordat Bouwgroep de financiële teugels van HBA in de hand had waardoor zij HBA in financieel opzicht leidde. Daardoor had de moedermaatschappij – in de woorden van het arrest Coral/Stalt – de benadeling van crediteuren (onderaannemers en leveranciers) in de hand gewerkt (of ten minste toegestaan). In feite had Bouwgroep (ten minste) een deel van de taak van het bestuur van HBA op zich genomen. In dat geval moeten de aansprakelijkheidsregels die voor het bestuur gelden ook voor de moedermaatschappij gelden voorzover die in feite het bestuur mede op zich neemt. In zijn noot in de *JOR* omschrijft Bartman³⁸ het zo dat de Beklamel-norm³⁹ door de grenzen van

37 Zie ook r.o. 4.8 tussenarrest 30 juni 1993 door de Hoge Raad samengevat in r.o. 5.3.2.

38 Noot mr. S.M. Bartman bij *JOR* 2002, 38, p. 351-353.

39 Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Ma (Beklamel).

Aansprakelijkheid moedermaatschappij voor haar dochter

de (dochter)vennootschap heen breekt en wordt toegepast op het niveau van de moedermaatschappij als haar quasi-bestuurder. De Beklamel-norm houdt kort gezegd in dat een bestuurder namens de vennootschap geen verplichting mag aangaan waarvan hij redelijkerwijs weet of behoort te weten dat de vennootschap die niet kan nakomen.

De opvatting van Bartman spreekt mij aan. Ik zou het echter liever zo omschrijven dat voor de moedermaatschappij die als aandeelhouder tot het terrein van het bestuur van de dochter behorende handelingen verricht of het namens de dochter zelf verrichten van zulke handelingen in de hand werkt of toestaat, in zoverre dezelfde (Beklamel)normen gelden als voor het bestuur van de dochter. Als een moedermaatschappij een dochter 'onder bewind' stelt, dan moet zij dat ook goed doen: zij moet ervoor zorgen dat hetgeen aldus (ten minste mede) onder haar verantwoordelijkheid gebeurt de toets doorstaat die normaliter voor het bestuur van de dochter geldt. Een moeder die verantwoordelijkheden aan zich trekt moet ook de consequenties daarvan dragen. Een moedermaatschappij die zich daarentegen niet mengt in het bestuur van haar dochtermaatschappij hoeft geen 'actief toezicht' te houden en lijkt mij dan ook niet aan te spreken op de grond dat zij, net als het bestuur van de dochter, op straffe van aansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen zou hebben moeten voorkomen dat de dochter verplichtingen aanging waarvan duidelijk moet zijn geweest dat de dochter die niet volledig zou kunnen nakomen. Ik merk op dat deze redenering niet opgaat als de moeder behalve (enig) aandeelhouder ook bestuurder is van de dochter. Dan kan haar handelen 'rechtstreeks' aan de norm voor bestuurders worden getoetst.⁴⁰

Overigens behoeft niet elke bemoeienis tot aansprakelijkheid voor de aandeelhouder te leiden. In

het arrest Kandel/Koolhaas⁴¹ was het hebben van een wezenlijk aandeel in het beleid van de onrechtmatig handelende vennootschap van een natuurlijk persoon die enig middellijk aandeelhouder tevens commissaris was onvoldoende voor aansprakelijkheid.

Conclusies

Een moedermaatschappij kan niet eerder aansprakelijk zijn voor schulden van haar dochter dan vanaf het moment dat zij wist of behoorde te weten dat crediteuren van de dochter niet langer volledig zouden worden voldaan. Dat moment zal veelal niet bepaald worden door een concrete gebeurtenis. Het moment waarop het vereiste inzicht voldoende moet zijn gegroeid moet met de nodige voorzichtigheid ten gunste van de aangesprokene vastgesteld worden.

Voor aansprakelijkheid is voorts een onrechtmatig handelen van de moeder vereist. Dat kan bestaan uit het ten onrechte wekken van verwachtingen bij crediteuren, het bewerkstelligen dat de moedermaatschappij ten koste van crediteuren van de dochter in een gunstiger of minder ongunstige positie wordt gebracht dan voorheen dan wel het in de hand werken of toestaan van handelen van de dochter dat als onrechtmatig jegens haar crediteuren is aan te merken. Als dat in de hand werken of toestaan zo ver gaat dat de moedermaatschappij in feite op het terrein van het bestuur van de dochter komt, kan uit het Hurks-arrest worden afgeleid dat voor het beantwoorden van de vraag of de moedermaatschappij onrechtmatig handelt dezelfde norm geldt als voor het bestuur van haar dochtermaatschappij.

Mr. A.E.H. van der Voort Maarschalk is advocaat bij Houthoff Buruma.

40 Bijvoorbeeld Hoge Raad 14 november 1997, *NJ* 1998, 270, m.nt. Ma, *JOR* 1998, 6 (Henkel/JMG).

41 Hoge Raad 7 november 1997, *NJ* 1998, 269, m.nt. Ma onder *NJ* 1998, 270, *JOR* 1998, 5.