

Bestuursautonomie en instructiebevoegdheid binnen het concern

Inleiding

Het verschijnsel concernvorming is uit het economische verkeer niet meer weg te denken. Enerzijds behoren groepsvennootschappen tot dezelfde economische eenheid, anderzijds blijven ze eigen juridische entiteiten. Het Nederlandse vennootschapsrecht bevat enkele bepalingen die rekening houden met de mogelijkheid van economische verbondenheid van vennootschappen. Het betreft onder andere de artikelen 24a e.v., 262, 379, 402, 403 en 405 e.v. van Boek 2 Burgerlijk Wetboek. Voor de taak van het bestuur van dochtervennootschappen bevat de wet geen specifieke bepaling.

De artikelen 2:129 en 239 BW bepalen dat het bestuur, behoudens beperkingen bij de statuten, is belast met het besturen van de vennootschap. Hoewel de wet het nergens expliciet bepaalt, wordt algemeen aangenomen dat het bestuur zich evenals de raad van commissarissen naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming heeft te richten.¹ Het vennootschappelijk belang geldt dus ook in concernverband – al dan niet onverminderd – als richtsnoer voor het handelen van het bestuur.

Het vennootschappelijk belang

In de parlementaire stukken rondom het wetsvoorstel doorbreking beschermingsconstructies wordt het vennootschappelijk belang als een van de beginselen van ons vennootschapsrecht aangeduid.² Nergens wordt de term echter inhoudelijk gedefinieerd. Maeijer, die het begrip zelf introduceerde, heeft daartoe een poging gedaan. Hij vat het vennootschappelijk belang op als 'het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel'. Later voegde hij hieraan toe dat het vennootschappelijk (voort)bestaan geen doel op zich is.³

Ik deel zijn mening dat het vennootschappelijk (voort) bestaan geen doel op zich is. Maar geldt niet hetzelfde voor groei? Ook begrijp ik het statutaire doel van de vennootschap als objectief aanknopingspunt voor de toets aan het vennootschappelijk belang. Maar men dient zich te realiseren dat de statutaire doelomschrijving veelal ruim is gefor-

muleerd en dat zij voor de besloten vennootschap binnenkort mogelijk als dwingendrechtelijk vereiste uit de wet verdwijnt.⁴ Het praktisch nut van deze definitie lijkt daarom gering.

Het vennootschappelijk belang is een moeilijk te duiden begrip. Het heeft evenals de vennootschap zelf juridische realiteit en het is niet slechts de resultante van betrokken deelbelangen.

Wanneer vennootschappen in een economische eenheid zijn verbonden, is het voeren van centraal beleid noodzakelijk. Het concern zou anders als geheel niet naar behoren kunnen functioneren. Het beleid van groepsvennootschappen moet op elkaar kunnen worden afgestemd. Het bestuur van een groepsvennootschap dient rekening te houden met het concernbelang en andersom moet de concernleiding met individuele belangen van groepsvennootschappen rekening houden.⁵

Spanningsveld

Feitelijke macht

Hoe verhouden zich het fundamentele beginsel van bestuursautonomie en de feitelijke macht die de concernleiding heeft doordat haar de ontslagbevoegdheid via de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) toekomt? Deze feitelijke macht zou kunnen impliceren dat het moederbestuur de dochter *concrete en bindende* instructies kan geven. Of heeft ook het bestuur van de dochter een eigen verantwoordelijkheid tot een volledige afweging van de betrokken belangen en de beoordeling van doelmatigheid en rechtmatigheid van een gegeven instructie?

Als een moedervernootschap bevoegd is het bestuur van haar dochter concrete en bindende instructies te geven, dan zou dit betekenen dat de moeder niet alleen het bestuur van de dochter kan ontslaan wanneer het aan de instructies geen gevolg geeft, maar ook daadwerkelijke uitvoering van de instructies zou kunnen afdwingen. Mogelijk komt het de efficiëntie van het functioneren van het concern ten goede als de concernleiding een dergelijke bevoegdheid – onder omstandigheden – toekomt. De interne redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW stelt aan de uitoefening van deze bevoegdheid grenzen, waardoor zij niet licht misbruikt kan worden.

1. O.a. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 293.
2. Kamerstukken II 2000/01, 25 732, nr. 16, p. 2 (blijkens het voorontwerp van de uitvoeringwet inzake de Dertiende Richtlijn zijn er plannen dit wetsvoorstel in te trekken).
3. J.M.M. Maeijer, Het belangenconflict in de naamloze vennootschap, Inaugurele rede, Deventer: Kluwer 1964; alsmede Asser/Maeijer 2-III, nr. 293, p. 385.

4. Th. Groenewald, De doelloze BV, Ondernemingsrecht 2004, p. 25.
5. Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, JOR 2003, 85 (Corus), r.o. 3.5.

Autonomiedoctrine

Elk orgaan van de vennootschap heeft zijn eigen bevoegdheden en ook de AvA mag de bij de wet en de statuten getrokken grenzen van haar bevoegdheden niet overschrijden.⁶ De autonomiedoctrine houdt de fundamentele vennootschapsrechtelijke regel in dat het besturen van de vennootschap wettelijk tot de competentie van *haar* bestuur behoort. Maar hiermee is niet gezegd dat daaraan *nooit* enige beperking zou kunnen worden gesteld. In dit verband wijs ik op artikel 2:239 lid 3 BW, op grond waarvan bestuursbesluiten kunnen worden onderworpen aan goedkeuring door een ander orgaan.

Bestuursautonomie houdt dus in dat het bestuur van de vennootschap zelfstandig is in de uitoefening van de taak en de bevoegdheden die door de wet en de statuten aan het bestuur zijn toegekend.⁷ Er is echter in concernverband een spanningsveld tussen dit fundamentele beginsel van bestuursautonomie en de gezamenlijke koers die een concern en de daartoe behorende groepsvennootschappen moeten varen.

Bestuursautonomie binnen het concern

Volledige bestuursautonomie

Verschillende schrijvers beargumenteren dat er geen instructiebevoegdheid bestaat, omdat afdwingbare instructies in strijd zijn met de fundamentele regel van bestuursautonomie.

Een bestuur dient ook in concernverband altijd een eigen belangenafweging te maken. Het handelt daarbij in het belang van de vennootschap.⁸ Het concernbelang is voor een groepsvennootschap zeer relevant, maar het heeft niet een zo dominante positie dat het bestuur van de groepsvennootschap afbreuk mag doen aan andere rechtmatige belangen. Het handelen van de organen van de groepsvennootschap dient op het eigen vennootschappelijk belang gericht te zijn en het toepasselijke rechtsregime wijkt wat dat betreft niet principieel af van het regime dat voor de enkelvoudige vennootschap geldt.⁹

Het bestuur van een groepsvennootschap is bevoegd om het concernbelang, dat weliswaar door de concernleiding geformuleerd wordt, een plaats te geven in de eigen besluitvorming en belangenafweging.¹⁰ Het dient in zoverre autonoom te zijn dat het op grond van de eigen verantwoordelijkheid zelfstandig dient te beoordelen of een door de concernleiding wenselijk geacht beleid, voorzover de dochter betreffend, in overeenstemming is met de eisen van behoorlijk bestuur. De indirecte machtsmiddelen die aan de concernleiding ter

beschikking staan – met name schorsing en ontslag van dwarsliggende bestuurders – worden daarbij voldoende geoordeeld om te voorkomen dat het concern aan eigengereidheid van directeuren van dochtervennootschappen ten onder gaat.¹¹

Er is geen concrete instructiebevoegdheid, maar enkel een feitelijke, met de afhankelijkheidsverhouding gegeven instructiemacht.¹² Het beleid van de dochter mag worden geïntegreerd in het concernbeleid, maar het bestuur van de dochter behoudt zijn eigen verantwoordelijkheid voor het op basis daarvan te voeren beleid binnen de dochteronderneming.¹³

Ik deel de mening dat een bestuurder een instructie niet hoeft, of beter niet *mag* volgen als naar zijn oordeel tenuitvoerlegging in strijd zou zijn met artikel 2:9 BW. Hoe kan een dochterbestuur verantwoordelijkheid dragen voor handelen waarover het niet zelf beslissen kan? Bestuursautonomie heeft grote betekenis voor het doelmatig aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen door rechtspersonen. Hierop de algemene regel baseren dat iedere beperking van bestuurszelfstandigheid onacceptabel is, gaat mijns inziens echter te ver. Ook het concern moet immers doelmatig aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen.

Geen bestuursautonomie

Anderen menen dat het concernbelang voor de dochter wel degelijk dominant is. Als gevolg hiervan is de taak van het bestuur van een dochter minimaal. Degene die bepaalt hoe het concernbelang onder omstandigheden luidt, heeft daarmee naar hun oordeel een doorslaggevend invloed op de uitkomst van de totale belangenafweging. De dominantie van het concernbelang impliceert dan wel degelijk een inbreuk op het beginsel van bestuursautonomie.¹⁴

De vrijstelling van het structuurregime voor dochters van aan dat regime onderworpen vennootschappen zou instructiebevoegdheid vooronderstellen.¹⁵ Kritiek daarop is dat de in de vrijstellingsregeling min of meer vooronderstelde centrale leiding ook zonder instructiebevoegdheid kan worden uitgeoefend.¹⁶

Beperkte bestuursautonomie

Ook kan men aan instructiebevoegdheid voorwaarden verbinden. Deze voorwaarden kunnen bijvoorbeeld zijn dat de bestuurstaak van het bestuur van de dochtervennootschap niet volledig mag worden uitgehold, of dat voor de instructie een statutaire basis moet zijn.¹⁷

6. HR 21 januari 1955, NJ 1959, 431 m.nt. Hijmans van den Bergh (Forumbank).

7. Asser/Maeijer 2-III, nr. 299.

8. In deze zin H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 146 e.v.

9. In deze zin L. Timmerman, *Twee opvattingen over concernrecht*, TVVS 1994, p. 179 e.v.

10. In deze zin H.L.J. Roelvink, *Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen*, in: L. Timmerman e.a., *Piercing Van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 1990, p. 54.

11. In deze zin Roelvink 1990, p. 47 e.v.

12. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (OGEM), r.o. 9.3.

13. HR 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO) en HR 21 juni 1979, NJ 1980, 73 (Verenigde Hollandse Lucifersfabrieken).

14. In deze zin Bartman & Dorresteyn 2003, p. 39.

15. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986, p. 92.

16. Evenzo L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, Deventer: Kluwer 1998, p. 73.

17. Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 231 en 232; in gelijke zin J.M.M. Maeijer, *Vennootschapsrecht in beweging*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1976, p. 102 e.v. en p. 238.

De president van de rechtbank te Arnhem oordeelde dat als maatstaf voor een gerechtvaardigde weigering van een dochtervennootschap om een door de moeder gegeven instructie op te volgen had te gelden of het voortbestaan van de dochter hierdoor te zeer werkelijk in gevaar zou komen.¹⁸ Dit is een wel erg lage ondergrens. Een juister criterium zou de maatstaf van strijd met het vennootschappelijk belang zijn.¹⁹

Ik ben van mening dat bestuursautonomie binnen het concern beperkt is. Wel wordt het gewicht van het concernbelang door het dochterbestuur zelfstandig gewogen tegen het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap en andere daarbij betrokken (deel)belangen. Het dochterbestuur ziet erop toe dat het niet in strijd met het vennootschappelijk belang handelt. Het belang van het concern speelt een rol, maar het kan niet a priori doorslaggevend zijn in die zin dat het altijd prevaleert boven de andere bij de onderscheiden vennootschappen betrokken belangen.²⁰ Het dochterbestuur heeft volledige verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van het beleid en is mogelijk dientengevolge aansprakelijk. Het moet zich niet kunnen verschuilen achter de concernleiding. Dit impliceert dat er de mogelijkheid moet zijn een eigen autonome afweging te maken. Maar die autonome afweging is wel beperkt tot het voorkomen van schending van het vennootschappelijk belang. Haar toets van een instructie van het moederbestuur is vooral nog een rechtmatigheidstoets en in mindere mate een doelmatigheidstoets.

Recente ontwikkelingen

Artikel 2:239 lid 4 BW

De wet biedt sinds 2001 in artikel 2:239 lid 4 BW een basis voor instructiemogelijkheden binnen de vennootschap. Tot dan toe was een vrijwel gelijklopende bepaling opgenomen in de Departementale Richtlijnen.²¹ De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen van een *ander orgaan* van de vennootschap. Het moet wel de *algemene* lijnen van het te voeren beleid op nader *in de statuten* aangegeven terreinen betreffen.²²

Instructiebevoegdheid kan op basis van deze regeling enkel een vennootschappelijk orgaan in de zin van artikel 2:189a BW toekomen, en statuten kunnen deze bevoegdheid niet rechtstreeks aan het bestuur van de holding toekennen.

Daarnaast moet het gaan om instructies betreffende algemene lijnen. Inderdaad is het zo dat concrete instructies

mogelijk een grotere inbreuk vormen op de bestuursautonomie dan algemene instructies. Maar het onderscheid tussen concreet en algemeen lijkt duidelijker dan het in feite is. Het is zeer wel mogelijk een concrete instructie in algemene bewoordingen te verpakken.²³ Desgewenst kan met een op zich algemene instructie een concreet resultaat worden bereikt.

Een ander bezwaar tegen dit onderscheid tussen algemeen en concreet bestaat in het feit dat een concrete instructie naar de letter van de wet nooit meer mogelijk is. Er kan dan simpelweg op dit wetsartikel worden gewezen, ook in gevallen waarin de instructie volstrekt redelijk is. De rechter heeft desgevraagd ook na de invoering van artikel 2:239 lid 4 BW geoordeeld dat een redelijke, concrete instructie houdbaar is. De voorzieningenrechter maakte geen onderscheid tussen algemene en concrete instructies, maar beoordeelde de instructie inhoudelijk.²⁴

Ten slotte vereist het artikel dat in de statuten de terreinen zijn vastgelegd waarop aanwijzingen gegeven kunnen worden. Het is duidelijk dat het wetsartikel niet beoogt te voorzien in de mogelijkheid een blanco instructierecht aan de AvA toe te kennen.

Vereenvoudiging BV-recht

Het huidige systeem van toezicht op rechtspersonen zal worden herzien. Het wetsontwerp vereenvoudiging en flexibilisering van BV-recht zal mogelijk leiden tot een aanzienlijk aantal wijzigingen in Boek 2 BW. Het wetsvoorstel moet zorgen voor een grotere vrijheid bij de inrichting van kleinere ondernemingen, joint ventures en concerns. Op 6 mei 2004 is het eindrapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken (de Expertgroep) onder de titel 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' aan de Minister van Justitie aangeboden.²⁵ In navolging van genoemd rapport stelt de minister de volgende tekst tot wijziging van artikel 2:239 lid 4 BW voor:²⁶

'Lid 4 komt te luiden:

4. De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.'

18. Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1987, 685 en 686.

19. F.J.P. van den Ingh, De bevelsstructuur in de vennootschap, in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 17.

20. HR 26 oktober 2001, JOR 2002, 2 (Juno) m.nt. Bartman; Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 1997, JOR 1997, 143, NJ 1998, 612 (OR/Nedlin); zie ook P.J. van der Korst, *Bestuursautonomie*, Jurisprudentie Onderneming & Recht plus 2002, p. 25.

21. Departementale Richtlijnen 1986, par. 9.

22. Zie hierover Van der Korst 2002, p. 23.

23. F.J.W. Löwensteyn, *Het uur der waarheid*, in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), *Tot Vermaak Van Slagter*. Deventer: Kluwer 1988, p. 143.

24. V.zr. Rb. Den Haag 7 augustus 2002, JOR 2002, 173 m.nt. Van den Ingh (Babcock); zie voor eerdere uitspraken HR 21 december 2001, JOR 2002, 38 m.nt. Bartman (SOBI/Hurks) en Pres. Rb. Arnhem 10 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

25. Het rapport 'Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht' is te vinden op www.minjus.nl.

26. De eerste tranche van het voorontwerp, bestaande uit een conceptwetsvoorstel en memorie van toelichting, was sinds 11 februari 2005 beschikbaar voor consultatie.

Dit houdt in dat er twee belangrijke wijzigingen zijn ten opzichte van de huidige tekst. In de eerste plaats is niet langer sprake van een onderscheid tussen concrete en algemene instructies. Daarnaast is niet langer vereist dat de statuten de terreinen aangeven waarop instructies gegeven kunnen worden. Beide wijzigingen zijn welkom.

Het onderscheid tussen algemeen en concreet is een onderscheid dat niet veel praktische waarde heeft, omdat ook met een algemene instructie een concreet resultaat kan worden bereikt. Daarbij blijkt dat in de recente rechtspraak over artikel 2:239 lid 4 BW het accent meer lag op een inhoudelijke beoordeling van de instructies en minder op het onderscheid tussen algemene en concrete instructies. Voordeel van die inhoudelijke benadering is dat de onduidelijkheid omtrent de toelaatbaarheid van concrete instructies wordt weggenomen.

Het niet langer voorschrijven dat de instructies nader in de statuten aangegeven terreinen dienen te betreffen, wordt in de memorie van toelichting niet nader toegelicht. Het schrappen van dit weinig verhelderende voorschrift is terecht. Anders zou men net als bij de statutaire doelomschrijving kunnen kiezen voor een erg brede en vage omschrijving om zich als concernleiding niet meer dan noodzakelijk te beperken. Men zou zelfs letterlijk kunnen aanknopen bij de statutaire doelomschrijving van de dochtervennootschap als het terrein waarop instructies mogelijk zijn.

Overwegingen

Wel kan nog een aantal kanttekeningen bij de voorgestelde wijziging worden geplaatst. Waarom wordt bijvoorbeeld gesproken van ‘aanwijzingen van *een ander orgaan* van de vennootschap’? Zou het wellicht wenselijk zijn de mogelijkheid te creëren deze bevoegdheid bijvoorbeeld ook direct aan een consoliderend groepshoofd toe te kennen?²⁷

Daarnaast laat de gekozen terminologie ‘het belang van de vennootschap’ een ruim eigen afwegingskader voor het bestuur van de vennootschap. Een gemiste kans. Men moet niet vergeten dat er geen (deel)belangen in de zin van absolute grootheden bestaan, het gaat altijd om interpretaties en percepties van belangen.²⁸ Een instructie kan weliswaar niet strijdig zijn met het belang van de vennootschap, maar het dochterbestuur kan van mening zijn dat zo toch niet het optimale resultaat wordt bereikt.

Men zou kunnen stellen dat de ondergrens hiermee te laag is gesteld. Als het belang van de vennootschap op verschillende manieren gediend kan worden, zou men kunnen verdedigen dat het bestuur een zekere vrijheid moet hebben om instructies al dan niet op te volgen.²⁹ Ik zou dit afwijzen, omdat sprake is van interpretatieve vrijheid. De praktijk heeft reeds uitgewezen dat de norm ‘in het belang van de vennootschap’ tot onwenselijke rechtsonzekerheid leidde

met betrekking tot de daadwerkelijke zeggenschap van het concernbestuur. Voor de norm ‘in strijd met het belang van de vennootschap’ heeft dan hetzelfde te gelden.

De Expertgroep vermeldt in haar rapport dat de instructiemacht en -bevoegdheid hun grens vinden waar het opvolgen van de instructie onbehoorlijke taakvervulling oplevert.³⁰ Naar mijn idee verdient het aanbeveling nu in verdergaande mate een einde te maken aan de rechtsonzekerheid die met betrekking tot instructiebevoegdheid heeft bestaan. In het artikel kan worden opgenomen dat het moet gaan om een *zwaarwegend* belang.

Natuurlijk kan ook de term ‘zwaarwegend’ weer aanleiding geven tot interpretatieve onduidelijkheid, maar de norm is al aanzienlijk minder open.³¹ Hiermee wordt de discretionaire bevoegdheid van het bestuur, en daarmee de bestuursautonomie ingeperkt. Aan deze beperking van de bestuursautonomie in concernverband lijkt in de praktijk behoefte te bestaan.

Slot

Alles overziend kan men concluderen dat het fundamentele beginsel van bestuursautonomie ook in concernverband geldt, maar het is niet onbeperkt. Bestuursautonomie is geen waarde op zich. Zij heeft de functie het bestuur in staat te stellen het vennootschappelijk belang te bewaken.

Omwille van de rechtszekerheid en het naar behoren kunnen functioneren van het concern dient men de ondergrens duidelijk te stellen. Wanneer het uitvoeren van een instructie in strijd zou komen met artikel 2:9 BW, moet het dochterbestuur een gegeven instructie weigeren uit te voeren. Maar als dit niet het geval is, zal het de gegeven instructie niet zomaar naast zich neer kunnen leggen. Er wordt door opname in een concern aan beleidsvrijheid ingeleverd.

Het lijkt schijnrechtszekerheid nu in de wet op te nemen dat het bestuur gehouden is instructies op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap. Het bestuur van de dochtervennootschap zelf bepaalt namelijk wat dit vennootschappelijk belang in een concrete situatie inhoudt. De toets of er een *zwaarwegend* vennootschapsbelang is dat zich verzet tegen uitvoer van een instructie, is een duidelijkere. De ondergrens moet worden gevonden in de verantwoordelijkheid die een bestuur zelf draagt voor de uitvoer van het beleid.

*Mr. M. Löwenberg
Allen & Overy*

27. In deze zin de reactie van Allen & Overy T-20, op www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Consultatie.asp.

28. Evenzo Bartman & Dorresteyn 2003, p. 20.

29. In deze zin de reactie van AKD Prinsen Van Wijmen p. 10 op www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Consultatie.asp.

30. Zie het rapport ‘Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht’, p. 35.

31. Vgl. de reactie van Houthoff Buruma p. 3 op www.justitie.nl/themas/wetgeving/dossiers/BVrecht/Consultatie.asp.