

**Het concern van 2020**



# Het concern van 2020

Met een inleiding van

Prof. mr. J.B. Huizink

*en bijdragen van:*

Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers

Mr. M. Holtzer

Mr. J.J.H. Joosten en mr. C.C. Lamsvelt

Dr. J. van Strien en V.L. Meijerman MSc

Mr. P. Glazener

Prof. mr. A.F. Verdam

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, [www.H2Rplus.nl](http://www.H2Rplus.nl)

ISBN 978 90 13 12903 8  
NUR 827-715

© 2015 Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden veeelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst.

De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl).

# Inhoudsopgave

<b>Inleiding</b>	9
<i>prof. mr. J.B. Huizink</i>	
<b>Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-BV: een novum in concernverhoudingen?</b>	11
<i>Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers</i>	
1. Een onverwacht novum in het Nederlandse concernrecht: verzelfstandiging dochter-BV?	11
2. Kernelementen van het Nederlandse concernrecht	14
3. Bestuursautonomie in een beurs-NV	18
4. De positie van het bestuur van een BV (en persoonsgebonden NV)	21
5. Ter afsluiting	28
<b>Werkgeverschap in concernverband</b>	29
<i>Mr. M. Holtzer</i>	
1. De Nederlandse ondernemer in het concern	29
2. De Europese ondernemingsraad	34
3. Afsluiting	37
<b>Piercing the Corporate Veil in the United States: New York Taxicabs and Other Scary Adventures</b>	38
<i>Mr. J.J.H. Joosten and mr. C.C. Lamsvelt</i>	
1. Introduction	38
2. The United States Legal System	39
3. Corporate Limited Liability	40
[A] Separate Identity of Parent and Subsidiary: the Corporate Veil	41
[B] Collective Operation of a Single Integrated Enterprise Doctrines	44
[C] Agency and Quasi-Agency	44
[D] Legislation	44

4.	Foreign Parent Companies with U.S. Subsidiaries: Personal Jurisdiction	45
	[A] General Jurisdiction	45
	[B] Specific Jurisdiction	46
5.	Practical Precautions	47
	<b>Concernverbanden in de vennootschapsbelasting</b>	<b>49</b>
	<i>Dr. J. van Strien, dhr. V.L. Meijerman MSc</i>	
1.	Inleiding	49
2.	Verbondenheid in de commerciële jaarrekening	50
	2.1. Rechtspersonen en art 2:24b BW	50
	2.2. Invulling van het begrip 'groep'	51
3.	Rechtsgronden vennootschapsbelasting	52
	3.1. Mogelijke rechtvaardigingen vennootschapsbelasting	52
	3.2. Samenvattend	54
4.	Verbondenheid voor de deelnemingsvrijstelling	54
	4.1. Achtergrond deelnemingsvrijstelling	54
	4.2. Vormgeving art. 13 Wet VPB 1969	55
	4.3. Samenvattend	57
5.	Verbondenheid voor verrekenprijproblematiek	57
	5.1. Achtergrond arm's-length-beginsel	57
	5.2. Vormgeving verbondenheid art. 8b Wet VPB 1969	58
	5.3. Samenvattend	61
6.	Verbondenheid ter voorkoming uitholling Nederlandse belastinggrondslag	61
	6.1. Achtergrond: fraus legis	61
	6.2. Vormgeving art. 10a Wet VPB 1969	62
	6.3. Verbondenheid art. 10a Wet VPB 1969 getoetst	64
	6.4. Samenvattend	67
7.	Verbondenheid voor doorstroomvennootschappen	67
	7.1. Achtergrond: doorstroom-problematiek	67
	7.2. Vormgeving art. 8c Wet VPB 1969	68
8.	Verbondenheid voor fiscale eenheid	69
	8.1. Achtergrond: concerngedachte	69
	8.2. Vormgeving art. 15 Wet VPB 1969	70
9.	Vergelijking verschillende vormen van verbondenheid	72
10.	Samenvatting	73

<i>Inhoudsopgave</i>	<u>7</u>
<b>Concernaansprakelijkheid in het mededingingsrecht</b>	75
<i>Mr. P. Glazener</i>	
Inleiding	75
Concernaansprakelijkheid in de praktijk	75
De toerekening van mededingingsinbreuken	76
Een andere benadering	80
Conclusie	81
<b>Het Concern in 2020; enige afsluitende beschouwingen</b>	82
<i>Prof. mr. A.F. Verdam</i>	





## Inleiding

*prof. mr. J.B. Huizink*

In het vermogensrecht worden rechtspersonen gelijk gesteld aan natuurlijke personen. Of, zoals art. 2:5 BW het uitdrukt: een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit. Dat betekent dat het civiele recht bepaald terughoudend is met “het door rechtspersonen heenkijken”. Aandeelhouders zijn in beginsel niet tot meer dan de volstorting van hun aandelen gehouden en zijn niet aansprakelijk voor schulden en andere verplichtingen van de vennootschap. Bestuurders, commissarissen en eventuele andere functionarissen hoeven bij normale taakuitoefening evenmin vrees te hebben voor aansprakelijkheid. Die terughoudendheid in doorbraak van aansprakelijkheid,<sup>1</sup> waarbij de rechtspersoon als zelfstandig subject wordt gezien – hier past eveneens de notie institutionele opvatting – hanteren we eveneens als het gaat om toerekening van handelen, respectievelijk stilzitten en toerekening van wetenschap.

Deze uitgangspunten maken kapitaalvennootschappen wereldwijd tot prachtige vehikels, juridische constructies, om ondernemersrisico's te spreiden. Niet degenen die zich van het construct bedienen, maar het construct zelf *haft* voor de aangegane verplichtingen. Ziedaar de misschien wel belangrijkste functie van de vennootschap in ons vermogensrecht. Tegen die achtergrond is begrijpelijk dat we zuinig zijn op de rechtspersoonlijkheid en het daaraan verbonden voorrecht van exclusieve aansprakelijkheid. Dat geldt ook in concernverhoudingen, inzonderheid de doorbraak van aansprakelijkheid van ondergeschikte groepsmaatschappijen naar de aansturende holdingcompany. Vereenzelviging van moeder en dochter is in dat licht welhaast anathema.

Wel zien we meer en meer dat op de aansturende moedermaatschappij voorzichtig een – wat de Duitsers noemen – *Konzernleitungspflicht* wordt gelegd. Zelfs in termen van op de moedermaatschappij rustende zorgplichten, bijvoorbeeld jegens crediteuren van de door haar aangestuurde *subsidiaries*. Standaard arresten zijn in dit verband ten onzent HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (Hurks) en HR 11 september 2009, NJ 2009/565 (Comsys).

Op andere rechtsgebieden speelt de rechtspersoonlijkheid vaak een minder grote rol en is waarneembaar dat het concern als één onderneming wordt beschouwd. Dat is

---

<sup>1</sup> Terminologie gemunt door P. van Schilfgaarde, Inaugurale rede, RU Groningen, Kluwer, Deventer, 1970.

de reden waarom het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) op donderdag 12 juni 2014 een middagcongres heeft georganiseerd over “Het concern in 2020”.

De sprekers hebben ter gelegenheid daarvan een overzicht gegeven van de wijze waarop in verschillende disciplines met het begrip concern wordt omgegaan. Naast het (internationale) vennootschapsrecht passeerden die middag het aansprakelijkheidsrecht, het arbeidsrecht, het belastingrecht en het mededingingsrecht de revue. Het accent lag in de voordrachten op de te verwachten ontwikkelingen voor de komende jaren en de consequenties van die ontwikkelingen voor de concernleiding.

Als sprekers traden op mr. Marnix Holtzer, advocaat DLA Piper, prof. mr. Jan Eijsbouts, hoogleraar Maastricht University, mr. Paul Glazener, advocaat Allen & Overy, mr. Jan Joosten, advocaat Hughes Hubbard, prof. mr. Theo Raaijmakers, hoogleraar Tilburg University, mr. Jeroen van Strien, fiscalist EY en VU en prof. mr. Albert Verdam, hoogleraar VU.

Het bestuur van het ZIFO is verheugd dat de sprekers bereid zijn gevonden om hun voordracht om te werken tot een bijdrage aan de nu voorliggende congresbundel en spreekt de hoop uit dat dit deel van de ZIFO-reeks zal bijdragen tot verdere gedachtevorming over de positie en rol van het concern in ons recht.

# Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-BV: een novum in concernverhoudingen?<sup>1</sup>

*Prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers<sup>2</sup>*

## **1. Een onverwacht novum in het Nederlandse concernrecht: verzelfstandiging dochter-BV?**

1.1 Dit opstel handelt in hoofdzaak over de betekenis voor concern- en andere persoonsgebonden BV's van het nieuwe art. 2:239 BW, in het bijzonder de uitleg die de Hoge Raad geeft aan het zelfstandige belang van een (persoonsgebonden) BV en de autonomie van haar bestuur. Ter inleiding geef ik een korte schets van de hoofdlijnen en uitgangspunten van het Nederlandse concernrecht, de beperkte betekenis van het Duitse AG-Konzernrecht voor dit onderwerp en tot slot van vroegere en recente initiatieven van de EU op het terrein van het concernrecht. Vervolgens ga ik in op de basisregels van het Nederlandse concernrecht (par. 2). In par. 3 bespreek ik de ontwikkeling naar verdere verzelfstandiging van het vennootschappelijke belang en de positie van het bestuur, ook in een flex-BV-dochter. In par. 4 ga ik in op de problemen die daardoor worden veroorzaakt in concernverhoudingen. Ik sluit af met de suggestie tot herbezinning op het nieuwe art. 2:239 lid 4 en 5 BW.

1.2 Het Nederlandse concernrecht bestaat uit een geheel van uitbreidende, beperkende of mitigerende aanpassingen van regels voor enkelvoudige NV's en BV's wanneer deze als moeder ('M') of als dochter ('D') in concerverband deel uitmaken van een groep, ook als het gaat om tussenholdings en kleindochters of gezamenlijke dochters (joint ventures). Dat geheel van concernrechtelijke aanpassingen berust deels op de wet zelf, deels op een systeemconforme, al dan niet in de rechtspraak ontwikkelde uitleg van enkelvoudige regels voor de NV of BV wanneer die als M of als D met andere ondernemingen zijn of worden verbonden in een groep ('een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden'; art. 2:24b BW). Het dynamische concernrecht regelt de vorming, beëindiging en ontvlechting van M-D-verhoudingen, het statische concernrecht de verhouding tussen M en D tijdens het bestaan van de concernverhouding. Is M een

---

1 Uitgewerkte tekst van mijn voordrachten 'Het concernrecht als onderdeel van het algemene vennootschapsrecht' tijdens het ZIFO-congres van 12 juni 2014 ('Het concern in 2020') en de studiemiddag van 2 oktober 2014 over de Cancun-zaak.

2 Emeritus hoogleraar ondernemingsrecht Tilburg Law School.

Nederlandse beurs-NV, dan is zij onderworpen aan het Nederlandse effectenrecht (Wft) onder toezicht van de AFM en als zij werkzaam is in de financiële sector, ook van DNB en ECB.<sup>3</sup> Ik beperk mij tot de NV en BV en in hoofdzaak tot het statische concernrecht tijdens het bestaan van een M-D-betrekking.

Zoals we hierna zullen zien heeft de Nederlandse wetgever steeds zorgvuldig gewaakt voor de eenheid van de groep en de daarbij passende plicht van de moeder (M) om leiding te geven over haar dochter (D) en die van D om die te eerbiedigen.

1.3 Lange tijd is de discussie over het concernrecht<sup>4</sup> in niet onbelangrijke mate beïnvloed door het in 1965 in het Duitse Aktiengesetz ingevoerde Konzernrecht en de daardoor geïnspireerde ontwerpen voor het SE-statuut en een 9<sup>e</sup> EU richtlijn.<sup>5</sup> Die hadden echter een ander vertrekpunt. De assumptie van *effective control* gold niet voor *afhankelijke AG's*. Het wettelijke AG-statuut is immers gericht op het model en de functie van een *Publikumsgesellschaft* met op afstand staande aandeelhouders-beleggers en bijgevolg een daarbij passende *autonome* Vorstand.<sup>6</sup> Wordt een AG vervolgens dochter ('abhängig'), dan verhindert die bestuursautonomie M om haar dochter-AG 'einheitlich zu leiten'. Het Aktiengesetz biedt M dan de mogelijkheid die bevoegdheid te verwerven door met haar dochter-AG een Beherrschungs- of ander Unternehmensvertrag<sup>7</sup> aan te gaan. De conceptueel 'bedreigde' minderheidsaandeelhouders en crediteuren worden beschermd.<sup>8</sup>

1.4 Die ontbrekende behoefte en de weerstand tegen het dogmatische AG-model verklaren de stille dood van de 9<sup>e</sup> EU Richtlijn en het *concernrecht van het SE-statuut (1972)*. Ook in Duitsland zelf ontbreekt de noodzaak tot terzijdestelling van 'bestuursautonomie' in een D als men daarvoor niet de vorm van een AG maar die van een GmbH kiest. Haar Gesellschafter (aandeelhouders) en ook een M kunnen dan immers krachtens par. 37 jo. 45 van het GmbH Gesetz aan de bestuurders van hun GmbH *Weisungen* geven. Veel landen hebben dat GmbH-model overgenomen. Nederland deed dat niet en dat lijkt nu een frictiepunt in het nieuwe BV-recht te veroorzaken.

3 Is zij in de VS genoteerd dan geldt voor haar het Amerikaanse effectenrecht onder toezicht van de Securities and Exchange Commission, die, zoals recent weer bleek, bij overtreding zeer hoge boetes kan opleggen.

4 Zie o.m. W. Westbrook, Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen, preadvies Ver. Handelsrecht (1969); C.AE. Uniken Venema, Concernrecht, in: Op de grenzen van komend recht, p. 265 e.v.; idem: Een verdere terreinverkenning met betrekking tot concernverhoudingen, NV 48, p. 92 e.v.; T. Drion, De uitwerking van de structuurhervorming voor concerns, SEW 1970, p. 547 e.v.; M.J.G.C. Raaijmakers, Joint Ventures, Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming (1976); idem: Over verschuivingen in het toerekeningspatroon in bij rechtspersonen (preadvies NJV-1977); idem: Over familierechtelijke betrekkingen in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht, in: Raaijmakers/Schoordijk/Wachter (red), Handelsrecht tussen 'Koophandel' en nieuw BW', p. 161 e.v.; H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1982); S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid (1989).

5 Zie daarover: Raaijmakers, Joint Ventures, Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming (diss. 1976), p. 253-267 en voor het Ontwerp SE-Statuut (1972) dat overeenkomstige regelingen bevatte: p. 249-253.

6 Par. 76 AktG: "Der Vorstand hat unter eigener Verantwortlichkeit die Gesellschaft zu leiten." Daarbij past de *business judgement rule* van Par 93 (1) AktG: 'Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen dürfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.'

7 Par. 291-328 AktG.

8 Zie i.h.b. Par. 303, 304, 308, 310, 317 en 318 AktG.

1.5 Het thema van dit opstel is niet slechts van belang voor de uitleg van ons eigen recht, maar ook voor de gedachtewisseling op Europees niveau nu de Europese Commissie zich opnieuw beraadt op het concernrecht en op een nieuw voorstel voor een SUP (eenmans-vennootschap) dat in de plaats komt van het ingetrokken voorstel voor een Europese BV (EPV). Behalve over transparantie van concernstructuren gaat het daarbij ook over een wettelijk concept voor het belang van de groep,<sup>9</sup> waarnaar M en D zich beide zouden dienen te richten, M vanuit haar concernleidingsplicht, D door gerichtheid op het belang van de groep als geheel. Doel is om onzekerheid weg te nemen over de neiging om slechts ‘enkelvoudig’ te denken over M-D-verhoudingen in plaats van M en D in-relatie-tot-elkaar te denken. *Top down* prevaleert de concernleidingsplicht van M, *bottom up* de plicht van het D-bestuur niet met een beroep op haar juridische (‘institutionele’) zelfstandigheid eigenmachtig op te treden maar strategie en beleid van de groep te eerbiedigen. Wat D betreft zou de gekozen rechtsvorm niet reeds op zich zelf die instrumentele functie in gevaar moeten brengen wat zou dwingen tot de keuze voor een filiaal.<sup>10</sup>

Geen probleem is er als die groepsgerichtheid reeds voortvloeit uit de ‘instrumentaliteit’ van de voor een dochter gekozen rechtsvorm zelf. In dat licht is van belang op te merken dat het nieuwe voorstel voor een Europese (eenmans-) BV (SUP: Societas Unius Personae) in art. 23 uitdrukkelijk bepaalt dat de enige vennoot bevoegd is aanwijzingen te geven aan het bestuur, die echter niet bindend zijn in zoverre zij strijden met de statuten of het toepasselijke nationale recht. Het ingetrokken EPC-voorstel sloot aan bij de internationale ontwikkeling naar flexibilisering en instrumentalisering van ‘besloten’ vennootschappen. Het SUP-voorstel beweegt zich meer in de richting van het eenvoudige LLC-statuut dat m.n. geschikt is voor oprichting van D’s in andere lidstaten.<sup>11</sup> De eenvoud en instrumentaliteit van de SUP maakt dat een M zich bij de keuze voor een SUP als alternatief voor een filiaal (nevenvestiging) niet behoeft af te vragen of zij over haar SUP-D en de daarin geïncorporeerde activiteiten adequate leiding zal kunnen uitoefenen.

Dat brengt ons terug bij de kernvraag of, en hoe onze nieuwe flex-BV zelf die instrumentaliteit biedt voor binnen- of buitenlandse M’s die voor hun activiteiten in Nederland een D-BV willen oprichten en in stand willen houden. Het spiegelbeeld blijft de verder aangescherpte verantwoordelijkheden en verplichtingen voor met name *beurs-NV*’s in het nieuwe ‘Europese’ onder overheidstoezicht van de AFM gestelde effectenrecht (Wft en BOB), corporate governance codes (NCGC) en ook het zich verbredende, maar internationaal nog steeds unieke enquêterecht.<sup>12</sup> Om

9 COM(2012) 740/2; Action Plan: European Company Law and corporate governance; zie ook Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 5 April 2011 (Chapter 4: Groups of companies); zie voor een recent overzicht van de stand van zaken: G.-J. Vossestein, Europees vennootschapsrecht en de besloten vennootschap, WPNR (2014), p. 771-782.

10 Wat bij ‘inbound’ of ‘outbound’ concernorganisaties, ook binnen de EU, veelal geen optie is.

11 Zie Theo Raaijmakers, *The Societas Privata Europea: a basic reform of EU law on business organizations*, in: Michel Tison e.a., *Perspectives in Company Law and Financial Regulation (liber amicorum Eddy Wymeersch*, 2009), p. 18-42.

12 Raaijmakers/van der Sangen, *Enquêterecht en beursvennootschappen: een anomalie?* TVOB 2014, p. 84-92.

die vragen in hun context te kunnen plaatsen memoreer ik eerst summier de kernelementen van ons concernrecht.<sup>13</sup>

## 2. Kernelementen van het Nederlandse concernrecht

2.1 *Keuzevrijheid concernstructuur.* (Het bestuur van) een M (maar ook een eenmansondernemer of de overheid) is vrij om haar groepsactiviteiten zo in te richten als naar haar oordeel het best past bij haar algehele organisatie. Zij kan haar activiteiten organiseren in product divisies, business units, geografisch geörienteerde (lands)-landsorganisaties en die onderbrengen in filialen maar ook incorporeren in daartoe bestemde binnen- of buitenlandse D's en die ook weer beëindigen.<sup>14</sup> Neemt M een bedrijf X over, dan wordt X haar D en gaan ook de D's van X behoren tot de groep van M. M is, om zich te kwijten van haar eigen concernleidingsplicht niet gedwongen haar bedrijfsonderdelen als filiaal in te richten. Voor activiteiten in het buitenland is de keuze voor een filiaal, zelfs ook binnen de EU en anders dan in de VS, praktisch onmogelijk door grensoverschrijdende complicaties op fiscaal, juridisch en sociaal-economisch terrein. Heeft M binnen- en buitenlandse D's, dan is zij ook niet verplicht haar juridische en feitelijke organisatie, aansturing en de interne controle over haar activiteiten voor ieder bedrijfsonderdeel en voor al haar D's steeds op dezelfde wijze vorm te geven en dus ook niet om eerder gekozen structuren te herschikken als nieuwe geografische of productmarkten, innovaties, overnames of afstotingen nopen tot herinrichting van de divisie-, business unit- of geografische marktorganisatie van de groep. De juridische en organisatorische groepsstructuur sluiten dan ook vaak niet en evenmin voortdurend naadloos op elkaar aan. Een binnen- of buitenlandse D kan tegelijk actief zijn in productie, regionale verkoop, marketing, R&D en stafondersteuning en dan in een matrix van product-, markten en stafverantwoordelijkheden langs verschillende regionale of product-assen worden aangestuurd en gecontroleerd.<sup>15</sup> Uit kosten-, fiscale, juridische, markttechnische of organisatorische overwegingen kan M haar concernorganisatie ook weer vereenvoudigen en/of afslanken door samenvoeging, fusie, omzetting of splitsing van dochters, divisies of business units, inbreng in een joint venture of door *outsourcing* en afstotingen. Dan gaat het om het dynamische groepsrecht.<sup>16</sup>

13 Vgl Bartman/Dorresteyn, Van het Concern (2013); M. Raaijmakers, Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep, in J.W. Winter e.a., Beschouwingen over concernfinanciering (1993).

14 Zie mijn 'Over de samenhang tussen normen en definities in het Nederlandse groepsrecht, NV 1990, p. 3-9. Concerns zijn volledig aanvaard en komen in allerlei vormen veel voor: DGA-concern, kleine en middelgrote eenmans- en familieconcerns, overheidsondernemingen en grote internationaal werkzame ondernemingen onder leiding van een Nederlandse of buitenlandse (beurs)-NV.

15 In dit opzicht verschilt een grote internationaal werkzame onderneming conceptueel niet van een mini-concern (persoonlijke holding van de DGA, werkmaatschappij(en), onroerend goed- en pensioen-BV).

16 In juridische zin wordt concernvorming en -reorganisatie gefaciliteerd door de na 1970/1971 ingevoerde wettelijke regelingen voor 'vennootschappelijke reorganisaties' van (vooralsnog slechts) Boek 2-rechtspersonen: omzetting, fusie en splitsing. Zij vereenvoudigen die reorganisaties, maar beschermen daarbij direct betrokken aandeelhouders, schuldeisers, contractpartners en werknemers. Andere reorganisaties zoals bedrijfsfusie, overname en doorstart zijn

Die vrijheid van M tot inrichting van haar groep berust op de assumptie dat het voor het beheer van, de controle over en integratie in haar groep van haar activiteiten en strategie niet wezenlijk uitmaakt of bedrijfsonderdelen door M als filiaal dan wel in een D (deelneming) worden aangestuurd.<sup>17</sup> Zonder *full and effective control* kan M immers niet voldoen aan haar eigen verplichting tot die integratie en de voortdurende verantwoording over haar groep als geheel aan haar eigen aandeelhouders en, ingeval van een beurs-NV, te voldoen aan haar periodieke en tussentijdse disclosureplichten.<sup>18</sup> Wat zij in feite controleert *moet* en wat zij niet controleert *mag* niet worden geconsolideerd. Daarom moet zij haar juridische, financiële en operationele concernstructuur dan ook zo inrichten dat zij over haar binnen- of buitenlandse D's en bedrijfsonderdelen daadwerkelijk controle kan uitoefenen. Wordt dat, bijvoorbeeld door protectionistische maatregelen van landen waarin zij werkzaam is, (ernstig) belemmerd dan noopt haar dat tot herstel van zeggenschap door middel van aanpassingen van die structuur, zonodig door omzetting tot een filiaal (bijv door juridische fusie). Die plicht wordt, vooral maar niet alleen voor beurs-NV's, onderstreept door '*in control statements*', *business controls*, *risk management*, *compliance* procedures en intern en extern toezicht. De structuurregeling toont aan dat en hoe de wetgever zorgvuldig de groepseenheid bewaakt<sup>19</sup> door gerichte vrijstellingen, mitigaties en beperkingen die voorkomen dat onverkorte toepassing van het structuurmodel op D's aan M haar centrale zeggenschap ontnemt en M dan dwingt haar D's tot één entiteit te fuseren,<sup>20</sup> wat voor buitenlandse M's veelal prohibitief zou zijn geweest en voor internationale holdings hun vrijstelling zou hebben ondergraven.<sup>21</sup>

Die geassumeerde instrumentaliteit leek te zijn versterkt door de flexibilisering van het BV-recht die de BV bevrijdde van haar status als kloon van de NV en haar eindelijk een eigen persoonsgebonden profiel gaf. Twijfel rijst echter door het nieuwe art. 2:239 BW (vooral leden 5 en 4) dat niet in het kader van de flex-BV maar los daarvan en naar het voorbeeld van de NV met de Wet bestuur en Toezicht werd ingevoerd. Opnieuw werd daarbij geen onderscheid gemaakt tussen (beurs)-NV en persoonsgebonden BV. De bepaling is (opnieuw) een kopie van het NV-recht. Verliest men het eigen BV-profiel uit het oog en legt men die bepaling 'institutioneel' uit dan leidt dat tot 'verzelfstandiging' en 'autonomie' van het BV-

---

niet als zodanig wettelijk geregeld. Voor overname van beurs-NV's gelden de effectenrechtelijke regels voor openbare biedingen van de Wft en het Besluit Openbare Biedingen, zulks onder toezicht van de AFM. Aanvullende regels gelden voor '*post bid consolidations*' (zie artt. BOB en artt. 2:359a-359d BW. De competentieverdeling tussen AFM en OK is vaag. Zie Raaijmakers/Van der Schee, Regulering en handhaving van overnamebiedingen in perspectief, in: Handboek Openbaar Bod, p. 1125-1174.

17 Vgl HR 13 december 1991 (UVO/Lopik), NJ 1992, 279 en AA 1993, 54 m.nt. Raaijmakers

18 M is jegens haar eigen aandeelhouders en direct belanghebbenden verplicht de eenheid, strategie en beleid voor haar gehele groep van binnen- en buitenlandse dochters en deelnemingen te bewaren. Dat komt tot uitdrukking in de wettelijke uitbreiding van de enkelvoudige jaarrekenplicht van M (als NV of BV) tot haar groep als geheel: zij moet op geconsolideerde grondslag het vereiste inzicht te bieden in haar groep als geheel.

19 Andere voorbeelden vindt men in het belasting-, mededingings- en arbeidsrecht en de werking van internationale MVO-codes die in de andere voordrachten aan de orde zullen komen.

20 Zo hebben na invoering van het Mitbestimmungsgesetz (1974) veel buitenlandse en binnenlandse M's hun Duitse (klein)-dochter (zoveel als mogelijk) samengevoegd in een *Einheitsgesellschaft*.

21 Om die vrijstelling te kunnen genieten zijn veel internationale concernmoeders ertoe overgegaan om hun Nederlandse activiteiten in te brengen in een Nederlandse sub-holding waarop de structuurregeling dan (gemitigeerd) van toepassing is, zodat Nederlandse dochters van die subholding geheel vrijgesteld zijn.

bestuur die niet passen bij haar persoonsgebonden profiel. In concernverband bedreigt zodanige uitleg de controle van M over haar D-BV. Die twijfel wordt niet weggenomen door de ogenschijnlijk faciliterende optie van een statutaire aanwijzingsbevoegdheid (lid 4) omdat het ontbreken daarvan de suggestie versterkt dat het D-bestuur ‘autonoom’ is. Dat bedreigt de tot dusver door de wetgever zo zorgvuldig bewaakte ‘effective control’ die een M kan en moet kunnen uitoefenen tot behoud van de eenheid van de groep waaraan zij leiding geeft. Dat raakt het miniconcern van een DGA, zo goed als de organisatie van de Nederlandse activiteiten van een grote internationaal verspreide groep onder leiding van een Nederlandse beurs-NV of een buitenlandse M.

2.2. *De concernleidingsplicht van M.*<sup>22</sup> Tegenover M’s vrijheid om haar binnen- en buitenlandse bedrijfsonderdelen en activiteiten naar eigen goeddunken in te richten staat haar verantwoordelijkheid<sup>23</sup> voor een effectief beheer en aansturing van haar bedrijfsonderdelen, deelnemingen en D’s. Dat noopt haar, zoals hiervoor al opgemerkt, om haar juridische en organisatorische structuur zo in te richten dat zij ook daadwerkelijk in staat is om algemene concernleiding te geven aan haar groep en de samenstellende delen daarvan.<sup>24</sup>

Die plicht tot concernleiding werd geëxpliciteerd in het OGEM-arrest.<sup>25</sup> Het verzuim leiding te geven aan haar dochter Omega Project BV werd als wanbeleid van OGEM aangemerkt. Haar verweer dat zij geen instructies kon geven en D niet aan haar toezicht was onderworpen, werd gepasseerd op grond dat een D zich moeilijk kan onttrekken aan richtlijnen en aanwijzingen van M nu die het in haar macht heeft onwillige bestuurders te schorsen of te ontslaan en te vervangen door een directie die zich daaraan wel zou houden. (Het bestuur van) M kan zich derhalve niet disculperen met een beroep op de juridische zelfstandigheid van haar binnen- of buitenlandse D.

Daarmee is onlosmakelijk verbonden M’s plicht in haar jaarstukken op geconsolideerde grondslag, d.w.z. over de groep *als één geheel* een getrouw beeld te geven (art. 2:391 jo 405/406 BW).<sup>26</sup> De gegevens van haar groep als geheel en dus ook de door haar gecontroleerde onderdelen worden door M daarin als een geheel worden verantwoord. Entiteiten die zij controleert *moeten* daarin worden verwerkt, die welke niet door haar worden gecontroleerd *mogen niet* worden geconsolideerd. Men herinnert zich in dit verband o.m. de Ahold-casus. Is M een beurs-NV, dan is zij ingevolge het ‘Europese’ effectenrechtelijke disclosurestelsel van de Wft verplicht onverwijld na de totstandkoming ervan de geconsolideerde jaarstukken tezamen met de verklaring van de externe accountant en een verklaring omtrent de verantwoordelijkheid van bestuurders en toezichhouders openbaar te maken. In het bestuursverslag wordt o.m. gerapporteerd over –kort gezegd– *risk management*. De NCGC (nr. II.1.5) verlangt conform de ‘comply or explain’-regel (art. 2:391 lid 5 BW)

22 Vgl Bartman/Dorresteyn, a.w., par.IV.3; mijn opstel genoemd in noot 42.

23 Dat geldt ook voor overheid, coöperaties, verenigingen en stichtingen.

24 Zie mijn noot bij HR 15 december 1991, NJ 1992, 279 (UVO/Lopik), AA 1993, 54.

25 HR 10 januari 1990 (OGEM), NJ 1990, 465/466 m.nt. Maeijer; AA 1990, 858 m.nt. Raaijmakers.

26 Zie P.A. van der Schee, Regulation of issuers and investor protection in the US and EU, A transatlantic comparison of the basics for securities and corporate law (2011).



opneming van een ‘*in control statement*’. Beurs-NV’s waarvan effecten in de VS worden verhandeld zijn daartoe verplicht (de ‘certification’ van S. 302 Sarbanes Oxley Act).

Om aan die leidingplicht en de daarmee samenhangende rapportage- en disclosureverplichtingen<sup>27</sup> te kunnen voldoen dienen haar D’s en deelnemingen daartoe voortdurend alle dienende informatie omtrent het verloop van haar activiteiten en de ontwikkeling van activa en passiva. Zij volgen daartoe de daartoe vastgestelde richtlijnen en concrete aanwijzingen van M. Die informatie is voor M uiteraard primair van (onmisbaar) belang om haar in staat te stellen tot aansturing van en controle op de uitvoering van de door haar vastgestelde strategie en te voeren beleid en dan ook om, zonodig, in te grijpen en koerscorrecties door te voeren. M kan zich niet disculperen en verschuilen achter enige zelfstandigheid of onwil van haar D.<sup>28</sup> Een beroep daarop zou neerkomen op zelfbeschuldiging en roept onmiddellijk de –ook de door de externe accountant te beoordelen- vraag op of M bij gebreke van ‘effective control’ haar investeringen en activiteiten in die ‘D’ dan nog wel *mag* consolideren. Als opgemerkt kan dat tevens ‘wanbeleid van M’ opleveren.

**2.3 Structuurregeling.** Zoals hiervoor al aangestipt heeft de wetgever ook in de structuurregeling de zeggenschap en controle van M over haar D’s zorgvuldig beschermd tegen doorbreking daarvan die het gevolg zou zijn van onverkorte toepassing van het basismodel op *elke* ‘grote’ NV/BV en dan dus ook op (gezamenlijke) D’s. Bij gebreke van rechtsmacht kon de structuurregeling zonder meer niet worden opgelegd aan buitenlandse M’s. Ook internationale holdings met hun zwaartepunt buiten Nederland zijn vrijgesteld. Toepassing op ‘grote’ Nederlandse (gezamenlijke) dochter-BV/NV’s zou een binnen- of buitenlandse M als AvA de ‘hoogste macht’ in die D’s ontnemen door ontneming van de kernbevoegdheden (benoeming/ontslag bestuurders, goedkeuring bestuursbesluiten en vaststelling jaarrekening) en die te verschuiven naar een verplichte RvC op de samenstelling waarvan de AvA (M) geen doorslaggevende zeggenschap heeft. De toen nog zichzelf (met aanbevelings- en bezwaarrechten van AvA en COR) coöpterende RvC werd in die zin ‘autonoom’. Hij moet zich richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:140 BW) waarmee *niet* tot uitdrukking werd gebracht dat de NV/BV rechthebbende op een onderneming was en ‘ondernemer’ was, maar dat de RvC ook andere belangen dan die van aandeelhouders, m.n. die van werknemers moest kunnen betrekken in zijn oordeels- en besluitvorming.

Die bedreiging van de concerneenheid door ontneming van ‘full control’ voorkwam de wetgever door ‘grote’ Nederlandse dochter-BV/NV’s en joint ventures (a) geheel vrij te stellen als het model in Nederland op een hoger niveau (subholding) wordt toegepast en (b) door gemitigeerde toepassing op D’s (en joint

---

27 Voor beurs-NV’s: ook tussentijdse disclosure van koersgevoelige informatie. Die informatieplicht van D aan M gaat vanzelfsprekend veel verder dan de wettelijke jaarrekening die ook een D-BV moet opmaken en door M (als aandeelhouder) moet worden vastgesteld.

28 Vgl het conflict tussen OGEM en haar dochter Omega Project BV (noot 25).

ventures) van een internationale of buitenlandse M. In 2004 is de AvA-macht in 'grote' NV/BV's deels hersteld en de werkingsomvang voor DGA's beperkt.

De wetgever herstelde toen een deel van de AvA-invloed door deze bevoegd te maken tot het *collectief* ontslag van een structuur-RvC (art. 2:271a BW) en door ook 'grote' eenmans- of samenwerkings-BV/NV's te onderwerpen aan het gemitigeerde model (art. 2:155a/265a BW). Ik wijs er op dat art. 2:271a BW nog niet was ingevoerd ten tijde van de opmerkelijke OK-beschikking in de Corus-zaak (RvC weigerde goedkeuring van bestuursvoorstel dat in overleg met M tot stand was gekomen), zodat M de D-RvC nog niet collectief kon ontslaan.

Die zorgvuldige bewaking van het groepsbelang op M- zowel als D-niveau, vinden wij niet echt terug in de in par. 1.4 genoemde en uit de jaren '60 en '70 van de vorige eeuw stammende 'institutionele opvatting'. Die onderscheidt niet tussen NV en BV, noch ook tussen zelfstandige en (gezamenlijke) dochter-BV/NV's en samenwerkings-BV's. Zij is een meer sociologische dan juridische extrapolatie van het abstracte model van een 'grote' geheel Nederlandse enkelvoudige structuur-NV met meer dan 100 werknemers, een OR, een onttroonde AvA en een onafhankelijke RvC. Die institutionele opvatting van de NV/BV paste in het tijdsbeeld van de wetgevingsoperatie van 1970/1971<sup>29</sup> en sloot de roerige '60-er jaren af. Zij stond in het teken van een 'vermaatschappelijking van de onderneming',<sup>30</sup> groeiende druk van vakbonden tot uitbreiding van werknemersmedezeggenschap en zelfs tot een herintroductie van de factor 'algemeen belang'. Die trend werd versterkt door de Nieuw BW-operatie. De NV werd losgeweekt uit het handelsrecht en met het oogmerk van 'doelmatige rechtsordening' niet langer als onderneming maar tezamen met een bonte verzameling 'lichamen' als *rechtspersoon* gerubriceerd en als zodanig overgebracht naar Boek 2 BW. De BV werd gekloond van de NV. Anders dan een aantal andere landen werd niet het voorbeeld van de 'personalistische GmbH' gebruikt. Naast de NV verloor ook de BV zo haar karakter van contractuele handelsvennootschap en daarmee ook de samenhang met de vof en CV. De NV en haar kloon, de BV, werden ook in de commentaren nog amper van elkaar onderscheiden, ook niet in de 'institutionele opvatting' met haar abstracte eigen 'vennootschappelijk belang' als richtsnoer voor het handelen van bestuur (en RvC). Dat raakt ook de verhouding tussen M en D.

### 3. Bestuursautonomie in een beurs-NV

3.1 De wettelijke bestuursopdracht (artt. 2:129 BW en 2:239 BW) maakt geen verschil tussen 'open' (beurs-) en persoonsgebonden NV's en BV's en geeft, anders dan bijvoorbeeld het Duitse recht,<sup>31</sup> geen houvast voor de machts- en bevoegdheidsverdeling tussen bestuur en AvA. Voor de BV van een ZZP-er, de BV's in een

<sup>29</sup> Structuurregeling, enquêterecht, jaarrekening, invoering BV, Wet Ondernemingsraden; ook SER Fusiecode.

<sup>30</sup> Zie het gelijknamige rapport van de Commissie Verdam (1964) dat het startpunt vormde van die wetgevingsoperatie van 1970/1971 en mijn *Joint Ventures*, p. 84-134. Zie voorts onder heel veel meer de opstellenbundel van J.L. Bouma en anderen: 'De vermaatschappelijking van de onderneming' (1979).

<sup>31</sup> Par. 76 AktG tegenover par. 37 jo. 45 GmbHG; vgl P.A. van der Schee, a.w., chapter 3.

miniconcern van een DGA, de grote familie-BV, de samenwerkings-BV van aannemers, advocaten of architecten en ook voor de beurs-NV's Philips en AKZO Nobel geldt dezelfde regel dat behoudens beperkingen volgens de statuten, het bestuur belast is met het besturen van de vennootschap.

De wet zegt niet wat 'besturen' van een (beurs)-NV inhoudt. Anders dan het AktG zegt hij evenmin dat het bestuur van een beurs-NV autonoom is. Die autonomie en de daarin besloten machtsverdeling is echter wel afgeleid uit het Forumbank-arrest (1955): de AvA kan niet (bij meerderheidsbesluit) bindende aanwijzingen geven aan het bestuur.<sup>32</sup> De bestuurspositie werd in de praktijk versterkt door oligarchische regelingen, prioriteits aandelen en andere constructies waarmee NV's zich ook beoogden te beschermen tegen 'Überfremdung'. In het Doetinchemsche IJzergieterij-arrest<sup>33</sup> hadden commissarissen hun statutaire emissiebevoegdheid gebruikt om met passering van enig voorkeursrecht aandelen uit te geven zodat een aandeelhouder zijn meerderheid verloor. (Art. 2:96a BW was er nog niet). Daarbij hadden zij zich 'te richten naar het belang van der vennootschap en (moesten) dit doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder dan ook'. Had die zich daartegen willen beschermen, dan had hij kunnen en moeten zorgen dat het voorkeursrecht statutair was geregeld. Dat zijn besluit de meerderheid 'verschoof', ontnam de RvC niet zijn statutaire beslissingsvrijheid; dat besluit bleef geldig omdat het op 'zakelijke gronden' was genomen. Aanvaard werd aldus dat de statutair bevoegde RvC ingeval van conflicterende belangen van minderheids- en meerderheidsaandeelhouder de belangen van de laatste op grond van het eigen belang van de NV zelf passeerde.

Bij invoering in 1970 van art. 2:140 BW ging de wetgever verder door in de geest van die tijd de op afstand toezicht uitoefenende commissarissen op te dragen dat zij zich in de vervulling van hun taken dienden te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarmee bracht hij niet tot uitdrukking dat de NV ondernemer is, maar dat ook andere belangen dan die van aandeelhouders, m.n. van werknemers, konden worden betrokken in de taakvervulling van de RvC. Dat sloot aan bij de uitbreiding van de adviesrechten van de OR over belangrijke besluiten van het bestuur (art. 25 WOR). De RvC stond toen nog duidelijk verder 'op afstand' van het bestuur dan thans, althans in beurs-NV's, het geval is.

Voor de beurs-NV bracht dit alles nog niet een duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen bestuur, RvC en AvA.

3.2 Voor de beurs-NV schiep de Hoge Raad in zijn ABN-AMRO- en ASMI-beslissingen<sup>34</sup> duidelijkheid door precisering van de Forumbank-regel: het bestuur – en niet de AvA- is onder toezicht van de RvC belast met en bevoegd tot vaststelling van

32 HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 m.nt. Hijmans van den Bergh die duidelijk de 'open' (beurs)-NV en dus de persoonsgebonden vennootschap uit het oog verloor in zijn vreugde dat de HR 'het 'eigen recht' van de bestuurders heeft bevestigd en erkend'.

33 HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 m.nt. Houwing

34 HR 13 juli 2007 (ABN-AMRO/VEB), AA 2007, p. 346-353 m.nt. Raaijmakers en HR 9 juli 2010, AA 2010, p. 800-807 m.nt. Raaijmakers.

strategie en beleid van de beurs-NV en haar onderneming (en dus ook van haar groep). Zonder wettelijke of statutaire grondslag is het bestuur niet verplicht belangrijke beslissingen ter goedkeuring of ter consultatie aan de AvA voor te leggen.<sup>35</sup>

In wezen constitueert de Hoge Raad hier de bestuursautonomie van een beurs-NV op een wijze zoals par. 76 AktG dat doet voor de AG. Het beroep op art. 2:8 BW was m.i. onnodig nu die autonomie van het bestuur reeds voortvloeit uit het karakter van de beurs-NV als *Publikumsgesellschaft* met verspreide, op afstand staande en gedurig wisselende beleggers met een liquide belegging (*'separation of ownership from control'*). Een AvA die eenmaal per jaar bijeen komt en bestaat uit voortdurend wisselende<sup>36</sup> en verspreide beleggers, kan onmogelijk strategie, beleid en executie daarvan vaststellen en bewaken. Niet beleggers, ook niet activistische hedge funds maar het bestuur en de RvC bepalen de strategie en het beleid. Dat is, zo paraphraseer ik de overwegingen van de Hoge Raad, in het belang van de bestuurbaarheid van de NV.

3.3 Die aldus door de Hoge Raad voor een beurs-NV bevestigde en gepreciseerde *bestuursautonomie* markeert de bevoegdheden van het bestuur (onder toezicht van de RvC of *non executives*) in zijn verhouding tot de AvA en beleggers. Art. 2:129 lid 5 BW dat nu ook voor *bestuurders* uitdrukkelijk bepaalt dat die zich bij de vervulling van hun taken dienen te richten naar het belang van de NV en haar onderneming (groep) is m.i. *niet* een codificatie van die bestuursautonomie die immers reeds voortvloeit uit het eigen karakter van een beurs-NV. Dat het bestuur zich, zoals S. 172 Companies Act uitdrukkelijk zegt, moet richten op het (lange termijn) succes van de NV vloeit m.i. voor de Nederlandse beurs-NV reeds zonder meer voort uit haar ondernemingskarakter, al blijft het vreemd dat dit niet blijkt uit de wettelijke omschrijving van de NV (art. 2:64 BW) juist omdat in de opzet van Boek 2 BW de daarin geregelde rechtspersonen zich van elkaar onderscheiden door hun 'materiële kenmerken'. Dat het bestuur van een beurs-NV in de bepaling van strategie, beleid en executie steeds alle relevante belangen en factoren mag en moet betrekken blijkt nu ten overvloede ook uit art. 2:129 lid 5 BW.<sup>37</sup> Onverlet blijft de plicht van bestuur en RvC zich te verantwoorden jegens de AvA en te voldoen aan hun daarvan los staande effectenrechtelijke disclosureplichten (Wft).

De duidelijkheid die de Hoge Raad heeft verschaft met betrekking tot de interne inrichting van de beurs-NV, is toe te juichen.

---

35 De verkoop van LaSalle door ABN-AMRO aan BoA werd niet aangemerkt als een rechtshandeling in de zin art. 2:107a BW. In de ASMI-zaak verwerpt de Hoge Raad een verplichting van de RvC (of bestuur) tot het aangaan van een 'dialogue' met i.c. enkele activistische aandeelhouders en ook een informatieplicht jegens individuele aandeelhouders.

36 Flitshandel!

37 Vgl. A.F. Verdam, Het vennootschappelijk belang: meer dan 'enlightened shareholder value', Ondernemingsrecht 2013, p. 93-101.

#### 4. De positie van het bestuur van een BV (en persoonsgebonden NV)

4.1 Wat betekent het door de Wet Bestuur en Toezicht ook voor de BV ingevoerde gelijkkluidende art. 2:239 lid 5 BW voor de positie van het bestuur en bestuurders van een persoonsgebonden NV, een D-BV, een joint venture-BV of van een DGA in een eenmans- of samenwerkings-BV? Als die bepaling, naar analogie van de ABN-AMRO- en ASMI-beschikkingen, wordt uitgelegd als een (wijziging van) verdeling van bevoegdheden en tevens tot een ‘institutionele’ verzelfstandiging van het belang van de BV, dan is twijfel gerechtvaardigd.

De flex-BV is geen kloon meer van de NV. Zij kreeg een eigen profiel, is flexibeler, instrumenteler, ‘contractueler’ geworden en biedt veel ruimte voor instrumentaliserend maatwerk. Dat past bij haar functie vorm te geven aan allerhande persoonsgebonden ondernemingen in de dienstensector, het MKB, voor joint ventures en steeds vaker ook voor ZZP-ers. Veel zware, maar ineffectieve anti-misbruikregels zijn geschrapt, andere zijn gehandhaafd (zoals het altijd nog zeer zware art. 2:248 lid 2 BW) en nieuwe zijn toegevoegd, zoals de uitkeringsregeling van art. 2:216 BW. De algemene privaats- en faillissementsrechtelijke regels ter bescherming van crediteuren blijven onverkort gelden, zoals de Belklamel-regel (voor concerns: Albada Jelgersma, Sobi/Hurks e.a.).

Toch heeft de wetgever nu juist wat de positie van het bestuur in de flex-BV betreft in art. 2:239 BW weer NV-recht gekopieerd, niet in het kader van de flexibilisering van de BV, maar ongelukkigerwijs los daarvan in de afzonderlijke Wet Bestuur en Toezicht. De instructienorm voor commissarissen (art. 2:140 en 250 BW) is daardoor uitgebreid tot bestuurders van niet alleen structuurvennootschappen, maar van elke, dus ook de besloten, persoonsgebonden NV en BV (art. 2:129 en 2:239 BW). Dat leidt nog niet *per se* tot wijziging van de bevoegdheidsverdeling tussen bestuur en AvA (dus ook M). Nu echter ook lid 4, anders dan par. 37 jo 45 GmbH Gesetz, niet een algemene aanwijzingsbevoegdheid van de AvA (M) biedt, dan kan een ongenueanceerde ‘institutionele’ uitleg van art. 2:239 BW leiden tot een ongerijmde *bestuursautonomie* in persoons- en/of groepsgebonden BV's die de zorgvuldig bewaakte concerneenheid aantast en ons plaatst voor hetzelfde probleem als moest worden opgelost voor een Duitse dochter-AG. Zodanige uitleg zou resulteren in een fundamentele wijziging van de interne organisatie en machtsverdeling binnen persoonsgebonden flex-BV's, die in het geheel niet past in het nieuwe eigen profiel van de flex-BV, waarmee het verzuim van 1971 werd hersteld. Dat eigen profiel is nog niet geheel voltooid. Net als voor de NV zoekt men ook in de omschrijving van de BV (art. 2:175 BW) vergeefs naar het materiële en daarmee doel- en functiebepalende kenmerk dat zij rechthebbende is op een onderneming en dus ‘ondernemer’ is. Het voedt de neiging NV en BV ook nu nog vooral als gelijkaardige ‘rechtspersonen’ te blijven beschouwen en het gecontractualiseerde en persoonsgebonden karakter van de BV te blijven miskennen. Zoals Meijers zei: een overeenkomst tussen oprichters speelt na oprichting van de NV/BV-rechtspersoon geen rol meer, ook niet in een persoonsgebonden, samenwerkings- of joint venture-BV. Daarbij sluit aan het vooral na de wetgevingsoperatie van 1970/1971

ontwikkelde institutionele denkmodel dat de NV en ook de BV aanmerkt als een los van haar aandeelhouders staand 'instituut' met een eigen belang dat 'open' staat voor andere belangen dan die van aandeelhouders.<sup>38</sup> Het is niet een juridische, maar een meer sociologisch getinte abstractie van het conceptuele, maar in de praktijk voorzover mij bekend niet voorkomende 'standaardmodel' van een grote enkelvoudige Nederlandse beurs-NV met veel werknemers, een OR, een structuur-RvC en een 'onttroonde' AvA, die lijkt op een 'mitbestimmte AG' met bestuurs-autonomie. Dat stond en staat haaks op de persoonsgebonden, ook dochter- of joint venture-BV/NV.<sup>39</sup> Kon men zich daar voor een aan de structuurregeling onderworpen beurs-NV nog iets bij voorstellen, voor een (gezamenlijke) D is dat niet het geval, zoals ik reeds enkele weken na de invoering van Boek 2 BW uitvoerig voor het eerst betoogde.<sup>40</sup> De doctrinaire *main stream* bleef NV en BV echter toch als een en dezelfde vorm ('rechtspersoon-instituut') behandelen. Het gaf het sociologische, althans niet-juridische begrip 'instituut', een (zware) normatieve lading: bestuur en RvC moeten en mogen een eigen invulling geven aan het verzelfstandigde vennootschappelijke belang, ook contra M en joint venture partners. Hoe dit doorwerkt in de rechtspraak wordt geïllustreerd in twee opvallende uitspraken van de Hoge Raad. De eerste betreft vooral het verzelfstandigde eigen belang van een BV, de tweede de verzelfstandiging (autonomie) van het bestuur van een joint venture-BV.

4.2 De Rouw wordt in het faillissement van de BV die hij al drie jaar eerder aan zijn zoon had verkocht, aansprakelijk gehouden voor een fiscaal onjuiste onttrekking van 4 jaar eerder toen hij zelf nog DGA van die BV was. Daarvoor was hij echter al beboet en gestraft. Toenmalige crediteuren waren voldaan. De BV, waarvan Junior dus al enkele jaren enig aandeelhouder en bestuurder was, faillieert *door externe marktomstandigheden*, niet door kennelijk onbehoorlijk bestuur. Toch wordt Senior als vroegere DGA veroordeeld tot 'terug'-betaling van de door hem 4 jaar eerder onttrokken gelden op grond dat die onttrekking 'contrair was aan de belangen van de vennootschap'. Een beroep op statutaire decharge faalt omdat de onttrekking niet (althans onvoldoende) was verantwoord in de jaarrekening en het dechargebesluit onvoldoende (schriftelijk) gedocumenteerd was. Onbesproken blijft of, en hoe die gewraakte onttrekking was verdisconteerd in de door Junior drie jaar eerder aan Senior betaalde overnameprijs en niet de BV maar Junior bijgevolg schade had geleden. Onduidelijk bleef ook of Senior over de aan de koop voorafgaande boekjaren vrijwaring was verleend. Een schending van BV- of algemeen privaatrechtelijke normen ter bescherming van crediteuren valt hier m.i. niet te bespeuren.

38 Zie vooral P. van Schilfgaarde, Van de NV (1972), nadien: Van de NV en de BV en de latere bewerkingen door J.W. Winter en J.B. Wezeman; idem: De vennootschap volgens het ontwerp BW (preadvies Ver. Handelsrecht-1974), p. 10 e.v.; alsook J.M.M. Maeijer, Het belangenconflict in de Naamloze Vennootschap (1964); idem: 25 jaren belangenconflict in de Naamloze Vennootschap, NV (1989), p. 1-8.

39 Vooral J.W. Winter abstrahert zo 'het' belang van 'de' dochtervennootschap. Zijn beschouwingwijze heb ik bestreden in 'Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep', in: J.W. Winter e.a., Beschouwingen over concernfinanciering (1999).

40 Zie mijn Joint Ventures, Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming (1976), p. 84-134 waarin ik uitvoerig betoogde dat de institutionele opvatting niet past in een (gezamenlijke) D.

Grondslag van de vordering is derhalve onrechtmatigheid van de onttrekking omdat die 'contrair was aan de belangen van de vennootschap', hoewel de bate niet toekomt aan Junior maar aan de boedel. 'Het belang van de BV' wordt hier aldus volstrekt geabstraheerd en los gemaakt van de belangen van Senior als voormalige en na aankoop die van Junior als huidige DGA. De boedel (crediteuren *van nu*) krijgen een bate in de schoot geworpen zonder dat er enig causaal verband is met de door hen geleden schade. Dat lijkt, na schrapping van de zware kapitaal- en vermogensbescherming, een nieuwe vorm van 'abstracte' vermogensbescherming. Dit arrest werd gewezen in 2010. Art. 2:239 lid 5 BW was toen nog niet ingevoerd.

4.3 In het Cancun-arrest<sup>41</sup> staat de uitleg van het *nieuwe* art. 2:239 BW centraal. Het betrof een geschil tussen partners in een bij uitstek persoonsgebonden *joint venture*. Twee Spaanse partners A en B richten in Nederland een 50/50-joint venture-BV op die op haar beurt optreedt als holding voor een Mexicaanse D die een hotelcomplex in Cancun ontwikkelt dat via een Antilliaanse D wordt geëxploiteerd. A en B stellen ieder een eigen bestuurder aan. Een derde partij (C) financiert de joint venture met een *converteerbare* lening. Voor het geval C zal converteren sluiten A, B en C een afzonderlijke aandeelhoudersovereenkomst, die C het recht geeft in dat geval ook zelf een eigen bestuurder te benoemen. C bedong het recht zijn na conversie verkregen aandelen vrijelijk te kunnen verkopen aan A of B. C converteert zijn lening in aandelen en verkoopt die aan B die daardoor een meerderheid verkreeg en ook het recht op een C-benoeming. B benoemt op grond van zijn nieuwe C-aandelen een trust-kantoor tot bestuurder. In de hele opzet droeg B zorg voor de ontwikkeling van het hotel. De kosten daarvan overschrijden ver het begrote bedrag en B houdt bij oplevering een grote vordering op de Mexicaanse dochter. Een bank wordt benaderd voor aanvullende financiering, maar die eist dat B's vordering uit de boeken verdwijnt. A en B komen samen een tijdelijke oplossing overeen: B zet zijn vordering op de Mexicaanse 100%-dochter om in aandelen, waardoor hij ook in die D een meerderheid krijgt. De bank weigert echter alsnog te financieren. Daarop eist A dat de conversie wordt teruggedraaid. A en B onderhandelen over een daartoe strekkend Stappenplan maar worden het niet eens. B manipuleert vervolgens een tweede emissie die hem praktisch enig aandeelhouder maakt van de Mexicaanse dochter. Dat holt de joint venture in wezen geheel uit. Opmerkelijk is dat A niet B aanspreekt op grond van schending van hun onderlinge regeling tot samenwerking en/of op grond van de geschillenregeling, maar een enquête verzoekt. Na onderzoek stelt de OK wanbeleid vast. Zij verwijt de aangestelde bestuurders te hebben gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap door verzuim van hun zorgplicht om het geschil tussen de partners bij te leggen. Zij hadden een voldoende onafhankelijke positie moeten innemen en zijn nalatig geweest een eigen beleid vast te stellen, in elk geval wat betreft de verwatering die het gevolg was van de beide emissies.

De Hoge Raad verwerpt de vier (!) cassatieberoepen die werden ingesteld. Voor de uitleg van art. 2:239 lid 5 BW verwijst hij naar zijn uitspraken in ABN-AMRO,

---

41 HR 4 april 2014 (Cancun), AA 2014, 459 m.nt. Raaijmakers; NJ 2014, 286 m.nt. Van Schilfgaarde.

ASMI en VEB/KLM die echter, zoals hiervoor opgemerkt, ook de autonomie van het bestuur van een *beurs-NV* bevestigden door met zoveel woorden te beslissen dat dit bestuur – en niet de *AvA- de strategie en het beleid van de NV bepaalt*. Die uitleg betekent dat ook het bestuur van een persoonsgebonden flex-BV autonoom is en net als in een *beurs-NV* strategie en beleid bepaalt. Dat lijkt mij te enen male onjuist, (a) omdat art. 2:239 lid 5 BW *niet* ziet op de verdeling van bevoegdheden, maar op de wijze waarop bestuurders hun *elders bepaalde* taken en bevoegdheden dienen te vervullen en (b) omdat, zie ook het De Rouw-arrest, een persoonsgebonden flex-BV op die wijze tot een ‘zelfstandig instituut’ zou worden getransformeerd (als ware zij een *beurs-NV*). Ongerijmd is dan ook dat de aangestelde Cancun-bestuurders wordt verweten hun ‘zorgplicht’ te hebben geschonden door zich onvoldoende onafhankelijk op te stellen en te weinig in het werk hebben gesteld de ruzie tussen de partners tot een oplossing te brengen.

*Des Pudels Kern* is dat strategie en beleid in een (gezamenlijke) BV *niet*, zoals in een *beurs-NV*, worden bepaald door de aangestelde bestuurders, maar reeds voor/bij oprichting/incorporatie en ook nadien door de partners in een joint venture, door M of door een DGA zelf.<sup>42</sup> Dat is kern van de beslissing tot oprichting of overname van een dochter-BV en bepalend voor de taken van de alsdan aangestelde bestuurder. Dat wordt na oprichting niet anders, want zij doen daarvan uiteraard geen afstand ten gunste van aangestelde bestuurders in hun Nederlandse D-, joint venture of DGA-BV om zich daarna zelf slechts als ‘belegger’ op afstand op te stellen. Die bestuurders krijgen dan ook juist *niet* de vrije hand om met alle daaraan voor M verbonden risico’s een eigen strategie en beleid (scope, producten, diensten, ondersteuning, financiering, uitkeringsbeleid) te voeren in afwijking van de door M (c.q. partners of DGA’s) zelf bepaalde strategie en beleid. De ruimte voor enige eigen beleidsvrijheid wordt bepaald door M (c.a. partners of DGA’s). Ware dat anders dan zou sprake zijn van een ‘*control transaction*’ waarbij zij hun ‘*effective control*’ op de in die BV geïncorporeerde onderneming en haar activiteiten zouden verliezen. Zelfs een bank of private equity firm is niet bereid een dergelijke blanco cheque af te geven. Een M maar zeker ook de partners in een joint venture kunnen zich niet permitteren dat het bestuur van hun (gezamenlijke) D eigen strategische en beleidsbeslissingen gaat nemen die direct in strijd komen met eigen wettelijke en contractuele verplichtingen jegens derden of afwijken van de bij oprichting bepaalde ‘*scope*’ (waarbuiten zij vrij blijven in hun activiteiten).

Het betreft hier een cassatieberoep op een enquêterechtelijk OK-beschikking die de besproken gedragingen van de Cancun-bestuurders aanmerkte als ‘wanbeleid van de rechtspersoon’. Daar ligt m.i. het probleem. De OK neemt, zo blijkt vaker, wel erg veel ruimte om naar eigen bevinden en zich baserend op art. 2:8 BW (zonder grote motivering welke ruimte het karakter van een NV of BV daartoe biedt en of en hoe zij daartoe lid 1 en/of 2 gebruikt) een eigen, naar het lijkt nogal ‘institutionele’ invulling te geven aan ons NV- en BV-recht.<sup>43</sup>

42 Van Schilfgaarde gaat hieraan in zijn noot bij Cancun, NJ 2014, 286 voorbij.

43 De aansporing tot debat van L. Timmerman in zijn Column ‘Oude koeien met actualiteitswaarde’, *Ondernemingsrecht* (2014), p. 569/570 stel ik op prijs, maar verdient een meer uitvoerige reactie dan de ruimte die deze bijdrage daarvoor biedt.



4.4 Een aldus geabstraheerd en verzelfstandigd belang van de BV en toepassing van de voor een beurs-NV geldende bestuursautonomie op een bij uitstek persoonsgebonden BV, kunnen vergaande gevolgen hebben. In de eerste plaats kunnen die leiden tot een niet als sanctie op kennelijk onbehoorlijk bestuur of specifieke onrechtmatige gedragingen jegens gelaedeerde crediteuren gebaseerde aanvulling van een failliete boedel. In de tweede plaats roept een autonomie van het bestuur in een (gezamenlijke) dochter-BV vragen op over het gebruik van de nieuwe flex-BV in M-D-verhoudingen. Dat is, zoals zagen wij in de inleiding, ook van belang voor de Nederlandse opstelling in het komende debat over het initiatief van de EC tot introductie van een regeling van het belang van de groep voor Nederland. Ik licht dit kort toe.

4.4.1 De feitelijke macht van M om haar deelneming (art. 2:24d BW) in door haar opgerichte, overgenomen en in stand gehouden Nederlandse (gezamenlijke) dochter-BV's te integreren in de economische en organisatorische eenheid van haar groep (art. 2:24c BW) binnen de door M bepaalde strategie en het beleid wordt beschermd door M's bevoegdheid tot ontslag 'at will' van onwillige D-bestuurders (art. 2:244 BW). De feiten en beslissingen in Van Berkel/Kuijken Brabant en Meijers/Mast Holding zijn daarvoor illustratief.<sup>44</sup>

Is een zodanig ontslag nog gelegitimeerd als het D-bestuur bevoegd is zelfstandig en onafhankelijk de strategie en het beleid vast te stellen en uit te voeren? Kan een met ontslag bedreigde bestuurder dat besluit aanvechten met een beroep op de hem op grond van de wet (in het belang van de BV) toekomende zelfstandige bestuursbevoegdheid en de daaruit voortvloeiende 'zorgplichten' waarop geen inbreuk kan worden gemaakt door de AvA (= i.c. M) en die – als M dat wel doet- mogelijk als 'wanbeleid'<sup>45</sup> kunnen worden aangemerkt. Het klinkt ongerijmd en bizar maar de vraag blijft. De Cancun-casus laat zien dat dezelfde vraag rijst voor het ontslag door een joint venture partner (als houder van aandelen van een bepaalde soort) van de door hem zelf aangestelde bestuurder op grond van het nu juist daarvoor gewijzigde art. 2:244 lid 2 BW.<sup>46</sup>

Kunnen deze complicaties contractueel (ook bij wege van een arbitragebedingung?<sup>47</sup>) of statutair door M of de partners worden voorkomen? Maakt een statutaire aanwijzingsbevoegdheid verschil voor de beoordeling van die vragen (zie hierna ook 4.4.5)? Als dat zo zou zijn: was het de bedoeling van de wetgever M's te dwingen tot wijziging van al hun D-statuten dan wel om zich zelf tot bestuurder te benoemen?

4.4.2 Die vragen klemmen te meer nu bestuurders (en als die er is ook –afzonderlijk- een RvC) ook *zelf* bevoegd zijn een enquêteverzoek bij de OK in te dienen (art. 2:346 lid 2 BW). De Cancun-casus illustreert dat die vraag niet theoretisch is. Zijn D-bestuurders in hun 'autonome' macht en verantwoordelijkheid van oordeel dat door

44 HR 4 december 1992 (Meijers/Mast Holding), NJ 1993, 271; AA 1993, 275 m.nt. Raaijmakers.

45 In die richting lijkt Van Schilfgaarde's betoog in par. 8 van zijn NJ-noot te gaan waar hij betreurt dat de OK niet heeft gebroken met de oude Wennex-regel (1944).

46 Nog complexer wordt e.e.a. ingeval van afspraken omtrent de collectieve besluitvorming door het bestuur.

47 Ook dat is twijfelachtig: OK 18 oktober (EMC Holding/Harbour Antibodies), AA 2013, p. 932-937 m.nt. Raaijmakers: de OK oordeelde eenvoudigweg dat enqueterecht prevaleert!

M (of door partners) gegeven aanwijzingen strijden met ('contrair zijn aan') het eigen verzelfstandigde belang van een D-BV, dan is –althans in de lijn die de Hoge Raad lijkt te volgen - allerm minst ondenkbaar dat hen verweten wordt (wanbeleid) niet een enquête te hebben verzocht om de door hen bepaalde strategie en beleid af te dwingen door middel van tegen M gerichte 'ordemaatregelen'. Ik denk in dit verband ook aan de Corus-casus en de dwangfinancieringsbeschikkingen.<sup>48</sup> Ik merk daarbij op dat de wetgever zich, anders dan bij de structuurregeling, niet lijkt te hebben bekommerd op de bedreiging die dit kan vormen voor handhaving van de concerneenheid. Ook de Cancun-partners zullen zich hebben verbaasd.

4.4.3 Mag of moet een D (strategische en/of beleids-)informatie aan M weigeren indien het D-bestuur zulks in strijd oordeelt met het eigen D-belang, zelfs als M dientengevolge niet kan voldoen aan haar eigen toezichtsplichten op de uitvoering van haar eigen strategie en dan ook niet aan haar eigen externe informatieplichten? Men bedenke dat die voor een beurs-NV ook betrekking heeft op *tussentijdse* disclosure-verplichtingen jegens de financiële markten waarop haar effecten worden verhandeld.

4.4.4 Veel is al geschreven over het nieuwe art. 216 BW. Ook in persoonsgebonden BV's geldt de regel dat een uitkeringsbesluit zonder gevolg blijft als dat niet is goedgekeurd is door het bestuur. Het bestuur kan die slechts weigeren 'indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar schulden'. In M-D-verhoudingen versterkt dat reeds zonder meer de 'zelfstandigheid' van D.<sup>49</sup> *Quid iuris* als het bestuur weigert op grond dat de financiering van zijn eigen strategische plannen en daarmee ook de belangen van crediteuren direct in gevaar komen bij effectuering van de uitkering? Hoe werkt dat in een '403-D'? Ook hiervoor had de wetgever weinig oog.

4.4.5 Een kernvraag is ook hoe art. 2:239 lid 4 BW moet worden uitgelegd. Is de bevoegdheid tot het geven van (bindende) aanwijzingen afhankelijk van een statutaire bepaling?<sup>50</sup> Is M, als een zodanige statutaire grondslag ontbreekt, niet langer bevoegd strategie en beleid in haar D-BV vast te stellen en daartoe strekkende algemene richtlijnen, risk control en compliance systemen en procedures op te leggen? Omgekeerd: bevestigt en onderstreept dat dan de bevoegdheid van het D-bestuur strategie en beleid te bepalen?

Moeten moedermaatschappijen, joint venture partners en DGA's alsnog *en masse* hun statuten wijzigen? Verdwijnt de thans in de wet op vele plaatsen geassumeerde instructiemacht en wat betekent dat bijvoorbeeld voor de concernregels in de structuurregeling en de consolidatieregels?

En opnieuw: hoe werkt, zelfs als de statuten voorzien in een aanwijzingsbevoegdheid, de regel dat het D-bestuur zich niet naar die aanwijzingen behoeft te gedragen indien deze 'in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'? Ook hier liet de wetgever veel vragen liggen.

48 HR 25 februari 2011 (Interaccess), NJ 2011, 335; JOR 2911/115; AA 2012, p. 372-378 m.nt. Raaijmakers.

49 Bartman/Dorresteyn, a.w., p. 9.

50 Zoals voor een dochter-AG daartoe een *Unternehmensvertrag* nodig is?

4.5 In spiegelbeeld wordt ook M zelf met nieuwe problemen geconfronteerd.

4.5.1 Als en in zoverre die extrapolatie van de besproken beslissingen niet geheel zonder grond is, rijst de vraag of de onlangs geflexibiliseerde BV nog wel zo geschikt is ter incorporatie van een onderneming (bedrijfsonderdeel) als (gezamenlijke) D, quasi-vof of eenmans-BV. Is M bevoegd haar middelen en activiteiten in te brengen in Nederlandse BV's als niet volledig buiten twijfel staat dat zij volledige controle kan (blijven) uitoefenen op het beheer door die D van haar investeringen en de operaties van die dochter-BV's? Nee, zei Van der Grinten toen het ging om de vraag of zodanige inbreng in een stichting toegestaan is.<sup>51</sup> Leidt ook de redenering van de Hoge Raad niet materialiter tot een 'ontdochtering' (als quasi-AG), het tegenovergestelde dus van wat M met incorporatie beoogde te bereiken. M geeft dan immers de controle over haar investeringen en operaties van die 'dochter' prijs. Daartoe is zij in de regel niet bevoegd zonder toestemming van de AvA.

4.5.2 Dan liggen enkele vervolgvragen voor de hand. Kan de D-BV in M's jaarrekening nog worden verantwoord als een deelneming (art. 24c BW) of nog slechts als (illiquide) belang? Als D in de besproken zin 'autonoom' is, is dan nog sprake van een groep (art. 2:24b BW)? Mag M die D dan nog consolideren? Kan zij haar 'in control statement' nog betrekken op die D? Moet zij om een juist en getrouw beeld te geven in de toelichting op haar eigen jaarrekening de 'bijzondere rechtsbetrekking' tot deze 'D' nader uiteenzetten om het verwijt van misleiding te voorkomen? Zie ook de '*nature of the group relationship*' in het Rapport van de Reflection Group.<sup>52</sup> Wat betekent dit voor de uiteenzetting in het bestuursverslag van M's '*risk management*' en volgens de '*comply or explain*'-regel over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code (art. 2:393 BW)?

4.5.3 Is M bevoegd in te stemmen met aansprakelijkheid voor door deze 'D' aangegane schulden om die D vrij te doen stellen van de jaarrekenplicht (art. 2:403 BW) als zij daarover geen effectieve controle kan uitoefenen? Idem voor een deelneming in een joint venture-BV.

4.5.4 Is M een beurs-NV, dan geldt voor de beantwoording van deze vragen het effectenrechtelijke IFRS-stelsel op de naleving waarvan toezicht wordt uitgeoefend door de AFM. Moet die, als zij twijfelt over een juiste weergave in het openbaar te maken disclosure-document, gebruik maken van haar bevoegdheid (art. 2:447 e.v. BW) een correctie van de jaarrekening te vorderen?

4.5.5 Voor zich spreekt dat de gestelde vragen ook beantwoording behoeven bij de controle van de jaarstukken door de externe accountant (art. 2:393 BW).

---

<sup>51</sup> W.C.L. van der Grinten, De regels van het spel, NV 38, p. 173 e.v.; vgl Hoofdstuk 4 van mijn 'Joint Ventures'.

<sup>52</sup> Zie noot 9.

## 5. Ter afsluiting

Het thema van deze bundel is ‘Het concernrecht in 2020’. Deze bijdrage richtte zich vooral op de bruikbaarheid van met name de BV als rechtsvorm voor een (gezamenlijke) dochteronderneming. In het nieuwe BV-recht is de BV niet langer kloont van de NV. Zij herwon in feite haar contractuele en instrumentele karakter dat zij in het NBW-project verloor doordat ook zij samen met de NV zonder grondige bezinning op haar eigen karakter en overhaast werd ontkoppeld van de maatschap en haar handelsrechtelijke derivaten (vof en CV). Ook zij werd primair beschouwd als rechtspersoon met niet langer een contractueel maar een ‘verenigingsrechtelijk’ karakter. De wetgevingsoperatie van 1970/1971, die in het teken stond van ‘vermaatschappelijking van de onderneming’, leidde in de doctrine tot de niet zozeer juridisch als wel sociologisch getinte ‘institutionele’ opvatting. Die was afgeleid uit de abstractie van een grote (beurs)-NV met haar onderneming en gespreid kapitaal. Hoewel geen juridisch begrip had zij normatieve pretenties voor het ultieme doel, interne organisatie en ‘het belang van de vennootschap’. Die denkrichting kreeg een paradigmatisch karakter wat gepaard ging met en tot gevolg had dat het onderscheid met de BV nog verder verloren ging. De BV bleef ook in dit opzicht quasi-NV.

Het is daarom –achteraf– ongelukkig dat met de Wet Bestuur en Toezicht enkele kernbepalingen, vooral art. 2:239 lid 4 en 5 BW, opnieuw zijn gekopieërd uit het NV-recht en zulks opnieuw zonder grondige bezinning op het eigen karakter van de BV. Bij de uitleg daarvan blijkt dat het institutionele *main stream*-denken ook in het nieuwe BV-recht blijft doorwerken. Ik besprak twee significante voorbeelden, maar wees ook op andere voorbeelden. Zij resulteren in een ‘institutionele’ verzelfstandiging van het belang van de BV en een ‘autonomie’ van haar bestuur als zodanig. Dit lijkt conceptueel op de wettelijke bestuursautonomie van par. 76 AktG. Dat roept dan ook vragen op voor de BV als gebruikelijke rechtsvorm van Nederlandse D’s en joint ventures en de toepassing van *top down*-regels. Met name maar niet alleen voor beurs-NV’s worden regels omtrent ‘business controls’, compliance en ‘risk management’ *aangescherpt*, terwijl het nieuwe, ‘geflexibiliseerde’ BV-recht de daarvoor benodigde invloed in een (gezamenlijke) D tegelijk lijkt te beperken. Evenzo bleek dat vragen op te roepen omtrent de uitleg van *bottom up*-regels van Nederlands concernrecht. Die vragen spelen een rol voor de Nederlandse inbreng in de komende Europese discussie over nieuwe concernrechtelijke regelgeving. De onzekerheid werkt evenzeer door in het Nederlandse vestigingsklimaat en de invloed op buitenlandse investeerders die in Nederland activiteiten willen ontwikkelen in de vorm van een Nederlandse dochter- of joint venture-BV.

Als de wetgever niet de bedoeling had van de flex-BV een quasi-AG te maken, is er gegronde reden tot heroverweging van art. 2:239 lid 5 en evenzeer van lid 4 BW. Het meest duidelijk en eenvoudig zou het zijn om beide leden te schrappen en in plaats daarvan, zoals par 37 jo. 45 GmbHG doen voor de GmbH, te bepalen dat de AvA bevoegd is het bestuur aanwijzingen te geven. Dat zou de BV eindelijk een voltooid eigen profiel geven.

# Werkgeverschap in concernverband

*Mr. M. Holtzer*<sup>1</sup>

Het arbeidsrecht worstelt met het werkgeversbegrip in concernverband. Lang is gedebatteerd over de vraag of zoiets bestaat als een concernwerkgeverschap. Aan die discussie lijkt – terecht – een einde te zijn gekomen. Ook in het arbeidsrecht realiseert men zich dat een concern bestaat uit entiteiten, en dat slechts één daarvan als werkgever kan optreden. Wel zie ik een tendens waarin een benadering vanuit een formeel werkgeverschap verschuift naar een materieel begrip. Het bekendste voorbeeld daarvan is de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Albron en de daaropvolgende uitspraak van de Hoge Raad. Daarin is beslist dat bij overgang van onderneming niet per se de formele werkgever (de personeelsvennootschap) beslissend is bij beantwoording van de vraag of de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst mee overgaan. Bij uitbesteding van werkzaamheden van een onderneming gaan ook werknemers die daarin permanent gedetacheerd waren mee over. Wat ik heel belangrijk vind bij vragen over werkgeverschap in concerns is de spanning die ontstaat tussen de concernstrategie en het belang van de vennootschap. Die vraag is onderwerp van het proefschrift dat ik recent op 3 april jl. te Groningen mocht verdedigen en die spanning wil ik vandaag met u bespreken.

## 1. De Nederlandse ondernemer in het concern

Tijdens het Ondernemingsrecht diner van vorige week, 5 juni jl., zei onze dagvoorzitter Jan Bernd Huizink iets dat mij prikkelde. Bij concerns dient het bestuur van de dochter te *luisteren wat de baas zegt, tenzij je de schuldeisers niet meer kunt betalen*. Iets vergelijkbaars zegt Raaijmakers in zijn recente annotatie van de Cancun-beschikking van de Hoge Raad in *Ars Aequi*, waar hij stelt dat het niet de bedoeling van de wetgever is om voor de B.V. dwingend het regime van een autonoom bestuur voor te schrijven.<sup>2</sup> Ik denk dat Huizink en Raaijmakers daarin gelijk hebben, zeker na de introductie van het instructierecht en de beperkte goedkeuringsbevoegdheid voor dividendbesluiten van de algemene vergadering bij de B.V. De nuancering van die stelling is te vinden in het arbeids- en medezeggenschapsrecht. De fans van Asterix herkennen wellicht het volgende: *Heel het concern? Nee – er is één dorpje dat dapper weerstand biedt tegen de overheersers*. Wanneer het belang van de vennootschap in het geding is zijn het de

---

<sup>1</sup> Mr. M. Holtzer is advocaat bij DLA Piper te Amsterdam.

<sup>2</sup> M.J.G.C. Raaijmakers, Cancun: een joint venture klem tussen contract en instituut, AA juni 2014.

**werknemers** die onder omstandigheden weerstand kunnen bieden. In mijn dissertatie bepleit ik dat de werknemers als medebewakers van het belang van de vennootschap moeten fungeren.<sup>3</sup> Ik wil dat pleidooi niet herhalen en beperk mij tot de vraag: wat moeten de werknemers in de praktijk stellen en aannemelijk maken, willen zij invloed op de strategie van het internationale concern kunnen uitoefenen? Het gaat mij dan primair om de ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad.

De basis voor de leer die ziet op de positie van werknemers in het concernbeleid is al vroeg gelegd in de uitspraak *Hyster*. In die enquêtebeschikking formuleerde de Ondernemingskamer voor het eerst de leer dat de moedervernootschap aan de dochtervernootschap richtlijnen en aanwijzingen kan geven waaraan die dochter zich door haar afhankelijkheid van de moedervernootschap in het algemeen moeilijk kan onttrekken, doch dat dit de eigen rechten en verplichtingen van de dochter als rechtspersoon naar Nederlands recht onverlet laat.<sup>4</sup> In deze zin is het uitzonderingskarakter van een afwijking van het concernbeleid vervat. Een dochtervernootschap heeft zich in beginsel aan een concernstrategie te houden, maar dit concernbeleid levert niet per definitie een redelijk handelen van de ondernemer op. Van belang is of de ondernemer de betrokken belangen op redelijke wijze heeft afgewogen, waarbij de concernstrategie wel een zwaar gewicht in de schaal legt, maar niet zonder meer doorslaggevend is.

Een uitspraak die niet zo zeer ziet op het gewicht van het concernbeleid, maar op het tijdstip van mogelijke betrokkenheid van werknemers is *Philips Lighting Middelburg*.<sup>5</sup> Daarin besliste de Ondernemingskamer dat niet in algemene bevoordelingen omschreven kan worden wanneer er sprake is van een besluit in voorbereiding. Wanneer een onderneming deel uitmaakt van een internationaal, breed vertakt concern, waarin de besluitvorming over meer schijven loopt, zal de fase die vooraf gaat aan de periode van de besluit in voorbereiding vaak langer zijn dan bij een zelfstandige onderneming. Dan kan moeilijker gezegd worden wanneer de ene fase overgaat in de andere. Als ik probeer die regel te vertalen, dan lees ik dat werknemers hebben te aanvaarden dat zij soms bij besluiten in internationale concerns op een later tijdstip worden betrokken dan bij zelfstandige ondernemingen het geval is.

Met die twee uitspraken is de uitgangspositie van werknemers op voor hen weinig gunstige wijze bepaald: afwijking van concernbeleid is uitzondering en betrokkenheid kan in een relatief laat stadium tot stand komen. Wanneer doet zo'n uitzondering zich dan voor? Een goed voorbeeld is de zaak *Nedlin*.<sup>6</sup> Dit voorbeeld

---

3 M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 95, Kluwer 2014. Zie ook mijn bijdrage in *Tijdschrift voor arbeid en Onderneming* 2014/3.

4 OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 m.nt. Maeijer. Voor een uitwerking van die leer verwijs ik naar mijn dissertatie, p. 169 e.v.

5 OK 8 februari 2007, JAR 2007/67 m.nt. Verhulp.

6 OK 23 oktober 1997, JAR 1997/244.

is al van oudere datum, maar nog steeds actueel, omdat inzicht wordt geboden in de zwaarte van de stellingen die de ondernemingsraad moet aandragen om tot beïnvloeding van het concernbeleid te kunnen komen.

In die zaak ging het om een beroepsprocedure van de ondernemingsraad van Nedlin Groep B.V. tegen het besluit tot overdracht van de zeggenschap van CEC Nederland B.V. over Nedlin en haar dochter vennootschappen aan Rentokil Initial Plc. CEC was de Nederlandse holding van de Nederlandse belangen van de Franse energiegroep. Dit besluit maakte deel uit van een omvangrijkere transactie die strekte tot de overdracht van de volledige textielverhuuractiviteiten van het Franse concernonderdeel Compagnie Générale de Chauffe (CGC) aan Rentokil. CGC vormde de energiepoot van de milieudivisie van het Franse concern Compagnie Générale des Eaux (CGE), een concern dat wereldwijd opereerde. Voor CGC gold dat op kleinere schaal, met activiteiten in Europa, VS, Azië en Australië. Naast Nedlin had CGC ook textielactiviteiten in Frankrijk en Tsjechië. Die textielactiviteiten vormden voor een energiegroep niet de kernactiviteit. De Franse textielbelangen leken, naar arbeidsplaatsen gemeten, aanzienlijk groter dan het Nedlin-belang: bij Frankrijk waren 2000 werknemers in dienst; bij Nedlin 500.

De Ondernemingskamer overwoog dat het enkele feit dat de leiding van een concern heeft besloten tot de overdracht van bevoegdheden over onderscheidende concernonderdelen, niet tot gevolg heeft dat het op ondernemingsniveau uitvoering geven aan dat besluit per definitie als redelijk handelen moet worden beschouwd. Uit de gepubliceerde uitspraak valt verder niet veel méér af te leiden dan deze algemene leer van besluitvorming in concernverband. Uit een publicatie van Verburg blijkt wat verder de belangrijkste feiten waren.<sup>7</sup>

Het CGE-concern ging gebukt onder een aanzienlijke schuldenlast en men besloot tot het afstoten van de niet-kernactiviteiten, waaronder de textielactiviteiten. In Rentokil Initial plc, een Brits concern met wereldwijde activiteiten op het gebied van onderhoud en schoonmaak van gebouwen en beveiliging, werd een koper gevonden. Bij Rentokil werkten op dat moment wereldwijd circa 140.000 werknemers; in Nederland was zij actief onder de naam Hokatex. Nu de resultaten van Nedlin een dalende tendens vertoonden en verkoop aanstaande was, vreesde de ondernemingsraad voor de werkgelegenheid. Hij richtte zich niet tegen de verkoop als zodanig, maar wist een alternatieve koper voor te dragen. Het ging om Rentex, een concurrent van Rentokil, die waarschijnlijk voor de werkgelegenheid van de Nedlin een gunstiger scenario in gedachten had.

Hier onderbreek ik het feitenrelaas, want er gebeurt iets bijzonders: de ondernemingsraad komt zelf met een koper. Hoe heeft de ondernemingsraad dat klaargespeeld? Heeft hij zelf een corporate-financedadviseur in de arm genomen die de markt heeft afgezocht? Dat lijkt onwaarschijnlijk. Zou Rentex zich dan zelf bij de

---

<sup>7</sup> L.G. Verburg, Nedlin, de WOR en het SER-besluit Fusiegedragsregels, *ArbeidsRecht* 1998/23.

ondernemingsraad hebben gemeld? Ook dat is niet een voor de hand liggend scenario. Een management-buyout kan ik mij nog als zo'n spontaan gemeld alternatief voorstellen (het management staat vaak in nauw contact tot de ondernemingsraad), maar dat het gaat om een concurrent is een uitzonderlijke situatie. Het meest waarschijnlijke scenario is dat de vennootschap zelf Rentex als alternatief heeft genoemd in antwoord op vragen van de ondernemingsraad en vervolgens onvoldoende heeft uitgewerkt waarom dit alternatief moest worden verworpen. Waar het mij om gaat is te duiden hoe uitzonderlijk het is dat bij een verkoop van bedrijfsonderdelen een realistische tweede kandidaat wordt gevonden, en hoe ver werknemers moeten gaan om dit alternatief te bepleiten.

Het aandragen van een alternatief was voor de ondernemer onbespreekbaar, nu op hoger niveau in het concern de eis was gesteld dat alle textielactiviteiten door de koper tezamen zouden moeten worden overgenomen. Daar zijn verschillende goede redenen voor te vinden. Het is goed denkbaar dat voor een verkoop van alle activiteiten een betere prijs kan worden bedongen, dat bepaalde onderdelen moeilijker verkoopbaar zijn wanneer zij apart op de markt worden gezet, dat synergie-effecten wegvallen als de divisie wordt opgesplitst, etc. Verburg wijst erop dat in deze zaak niet duidelijk werd welke redenen de boventoon voerde en denkt dat dit waarschijnlijk heeft geleid tot de voor het concern ongunstige uitslag van de procedure. De Ondernemingskamer besliste namelijk dat de ondernemer in dit geval onvoldoende gemotiveerd het concernbelang had gewogen tegenover het vennootschappelijk belang van Nedlin en de met haar verbonden onderneming, mede omdat alternatieve mogelijkheden niet waren onderzocht. De Ondernemingskamer voegde daaraan toe dat de ondernemer in zijn adviesaanvraag de gevolgen van de beoogde transactie onvoldoende uiteen had gezet en onvoldoende antwoord had gegeven op de door de ondernemingsraad over die gevolgen opgeworpen vragen. Het besluit tot verkoop door CGC van de aandelen in Nedlin werd kennelijk onredelijk geacht.

In een publicatie in de bundel van de Vereniging *Corporate Litigation* uit 2002 heeft Duk gesteld dat het adviesrecht van een ondernemingsraad die is betrokken bij een Nederlands onderdeel van een meer omvattend besluit van weinig betekenis is. Wanneer de overige onderdelen van het besluit in beroep onaangetast blijven, dan is een eigen budget of de integratie van Nederlandse delen van het concern in beginsel het laatste stukje van de legpuzzel, als gevolg waarvan weinig ruimte voor variatie of invloed bestaat. Dit probleem speelt volgens hem ook in andere situaties. Besluit een concern bijvoorbeeld tot verkoop van een bepaalde divisie, dan is het weinig geloofwaardig als de tot die divisie behorende ondernemingen buiten Nederland zonder meer verkocht en overgedragen kunnen worden, maar verkoop van de Nederlandse onderneming opgehouden moet worden totdat het adviestraject over de verkoop daarvan goed doorlopen is.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> R.A.A. Duk, WOR en internationale (on)toerekeningsvatbaarheid, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 68, Kluwer 2002.



Ik meen dat deze opvatting van Duk niet overeenstemt met de bedoeling van de wetgever en jurisprudentie van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer; de zojuist aangehaalde zaak Nedlin vormt daarvan een goed voorbeeld. Het blijkt dat de Ondernemingskamer zeer goed in staat is om een stuk uit de legpuzzel te halen, wanneer het voorgenomen besluit tot verkoop voor de Nederlandse vennootschap onvoldoende gemotiveerd blijft. Dat neemt niet weg dat Duk en ik het met elkaar eens zijn waar wij vinden dat het om uitzonderingsgevallen gaat. Het zal weinig ondernemingsraden gegeven zijn om bij verkoopsituaties zelf met een alternatieve koper te kunnen komen. Uit het voorbeeld Nedlin blijkt hoe hoog de drempel is waarover werknemers heen moeten stappen, willen zij de concernstrategie kunnen beïnvloeden.

Ik noem nog een recent voorbeeld: de zaak Fundis.<sup>9</sup> In die zaak verzette de ondernemingsraad van Fundis, een thuiszorgorganisatie, zich tegen het besluit van het bestuur, goedgekeurd door de raad van commissarissen, tot participatie in een ziekenhuis, 't Lange Land Ziekenhuis. Voor het verloop van de zaak verwijs ik naar de uitspraak; daaruit blijkt dat de Ondernemingskamer dit besluit kennelijk onredelijk achtte, nu onder meer onvoldoende duidelijk bleek dat de medewerking van bepaalde bij het ziekenhuis betrokken partijen zou worden verkregen, zoals de financierende banken, de Gemeente Zoetermeer, de medische specialisten en een aantal belangrijke crediteuren van het ziekenhuis.

Daarop strandde het besluit, maar de ondernemingsraad had fundamentele bezwaren tegen de voorgenomen fusie naar voren gebracht. Men had op zich niet miskend dat het uiteindelijk aan de ondernemer is om over het al dan niet participeren in het ziekenhuis te beslissen, maar hij stelde te vreezen dat de ondernemer de kans van slagen van de transactie te positief zag en dat hij met name de financiële risico's te licht had opgevat. Het antwoord op die vraag wordt door de Ondernemingskamer niet in het midden gelaten, maar zij geeft rechtstreeks een oordeel over de kwaliteit van het besluit tot overname van het ziekenhuis (r.o. 3.8). De Ondernemingskamer vond dat Fundis kon besluiten dat de risico's voor de Fundis-groep niet zo groot waren dat zij van de participatie zou moeten afzien, gegeven ook het feit dat zij bij het aangaan van de intentieovereenkomst de door haar in beeld gebrachte risico's zoveel als mogelijk had uitgesloten.

Deze rechtsoverweging lijkt verder te gaan dan noodzakelijk was voor het wijzen van de beschikking. De Ondernemingskamer had ook een andere route kunnen kiezen. Als het niet de bedoeling is dat de rechter op de stoel van de ondernemer gaat zitten, waarom spreekt de Ondernemingskamer zich dan wel uit over het strategische besluit tot het aankopen van het ziekenhuis zelf? Anderzijds valt er wat voor te zeggen dat de Ondernemingskamer het geschil over het besluit ten gronde meteen afdoet, om zo een mogelijke tweede procedure te voorkomen. Dat betekent

---

9 OK 27 februari 2014, JOR 2014/129 m.nt. Verburg.

wel dat uitingen in de pers als ‘ondernemingsraad houdt zorgfusie tegen’ sterk moeten worden genuanceerd.

## 2. De Europese ondernemingsraad

Zojuist behandelde ik de moeilijkheden die de Nederlandse ondernemingsraad bij internationale concernbesluiten ondervindt. Worden die moeilijkheden ondervangen wanneer bij het concern een Europese ondernemingsraad is ingesteld? Op het eerste gezicht lijkt het antwoord daarop bevestigend te zijn: de Europese ondernemingsraad geldt voor alle Europese ondernemingen van het concern en heeft zo een veel beter zicht op de internationale strategie dan van een lokale ondernemingsraad verwacht kan worden.

In de praktijk stuit het functioneren van de Europese ondernemingsraad op de nodige problemen; ik heb deze in mijn dissertatie uitgewerkt.<sup>10</sup> Voor deze bijdrage is van belang dat de richtlijn en de Wet op de Europese ondernemingsraden nauwelijks voorzien in sancties wanneer de procedure tot informatie en consultatie niet wordt nageleefd. De gewijzigde WEOR van 15 november 2011 lijkt daarin, zo is de geldende mening in de literatuur, nauwelijks verandering te hebben gebracht. In de wet (artikel 1 lid 4 onder h WEOR) wordt nu wel het woord ‘advies’ gebruikt, doch daaraan mag niet teveel waarde worden gehecht. Dit advies is duidelijk anders dan het advies van 25 WOR waaraan het beroepsrecht van artikel 26 WOR is gekoppeld.

In mijn proefschrift heb ik een overzicht gegeven van uitspraken van Franse, Belgische en Duitse rechters over het functioneren van Europese ondernemingsraden, die in Nederland niet zijn gepubliceerd. Uit die jurisprudentie blijkt dat Europese ondernemingsraden in het buitenland actiever zijn dan in Nederland, waar tot nu toe één keer door een Europese ondernemingsraad is geprocedeerd. Uit die uitspraken blijkt dat de Europese en de lokale ondernemingsraad elkaar kunnen ondersteunen bij het beïnvloeden van de concernstrategie. Tussen hen kunnen ook geschillen ontstaan. Bij een voorgenomen besluit van een buitenlands hoofdbestuur dat zich vooral richt op Nederlandse concernonderdelen, kan de Europese ondernemingsraad een andere, positievere, opvatting hebben dan de Nederlandse werknemers. Dit kan bijvoorbeeld ontstaan omdat de buitenlandse Europese ondernemingsraad het concernbelang voor ogen moet houden of omdat het besluit hem te weinig raakt. De Europese medezeggenschap vormt dan in zekere zin een gevaar voor de Nederlandse werknemersbelang. Bij daaruit voortvloeiende geschillen meen ik niet dat het advies van de Europese ondernemingsraad bindend is voor de positie van de Nederlandse ondernemingsraad, maar een positief advies op Europees niveau zal die laatste zeker niet helpen in zijn (proces)positie.

---

<sup>10</sup> Zie mijn dissertatie, hoofdstuk 5.

In een lezing van 23 april 2014 voor het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht stelde Evert-Jan Henrichs dat ik dit laatste wat te voorzichtig heb geformuleerd. Hij meent dat de inhoud van opstelling van de Europese ondernemingsraad van belang is voor de Nederlandse situatie, zonder de aarzeling die hij bij mij bespeurt. In de belangenafweging tussen concern en vennootschap weegt een behoorlijke raadpleging van de Europese ondernemingsraad mee en vormt dit een extra legitimatie voor het te nemen besluit. Henrichs en ik zijn het met elkaar eens: het oordeel van de Europese ondernemingsraad kan de proceskansen van een Nederlandse ondernemingsraad in een beroepsprocedure ingevolge 26 WOR negatief beïnvloeden. Met mijn meer genuanceerde formulering heb ik tot uitdrukking willen brengen dat dit niet als absoluutheid moet worden gezien. Er zijn situaties denkbaar waarin een positief advies van de Europese ondernemingsraad is gegeven, maar niettemin het verzet van de Nederlandse ondernemingsraad gerechtvaardigd is. Zulke gevallen zullen zich niet vaak voordoen, maar zijn wel goed denkbaar in situaties waarin een voorgenomen besluit op Nederlands niveau onvoldoende is gemotiveerd of waarin de personele consequenties niet deugdelijk zijn geregeld.<sup>11</sup>

Als voorbeeld van de interactie tussen Europese en nationale ondernemingsraad noem ik de zaak Goodyear Dunlop.<sup>12</sup> Het ging om de Franse dochteronderneming van de in Luxemburg gevestigde Europese groep Goodyear Dunlop Europe. De Franse onderneming had vier productielocaties, waaronder één in Amiens Nord, waarin agrarische- en consumentenbanden werden vervaardigd. De fabriek in Amiens Nord was eerder onderwerp een Europees reorganisatieplan, dat in mei 2008 was gepresenteerd en op 18 maart 2009 werd verlaten.

Op 23 mei 2009 kondigde het bestuur, in een overlegvergadering met de Franse centrale ondernemingsraad, de voorgenomen sluiting aan van de consumentenbandenproductie in Amiens Nord. Voorts zouden verschillende opties over de toekomst van de agrarische bandendivisie in Europa worden besproken. De centrale ondernemingsraad was het hiermee niet eens en hij vorderde in kort geding een opschorting van de consultatieprocedure, stellende dat eerst informatie aan de Europese ondernemingsraad verstrekt had moeten worden. Die visie werd door de president gevolgd. Hij oordeelde dat de informatie aan de centrale ondernemingsraad incompleet was en dat het plan onvoldoende inzicht gaf in de toekomst van de productie van de agrarische banden. Dat een voornemen tot staking van de productie van consumentenbanden bestond was duidelijk, maar de toekomst van de op dezelfde locatie vervaardigde agrarische banden bleef duister. Zo kon niet worden geoordeeld over de 83 arbeidsplaatsen die in het geding waren.

In appel verzette Goodyear Dunlop zich tegen de stelling van de Franse centrale ondernemingsraad dat de Europese ondernemingsraad bij de besluitvorming

---

<sup>11</sup> Zie bijvoorbeeld de uitspraak Compascuum (ARO 2006/141) waarin een tweemaal gegeven positief advies van de Europese ondernemingsraad ongunstig meewoog in de beoordeling van een door de Nederlandse ondernemingsraad ingestelde beroepsprocedure.

<sup>12</sup> Cour d'Appel de Versailles, 27 januari 2010 inzake Goodyear Dunlop Tires France ([www.ewcdb.eu](http://www.ewcdb.eu)).

betrokken had moeten worden. Zij meende dat dit geen transnationale kwestie was en dat de Europese ondernemingsraad geen medezeggenschap had over een aangelegenheid die zich beperkte tot één land. Bovendien verwees Goodyear Dunlop naar een overlegvergadering van 5 en 6 mei 2009 met de Europese raad en verschillende conference calls en besprekingen die daarna waren gevolgd. De Goodyear-groep was bezig met een strategische heroriëntatie van haar wereldwijde activiteiten en er vielen onvoldoende duidelijk omschreven projecten aan te wijzen die onderwerp van bespreking met de Europese ondernemingsraad zouden kunnen zijn.

In appel oordeelde de Franse rechter dat de Europese ondernemingsraad tijdens de jaarlijkse bijeenkomst geconsulteerd had moeten worden. Op 18 maart 2009 was immers gesproken over een herstructureringsproject voor de fabriek in Amiens Nord, welk plan was ingetrokken. Sindsdien waren er geen omstandigheden veranderd tussen de bijeenkomst van de Europese ondernemingsraad op 5 en 6 mei 2009 en de aankondiging van het staken van de fabriek op 23 mei 2009. Nu het bestuur van de Franse dochteronderneming het project van 18 maart formeel had ingetrokken, was het evident dat het op 23 mei aangekondigde project al eerder door het bestuur bestudeerd moest zijn. Daarom had het al op 5 en 6 mei besproken moeten zijn bij de Europese ondernemingsraad. Het incomplete karakter van de informatievoorziening op Europese en nationaal niveau vormden zo een obstakel voor een constructieve dialoog, die in dit geval verplicht was gezien de omvang van de intenties voor de agrarische divisie. De rechter oordeelde daarom dat de nationale consultatieprocedure moest worden opgeschort en veroordeelde Goodyear Dunlop tot het starten van een Europese consultatieprocedure over de reorganisatie van zijn activiteiten in Europa, inclusief de herstructurering van Amiens Nord.

Ook hier is het nuttig om even stil te staan. Het is bij mijn weten in Nederland nog niet voorgekomen dat een Nederlandse ondernemingsraad stelt dat de adviesprocedure moet worden opgeschort omdat de Europese ondernemingsraad had moeten worden geconsulteerd. Die vordering werd in deze Franse zaak wel toegewezen. Daar komt bij, dat de centrale ondernemingsraad in Frankrijk deze stelling baseerde op de reorganisatie in één land, Frankrijk zelf. Niettemin werd uit het verloop van de feiten geoordeeld dat die sluiting wel onderdeel *moest* zijn van een Europees herstructureringsplan, gezien het eerder ingetrokken Europese plan. Verder speelt een rol dat de Franse centrale ondernemingsraad niet alleen geïnformeerd moest worden over de toekomst van de te sluiten productie voor consumentenbanden, maar ook over de toekomst van de agrarische banden. Dat laatste moest niet alleen op nationaal, maar ook op Europees niveau.

Wat ik hiermee wil aantonen is dat de (juridische) strijd lust van de werknemers in deze Franse zaak groot is geweest, groter dan dat wij in Nederland gewend zijn. De door de Franse ondernemingsraad aangedragen argumenten lijken ook in de Nederlandse context relevant: de kwaliteit van de informatievoorziening is ook bij

de Nederlandse rechter van doorslaggevend belang. Wanneer het vermoeden bestaat dat informatie wordt achtergehouden of wanneer onjuiste informatie over de inhoud van een strategisch plan en de reikwijdte daarvan wordt verstrekt, kan de Nederlandse rechter oordelen dat een besluit op kennelijk onredelijke gronden tot stand komt. Een vordering tot opschorting van de nationale adviesprocedure wegens veronachtzaming van de Europese consultatieprocedure heb ik in ons land nog niet eerder gezien.

### **3. Afsluiting**

Ik concludeer dat het op zichzelf mogelijk is dat het belang van de individuele vennootschap bij de strategische beleidsvorming in internationaal concernverband boven het belang van de groep wordt geplaatst. Werknemers hebben een rol bij het bewaken van dat belang. Bij de uitvoering van hun taak moeten zij met uitzonderlijk sterke argumenten komen, wil een juridische procedure tegen besluiten van een internationaal concern kans van slagen hebben en in de praktijk effect sorteren.

# Piercing the Corporate Veil in the United States: New York Taxicabs and Other Scary Adventures

*Mr. J.J.H. Joosten and mr. C.C. Lamsvelt of Hughes Hubbard & Reed LLP, New York, NY<sup>1</sup>*

## 1. Introduction

“Piercing the corporate veil” is a major concern for European, Asian, Latin American and other non-U.S. companies that do business in the U.S. through a U.S. subsidiary. The foreign parent company may fear that it will be “dragged” into U.S. litigation and be held liable for the actions of its U.S. subsidiary. Indeed, many plaintiffs’ lawyers attempt to do just that in an effort to extract a higher settlement.

This article discusses the circumstances under which, under U.S. law, a parent or sister company may be liable for actions of another group member based on the relationship between the two companies. We do not discuss situations where such liability results from the parent or sister company’s voluntary participation in a transaction or another consensual act (*e.g.*, the promise to be a guarantor of certain contractual obligations of a subsidiary). The limited length of this article does not allow us to provide a complete overview of the topic. Therefore, we do not deal with, for instance, the problems of corporate groups under bankruptcy and insolvency law, corporate groups linked by contract but not by stock ownership (*e.g.*, franchise agreements), or the difficulties that arise in litigations involving corporate groups.

We also discuss another context in which “piercing the corporate veil” plays an important role: that is, in determining whether a foreign parent company is subject to legal jurisdiction in the United States as a result of its ownership of the subsidiary corporation.

We conclude with some practical precautions that a parent of a corporate group can take to protect itself from the liabilities of its subsidiaries.

In this article, we provide the reader with a brief introduction to the United States legal system and overview of the law relating to corporate groups. In particular, we discuss the circumstances under which a parent or sister subsidiary

---

<sup>1</sup> This article is for informational purposes only and is not intended to be relied upon as legal advice. For more information on the matters discussed in this article, please contact the authors. Certain portions of this article are based in part on *Report from the United States* by Jan J.H. Joosten and Robert R. Hardy, which appeared in Volume 4, Issue 5 of *European Company Law*. We thank our summer associate Daniel Nuzzaci, who assisted with research and writing.

corporation of a corporate group may be held liable for actions of another group member based on the relationship between the two companies.

## 2. The United States Legal System

In order to fully appreciate the U.S. approach to “piercing the corporate veil”, it is helpful to recognize some of the features and idiosyncrasies of the American legal system, many of which are unique compared to other legal systems around the world.

The American legal system developed as a product of the English common law. Consequently, judge-made case law is ubiquitous and American jurisprudence relies heavily on the principle of *stare decisis*, or respect for judicial precedent. Notwithstanding the judiciary’s power to create common law, however, all case law must comply with the United States Constitution. Despite its inception in the English common law, the U.S. legal system has diverged from its ancestral roots in many ways. We list below a few characteristic aspects of the United States legal system that play important roles in corporate litigation:

- *Juries are one of the hallmark features of the American legal system.* In the United States, juries generally decide issues of fact and assess witness credibility, while judges decide issues of law. Juries are composed of ordinary citizens and, typically, contain between six to twelve members. The jury selection process varies by jurisdiction, but traditionally involves a process called *voir dire*, which allows the parties to eliminate jurors from a larger jury pool who are biased or unable to serve. In most jurisdictions, parties also receive a limited number of peremptory strikes, which allows them to eliminate a juror from the pool without providing a reason.
- *Contingency fees are permitted in the United States.* In the United States, attorneys working for plaintiffs (commonly referred to as “plaintiffs’ lawyers”) may work on a contingency basis. Under this system, plaintiffs do not pay their attorneys unless their case is won or a settlement is reached, at which point the attorney receives a pre-negotiated percentage of the winnings, typically between 20% and 40%. Although permitted, the contingency fee system remains somewhat controversial. Proponents of the contingency fee arrangement argue that it permits equal access to the courts and justice system, since it allows those of modest means to bring high-stakes lawsuits. Conversely, critics of the system argue that it promotes speculative litigation and encourages frivolous lawsuits by imposing no burden on those plaintiffs who lose.
- *The loser does not pay.* Unlike many non-U.S. jurisdictions, where the loser of a lawsuit is required to pay some or all litigation costs of the winner, the United States does generally not require losers to bear any of the defendant’s litigation costs. The court does have discretion, however, to punish a litigant by ordering

him to pay some of the opponent's litigation costs if the court believes the lawsuit to be frivolous or in cases of extreme misconduct.<sup>2</sup>

- *Discovery is an important part of litigation.* Once a lawsuit has begun, each party may request information (*i.e.*, witness testimony, documents, internal and external emails, etc.) pertinent to the lawsuit through a process called pre-trial discovery; the other side is then required to produce this information.<sup>3</sup> While there are some limitations on the type of materials that litigants can obtain from their opponents (*e.g.*, attorney work product and privileged information need not be disclosed), the inclination in the American legal system is towards full disclosure. Discovery typically accounts for a substantial portion of total litigation costs; one study found that, in 2008, Fortune 200 companies spent on average \$620,000 per case in discovery litigation costs alone.<sup>4</sup>
- *Qui tam lawsuits allow private citizens to bring suit on behalf of the government.* Under the *qui tam* provisions of the federal False Claims Act, private citizens may bring a civil action in the name of the federal government in cases of fraud against the government.<sup>5</sup> *Qui tam* suits align government interests with private interests and incentivize citizens to act as “whistle-blowers” by awarding up to 30% of damages, plus reasonable attorneys’ fees, to private parties who initiate these lawsuits.<sup>6</sup> For example, in 2012 Maersk settled a lawsuit that alleged it had overcharged shipments to U.S. military forces in Afghanistan and Iraq for \$31.9 million. The whistleblower who had initiated the suit, Jerry Brown, was entitled to \$3.6 million of that settlement.<sup>7</sup> Like contingency fee arrangements, *qui tam* suits remain somewhat controversial in the United States, as supporters contend that they are necessary to protect the government against fraud, while critics argue that they stimulate frivolous lawsuits.

### 3. Corporate Limited Liability

American corporation law is based on the principle that each corporation is a separate legal person, with its own rights and obligations distinct from those of its shareholders, and on the principle of corporate limited liability. The latter principle holds that shareholders (whether individuals or entities, such as parent corporations) are not responsible in law for the acts or obligations of the corporation in which they hold shares. The liability of a shareholder is thus limited to losing the

---

2 Fed. R. Civ. P. 11.

3 Fed. R. Civ. P. 26.

4 Lawyers for Civil Justice, Civil Justice Reform Group, *Litigation Cost Survey of Major Companies*, U.S. Chamber Inst. for Legal Reform 15 (2010).

5 31 U.S.C. § 3730(b)(1) (2010) (“A person may bring a civil action for a violation of section 3729 for the person and for the United States Government. The action shall be brought in the name of the Government.”).

6 Christina Orsini Broderick, Note, *Qui Tam Provisions and the Public Interest: An Empirical Analysis*, 107 Colum. L. Rev. 949, 953 (2007).

7 Press release, U.S. Dep’t of Justice, Maersk Line to Pay US \$31.9 Million to Resolve False Claims Allegations for Inflated Shipping Costs to Military in Afghanistan and Iraq (Jan. 3, 2012) (available at <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-civ-002.html>).



value of his shares. For example, the Delaware General Corporation Law<sup>8</sup> provides that, except as a corporation may otherwise provide in its certificate of incorporation,

“the stockholders of a corporation shall not be personally liable for the payment of the corporation’s debts except as they may be liable by reason of their own conduct or acts.”<sup>9</sup>

The “except” is important, because status as a shareholder does not immunize the shareholder from personal liability if he independently engages in or participates with the corporation in a wrongful act.

These doctrines of separate personality and limited liability also apply to corporations that are part of a corporate group or business enterprise.<sup>10</sup> In a number of areas, however, American law has found the automatic application of these doctrines unacceptable. Courts and legislatures have developed a variety of approaches permitting the attribution of legal responsibility for a corporation’s obligations to the other members of its corporate group. According to some commentators, this attribution of rights and responsibilities from one actor in a common economic enterprise to another in particular settings represents the “emerging law of corporate groups.”<sup>11</sup>

#### A. *Separate Identity of Parent and Subsidiary: the Corporate Veil*

The chief condition under which a shareholder enjoys corporate limited liability is that the shareholder must respect the separate corporate identity of the corporation, and must not abuse it. A shareholder who uses a corporation as a private purse, for example, making no distinction between the corporation’s funds and his own, is likely to find that the corporation’s creditors are not required to make that distinction either.

The principle of corporate limited liability tends to assume practical importance in several situations: (i) where the corporation lacks sufficient assets to meet its obligations or to pay a judgment; (ii) where an adversary in litigation seeks to obtain personal jurisdiction over a parent based on the presence in the U.S. of the subsidiary (or vice versa); (iii) where a litigation adversary of a subsidiary seeks information from its parent through the process of civil discovery; (iv) where an adversary seeks to bind a parent to a judgment against a subsidiary; and (v) where an adversary seeks to recover punitive damages scaled to the assets of the parent, rather than just those of the subsidiary.

---

<sup>8</sup> Business corporations in the United States are organized under state law, with each state having its own business corporation statute. The most popular state of incorporation is Delaware. Both the statutes and the judicial decisions relating to corporation law vary to some extent from state to state. This article provides a synthesis of the prevailing American view on the matters discussed.

<sup>9</sup> Del. Code Ann. Tit. 8, § 102(b)(6).

<sup>10</sup> There is no generally accepted definition of a “corporate group” in the United States.

<sup>11</sup> See Phillip I. Blumberg et al., *Blumberg on Corporate Groups* § 6.02, at 7 (Aspen Publishers, 2d ed. Supp. 2009).

Any of these situations may lead an adversary to attempt to penetrate the limited liability of a corporation through a process known as “piercing the corporate veil”. This requires the adversary to persuade a court to disregard the separate identities of corporation and parent/shareholder for one of the purposes just enumerated. The classic example, found in some early cases, is the fleet of taxicabs in which each automobile is owned by a separate corporation, each of which has no asset other than the automobile.<sup>12</sup> A plaintiff injured by one taxi would try to obtain compensation from the assets of the shareholder controlling the entire fleet, on the ground that it would be unfair to allow the shareholder, as the real owner of the taxi, to avoid paying for the injury. The plaintiff would often be successful if the shareholder had been careless about preserving the distinct identities of the corporations he controlled, and if it seemed unfair, to allow him to escape liability.

Whether a plaintiff today can persuade a court to look past the corporation with which the plaintiff is in contact, and allow him to reach the parent (or shareholder), turns on the specific facts of the case. Modern American jurisprudence requires that a plaintiff show three elements to pierce the corporate veil: (1) lack of independent existence between the subsidiary and parent, disregard of corporate formalities, or excessive exercise of control, (2) abuse of the corporate form in pursuit of a fraudulent purpose, and (3) a causal relationship to the plaintiff’s loss.<sup>13</sup> The first element contemplates a lack of real-world existence of the subsidiary resulting from an exercise by the parent of such a high degree of control over the affairs of the subsidiary that it is reduced to a “mere agency” of the parent, comparable to a division.<sup>14</sup> The courts have in this regard spoken in terms of the subsidiary being a “mere instrumentality”, “alter ego”, “puppet”, “sham” or “adjunct” of the parent corporation.<sup>15</sup> The second element is a use by the parent of the subsidiary for an improper purpose that amounts to an abuse of the privilege of carrying on business as a corporation.<sup>16</sup> The final factor requires a plaintiff to show a causal connection between the defendant’s wrongful act and the injury sustained by the plaintiff.

12 See, e.g., *Walkovszky v. Carlton*, 223 N.E.2d 6 (N.Y. 1966).

13 See Phillip I. Blumberg et al., *Blumberg on Corporate Groups* § 10.03[B], at 8 (Aspen Publishers, 2d ed. Supp. 2013-2).

Traditionally, the United States distinguishes between three principal variants in veil piercing: the “alter ego” doctrine, the “instrumentality” doctrine, and the “identity” doctrine. Some authors believe that, in spite of different formulations, these doctrines are essentially the same. See, e.g., Karen Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach*, 78 (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International) (2007).

14 See Phillip I. Blumberg et al., *Blumberg on Corporate Groups* § 10.03[B], at 8 (Aspen Publishers, 2d ed. Supp. 2013-2).

15 Phillip I. Blumberg., *Accountability of Multinational Corporations: The Barriers Presented by Concepts of the Corporate Juridical Entity*, 24 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 297, 307 (2001) [hereinafter *Multinational Corporations*].

16 See *Oddenino & Gaule v. United Fin. Group*, No. 98-55431, 1999 U.S. App. LEXIS 29506, at \*3 (9th Cir. Nov. 4, 1999) (“an inequitable result arises when the existence of an unsatisfied creditor is coupled with an abuse of the corporate form, such as a misrepresentation of the corporate structure to creditors or undercapitalization”). Courts are divided as to whether bad faith is required to fulfill the second element of the test. See, e.g., *RRX Indus. Inc. v. Lab-Con, Inc.*, 772 F.2d 543, 546 (9th Cir. 1985) (holding that bad faith is not essential); but see, e.g., *Cambridge Elecs. Corp. v. MGA Elecs.*, 227 F.R.D. 313, 331 (C.D. Cal. 2004) (“California courts generally require some evidence of bad faith conduct.”).

Although not explicitly listed in many judicial articulations of the veil-piercing test, courts always require proof of causation when it is placed in controversy.

Occasionally, courts have considered a second test in determining whether to pierce the corporate veil. This test, known as the “undercapitalization” or “inadequate capitalization” theory, requires a plaintiff to show that a parent corporation or corporate group has intentionally established its subsidiary with insufficient capital to meet expected liabilities of the business they are conducting.<sup>17</sup> Although this theory has been rejected as a stand-alone *per se* test in numerous jurisdictions, many courts consider it a relevant factor in their veil-piercing analyses.<sup>18</sup>

Piercing the corporate veil is an extreme step, which U.S. courts take rarely and reluctantly. As a practical matter, a parent corporation runs a higher risk of exposure if it or its personnel participate in or interfere with the activities of a subsidiary outside of normal corporate channels. For example, if personnel of the parent who do not have positions with the subsidiary attend meetings or otherwise interact with third persons on matters related to the subsidiary’s business, that participation could be enough to expose the parent to a claim, based on the parent’s own conduct, arising out of any resulting transaction.

Some commentators have argued that, when seeking to pierce the corporate veil, contract creditors should carry a heavier burden of proof than that required from plaintiffs in tort cases.<sup>19</sup> Proponents of this double standard claim that such a policy promotes corporate limited liability’s historical justification of encouraging investment and also has economic substantiation because contract creditors have a prior opportunity to investigate the financial situation of corporations with whom they deal and to adjust their terms and conditions (*e.g.*, interest rates) accordingly.<sup>20</sup> Despite these well-founded arguments, courts have traditionally refused to distinguish between contract and tort creditors in veil-piercing cases.<sup>21</sup> However, there has been an increasing trend towards veil piercing in toxic tort cases in the federal court system.<sup>22</sup>

There is no uniform law on veil piercing in the United States. Federal law and the laws of the different states have different veil-piercing doctrines, and similar fact patterns may give rise to contradictory results.<sup>23</sup>

---

17 Stephen B. Presser, *Piercing the Corporate Veil* 67 (Thomson Reuters, 2014 ed.).

18 *Id.* at 69.

19 *See, e.g., id.* at 87-99; *see also* Robert W. Hamilton et al., *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and Limited Partnerships* 281-282 (West Publishing Co., 5th ed. 1994).

20 Presser, *supra* note 17, at 88.

21 *See* Phillip I. Blumberg et al., *Blumberg on Corporate Groups* § 58.02[G], at 15 (Aspen Publishers, 2nd Ed. Supp. 2012-1) (“This illustrates vividly the indiscriminate application of the concepts of traditional piercing-the-veil jurisprudence without regard to the nature of the particular area of law in issue.”).

22 Presser, *supra* note 17, at 100.

23 *Multinational Corporations, supra* note 15, at 307 (“This is one of the most unsatisfactory areas of the law. With hundreds of irreconcilable decisions and shifting rationales, it functions in an almost inscrutable manner.”).

B. *Collective Operation of a Single Integrated Enterprise Doctrines*

In addition to the piercing doctrines, there is a second set of doctrines that support the disregard of the entity view. These doctrines attribute legal rights and obligations to the corporate enterprise and its components solely on the basis of the existence of a common business, control and extensive integration of operations, and management of the enterprise. These doctrines include: (i) the single business enterprise doctrine, (ii) the intragroup decentralization and delegation doctrine, (iii) the fragmentation of the enterprise doctrine, and (iv) the enterprise doctrine.<sup>24</sup> Most of these doctrines have been accepted only in a limited number of jurisdictions or have been applied only with respect to specific subject matters.

C. *Agency and Quasi-Agency*

Common-law agency provides an alternative route to imposition of liability on a parent corporation for acts of its subsidiary. In a parent-subsidiary relationship, however, an agency relationship satisfying the common-law requirements seldom arises. This is because the common law requires not only control, but also, *inter alia*, a consensual transaction (the parties must agree that the subsidiary (the agent) is acting for the parent (the principal)).

The courts of a number of states have recognized a “quasi-agency” relationship for purposes of attributive intragroup jurisdiction in situations where the common law standards are not met.<sup>25</sup> Under this quasi-agency theory, these courts uphold attributive jurisdiction in the group setting on the basis of excessive control alone.

D. *Legislation*

There have also been legislative efforts to introduce or reinforce group liability. Especially since the 1930s, Congress has increasingly defined the scope of statutes and administrative regulations in functional terms, instead of conceptual terms, through introduction of the concept of control and the imposition of liability on controlling persons for statutory violations of members of the group.<sup>26</sup> For example, under the Federal Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (“CERCLA”), parent corporations can be held liable for the toxic waste cleanup expenses of their subsidiaries under one of two theories.<sup>27</sup> First, corporations can be held liable under a derivative theory of liability when

---

24 Phillip I. Blumberg et al., *Blumberg on Corporate Groups* § 10.03[E], at 11 (Aspen Publishers, 2d ed. 2005).

25 *Id.* at § 10.04[B], at 14.

26 *Multinational Corporations*, *supra* note 15, at 311-16 (citing examples such as the Securities Act of 1933, the Securities and Exchange Act of 1934, the Foreign Corrupt Practices Act, the Age Discrimination in Employment Act and the Americans with Disabilities Act).

27 James T. O’Reilly, *Superfund & Brownfields Cleanup* § 8.13 (West 2013 ed.). See also *U.S. v. Bestfoods*, 524 U.S. 51 (1998) (holding that parent corporations can be held liable under CERCLA on either a derivative theory of liability or a direct theory of liability).

traditional corporate veil piercing is warranted. Second, corporations can also be held liable under a direct theory of liability when the parent corporation has demonstrated significant involvement and control in operating its subsidiary's facility. Similarly, under the Federal Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA"), American corporations and other corporations subject to the FCPA have been held liable for the abuses of their subsidiaries under theories of agency, piercing the corporate veil, and successor liability.<sup>28</sup>

Many states have done the same with numerous insurance regulatory statutes and other statutes, particularly those regulating sale and distribution of alcoholic beverages and the conduct of gambling enterprises.

#### **4. Foreign Parent Companies with U.S. Subsidiaries: Personal Jurisdiction**

In order to pierce the corporate veil and hold a parent company liable, a U.S. court will need to establish that it has personal jurisdiction over the parent company. In a domestic context, this may be relatively straightforward. In the case of a foreign parent company, however, personal jurisdiction is not always easy to establish. This is good news from the perspective of foreign parent companies.

To establish personal jurisdiction over a non-resident defendant, the plaintiff must show that the defendant received adequate notice of the lawsuit and that exercise of jurisdiction over the defendant comports with traditional notions of fair play and substantial justice. The exercise of jurisdiction must be consistent with the due process requirements of the U.S. Constitution.

A court can exercise either general jurisdiction or specific jurisdiction over a defendant.

##### *A. General Jurisdiction*

To establish general jurisdiction over a defendant corporation, the plaintiff must show that the defendant engages in continuous and systematic conduct in the forum state such that it would not be unfair to hail it into court there.<sup>29</sup> A court finding of general jurisdiction over a defendant corporation means that the court can exercise jurisdiction over the defendant for any cause of action within that court's subject matter jurisdiction. Furthermore, it means that the defendant corporation can be sued in the forum state for conduct occurring anywhere in the world. In recent years, the U.S. Supreme Court has greatly narrowed the applicability of general jurisdiction. In its 2011 decision *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*,<sup>30</sup> the Supreme Court held a finding of general jurisdiction is only

---

28 Evan P. Lestelle, Comment, *The Foreign Corrupt Practices Act, International Norms of Foreign Public Bribery, and Extraterritorial Jurisdiction*, 83 Tul. L. Rev. 527, 533 (2008).

29 *Int'l Shoe Co. v. State of Wash.*, 326 U.S. 310, 317 (1945).

30 131 S. Ct. 2846 (2011).

permitted if a corporation is “at home” in the forum state. Merely doing business in a state is not sufficient to be considered “at home” there. The Supreme Court recently further clarified and narrowed the constitutional limitations of general jurisdiction in *Daimler AG v. Bauman*.<sup>31</sup>

In *Bauman*, a group of Argentinian plaintiffs brought suit against Daimler AG, a German corporation, in the U.S. District Court for the Northern District of California based on the tortious acts of Daimler’s Argentinian subsidiary. Plaintiffs argued that the California court had general jurisdiction over the German corporation because Daimler’s American subsidiary, Mercedes-Benz USA LLC (a Delaware limited liability company, headquartered in New Jersey), did business in California. The court ultimately decided that it would be unjust to hold the German-based corporation accountable in the United States for tortious conduct committed in Argentina, simply because Daimler owned an unrelated American subsidiary that did business in California. Before *Bauman*, a corporate parent might have been subject to general jurisdiction in any state in which its subsidiaries operated. Now, courts can no longer assert jurisdiction over a corporate parent solely based on its subsidiary’s presence in the jurisdiction.

Consequently, plaintiffs will find it increasingly difficult to establish general jurisdiction over foreign parent corporations and, thus, more challenging to successfully pierce the corporate veil against foreign defendants. Foreign parent companies should be careful not to create other potential grounds for general jurisdiction, e.g., by doing business in the U.S. directly (without going through their U.S. subsidiary) or by initiating litigation in the U.S. courts.

#### B. *Specific Jurisdiction*

Specific jurisdiction is a more narrow form of personal jurisdiction that can arise when a defendant’s contacts with the forum state are not sufficiently continuous and systematic to give rise to general jurisdiction, but give rise to the liabilities forming the basis of the lawsuit.<sup>32</sup> Through a state’s “long-arm” statute, state and federal courts within the state’s physical boundaries can exercise jurisdiction over a foreign parent corporation based on the American subsidiary’s specific contacts with the state that gave rise to the lawsuit. Long-arm statutes vary between states, but they typically allow courts to exercise specific personal jurisdiction when the lawsuit arises from: (1) the defendant’s actions in the forum state or (2) the plaintiff’s injury in the forum state.

The test for specific jurisdiction affords plaintiffs several procedural advantages. For example, the necessary contacts a plaintiff must demonstrate for the court to exercise specific jurisdiction over a defendant are much lower than those needed to assert general jurisdiction. Additionally, plaintiffs need not show that the

---

<sup>31</sup> 134 S. Ct. 746 (2014).

<sup>32</sup> *Bauman*, 134 S. Ct. at 761 (“jurisdiction can be asserted where a corporation’s in-state activities are not only ‘continuous and systematic, but also give rise to the liabilities sued on’”) (citing *Int’l Shoe*, 326 U.S. at 317 (1945)).

subsidiary or the parent company is incorporated or has its principal place of business in the forum state. In return for these advantages, however, plaintiffs are limited to bringing lawsuits specifically deriving from conduct or occurrences within the forum state. Ultimately, the procedural strategy used by plaintiffs seeking to reach the deep pockets of foreign corporate defendants will rely heavily on the facts of the case. Parent corporations should prepare for these lawsuits by limiting their contacts with forum states they do not wish to litigate in and by observing corporate formalities designed to ensure limited liability.

## 5. Practical Precautions

A parent company may wish to take precautions to protect itself from the liabilities of its U.S. subsidiaries, both to avoid providing any basis for piercing the corporate veil, and to guard against liability on the basis of any of the other doctrines discussed in this article. Such precautions could include:

- *Leaving the business of the subsidiary to the subsidiary.* To the extent possible, the affairs of the subsidiary should be dealt with by personnel on the payroll of the subsidiary, rather than by personnel of the parent. The subsidiary should also be able to explain what its business is, and how it differs from its parent's.
- *Allowing the subsidiary to make decisions by a process that follows normal corporate structures of decision-making.* For example, to the extent that the parent can put a structure in place that allows it to exercise its power by voting its shares to elect directors, rather than by interfering directly in the subsidiary's day-to-day management, it will make the parent/subsidiary distinction clearer.
- *Keeping the subsidiary's funds separate from those of the parent.* Nothing makes a court more suspicious of the separate corporate identity of a subsidiary than the perception that the parent has used the subsidiary's funds as though they were its own. Parent and subsidiary may use the same bank, but should have separate accounts. Both companies should account carefully for any transfers of funds between the companies. Assets of one company should not be used to secure loans to another, and repayment should always be made to the entity from which the funds came.
- *Properly capitalizing the subsidiary.* A subsidiary should have (or have access to) enough capital to carry on its business and meet its normal obligations.
- *Insuring the subsidiary adequately.* Probably the single most effective protective measure that a subsidiary can take to protect its parent is to carry enough insurance to cover any claim that it can reasonably anticipate.
- *Properly identifying the subsidiary.* All contracts and correspondence should make it clear which corporation is engaging in any particular piece of business. Letterhead of the subsidiary should always be used for the subsidiary's business. The subsidiary should hold any necessary licenses and should make any required registrations in its own name.
- *Identifying personnel properly.* It may well be necessary for business reasons for one person to exercise functions for both the parent and the subsidiary, but

anyone who does so should have been properly appointed or elected to an appropriate position with the subsidiary. Such a person should take care to make it clear both to outsiders (by, for example, using the correct business card) and to others in the company when he is acting for the parent and when he is acting for the subsidiary. No one other than an officer or other properly designated agent of the subsidiary should ever sign a contract or other legal document on behalf of the subsidiary.

- *Organizing the management of the subsidiary.* To the extent possible, the directors and officers of the subsidiary should not all be the same as those of the parent.
- *Keeping proper records of corporate decision-making.* Certain decisions must be made by the subsidiary's board of directors, such as election of officers and appointment of auditors. The subsidiary should keep contemporaneous records that will permit it to show that its board of directors has held meetings to make such decisions, or that it has acted by unanimous written consent where that is appropriate.
- *Providing any centralized services in such a way as not to suggest improper control.* It is perfectly proper for a parent company to provide centralized services (such as finance or data processing) to its subsidiaries. However, the parent company should do so in a way that provides a service, not that disguises control, and it should charge related expenses to the entity that has received the service. A parent company may also want to manage contacts with financial institutions or lawyers centrally, on behalf of all subsidiaries. This should not present a problem, but it is advisable for the parent to do this as a service to its subsidiaries under the terms of an agreement between them, or for the person acting on behalf of the subsidiary to have a position with the subsidiary in addition to whatever position he holds with the parent.



# Concernverbanden in de vennootschapsbelasting

*Ziet u door de bomen nog het bos???*

*Dr. J. van Strien,<sup>1</sup> dhr. V.L. Meijerman MSc<sup>2</sup>*

## 1. Inleiding

Verbondenheid is een kernbegrip in zowel de commerciële als in de fiscale winstbepaling. Hiermee wordt aangegeven dat (rechts)personen<sup>3</sup> in meer of mindere mate in economische zin fungeren als één groep/concern in plaats van als aparte zelfstandig opererende juridische entiteiten. Voor het jaarrekeningenrecht is het verbondenheids(/groeps)begrip terug te vinden in art. 2:24b van het Burgerlijk Wetboek (BW). In de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (Wet VPB 1969) zijn verschillende vormen van verbondenheid te vinden in (onder andere) de artt. 8b, 8c, 10a, 10d (oud), 13 en 15.

In deze bijdrage gaan wij in op de verschillende vormen van verbondenheid die de vennootschapsbelasting kent. We starten met het kort bespreken van art. 2:24b BW, om deze bepaling te kunnen afzetten tegen de verschillende verbondenheidsbegrippen welke in de vennootschapsbelasting zijn opgenomen. Daarna bespreken we globaal de rechtsgronden van een heffing die aangrijpt bij juridische entiteiten als subject. Vervolgens analyseren we de artikelen in de Wet VPB 1969 welke zien op verbondenheid in de hierna volgende volgorde: art. 13 Wet VPB 1969 (verbondenheid voor deelnemingsvrijstelling), art. 8b Wet VPB 1969 (verbondenheid voor verrekenprijspromatiek), art. 10a Wet VPB 1969 (verbondenheid ten behoeve van regelingen ter voorkoming van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag), art. 8c Wet VPB 1969 (verbondenheid voor doorstroomvennootschappen) en art. 15 Wet VPB 1969 (verbondenheid voor de fiscale eenheid). De reden voor de keuze van deze volgorde bestaat eruit dat deze volgorde – in onze optiek – een oplopende schaal vormt van beperkt verbonden naar (vrijwel) geheel verbonden. Hierna zullen we dit nader illustreren.

Bij elk van de genoemde fiscale verbondenheidsregelingen gaan we achtereenvolgens in op de navolgende zaken. Eerst onderzoeken we wat het grondgedachte

---

<sup>1</sup> Dr. J. van Strien is werkzaam bij het Bureau Vaktechniek van Ernst & Young Belastingadviseurs LLP te Rotterdam en tevens verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

<sup>2</sup> Dhr. V.L. Meijerman MSc is verbonden aan Ernst & Young Belastingadviseurs LLP te Rotterdam.

<sup>3</sup> En bij sommige bepalingen tevens natuurlijke personen, zie art. 10a lid 4 t/m 6 Wet VPB 1969.

van de regeling is, vervolgens beschrijven we het beoogde doel van de regeling, waarna we ingaan op de vraag in hoeverre dit doel behaald wordt. We sluiten elk onderdeel af met een analyse waarmee we onderzoeken of de vorm van verbondenheid die in dat onderdeel besproken wordt, ook de meest geschikte vorm is om het beoogde doel van de betreffende regeling te bereiken.

Een vraag die opkomt bij de opsomming van bovenstaande serie bepalingen in Wet VPB 1969 is of dit niet minder gecompliceerd kan. Zou het niet efficiënter zijn om voor belastingdoeleinden aan te sluiten bij hetgeen reeds bepaald is in art 2:24b BW, of om het aantal verbondenheidsbegrippen in de Wet VPB 1969 te beperken tot één? In de afsluiting van deze bijdrage komen we terug op deze vraag.

## 2. Verbondenheid in de commerciële jaarrekening

### 2.1. Rechtspersonen en art 2:24b BW

Het uitgangspunt voor de behandeling van rechtspersonen is te vinden in art. 2:5 BW. Aldaar wordt vermeld:

*“Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.”*

Dit houdt in dat elke rechtspersoon<sup>4</sup> geacht wordt zelfstandig drager te zijn van rechten en plichten. Elke rechtspersoon is individueel verantwoordelijk voor het voldoen aan diens uit de wet voortvloeiende verplichtingen, bijvoorbeeld op het gebied van het jaarrekeningsrecht. Een uitzondering op deze hoofdregel vormt art. 2:24b. Dit artikel luidt:

*“Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden (onderstrepingen JvS/VM). Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.”*

De gedachte die aan de basis ligt van deze bepaling kan worden gevonden in het aansluiten bij de economische werkelijkheid. Met het opnemen van deze bepaling in het BW heeft de wetgever onderkend dat de economische werkelijkheid niet altijd strookt met de (nogal rigide) juridische werkelijkheid van separate entiteiten met eigen rechten en verplichtingen. Het uitgangspunt vormt nog steeds dat deze entiteiten als zelfstandige rechtspersoon deelnemen aan het maatschappelijk verkeer.

---

4 Dit zijn ingevolge art. 2:1, 2:2 en 2:3 BW: De Staat, provincies, gemeenten, waterschappen, kerkgenootschappen, verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen (NV), besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (BV) en stichtingen (in deze bijdrage zullen we voornamelijk ingaan op de BV en de NV). Met het oog op de leesbaarheid zullen we hierna de termen ‘vennootschap’, ‘entiteit’ en rechtspersoon door elkaar gebruiken. Wij doelen echter met al deze termen op de BV en de NV.

## 2.2. Invulling van het begrip ‘groep’

Het begrip groep wordt bijvoorbeeld gebruikt in art. 2:406 BW. In de praktijk zijn de regels omtrent consolidatie van de jaarrekeningen van groepsmaatschappijen (art 2:406 BW) van belang.<sup>5</sup> Deze regeling houdt kort gezegd in dat groepsmaatschappijen een gezamenlijke geconsolideerde jaarrekening dienen op te stellen waaruit de financiële positie van de groep als geheel blijkt. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat een verkeerd beeld van de financiële positie van de gehele groep ontstaat, door bijvoorbeeld grote verschillen in winstgevendheid van de diverse separate entiteiten in de groep. Het is denkbaar dat één groepsvennootschap slechts verliezen behaalt of dat een *standalone* vennootschap een hoge schuldpositie heeft. Binnen een gezonde groep zullen deze ‘uitzonderlijke’ posities doorgaans genutraliseerd worden door een tegenovergestelde positie bij de overige groepsvennootschappen. Een geconsolideerde jaarrekening maakt dit inzichtelijk.

Voor de aanwezigheid van een groep in de zin van art. 2:24b BW gelden de volgende drie cumulatieve criteria. Er moet sprake zijn van:

- een economische eenheid;
- organisatorische verbondenheid; en
- de aanwezigheid van één centrale leiding.<sup>6</sup>

De eerste twee criteria volgen rechtstreeks uit de tekst van art 2: 24b BW. Het laatste criterium is geformuleerd tijdens de parlementaire behandeling.<sup>7</sup> Kort houden de drie criteria het volgende in:

- Economische eenheid: Dit criterium komt voort uit het jaarrekeningenrecht. In het jaarrekeningenrecht geldt dat over een groep vennootschappen een gezamenlijk jaarverslag uitgebracht dient te worden indien de vormgeving van de groep dusdanig is dat het zinvol is om een dergelijk gezamenlijk verslag op te maken.
- Organisatorische verbondenheid: er is sprake van integratie tussen de verschilde vennootschappen, hiervoor is een zekere mate van juridische verbondenheid van belang. Immers, de moedervernootschap moet voldoende invloed uit kunnen oefenen op het beleid van de overige groepsvennootschappen. Aannemelijk is dat het omslagpunt ligt bij een aandelenbelang van meer dan 50%, zeker is dit echter allerminst. Indien aandelen slechts ter belegging aangehouden worden, is er geen sprake van een groep.
- Centrale leiding: hiervan is sprake als er een hiërarchische structuur is waardoor de groep een gezamenlijke strategie kan volgen. Onvoldoende om te kunnen concluderen tot het bestaan van een centrale leiding is het gemeenschappelijke gebruik van dezelfde financiële middelen.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Groene Serie Rechtspersonen, Artikel 24b. Groep bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 24b, aant. 3.

<sup>6</sup> Groene Serie Rechtspersonen, Artikel 24b. Groep bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 24b, aant. 3. Zie voor een uitgebreidere beschouwing van het groepsbegrip: J. van Strien, ‘*Renteafrekbeperingen in de vennootschapsbelasting*’, Fiscale Monografieën 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 418-423.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II*, 16 326, nr. 3 (MvT), p. 42.

<sup>8</sup> Groene Serie Rechtspersonen, Artikel 24b. Groep bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 24b, aant. 3.

Art. 2:24b BW kent een sterk economische benadering. Er wordt feitelijk gezocht naar het antwoord op de vraag of een groep economisch opereert als één. Luidt het antwoord op die vraag bevestigend, dan is er sprake van een groep.

### 3. Rechtsgronden vennootschapsbelasting

#### 3.1. Mogelijke rechtvaardigingen vennootschapsbelasting

Alvorens in de hiernavolgende paragrafen in te gaan op de diverse vormen van verbondenheid in de VPB 1969, staan we kort stil bij de grondslagen die het bestaan van een belasting op juridische entiteiten *an sich* rechtvaardigen. De juridische grondslag van de Vennootschapsbelasting is volstrekt helder. Deze grondslag is te vinden in de Wet VPB 1969. Voor materiele grondslagen ligt dit anders. Een goed overzicht van (potentiele) rechtvaardigingen voor de vennootschapsbelasting wordt gegeven door *Van der Geld*.<sup>9</sup> Hij noemt achtereenvolgende de volgende (potentiele) rechtvaardigingen:<sup>10</sup>

1. De antropomorfe visie: deze sterk op juridische leest geschoeide visie houdt in dat juridische entiteiten, vanwege hun gelijkstelling in het civiele recht aan natuurlijke personen, als zodanig zelfstandig draagkracht bezitten. Dit argument zou rechtvaardigen dat bij deze lichamen belasting geheven wordt. Immers: wie inkomen geniet dient belasting te betalen. Tegenhanger van deze visie is de zogenaamde verlengstukgedachte. In dit gedachtegoed is de vennootschap een economisch verlengstuk van de (uiteindelijk) aandeelhouder om deel te nemen aan het economisch verkeer. Beide standpunten zijn volgens ons tot op zekere hoogte verdedigbaar. In beginsel dient, ook vanuit praktisch oogpunt, uitgegaan te worden van de juridische werkelijkheid. Daar waar nodig dienen uitzonderingen gemaakt te worden ten faveure van de economische werkelijkheid.
2. De leer van het globale evenwicht: deze leer stelt dat een belasting over de winsten van vennootschappen noodzakelijk is om een gelijke behandeling tussen ondernemers 'binnen en buiten de BV' te bewerkstelligen. In deze visie is de vennootschapsbelasting een ondersteunende belasting ten dienste van de inkomstenbelasting die geheven wordt bij de aandeelhouders-natuurlijke personen. De vraag is of dit niet op andere wijzen bewerkstelligd zou kunnen worden. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de aandeelhouders ineens in de belastingheffing betrokken worden ter zake van de door de vennootschap behaalde winst.

9 J.A.G. van der Geld, *'De deelnemingsvrijstelling'*, Fiscale Monografieën nr. 20, Deventer, Kluwer 2011 (derde herziene druk), p. 15 t/m 20.

10 Zie in dit verband tevens: J. Verburg, *'Vennootschapsbelasting'*, Fiscale handboeken nr. 4, hoofdstuk 1 en W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954, p. 38-39. In het laatstgenoemde werk zijn met betrekking tot rechtvaardigingen voor specifiek de vennootschapsbelasting de volgende paragrafen van belang: 3.31 (p.155), 3.33 (p. 155), 3.57 (p. 168), 4.7 (p.211), 5.221 (p. 249) en 8.251 (p. 693).

3. De compensatietheorie: binnen deze theorie heerst de gedachte dat de vennootschapsbelasting een belasting is voor de aandeelhouders over de vermogensaanwas van de aandelen. Van der Geld maakt bij deze theorie de, onzes inziens overigens terechte, kanttekening dat het in dit geval niet erg logisch is om tevens uitgekeerde dividenden te belasten.<sup>11</sup>
4. Het profijtbeginsel: dit beginsel is gestoeld op de gedachte dat de aandeelhouder van de vennootschap die belast wordt, profiteert van het rechtstelsel dat ter zake van het vennootschapsrecht door de overheid in stand gehouden wordt. Dit voordeel voor de aandeelhouder zou zich manifesteren doordat de aansprakelijkheid van de aandeelhouder beperkt is tot zijn inleg in de vennootschap (storting op aandelen) en de aandeelhouder daardoor een lager risico loopt dan de ondernemer die niet met een BV onderneemt.<sup>12</sup>
5. Het buitenkansbeginsel: aanhangers van dit beginsel stellen dat de aandeelhouder van een succesvolle vennootschap zich in een bevoorrechte positie bevindt ten opzichte van aandeelhouders in minder succesvolle vennootschappen. Dit zou een argument zijn om de overwinst (winst die overblijft na de zogenaamde ‘normale beloning’ op de verstrekking van risicodragend vermogen) die vennootschappen realiseren volledig weg te belasten.<sup>13</sup> Het behoeft onzes inziens verder geen betoog dat dit elke ondernemerszin de das om zou doen.
6. De laatste en, in samenhang gezien met de hiervoor besproken leer van het globale evenwicht, in onze ogen voornaamste reden om vennootschapswinsten te belasten is het budgettaire belang. In het geval geen vennootschapsbelasting geheven zou worden, dan zou in veel gevallen de winst pas belast kunnen worden op het moment dat de winsten die gemaakt worden de vennootschap verlaten (in de vorm van uitkeringen). Dit kan velen jaren op zich laten wachten. Gezien het feit dat burgers en politiek liever nu dan later geld zien is op basis van dit argument een vennootschapsbelasting op zijn plaats. De vennootschapsbelasting voorkomt op deze wijze dat de vennootschap een onbelaste vrijhaven wordt voor ondernemingswinsten.

Gelet op het bovenstaande zijn de rechtsgronden voor de vennootschapsbelasting tamelijk dun.<sup>14</sup> Voornamelijk het bereiken van een globaal evenwicht tussen IB- en VPB-ondernemers alsmede het budgettaire argument lijken van groot belang. Het

---

11 Ook *De Langen* stelt dat slechts winsten belast zouden moeten worden slechts indien en voor zover deze winsten bij de aandeelhouder onbelast zijn. W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954, p. 693.

12 *De Langen* is van mening dat aan dit beginsel ten aanzien van de belasting van NV's (thans ook BV's) geen zelfstandige waarde toekomt omdat volgens hem het daadwerkelijke verschil in aansprakelijkheid tussen aandeelhouders en bijvoorbeeld obligatiehouders bij een (open) NV te verwaarlozen is. Overigens onderkent hij wel dat dit verschil groter wordt indien er sprake is van een grootaandeelhouder in plaats 'kleine aandeelhouders. Indien de vennootschap overwinst behaalt, is volgens *de Langen* wel een rol voor het profijtbeginsel weggelegd ter ondersteuning van het beginsel van de bevoorrechte verkrijging (buitenkansbeginsel). W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954, p. 211 en 693.

13 Vergelijk: W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht*, Alphen aan den Rijn: Samson 1954, p. 155, 157 en 168.

14 Verburg komt tot een soortgelijke conclusie: J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Fiscale handboeken nr. 4, paragraaf 1.8.

gebrek aan rechtsgronden wordt extra duidelijk indien men de volgende citaten uit de parlementaire behandeling die voorafgingen aan de introductie van de Wet VPB 1969 beziet:

Er “*is nauwelijks sprake van een ontvouwen van rechtsgronden waarop men zich zou kunnen baseren*”<sup>15</sup>

En:

Minister en staatssecretaris “*zijn zich ervan bewust dat in de (...) nota geen uiteenzettingen voorkomen omtrent rechtsgronden van een belasting op vennootschapswinsten*”<sup>16</sup>

### 3.2. *Samenvattend*

Kort samengevat geldt het volgende. De juridische rechtsgrond voor de vennootschapsbelasting is te vinden in de Wet VPB 1969. Voor de vennootschapsbelasting is juridische zelfstandigheid het uitgangspunt. De verlengstukgedachte, de samenghanggedachte en het voorkomen van belastingontwijking rechtvaardigen in voorkomende gevallen uitzondering op deze hoofdregel.

## 4. **Verbondenheid voor de deelnemingsvrijstelling**

### 4.1. *Achtergrond deelnemingsvrijstelling*

De eerste vorm van verbondenheid in de vennootschapsbelasting die we bespreken, is de verbondenheid voor toepassing van de deelnemingsvrijstelling. De voorloper van de deelnemingsvrijstelling werd reeds in 1893 geïntroduceerd in de bedrijfsbelasting.<sup>17</sup> Om te voorkomen dat er dubbele belasting ontstond binnen groepen van vennootschappen, werden uitkeringen aan naamloze vennootschappen niet belast.<sup>18</sup> Zo werd economisch dubbele heffing voorkomen. Het streven naar voorkomen van economisch dubbele belasting, het zogenaamde *ne-bis-in-idem* beginsel, ligt nog steeds ten grondslag aan de deelnemingsvrijstelling. In de huidige wet is de deelnemingsvrijstelling slechts van toepassing als de moedervenoot-

---

15 Kamerstukken II 1962/1963, 6 000, nr. 9 (MvA).

16 Kamerstukken II 1962/1963, 6 000, nr. 9 (MvA).

17 J.A.G. van der Geld, *‘De deelnemingsvrijstelling’*, Fiscale Monografieën nr. 20, Deventer, Kluwer 2011 (derde herziene druk), p. 24.

18 J.A.G. van der Geld, *‘De deelnemingsvrijstelling’*, Fiscale Monografieën nr. 20, Deventer, Kluwer 2011 (derde herziene druk), p. 24.

schap voor 5% of meer deelneemt in het nominaal gestorte aandelenkapitaal van de dochter.<sup>19</sup> Denkbaar is dat deze eis van 5% te maken heeft met de gedachte dat voorkoming van economisch dubbele belasting slechts gerechtvaardigd is als de vennootschap van waaruit de winsten uitgekeerd worden in zekere mate een verlengstuk is van de moedervenootschap. We zien dat de verlengstukgedachte ook een rol speelt bij de deelnemingsvrijstelling.

Uit het bovenstaande wordt duidelijk dat de verlengstukgedachte en het zogenaamde *ne-bis-in-idem*beginsel ten grondslag liggen aan de deelnemingsvrijstelling. Tevens wordt duidelijk dat het doel van de regeling is om economisch dubbele belasting van vennootschapswinsten binnen een concern te voorkomen. Deze economische dubbele belasting wordt inzichtelijk gemaakt aan de hand van het volgende voorbeeld:



In de bovenstaande situatie zien we dat van de winst van 100 die de kleindochter maakt, door steeds opeenvolgend belasting te heffen bij elke vennootschap, slechts 42 overblijft die vrij uitkeerbaar is aan de uiteindelijke aandeelhouders.

#### 4.2. Vormgeving art. 13 Wet VPB 1969

De kern van de deelnemingsvrijstelling is te vinden in art. 13 Wet VPB 1969. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat sprake is van een deelneming indien de belastingplichtige voor minimaal 5% deelneemt in het nominaal gestorte aandelenkapitaal van een vennootschap. Art. 13 lid 9 Wet VPB 1969 toetst of de deelneming

<sup>19</sup> Zie art. 13 lid 2 Wet VPB 1969.

een beleggingssoogmerk heeft (de zogenaamde beleggingsdeelneming). Op basis van art. 13 lid 10 Wet VPB 1969 worden bij wetsfictie in ieder geval als beleggingsdeelneming aangemerkt de deelneming die (geconsolideerd beschouwd) zelf slechts kleine belangen (>5%) bezit en/of een interne financieringsfunctie heeft. In beginsel geldt de deelnemingsvrijstelling **niet** voor als beleggingsdeelnemingen aangemerkte belangen. Uitzonderingen hierop worden echter weer gemaakt indien de belegging zelf over diens winsten ‘behoorlijk’ belast wordt (de zogenaamde ‘reële heffingstoets’ op basis van art. 13 lid 11 sub a) en/of indien de activiteiten van de beleggingsdeelneming noodzakelijk zijn voor de bedrijfsuitoefening van de belastingplichtige (de aandeelhouder van de deelneming) op basis van art. 13 lid 12 sub a Wet VPB 1969.<sup>20</sup>

De wijze waarop het verbondenheidscriterium voor de deelnemingsvrijstelling is vormgegeven, zoals we dat in bovenstaande paragraaf hebben besproken, laat de twee gedachten zien waar de wetgever op hinkt ten aanzien van de deelnemingsvrijstelling. Enerzijds hebben we gezien dat de wetgever de verlengstukgedachte van belang acht. Immers, deelnemingen die ter belegging worden aangehouden kwalificeren niet voor de deelnemingsvrijstelling (art. 13 lid 9 juncto lid 10 Wet VPB 1969), tenzij ze kort gezegd noodzakelijk zijn voor de bedrijfsuitoefening – vrij vertaald: als verlengstuk – van de belastingplichtige (art. 13 lid 12 sub a Wet VPB 1969). Daarnaast is ook het 5%-criterium te beschouwen als een waarborg tegen het vrijstellen van winsten uit kleine passieve belangen en die dus blijkbaar niet kwalificeren als verlengstuk van de aandeelhouder (art. 13 lid 2 Wet VPB 1969).<sup>21</sup> Anderzijds speelt ook het *ne-bis-in-idem*beginsel een belangrijke rol. Beleggingsdeelnemingen waarvan de winsten (reeds) aan een reële heffing zijn onderworpen komen onder voorwaarden immers weer wel in aanmerking voor de deelnemingsvrijstelling (art. 13 lid 11 sub a Wet VPB 1969).

Het voorgaande laat zien wat het gevolg is van een regeling die op twee verschillende beginselen is gestoeld. Immers, zuivere toepassing van het *ne-bis-in-idem*beginsel rechtvaardigt een vrijstelling van de winsten uit alle aandelenbelangen, ongeacht de omvang van dat belang.<sup>22</sup> Zuivere toepassing van de verlengstukgedachte rechtvaardigt daarentegen een vrijstelling van winsten uit aandelenbelangen mits deze worden aangehouden in het kader van de onderneming. In art. 13 Wet VPB 1969 wordt geen van deze beginselen volledig

20 Hetgeen in de hoofdtekst vermeldt staat over de vereisten van de deelnemingsvrijstelling is slechts een zeer algemene beschrijving van die vereisten. Voor een uitgebreide beschouwing zie J.A.G. van der Geld, *‘De deelnemingsvrijstelling’*, Fiscale Monografieën nr. 20, Deventer, Kluwer 2011 (derde herziene druk).

21 Vraag is nog of het niet tevens goed denkbaar is dat dergelijke belangen noodzakelijk zijn in de bedrijfsuitoefening van een belastingplichtige, maar dit terzijde. Daarnaast merken wij op dat het 5%-criterium tot gevolg heeft dat ten aanzien van kleine belangen (minder dan 5%) die desondanks actief zijn/in het verlengde van de onderneming liggen geen recht op de deelnemingsvrijstelling bestaat.

22 N.B. Uiteraard slechts onder de conditie dat er reeds geheven is bij de desbetreffende dochtervennootschap, anders bestaat het risico dat tweemaal geheven wordt over hetzelfde object niet. Bij het voorgaande is de hoogte van die heffing bij de dochter in beginsel niet relevant. Bij een hele lage buitenlandse heffing kun je je wel afvragen in hoeverre er sprake is van dubbele heffing en wat het verschil rechtvaardigt tussen een hele lage buitenlandse heffing (geen heffing in Nederland) en in het geheel geen buitenlandse heffing (wel Nederlandse heffing).



gerealiseerd. De reële heffingstoets van art. 13 lid 11 sub a Wet VPB 1969 zorgt ervoor dat beleggingsdeelnemingen die onderworpen zijn aan een reële heffing, alsnog de deelnemingsvrijstelling deelachtig worden. Deze bepaling, die het *ne-bis-in-idem*-karakter van de regeling verstevigt, holt de zuivere toepassing van de verlengstukgedachte uit, door juist passieve beleggingen de deelnemingsvrijstelling in te trekken.

#### 4.3. *Samenvattend*

Concluderend stellen wij dan ook het volgende. De deelnemingsvrijstelling is een regeling die gestoeld is op verschillende beginselen. Deze hybride benadering is terug te zien in de opzet van de bepaling. Met beide beginselen wordt rekening gehouden maar geen van beiden wordt volledig gevolgd. Dit hybride uitgangspunt van de wetgever is deels de oorzaak van de complexiteit van de deelnemingsvrijstelling.

### 5. **Verbondenheid voor verrekenprijsproblematiek**

#### 5.1. *Achtergrond arm's-length-beginsel*

De tweede vorm van verbondenheid binnen de vennootschapsbelasting die we in deze bijdrage tegen het licht houden is het verbondenheidsbegrip dat in art. 8b Wet VPB 1969 is opgenomen.

Art. 8b Wet VPB 1969 is mede onder internationale invloeden<sup>23</sup> in 2003 in de Wet VPB 1969 gekomen. Met de introductie van dit artikel werd het zogenaamde '*arm's-length*'-beginsel – expliciet – vastgelegd in de Nederlandse wet. In onze optiek kent Nederland dit beginsel overigens al sinds jaar en dag door middel van het in art 3.8 Wet IB 2001 (en diens voorgangers) vervatte totaalwinstbeginsel. Dit beginsel is van overeenkomstige toepassing in de Nederlandse vennootschapsbelasting door middel van een in art. 8 Wet VPB 1969 neergelegde schakelbepaling.

Bedrijfseconomisch staat het vennootschappen in beginsel vrij om te bepalen welke interne verrekenprijzen gehanteerd worden. Indien deze verrekenprijzen fiscaal altijd één op één gevolgd zou worden, ontstaat het risico op misbruik in internationaal verband. Stel bijvoorbeeld dat een productievennootschap binnen een concern gevestigd is in een land waar de winst laag (zeg 1%) belast wordt. Stel dat de *sales* vennootschap van hetzelfde concern in Nederland (VPB-tarief 25%<sup>24</sup>) gevestigd is. Indien besloten wordt om een exorbitant hoge verrekenprijs in rekening te brengen aan de *sales* vennootschap, wordt winst binnen concernver-

<sup>23</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 19.

<sup>24</sup> We laten hier voor het gemak het opstarttarief van 20% over de eerste EUR 200.000 winst buiten beschouwing.

band verschoven. In de laag belastende jurisdictie slaat een enorme winst neer die nauwelijks belast wordt, terwijl tegelijkertijd in Nederland een hoge aftrekpost ontstaat die de fiscale winst in Nederland aanzienlijk verlaagt. Het *arm's-length*-beginsel houdt in dat concernvennootschappen bij het vaststellen van interne verrekenprijzen ten behoeve van hun fiscale winstbepaling moeten handelen alsof zij onafhankelijke partijen zijn.

Deze zelfstandigheidsfictie voorkomt dat binnen concern vrijelijk winsten verschoven kunnen worden.<sup>25</sup> Daarnaast heeft dit beginsel volgens de staatssecretaris tot doel om gelieerde en niet-gelieerde vennootschappen op gelijke wijze in de belastingheffing te betrekken.<sup>26</sup> Deze regeling houdt verband met het feit dat gezamenlijk opererende vennootschappen binnen een concern veelal feitelijk een verlengstuk van de moedervernootschap zijn.<sup>27</sup> In voorkomende gevallen heeft deze aandeelhouder een dusdanig grote invloed op de andere vennootschappen dat beïnvloeding van de verrekenprijzen door de moedervernootschap en/of de uiteindelijke aandeelhouder mogelijk is. Art. 8b Wet VPB 1969 is een antimisbruikbepaling welke uitgaat van de zelfstandigheidsfictie en welke transacties binnen concern schoont van aandeelhoudersinvloeden. In feite staat deze benadering tegenover de benadering bij de hiervoor besproken deelnemingsvrijstelling. Daar leidde het idee dat concernvennootschappen economisch gezien feitelijk als één opereren tot vrij te stellen voordelen en wordt dientengevolge beoogd economisch dubbele heffing op verschillende concernniveau's voorkomen.

## 5.2. *Vormgeving verbondenheid art. 8b Wet VPB 1969*

De invulling van het verbondenheidsbegrip ten behoeve van verrekenprijsproblematiek volgt uit art. 8b lid 1 en lid 2 Wet VPB 1969. De relevante passages uit deze leden luiden:

*“Indien een lichaam, onmiddellijk of middellijk, deelneemt aan de leiding van of het toezicht op een ander lichaam”*

en:

*“Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien een zelfde persoon,<sup>28</sup> onmiddellijk of middellijk deelneemt aan de leiding van of aan het toezicht op, dan wel in het kapitaal van het ene en het andere lichaam.”*

---

25 In de praktijk kan overigens wel twijfel bestaan over de effectiviteit van dit *arm's-length*-beginsel. Momenteel liggen veel bedrijven onder vuur vanwege vermeende onzuivere toepassing van dit beginsel. Zie voor een interessant opiniërend stuk in dit verband: F.A. Engelen, 'De lotgevallen van Starbucks, Amazon en Google', *NTFR* 2013/158.

26 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 19.

27 In tegenstelling tot (gedeeltelijk) de deelnemingsvrijstelling, die juist gebaseerd is op dit feit.

28 NB: de gezamenlijke aandeelhouder kan dus tevens een natuurlijk persoon zijn (maar kan zelf nooit verbonden zijn voor de toepassing van art. 8b Wet VPB 1969).

In het bovenstaande vallen vooral de volgende drie zaken op:

- Ten eerste kent art. 8b Wet VPB 1969, anders dan de hiervoor besproken deelnemingsvrijstelling, geen eenduidig geformuleerde minimaal vereiste zeggenschapsverhouding of participatiegraad. Uit de parlementaire behandeling volgt dat de invulling van het begrip verbondenheid voor de werking van art. 8b Wet VPB 1969 bewust is opengelaten.<sup>29</sup> De wetgever geeft aan dat hiermee aansluiting is gezocht bij hetgeen in art. 9 van het OESO modelverdrag<sup>30</sup> is bepaald omtrent verbondenheid ten behoeve van verrekenprijspromblematiek.<sup>31</sup> Daarnaast geeft de wetgever aan dat hiermee aansluiting is gezocht bij de in Nederland reeds bestaande praktijk op basis van het zogenoemde totaalwinstbeginsel.<sup>32</sup>
- Ten tweede kan er sprake zijn van een zogenaamde ‘horizontale’ en ‘verticale’ geïeerdheid.<sup>33</sup> Voorbeelden van verticale (1) en horizontale (2) geïeerdheid laten zich als volgt schetsen:



Voorts zijn complexere verbanden denkbaar; moeder levert aan kleindochter of andersom.<sup>34</sup>

- Ten derde geldt dat tevens geconstateerd wordt tot het bestaan van verbondenheid in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 indien er sprake is van een zogenaamde leiding of toezichts-relatie. De herkomst van dit vereiste, parallel aan het vereiste van een aandelenverhouding, is gelegen in het gebruik van entiteiten zonder een in aandelen verdeeld kapitaal binnen concernverband.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 20-21.

<sup>30</sup> NB: het OESO modelverdrag is de basis voor wereldwijd gesloten bilaterale verdragen ter voorkoming van dubbele belasting. In art. 9 van dit verdrag is het *arm's-length*-beginsel opgenomen.

<sup>31</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van art. 8b Wet VPB 1969 stelde de staatssecretaris immers: 'Met deze codificatie wordt bevestigd dat het *arm's-length*-beginsel zoals dat is neergelegd in artikel 9 van het OESO modelverdrag van toepassing is in Nederland. Hiermee is tevens beoogd dat de invulling die in de Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations (OESO-richtlijnen) wordt gegeven aan artikel 9 van het OESO modelverdrag doorwerkt in de Nederlandse rechtspraak'. Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 8.

<sup>32</sup> Dit blijkt uit het volgende citaat uit de parlementaire behandeling: 'Nationaal maakt het beginsel onderdeel uit van het winstbegrip van artikel 3.8 van de Wet inkomstenbelasting 2001 (voorheen artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964), dat ook geldt voor de vennootschapsbelasting.' Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 19.

<sup>33</sup> Deze zijn zo genoemd door de wetgever tijdens de parlementaire behandeling bij de invoering van art. 8b Wet VPB 1969. Zie: Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 21

<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld ook: J.N. Bouwman en M.J. Boer, 'wegwijs in de vennootschapsbelasting', Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p. 217-218.

<sup>35</sup> Kamerstukken II 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 20.

Zonder deze toevoeging zou bijvoorbeeld ten aanzien van een stichting, een vereniging of een buitenlandse trust immers nooit geconstateerd kunnen worden dat er sprake is van verbondenheid, terwijl diezelfde stichting feitelijk volledig beheerst wordt door het concern. Om kunstmatige structuren te voorkomen die de werking van art. 8b Wet VPB 1969 zouden kunnen frustreren geldt een leiding/toezichts-relatie naast een aandeelhouders-criterium voor toepassing van art. 8b Wet VPB 1969.

Door het hanteren van een open norm is onduidelijk waar het omslagpunt ligt tussen gelieerde en ongelieerde verhoudingen. Uit memorie van toelichting bij het wetsvoorstel waarin art. 8b Wet VPB 1969 was opgenomen volgt dat de band tussen twee vennootschappen in ieder geval dusdanig sterk dient te zijn dat de ene vennootschap een doorslaggevende zeggenschap heeft bij de totstandkoming van interne verrekenprijzen bij de andere vennootschap.<sup>36</sup> De wetgever sluit in ieder geval de volgende ‘normale’ toezichtsrelaties uit van de werking van art. 8b Wet VPB 1969: ‘*een bank die (toevoeging JvS/VM) in het kader van kredietverstrekking een toezichthoudende functie vervult bij een onderneming*’ en ‘*een commissaris als toezichthouder*’ leiden normaliter niet tot toepassing van art. 8b Wet VPB 1969.<sup>37</sup> De woorden ‘*overwegende zeggenschap*’ lijken op het eerste gezicht te wijzen op een belang van meer dan 50% (in het aandelenkapitaal en/of in het stemrecht) van de ene vennootschap in de andere. Dit lijkt echter niet de benadering te zijn die de wetgever voor ogen heeft.<sup>38</sup> De vraag rijst hoe om te gaan met de situatie waarin 80% van de aandelen van één vennootschap gehouden wordt door een heterogene groep van aandeelhouders die allen slechts kleine (<1%) belangen houden. Daarnaast is er één aandeelhouder die de overige 20% (inclusief bijbehorende zeggenschap) houdt. Het ligt voor de hand dat een dergelijke vennootschap een belangrijke en een wellicht zelfs doorslaggevende zeggenschap kan hebben. Per casus zal getoetst moeten worden of de feitelijke omstandigheden dusdanig zijn dat er sprake is van een doorslaggevende zeggenschap.<sup>39</sup>

In onze optiek vertoont art. 8b Wet VPB 1969 kenmerken van een anti-misbruik-regeling. Dit uit zich onder andere in de wijze waarop de verbondenheid met betrekking tot verrekenprijzproblematiek is vormgegeven. Door niet slechts te kijken naar aandelenbelangen, maar tevens naar bestuurders- en toezichtsrelaties, voorkomt de wetgever dat art. 8b Wet VPB 1969 kan worden ontweken door gebruik te maken van lichamen waarvan het kapitaal niet in aandelen is verdeeld.

<sup>36</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 21.

<sup>37</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 18.

<sup>38</sup> Nus haalt de uitspraak ‘Hof Den Bosch 19 mei 2011, nr. 09/00465, *NDFR* 2011/2176’ aan. Daarin was kennelijk niet in geschil of een aandelenbelang van 20% kon leiden tot verbondenheid in de zin van art. 8b Wet VPB 1969 (in casu waren partijen het erover eens dat er sprake was van gelieerdheid). Nus vraagt zich af of je bij dergelijk lage verhoudingen wel kan spreken over verbondenheid. F.G.H. Nus, ‘*NDFR – Deel Vennootschapsbelasting – Wet VPB 1969 – Art. 8b Verbonden lichamen, winst ‘at arms length’*’, paragraaf 3.1.

<sup>39</sup> Expliciete jurisprudentie op dit vlak is lastig te vinden. In verschillende uitspraken staat de verbondenheid klaarblijkelijk reeds niet meer ter discussie: de zaak gaat dan over het al dan niet in aanmerking moeten nemen van een *arm’s-length*-correctie. Zie bijvoorbeeld: ‘Rechtbank Breda 29 oktober 2010, nr. AWB 06/5802’, ‘Hof ‘s-Gravenhage, 29 augustus 2006, nr. BK-04/2505, *V-N* 2007/10.19’ en ‘Hoge Raad 14 april 2006, nr. 42 089, *BNB* 2006/228’.

Door daarnaast een open norm te hanteren kan evenwel ook bewerkstelligd dat het toepassingsbereik van art. 8b Wet VPB 1969 zich niet uitstrekt tot lichamen waar het risico van schuiven met winst ontbreekt. Nadeel van een dergelijke open norm is echter wel dat deze de rechtszekerheid van belastingplichtigen niet ten goede komt.

### 5.3. *Samenvattend*

Wij komen tot de conclusie dat met betrekking tot de verbondenheid voor verrekenprijs problematiek art. 8b Wet VPB 1969 in beginsel evenwichtig uitwerkt en geschikt is om het doel (voorkomen van schuiven met winsten) van art. 8b Wet VPB 1969 te verwezenlijken. Wel is een prudente toepassing gewenst om geen situaties onder het bereik van art. 8b Wet VPB 1969 te laten vallen die daar niet thuishoren.

## 6. **Verbondenheid ter voorkoming uitholling Nederlandse belastinggrondslag**

### 6.1. *Achtergrond: fraus legis*

De derde vorm van verbondenheid die wij in het kader van deze bijdrage bespreken is de verbondenheid zoals die is geformuleerd voor de toepassing van art. 10a Wet VPB 1969 en nog een groot aantal andere artikelen.

Art. 10a Wet VPB 1969 is in 1997 van kracht geworden met het oog op het voorkomen van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag.<sup>40</sup> Voornoemd artikel is een codificatie c.q. aanscherping van de tot op dat moment bestaande *fraus legis*-jurisprudentie.<sup>41</sup> Een korte uitleg is hier op zijn plaats. Het *fraus legis*-beginsel is een rechtsmiddel dat door rechtsprekende instanties in uitzonderlijke gevallen toegepast kan worden om de uitwerking, die in strijd met doel en strekking van de wet blijkt te zijn, van een samenstel van rechtshandelingen tegen te gaan.<sup>42</sup> Om over te gaan tot een dergelijke eliminatie<sup>43</sup> van rechtsgevolgen, dienen drie

---

40 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 9. Overigens is de regeling per 1 januari 2007 op diverse punten gewijzigd. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 19-21 en p. 49-50.

41 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 15.

42 Zie voor meer informatie over het rechtsmiddel *fraus legis* de bijdrage van Niessen in de congresbundel naar aanleiding van het door het Fiscaal Economisch Instituut van de Erasmus Universiteit Rotterdam gehouden congres over belastingontwijking: R.E.C.M. Niessen, '*Grondslagen voor toepassing van fraus legis door de Nederlandse belastingrechter*', Congresbundel: 'Ongewenste belastingontwijking?', de jacht naar een fair share, Rotterdam, FEI B.V. 2013.

43 Of 'substitutie door nihil'. Zie: R.E.C.M. Niessen, '*Grondslagen voor toepassing van fraus legis door de Nederlandse belastingrechter*', Congresbundel: 'Ongewenste belastingontwijking?', de jacht naar een fair share, Rotterdam, FEI B.V. 2013, p. 72.

toetsen doorlopen te worden.<sup>44</sup> Allereerst dient er getoetst te worden of de belastingplichtige bij ‘normale’ lezing van de wet, door het samenstel van rechtshandelingen de belasting ontwijkt. Met andere woorden: behaalt de belastingplichtige een (geldelijk) fiscaal voordeel? Vervolgens dient getoetst te worden of de belastingplichtige met het opzetten van een constructie ook daadwerkelijk een fiscaal voordeel beoogd heeft. Tot slot dient getoetst te worden of de uitkomst van de rechtshandelingen in strijd is met doel en strekking van de wet. Indien alle drie de bovenstaande vragen bevestigend beantwoord worden is er ruimte voor toepassing van *fraus legis*.

Voordat art. 10a Wet VPB 1969 in wet kwam, werden constructies waar art. 10a Wet VPB 1969 thans op ziet (zie hierna), bestreden met het leerstuk van *fraus legis*.<sup>45</sup> Omdat de wetgever echter van mening was dat te weinig situaties leidden tot het oordeel ‘in strijd met doel en strekking van de wet’ (derde toets) werd overgegaan tot de introductie van art. 10a Wet VPB 1969.<sup>46</sup>

## 6.2. Vormgeving art. 10a Wet VPB 1969

De tekst van art. 10a lid 1 Wet VPB 1969 luidt, voor zover relevant voor deze bijdrage, op dit moment als volgt:

“1. Bij het bepalen van de winst komen mede niet in aftrek renten (...) ter zake van schulden (...) verschuldigd aan een verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon, voor zover die schulden (...) verband houden met een van de volgende rechtshandelingen:

- a. een winstuitdeling of een teruggaaf van gestort kapitaal door de belastingplichtige (...) aan een met hem verbonden lichaam of verbonden natuurlijk persoon;
- b. een kapitaalstorting door de belastingplichtige (...) in een met hem verbonden lichaam;
- c. de verwerving of uitbreiding van een belang door de belastingplichtige, (...) in een lichaam dat na deze verwerving of uitbreiding een met hem verbonden lichaam is.”

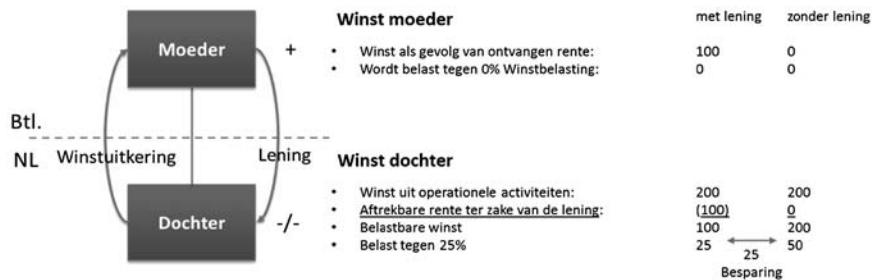
Art. 10a Wet VPB 1969 is een anti-misbruikmaatregel welke is gericht tegen bepaalde structuren die tot doel hebben het uithollen van de belastinggrondslag door het creëren van renteaftrek. De drie situaties waar bovenstaand lid van art. 10a Wet VPB 1969 op ziet zijn (gestileerd) als volgt weer te geven:

44 R.E.C.M. Niessen, ‘Grondslagen voor toepassing van *fraus legis* door de Nederlandse belastingrechter’, Congresbundel: ‘Ongewenste belastingontwijking?’, de jacht naar een fair share, Rotterdam, FEI B.V. 2013, p. 73.

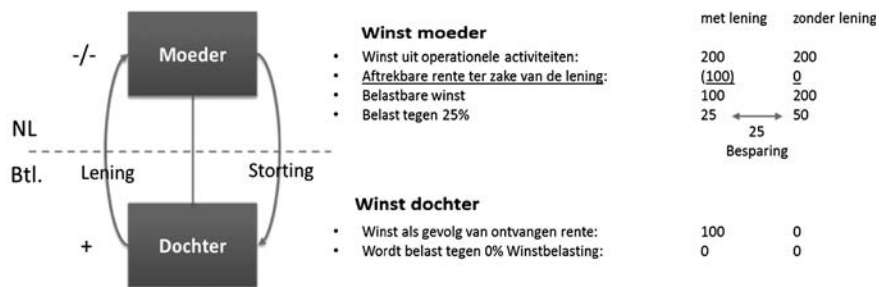
45 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 15. Alsmede met richtige heffing, zie art. 31 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (oud).

46 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 15-16. Zie ook de verwijzing van *Van Strien* naar o.a. ‘Hoge Raad 20 september 1995, nr. 29 737, BNB 1996/5’ als zijnde een ‘aanstichterarrest’ in dit verband. ‘J. van Strien, ‘Renteaftrekbepalingen in de vennootschapsbelasting’, Fiscale monografieën nr. 119, Deventer: Kluwer 2008, p. 253.

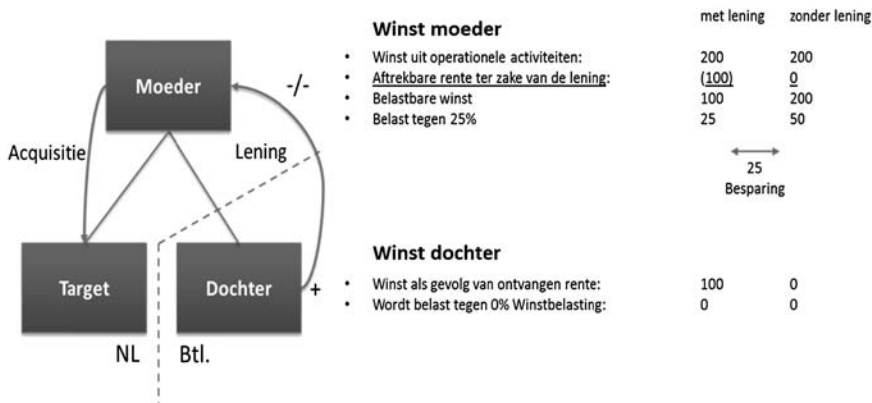
a.



b.



c.



Wat bovenstaande situaties met elkaar gemeen hebben is dat er een rechtshandeling plaatsvindt (winstuitkering, storting van kapitaal en/of een – interne of externe<sup>47</sup> – acquisitie) in combinatie met verstrekking van vreemd vermogen. De gevolgen van de eerstgenoemde transacties hebben geen fiscale gevolgen (door werking van de

47 Sinds 2007 zijn ook externe acquisities onder de werking van art. 10a lid 1 sub c Wet VPB 1969 geplaatst. Zie voor motivering en behandeling van deze wijziging: *Kamerstukken II 2005/06*, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 21.

eerder besproken deelnemingsvrijstelling). Vervolgens zien we dat het bedrag dat wegvloede bij de entiteit die de transactie uitvoerde, weer terugkomt bij die entiteit, maar nu door middel van een interne lening. Tot slot hebben alle drie de situaties met elkaar gemeen dat de rentelast ter zake van de interne lening in Nederland neerslaat, terwijl de rentebate in een laag belastende jurisdictie valt.<sup>48</sup> Op basis van het eerste lid van art. 10a Wet VPB 1969 wordt de rente op schulden, die op enige wijze<sup>49</sup> verband houden met bovenstaande rechtshandelingen, in beginsel in aftrek beperkt. Vervolgens krijgt de belastingplichtige de kans om aannemelijk te maken dat aan zowel de schuld als aan de rechtshandeling<sup>50</sup> zakelijke overwegingen ten grondslag liggen<sup>51</sup> of dat de rentebate onderworpen is aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.<sup>52</sup> Slaagt de belastingplichtige niet in dit tegenbewijs, dan vindt de renteaftrekbepijking onverkort toepassing. In alle drie hierboven beschreven situaties is er dan sprake van een omvorming van eigen vermogen<sup>53</sup> (dividend niet aftrekbaar bij betalende partij en dividend onbelast bij ontvangende partij) in vreemd vermogen, waarbij een onbelaste rentebate en een tegen hoog tarief aftrekbare rentelast ontstaat. De Nederlandse grondslag is op deze wijze uitgehold terwijl er in wezen geen wijzigingen plaatsgevonden hebben binnen het concern.<sup>54</sup>

Bovenstaande beschrijving maakt duidelijk wat het doel is van art. 10a Wet VPB 1969 en, belangrijker met het oog op deze bijdrage, van de verbondenheid die opgenomen is in dit artikel: voorkomen van uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door middel van kunstmatige samenstellen van transacties.<sup>55</sup>

### 6.3. *Verbondenheid art. 10a Wet VPB 1969 getoetst*

Door de introductie van art. 10a Wet VPB 1969 is niet meer van belang of de constructies die onder dit artikel vallen in strijd zijn met doel en strekking van de wet (derde toets, zie paragraaf 6.1). Waar volgens ons echter, vanwege de grondgedachte van *fraus legis*, wel nog acht op geslagen dient te worden bij het interpreteren van de bepaling is de eerste toetsen. Toegepast op verbondenheid betekent dit dat de relaties waarbinnen art. 10a Wet VPB 1969 toepassing vindt, slechts die relaties dienen te zijn waarbinnen er voor het concern als geheel sprake

48 Laag belastende jurisdicties hanteren een laag statutair tarief. Lage belasting van de rentebate kan echter ook bewerkstelligd worden door de baten neer te laten slaan in een jurisdictie waarin de rentebate verrekend kan worden met verliezen, waardoor de bate effectief laag belast wordt.

49 De wettekst spreekt van '*rechten danwel in feite*'.

50 Deze zogenoemde meerwegenleer is bevestigd in 'Hoge Raad 1 maart 2013, nr. 11/00675, *BNB* 2013/136, ro. 4.2.3.1'.

51 Art 10a lid 3 sub a Wet VPB 1969.

52 Art. 10a lid 3 sub b Wet VPB 1969.

53 Dit geldt overigens niet voor externe acquisities, waar voor aanvang van de acquisitie immers geen sprake was van eigen vermogen.

54 Dit is anders in het geval van een externe acquisitie. Kenmerkend is echter ook bij de externe acquisitie die bestreden dient te worden door art. 10a Wet VPB 1969 dat er sprake is van een constructie waarbij op gekunstelde wijze rentelasten worden gecreëerd die ten koste gaan van de Nederlandse belastinggrondslag. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 572, nr. 3 (MvT), p. 19.

55 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 4.



is van een voordeel en doordat een samenstel van rechtshandelingen waar art. 10a lid 1 Wet VPB 1969 op ziet geïnitieerd **kan** worden. Indien immers de mogelijkheid om ‘misbruik’ te arrangeren niet aanwezig is, zal dit leiden tot de afwezigheid van een oogmerk om te misbruiken, waarmee misbruik van de wet niet aan de orde komt.

Na vastgesteld te hebben aan welke eisen de verbondenheid die gehanteerd wordt bij art. 10a Wet VPB 1969 onzes inziens dient te voldoen, is het van belang op welke wijze deze verbondenheid in de wet is vormgegeven. Art. 10a, lid 4 en 5 Wet VPB 1969<sup>56</sup> vermelden in dit verband:

*“4. Voor de toepassing van dit artikel (...)”<sup>57</sup> wordt als een met de belastingplichtige verbonden lichaam aangemerkt:*

- a. *een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;*
- b. *een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;*
- c. *een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige, (...) waarbij een belang dat wordt gehouden door de partner of een minderjarig kind van een natuurlijk persoon aan die persoon wordt toegerekend, waarbij onder een kind mede wordt verstaan een kind van een partner alsmede een pleegkind;*

*5. Als een met de belastingplichtige verbonden natuurlijk persoon wordt aangemerkt:*

- a. *voor de toepassing van dit artikel: een natuurlijk persoon die voor tenminste een derde gedeelte een belang heeft in de belastingplichtige of in een met hem verbonden lichaam;”*

Net als bij art. 8b Wet VPB 1969 kan bij art. 10a Wet VPB 1969 sprake zijn van verticale en horizontale gelieerdheid. Anders dan bij art. 8b Wet VPB 1969 kent art. 10a Wet VPB 1969 wel een concrete kwantitatieve eis. Cruciaal is de vraag of er sprake is van ‘een derde gedeelte belang’. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat er gekozen is voor de omvang van één derde (33,33%), omdat er aan belangen die kleiner zijn, bij *‘het aangaan van geldleningen voor uitkeringen aan aandeelhouders (...) veelal zakelijke overwegingen ten grondslag zullen liggen’*.<sup>58</sup>

Om te beoordelen of de hierboven beschreven vorm van gelieerdheid geschikt is om structuren te voorkomen waarop art. 10a Wet VPB 1969 ziet, moeten de

<sup>56</sup> In lid art. 10a Wet VPB 1969 lid 6 is eveneens een bepaling te vinden over verbondenheid bij het bestaan van een fiscale eenheid. Opname van dit 6<sup>e</sup> lid in de wet heeft te maken met het feit dat de het bestaan van de fiscale eenheid in beginsel tot gevolg heeft dat individuele vennootschappen ten aanzien van hun fiscale gevolgen opgaan in de moedermaatschappij. Gezien het feit dit niet de kern van het verbondenheidsbegrip van art. 10a Wet VPB 1969 raakt willen wij hier verder niet bij stil staan. Meer over de fiscale eenheid later in deze bijdrage.

<sup>57</sup> *“en de artikelen 10, 13, 13a, 13b, 13ba, 13d, 13e, 13j, 13k, 13l, 14, 14a, 15g, 15i, 15j, 17a, 20, 28, 28b, 33 en 33b”*

<sup>58</sup> *Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 18.*

volgende vraag beantwoord worden: is 10a-misbruik slechts mogelijk bij belangen die groter zijn dan 33,33% of zou dit omslagpunt lager of hoger moeten liggen?

Om deze vraag te beantwoorden is onzes inziens in feite van belang dat er sprake is van een groep (of twee) vennootschappen die gezamenlijk een strategie kunnen ontwikkelen om de belasting te ontwijken. Het voorgaande betekent dat er een zekere mate van coördinatie dient te zijn tussen de vennootschappen waar art. 10a Wet VPB 1969 op ziet. Of en wanneer er sprake is van een dergelijke coördinatie zal van casus tot casus verschillen. Zo is de situatie waarin er sprake is van twee aandeelhouders (verhouding 33,33% vs. 66,66%) een andere dan de situatie waarin er sprake is van één grootaandeelhouder (33,33%) en daarnaast een fors aantal aandeelhouders met relatief kleine belangen. In het eerste geval heeft normaliter niet de 33 1/3%-aandeelhouder de touwtjes in handen, maar de 66 2/3%-aandeelhouder. In de tweede situatie is het veel minder duidelijk wie in staat is om een gezamenlijke strategie te initiëren. In dit licht bezien lijkt het rigide criterium van 33,33% wel erg willekeurig uit te werken.<sup>59, 60</sup> Het voorgaande leert ons in feite dat het antwoord op de vraag of er sprake zal zijn van het misbruik waar art. 10a Wet VPB 1969 op ziet zeer casus-afhankelijk is. Enerzijds kan deze constatering leiden tot de conclusie dat een vast percentage van 33,33% (of enig ander vast percentage) niet past bij doel en strekking van art. 10a Wet VPB 1969. Anderzijds kan deze constatering juist leiden tot de conclusie dat een *case-by-case*-benadering dusdanig ingewikkeld in de uitvoering zou zijn, dat het beter past om juist wel een vast percentage te hanteren. Een vast percentage komt de rechtszekerheid van de belastingplichtige en de uitvoerbaarheid van de regeling aanzienlijk ten goede.

In aanvulling op het bovenstaande is het van belang kort stil te staan bij de zogenaamde reële heffingstoets en de zakelijkheidstoets die opgenomen zijn in lid 3 van art 10a Wet VPB 1969. Ingevolgde deze twee toetsen geldt de renteaftrekbeperking niet in het geval het samenstel van transacties (de lening en de rechtshandeling) toch zakelijk was en/of indien de ontvangen rente bij de crediteur van de lening onderworpen is aan een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing.<sup>61</sup> In de parlementaire behandeling licht de wetgever toe dat bovenstaande toetsen opgenomen zijn om te voorkomen dat art. 10a Wet VPB 1969 een te breed bereik kent.<sup>62</sup> Je zou je af kunnen vragen waarom we het dan een probleem zouden

59 Opgemerkt zij dat een zogenaamde gesloten norm altijd 'schrijnende' randgevallen kent. De vraag die beantwoord moet worden is of het nadeel van de mogelijkheid dat bonafide belastingplichtigen geraakt worden door de regeling voldoende gecompenseerd wordt door het voordeel van de mate waarin de gesloten norm de uitvoerbaarheid van de regeling en de rechtszekerheid van de belastingplichtige ten goede komt.

60 Belastingplichtigen die art. 10a Wet VPB 1969 weten te omzeilen, kunnen in voorkomende gevallen alsnog worden getroffen door beperking van renteaftrek op grond van het leerstuk van *fraus legis*. Dit volgt mede uit een arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2010. Aldaar maakt de Hoge Raad duidelijk dat ook het ontwijken van art. 10a Wet VPB 1969 zelf kan leiden tot het constateren van *fraus legis*, Hoge Raad 19 maart 2010, nr. 09/02250, *BNB* 2010/215, ro. 4.1.1; het verijdelen van toepassing van art. 10a Wet VPB 1969. In een arrest van 1 juni 2012 oordeelde de Hoge Raad bovendien dat nog steeds ruimte is voor de toepassing van *fraus legis* ingeval sprake is van situaties die niet bestreken worden door art. 10a Wet VPB 1969. Hoge Raad 1 juni 2012, nr. 00009, *BNB* 2012/213, ro. 3.3.4 en 3.4.1. Art. 10a Wet VPB 1969 moet dus niet worden gezien als een limitatieve regeling voor onaanvaardbare grondslagerosie. In zoverre is *fraus legis* te zien als een vangnet.

61 Zie voor uitgebreidere toelichting op deze twee toetsen: 'Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 19-22.

62 *Kamerstukken II 1995/96, 24 696, nr. 3 (MvT), p. 19.*

vinden dat het verbondenheidscriterium van art. 10a Wet VPB 1969 eventueel te breed uitwerkt. Het antwoord op deze vraag is gelegen in de bewijslastverdeling. In het geval het criterium van art. 10a Wet VPB 1969 te breed uitwerkt – en dus een bonafide belastingplichtige binnen de werkingssfeer van het artikel trekt – dient de belastingplichtige aannemelijk te maken dat de handelingen zakelijk waren of dat de rente alsnog is onderworpen naar een naar Nederlandse maatstaven redelijke heffing. Gezien het feit dat het hier een bonafide belastingplichtige betreft kan dit ervaren worden als onnodig belastend.

#### 6.4. *Samenvattend*

Kort samenvattend stellen wij het volgende over het verbondenheidscriterium van art. 10a Wet VPB 1969. Bezien in het licht van de *fraus legis*-achtergrond van het artikel, is het gebruikten van een vast percentage om te komen tot verbondenheid niet de meest zuivere oplossing. Het risico dat bonafide belastingplichtigen binnen het bereik van de regeling getrokken worden en malafide belastingplichtigen buiten het bereik van de regeling blijven is aanwezig. Daarnaast krijgen bonafide belastingplichtigen op basis van art. 10a Wet VPB 1969 een bewijslast in de schoot geworpen. Echter, vanwege de gewonnen voordelen op het gebied van eenvoud en rechtszekerheid lijkt het huidige criterium toch het op dit moment best haalbare criterium. Dit verbondenheidsbegrip kan de toets der kritiek doorstaan.

## 7. **Verbondenheid voor doorstroomvennootschappen**

### 7.1. *Achtergrond: doorstroom-problematiek*

De vierde vorm van verbondenheid die wij in het kader van deze bijdrage bespreken is de verbondenheid die volgt uit art. 8c Wet VPB 1969. Blijkens de parlementaire geschiedenis kent art. 8c Wet VPB 1969:

*“In het Besluit van 30 maart 2001, nr. IFZ2001/294M, heb ik (de staatssecretaris, JvS/VM) aangegeven wetgeving te overwegen op het punt van de verrekening van buitenlandse bronbelasting bij zogenoemde financiële dienstverleningslichamen binnen concernverband zonder reële economische aanwezigheid in Nederland. Thans wordt hieraan invulling gegeven door een in artikel 8c van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 op te nemen maatregel op grond waarvan bij de bedoelde financiële dienstverleningslichamen in bepaalde gevallen de mogelijkheid zal komen te vervallen buitenlandse bronbelasting te verrekenen die drukt op bepaalde rente- en royalty-ontvangsten.”*

De situatie waar de staatssecretaris op doelt in het bovenstaande citaat uit illustreren wij aan hand van de volgende voorbeelden:<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> We gaan hier in op schulden en rente. *Mutatis mutandis* geldt voor licenties en royalty's dezelfde analyse.



Doordat de betaalde rente bij de tussengeschoven Nederlandse entiteit lager is dan de ontvangen rente bij diezelfde entiteit, rapporteert de Nederlandse vennootschap voor het verschil tussen de twee bedragen een winst (de zogenaamde *spread*). Over deze *spread* wordt in Nederland vennootschapsbelasting geheven. Nederland is op basis van gesloten belastingverdragen doorgaans verplicht om de bronheffing die drukt op de binnenkomende rente te verrekenen met de in Nederland betaalde belasting.<sup>64</sup> In principe zou een interestspread slechts ontstaan in het geval de Nederlandse vennootschap daadwerkelijk risico loopt over de aan de in het verdragsland gevestigde entiteit verstrekte lening. Onder dit risico moet bijvoorbeeld worden verstaan het risico dat de lening niet terugbetaald wordt of dat de lening door valutaschommelingen in waarde daalt.<sup>65</sup> Indien de Nederlandse vennootschap dit risico niet loopt en er wel een *spread* gerapporteerd wordt is schijnbaar de bij de Nederlandse in- of uitgaande interestvergoeding niet *at-arm's-length* (zie de bespreking van art 8b Wet VPB 1969 hierboven).<sup>66, 67</sup>

## 7.2. Vormgeving art. 8c Wet VPB 1969

Art. 8c Wet VPB 1969 bewerkstelligt in gevallen zoals hierboven beschreven binnen concernverband, waarin onvoldoende risico's gelopen wordt en sprake is

64 Zie de artt. 11 (interest), en 23B van het modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling. Veel Nederlandse verdragen zijn op dit modelverdrag gebaseerd.

65 In de parlementaire behandeling geeft de staatssecretaris aan dat het gaat om gevallen waarin de Nederlandse vennootschap in feite niets meer is dan een 'intermediair'. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 9.

66 De enige vergoeding die in dit geval wel zichtbaar zou mogen zijn op basis van het *arm's-length*-beginsel is een vergoeding voor het fungeren als tussenpersoon voor de twee leningen (de zogenaamde *handling fee*). Art. 8c lid 3 Wet VPB 1969 expliciteert dit.

67 NB: in het kader van de voortdurende internationale discussies over *Base Erosion and Profit Shifting*, heeft de staatssecretaris aangekondigd een stringenter APA/ATR-beleid te voeren op het gebied van zogenaamde dienstverleningslichamen. *Kamerstukken II 2013/14*, 25 087, nr. 60 (brief van de minister van buitenlandse handel en ontwikkelingssamenwerking en staatssecretaris van financiën).

van met elkaar verband houdende leningen/rechtsverhoudingen, dat de in- en uitgaande renten/royalty's niet in aanmerking genomen worden bij het bepalen van de Nederlandse belastbare winst. Er ontstaat met andere woorden voor fiscale doeleinden geen bate en geen last bij de Nederlandse vennootschap. Dat betekent dat tevens de verrekening van een eventuele buitenlandse bronheffing vervalt. Dit volgt uit het feit dat er geen sprake is van dubbele belasting op de rente in de relatie tussen Nederland en het bronland. Aan het verdrag wordt derhalve niet toegekomen.

Uit de parlementaire geschiedenis bij art. 8c in de Wet VPB 1969 blijkt dat de wetgever van mening is dat er bij gevallen waarbij sprake is van financiële dienstverleningslichamen die nauwelijks reële aanwezigheid hebben in Nederland bijna altijd sprake zal zijn van nagenoeg fiscaal geïndiceerde constructies.<sup>68</sup> Uit dit motief ter introductie is duidelijk een *fraus tractatus*<sup>69</sup>-benadering te vinden zoals we die ook zagen bij art. 10a Wet VPB 1969 (zie hiervoor). Daarnaast heeft het vereiste van het lopen van een reëel risico een duidelijk *arm's-length*-karakter (zie bij art. 8b Wet VPB 1969 hiervoor). In dit licht is de vraag gerechtvaardigd wat het meest geschikte verbondenheids criterium is om constructies waar art. 8c Wet VPB 1969 op ziet te bestrijden.

Blijkens het vierde lid van art. 8c Wet VPB 1969 heeft de wetgever aansluiting gezocht bij het in art. 10a Wet VPB 1969 gehanteerde criterium. Uit de parlementaire behandeling bij de introductie van art. 8c Wet VPB 1969 valt geen motief af te leiden voor de keuze van dit verbondenheids criterium. Vanwege het *fraus tractatus*-karakter van art. 8c Wet VPB 1969 kan dezelfde analyse gemaakt worden als bij de analyse van de geschiktheid van het verbondenheids criterium aldaar. Dit leidt tot de conclusie dat een vast criterium van 33,33% weliswaar theoretisch niet het meest zuivere criterium is, maar dat ze praktisch wel de meest haalbare is. Het *arm's-length*-karakter van de regeling rechtvaardigt echter eerder een toets zoals aangelegd bij art. 8b Wet VPB 1969. Dit leidt tot de conclusie dat het wellicht verstandig is om ook te kijken naar de mate waarin vennootschappen binnen het concern een doorslaggevende stem hebben bij de prijsbepaling van andere vennootschappen in het concern. De conclusie hier kan onzes inziens slechts luiden dat het hybride karakter van art. 8c het zeer moeilijk maakt om te beoordelen of het criterium van verbondenheid zoals dit momenteel luidt geschikt is.

## 8. Verbondenheid voor fiscale eenheid

### 8.1. *Achtergrond: concerngedachte*

Het fiscale eenheids-regime maakte voor het eerst zijn opwachting in het Nederlandse belastingrecht met de introductie van dit regime in het besluit op de winstbelasting in

<sup>68</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 034, nr. 3 (MvT), p. 8.

<sup>69</sup> NB: het betreft hier dus geen misbruik van recht, maar misbruik van verdragen, althans, van het Nederlandse verdragennetwerk. De onderliggende gedachte aan *fraus tractatus* is echter dezelfde als de gedachte die aan *fraus legis* ten grondslag ligt.

1940.<sup>70</sup> De reden hiertoe van de wetgever is, zo leidt *Kok* af uit de parlementaire behandeling bij de introductie van de fiscale eenheid, dat de winsten van vennootschappen binnen een concern niet afzonderlijk beschouwd kunnen worden. Binnen één concern zal immers commercieel gezien één van de vennootschappen (de partij die uiteindelijk de verkoop naar buiten het concern verzorgd) een winst boeken, terwijl deze winst gedeeltelijk thuishoort bij de overige (productie-, marketing-, etc.) vennootschappen. Om te voorkomen dat de juridisch en commercieel wenselijke splitsing van activiteiten in afzonderlijke entiteiten fiscaal leidt tot het belasten van een grote winst bij de ene vennootschap en het constateren van grote verliezen bij andere vennootschappen, heeft de wetgever de figuur van de fiscale eenheid in het leven geroepen.<sup>71</sup>

Op basis van de bovenstaande beknopte beschrijving van de totstandkoming van de fiscale eenheid kan afgeleid worden dat de concerngedachte een belangrijke rol speelde bij het bepalen dat binnen een concern belasting geheven zou moeten worden alsof er één belastingplichtige is. Onderkend wordt immers dat het zelfstandig bezien van de winsten van één van de maatschappijen binnen een concern in feite een vertekend beeld van de werkelijkheid geeft. Daarnaast is het effect van de fiscale eenheid dat winsten niet meer dan één keer belast worden binnen een concern. Het gaat ons echter te ver om op basis hiervan te stellen dat het *ne-bis-in-idem*beginsel ten grondslag ligt aan de fiscale eenheid. De nadruk ligt veel meer op het onderling vrijelijk kunnen verrekenen van winsten en verliezen en het belastingvrij overdragen van vermogensbestanddelen tussen verschillende vennootschappen binnen een concern dan op het slechts eenmaal belasten van de winst. Wij zijn van mening dat het eenmaal belasten van de winst eerder een logisch gevolg is van de opzet van de fiscale eenheid dan dat het eraan ten grondslag ligt.

## 8.2. *Vormgeving art. 15 Wet VPB 1969*

Zoals uit het bovenstaande reeds blijkt zorgt de figuur van de fiscale eenheid ervoor dat de belasting van de maatschappijen van de fiscale eenheid geheven wordt alsof er één belastingplichtige is.<sup>72</sup> Deze methode heeft tot gevolg dat maatschappijen van een fiscale eenheid in beginsel onderling vrijelijk verliezen en winsten kunnen verrekenen (er ontstaat als het ware één grote pot winst) en dat transacties tussen maatschappijen voor fiscale doeleinden onzichtbaar blijven. De wetgever heeft bij

---

70 In dit besluit werd een regeling opgenomen die bewerkstelligde dat, in het geval een naamloze vennootschap alle aandelen in een andere naamloze vennootschap hield, de baten en lasten van de dochter verplicht toegerekend werden aan de moeder.

71 Q.W.J.C.H. Kok, *'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting'*, Fiscaal wetenschappelijke reeks, nr. 5, Amersfoort, SDU 2005, p. 50.

72 Art. 15 lid 1 Wet VPB 1969. NB: Opgemerkt zij dat het fiscale eenheidsregime zoals we dat kennen sinds 2003, anders dan het systeem van voor die tijd, niet tot gevolg heeft dat de subjectieve belastingplicht van dochtermaatschappijen eindigt. Zuiver theoretisch is er dus geen sprake van 'opgaan in'. Zie: Q.W.J.C.H. Kok, *'De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting'*, Fiscaal wetenschappelijke reeks, nr. 5, Amersfoort, SDU 2005, p. 68.

de fiscale eenheid gekozen voor een zogenaamde ‘opgaan in’-benadering. Deze benadering, in tegenstelling tot de variant van fiscale consolidatie, betekent dat de dochtermaatschappijen geacht worden in fiscale zin op te gaan in de moedermaatschappij. Handelingen en intenties van de dochtermaatschappij worden toegerekend aan de moeder.<sup>73</sup>

Zoals reeds aangegeven kan slechts een (gezamenlijk) verzoek tot het vormen van een fiscale eenheid gedaan worden indien de ene belastingplichtige een aandelenbelang heeft van 95% of meer in een andere belastingplichtige.<sup>74</sup> In de wettekst wordt geëxpliciteerd dat de aandelen recht moeten geven op 95% van de winst en het vermogen van de dochtervennootschap en dat de aandelen ten minste 95% van de statutaire stemrechten bij de dochtervennootschap dienen te vertegenwoordigen. Voor de hand liggend lijkt dat voor deze benadering gekozen is om te bewerkstelligen dat lichamen die slechts stemrechten of slechts kapitaalbelangen hebben aanspraak kunnen maken op de voordelen van de fiscale eenheid. Slechts in het geval van een volwaardig aandelenkapitaal is vorming van de fiscale eenheid aan de orde. Met het oog op de concerngedachte is dit tevens logisch.

Met betrekking tot de omvang van 95% (en bijvoorbeeld niet 100%) merken wij het volgende op: *Kok* geeft aan dat in de jaren ‘90 de 99%-norm als knellend werd ervaren.<sup>75</sup> Twee knelpunten die *Kok* noemt zijn het feit dat bij een 99%-vereiste het uitreiken van werknemersopties bemoeilijkt werd en dat het bij overnamesituaties veelal niet mogelijk is om 99% van de aandelen te verkrijgen. Wij vragen ons echter af hoe deze stelling zich verhoudt met de bepalingen opgenomen in de artt. 2:92a, 2: 201a en 2:359c BW. In deze bepalingen zijn immers regelingen opgenomen die juist in het geval één aandeelhouder 95% of meer van de aandelen in een vennootschap heeft, bepaalt dat de andere aandeelhouders *grosso modo* gedwongen kunnen worden hun aandelen te verkopen. Bij het introduceren van de 95%-norm merkt de wetgever op:

*“Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de wens maatschappijen die aandelen hebben uitgegeven in het kader van werknemersparticipaties de mogelijkheid te geven deel uit te (blijven) maken van een fiscale eenheid. Daarnaast biedt dit een oplossing voor de problemen die een maatschappij kan ondervinden om bij een overname ook de laatste aandelen te bemachtigen.”*<sup>76</sup>

Ondanks het feit dat de 95%-norm wellicht iets minder recht doet aan de concerngedachte dan bijvoorbeeld het eerder gehanteerde percentage van 99, achten wij een 95%-norm te prefereren met het oog op een redelijke uitvoering.<sup>77</sup> Wel drukt

73 Q.W.J.C.H. Kok, *‘De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting’*, Fiscaal wetenschappelijke reeks, nr. 5, Amersfoort, SDU 2005, p. 59.

74 Zie hiervoor de wettekst van art. 15 lid 1 Wet VPB 1969.

75 Q.W.J.C.H. Kok, *‘De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting’*, Fiscaal wetenschappelijke reeks, nr. 5, Amersfoort, SDU 2005, p. 57.

76 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 854, nr. 3 (MvT), p. 3.

77 Dit geldt dus met name met betrekking tot het argument van de werknemersopties, en niet met betrekking tot het argument van de ‘lastige’ derde aandeelhouder. Laatstgenoemde zoals gezegd uitgerookt worden.

deze norm met het hoge percentage en de stringente eis van het bezit van de juridische en economische<sup>78</sup> eigendom uit dat het moet gaan om verhoudingen waarin de fiscale eenheidsdochters daadwerkelijk commercieel en fiscaal kunnen worden geabsorbeerd in de moedervenootschap.

## 9. Vergelijking verschillende vormen van verbondenheid

In het voorgaande hebben we diverse verbondenheidsbegrippen tegen het licht gehouden. Op basis van bovenstaande analyse ontstaat het volgende overzicht:



In paragraaf 3 hebben we aangegeven dat bij belastingheffing van vennootschappen onzes inziens de juridische werkelijkheid van zelfstandige entiteiten leidend moet zijn. Inbreuken op deze hoofdregel zijn gerechtvaardigd op basis van de verlengstukgedachte (en in het verlengde hiervan de concerngedachte), samenhanggedachte en met het oog op anti-misbruik. Deze inbreuken zijn duidelijk terug te zien in de besproken regelingen. Zo komt de samenhanggedachte tot uiting in het *ne-bis-in-idem*beginsel van art. 13 Wet VPB 1969. De heffing van de winst moet immers in samenhang gezien slechts eenmaal plaatsvinden. Ook de verlengstukgedachte zien we terug bij dit artikel. Een anti-misbruik-motief is te vinden bij de artt. 8b, 8c en 10a Wet VPB 1969. En de concerngedachte (welke overigens ook ten grondslag ligt aan art. 2:24b BW) vormt de basis voor het instituut van de fiscale eenheid van art. 15 Wet VPB 1969.

Aan het begin van deze bijdrage hebben wij de vraag gesteld of het niet eenvoudiger kan. Is het wellicht mogelijk om een uniform verbondenheids criterium te hanteren? Ons antwoord hierop is ontkennend. In deze bijdrage hebben wij per bepaling aandacht besteed aan doel en strekking van de desbetreffende regeling bij het beantwoorden van de vraag of een bepaalde vorm van verbondenheid al dan niet geschikt is. Hieruit volgt onzes inziens dat het niet wenselijk en niet reëel is om voor regelingen met een volstrekt verschillend doel één en dezelfde vorm van verbondenheid te willen hanteren. Met andere woorden, de wetgever gebruikt terecht *'different concepts for different purposes'*.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Zie voor een meer gedetailleerde bespreking van de reikwijdte van dit economische criterium: D.E. van Sprundel en J. van Strien, 'Certificering, verpanding en (lenings)overeenkomsten bij een fiscale eenheid. Blijft de doos van Pandora gesloten?', *WFR* 2010/1323.

<sup>79</sup> Met betrekking tot de Wet op de loonbelasting 1964 speelt momenteel een vergelijkbare discussie over het al dan niet stroomlijnen van diverse verbondenheidsbegrippen in die wet. Zie het commentaar van de commissie wetsvoorstellen van de Nederlandse Orde der Belastingadviseurs op de nieuw te introduceren concernbepaling in de werkkostenregeling, Commentaar NOB op Belastingplan 2015 van 6 oktober 2014, punt 1.2. In het commentaar geeft de orde aan dat het bestaan van vier concernbegrippen naast elkaar door de commissie als een nadeel wordt ervaren.



## 10. Samenvatting

In deze bijdrage zijn we ingegaan op verschillende vormen van verbondenheid in de vennootschapsbelasting. We hebben aangegeven op welke gedachte elke regeling gebaseerd is, welk doel met de regeling nagestreefd wordt en of de vorm van verbondenheid die bij die regelingen gebruikt wordt geschikt is. Kort samengevat zijn we tot de volgende conclusies gekomen:

- Art. 13 Wet VPB 1969: dit artikel is gebaseerd op zowel de verlengstukgedachte als op het *ne-bis-in-idem*-beginsel. Het doel van de regeling is bewerkstelligen dat winsten binnen een concern niet tweemaal belast worden. In het geval een vennootschap 5% van de aandelen in de andere vennootschap houdt, zijn beide vennootschappen verbonden. Wij zijn tot de conclusie gekomen dat het feit dat deze regeling feitelijk op twee principes gebaseerd is, het lastig maakt om een juiste maatstaf voor verbondenheid aan te leggen.
- Art. 8b Wet VPB 1969: dit artikel is gebaseerd op het *arm's-length*-beginsel. Het doel van de regeling is het voorkomen van fiscaal geïndiceerde prijsmanipulaties door aan verbonden lichamen op te leggen dat zij bij het bepalen van hun interne verrekenprijzen zakelijk dienen te handelen. Vennootschappen zijn met elkaar verbonden indien één van de vennootschappen dusdanig deelneemt aan de leiding of het toezicht van de andere vennootschap dat zij een doorslaggevende zeggenschap heeft bij de prijsbepaling van die andere vennootschap. De gekozen open norm is met het oog op het anti-misbruik-karakter logisch en geschikt.
- Art. 10a Wet VPB 1969: dit artikel poogt te voorkomen dat de Nederlandse belastinggrondslag uitgehold wordt door het creëren van renteaftrek door middel van kunstmatig geachte constructies. Dit artikel heeft een *fraus legis*-achtige achtergrond. Lichamen zijn verbonden op het moment dat er sprake is van een aandeelhoudersband van ten minste 33,33%. Ondanks het feit dat het één en ander aan te merken valt op een dergelijk rigide criterium in het licht van een anti-misbruikbepaling, achten wij de voordelen van het criterium in de vorm van meer rechtszekerheid voor belastingplichtigen en uitvoeringseenvoud van de regeling voldoende opwegen tegen de nadelen.
- Art. 8c Wet VPB 1969: dit artikel richt zich tegen de verrekening van buitenlandse bronheffing op de rente op een lening, die door een Nederlands doorstroomlichaam doorgeleend wordt aan een buitenlandse entiteit, met de Nederlandse winst. Deze regeling kent een *fraus legis*-karakter en een *arm's-length*-karakter. Vanwege dit hybride karakter is het lastig om te beoordelen of de verbondenheidsnorm (33,33%) de meest geschikte is.
- Art. 15 Wet VPB 1969: dit artikel staat toe dat lichamen binnen een concern behandeld worden als ware er één belastingplichtige. Deze behandeling heeft als effect dat lichamen binnen een dergelijke fiscale eenheid vrijelijk onderling hun winsten en verliezen kunnen verrekenen en dat transacties binnen fiscale eenheid voor fiscale doeleinden onzichtbaar zijn. Bijkomstig gevolg is dat winsten binnen fiscale eenheid slechts éénmaal belast worden. De 95%-norm is

met het oog op de aan de fiscale eenheid ten grondslag liggende verlengstukgedachte de juiste.

In de conclusie hebben we tot slot geconcludeerd dat wij het gebruik van verschillende vormen van verbondenheid gerechtvaardigd vinden vanuit de gedachte van *'different concepts for different purposes.'*

# Concernaansprakelijkheid in het mededingingsrecht

*Mr. P. Glazener*<sup>1</sup>

## Inleiding

In het mededingingsrecht is de concernaansprakelijkheid ver opgerekt, op grond van de economische uitleg van het begrip onderneming. Een rigoureuze toepassing van dit begrip heeft geleid tot een quasi-risicoaansprakelijkheid van moedermaatschappijen voor overtredingen van het mededingingsrecht door hun dochters, die moeilijk te verenigen is met de onschuldpresumptie en het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid. De spanning tussen de vérgaande aansprakelijkheid en deze beginselen is duidelijk voelbaar door de steeds hoger oplopende boetes.

In deze bijdrage zal ik eerst een korte beschrijving geven van de doctrine inzake de concernaansprakelijkheid in het mededingingsrecht. Daarna zal ik enkele kritische kanttekeningen plaatsen bij deze doctrine.

## Concernaansprakelijkheid in de praktijk

In 2007 legde de Europese Commissie boetes op van in totaal € 992 miljoen aan een kartel van vier liftenfabrikanten, die zich schuldig hadden gemaakt aan *bid rigging*, het onderling verdelen van opdrachten bij aanbestedingen. In feite was sprake van meerdere nationale kartels, in België, Duitsland, Luxemburg en Nederland, waaraan werd deelgenomen door afzonderlijke dochterondernemingen van de liftenfabrikanten. De Commissie legde boetes op aan Schindler Holding en vier nationale dochterondernemingen, voor een totaal bedrag van € 144 miljoen. Er waren geen aanwijzingen dat de holding op de één of andere wijze bij de kartelinbreuken betrokken was geweest of daarvan op de hoogte was geweest. De holding had zich juist ingespannen om inbreuken op het mededingingsrecht te voorkomen, door een invoering van een *compliance* programma, de aanstelling van een *compliance officer* en regelmatige *audits*, die ervoor moesten zorgen dat de dochters het mededingingsrecht zouden naleven.<sup>2</sup> Dit *compliance* programma

---

<sup>1</sup> Advocaat te Amsterdam.

<sup>2</sup> Zie het arrest van het Gerecht van 13 juli 2011 in zaak T-138/07, *Schindler Holding/Commissie*, Jurispr. II-4819, punt 88.

mocht de holding niet baten, maar werd juist tegen de holding gebruikt, als bewijs dat het beleid van de dochters door de holding werd bepaald.<sup>3</sup>

Een ander voorbeeld is de zaak Kendrion. Hier ging het om een kartel van fabrikanten van industriële plastic zakken, dat twintig jaar had geduurd (van 1982 tot 2002). Eén van de bij dit kartel betrokken ondernemingen was Fardem. In de twintig jaar die het kartel had geduurd, maakte Fardem eerst deel uit van DSM. In 1995 was Fardem overgenomen door het conglomeraat Schuttersveld, later omgedoopt tot Kendrion. In 2002 was Fardem verzelfstandigd, door middel van een *management buy-out*. Mede vanwege de lange duur van het kartel liepen de boetes hoog op. De boete voor Fardem bedroeg € 60 miljoen.<sup>4</sup> Fardem zelf kreeg echter een boete van niet meer dan € 2,2 miljoen, omdat zij inmiddels was verzelfstandigd, en een jaaromzet had van € 22 miljoen, zodat het wettelijk maximum van 10% van de jaaromzet werd overschreden, en de boete op het wettelijke maximum uitkwam.<sup>5</sup> DSM ontsprong de dans omdat het onderzoek van de Commissie was aangevangen meer dan vijf jaar nadat DSM Fardem had verkocht, en de aansprakelijkheid van DSM voor de inbreuk derhalve was verjaard.<sup>6</sup> Kendrion was echter de klos. Zij werd niet slechts hoofdelijk aansprakelijk gehouden voor de inbreuk van haar voormalige dochter, maar kreeg een boete van € 34 miljoen voor een eigen inbreuk.<sup>7</sup> Fardem werd tot een bedrag van € 2,2 miljoen hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de boete van Kendrion. De Commissie heeft hier dus het omgekeerde gedaan van wat zij normaal gesproken pleegt te doen (de moeder hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de inbreuk van de dochter), teneinde het wettelijke maximum van de boete voor Fardem te omzeilen. Kendrion was niet bij de inbreuk betrokken geweest. (Zij betoogde in de procedure dat haar dochterondernemingen een grote mate van autonomie hadden.) De inbreuk werd echter aan Kendrion toegerekend omdat Kendrion en Fardem gedurende de tijd dat Kendrion (indirecte) aandeelhouder was in Fardem, geacht werden één economische eenheid te vormen waarvan Kendrion aan het hoofd stond.<sup>8</sup>

### De toerekening van mededingingsinbreuken

Deze beide voorbeelden zijn duidelijke illustraties van de wijze waarop inbreuken in concernverbanden kunnen worden toegerekend: het volstaat dat moeder en

---

3 Zie het arrest van het Hof van Justitie van 18 juli 2013 in zaak C-501/11 P, *Schindler Holding/Commissie*, n.n.g., punt 114.

4 Toen de Commissie haar beschikking nam, in 2005, werden geldboetes nog vastgesteld aan de hand van een formule waarbij voor ernstige inbreuken een basisbedrag van € 20 miljoen werd gehanteerd, dat kon worden verhoogd op grond van verzwarende factoren zoals de lange duur van het kartel. In het geval van Fardem bedroeg het basisbedrag € 20 miljoen, dat werd verhoogd met € 2 miljoen voor ieder jaar dat het kartel had geduurd.

5 Krachtens artikel 23, tweede lid van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2001 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (Pb L/1 van 2003, blz. 1) bedraagt de geldboete die de Commissie kan opleggen voor overtredingen van de mededingingsregels ten hoogste 10% van de jaaromzet van de onderneming.

6 Op grond van artikel 25, eerste lid sub b van Verordening 1/2003, noot 5 *supra*.

7 Fardem had 7 jaar deel uitgemaakt van Kendrion. De boete voor Kendrion bedroeg dus € 20 miljoen plus 7 x € 2 miljoen.

8 Zie het arrest van het Hof van Justitie van 26 november 2013 in zaak C-50/12, *Kendrion/Commissie*, n.n.g., punt 34.

dochter één economische eenheid vormen om de moeder hoofdelijk aansprakelijk te houden voor de inbreuk gepleegd door de dochter, en zelfs om een inbreuk gepleegd door de dochter toe te rekenen aan de moeder als ware het haar eigen inbreuk. De moeder kan zich niet disculperen met een beroep op het feit dat zij zelf niet bij de inbreuk betrokken was, dat zij niet van de inbreuk op de hoogte was en zelfs niet dat zij haar dochter goed heeft “opgevoed” met behulp van een uitgebreid *compliance* programma. Tekenend voor deze benadering is de volgende overweging van Advocaat-Generaal Sharpston in de zaak *Kendrion/Commissie*: “*Winst uit inbreuken op de mededingingsregels komt de aandeelhouders toe. Daarom is het alleen maar redelijk dat degenen die de macht hebben om toezicht uit te oefenen, rekenschap moeten afleggen voor onrechtmatig gedrag van hun dochterondernemingen, tenzij zij kunnen aantonen dat zij die macht niet hebben aangewend*”.<sup>9</sup>

Dit is inmiddels vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. Zoals gezegd is deze rechtspraak gebaseerd op een economische uitleg van het begrip onderneming. Artikel 101, eerste lid van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie (VWEU) verbiedt overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die de mededinging beperken. Het begrip “onderneming” omvat “*elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd*”.<sup>10</sup> Een economische eenheid kan uit meerdere natuurlijke- of rechtspersonen bestaan.<sup>11</sup> Deze kunnen geacht worden deel uit te maken van eenzelfde onderneming, indien zij een gemeenschappelijk economisch doel nastreven dat centraal wordt bepaald. In de zaak *Shell/Commissie* omschreef het Gerecht een economische eenheid als een “*unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame wijze een bepaald economisch doel nastreeft*”.<sup>12</sup> Een dochteronderneming en haar moedermaatschappij kunnen derhalve geacht worden deel uit te maken van één economische eenheid, en daarmee één onderneming vormen voor de toepassing van artikel 101 VWEU, indien de dochter niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de door de moeder verstrekte instructies volgt.<sup>13</sup> Het enkele feit dat de moeder het marktgedrag van de dochter kan bepalen is dus niet voldoende om moeder en dochter als één onderneming te beschouwen; de moeder moet daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruik maken.

Wils heeft bepleit dat het bestaan van een onderneming reeds kan worden aangenomen op grond van het feit dat een entiteit de mogelijkheid heeft beslissende invloed uit te oefenen over het strategische commerciële gedrag van een andere

---

9 Conclusie van Advocaat-Generaal Sharpston van 30 mei 2013 in zaak C-50/12 P, *Kendrion/Commissie*, n.n.g., punt 80.

10 Arrest van het Hof van Justitie van 23 april 1991 in zaak C-41/90, *Höfnier en Elsen/Macrotron*, Jurispr. I-1979, punt 21.

11 Arrest van het Hof van Justitie van 12 juli 1985 in zaak 170/83, *Hydrotherm/Compact*, Jurispr. 1985, blz. 3016, punt 11.

12 Arrest van het Gerecht van 10 maart 1992 in zaak T-11/89 *Shell/Commissie*, Jurispr. II-884, punt 311.

13 Arrest van het Hof van Justitie van 10 september 2009, *Akzo/Commissie*, zaak C-97/08 P, Jurispr. I-237, punt 58.

entiteit.<sup>14</sup> Ter onderbouwing van deze stelling heeft hij gewezen op de analogie met de Concentratieverordening.<sup>15</sup> Volgens de Concentratieverordening is sprake van een concentratie indien zeggenschap wordt verkregen. Zeggenschap is in artikel 3, tweede lid van de Concentratieverordening gedefinieerd als de “mogelijkheid een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming”. Er hoeft derhalve niet te worden aangetoond dat de beslissende invloed daadwerkelijk wordt of zal worden uitgeoefend.<sup>16</sup> Als die lijn wordt doorgetrokken naar artikel 101 VWEU, kan men stellen dat voor de toerekening van het gedrag van dochterondernemingen aan moedermaatschappijen evenmin vereist is dat de beslissende invloed die de moeder kan uitoefenen op het marktgedrag van de dochter, daadwerkelijk wordt uitgeoefend.

Een tweede argument voor zijn stelling ontleent Wils aan de consequentie die het stellen van de voorwaarde van daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed heeft voor de toepassing van artikel 101, eerste lid VWEU op intra-concern afspraken. Een consequente toepassing van deze voorwaarde zou betekenen dat vennootschappen die deel uitmaken van eenzelfde groep, niet zonder meer gevrijwaard zijn van de toepassing van artikel 101 VWEU. Als de moeder de beslissende invloed op de dochter niet daadwerkelijk uitoefent, zou de conclusie immers moeten zijn dat moeder en dochter zelfstandige ondernemingen zijn voor de toepassing van artikel 101 VWEU, zodat afspraken tussen moeder en dochter binnen het toepassingsgebied van artikel 101 VWEU kunnen vallen. Dat zou betekenen dat moeders de autonomie van hun dochters zouden moeten inperken om niet van een overtreding van artikel 101, eerste lid VWEU te kunnen worden beschuldigd. Dat kan niet de bedoeling van het kartelverbod zijn. Artikel 101 VWEU is dan ook nooit op intra-concern verhoudingen toegepast.

Met het oog op een consistente toepassing van het mededingingsrecht valt dus het nodige te zeggen vóór het standpunt van Wils dat het bestaan van één onderneming reeds kan worden aangenomen wanneer een vennootschap de mogelijkheid heeft het strategische commerciële beleid van een andere vennootschap te bepalen. Deze benadering valt echter niet te verenigen met de rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin uitdrukkelijk een tweeledige eis wordt gesteld: om moeder en dochter als één onderneming te beschouwen, moet de moeder niet alleen in staat zijn het strategische commerciële beleid van de dochter te bepalen, maar dat ook daadwerkelijk doen.<sup>17</sup>

In de praktijk heeft deze voorwaarde weinig om het lijf, nu het Hof een bewijsvermoeden hanteert dat een moedermaatschappij haar beslissende invloed op een

---

14 W.P.S. Wils, *The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements*, *European Law Review*, 2000.

15 Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, Pb L24 van 2004, blz. 1-22.

16 Zie ook de Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004, Pb C95 van 2008, blz 1, punt 16.

17 Zie de conclusie van Advocaat-Generaal Kokott in zaak C-97/08 P, *Akzo/Commissie*, noot 13 *supra*, punt 47 e.v.

100% dochtervennootschap daadwerkelijk uitoefent. Formeel is dat een weerlegbaar vermoeden, maar er is nog geen moedermaatschappij in geslaagd het vermoeden te weerleggen. Het vereist immers negatief bewijs (bewijs dat de moederonderneming geen beslissende invloed heeft uitgeoefend) dat naar zijn aard buitengewoon moeilijk te leveren is.<sup>18</sup> Daarenboven worden nog eens zware eisen aan het bewijs gesteld. Advocaat-Generaal Kokott heeft in haar conclusie in de zaak *Akzo/Commissie*<sup>19</sup> drie voorbeelden genoemd van situaties waarin het niet uitoefenen van beslissende invloed zou kunnen worden aangenomen: (i) de moedermaatschappij is een investeringsmaatschappij en gedraagt zich als een zuiver financiële investeerder, (ii) de moedermaatschappij neemt slechts tijdelijk en voor korte tijd met 100% deel in de dochtervennootschap; en (iii) de moedermaatschappij kan om juridische redenen niet volledig haar 100%-toezicht op de dochtervennootschap uitoefenen. De laatste twee voorbeelden betreffen uitzonderlijke situaties. Het eerste voorbeeld (de moedermaatschappij gedraagt zich als een zuiver financiële investeerder) heeft voor de praktijk eveneens weinig betekenis, omdat ook een zuiver financiële investeerder zal willen weten wat er met zijn investering gebeurt, en zich derhalve tenminste zal laten informeren over het beleid van de dochter, en in zal grijpen indien zijn investering in gevaar komt. Een dergelijke bemoeienis zal al snel worden uitgelegd als het uitoefenen van beslissende invloed.<sup>20</sup> In de praktijk wordt de tweede voorwaarde om moeder en dochter als één onderneming te kunnen beschouwen, dus zodanig uitgehold dat feitelijk het bestaan van de mogelijkheid een beslissende invloed uit te oefenen voldoende is.

Waarom is er niet gekozen voor de benadering waarbij reeds de mogelijkheid beslissende invloed uit te oefenen volstaat voor het aannemen van een onderneming? De reden daarvoor lijkt te zijn dat de Unierechter de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor inbreuken gepleegd door de dochteronderneming heeft willen verenigen met de onschuldpresumptie en het beginsel van de persoonlijke verantwoordelijkheid met behulp van het ondernemingsbegrip.

Vanwege het punitieve karakter van de sancties van overtredingen van de mededingingsregels, dienen fundamentele waarborgen uit het strafrecht bij het opleggen van deze sancties te worden geëerbiedigd. Tot deze waarborgen behoren de onschuldpresumptie en het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid.<sup>21</sup> Krachtens het laatste beginsel kan een strafbaar feit slechts aan de dader ervan zelf worden toegerekend, en kan alleen de dader voor het begaan van dit feit worden bestraft.

---

18 Advocaat-Generaal Warner erkende dit al in zijn conclusie in gev. zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents/Commissie*, Jurispr. 1974, blz. 223.

19 Zie noot 17 *supra*.

20 Zie ook I.W. Verloren van Themaat en M.C. van Heezik, *Het toerekeningsleerstuk: de balans opgemaakt*, NtEr april 2010, nr. 3. Zij concluderen op basis van een analyse van de rechtspraak dat het bewijsvermoeden neer lijkt te komen op een risicoaansprakelijkheid van de moeder.

21 Zie het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-49/92 P *Commissie/Anic*, Jurispr. 1999, blz. 1-4125, punt 78. Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal Bot in gev. zaken C-201/09 P en C-216/09 P, *ArcelorMittal/Commissie*, Jurispr. 2011, blz. I-2239.

Met de onschuldpresumptie en het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid valt derhalve in beginsel niet te verenigen dat een rechtspersoon aansprakelijk wordt gehouden voor de gedragingen van een andere rechtspersoon. Het Hof van Justitie omzeilt dit probleem door moeder en dochter als één onderneming aan te merken, en die onderneming te beschouwen als de dader van de inbreuk. Aan economische eenheden kan je echter geen boetes opleggen. Daarom moet uiteindelijk een natuurlijke persoon of een rechtspersoon aansprakelijk worden gehouden voor de inbreuk. Hier ontstaat alsnog een spanning met het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid, doordat het Hof de moeder aansprakelijk houdt voor gedragingen van de dochter op grond van een bewijsvermoeden dat in de praktijk niet te weerleggen valt.<sup>22</sup>

### Een andere benadering

Er is ook een andere benadering mogelijk, die beter aansluit bij de rechtspersoonlijkheid van een vennootschap en de bescherming die de aandeelhouders daaraan ontlenu. In plaats van de huidige krampachtige pogingen om rechtspersonen en ondernemingen te vereenzelvigen, zou men het fundamentele onderscheid tussen ondernemingen als adressaten van de mededingingsregels en natuurlijke personen en rechtspersonen als adressaten van boetebeschikkingen ook kunnen aanvaarden. Het begrip onderneming kan dan nog steeds economisch worden uitgelegd. Moeders en dochters kunnen dan tot dezelfde onderneming worden gerekend op grond van het feit dat de moeder het beleid van de dochter kan bepalen. Op die manier wordt een uniform ondernemingsbegrip gehanteerd bij de vaststelling van inbreuken op het mededingingsrecht, de beoordeling van intra-concern afspraken en het concentratietoezicht, en is een consistente toepassing van het mededingingsrecht verzekerd. Los daarvan staat dan de vraag aan wie de inbreuk gepleegd door de onderneming kan worden toegerekend. De inbreuk zou kunnen worden toegerekend aan de dochter als de dochter leiding heeft gehad over de inbreuk, en aan de moeder als de moeder leiding heeft gehad over de inbreuk. Er zou zelfs nog een bewijsvermoeden kunnen worden gehanteerd dat de moeder de leiding heeft gehad over de inbreuk, dat de moeder zou kunnen ontcrachten door aan te tonen dat zij niet bij de inbreuk betrokken is geweest. Maar de inbreuk zou worden toegerekend aan de rechtspersoon die daadwerkelijk verantwoordelijk is geweest voor de inbreuk, in plaats van aan de moeder op grond van de fictie dat zij leiding heeft gegeven aan de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd. Een dergelijke benadering zou aanzienlijk méér recht doen aan de onschuldpresumptie en het beginsel om persoonlijke verantwoordelijkheid dan de huidige benadering.

Handhavers van het mededingingsrecht zullen hier tegenin brengen dat ondernemingen op deze manier hun verantwoordelijkheden voor mededingingsinbreuken kunnen ontlopen, door zich te verschuilen achter rechtspersonen. Tegen een

---

22 Zie voor kritiek op deze benadering o.a. M. Bronckers en A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law, World Competition Law and Economic Review*, Volume 34 Issue 4, blz. 535-570.



misbruik van rechtspersoonlijkheid kan echter ook worden opgetreden met een doorbraak van aansprakelijkheid binnen de kaders van het nationale vennootschapsrecht. Als dat in andere gevallen voldoende is om misbruik van rechtspersoonlijkheid tegen te gaan, waarom zou dat dan niet voldoende zijn in het geval van het mededingingsrecht? Vooralsnog blijft het echter ijdele hoop dat het Hof van Justitie een andere weg zal inslaan; daarvoor heeft het zich te zeer ingegraven. De enige manier om deze situatie te doorbreken zou zijn via een uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

### **Conclusie**

In het mededingingsrecht wordt bij het opleggen van boetes een doorbraak van aansprakelijkheid in concernverband gerealiseerd door het hanteren van een economisch ondernemingsbegrip, dat toelaat dat moedermaatschappijen en dochtervennootschappen met elkaar worden vereenzelvigd. Op basis daarvan wordt de moeder aansprakelijk gehouden voor overtredingen van het mededingingsrecht door de dochter. Om deze doorbraak van aansprakelijkheid in overeenstemming te brengen met de onschuldpresumptie en het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid wordt de voorwaarde gesteld dat de moeder het beleid van de dochter daadwerkelijk heeft bepaald. Die voorwaarde wordt echter weer uitgehold door het hanteren van een bewijsvermoeden dat in de praktijk vrijwel niet te weerleggen is.

De voorwaarde dat de moeder het gedrag van de dochter daadwerkelijk moet hebben bepaald om van één onderneming te kunnen spreken, valt slecht in te passen in het concentratietoezicht en de beoordeling van intra-concern afspraken. Met het oog op een consistente toepassing van het mededingingsrecht zou het beter zijn als het Hof van Justitie deze eis zou laten varen. In plaats van een verwrongen toepassing van het ondernemingsbegrip zou eerbiediging van de onschuldpresumptie en het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid beter kunnen worden verzekerd door moedermaatschappijen in beginsel slechts aansprakelijk te houden voor inbreuken op het mededingingsrecht als zij daadwerkelijk bij de inbreuk betrokken zijn geweest. Als de dochter zelfstandig inbreuk heeft gemaakt op het mededingingsrecht, zonder enige betrokkenheid van de moeder, zou de moeder dan niet aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de inbreuk. Misbruik van rechtspersoonlijkheid om boetes te ontlopen kan worden tegengegaan met een reguliere doorbraak van aansprakelijkheid, conform het nationale vennootschapsrecht. Het mededingingsrecht is niet zo uniek dat daarvoor andere voorwaarden zouden moeten gelden.

# Het Concern in 2020; enige afsluitende beschouwingen

*Prof. mr. A.F. Verdam*

1. Centraal in deze debatmiddag staat de benadering van het concern, ook gezien vanuit een aantal niet-rechtspersonenrechtelijke terreinen. Hoe kijkt men bijvoorbeeld binnen het arbeidsrecht of het mededingingsrecht naar de juridische zelfstandigheid van vennootschappen binnen het concern. En dat roept weer de vraag op naar de reflexwerking van ontwikkelingen op die terreinen op het eigenlijke rechtspersonenrecht. Die reflexwerking wordt door sommigen bepleit; ik denk hier aan Eijsbouts, die zo'n reflexwerking voorstaat in zijn Limburgse oratie, waar hij een fundamentele herziening bepleit van het uitgangspunt van de juridische zelfstandigheid van dochtermaatschappijen binnen een concern, o.a. vanwege het feit dat "*regulators or courts disregard the legal structure and give precedence to the organisational lines of command in their approach of corporate groups*".<sup>1</sup>

Alleen al vanwege zo'n mogelijke reflexwerking is het zinnig voor een instituut als het ZIFO dat zich primair richt op het Ondernemingsrecht, om te kijken naar deze aanpalende rechtsgebieden.

2. Voor de ondernemingsrecht jurist rijst dan allereerst de vraag of die benadering van het concern in bijvoorbeeld het mededingingsrecht of het arbeidsrecht, vanuit een ondernemingsrechtelijke visie kan worden geduid, en eventueel in ondernemingsrechtelijke terminologie kan worden vertaald. Dat lijkt toch een voorwaarde – althans tenminste behulpzaam – om toe te komen aan een mogelijke reflexwerking.

Binnen het ondernemingsrecht kennen we in feite tot nu toe slechts drie soorten van doorbraak van de ene rechtspersoon naar de andere rechtspersoon:

- a. De directe doorbraak, die een expliciete wettelijke regeling behoeft, anders wordt die door de Hoge Raad niet erkend;<sup>2</sup>
- b. Een indirecte doorbraak die gebaseerd is op artikel 6:162 BW, de onrechtmatige daad. Maar dat is eigenlijk geen doorbraak, omdat daar een eigen aansprakelijkheid ontstaat van de moeder – naast die van de dochter – op grond van een eigen onrechtmatige daad gepleegd door de moeder. Als voorbeeld wordt genoemd de moeder-bestuurder die bij het aangaan van een

---

<sup>1</sup> Hij vervolgt: "This happens frequently in competition law enforcement procedures both in the administrative and criminal aspects as well as in the civil damages context". J. Eijsbouts, Corporate responsibility, beyond voluntarism, Regulatory options to reinforce the license to operate, Maastricht 2001, p. 52 e.v.

<sup>2</sup> Zie hierover Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 836.

transactie redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de dochter niet in staat zou zijn om de uit de transactie voortvloeiende verplichting na te komen. Andere verschijningsvormen van deze vorm van doorbraak zijn ongeoorloofde vermogensonttrekkingen door de moeder aan de dochter, of het opwekken door de moeder van de schijn van kredietwaardigheid van de dochter.<sup>3</sup>

Maar het gaat dus hier om een eigen onrechtmatige daad van de moeder.

- c. En de derde grond voor de doorbraak die wij kennen is de vereenzelviging, waarbij wordt voorbij gegaan aan het identiteitsverschil van de twee rechtspersonen.<sup>4</sup>

De Hoge Raad is evenwel zeer terughoudend in de toepassing hiervan. Zo levert het feit dat de moeder het beleid van de dochter bepaalt (bijvoorbeeld door een personele unie van besturen of als enig bestuurder en aandeelhouder in de dochter), nog niet een grond voor vereenzelviging op.

En dan rijst de vraag of we de benadering van concernonderdelen in andere rechtsgebieden met wat goede wil kunnen scharen onder een van voornoemde typologieën van doorbraak in het ondernemingsrecht. Of is er grond voor een additionele typologie, op grond waarvan zich een reflexwerking binnen het ondernemingsrecht zou kunnen ontwikkelen?

In het licht van deze vragen wil ik stil staan bij een aantal op de debatmiddag behandelde aangehaalde gebieden. Daarbij laat ik het verhaal van Theo Raaijmakers – hoe boeiend ook – buiten beschouwing; dat speelt immers vooral *binnen* het rechtspersonenrecht. Ik ga ook niet in op de fiscale situatie zoals geschetst door Van Strien; we zijn er van oudsher aan gewend dat de fiscale situatie en de fiscale eenheden een geheel eigen leven kunnen leiden; van daaruit zie ik weinig grond voor reflexwerking.

3. Als ik kijk naar het arbeidsrecht dan zijn er – als ik het goed zie – met name twee probleemvelden:
  - a. het opvolgend werkgeverschap binnen dezelfde groep, en
  - b. de situatie waarin het formele en materiële werkgeverschap niet samenvallen maar uiteenlopen binnen dezelfde groep.

Ten aanzien van ‘opvolgend werkgeverschap’ kent het arbeidsrecht een aparte bepaling in artikel 668a van Boek 7 BW. Die bepaling geldt voor werkgevers die ten aanzien van de verrichte werkzaamheden geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn. Het betreft hier een algemene bepaling die niet beperkt is tot concernsituaties, maar ook kan gelden in situaties van een doorstart van een onderneming, of ingeval van betrokkenheid van een uitzendbureau.<sup>5</sup>

Anders gezegd: het is een bepaling van algemene strekking die *ook* in intra-concernrelaties toepassing kan vinden; het zou vreemd zijn als het anders zou zijn.

---

3 Zie over deze vorm van doorbraak Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 838.

4 Zie hierover Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 836.

5 Zie o.a. Asser/Heerma van Voss 7-V\* 2008, nr. 319.

Vanwege de algemene aard van deze bepaling is er naar mijn idee geen reden om daar verdere consequenties - zoals een reflexwerking - aan te verbinden voor het rechtspersonenrecht.

4. De situatie waarin het formele en materiële werkgeverschap niet samenvallen maar uiteenlopen binnen dezelfde groep, was aan de orde in het Albron-arrest.<sup>6</sup> Daarin is geoordeeld dat voor toepassing van de regeling van overgang van onderneming van art. 7:663 BW, niet per se nodig is een samenloop van het formele en het materiële werkgeverschap. In het arrest van de Hoge Raad ging het om de situatie waarin beide relaties zich binnen hetzelfde concern afspeelden. Maar ook hier rijst de vraag of de regel van de Hoge Raad zich beperkt tot de concernsituatie, of dat de Albron-regel ook zal gelden voor andere inleen- en uitleen structuren; zie de bespreking van het arrest door Schermerhorn en Van den Hout in het tijdschrift *Arbeidsrecht*.<sup>7</sup>
5. Anders gezegd, in beide voornoemde probleemvelden binnen het arbeidsrecht gaat het naar mijn idee om arbeidsrechtelijke bepalingen die (mogelijk) een meer brede intentie en strekking hebben dan alleen voor concernsituaties. Het vormt m.i. niet een echte doorkruising van de eigen identiteit en zelfstandigheid van de rechtspersoon. Ik word er – als ik het bekijk door de bril van het rechtspersonenrecht – niet echt onrustig of opgewonden van.
6. Begrijp ik het mededingingsrecht goed, dan geldt daar bij een 100% dochter reeds een vermoeden van beslissende invloed van de moeder. En om die reden wordt een inbreuk op de regels door de dochter al toegerekend aan de moeder. De dochter wordt niet gezien als een zelfstandig onderneming maar maakt deel uit, samen met de andere concernonderdelen alsook de moeder, van een en dezelfde inbreuk makende onderneming.<sup>8</sup> Hier wordt in het mededingingsrecht een heel eigen begrip onderneming gehanteerd, dat volstrekt voorbij gaat aan het begrip rechtspersoonlijkheid zoals wij dat in het privaatrecht kennen. Ik begrijp dat de achtergrond hiervan in het mededingingsrecht is dat op deze manier het mededingingsrecht effectiever wordt, ook doordat het boetemaximum – dat is gerelateerd aan de omzet van de inbreuk makende onderneming – flink stijgt waardoor de afschrikkende werking in ieder geval groter wordt.
7. Maar dat is wel erg makkelijk geredeneerd vanuit het mededingingsrecht en staat volstrekt haaks op het uitgangspunt in ons recht, neergelegd in artikel 2:5 BW dat de rechtspersoon gelijk stelt met de natuurlijke persoon.

---

6 HR 5 april 2013, NJ 2013, 389.

7 Zie S. Schermerhorn en H.W.P. van den Hout, Albron na de Hoge Raad: operatie geslaagd?, *ArbeidsRecht* 2013/46.

8 Zie voor een helder overzicht van deze problematiek: S. Moulin, Uitoefening van beslissende invloed: aansprakelijkheid moedermaatschappijen voor inbreuken groepsmaatschappijen, *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2011, 4/5, p. 108 e.v.

Nu is daartegen in te brengen dat de gelijkstelling met de natuurlijke persoon beperkt is tot het vermogensrecht. Op zich is dat juist, maar men bedenke wel dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dat begrip ruim moet worden uitgelegd en dat die beperking met name bedoeld is om het familierecht uit te zonderen van deze gelijkstelling.<sup>9</sup> Een rechtspersoon kan immers niet trouwen (maar wel fuseren).

Maar de gelijkstelling van de rechtspersoon met een natuurlijke persoon wordt in het algemeen ook erkend in het publiekrecht (denk aan de publiekrechtelijke rechtspersoon), in het bestuursrecht en in het strafrecht.

En dan zouden wij die gelijkstelling niet hanteren in het mededingingsrecht, omdat niet-erkenning van de rechtspersoon daar doelmatiger zou zijn? En om de reden dat de verhaalsrechten van de mededingingsrecht autoriteiten dan beperkter zouden zijn? Vanuit die argumentatie zouden er vele gebieden zijn waar wat zou zijn te zeggen voor het niet erkennen van het uitgangspunt van de gelijkstelling van de rechtspersoon met de natuurlijk persoon.

Wat is de eigenlijke rechtvaardiging voor deze terzijde stelling van de rechtspersoonlijkheid binnen het mededingingsrecht? Waarom geldt die wel voor het mededingingsrecht, en niet als het gaat om het op de markt brengen door de dochtermaatschappij van gevaarlijke producten of als het gaat om milieuvervuilende activiteiten van de dochtermaatschappij? Men kan moeilijk volhouden dat het binnen het mededingingsrecht gaat om zulke primaire levensvoorwaarden, dat het rechtvaardig voorkomt om daarvoor – bij wijze van uitzondering! – de rechtspersoonlijkheid bij voorbaat opzij te zetten. Eerlijk gezegd zie ik daarvoor geen rechtvaardiging.

8. Wanneer als rechtvaardiging wordt aangevoerd het belang van de handhaving van het mededingingsrecht, dient men zich te bedenken dat het mededingingsrecht niet op zich zelf staat, en niet is geïsoleerd van ons civiele recht. Men denke aan de situatie - vandaag de dag steeds vaker voorkomend – dat op basis van een door de mededingingsautoriteit vastgestelde overtreding, schadeclaims worden ingediend tegen de overtreder, door concurrenten of klanten van de inbreuk makende onderneming. Daarbij is goed denkbaar de redenering dat, nu ook de moedermaatschappij de mededingingsrechtelijke norm heeft overtreden (onder het mededingingsrecht), de moeder rechtstreeks aansprakelijk kan worden gesteld als overtreder van een norm die ter bescherming van de claimant strekt.

Anders gezegd: als de normovertreding een feit is onder het mededingingsrecht, opent dat dan niet de weg voor een schadeactie tegen de moedermaatschappij ook in de situatie dat de inbreuk makende activiteiten feitelijk door de dochtermaatschappij zijn begaan? Deze redenering – die ik overigens niet wil verdedigen – zou ertoe leiden dat aldus het terzijde stellen van de rechtspersoonlijkheid binnen het mededingingsrecht, direct doorstraalt in het vermo-

---

<sup>9</sup> Parlementaire Geschiedenis Boek 2, p. 115.

gensrecht (het aansprakelijkheidsrecht), waar we juist zo zorgvuldig die eigen rechtspersoonlijkheid hebben gecreëerd en willen bewaken.

Daarbij bedenke men dat de Europese Commissie een concept richtlijn heeft opgesteld (die al door het Europese Parlement is goedgekeurd) die ten doel heeft om dit soort schadeclaims te faciliteren.<sup>10</sup> Dat onderstreept nog eens dat het mededingingsrecht niet (of: niet meer?) een afgelegen eiland is in de juridische wereld, maar een gewest met regelmatig verkeer met het vermogensrecht; men kan zeggen: een lidstaat binnen de unie die ons rechtssysteem vormt.

9. Alvorens in te gaan op de benadering van het concern op het gebied van verantwoord ondernemen, maak ik een paar opmerkingen over de zorg die binnen een concern gebruikelijk zal worden betracht door de moedermaatschappij voor de dochter. Binnen een concern zijn vanuit de moedermaatschappij allerlei risk- en controle procedures opgezet die zich uitstrekken over alle dochtermaatschappijen binnen het concern. En omgekeerd geldt dat er rapportagelijnen zijn vanuit de dochters naar de moeder.

Voor een deel houdt dit verband met de consolidatie van de dochter in de jaarrekening van de moeder. Maar veel belangrijker is wellicht, dat ook in ons rechtspersonenrecht – ik bezig hier maar de term ‘rechtspersonenrecht’, en durf niet meer goed meer te spreken over ‘ondernemingsrecht’ waar het begrip ‘onderneming’ in het mededingingsrecht zo’n eigen lading heeft – geldt dat een rechtspersoon pas als dochtermaatschappij kan worden gekwalificeerd indien zij aan de centrale zeggenschap van de moeder is onderworpen.<sup>11</sup>

De centrale zeggenschap is een recht van de moedervernootschap. Maar het vormt tevens een verantwoordelijkheid die ook ingevuld moet worden.<sup>12</sup> Die centrale zeggenschap brengt mee dat allerlei procedures binnen het concern gelden die ten doel hebben om de dochtermaatschappijen ‘op de rails’ te houden.

10. Bij die centrale zeggenschap speelt uiteraard een rol dat wat Eijsbouts in zijn inaugurele reden noemt: het verschijnsel van “meta-regulation”. Het rechtsfeit dat het mogelijk is om het gedrag van personen en rechtspersonen te beïnvloeden zonder dat rechtstreeks door regelgeving te doen.<sup>13</sup> Als voorbeeld noemt hij de Amerikaanse Federal Organizational Sentencing Guidelines, met straf- en vervolgingsnormen, die zelfregulering door rechtspersonen stimuleren.

Uiteraard heeft dat zijn invloed. Net zo goed als de mogelijkheid van reputatieschade of schade aan de goodwill van de onderneming zijn invloed heeft op het

<sup>10</sup> Zie persbericht van de Europese Commissie van 17 april 2014. De concept richtlijn is te vinden op <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

<sup>11</sup> Zie hierover de bijdrage van Glazener in deze bundel.

<sup>12</sup> Zie hierover de bijdrage van Raaijmakers in deze bundel, alsook zijn bijdrage: Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep, in: J.W. Winter e.a., Beschouwingen over concernfinanciering, Deventer 1993, p. 33 e.v.

<sup>13</sup> A.w., p. 46-47.

gedrag binnen de onderneming en de zelfregulering daarbinnen. Het gaat hier om gezonde marktmechanismen die bijdragen aan een gezonde bedrijfsvoering. Maar de aanwezigheid van die prikkels, en de aanwezigheid van die risk- en controle procedures en rapportagelijnen, zeg maar de zorg vanuit de moeder voor goede bedrijfsvoering ook door de dochters, kan naar mijn idee geen argument zijn om de zaak op zijn kop te zetten en te stellen dat dáárom – vanwege de aanwezigheid van dit soort mechanismen – de moeder reeds op voorhand aansprakelijk zou moeten worden gehouden voor de acties van de dochter. Dat is – als ik het goed zie – wat Eijsbouts verdedigt op het gebied van verantwoord ondernemen, waar hij in zijn inaugurele reden pleit voor een ‘alignment of corporate group law with economic and organizational reality’.<sup>14</sup>

11. Moeten we de oplossing voor de vraag naar de (mede-) aansprakelijkheid van de moedermaatschappij, ook op het gebied van verantwoord ondernemen, niet zoeken op een wijze die beter aansluit bij ons rechtspersonenrecht? Ik denk aan de volgende benadering:

a. Het recht dat de (dochter)vennootschap beheerst, bepaalt of de controlling shareholder verantwoordelijk en aansprakelijk is voor het gedrag van de dochter op het gebied van verantwoord ondernemen. Dat sluit aan bij de huidige benadering.

Vreest een gastland dat de moeder een lege dochter tussen schuift voor laakbare gedragingen, dan past men de lokale regelgeving op dit punt aan.

b. Het lokale recht (de *lex loci delicti*) legt bepaalde verplichtingen op de controlling shareholder.

Dat sluit in wezen aan bij de Shell vonnissen,<sup>15</sup> waarin wordt geoordeeld dat de moeder van Shell volgens lokaal recht niet – op straffe van een eigen aansprakelijkheid – verplicht is om te voorkomen dat door de dochter schade zou worden toegebracht aan derden in dat land.

12. Recente benadrukking zelfstandige rol bestuur

Flexibilisering van het BV-recht heeft er o.a. toe geleid dat de BV in haar opzet en werking meer naar de wensen van de aandeelhouders kan worden gemodelleerd. Dat zou een argument kunnen zijn voor een pleidooi om dan ook omgekeerd eerder de lasten van de BV voor rekening van haar aandeelhouders te brengen. Maar dan gaan we aan een belangrijk punt voorbij. Namelijk dat de rol van het bestuur tezelfdertijd prominenter is geworden voor de bewaking van de grenzen in de opvolging door de BV van de wensen van haar aandeelhouders.

i. Dat zien we bijvoorbeeld in de rol van het bestuur als bewaker van de geoorloofdheid van het doen van uitkeringen aan aandeelhouders, op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid.

---

<sup>14</sup> A.w., op p. 52-53.

<sup>15</sup> Zie hierover Vonnissen over aansprakelijkheid Shell, NJB 2013/327, 6 februari 2013, en M.J.C. van der Heijden, De Shell Nigeria-zaak: de eerste Nederlandse *foreign direct liability*-zaak voor de civiele rechter, Tijdschrift voor Vennootschaps- en rechtspersonenrecht 2013-2, p. 71 ev.

- ii. We zien dat ook recent versterkt door de Cancun-uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2014, waar - zeer kort gezegd - het bestuur verantwoordelijk wordt gehouden voor een due process en transparantie met betrekking tot verschuivingen van zeggenschapsverhoudingen tussen aandeelhouders in de vennootschap.<sup>16</sup>

Anders gezegd: we zien een duidelijke trend naar een sterke eigen positie en verantwoordelijkheid van bestuur van de (dochter)vennootschap.

### 13. Recht op eerbiediging eigen identiteit?

De gelijkstelling van de rechtspersoon met de natuurlijk persoon – waarmee ik begon – wordt breed aanvaard. In de literatuur wordt aanvaard dat ook fundamentele rechten en diverse in het EVRM neergelegde mensenrechten, zich lenen voor toepassing op rechtspersonen. Zo zegt Timmerman dat mensenrechten die bescherming bieden tegen machtsuitoefening door de overheid, zich lenen voor toepassing op rechtspersoon. “Als een rechtspersoon dit soort rechten niet zou hebben, zou zijn functioneren in de maatschappij zeer lastig worden”.<sup>17</sup> Dat geldt n.m.m. ook als het gaat om handhavingsbevoegdheden van de overheid. Ook dan lenen fundamentele rechten voor de natuurlijk persoon zich voor toepassing op de rechtspersoon.

We denken dan bijvoorbeeld aan bescherming van de privacy van de rechtspersoon, alsook aan het recht op ‘fair trial’. Maar gaat de eerbiediging van de eigen identiteit als fundamenteel recht daar niet aan vooraf? Bij het recht op de eerbiediging van de eigen identiteit en zelfstandigheid, gaat het er mijns inziens om dat een persoon niet wordt vereenzelvigd met een ander. En dat een persoon niet zondermeer verantwoordelijk wordt gehouden voor de daden van een ander, die de persoon niet zelf heeft begaan, zonder dat daaraan een bepaalde basis, rechtshandeling of rechtsverhouding ten grondslag moet liggen. Respecteert men die eigen identiteit niet, dan ontbeert het die persoon aan een eigen bestaan en een eigen rechtspositie. En dat is nu juist wat zo eigen is aan het concept van de rechtspersoonlijkheid: het zelfstandig drager zijn van rechten en verplichtingen.

14. Ik kom tot een conclusie. De geschetste ontwikkelingen in het arbeidsrecht hoeven n.m.m. niet zoveel betekenis te hebben voor het rechtspersonenrecht; ze berusten vooral op regels van een meer algemene strekking, en leveren niet zozeer een doorbraak van aansprakelijkheid op.

Anders is het in het mededingingsrecht waar een vereenzelving van de rechtspersonen binnen het daar gehanteerde ondernemingsbegrip, in feite de startpositie is. Dat staat volstrekt haaks op het uitgangspunt van ons rechtspersonenrecht, dat geacht wordt een zeer brede uitwerking te hebben, ook op andere rechtsgebieden. Ik bepleit dat in het mededingingsrecht het recht op een eigen identiteit van de rechtspersoon wordt eerbiedigt. Alsook dat in dit op zich

<sup>16</sup> Zie hierover de bijdrage van Raaijmakers in deze bundel.

<sup>17</sup> L. Timmerman, *Hebben rechtspersonen mensenrechten?*, P. van Schilfgaarde e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deventer 1997, p. 43 e.v., op p. 45.



bepaalde rechtsgebied die eigen identiteit, en de eerbiediging van de eigen rechtspersoonlijkheid niet met voeten wordt getreden. Evenzo bepleit ik dat die eerbiediging ook uitgangspunt blijft op het gebied van verantwoord ondernemen. Mijn conclusie is dan ook dat de benadering van het concern in andere rechtsgebieden dan het rechtspersonenrecht, geen invloed heeft of behoort te hebben op de eigen zelfstandigheid – en de beperkte uitzonderingen daarop – die we in het rechtspersonenrecht kennen. Eerder omgekeerd: die zelfstandigheid behoort ook in het mededingingsrecht te worden gerespecteerd.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**  
*Bestuurstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW*  
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,  
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**  
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**  
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen  
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvort,  
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**  
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,  
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam,  
prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van Prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**  
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**  
*Tribuut aan Jaap Bellingwout*  
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**  
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens, prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A.M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**  
*Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht*  
Mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.
9. **Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?**  
Mr. J. Jol, prof. mr. R. Vriesendorp, mr. R. Hermans en mr. K. de Vries, prof. mr. B. Wessels, met een inleiding van prof. mr. J.B. Huizink.
10. **Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing**  
*Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht*  
Prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P.C.S. van der Bijl, prof. mr. J.W. Bellingwout en prof. mr. F.P.G. Pötgens.

**11. De veranderende rol van toezichhouders in de financiële sector**

Prof. dr. R.G.C. van den Brink, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. J.B.S. Hijink & mr. L. in 't Veld, mr. Kitty Lieverse, ir. Th.F. Kockelkoren, mr. A.J. Kellermann, prof. mr. R.M.I. Lamp en mr. R. Mellenbergh.

**12. Substance en de Nederlandse houdsterverenootschap**

Prof. mr. J.W. Bellingwout, mr. J. Gooijer, mr. F. van Horzen, Claus Jochimsen, prof. mr. F.P.G. Pötgens, Eric Schiffer, mr. E.B. van der Stok, mr. M.J.E. Straathof en prof. mr. A.F. Verdam.

**13. Rechtszekerheid**

Prof. mr. J.L. Smeehuijzen, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. F.P.G. Pötgens, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. dr. M.R.F. Senftleben, mr. drs. L. Anemaet, prof. mr. J. Hallebeek.

**14. Het concern van 2020**

Prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. M. Holtzer, mr. J.J.H. Joosten en mr. C.C. Lamsvelt, dr. J. van Strien en V.L. Meijerman MSc, mr. P. Glazener, prof. mr. A.F. Verdam.

