

Welkom bij de Universiteit Maastricht



Symposium Geoorloofde en ongeoorloofde concernstructuren

Ons huidige vennootschapsrecht,
een tikkeltje te flexibel amigo?

prof. mr. S.M. Bartman

Groningen, 11 oktober 2019



Inrichtingsvrijheid ondernemer

- elke concernstructuur is in beginsel geoorloofd
- gaat om het *gebruik* van diverse rechtspersonen binnen een concern
- HR Comsys (NJ 2009/565): creëren van een – op voorhand – buitenproportioneel riskante concernstructuur kan een zorgplicht voor de ondernemer (moedermaatschappij/bestuurder) tegenover schuldeisers D in het leven roepen
- Gevaarzetting door verhaalscompartimentering



Inrichtingsvrijheid ondernemer

Ondernemer in Nederland in beginsel volkomen vrij om zijn concern in te richten zoals hem goeddunkt:

- OK Douwe Egberts (NJ 1990/693) inzake Nederland-constructie t.b.v. WOR-overleg (r.o. 4.1):

“Daarbij heeft de ondernemer in beginsel de vrijheid om ter bereiking van die nagestreefde aandachtsverschuiving van zijn raad van bestuur de door hem gewenste vorm te kiezen. Deze vrijheid vindt haar grens slechts daar waar de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen.”



Inrichtingsvrijheid ondernemer

HR ASMI I (NJ 2010/155) inzake toepassing
beschermingsconstructie (prefs) via Stichting
Continuïteit (r.o. 4.4.2 (IV) :

*“dat (...) iedere vennootschap binnen de grenzen van
de wet vrij is haar (vennootschappelijke) organisatie
naar eigen inzicht in te richten”*



Inrichtingsvrijheid ondernemer

HR Comsys (NJ 2009/565) inzake doorbraak van aansprakelijkheid (conclusie A-G Timmerman, par. 3.2.3):

“De kern is m.i. dat uit deze omstandigheden blijkt dat in de Comsys-groep door Holding als bestuurder van Comsys en van Comsys Services met medewerking van Comsys het groepsbeleid werd gevoerd om Comsys Services met kosten te belasten, terwijl inkomsten die met die kosten verband hielden overwegend bij Comsys terechtwamen. Ik meen dat een dergelijke constructie jegens de crediteuren van Comsys Services op zich zelf niet onrechtmatig is.”



Inrichtingsvrijheid ondernemer

Zie ook recent Hof Den Bosch (Datacom/KSD),
ECLI:NL:GHSHE:2019:1151:) inzake doorbraak van
aansprakelijkheid, r.o. 6.9:

*“Het enkele feit dat een vennootschap binnen KSD
c.s. een opdracht aanneemt, daarvoor betaling
ontvangt van de opdrachtgever voor de verleende
diensten en voor deze opdracht personeel inleent van
een van de andere vennootschappen van KSD c.s.
maakt dan ook niet dat KSD c.s. misbruik maakt van
haar vennootschapsstructuur.”*



Terug naar de roots van de NV

Art. 36 WvK (1929):

“De naamloze vennootschap is de vennootschap met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal waarin ieder der vennoten voor een of meer aandelen deelneemt. De vennoten (aandeelhouders) zijn niet *persoonlijk* aansprakelijk voor hetgeen in naam der vennootschap wordt verricht.”



Terug naar de roots van de NV

Dissertatie Overkleeft (2017): voor en na 1929 veel debat over o.a.:

- karakter van de NV (bijzondere maatschap?)
- betekenis rechtspersoonlijkheid (art. 37 WvK)
- verhouding bestuur-ava (instructierecht)
- onderscheid naar omvang onderneming?
- eigen belang vennootschap? (HR Doetinchemse Ijzergieterij, 1949)
- groei naar institutionele opvatting

- Geen discussie over (persoonlijke) aard van de aandeelhouder!



Terug naar de roots van de NV

Christian A. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks* (2018), p. 72:

“By the mid-nineteenth century it was accepted in English law that one company could acquire shares in another company. (...) When the 1855 Act was passed, it appears not to have been contemplated that the benefits of limited liability might thus *inure to companies themselves.*”



Terug naar de roots van de NV

M.J.H. Cobbenhagen, De verantwoordelijkheid in de onderneming (diss. Tilburg) 1927, p. 100:

“(...) het verschijnsel waarbij de moedermaatschappij de holdingcompany is van de dochter-ondernemingen die tot object hebben de exploitatie van één schip, één huis en dergelijke. Hier wordt een tweede risicobeperking in het leven geroepen, zoo dat nu niet alleen het persoonlijk vermogen van de aandeelhouders der moeder-onderneming worden beschermd, maar tevens het ondernemingsvermogen slechts voor een gedeelte opkomt in de risico's der onderneming en de rest moet worden gedragen door de crediteuren der ondermaatschappijen.”



Flexibilisering BV-recht

- Na WO II: Concernvorming zet door (Francken)
- Europese eenwording en *single market* streven
- Timmerman (TVVS 1992) geeft startschot voor versoepeling BV-recht. Noemt als uitgangspunt:

“De b.v. dient dus als een soort van manusje van alles in het vennootschapsrecht gebruikt te kunnen worden. Zij krijgt daardoor de rol die de n.v. voor 1970 (dus vóór de invoering van de b.v.) vervulde.”



Flexibilisering BV-recht

- 6 mei 2004: Rapport Cie. De Kluiver over Vereenvoudiging en Flexibilisering van het BV-recht
- 1 juli 2011: afschaffing Departementaal toezicht bij oprichting en statutenwijziging (Verklaring van geen bezwaar)
- 1 oktober 2012: invoering Flex BV naar Antilliaans voorbeeld (o.a. afschaffing minimumkapitaal, instructierecht, gedifferentieerd stemrecht)



Flexibilisering BV-recht

Zelfs in MvT bij de wet Bestuur en Toezicht Stichtingen en Verenigingen klinkt het concurrentiestreven nog door:

“Met de voorgestelde regeling worden de regels voor bestuur en toezicht bij Nederlandse rechtspersonen aangevuld en verduidelijkt. Het Nederlandse ondernemingsrecht wordt zo merkbaar beter hanteerbaar en daarmee ook aantrekkelijker.” (MvT Kamerstukken 15/16, 34 491, nr. 3, p. 8)”



Europese ontwikkelingen

- *Light vehicle competition*
- Vrijheid van vestiging: van Daily Mail (1988) tot Polbud (2017)
- 18 april 2019: Europees Parlement aanvaardt Mobiliteitsrichtlijn (onderdeel *Mobility Package*): mogelijkheid van *cross border* fusie, splitsing en omzetting
- Nekslag voor werkelijke zetelleer: geen *outbound* of *inbound* hindernissen voor zetelverplaatsing (conversie) nog toegestaan



Te ver doorgeslagen flexibilisering

- BV is het volmaakte Manusje-van-alles geworden voor alle soorten deeltaken en bewegingen binnen een (internationale) concernonderneming
- Gevolg: meervoudige risicoafwenteling dreigt nog veel meer dan in 1927 (Cobbenhagen)
- Adequate bescherming tegen te ver doorgeslagen flexibilisering moet vooral komen van de rechter



Te ver doorgeslagen flexibilisering

- Maatschappelijk belang: te “gemakkelijke” afscherming van risico’s door multifunctioneel gebruik rechtspersoon kan vertrouwen in het rechtsverkeer aantasten
- Daarmee wordt ook de rechtspersoon zelf als rechtsconstructie bedreigt
- Conclusie: een minder terughoudende benadering van de doorbraakproblematiek door de rechter is ook in het belang van de rechtspersoon zelf



Een ander doorbraak-paradigma

Barnali Choudhury and Martin Petrin, Corporate Duties to the Public (2019):

“If parent and group company liability is conceptualized as an effort to internalize business risks – which in our view it should be – then liability can be assigned without inquiring into the parent’s state of mind, knowledge and own actions.”



Terug naar Comsys

Rechtsoverweging 5.5:

“Het hof heeft miskend dat voor aansprakelijkheid van Comsys jegens de schuldeisers van Services een eigen handelen van Comsys is vereist of een nalaten waar handelen met het oog op de belangen van die schuldeisers van haar verlangd mocht worden. Te dien aanzien is in de inleidende dagvaarding slechts een beroep gedaan op de medewerking die Comsys heeft verleend aan de hiervóór in 3.1 beschreven verdeling van taken, werkzaamheden en inkomstenbronnen. Het enkele medewerken daaraan kan echter niet als onrechtmatig worden aangemerkt.”



Vereenzelviging

- Een vorm van redres die “te ver gaat” (HR Rainbow)?
- Moderne remedie tegen uitwassen in de omgang met rechtspersoonlijkheid en de daarmee gepaard gaande ondermijning van het handelsverkeer
- Hoge Raad doe je werk!



Het goede voorbeeld

CJEU Vantaan/Kaupunki (2019)

“Indien ondernemingen die aansprakelijk zijn voor de schade die is veroorzaakt doordat de mededingingsregels van de Unie zijn geschonden, aan hun aansprakelijkheid konden ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructurerings, overdrachten dan wel andere juridische of organisatorische wijzigingen, zou dan ook afbreuk worden gedaan aan de met dat stelsel nagestreefde doelstelling en aan het nuttige effect van die regels”



THE END

