



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht

Jager, R.P.

Citation

Jager, R. P. (2019, October 30). *De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/83253>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/83253>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/83253> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Jager, R.P.

Title: De concern(genoten)enquête: Naar huidig en wenselijk recht

Issue Date: 2019-10-30

Hoofdstuk 2

CONCERNS EN DE ECONOMISCHE WERKELIJKHEID *VERSUS* DE JURIDISCHE WERKELIJKHEID

‘We speak, teach, litigate and legislate about “company law.” But the predominant reality is not today *the* [curs. aut.] company. It is the corporate group.’¹

2.1 Inleiding

Het Nederlandse ondernemingsrecht als neergelegd in Boek 2 BW, de enquête-regeling als opgenomen in afdeling 2 van titel 8 daarvan inclusief, neemt de autonome, enkelvoudige vennootschap (tot deze rechtsvorm beperk ik mij; *vide* ook § 2.2, 1^e al.), waarmee ik bedoel een in zowel economisch opzicht als in juridisch opzicht zelfstandig opererend rechtssubject met een eigen belang en eigen rechten, plichten en verantwoordelijkheden, onderscheiden van die van zijn aandeelhouders, tot uitgangspunt.² Anders dan het recht in *e.g.* Brazilië, Duitsland, Hongarije, Italië, Kroatië, Portugal, Slovenië, Taiwan en Tsjechië,³ kent het Nederlandse recht (lees: Boek 2 BW) niet een systematisch opgezette en op één plaats samengebrachte regeling

-
- 1 K.W. Wedderburn, ‘Multinationals and the Antiquities of Company Law’, *The Modern Law Review* 1984, volume 47, issue 1, p. 92.
 - 2 *Vide* (ook) Franken, *op. cit.* (woord vooraf); M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Overzicht van het concernrecht in Nederland’, in: *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 7; Bartman 1986, *op. cit.*, p. 15; Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs 1993, p. 5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/813; Olaerts 2011, *op. cit.*, p. 7; A.F.M. Dorresteyn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 8; W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (deel 1), bewerkt door B.F. Assink, Deventer: Kluwer 2013, p. 401; M. Olaerts, ‘Concernrecht anno 2014’, *TvOB* 2014/1, p. 11; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 4-5. *Vide* voorts Olaerts 2011, *loc. cit.*; Olaerts 2014, *op. cit.*, p. 11 en 13. *Cf.* J.E. Antunes, *Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law. An International and Comparative Perspective*, Studies in Transnational Economic Law, volume 10, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers 1994, p. 2 en 13; P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii, 2-3 en 6-3 (losbladig).
 - 3 *Vide* Antunes 1994, *op. cit.*, p. 165; S. Kalss, ‘Gesellschaftsrecht in den Ländern Mittel- und Osteuropas’, *ZGR* 2000, volume 29, issue 6, p. 863; S. Kalss, ‘Alternativen zum deutschen Aktienkonzernrecht’, *ZHR* 2007, p. 147; J.E. Antunes, ‘The Law of Corporate Groups in Portugal’, Institute for Law and Finance, Working Paper Series, no. 84, 2008, p. 2 (voetnoot 4); G. Maisto, *International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*, EC and International Tax Law Series, volume 4, Amsterdam: IBFD 2008, p. 10; F.K. Buijn en P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in*

betreffende het concernrecht als zodanig.⁴ Wel houdt het op diverse plaatsen rekening met concerns en concernverhoudingen,⁵ zoals art. 2:351, tweede lid, eerste volzin, BW, waarin wordt gesproken van ‘een rechtspersoon die nauw verbonden is’.⁶

Echter, ‘corporate reality is no longer the single independent public company, but the group of companies’, aldus de commissie-Winter.⁷ Timmerman lijkt ook op deze

de praktijk, serie Recht en Praktijk, Ondernemingsrecht, deel ONR4, Deventer: Kluwer 2013, p. 456; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 2. *Vide* ook P.K. Andersen *et al.*, ‘European Model Company Act (EMCA)’, Nordic & European Company Law, LSN Research Paper Series, No. 16-26, 2017, p. 371.

- 4 *Vide* C.Æ. Uniken Venema, ‘Doorbraak in concernverhoudingen, bezien in het licht van de misbruikontwerpen’, *WPNR* 1981/5575, p. 585; Bartman 1986, *op. cit.*, p. 19; C.W.A. Timmermans en L. Timmerman, ‘The Law on Groups of Companies in the Netherlands’, in: E. Wymeersch (red.), *Groups of Companies in the EEC. A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, Berlijn: Walter de Gruyter 1993, p. 231; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/813; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 402; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 456; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *l.s.c.* *Vide* ook Raaijmakers 1984, *op. cit.*, p. 31-32 en 39-40; Raaijmakers 1990a, *op. cit.*, p. 8; W.J. Slagter, ‘Interne en externe concernverhoudingen’, in: *De Bankier als Jurist tegen wil en dank. Bundel aangeboden aan Mr Drs H. Langman ter gelegenheid van zijn aftreden als lid van de Raad van Bestuur van de ABN AMRO-combinatie op 28 februari 1991*, Deventer: Kluwer 1991, p. 191-192; W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 619; Bartman, Dorresteyn en Olarts, *op. cit.*, p. 3.
- 5 *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/813; Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 402-403; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 3. Buijn en Storm, *l.s.c.* schreven dat de Nederlandse wetgever ‘in steeds sterkere mate rekening houdt met het bestaan van groepen en ook wetsbepalingen maakt die voor groepsverhoudingen bestemd zijn. Deze zijn echter over het hele ondernemingsrecht verspreid’. Volgens sommige auteurs kent het Nederlandse recht stukjes concernrecht, die een (redelijk) samenhangend geheel van normen vormen; *vide* M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures. Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1976, p. 95; M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen’, in: *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel 1, eerste stuk*, 107^e jaargang, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 79; Raaijmakers 1984, *l.s.c.*; Raaijmakers 1990a, *op. cit.*, p. 3 en 8; Slagter 1991, *l.s.c.*; Slagter 2005, *l.s.c.*; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *loc. cit.*
- 6 *Vide* *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 8 (MvT), alwaar met betrekking tot art. 53b, tweede lid, WvK (thans: art. 2:351, tweede lid, BW) staat geciteerd dat het ‘in concernverhoudingen dikwijls niet mogelijk [zal] zijn een juist beeld van het beleid en de gang van zaken in de ene vennootschap te verkrijgen, wanneer men niet tevens inzicht heeft in de situatie van geaffilieerde vennootschappen’. *Vide* ook *Aanvullend advies wijziging enquête-recht* (advies van 17 november 1989, SER 1989/21), Den Haag: SER 1989, p. 11: ‘Aan te nemen valt dat in ieder geval concern-genoten [*sic*] van de aangewezen rechtspersoon ‘nauw verbonden’ rechtspersonen zijn (zij zijn allen [*sic*] groepsmaatschappijen in de zin van artikel [2:]24b [BW]), (...)’.
- 7 A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe: A Consultative Document of the High Level Group of Company Law Experts, Brussels, April 2002, p. 27. *Vide* ook Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, November 2002, p. 94. Overigens wijs ik erop dat ‘[t]he existence of Corporate Groups (...) has long been a reality throughout the world’; *vide* Forum Europaeum Corporate Group Law, ‘Corporate Group Law for Europe’, *EBOR* 2000, volume 1, issue 2, p. 167.

lijn te zitten door te stellen dat het concern is uitgegroeid tot de belangrijkste organisatievorm,⁸ alsmede Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, en Dorresteyn, die stellen dat het concern eerder regel dan uitzondering is.⁹ Voor deze stellingen kan steun worden gevonden bij Buijn en Storm, die schatten dat veel meer dan de helft van alle naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen tot een concern behoort.¹⁰ Hadden drukt de economische realiteit die het concern is, als volgt treffend uit:

‘Company lawyers still talk and write as if the single independent company, with its shareholders, directors and employees, was the norm. (...) *In reality the individual company ceased to be the most significant form of organisation in the 1920s and 1930s. The commercial world is now dominated both nationally and internationally by complex corporate groups.* The largest companies in the west have literally hundreds of subsidiaries scattered throughout the world. Even in the case of much smaller and relatively local enterprises it is common for trading operations to be split up between a number of holding and subsidiary companies. *Only for the smallest private businesses is the single operating company still the typical form of organisation.*’¹¹ (curs. RPJ)

Niettemin staande dat het concern dé economische realiteit is (geworden), kijkt het Nederlandse (enquête)recht daar, in beginsel, doorheen en ziet het diensgevolge, in beginsel, nog steeds slechts twee of meer separate, enkelvoudige vennootschappen

8 L. Timmerman, ‘Twee opvattingen over concernrecht’, *TVVS* 1994/7, p. 179. *Vide* tevens de Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, Brussels, April 2011, p. 59: ‘The international group of companies – not the single company – has become *the* [curs. aut.] prevailing form of European large-sized enterprises, which business activity is typically organised and conducted through a network of individual subsidiaries located in several States inside and outside Europe.’ Daarbij sluit aan EMCA 2017, p. 371: ‘Groups of companies are a major economic phenomenon. Since the middle of the last century, enterprises have increasingly chosen to organize and to conduct their business activities in the form of a network of individual separate companies rather than as a single corporate entity: therefore, *the group of companies – and not the single company – is the prevailing form of the modern enterprise* [curs. RPJ].’

9 Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 1; A.F.M. Dorresteyn, *Substance over form in het ondernemingsrecht?* (oratie Utrecht), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 8; A.F.M. Dorresteyn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 8.

10 Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 419.

11 T. Hadden, ‘Inside Corporate Groups’, *International Journal of the Sociology of Law* 1984, volume 12, p. 271-272. *Vide* ook P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xi, (losbladig): ‘A ‘corporate group’ is a business made up of commonly controlled corporations, often numbered in the scores or hundreds that collectively conduct an integrated business enterprise under control of a parent corporation. *These include the great multinational corporations of our times that dominate the world economy and rival small and even medium nation-states in the size of their revenues* [curs. RPJ].’ *Vide* voorts P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii, 1-3 t/m 1-14 (losbladig). *Vide* bovendien Wedderburn, *op. cit.*, p. 92 *Vide* daarnaast Antunes 1994, *op. cit.*, p. 37-50.

(*vide infra*).¹² Hoewel het concern een veelheid van juridische entiteiten (lees: rechtspersonen) is, wordt met het vorenbedoelde de economische realiteit miskend, althans genegeerd, dat die vennootschappen – in de woorden van Blumberg – ‘are not acting as separate, independent businesses, but are instead collectively conducting a common business under the control of their parent corporation’.¹³ Men kan zich dan ook afvragen of de rechtspersoongerichte benadering in concernverband, waarmee ik bedoel het leggen van de focus op de afzonderlijke (juridische) componenten (de bomen) in een *two-tiered*- of een complexe *multi-tiered*-concernstructuur, niet achterhaald is.¹⁴ Moet niet veeleer een concernbenadering worden gevolgd door de focus op

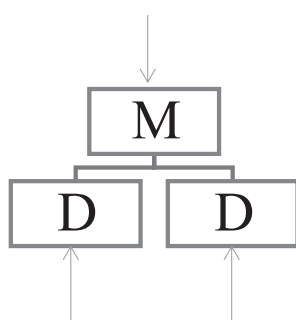
12 Cf. Böckli *et al.*, p. 10: ‘The same principle applies to each of the group entities, which have their own legal personality, are subject to their own conflict of law rules and should be dealt with as any other company. Therefore, the group cannot act as a single separate entity, nor be sued in court. Nor has it separate bodies such as a group board of directors: group-wide decision making is often organised in the form of informal committees, but without legal standing.’ (voetnoten verwijderd)

13 P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii (losbladig). *Vide* over het spanningsveld tussen de economische eenheid en de juridische veelheid Antunes 1994, *op. cit.*, p. 158: ‘This polarity between the plurality of separate legal persons and the unity of their economic direction is to be understood as the ultimate product of the tension underlying modern corporation law itself, that between the two competing principles of corporate autonomy and control [curs. RPJ].’ *Vide* voorts C.Æ. Uniken Venema, ‘Concernrecht’, in: *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis*, Deventer en Zwolle: Kluwer respectievelijk Tjeenk Willink 1969, p. 270; Bartman, Dorresteyn en Olaerts *op. cit.*, p. 4-5.

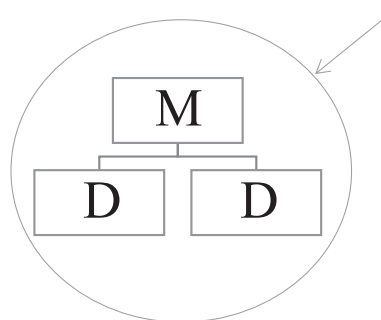
14 *Vide* ook Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 5. Cf. P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. xii (losbladig): ‘Anglo-American corporation law has traditionally been grounded in the ‘entity’ view, the concept that each corporation, like each human being, is a separate juridical person with its own legal rights and duties. *Entity law doctrine arose centuries ago and was well suited to deal with the needs of a simpler economic society. In the time when corporations generally could not own other corporations, and corporate groups with holding companies or parent corporations were unknown, the entity law approach worked reasonably well. At that time, each corporation was a separate economic enterprise as well as a separate legal entity. This is no longer the case.*

As noted above, over the centuries, the scale and legal structure of business units have changed dramatically. In the modern world, giant multinational enterprises with multi-tiered corporate structures dominate the economy. *Traditional corporate law, however, sees only the scores or hundreds of separate corporations in the group, each with its own rights and duties. The traditional view thus ignores the economic reality that the subsidiaries are not acting as separate, independent businesses, but are instead collectively conducting a common business under the control of their parent corporation.*’ (curs. en onderstr. RPJ) *Vide* ook P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. 1-5 (losbladig): ‘[T]he traditional view – that for almost all purposes each corporation is a separate legal entity with its own legal right and responsibilities – is beginning to collapse when the corporation in question is an integral part of a corporate group with which it is collectively conducting an integrated enterprise.’ *Vide* tevens P.I. Blumberg *et al.*, *Blumberg on Corporate Groups*, volume 1, New York: Wolters Kluwer Law & Business, p. 6-3 (losbladig): ‘Traditional Anglo-American corporation law rests on the principle that each corporation is a separate legal unit with its own rights and responsibilities, separate and distinct from those of its shareholders. (...) It remains the fundamental doctrine today. Under the traditional jurisprudence, corporations continue to have separate juridical identities *even when they are linked by*

het (economisch) geheel (het bos) te leggen (*vide infra*)? Gezien de materiële – niet de formeel-juridische – aard van een concern en de wijze waarop het functioneert (*vide supra*), luidt mijn antwoord, indachtig *substance over form*, bevestigend. Men kan naar mijn mening ook moeilijk volhouden dat een vennootschap die deel uitmaakt van een concern, op dezelfde wijze kan worden beschouwd en behandeld als een vennootschap die daar géén deel van uitmaakt; eerstgenoemde bevindt zich in een duidelijk andere positie dan laatstgenoemde. Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.



Juridische werkelijkheid



Economische werkelijkheid

2.2 Wat is een concern?

In art. 2:24b BW is een definitie opgenomen van een ‘groep’ (concern).¹⁵ Deze luidt aldus:

‘Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.’

common stock ownership and collectively participate in the conduct of an integrated enterprise under common control. However well this inherited jurisprudence suited the needs of the simple economy that shaped its development, it no longer serves the needs of modern society. Today, economic activity is predominantly conducted by giant multinational enterprises organized in complex multitiered structures, consisting of scores or hundreds of subholding companies and subsidiaries. The traditional doctrines of corporation law, which focus on the particular components in a complex multitiered corporate structure rather than on the enterprise as a whole, have become an anachronism.’ (curs. RPJ en voetnoten verwijderd)

¹⁵ Algemeen wordt aangenomen dat dit begrip ‘groep’ synoniem is met het (in de doctrine ontwikkelde) begrip ‘concern’; *vide* Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 32. *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 419 (voetnoot 1) en 420; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 47.

De bouwstenen van een concern, ‘groepsmaatschappijen’ genaamd, welke kunnen worden onderverdeeld in één of, somtijds, twee dominerende groepsmaatschappijen, ‘moedermaatschappijen’ genaamd, en een of meer onderhorige groepsmaatschappijen, ‘dochtermaatschappijen’ (*vide* art. 2:24a BW) genaamd, zijn blijkens de bovenvermelde wettekst ‘rechtspersonen en vennootschappen’. Daaronder vallen niet alleen nv’s en bv’s, maar ook stichtingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en personenvennootschappen.¹⁶ In de regel zal een concern evenwel bestaan uit een of meer nv’s en/of bv’s,¹⁷ waarvan ik uit zal (blijven) gaan. Ook buitenlandse rechtsvormen kunnen deel uitmaken van een concern,¹⁸ in welk geval er sprake is van een inter- of multinationalaal concern.¹⁹ Hoewel dit wellicht moeilijk te rijmen valt met het normale spraakgebruik, kunnen, juridisch gezien, twee groepsmaatschappijen al een (mini)concern vormen.²⁰

Wil er sprake zijn van een concern, dan is het in de eerste plaats noodzakelijk dat de hogergenoemde bouwstenen ‘organisatorisch zijn verbonden’. Daarbij moet men (primair) denken aan juridisch-organisatorische verbondenheid. Dit kan worden gerealiseerd door (i) kapitaaldeelname,²¹ zoals het oprichten van (buitenlandse)

16 *Vide Kamerstukken II 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT). Vide ook Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs op. cit., p. 711; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, op. cit., p. 31.*

17 *Vide onder andere H.J.M.N. Honée, ‘Jaarrekening en kapitaalbescherming in het kader van concernverhoudingen’, in: Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht. Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen, Deventer: Kluwer 1984, p. 67; A.G. van Solinge, ‘De juridische structuur van de vennootschappelijke top’, in: H.J.M.N. Honée et al. (red.), Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 307; Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, op. cit., p. 711-712; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/817; Slagter (deel 2) 2013, op. cit., p. 2229; Buijn en Storm, op. cit., p. 420; Van der Heijden en Van der Grinten, op. cit., p. 45; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, op. cit., p. 3.*

18 *Vide Kamerstukken II 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT). Vide ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/817; A.F.M. Dorresteyn, in: GS Rechtspersonen, art. 2:24b BW, aant. 4; A.N. Krol, in: Sdu Commentaar Ondernemingsrecht, art. 2:24b BW, aant. A; Van Schilfgaarde 2017, op. cit., p. 47; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, op. cit., p. 31.*

19 Timmerman 1988, op. cit., p. 3-4 omschrijft een multinationale onderneming als een ‘samenstel van vennootschappen die overeenkomstig verschillende rechtsstelsels zijn opgericht en onder centrale leiding staan’. *Vide ook R.H. Buikema, De Multinationale Onderneming in Juridisch Perspectief. Enkele rechtsvragen naar aanleiding van de discussie over multinationale ondernemingen* (diss. Leiden),

’s-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1992, p. 11-12; Slagter (deel 2) 2013, op. cit., p. 2763 *et seq.*

20 *Vide ook § 1.2 (i.f.) en het aldaar, in voetnoot 24, aangehaalde.*

21 Met het oog op het kunnen uitoefenen van centrale leiding, waarover ik zo dadelijk kom te spreken, zal de kapitaaldeelname in de regel een, directe of indirecte, meerderheidsdeelneming zijn. Minderheidsdeelnemingen en 50%-deelnemingen zijn ook mogelijk, met dien verstande dat zij zijn versterkt met bijzondere rechten, zoals regelingen in statuten en/of overeenkomsten; *vide Kamerstukken II 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT); Slagter (deel 2) 2013, op. cit., p. 2230. Vide ook Van Achterberg, op. cit., p. 47, 50 en 235, die van mening is dat onder omstandigheden een 50%- of minderheidsdeelneming kan worden geïntegreerd in de concernorganisatie.*

vennootschappen of de overneming van aandelen in het geplaatste kapitaal daarvan, (ii) overeenkomsten, zoals licentie-, management-, egalisatie-, (winst)pooling-, samenwerkings-, beheersings-, leverings- en algemene dienstverleningsovereenkomsten, of door (iii) een combinatie van het genoemde onder (i) en (ii), zoals joint ventures, een en ander al dan niet gecombineerd met statutaire voorzieningen.²² Alleen juridisch-organisatorische verbondenheid is echter naar mijn mening niet voldoende;²³ (de ondernemingen van) de vennootschappen dienen ook te worden geïntegreerd in de, of samengevoegd tot een, concernorganisatie (feitelijk-organisatorische verbondenheid).²⁴ Indicatoren hiervoor zijn, onder andere, (a) een hiërarchische organisatiestructuur, (b) specialistische afdelingen, zoals personeelszaken, financiën en juridische zaken, op het kantoor waar de moedermaatschappij zetelt, (c) interne richtlijnen en procedures, (d) periodieke uitwisseling van gegevens, (e) een gecentraliseerd planning- en controlesysteem, (f) *management development*-programma's, (g) een informatie- en communicatienetwerk, (h) centraal kasbeheer, (i) centrale inkoop en/of marketing, (j) afgestemde doelomschrijvingen, (k) gemeenschappelijke handelsnaam, (l) uniformering van arbeidsvoorwaarden, (m) personele unies, (n) een centrale administratie en/of (o) gecentraliseerde financiering.²⁵

22 *Vide* onder andere Van Achterberg, *op. cit.*, p. 10, 13-16, 47-50; Raaijmakers 1990a, *op. cit.*, p. 5; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 583-584; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/815-816; A.F.M. Dorresteyn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2228; S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 111-112; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33-34.

23 *Vide* ook Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *l.s.c.*, die opmerkten dat 'de opvatting dat een feitelijke grondslag [van de vereiste organisatorische verbondenheid, toev. RPJ] kan volstaan[,] het meest overeen[komt, toev. RPJ] met de informele wijze waarop de afstemming van beleid binnen een concern doorgaans tot stand wordt gebracht'. *Vide* daaromtrent ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 17.

24 Enzo Van Achterberg, *op. cit.*, p. 47 en 51.

25 *Vide* onder andere (ook) Van Achterberg, *op. cit.*, p. 51; R. van Rooij, 'De moeder, de dochter, het concern en de calamiteit', in: M.J.G.C. Raaijmakers, R. van Rooij en J. Spier (red.), *Aansprakelijkheden. Opstellen rond het thema ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van bedrijfsjuristen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 188; Buikema, *op. cit.*, p. 28; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *l.s.c.* *Vide* ook C.W.A. Timmermans, 'Het economische groepsbegrip en de zevende EEG-richtlijn inzake de geconsolideerde jaarrekening', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 352; Van Rooij *op. cit.*, p. 187 en 189.

‘[O]f all the essential or possible criteria one might mention, the one that is absolutely crucial and common to every form of multinational enterprise (...) is: central direction’, aldus Wallace.²⁶ Derhalve dient, als het element ‘organisatorisch zijn verbonden’ is vervuld, in de tweede plaats het element ‘centrale leiding’ te worden verwezenlijkt. Ondanks dat dit een essentieel element is voor het zijn van een concern als bedoeld in art. 2:24b BW, is het niet (met zoveel woorden) daarin opgenomen. Timmermans en Van Achterberg lijken de mening te zijn toegedaan dat centrale leiding is verdisconteerd in het element ‘organisatorisch zijn verbonden’.²⁷ Zij leiden zulks af uit de wetsgeschiedenis. Ik zie dat anders.

26 C.D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise. National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls* (diss. Cambridge), Den Haag/Boston/Londen: Martinus Nijhoff Publishers 1982, p. 20. In die richting ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 49, die opmerkte dat meestal in de literatuur het element centrale leiding als derde ‘– meest belangrijke! –’ element van het begrip groep wordt genoemd.

27 Timmermans, *op. cit.*, p. 351-352; Van Achterberg, *op. cit.*, p. 60-61. Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33 stellen dat ‘[a]lgemeen wordt (...) aangenomen dat dit element [*i.e.* centrale leiding, toev. RPJ] (...) geldt als een essentiale van het groepsbegrip van art. 2:24b BW en dat het (...) zit verdisconteerd in het element van de *organisatorische verbondenheid* [curs. auteurs]’. Dat dat laatste algemeen wordt aangenomen, kan echter worden betwijfeld; *vide* bijvoorbeeld Buikema, *op. cit.*, p. 21-22; A.F.M. Dorresteyn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3-4; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2228-2229; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 420; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.1 en C.4; Van Schilfgaarde 2017, *l.s.c.* Deze auteurs spreken immers allen over/ van drie elementen. Als centrale leiding verdisconteerd zou zijn in ‘organisatorisch zijn verbonden’, zou, naar het mij toeschijnt, worden gesproken over/ van twee elementen. *Vide* ook de conclusie, onder 7.12, van A-G Wattel bij HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse, waarin hij na analyse van het groepsbegrip aan de hand van, *inter alia*, de wetsgeschiedenis en de literatuur het volgende concludeert: ‘Bij de beoordeling of vennootschappen in een groep met elkaar verbonden zijn, moet in elk geval acht geslagen worden op hun organisatorische verbondenheid, hun centrale leiding en hun economische eenheid.’ Wederom dus drie – naast elkaar staande – elementen. *Vide* mede zijn conclusie, onder 1.3 en 5.4 (*vide* ook onder 2.3), bij HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen, waarin hij die drie elementen herhaalde. Overigens, Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33 (voetnoot 10) verwijzen ter schraging van de bovengenoemde stelling mede naar Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816. Ik waag het te betwijfelen of laatstgenoemden van mening zijn dat centrale leiding is verdisconteerd in het element ‘organisatorisch zijn verbonden’. Zij stellen voorop dat art. 2:24b BW twee elementen bevat, te weten ‘economische eenheid’ en ‘organisatorische verbondenheid’. Verderop lezen wij dat laatstbedoeld element moet leiden tot het eerstbedoelde element, hetwelk ‘wil zeggen, mede [curs. RPJ] in het licht van de wetsgeschiedenis (...), dat organisatorische verbondenheid als bedoeld *op zich niet voldoende is* [curs. RPJ], maar dat binnen die aldus organisatorisch verbonden rechtspersonen en vennootschappen vanuit de top *ook* [curs. RPJ] centrale leiding (...) moet worden uitgeoefend. Later spreken zij van ‘[d]ie *eis* [curs. RPJ] van centrale leiding (...)’. Dit een en ander wijst er mijns inziens veeleer op dat Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme van mening zijn dat centrale leiding een derde element is dan dat zij van mening zijn dat centrale leiding is verdisconteerd in het element ‘organisatorisch zijn verbonden’.

De *opinio iuris* is dat centrale leiding wezenlijk is voor het zijn van een concern,²⁸ hetgeen zowel vóór als bij als na de totstandkoming van art. 2:24b BW ook door de wetgever is, althans lijkt te zijn, erkend.²⁹ Dit zo zijnde, dan ligt het niet in de rede dat het vorenbedoelde element verstopt is in het element ‘organisatorisch zijn verbonden’. Voorts rijmen, taalkundig gezien, de woorden ‘centrale leiding’ en de woorden ‘organisatorisch zijn verbonden’ niet met elkaar. Er bestaat weliswaar een zeker verband tussen de woorden, waarover ik zo dadelijk nog kom te spreken, maar zij betekenen niet hetzelfde. Bovendien kan er zeer wel sprake zijn van organisatorische verbondenheid zonder dat er (steeds) sprake is van centrale leiding; men denke aan een franchiseorganisatie en aan een strategische alliantie.³⁰ Tegen deze achtergrond leze men ‘centrale leiding’, als zelfstandig element, in in art. 2:24b BW.³¹ Het element centrale

28 *Vide* onder andere Bartman 1986, *op. cit.*, p. 19; Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 54; Buikema, *op. cit.*, p. 21-22; Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816; conclusie, onder 7.12, van A-G Wattel bij HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse; conclusie, onder 1.3, 2.3 en 5.4, van A-G Wattel bij HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2228-2229; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 45; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 49; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 1 en 33.

29 *Vide Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3, p. 13 (MvT), waarin werd opgemerkt dat ‘[t]yperend voor het concern is een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaal-deelneming of anderszins met elkaar zijn verbonden, en waarvan het *centrale beleid in de top wordt bepaald* [curs. RPJ]’, *Kamerstukken II* 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT), waarin werd opgemerkt dat in het algemeen van een groep kan worden gesproken ‘indien een aantal ondernemingen als een economische eenheid *onder een gemeenschappelijke leiding* [curs. RPJ] optreedt’, *Kamerstukken II* 1986/87, 19813, 3, p. 11, (MvT), waarin werd opgemerkt dat ‘[d]e geringe wijziging in de omschrijving van het begrip groep (...) geen verandering [brengt, toev. RPJ] in de betekenis die daaraan *in het gangbare juridische spraakgebruik* [curs. RPJ] wordt gehecht’, *Kamerstukken II* 1987/88, 19813, 5, p. 4, onder 14 (MvT), waarin werd opgemerkt dat het de minister ‘niet waarschijnlijk [lijkt, toev. RPJ] dat het duurzaam niet kunnen uitoefenen van invloed op het beleid van een maatschappij kan samenvallen met omstandigheden waaruit blijkt dat de betrokken maatschappij deel blijft uitmaken van de groep’ en dat zijn antwoord op de vraag ‘of het begrip centrale leiding wezenlijk is voor het vaststellen van een groepsband (...) naar geldend en komend recht eender [luidt, toev. RPJ]’, en *vide Kamerstukken II* 2003/04, 29210, 25, p. 14, waarin werd opgemerkt dat uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat ‘ook het element centrale leiding *essentieel* [curs. RPJ] is’ voor het zijn van een groep als bedoeld in art. 2:24b BW. *Vide* ook A.F.M. Dorresteyn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 420; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.1 en C.4. *Vide* voorts HR 18 november 2011, *BNB* 2012/27, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/372, m.nt. J.N. Bouwman, *FED* 2012/18, m.nt. M.C. Cornelisse, r.o. 3.4.1: ‘Uit de in de onderdelen 7.4 tot en met 7.6 van de conclusie van de Advocaat-Generaal aangehaalde passages uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat optreden onder gezamenlijke leiding *kenmerkend* [curs. RPJ] is voor de aanwezigheid van een groep (...)’ Dit oordeel is herhaald in HR 21 september 2012, *BNB* 2013/14, m.nt. O.C.R. Marres, *NTFR* 2012/2285, m.nt. J.A.G. van Es, *FED* 2013/22, m.nt. G.T.K. Meussen, r.o. 4.2.

30 *Vide* Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 33.

31 Kennelijk evenzo Spruitenburg 2018, *op. cit.*, p. 261 (voetnoot 74), die opmerkte dat uit de wetsgeschiedenis ‘het derde element’, te weten centrale leiding, volgt.

leiding bouwt voort op het element 'organisatorisch zijn verbonden' in dezer voege dat het laatstbedoelde element de vervulling van het eerstbedoelde element mogelijk maakt.³²

Het woord 'centrale'³³ slaat in geval van een onderschikkingsconcern, *i.e.* een concern met een enkelvoudige structuur, oftewel met één moedermaatschappij, op leiding vanuit één punt en in geval van een nevenschikkingsconcern, *i.e.* een concern met een duale structuur, oftewel met twee moedermaatschappijen, op leiding vanuit twee punten.³⁴ Daar concerns een (soort) piramidale structuur hebben,³⁵ inherent aan een concern is immers het hebben van een hiërarchische organisatiestructuur,³⁶ zal de centrale leiding (lees: het concernbestuur) zich bevinden in de top (lees: bij de moedermaatschappij) van de piramide.³⁷

32 *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 61 en 82. Op de eerstgenoemde pagina lezen wij: 'Centrale leiding ziet daarbij op de uitoefening van bestuurlijke invloed van de ene onderneming in de andere onderneming en 'organisatorisch zijn verbonden' op de wijze waarop die invloed tot stand komt.' *Vide* voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816, die spreken van de voor de centrale leiding 'nodige voorwaarden scheppende juridisch-organisatorische verbondenheid'.

33 In beschikkingen van de Ondernemingskamer wordt, net als in sommige boeken (*vide* Westbroek, *op. cit.*, p. 7 en 83; Franken, *op. cit.*, p. 17; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 585 en 620), gesproken van 'gemeenschappelijke' leiding. Dit acht ik niet zuiver, omdat het ten onrechte suggereert dat het leiding geven in concernverband een gezamenlijke aangelegenheid is in de zin dat de moedermaatschappij samen met een of meer andere groepsmaatschappijen leiding geeft, hetgeen, behoudens in geval van een nevenschikkingsconcern, waarin twee moedermaatschappijen de scepter zwaaien, niet het geval is. Voorts spreken sommige auteurs (ook) van 'uniforme' leiding; *vide* Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 583-584; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 625. Ook dat acht ik niet zuiver, omdat een concern weliswaar uniform kan worden geleid, maar dat hoeft niet. Evenzo Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 97; Honée 1981, *op. cit.*, p. 17-18 (voetnoot 11).

34 Aldus ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 79 (voetnoot 123); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816. *Vide* ook Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 275.

35 *Vide* ook Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 266-267; Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 583.

36 Aldus ook Franken, *op. cit.*, p. 26 en 31; Van Achterberg, *op. cit.*, p. 33-34, 51 en 82; Buikema, *op. cit.*, p. 26; A.F.M. Dorresteyn, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:24b BW, aant. 3; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.4. *Vide* ook W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen* (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Geschriften van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, no. 40, Deventer: Kluwer 1988, p. 96, waarin hij opmerkte dat er tussen het bestuur van de moedermaatschappij en de directeur (naar hij zal bedoelen: bestuurder) van een werkmaatschappij (naar hij zal bedoelen: dochtermaatschappij) een 'zekere hiërarchische verhouding' is. Anders: Timmerman 1994, *op. cit.*, p. 182, die opmerkte dat '[h]et accepteren van een instructierecht onderstreept, dat een concern een hiërarchisch opgebouwd geheel is. Dit is zeker niet altijd de realiteit van concerns. In mijn ogen functioneert het concern vaak als een netwerk van rechtspersonen die elkaar over en weer beïnvloeden. In een concern is er lang niet altijd sprake van een hiërarchie, maar kan er heel wel een situatie van een hiërarchie bestaan'. Het gaat mijn voorstellingsvermogen te buiten om een situatie te bedenken waarin wél sprake is van een concern, maar níét van een hiërarchische organisatiestructuur. Naar mijn opvatting is zulk een structuur, gelet op het kunnen uitoefenen van centrale leiding en ter waarborging van de eenheid, juist wezenlijk voor het zijn van een concern.

37 *Vide* onder andere *Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3, p. 13 (MvT); Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 267; B. Wachter, 'Concernrecht en bewijs(on)mogelijkheden', in: H.J.M.N. Honée *et al.* (red.), *Van vennootschappelijk belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.M.M. Maeijer ter gelegenheid*

Het geven van ‘centrale leiding’ impliceert, in het algemeen, dat – tot op zekere hoogte in het voetspoor van Timmerman, Van Achterberg en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme – het concernbestuur, in ieder geval, in het licht van het concernbelang (i) de concernstrategie vaststelt alsmede daarop het concernbeleid afstemt,³⁸ (ii) op basis daarvan een (concrete) concernplanning ontwikkelt en (iii) de uitvoering van het genoemde onder (i) en (ii) door de dochtermaatschappijen coördineert en controleert.³⁹ Aldus creëert het concernbestuur een kader waarbinnen (het bestuur van) de dochtermaatschappij(en) dient (dienen) te opereren.⁴⁰ De centrale leiding dient daadwerkelijk te worden uitgeoefend,⁴¹ alsmede dient zij – en dat is van kardinaal belang – te kunnen worden doorgezet.⁴² Preciserend: het concernbestuur

van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 380; H.J. de Bijl Nachenius, ‘Medezeggenschap in internationale concerns’, in: *Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige jubileumcongres ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het Van der Heijden Instituut op vrijdag 15 en zaterdag 16 november 1991 te Nijmegen*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, deel 39, Deventer: Kluwer 1992, p. 3; J. Groot, ‘Gevraagd: richtinggevend arrest over instructiebevoegdheid in het concernrecht. Forumbank omvergeworpen door een almachtig concernbelang?’, in: *LT. Verzamelde ‘Groninger’ opstellen aangeboden aan Vino Timmerman ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Handelsrecht en Ondernemingsrecht aan de RUG*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 44, Deventer: Kluwer 2003, p. 109; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2229; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 17. *Vide* in ietwat andere zin Franken, *op. cit.*, p. 55: ‘(...) Waar het om gaat, is dat het concern niet een stapelvorm van rechtsvormen is, waarbij de leiding over het geheel kan worden gelokaliseerd door ervan uit te gaan dat zij in de top van die pyramide [sic] zit [curs. RPJ]. Vaak [curs. RPJ] zal dit inderdaad zo zijn.’

- 38 Er lijkt in de literatuur geen verschil van mening te bestaan over het recht en de plicht van de concernleiding om de concernstrategie, houdende een strategie die geldt voor de hele groep, te bepalen en die binnen de groep uit te rollen; *vide* A.F. Verdam, ‘Het bestuur van de dochter in concernverband’, *Ondernemingsrecht* 2019/77, p. 405.
- 39 *Vide* Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 54-55; Van Achterberg, *op. cit.*, p. 34-37 en 82; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816. *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 82: ‘De belangrijkste aanwijzing dat sprake is van centrale leiding[,] is de aanwezigheid van een gecentraliseerd planning- en controlesysteem (...)’ *Vide* voorts Wachter, *op. cit.*, p. 383.
- 40 Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 55. Hij wijst er echter op dat het uitoefenen van centrale leiding, afhankelijk van een reeks van factoren, verder kan gaan dan louter het creëren van een kader.
- 41 *Vide* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2229-2230; A.N. Krol, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:24b BW, aant. C.4; Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 49; Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 50. Zulks volgt ook uit HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 9.1-9.2 (*Ogem*), waarin (de erkenning van) de ‘concernleidingsplicht’ besloten ligt. Anders: Bartman 1986, *op. cit.*, p. 20, die onder ‘centrale leiding’ de ‘mogelijke uitoefening van beslissende zeggenschap [curs. auteur]’ verstaat. *Vide* Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 60-61 voor kritiek daarop. Eveneens anders: M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang. Mede in concernverband beschouwd* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989, p. 35, alwaar hij spreekt van ‘[d]e mogelijkheid [curs. RPJ] binnen een concern centrale leiding uit te oefenen’.
- 42 *Vide* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816; Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2230.

moet – beslissende – zeggenschap over zijn dochtermaatschappijen kunnen uitoefenen,⁴³ en wel aldus dat het concernbestuur het in zijn macht heeft om het beleid van een of meer van hen in de pas te laten lopen met het concernbeleid door, in het uiterste geval, onwillige bestuurders te schorsen of te ontslaan, en te laten vervangen door bestuurders die wel bereid zijn zich te voegen naar het laatstbedoelde beleid.⁴⁴

Wanneer twee of meer vennootschappen organisatorisch met elkaar zijn verbonden en over hen centrale leiding wordt uitgeoefend, dan is sprake van een organisatorische eenheid. Voert dat vervolgens noodzakelijkerwijs tot het derde element, te weten een economische eenheid? Dat hangt ervan af. Een groep is een economische eenheid,⁴⁵ waarbinnen een organisatorische eenheid bestaat.⁴⁶ Met een ‘economische eenheid’ wordt in dit verband bedoeld dat (de ondernemingen van) de betrokken rechtspersonen tezamen één (geïntegreerde) onderneming vormen.⁴⁷ Onder een ‘onderneming’ versta ik een zelfstandig optredende organisatorische eenheid, bestaande uit (rechts)personen en (im)materiële elementen, die op duurzame basis aan het economisch verkeer deelneemt door het ten behoeve van derden met behulp van mensen en middelen verrichten van economische activiteiten in de zin van het aanbieden van goederen of diensten, een en ander met het oogmerk om daarmee winst te behalen,⁴⁸ dit als doel op zich dan wel ter realisatie van (mede) een ander doel.⁴⁹

43 *Vide Kamerstukken II 1979/80, 16326, 3, p. 42 (MvT).*

44 Aldus ook Honée 1981, *op. cit.*, p. 53.

45 *Vide* ook Forum Europaeum, *op. cit.*, p. 167, waarin een concern (*corporate group*) wordt omschreven als ‘several independent incorporated companies connected mostly by a chain of participations to form what is practically one commercial unit [curs. RPJ]’.

46 Volgens Van Achterberg, *op. cit.*, p. 79 is het niet voldoende dat sprake is van een economische eenheid, maar dat het noodzakelijk is dat deze tevens een organisatorische eenheid is. Als sprake is van een economische eenheid, dan impliceert dat echter naar mijn gevoel dat er een organisatorische eenheid bestaat.

47 Kennelijk evenzo Franken, *op. cit.*, p. 19; Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 275; Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 583; Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 111. *Vide* ook Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 265 (voetnoot 1); Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 185. *Vide* tevens Wachter, *op. cit.*, p. 379, naar wiens mening een concern ‘bedrijfseconomisch, bedrijfsorganisatorisch een eenheid’ is. *Cf.* § 2.4; de Dikke Van Dale.

48 *Cf.* art. 1, eerste lid, onderdeel c, WOR; art. 2, eerste lid, Handelsregisterbesluit 2008; § 2.4.

49 De primaire bouwstenen van een concern zijn (buitenlandse equivalenten van) bv’s en/of nv’s. Dit zijn commerciële rechtspersonen in de zin dat zij een winststreven hebben. Niettemin kan een groep als bedoeld in art. 2:24b BW ook (volledig of ten dele) bestaan uit *e.g.* stichtingen; men zie *e.g.* hof Amsterdam (OK) 14 april 2010, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman (*Meavita*), waarin een enquête werd uitgelokt bij Meavita, een concern bestaande uit stichtingen en bv’s (het merendeel van de groepsmaatschappijen had de rechtsvorm van een stichting en daarbij stond er een stichting aan het hoofd van het concern). *Vide* ook Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 3-4. Een stichting kan een onderneming drijven. Deze is (mede) gericht op het maken van winst. Ofschoon een stichting (met haar onderneming) winst mag maken, mag dat niet tot doel verheven zijn; de gemaakte winst is slechts een middel ter realisering van *e.g.* sociale of ideële doelen. *Vide* G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge*

Hieruit volgt dat de vennootschappen die tot elkaar in een groepsverhouding willen komen te staan, naast het vormen van een unitaire organisatie gezamenlijk (een) economische activiteit(en) als evenbedoeld moeten verrichten.⁵⁰ Alsdan is er (pas) sprake van een groep als hier bedoeld.

Uit het vorengaande volgt reeds dat de positie van een autonome, enkelvoudige vennootschap niet op één lijn kan worden gesteld met de positie van een groepsmaatschappij.⁵¹ Eerstgenoemde leidt immers in concernverband geen autonoom bestaan (meer); zij (i) is op allerlei manieren verbonden met een of meer andere groepsmaatschappijen, en wel dusdanig dat zij gezamenlijk één onderneming vormen, (ii) staat onder leiding van het concernbestuur en (iii) dient – op straffe van schorsing of ontslag van een of meer van haar bestuurders – te opereren binnen de concernstrategie en het concernbeleid als door de moedermaatschappij bepaald.⁵² ‘Those who’, om met Wedderburn te spreken, ‘trumpet the “rule of law” [lees: degenen die in concernverband

waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen, Deventer: Wolters Kluwer 2017/323 en de verwijzing aldaar. *Ergo*: ondernemingen zijn gericht op het maken van winst, maar dat hoeft niet altijd het (enige) doel van een rechtspersoon te zijn; zulks kan ook een middel zijn ter realisatie van een ander doel.

- 50 Een concern is een onderneming, die wordt *gevormd* door de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij(en). Men zou ook kunnen zeggen dat zij gezamenlijk een gemeenschappelijke onderneming *drijven* of *in stand houden*. Daarvan spreken kan echter verwarring stichten, aangezien ook wel wordt gezegd dat de moedermaatschappij zelf in beginsel geen eigen onderneming drijft; dat doen haar dochtermaatschappijen. Men zou dit dan kunnen zien als een stapeling van door verschillende dochtermaatschappijen gedreven subondernemingen, zoals (i) dochtermaatschappijen die ieder een subonderneming drijven die een schakel in een productieketen vormt in dier voege dat *e.g.* de ene subonderneming zich bezighoudt met het produceren van de grondstof, de andere met het produceren van het halffabrikaat en weer een andere met het produceren van het eindproduct of (ii) dochtermaatschappijen die ieder een subonderneming drijven waarin verschillende producten worden gemaakt. *Vide* ook Slagter (deel 2) 2013, *op. cit.*, p. 2230. In de vorenbedoelde ondernemingen worden economische activiteiten verricht waarmee het concern, onder leiding van de moedermaatschappij, via zijn groepsmaatschappijen aan het economische verkeer deelneemt. Het lijkt mij dat met het woord ‘vormen’ tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechtspersoon deel uitmaakt van de onderneming zelf en dat met de woorden ‘drijven’ of ‘in stand houden’ tot uitdrukking wordt gebracht dat de rechtspersoon géén deel uitmaakt van de onderneming.
- 51 *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 41: ‘Het spreekt vanzelf dat een dochteronderneming, gezien het feit dat zij deel uitmaakt van een groter geheel, niet over dezelfde zelfstandigheid kan beschikken als een enkelvoudige vennootschap.’ *Vide* voorts Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 185: ‘In strijd met de werkelijkheid immers wordt de dochtervennootschap (...) behandeld als een werkelijk zelfstandige vennootschap (...) en zal deze vennootschap (...) geïsoleerd kunnen worden uit het concernverband.’
- 52 Op dat spoor zit ook Wachter, *op. cit.*, p. 380: ‘Men gaat in de omschrijving van het concern soms verder en wijst er op, dat er sprake is van een aantal *afzonderlijke* [curs. auteur] rechtssubjecten. Het woord *afzonderlijke* is bij een concern niet zuiver. De rechtssubjecten, die tezamen een concern vormen, leiden geen afzonderlijk, geïsoleerd bestaan. Zij zijn vaak op allerlei wijzen met elkaar verbonden en in meer of mindere mate onderworpen aan de centrale leiding van de moeder, die zodoende de activiteiten [*sic*] van de dochters coördineert.’ *Vide* eveneens Van Achterberg, *op. cit.*, p. 46: ‘Hoe autonoom zij [*i.e.* de dochtermaatschappij, toev. RPJ] ook mag lijken, uiteindelijk is zij ondergeschikt aan de leiding van de [des]betreffende divisie resp. aan de topleiding.’

(blijven) spreken van autonome, enkelvoudige vennootschappen, toev. RPJ] cannot be taken seriously if they have nothing to say about that'.⁵³

2.3 De economische werkelijkheid versus de juridische werkelijkheid

In concernverhoudingen is sprake van een continue spanning tussen de juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid.⁵⁴ Immers, de juridische werkelijkheid neemt de afzonderlijk functionerende vennootschap met een autonoom opererend en naar haar belang richtend bestuur tot uitgangspunt, terwijl in de economische werkelijkheid vennootschappen die deel uitmaken van een concern, tezamen functioneren, zoals ook wordt onderkend in art. 2:24b BW, als één economische eenheid, oftewel één onderneming, waarbinnen (door de moedermaatschappij) centrale leiding wordt uitgeoefend, waarbij het concernbelang voor ogen wordt gehouden. Deze twee werkelijkheden zijn contradictoir. Gezien de juridische, organisatorische en economische middelen die de moedermaatschappij ten dienste staan, zal over het algemeen in de praktijk de juridische werkelijkheid buigen voor de economische werkelijkheid. Terecht, lijkt mij. In concernverhoudingen kan de bestuursautonomie noch het vennootschappelijk belang, twee hoekstenen van het (Nederlandse) ondernemingsrecht, onverkort van toepassing zijn; zij moeten in concernverhoudingen (sterk) worden gerelativeerd.⁵⁵ Zij staan immers aan concernvorming in de weg, althans zetten het concernverband op losse schroeven.⁵⁶ Hierop zal in het navolgende worden ingegaan.

2.3.1 Bestuursautonomie

Krachtens art. 2:107 (217), eerste lid, BW behoort aan de algemene vergadering, 'binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheid (...) die niet aan het bestuur of aan anderen is toegekend'. Deze grenzen mag zij, aldus de Hoge Raad, niet overschrijden.⁵⁷ Verder bepaalt art. 2:129 (239), eerste lid, BW dat

⁵³ Wedderburn, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁴ *Vide* ook Antunes als geciteerd in voetnoot 13 *supra*.

⁵⁵ *Cf.* Van Achterberg, *op. cit.*, p. 84, die – in de context van het zijdens de moedermaatschappij verkrijgen van de vele vertrouwelijke gegevens van haar dochtermaatschappij – opmerkte dat eerstgenoemde te dier zake geen wettelijke recht op inlichtingen nodig heeft, aangezien de concernverhouding als het ware de vennootschapsrechtelijke bepalingen doorbreekt.

⁵⁶ *Vide* ook Verdam, *op. cit.*, p. 410: 'Wil men het eigen belang van de dochter ruimer interpreteren, dan zal dat al snel de praktische werking van de concernleiding frustreren [curs. RPJ], waardoor men in de problemen komt die Raaijmakers schetst.'

⁵⁷ HR 21 januari 1955, NJ 1959/43, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (*Forumbank*).

het bestuur, behoudens statutaire, alsook, mij dunkt, wettelijke, beperkingen, belast is met het besturen van de vennootschap. Met ‘besturen’ wordt volgens Van Schilfgaarde bedoeld het (i) geven van leiding, (ii) maken van plannen, (iii) bepalen van de strategie, (iv) uitstippelen van beleid en (v) uitvoeren van het onder (ii), (iii) en (iv) genoemde.⁵⁸ Uit het vorenstaande volgt dat het bestuur daartoe in beginsel privaatief bevoegd is, het is, anders gezegd, (in zoverre) autonoom.⁵⁹

Zulks betreft de enkelvoudige, afzonderlijke vennootschap. Maakt deze vennootschap, als een dochtermaatschappij, deel uit van een concern, dan heeft dat consequenties voor de hogergenoemde autonomie. Dit komt door het zijdens (het bestuur van) de moedermaatschappij uitoefenen van – het voor het zijn van een concern (als bedoeld in art. 2:24b BW) essentieel zijnde element – centrale leiding over haar dochtermaatschappij,⁶⁰ waartoe zij ook gehouden is.⁶¹ Hierdoor kan in concernverband niet (meer) worden gesproken van werkelijke bestuursautonomie;⁶² zij bestaat

58 *Vide* Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 180. *Vide* ook zijn noot, onder 12, bij het in voetnoot 59 *infra* genoemde arrest.

59 Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 185 drukte het beginsel van bestuursautonomie aldus uit: ‘[B]innen de grenzen van zijn door de wet en de statuten aangegeven taak is het bestuur *autonoom* [curs. auteur].’ *Vide* ook HR 20 april 2018, *NJ* 2018/331, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2018/142, m.nt. A.F.J.A. Leijten, *JIN* 2018/113, m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens, *AA* 2018/10, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.6 en 3.3.7 (*Boskalis/Fugro*), waarin de Hoge Raad overwoog dat het bepalen van ‘het beleid en de strategie’ van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming ‘in beginsel’ (*vide* daarover E. van Veen, ‘Is moeders wil wet? In hoeverre kan een moeder de strategie van haar dochter(s) bepalen?’, *TOP* 2018/423, p. 38) een aangelegenheid van het bestuur is. *Vide* hierover mede de noot, onder 11-12, van Van Schilfgaarde bij dit arrest. In het voorontwerp Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het invoeren van een bedenktijd door het bestuur van een naamloze vennootschap is art. 2:129, eerste lid, BW aldus geformuleerd: ‘Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap, *daaronder begrepen het bepalen van het beleid en de strategie van de vennootschap* [curs. RPJ].’

60 In concernverhoudingen is sprake van een continue spanning tussen de bestuursautonomie en het uitoefenen van centrale leiding, omdat zij contradictoir zijn. *Vide* ook J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:129 en 2:239 BW, aant. 11.3, die opmerkte dat het beginsel van bestuursautonomie niet goed lijkt aan te sluiten bij het in concern uitoefenen van centrale leiding. *Vide* voorts Antunes 1994, *op. cit.*, p. 158 (geciteerd in voetnoot 13 *supra*) en 160.

61 Uit HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 9.1-9.2 (*Ogem*) volgt een ‘concernleidingsplicht’ in dier voege dat de bestuurstaak van het bestuur van de moedermaatschappij als leiding van het concern zich mede uitstrekt tot de onderhorige groepsmaatschappijen, waardoor de concernleiding dient in te grijpen indien (het bestuur van) een dochtermaatschappij haar onvoldoende inlichtingen verstrekt dan wel zich aan het toezicht en de leiding van het concernbestuur onttrekt.

62 *Vide* ook J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:129 en 2:239 BW, aant. 11.3, die opmerkte ‘dat menig auteur van oordeel is dat de bestuursautonomie in elk geval veel aan betekenis verliest binnen concernverhoudingen’. *Vide* voorts Honée 1981, *op. cit.*, p. 147, die opmerkte dat de positie van economische afhankelijkheid waarin de dochtervennootschap zich ten opzichte van de moedervennootschap bevindt, het beginsel van bestuursautonomie modificeert, vóór welk woord hij in H.J.M.N. Honée, ‘Aansprakelijkheid in concernverhoudingen’, in: *De nieuwe misbruikwetgeving*,

immers slechts (indien en) voor zover de moedermaatschappij dat toelaat (bij haar gratie).⁶³ Ter illustratie wijs ik op het bepalen van de strategie en het (daarop afstemmen van) beleid.⁶⁴ Daartoe is het bestuur van een dochtermaatschappij niet (geheel) autonoom.⁶⁵ Voor zover er in het concrete geval (al) ruimte is om zijn eigen strategie en beleid te bepalen en voeren, zal zulks immers moeten geschieden met

Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 2, Deventer: Kluwer 1986, p. 112 de woorden 'in sterke mate' opnam. *Vide* bovendien Van Achterberg, *op. cit.*, p. 42-43, alsmede p. 120, alwaar zij opmerkte dat haars inziens de concernverhouding de zelfstandigheid van het bestuur van de dochtermaatschappij relativeert. *Vide* daarnaast Raaijmakers 1977, *op. cit.*, p. 17 en 26. *Vide* tevens P. van Schilfgaarde, 'Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen', in: *Peter van Schilfgaarde select. Een bloemlezing uit zijn werk*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 35, Deventer: Kluwer 2000, p. 224, alwaar hij opmerkte dat 'in de praktijk dikwijls geen sprake is van autonomie'. *Vide* buitendien Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 85: 'Aanvaardt men het concern als rechtswerkelijkheid, dan kan niet worden vastgehouden aan de idee van de zelfstandigheid van het bestuur ener dochtervennootschap.' *Vide* daarenboven Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/829: 'De bestuursautonomie van de dochter (...) wordt in concernverhoudingen wel afgezwakt, maar niet opzij gezet [*sic*].' *Vide*, tot slot, Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 268-269: 'De positie van een bestuurder van een 100%-dochtermaatschappij verschilt in de praktijk nauwelijks van die van een leider van een afdeling zónder rechtspersoonlijkheid.' *Cf.* Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 185.

63 *Vide* ook Slagter 1988, *op. cit.*, p. 15: 'Ogenschijnlijk kan een D formeel een grote mate van zelfstandigheid bezitten, maar zolang de financiële koorden strak worden aangehouden, heeft de formele zelfstandigheid materieel geen enkele betekenis [curs. RPJ] omdat de marges te gering zijn.' (voetnoot verwijderd) *Cf.* W.P.J. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law & Economics*, series European Monographs, 33, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2002, p. 175: 'Indeed, if the parent company has the possibility to exercise decisive influence over the strategic commercial behaviour of the subsidiary, the subsidiary cannot have real freedom to determine its course of action on the market. Even if the parent company happened not to actually exercise its influence, the subsidiary's apparent freedom would only exist by the parent company's grace, which could change at any time. It would thus not be real freedom [curs. RPJ].'

64 *Vide* daarover ook voetnoot 59 *supra*.

65 Anders: hof Amsterdam (OK) 20 december 2018, *JOR* 2019/102, m.nt. M. Olaerts, r.o. 3.9 (*DEM*): 'De dochtervennootschappen hebben een eigen bestuur dat het beleid van die vennootschappen zelfstandig [curs. RPJ] bepaalt, waarbij zij rekening dienen te houden met het concernbelang. [T] bepaalt als bestuurder van de 99% aandeelhouder in die dochtervennootschappen niet het beleid en de strategie van die vennootschappen [curs. RPJ]. In die zin dient hij zich niet bezig te houden met de operationele gang van zaken van de dochtervennootschappen, waaronder [B]. Dit laat echter onverlet dat [A] ([T]) zelf haar beleid als 99% aandeelhouder van [B], ingegeven door het concernbelang, dient te bepalen.' *Vide* ook de noot, onder 5, van Olaerts bij deze beschikking. In hof Amsterdam (OK) 23 januari 2017, *JOR* 2017/96, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 3.4 (*Kaal Masten*) overwoog de Ondernemingskamer daarentegen dat de verschillende vennootschappen binnen de A. Hak-groep hoofdelijk verbonden waren voor de door de banken verleende kredieten en ook de zekerheden waren wederzijds afgegeven, om welke reden alleen Kaal Masten c.s. al niet autonoom was, maar in financieel opzicht verweven was met de andere vennootschappen van dat concern. *Vide* ook de noot, onder 9-10, van Bartman hierbij.

inachtneming van de concernstrategie en van het concernbeleid;⁶⁶ zij vormen het kader waarbinnen het bestuur van een dochtermaatschappij dient te opereren, welke kader (zeer) gedetailleerd, en bijgevolg weinig ruimte voor autonomie laat, maar ook (zeer) globaal, en bijgevolg veel ruimte voor autonomie laat, kan zijn.⁶⁷ Dat het ook, in het meest extreme geval, mogelijk is dat de bestuursautonomie – feitelijk, niet rechtens – volledig ontbreekt,⁶⁸ alsdan voert het bestuur van een dochtermaatschappij louter het beleid (als afgestemd op de strategie) van de moedermaatschappij uit,⁶⁹ heeft de Hoge Raad zelf erkend in zijn *Landis*-beschikking door te overwegen dat in een situatie waarin een moedermaatschappij en haar volle dochtermaatschappij tezamen een economische en organisatorische eenheid onder gemeenschappelijke leiding vormen en er tussen hun besturen sprake is van een (vrijwel) volledige personele unie, er binnen die dochtermaatschappij ‘geen sprake was van enig ten opzichte van de moedermaatschappij zelfstandig bepaald en gevoerd bestuursbeleid’.⁷⁰

Ofschoon bestuursautonomie volledig kan ontbreken, kan het omgekeerde, namelijk een bestuur van een dochtermaatschappij dat volledig autonoom is, niet,⁷¹ omdat er altijd in zekere mate centrale leiding moet (blijven) worden uitgeoefend door het bestuur van de moedermaatschappij wil er nog kunnen worden gesproken van

66 *Vide* ook Van Achterberg, *op. cit.*, p. 120: ‘Het beleid van die [dochter]vennootschap wordt gedeeltelijk bepaald door de moedervennootschap. Dat is ook begrijpelijk gezien het feit dat de moedervennootschap een gemeenschappelijke strategie voert en het beleid van de dochtervennootschappen daarin integreert.’ *Vide* voorts Raaijmakers 1976, *op. cit.*, p. 85: ‘Het beleid van het bestuur ener dochtervennootschap behoort te zijn afgestemd op en ingepast in het totale beleid van het concern als economische eenheid.’

67 *Vide* in die richting ook Honée 1986, *op. cit.*, p. 112: ‘De intensiteit van [beleids]bemoedigen kan variëren van zeer globaal en afstandelijk tot gedetailleerde inmenging in concrete beleidsaangelegenheden.’ *Vide* voorts Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 479: ‘Zo zal de inbreng van het bestuur van een dochter in beslissingen over de strategie van de vennootschap veelal gering zijn; deze zal vaak door het bestuur van de moeder worden bepaald (...)’ *Vide* bovendien Van Solinge 1988, *op. cit.*, p. 308.

68 *Vide* ook Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 59-60.

69 Dat kan zich voordoen in de constellatie waarin de moedermaatschappij *de facto* of *de iure* het bestuur van de dochtermaatschappij vormt.

70 *Vide* HR 4 februari 2005, *NJ* 2005/127, m.nt. J.M.M. Maeijer, *JOR* 2005/58, m.nt. F.J.P. van den Ingh, *Ondernemingsrecht* 2005/80, m.nt. S.J. Spanjaard, *AA* 2005/12, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 3.3.5 (*Landis*). Voor het geval men mij zou tegenwerpen dat de Hoge Raad in zijn *Landis*-beschikking louter sprak van het niet zelfstandig kunnen bepalen en voeren van ‘bestuursbeleid’, merk ik het volgende op. Beleid en strategie vormen een paar; zij hangen (erg) nauw met elkaar samen. Beleid wordt afgestemd op de strategie. Als het bestuur niet beleidsautonoom is, dan is het *a fortiori* (in beginsel) evenmin autonoom in het bepalen en uitvoeren van de strategie. Kern van de bestuurstaak is het bepalen en uitvoeren van het beleid en de strategie. Is het bestuur daartoe niet (langer) autonoom, dan kan er dan ook worden gesproken van het ontbreken van bestuursautonomie. *Vide* ook voetnoot 59 *supra*.

71 *Vide* ook, deels in andere zin, Antunes 1994, *op. cit.*, p. 172 en 192.

een concern. Men kan de (dis)balans tussen centrale leiding en autonomie uitdrukken in termen als ‘centralisatie’ (veel tot volledig centrale leiding en weinig tot geen autonomie) en ‘decentralisatie’ (weinig tot nauwelijks centrale leiding en veel tot nagenoeg volledige autonomie).⁷² De mate van centralisatie en decentralisatie kan in de praktijk verschillen van dochtermaatschappij tot dochtermaatschappij, van beleidssterrein tot beleidssterrein, en binnen een beleidssterrein van beslissing tot beslissing.⁷³ Een ding houde men evenwel te allen tijde voor ogen:

‘Unified management may be centralized or decentralized, hierarchical or collegiate; it may express itself through a permanent intervention in the affairs of subsidiaries or be limited to a mere definition of the major lines of their general business policy: *in any case, it shall be always present and it shall emerge to repress any behaviour incompatible with the business philosophy or the interests of the group, or, simply, of its organization* [curs. RPJ].’⁷⁴

Een en ander kan, naast organisatorische maatregelen, overlegstructuren, budgetteringssystemen, opleidingsprogramma’s, personeelsbeleid, financiële macht, deskundigheid, informatieverschaffing, ‘verzoeken’⁷⁵ en wat dies meer zij,⁷⁶ worden bereikt door het geven van instructies.⁷⁷ Daartoe opent de wet de mogelijkheid, waarbij zij een onderscheid maakt tussen een nv en een bv. Ten aanzien van eerstgenoemde vennootschap bepaalt art. 2:129, vierde lid, BW dat ‘[d]e statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap *die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten*

⁷² Vide Antunes 1994, *op. cit.*, p. 163.

⁷³ Vide *ibid.*, p. 207.

⁷⁴ Citaat ontleend aan Antunes 1994, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁵ Vide Slagter 1991, *op. cit.*, p. 194-195: ‘(...) bij het concern (...) worden er aanwijzingen gegeven aan een ander in de vorm van een verzoek, een advies, een aanbeveling, maar die vriendelijke verpakking verhult een juridische inhoud: aan het verzoek dient te worden voldaan, tenzij aan de ander kan worden duidelijk gemaakt, dat voldoening daaraan niet kan worden geleverd of zelfs niet in het belang is van degene, van wie het verzoek uitgaat; en als er geen gronden kunnen worden aangevoerd om niet aan het “verzoek” te voldoen, en niettemin de instructie niet wordt nageleefd, dan verdwijnt de vriendelijke verpakking en worden er consequenties getrokken uit de “dienstweigering”.’

⁷⁶ Vide Uniken Venema 1969, *op. cit.*, p. 286; Uniken Venema 1981, *op. cit.*, p. 584; Timmerman 1988, *op. cit.*, p. 66-67 en 71; H.L.J. Roelvink, ‘Bestuurszelfstandigheid in concernverhoudingen’, in: *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 46; Winter, *op. cit.*, p. 120; F.J.P. van den Ingh, ‘De bevelsstructuur in de vennootschap’, in: *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 13.

⁷⁷ G.J.C. Rensen, in: *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:239 BW, aant. C.2.2 merkte op dat het vaak wenselijk is dat de moedermaatschappij door het geven van instructies invloed kan uitoefenen op het beleid van haar dochtermaatschappij.

aangegeven terreinen betreffen [curs. RPJ]’ en met betrekking tot laatstgenoemde vennootschap bepaalt art. 2:239, vierde lid, BW, behoudens de door mij gecursiveerde woorden, bijna woordelijk hetzelfde, alsmede bepaalt het dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het vennootschappelijk belang.⁷⁸ In geval van een nv-dochtermaatschappij is de moedermaatschappij dus enkel bevoegd tot het geven van algemene instructies en in geval van een bv-dochtermaatschappij is zij – mede – bevoegd tot het geven van specifieke instructies,⁷⁹ met dien verstande dat de statuten zulks bepalen en zulks niet in strijd is met het evengenoemde belang.⁸⁰ Tot zover de *instructiebevoegdheid*, oftewel de juridische werkelijkheid.

78 Gelet op het bepaalde in art. 2:129, vijfde lid, BW, houdende dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, heeft de clausulering in de laatste zinsnede van art. 2:239, vierde lid, BW in mijn optiek evenzeer voor het bestuur van een nv te gelden. Aldus ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 482. Volgens Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 998 dient de vorenbedoelde clausulering – met een beroep op de wetsgeschiedenis – voor het nv-recht te worden ‘aangenomen’.

79 Volgens Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 185 is het onderscheid tussen algemene en concrete instructies *niet altijd* [curs. RPJ] helder. Op p. 250 lezen wij stellig: ‘De scheidslijn is *vaak* [curs. RPJ] niet goed te bepalen. Voor de niet-beurs-NV kan de beperking [*i.e.* de ‘algemene lijnen van het te voeren beleid’, toev. RPJ] *zonder meer* [curs. RPJ] worden geschrapt.’ *Vide* voorts Bartman en Dorresteijn, *op. cit.*, p. 95: ‘Daarbij komt dat met het onderscheid tussen algemene en concrete instructies in de praktijk sowieso moeilijk valt te werken.’ *Vide* ook Buikema, *op. cit.*, p. 25, alwaar hij spreekt van ‘het uiterst arbitraire ofwel moeilijk te kwalificeren onderscheid tussen algemene en concrete instructies’. *Vide* tevens Van den Ingh 2002a, *op. cit.*, p. 19, die het heeft over de mogelijkheid om concrete instructies in algemene bewoordingen te verpakken. *Vide* mede ‘Verslag van de discussie’, in: *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 130, alwaar P. van Schilfgaarde opmerkte dat ‘die algemene ‘beleidslijnerei’ een beetje flauwekul is’. *Vide* bovendien Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 999: ‘Gelet op het lastig te maken onderscheid tussen algemene en specifieke instructies en het belang van rechtszekerheid, neig ik naar een ruimere invulling van art. 2:129 lid 4 BW in lijn met art. 2:239 lid 4 BW; dit komt de rechtszekerheid ten goede.’ *Vide* daarnaast Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413, die menen dat ‘ook voor de NV naar huidig recht het onderscheid tussen algemene en concrete instructies niet meer van belang is’. Zij ‘zien geen reden om aan te nemen dat naar huidig recht – en in zoverre in afwijking van art. 2:129 lid 4 BW – niet ook bij een NV zou moeten gelden dat het bestuur gehouden is de instructies van de algemene vergadering op te volgen, mits de statuten dit bepalen en er geen strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’. Ten aanzien van concernverhoudingen merkten de auteurs – naar de kern bezien – hetzelfde op; *vide* Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/831. Anders: P.J. van der Korst, ‘Aanwijzingsbevoegdheid en instructiemacht in concernverhoudingen’, *TvOB* 2010/7, p. 273, die van mening is dat een onderscheid tussen algemene aanwijzingen en concrete instructies wel degelijk te maken is.

80 Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 114 zijn van mening dat de instructiebevoegdheid als bedoeld in art. 2:129 (239), vierde lid, BW ook zonder statutaire basis mogelijk is.

De economische werkelijkheid is een andere. Immers, uit het concernverband vloeit voor (het bestuur van) de moedermaatschappij instructiemacht voort.⁸¹ Op grond daarvan kan zij zowel algemene als specifieke instructies geven, waarbij het niet ter zake doende is of de instructie zich richt tot een nv-dochtermaatschappij of een bv-dochtermaatschappij, noch doet het ter zake of zulks al dan niet statutair is vastgelegd.⁸² Evenmin doet het ter zake of die instructies al dan niet via de algemene vergadering (art. 2:129 (239), vierde lid, BW spreekt van een (ander) ‘orgaan van de vennootschap’) worden gegeven.⁸³ Deze instructiemacht is evenwel niet

81 *Vide* ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 483: ‘Een zekere instructiebevoegdheid van de moeder volgt uit het groepsverband.’ *Vide* voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/832: ‘De feitelijke instructiemacht is met de afhankelijkheidsverhouding gegeven (...).’ Het bestaan van instructiemacht is ook in de rechtspraak erkend. *Vide* hof Amsterdam (OK) 23 juni 1983, *NJ* 1984/571, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hyster*) en hof Amsterdam (OK) 29 augustus 1985, *NJ* 1986/578, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Howson Algraphy*). Daarin overwoog de Ondernemingskamer dat in de verhouding tussen een moeder- en haar dochtermaatschappij de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij richtlijnen en aanwijzingen kan geven, waar die dochtermaatschappij zich door haar afhankelijkheid van haar moedermaatschappij in het algemeen moeilijk aan kan onttrekken. *Vide* ook (Maeijers noot, onder 3 (laatste al.), bij) HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer, *AA* 1990, p. 865-870, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 9.3 (*Ogem*), waarin de Hoge Raad het volgende overwoog: ‘Voorts ligt aan het oordeel van de OK kennelijk de gedachte ten grondslag dat de raad van bestuur van Ogem Holding, waarvan de leden tevens de raad van bestuur van Ogem BV vormden, de directie van Omega richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te voeren beleid kon geven, waaraan die directie zich moeilijk kon onttrekken, nu de raad van bestuur van Ogem Holding het in zijn macht had om in te grijpen in die zin dat hij de mogelijkheid bezat de directie van Omega, zo zij zich niet bereid toonde de gevraagde inlichtingen te verstrekken en zich bleef onttrekken aan het toezicht en de leiding van de concerntop, te doen schorsen, dan wel te doen ontslaan en vervangen door een directie die zich wel zou voegen naar de haar door of vanwege de concernleiding te verstrekken richtlijnen en aanwijzingen [curs. RPJ]. (...)’ Dit oordeel werd – naar de kern bezien – herhaald in HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, r.o. 5.3.8.3 (*Hurks*). *Vide* ook HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.3 (*Cancun*).

82 Op dit spoor lijkt ook L. Timmerman, ‘Een paar opmerkingen naar aanleiding van de reactie van Van den Ingh’, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 31 te zitten: ‘Voor het aannemen van een instructierecht of – liever wellicht – instructiemacht is mijns inziens geen formeel-juridische basis in de statuten vereist.’

83 *Vide* ook Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 427: ‘In de praktijk [curs. auteurs] worden instructies veelal op informele wijze gegeven, niet formeel via de AV (...). Naar Nederlands recht [curs. auteurs] lopen instructies echter altijd via de AV of een ander orgaan van de dochter (...). Wanneer de moeder enig aandeelhouder is, lijkt het niet moeilijk de instructies van het bestuur van de moeder te zien als besluiten van de AV van de dochter. (...) Wanneer er meer aandeelhouders zijn, dient de formele weg van een besluit van de AV bewandeld te worden.’ *Vide* ook Slagter 1988, *op. cit.*, p. 96-97; Bartman, Dorresteijn en Olaerts, *op. cit.*, p. 63-64 en 75; Verdam, *op. cit.*, p. 402.

onbegrensd.⁸⁴ In de eerste plaats wordt zij begrensd door het concernbelang. Als de te geven instructie daartoe niet noopt, dan is zij mijns inziens niet geoorloofd. In de tweede plaats wordt de instructiemacht begrensd door de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in (de buitenlandse equivalent van) art. 2:8, eerste lid, BW, welke de moedermaatschappij bij de te geven instructie te allen tijde in acht moet nemen.⁸⁵

Het bestuur van de dochtermaatschappij is mijns inziens in beginsel gehouden de instructie(s) van het concernbestuur op te volgen.⁸⁶ Als de gegeven instructie in strijd is met het vennootschappelijk belang, dan brengt zulks, in afwijking van de juridische werkelijkheid, naar mijn opvatting niet, althans niet zonder meer of steeds, mee dat het bestuur van de dochtermaatschappij niet gehouden is de desbetreffende instructie op te volgen.⁸⁷ Het concernbelang heeft namelijk mijns oordeels een hogere rang dan het vennootschappelijk belang, waarover aanstonds meer (*vide* § 2.3.2). Als de gegeven instructie uit hoofde van eerstgenoemd belang geoorloofd is, dan is het bestuur van de dochtermaatschappij dan ook in beginsel gehouden die instructie op te volgen – ook indien zulks niet in het belang van de vennootschap of daarmee zelfs in strijd is (*vide* nader § 2.3.2, *in fine*).⁸⁸ Men denke hierbij aan (financiële) nadelen,

84 *Vide* ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/832, die van mening zijn dat de instructiemacht in ieder geval wordt begrensd door de autonomie en de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de dochtermaatschappij, welke begrenzing mij te onbepaald voorkomt om er iets mee te kunnen aanvangen. Immers, zoals gezegd bestaat er naar mijn opvatting in concernverband geen werkelijke autonomie zijdens het bestuur van de dochtermaatschappij. Dit bestuur is autonoom voor zover de moedermaatschappij zulks toelaat, hetgeen zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. De vraag naar het terrein waarop het bestuur van de dochtermaatschappij autonoom is, laat zich dan ook niet in zijn algemeenheid beantwoorden, ten gevolge waarvan zij niet geschikt is om als begrenzing van de instructiemacht te dienen. *Vide* voor een overzicht met begrenzingen van de instructiebevoegdheid Slagter 1988, *op. cit.*, p. 92.

85 Evenzo Slagter 2005, *op. cit.*, p. 625; Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 427. *Cf.* Groot, *op. cit.*, p. 112. Volgens L. Timmerman, 'De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen', *TvOB* 2018/1, p. 15 (voetnoot 11) is '[a]lles in het Nederlandse ondernemingsrecht (...) begrensd door het vennootschappelijk belang en de redelijkheid en billijkheid'. Over dat vennootschappelijk belang kom ik zo dadelijk te spreken.

86 Volgens Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 115 behoort het bestuur van een dochtermaatschappij geen gehoor te geven aan instructies die tot wetsovertreding of onrechtmatig gedrag van laatstgenoemde zouden kunnen leiden. *Vide* ook Buikema, *op. cit.*, p. 24-25.

87 Anders: Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 483: 'Doch ook dan is uiteindelijk voor die dochtermaatschappij (...) haar eigen belang en dat van de met haar verbonden onderneming een grens, die het bestuur van de dochter in acht moet nemen.'

88 Anders: Honée 1986, *op. cit.*, p. 111: 'Dat betekent dat het bestuur van de dochter beleidsinstructies van de moeder, hoe doelmatig ook indien gemeten aan het groepsbelang, niet zal mogen opvolgen, indien dit leidt tot benadeling van de andere bij de dochtervennootschap betrokken belangen, in het bijzonder van minderheidsaandeelhouders, werknemers en crediteuren.' Kennelijk ook anders: Raaijmakers 1984, *op. cit.*, p. 37. *Cf.* Groot 2003, *op. cit.*, p. 111-112.

waarbij de (financiële) gezondheid van het concern (het geheel), en de daarbij betrokkenen, vóór die van de individuele vennootschap, en de daarbij betrokkenen, gaat.⁸⁹

Ingeval een of meer bestuurders weigeren de instructie(s) van het concernbestuur op te volgen, dan – en hierin komt de instructiemacht tot uiting – kunnen zij, de situatie waarin de dochtermaatschappij een structuurvennootschap is, daargelaten,⁹⁰ luidens art. 2:134 (244), eerste lid, eerste volzin, BW in het uiterste geval (schorsing is immers ook mogelijk) door de moedermaatschappij worden ontslagen,⁹¹ nu in dat artikel niet zonder reden wordt gesproken van ‘te allen tijde’.⁹² Daarmee is de vennootschapsrechtelijke band in beginsel doorgesneden.⁹³ Zulks heeft in beginsel tot gevolg dat ook de arbeidsrechtelijke band zal zijn doorgesneden.⁹⁴ Nu op grond

89 In deze zin (kennelijk) ook Groot, *op. cit.*, p. 115. In een situatie als hier aan de orde zou een – op de Franse *Rozenblum*-doctrine geïnspireerde – benadering als neergelegd in *section* 15.16 van de EMCA 2017 gevolgd kunnen worden; *vide* te dien aanzien het (uitvoerig) geciteerde in voetnoot 159 *infra*. *Vide* met betrekking tot de voornoemde doctrine ook L. Timmerman, ‘Harmonisatie van het vennootschaps- en effectenrecht via het concernrecht’, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 102-103; Böckli *et al.*, p. 17-19; EMCA 2017, p. 371 en 395; M. Olaerts, ‘Het concern in beeld’, *TvOB* 2017/4, p. 111. Het lijkt mij redelijk dat, indien en voor zover zulks in de gegeven omstandigheden mogelijk is, de moedermaatschappij de eventuele als gevolg van de gegeven en uitgevoerde instructie ontstane nadelen, financieel of anderszins, zijdens de dochtermaatschappij op de een of andere manier, op redelijke termijn, compenseert. *Vide* in dat verband ook Honée 1986, *op. cit.*, p. 112; Slagter 1988, *op. cit.*, p. 92; Timmerman 1999, *loc. cit.*; L. Timmerman, ‘Instructierecht’, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 477; Van den Ingh 2002a, *op. cit.*, p. 15; Groot, *loc. cit.*

90 In geval van een structuurvennootschap benoemt en ontslaat de raad van commissarissen immers de bestuurders; *vide* art. 2:162 (2:272) BW.

91 *Cf.* HR 4 december 1992, *NJ* 1993/271, m.nt. J.M.M. Maeijer, r.o. 3.3 (*Mast Holding*): ‘De weigering van een bestuurder van een vennootschap om een door de algemene vergadering van aandeelhouders gewenst beleid uit te voeren kan een redelijke grond voor ontslag zijn. Of die weigering in concreto een redelijke grond oplevert, hangt af van de aard van het door de algemene vergadering gewenste beleid en van de overige omstandigheden.’

92 Volgens J.B. Huizink, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:134 BW, aant. 6.1 betekent ‘te allen tijde’ ‘op elk moment en al dan niet met onmiddellijke ingang’.

93 Niet uit te sluiten valt dat de bestuurder onder bepaalde omstandigheden een succesvol beroep zou kunnen doen op art. 2:15, eerste lid, onderdeel b, BW: vernietiging van het ontslagbesluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8, eerste lid, BW. Evenzo Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 66. Gelet op het feit dat de bestuurder blijkens art. 2:134 (2:244), eerste lid, eerste volzin, BW ‘te allen tijde’ kan worden ontslagen, zal daar echter naar ik meen niet gauw sprake van zijn. J.H. Bennaars, ‘14 jaar na de 15 april-arresten: is ontslag van een vennootschapsbestuurder echt altijd ontslag? Wat is een redelijke grond en welke (ontslag)regels gelden voor welke bestuurder?’, *Ondernemingsrecht* 2019/62, p. 322 noemde ook art. 2:14 BW.

94 *Vide* HR 15 april 2005, *JAR* 2005/153, m.nt. E. Verhulp, r.o. 3.5.3 (*Ciris*): ‘Naar mede blijkt uit de wetsgeschiedenis van (de voorloper van) de art. 2:134 en 2:244 BW (weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.9), strekken deze bepalingen ertoe te bewerkstellingen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Daarom heeft te gelden dat een ontslagbesluit in beginsel tevens beëindiging van de dienstbetrekking van de bestuurder tot gevolg heeft [curs. RPJ]. Voor een uitzondering is slechts plaats indien een wettelijk

van art. 2:134 (2:244), derde lid, BW een veroordeling tot herstel van de arbeids-overeenkomst tussen de dochtermaatschappij en de bestuurder niet door de rechter kan worden uitgesproken, kan de ontslagen bestuurder via de arbeidsrechtelijke weg hooguit schadevergoeding ontvangen.⁹⁵ Op de opengevallen bestuurszetels kan het concernbestuur bestuurders plaatsen die de concerndiscipline wél in acht nemen, die buigen voor zijn wil.

2.3.2 Vennootschappelijk belang

Krachtens art. 2:129 (239), vijfde lid, BW dienen de bestuurders⁹⁶ zich bij de vervulling van hun taak te richten naar ‘het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’, welk belang ik, korthedshalve, aanduid als het ‘vennootschappelijk belang’.⁹⁷ Ten aanzien van het antwoord op de vraag wat daaronder moet

ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat (vgl. HR 17 november 1995, rek. nr. 8746, NJ 1996, 142) of indien partijen anders zijn overeengekomen.’ *Vide* in nagenoeg woordelijk dezelfde zin ook HR 21 mei 2005, *JAR* 2005/117, m.nt. R.M. Beltzer en E. Verhulp, *JOR* 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen, r.o. 3.4.3 (*Unidek*). *Vide* ook Bennaars, *op. cit.*, paras 3-4. De arbeidsrechtelijke band is niet doorsneden indien de werkgever de opzeggingsverboden als bedoeld in art. 7:670, eerste lid tot en met het negende lid, BW en in art. 7:670a, eerste lid, BW niet in acht heeft genomen en de bestuurder-werknemer om die reden – tijdig – een beroep op de vernietigingsgrond als bedoeld in art. 7:677, vijfde lid, BW heeft gedaan.

95 Aldus ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 200. *Vide* ook Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 116; Bennaars, *op. cit.*, p. 323. *Vide* voorts Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/832, die – in het voetspoor van Van Schilfgaarde 2000, *op. cit.*, p. 224 en 226 – van mening zijn dat de vraag of de grenzen van de instructiemacht voldoende werden gerespecteerd, zich goeddeels oplost in de vraag wat een passende financiële compensatie is in geval van ontslag. *Vide* tevens J.M.M. Maeijer, ‘25 jaren belangenconflict in de Naamloze Vennootschap’, *De NV* 1989, 67/1, p. 6, alwaar hij stelde dat zulk een ontslag hoogst zelden zal kunnen leiden tot vennootschapsrechtelijke vernietiging van het besluit daartoe, maar meestal wel zal worden gevolgd door een arbeidsrechtelijke benadering van de vraag in hoeverre de vennootschap jegens de ontslagen bestuurder schadeplichtig is. *Vide* bovendien P. van Schilfgaarde, ‘Replik’, in: *Piercing Van Schilfgaarde*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 9, Deventer: Kluwer 1990, p. 78-79.

96 Ook de commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming; *vide* art. 2:140 (2:250), tweede lid, laatste zinsnede, BW.

97 Met A.J.A.J. Eijssbouts en B. Kemp, ‘Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang’, *TvOB* 2012/5, p. 127 ben ik van mening dat, taalkundig gezien, ‘het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’ als bedoeld in art. 2:129 (239), vijfde lid, BW en in art. 2:140 (250), tweede lid, laatste zinsnede, BW kennelijk een en hetzelfde belang is. De wet spreekt immers niet van ‘het belang van de vennootschap én het belang van de met haar verbonden onderneming’ of van ‘het belang van de vennootschap én dat van de met haar verbonden onderneming’. *Vide* tevens P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 100, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 145, die opmerkte dat het om ‘één – samengesteld – begrip’ gaat. *Vide* ook Mendel, *op. cit.*, p. 14, alwaar hij opmerkte dat, mede in het licht van de wetsgeschiedenis en de toenemende verwevenheid van de vennootschap met haar onderneming, in zijn optiek een redelijke

worden verstaan, lopen de meningen uiteen. Uit de literatuur laat zich, *grosso modo*, het volgende distilleren: het begrip ‘vennootschappelijk belang’ valt uiteen in (1) de vraag naar het belang van de vennootschap als zodanig, waarop kan worden geantwoord dat de vennootschap (a) een (te onderscheiden) eigen(standig) belang heeft of (b) geen (te onderscheiden) eigen(standig) belang heeft en (2) de vraag naar de inhoud/invulling/kleur van het belang van de vennootschap, waarop kan worden geantwoord dat het (a) een (i) eigen, onveranderlijke (statische) of (ii) eigen, veranderlijke (kameleonische) kleur heeft, (b) geen eigen kleur heeft, nu het wordt gevormd door (i) het, uit afweging, op basis van gelijkwaardigheid of hiërarchisering, resulterend, zwaarstwegend deelbelang, zoals het (eigen) belang van de vennootschap zelf, werknemers of aandeelhouders, (ii) de gezamenlijke belangen van de (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen of (iii) het winstbelang van de (gezamenlijke) aandeelhouders, of (c) kleurloos (leeg) is.

Ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad is aandacht besteed aan het vennootschappelijk belang. Ik volsta hier met een, korte, bespreking van de *Cancun*-beschikking,⁹⁸ voor zover van belang.⁹⁹ In die zaak strekte onderdeel II ten betoge, voor zover hier van belang, dat de Ondernemingskamer blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip ‘belang van de vennootschap’, nu zij had miskend dat het vennootschappelijk belang ‘de resultante is van de afweging

uitleg van het begrip ‘belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming’ meebrengt dat het hier draait om het belang van de eenheid ‘vennootschap-onderneming’ als zodanig. *Vide* bovendien Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 12, volgens wie het gaat om het tot richtsnoer nemende belang van het geheel, te weten ‘vennootschap en onderneming’. Een ander geluid treffen wij aan bij B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1990, p. 7, naar wier mening een onderscheid moet worden gemaakt tussen het ‘vennootschappelijk belang’ en het ‘ondernemingsbelang’. *Vide* daarover ook Van Schilfgaarde 2017, *op. cit.*, p. 29. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag. Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 59, Deventer: Kluwer 2007, p. 80 zou dit ‘wat kunstmatig aandoend’ onderscheid in beginsel niet willen maken, waaraan hij toevoegde dat dit wél nuttig kan zijn wanneer, bijvoorbeeld, de vennootschap meerdere ondernemingen drijft met een te onderscheiden zelfstandig belang.

98 *Vide* ook HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*); HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Maeijer, *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.5 (*ABN ARMO*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.4.1 (*ASMI*).

99 Bij de bespreking van die zaak laat ik de overwegingen die zien op de *joint venture*-vennootschap, buiten beschouwing.

van de verschillende bij de vennootschap en haar onderneming betrokken deelbelangen'.¹⁰⁰ Omdat, zo vervolgde het onderdeel, de vennootschap slechts een verlengstuk van de aandeelhouders vormt, kan er geen sprake zijn van een 'zelfstandig eigen belang van (continuïteit van) de vennootschap'.¹⁰¹

De Hoge Raad overwoog, voor zover hier van belang, dat (i) de bestuurders zich, bij hun taakvervulling, dienen te richten naar het belang van de vennootschap en de met deze verbonden onderneming, (ii) de inhoud van het evengenoemde belang afhangt van de omstandigheden van het geval, (iii) als aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het hier bedoelde belang 'in de regel vooral' wordt bepaald door 'het bevorderen van het bestendige succes' van die onderneming en (iv) de bestuurders, bij hun taakvervulling, bovendien, mede uit hoofde van art. 2:8 BW, zorgvuldigheid dienen te betrachten ten aanzien van de belangen van alle bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen, welke zorgvuldigheidsverplichting 'kan'¹⁰² meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het 'vennootschapsbelang' ervoor zorgen dat daardoor de belangen van die betrokkenen niet 'onnodig of onevenredig worden geschaad'.¹⁰³ Voorts overwoog hij, voor zover hier van belang, dat de Ondernemingskamer het vorenstaande niet had miskend, haar oordelen – waaronder het oordeel dat, voor zover hier van belang, inhield dat het bestuur zich geen rekening had gegeven van het 'eigen' belang van de vennootschap – geen blijk gaven van een onjuiste rechtsopvatting en deze niet onbegrijpelijk waren, reden waarom het hogergenoemde onderdeel faalde.¹⁰⁵

100 HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.1 (*Cancun*).

101 *Ibid.*

102 Leijten vroeg zich in zijn annotatie bij HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*Cancun*) af in welke gevallen de door de Hoge Raad genoemde zorgvuldigheidsverplichting toelaat dat de belangen van de bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen wél onnodig of onevenredig worden geschaad, waarop hij liet volgen dat de vanzelfsprekendheid van deze regel door het gebruik van het woord 'kan' onnodig wordt ondergraven. Volgens Van Schilfgaarde 2016b, p. 219 had de Hoge Raad in plaats van 'kan meebrengen' ook mogen schrijven 'brengt mee'.

103 In die woorden mag men volgens Van Schilfgaarde 2016b, *l.s.c.* een verwijzing naar het 'proportionaliteitsbeginsel', of, anders gezegd maar hetzelfde bedoelende, het 'evenredigheidsbeginsel' (*vide* Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 73 (voetnoot 285) en *vide* voorts L. Timmerman, 'Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 6 met verwijzingen aldaar), lezen.

104 *Vide* HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*). Dit (samengevatte) oordeel is – woordelijk – herhaald in HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*), HR 4 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*) en in HR 4 april 2014, *ARO* 2014/72, r.o. 4.2.1-4.2.2 (*Cancun*).

105 *Vide* HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.3 (*Cancun*).

Reeds gezien het laatstoverwogene, denk ik niet dat de Hoge Raad zijn oordeel heeft geplaatst in de sleutel van de (onvermengde) ‘resultanteopvatting’^{106,107} dat oordeel wijst eerder in de richting van de ‘holistische opvatting’.¹⁰⁸ Deze indruk wordt versterkt als ik kijk naar het eerstoverwogene, waarin de Hoge Raad het vennootschappelijk belang invulde met ‘het bevorderen van het bestendige succes’ van de onderneming van de vennootschap, waarmee dat belang – in lijn met de holistische opvatting – een overstijgend gehalte krijgt.¹⁰⁹ Hier komt nog het volgende bij. In

106 De ‘resultanteopvatting’ wordt (mede) voorstaan door Van der Heijden en Van der Grinten. In hun benadering kan het vennootschappelijk gelden als ‘de resultante van afweging van belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken’, de uitkomst van welke afweging dat belang bepaalt; *vide* Van der Heijden en Van der Grinten, *op. cit.*, p. 483. Deze opvatting wordt door Mendel, *op. cit.*, p. 3 (mede) aangeduid als de ‘participantenopvatting’.

107 Enzo B.F. Assink ‘Van vennootschappelijk belang (II, slot)’, *WPNR* 2016/7112, p. 494-495: ‘Overigens is van een onversneden toepassing van de resultante-opvatting in die rechtspraak [de Cancun-enquêtebeschikkingen uit 2014, toev. RPJ] volgens mij helemaal geen sprake. Niet alleen omdat (...), maar ook omdat (...) de Hoge Raad komt tot verwerping van de klacht (...). De klacht – die evident tracht (mede) het resultantedenken te verzilveren – faalt, omdat de Ondernemingskamer niet heeft miskend wat de Hoge Raad uiteenzet [curs. aut] in rov. 4.2.1-4.2.3 (...); haar oordelen geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk. Hoe men dit ook wendt of keert, hiermee valt niet goed te rijmen dat de Hoge Raad deze uitspraak heeft geplaatst in de sleutel van het zuivere resultantedenken [curs. RPJ].’ (voetnoten verwijderd).

108 Naar Maeijers opvatting – die door Mendel, *op. cit.*, p. 10 is betiteld als ‘holistisch’ (de holistische opvatting wordt ook wel aangeduid als de ‘autonome opvatting’ (*vide* bijvoorbeeld Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 939) of als de ‘continuïteitsopvatting’ (*vide* bijvoorbeeld Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 146 en 148 (voetnoot 131)) – heeft (mede) de vennootschap (ik schrijf bewust ‘heeft (mede) de vennootschap’ een eigen belang, omdat Maeijer begon met het spreken over het eigen belang van de rechtspersoon in het algemeen, waarna het eigen belang van de (naamloze) vennootschap in het bijzonder aan de orde kwam) een eigen belang, dat onderscheiden moet worden van en geenszins samenvalt met de individuele belangen van de bij haar betrokken personen; *vide* J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap* (oratie Nijmegen), Deventer – Antwerpen: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ.E. Kluwer 1964, p. 5-6. *Vide* mede Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 7. *Vide* bovendien Maeijer 1989, *op. cit.*, p. 3. *Vide* ook J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. Deel III. De naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000/293, alwaar hij schreef dat het vennootschappelijk belang als ‘belang van het geheel’ meer is dan een ‘deelbelang’ zoals dat van de gezamenlijke aandeelhouders of dat van werknemers. Deze te onderscheiden belangen kunnen parallel lopen, maar dat hoeft zijns inziens lang niet altijd het geval te zijn. Holistisch in de zin dat de vennootschap een eigen(standig) belang heeft, ontwaarde zich reeds in E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht. Deel 1. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 183: ‘Bij iedere rechtspersoon staat een door het recht erkend en beschermd doel op de voorgrond. Al wat dit doel dient, is in het belang der rechtspersoon. Een rechtspersoon heeft derhalve even goed [*sic*] haar [*sic*] door het recht beschermde belangen als de fysieke [*sic*] persoon.’ *Vide* in dat verband ook Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 6.

109 *Vide* ook Assink 2016, *op. cit.*, p. 494, alwaar hij opmerkte dat de Hoge Raad het, als omstandigheid ter invulling van het vennootschappelijk belang, bevorderen van het bestendige succes van de onderneming (te veel) als ‘zelfstandige omstandigheid met veel gewicht’ uitlichtte.

rechtsoverweging 4.2.2 overwoog de Hoge Raad dat de eerdergenoemde zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders ‘bij het dienen van het vennootschapsbelang [curs. RPJ] ervoor zorgen dat daardoor [curs. RPJ] de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken [curs. RPJ] niet onnodig of onevenredig worden geschaad’.¹¹⁰ Hij maakte in deze overweging, net als in zijn beschikkingen inzake *ABN AMRO* en *ASMI*,¹¹¹ naar welke laatste beschikking hij in deze zaak (mede) verwees, een onderscheid tussen het vennootschappelijk belang en de belangen van de bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen. Dit duidt eveneens op een holistische benadering van het vennootschappelijk belang.

Toegegeven moet echter worden dat de Hoge Raad ook sprak van ‘de omstandigheden van het geval’, ‘in de regel’ en ‘vooral’. Inderdaad, deze woorden, die wijzen op een kameleontische benadering van het vennootschappelijk belang in de zin dat zij het mogelijk maken dat dit belang (a) kan bestaan uit een of meer (meng)kleuren en (b) van kleur(en) kan veranderen,¹¹² vallen niet, althans moeilijk, te rijmen met de starre, klassieke holistische opvatting, waarin het vennootschappelijk belang (in beginsel)¹¹³ slechts één, vaste kleur heeft. Wél zou ’s Hogen Raads benadering in dezen kunnen worden gezien als een flexibele variant daarop, als een holistische opvatting in gemodificeerde vorm.¹¹⁴

110 *Vide* over die rechtsoverweging ook Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 219.

111 *Vide* voetnoot 98 *supra*.

112 *Vide* ook Assink 2016, *op. cit.*, p. 492; Timmerman 2016a, *op. cit.*, p. 6-7 en ‘Verslag van de discussie’, in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 183, alwaar Timmerman opmerkte hij de *Cancun*-beschikking interessant vindt omdat men daarin ziet dat de Hoge Raad in beginsel zegt dat het vennootschappelijk belang het bevorderen van het succes van de onderneming is, maar tegelijkertijd zegt dat er allerlei omstandigheden denkbaar zijn waarin dat belang ‘toch iets anders in moet houden’.

113 Die woorden gelden voor de opvatting als verwoord door Delfos-Roy, *op. cit.*, p. 10 en 22. *Vide* ook Delfos-Roy, *op. cit.*, p. 17 *et seq.*

114 In die richting ook B. Kemp, *Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 129, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 118-119. Hetzelfde geldt voor K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Boom Masteerks, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 201, die van mening is dat de Hoge Raad zich, naar het hem voorkomt, heeft uitgesproken voor een visie op het vennootschappelijk belang ‘die het dichtst aanligt tegen de autonome benadering’. B.F. Assink, ‘Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang’, *WPNR* 2015/7048, p. 108 merkte op dat ‘s Hogen Raads benadering ‘in lijn ligt’ met de door hem bepleite benadering, waarmee overeenstemt dat hij in Assink 2016, p. 491 opmerkte dat hij de lijn die de Hoge Raad in zijn vier *Cancun*-beschikkingen (*vide* voetnoot 104 *supra*) doortrekt, ‘krachtig’ zou willen ondersteunen (verderop, op p. 492, sprak hij van een ‘perspectivistische benadering’). In dat licht lijkt het erop dat hij van mening is dat ‘s Hogen Raads opvatting in de buurt komt van, dan wel op het spoor zit van, zijn eigen opvatting, waarin de holistische opvatting als vertrekpunt geldt; *vide* Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 946. *Vide* ook B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht. Over facilitaire en regulering van ondernemerschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 38 en 40. *Vide* tevens Van Schilfgaarde in zijn noot, onder 5 (Ad (1)), bij

Deze opvatting verhoudt zich, naar het mij toeschijnt, zeker is dat namelijk niet, aldus tot het niet onnodig of onevenredig schaden van belangen als hiervoor bedoeld. Bestuurders dienen zich blijkens art. 2:129 (239), vijfde lid, BW te ‘richten’ naar het vennootschappelijk belang. Niettemin dienen zij zich bij hun handelen ook, als uitvloeisel van art. 2:8, eerste lid, BW, rekening te houden met de belangen van alle bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen; deze mogen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Welnu, de vennootschap heeft een eigen belang. Het bestuur zal bij zijn taakuitoefening eerst dienen te bepalen wat in de concrete omstandigheden van het geval dat belang inhoudt. Vervolgens neemt het bestuur de belangen van de bij (de onderneming van) de vennootschap betrokkenen in aanmerking. Indien en voor zover er sprake is van een botsing tussen (een van) deze belangen en het vennootschappelijk belang,¹¹⁵ verricht het bestuur een belangenafweging. Het bestuur doet het vennootschappelijk belang overwegen,¹¹⁶ daarnaar hebben zij zich immers te richten,¹¹⁷ tenzij bij het dienen daarvan de belangen van (een of meer) betrokkenen onnodig of onevenredig (dreigen te) worden geschaad. Alsdan valt de belangenafweging uit ten faveure van die belangen en ten detrimente van het vennootschappelijk belang. Dit betekent dat de eerstbedoelde belangen worden ontzien en (a) het laatstgenoemde belang wijkt of (b) dat belang niet wijkt, maar (de inhoud daarvan) in het licht van de uitkomst van de verrichte belangenafweging wordt gecorrigeerd (lees: aangepast).¹¹⁸

HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*); Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 214-215. Anders: De Haan in zijn noot, onder 4 (2^e al.), bij HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan, *AA* 2014/6, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (*Cancun*), naar wiens mening 's Hogen Raads benadering van het vennootschappelijk belang aansluit bij de resultantebenadering.

115 Cf. Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 943: ‘Een zwak punt is ook de kennelijke veronderstelling in deze benadering [de resultanteopvatting, toev. RPJ], dat deze deelbelangen (*bijna*) *altijd* botsen [curs. RPJ] en dus dat één of meer deelbelangen – na een mysterieus proces van ‘afweging’ – dienen te prevaleren; dit laatste is in de praktijk lang niet altijd het geval.’ (voetnoot weggelaten)

116 Cf. HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*). *Vide* ook Slagter 2005, *op. cit.*, p. 14, naar wiens mening het vennootschappelijk belang ‘steeds’ – wel onder de voorwaarde van het treffen van een eventuele compensatie – moet prevaleren boven de belangen van welke groep van huidige aandeelhouders en huidige werknemers ook.

117 Cf. Mendel, *op. cit.*, p. 17.

118 Volgens P. van Schilfgaarde, ‘Over de verhouding tussen de redelijkheid en billijkheid en het belang van de vennootschap’, in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd. Opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer en als vice-president van het Gerechtshof Amsterdam*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 425, onder verwijzing naar kennelijk zijn noot, onder ad (3), bij HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Cancun*), kan 's Hogen Raads opzet erop wijzen dat ‘eerst moet worden gezocht naar het vennootschapsbelang en dat pas daarna moet worden bekeken in hoeverre de uitkomst correctie behoeft op grond van art. 2:8 [BW]’. Ook M.J. Kroeze, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2019/50, p. 265 nam in dit verband het woord ‘correctie’ in de mond, en wel aldus dat de zorgplicht een correctie lijkt te kunnen meebrengen op een eerder gemaakte belangenafweging. *Vide* buiten de context van de *Cancun*-beschikking(en) Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 149. *Vide* ook Asser-Maeijer 2-III 2000/293: ‘Ingevolge de redelijkheid en billijkheid moet het bestuur (...) bij zijn

Wat het vennootschappelijk belang inhoudt, is een lastig, maar fascinerend, vraagstuk. Bartman merkte daaromtrent al eens treffend op dat het vennootschappelijk belang ‘nog steeds de “heilige graal” van ons ondernemingsrecht [is]. Je vindt hem nooit, maar de zoektocht ernaar geeft zin en mag nooit worden gestaakt’.¹¹⁹ Volgens Willems is het vennootschappelijk belang een categorie waarvan hij niet begrijpt ‘dat je daar op enige manier in de beginselensfeer iets mee zou kunnen. Dat omvat toch alles’.¹²⁰ Ondanks deze weinig bemoedigende woorden, zal ik een poging wagen zelf een omschrijving te geven van het vennootschappelijk belang. Eveneens zal ik aandacht besteden aan de verhouding tussen dat belang en het concernbelang.

De (naamloze/besloten) vennootschap bezit op grond van art. 2:3 BW rechtspersoonlijkheid. Blijkens art. 2:5 BW staat een rechtspersoon, wat het vermogensrecht betreft,¹²¹ in beginsel met een natuurlijk persoon gelijk. Daarmee wordt bevestigd dat aan een rechtspersoon rechtssubjectiviteit toekomt en dat hij drager is van eigen rechten en plichten.¹²² Een rechtspersoon treedt onder eigen naam op in het rechtsverkeer.¹²³ Hierbij past dat een vennootschap ook een eigen(standig)

handelen andere in vennootschap en onderneming aanwezige belangen (...) in het oog houden en deze na afweging tegen het vennootschappelijk belang [curs. RPJ] ontzien, indien zij onevenredig zouden worden geschaad.’ *Vide* ook J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 94, Deventer: Kluwer 2014, p. 480, naar wiens mening, in geval van botsing tussen het streven naar een duurzaam succesvolle onderneming en de belangen van bepaalde betrokkenen, het collectieve belang boven het (daarmee in botsing komende) deelbelang prevaleert, tenzij dat laatste belang onevenredig wordt geraakt, waarop hij liet volgen dat de te maken *belangenafweging* ‘dus’ geschiedt aan de hand van het evenredigheidsbeginsel. *Cf.* art. 3:2 Awb, waarin staat dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige kennis over de relevante feiten en de ‘af te wegen belangen’ vergaart, art. 3:4, eerste lid, Awb, waarin, voor zover hier van belang, staat dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen *afweegt*, en art. 3:4, tweede lid, Awb, waarin staat dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet ‘onevenredig’ mogen zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

119 S.M. Bartman, ‘Boekbespreking’, *Ondernemingsrecht* 2002, p. 533, *i.f.*

120 ‘Verslag van de discussie’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en zaterdag 30 oktober 1999*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62, Deventer: Kluwer 2000, p. 146.

121 In het burgerlijk procesrecht, het straf(proces)recht en het bestuurs(proces)recht is de gelijkstelling tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon eveneens aanvaard; *vide* M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/55.

122 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55. *Vide* ook Maeijer 1989, *op. cit.*, p. 3; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 2; Assink 2015, *op. cit.*, p. 103 en 105.

123 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55.

– maar nimmer: absoluut –¹²⁴ belang heeft.¹²⁵ De invulling daarvan zal afhangen van de concrete feiten en omstandigheden van het geval. In geval van een solvende, enkelvoudige, onderneming drijvende vennootschap¹²⁶ versta ik onder het vennootschappelijk belang het belang dat de vennootschap heeft bij, in de eerste plaats, het (op bestendige wijze) bevorderen van haar eigen gezonde (voort)bestaan¹²⁷ en, in de tweede plaats, het (op bestendige wijze) bevorderen van het (op succesvolle wijze) creëren van waarde in brede zin (zowel materieel¹²⁸ en immaterieel¹²⁹ als intern¹³⁰ en extern¹³¹).¹³² Daar zijn immers (uiteindelijk) al haar *stakeholders*, waaronder ik

124 *Vide* ook Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 5-6 (alsmede voetnoot 8); Mendel, *op. cit.*, p. 14-15; Slagter 2005, *op. cit.*, p. 12 en 14. *Cf.* Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/55: ‘Bedacht moet worden dat de rechtspersoon een rechtsbegrip is, een juridische constructie die ten dienste staat van het maatschappelijk en economisch verkeer.’

125 *Vide* ook Meijers, *op. cit.*, p. 183: ‘Bij iedere rechtspersoon staat een door het recht erkend en beschermd doel op de voorgrond. Al wat dit doel dient, is in het belang der rechtspersoon. Een rechtspersoon heeft derhalve even goed [*sic*] haar [*sic*] door het recht beschermde belangen als de fysieke [*sic*] persoon.’ *Vide* voorts Maeijer 1964, *op. cit.*, p. 6: ‘Dit eigen belang van de rechtspersoon is even diep geworteld in de juridische realiteit als de rechtspersoonlijkheid zelf.’

126 *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 947 (alsmede voetnoot 156).

127 *Cf.* L. Timmerman, ‘Vrijheid alleen is niet genoeg, een reactie’, *Ondernemingsrecht* 2009/6, p. 25 (onder 7): ‘Mijn uitgangspunt is dat het bevorderen van het lange termijn voortbestaan van een onderneming doorgaans aandeelhouderswaarde op de lange termijn bevordert. Er kan geen aandeelhouderswaarde op de lange termijn [curs. aut.] worden gerealiseerd, als de onderneming niet kerngezond is.’

128 Men denke aan het in de markt zetten van succesvolle producten. Veel ondernemers willen, denk ik, vooral mooie producten maken. Apple vind ik daar een treffend voorbeeld van.

129 Men denke aan het opbouwen (en uitbouwen) van een succesvol merk. Een product van zulk een merk kan afnemers een bepaalde sociale status geven alsook (daarmee samenhangend) een bepaalde gevoelswaarde. Ondernemers zullen (mede) daarop inspelen. Voorbeeld hiervan is Louis Vuitton.

130 Het creëren van waarde binnen de onderneming. Men denke aan het creëren van groei- en ontwikkelingsmogelijkheden voor werknemers alsmede aan het creëren van een prettige en uitdagende werkomgeving voor hen. Werknemers vormen (mede) de kurk waar de onderneming op drijft. Daar zal men niet alleen zuinig op moeten zijn, maar ook in moeten (blijven) investeren, zodat zij hun potentie (maximaal) kunnen (gaan) benutten. Dat komt (uiteindelijk) ten bate van de onderneming.

131 Het creëren van waarde buiten de onderneming. De vennootschap is met haar onderneming actief in een bepaald gebied. Daar dient zij zich van bewust te zijn. Men denke aan het duurzaam ondernemen, houdende het ondernemen waarbij duurzame ontwikkeling in acht wordt genomen. Concreet voorbeeld hiervan zijn het produceren van elektrische auto’s (e.g. Tesla).

132 Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 946 sprak eveneens van waardecreatie in brede zin. Dit is herhaald in Assink 2015, *op. cit.*, p. 106 (alsmede voetnoot 28). *Vide* ook Assink 2010, *op. cit.*, p. 40 en 42. In Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 948 werd – in de context van een op continuïteit gerichte solvende ondernemende vennootschap (de normaalsituatie) – de invulling van het vennootschappelijk belang kortweg geduid als ‘het streven naar succes van de onderneming [curs. aut.]; duurzame waardecreatie in brede zin waarbij het behalen van winst (of: rendement op geïnvesteerd vermogen) niet zozeer het primaire doel – op korte termijn – is, als wel een voorwaarde daarvoor’. *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 942. Volgens De Jongh 2014, *op. cit.*, p. 478 valt het belang van de vennootschap in de regel te omschrijven als ‘het belang van de onderneming bij bestendige of duurzame waardecreatie [curs. aut.]’. *Vide* ook De Jongh 2014, *op. cit.*, p. 479.

versta de (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen, zoals aandeel- of certificaathouders, werknemers, (toe)leveranciers, crediteuren en afnemers van goederen en/of diensten,¹³³ bij gebaat. Het eigen belang van de vennootschap is het vennootschappelijk belang als bedoeld in art. 2:129 (239), vijfde lid, BW en in art. 2:140 (250), tweede lid, laatste volzin, BW.

Uit dit een en ander volgt dat mijns inziens (i) het belang van de vennootschap een overstijgend, eigensoortig belang is, waar de belangen van *stakeholders* in beginsel (uiteindelijk: geheel of gedeeltelijk) mee zullen samenvallen, althans daar ga ik veronderstellenderwijs van uit, (ii) dat belang geen verzameling of optelling van deelbelangen is, noch daar een afgeleide van is, noch daardoor (mede) wordt gevormd, ingevuld, ingekleurd of hoe men dit ook wil uitdrukken, noch daarmee kan worden vereenzelvigd, (iii) de bestuurders en commissarissen, zo die er zijn, zich bij de vervulling van hun bij de wet of statuten opgedragen taken hebben te richten naar dit belang en (iv) onder (andere of gewijzigde) omstandigheden het belang van de vennootschap een andere kleur zou kunnen hebben of van kleur zou kunnen veranderen, waarbij ik denk aan de situatie waarin (a) de vennootschap in zwaar weer verkeert of een deconfiture van haar onafwendbaar is, (b) de vennootschap een dochtermaatschappij dan wel een (dominante of onderhorige) groepsmaatschappij is of wordt, (c) de vennootschap geen onderneming drijft of deze verkoopt, (d) de vennootschap een beursnotering krijgt of beëindigt dan wel (e) het een grote vennootschap betreft waarvan de (ter beurse genoteerde) aandelen wijdverspreid zijn of het een kleine vennootschap betreft met slechts een of enkele houders van (certificaten van) aandelen.¹³⁴

Bij hun taakvervulling dienen de bestuurders, ik laat de commissarissen hier verder rusten, zich weliswaar te richten naar het – in het concrete geval vooraf door hen bepaalde – vennootschappelijk belang, maar dat laat onverlet dat zij bij hun handelen andere belangen dan dat van de vennootschap in aanmerking moeten nemen. Zij dienen met de belangen van alle (onmiddellijk) bij de (onderneming van de) vennootschap betrokkenen rekening te houden, indien en voor zover deze belangen kenbaar, relevant én gerechtvaardigd zijn. Bij het dienen van het vennootschappelijk belang zouden een of meer van die belangen kunnen worden geschaad.

133 *Vide* ook Eijsbouts en Kemp, *op. cit.*, p. 130.

134 *Vide* ook Slagter (deel 1) 2013, *op. cit.*, p. 945 *et seq.* over de ‘perspectivistische benadering’. *Cf.* *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 3 (MvT): ‘Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen.’ In *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 52 (NV) werd opgemerkt: ‘Hierbij past de belangrijke kanttekening dat het vennootschappelijk belang bij kleinere vennootschappen met slechts één of enkele aandeelhouders dichter zal liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met een verspreid aandeelhouderschap en meer uiteenlopende belangen.’ *Vide* ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31058, 6, p. 12-13 en 52 (NV). Aldaar werd gesproken van ‘veel aandeelhouders, werknemers en belangen’ respectievelijk ‘verspreid aandeelhouderschap en meer uiteenlopende belangen’.

Indien en voor zover daarvan sprake zou (kunnen) zijn, moeten de bestuurders de (on)-evenredigheid tussen het te schaden belang van een betrokkene en het te dienen belang van de vennootschap beoordelen. Uitkomst daarvan kan zijn dat de mate waarin het laatstgenoemde belang wordt gediend in verhouding tot de mate waarin het eerstgenoemde belang wordt geschaad, evenredig of onevenredig is.¹³⁵ In het eerste geval moeten de bestuurders het vennootschappelijk belang doen overwegen; zij hebben zich immers, in beginsel, te 'richten' naar dat belang. In het tweede geval laat zich een aantal opties denken, te weten: (1) de bestuurders doen ook in deze situatie het vennootschappelijk belang overwegen, met dien verstande dat degene wiens belang wordt benadeeld, in al dan niet financiële zin wordt gecompenseerd,¹³⁶ voor zover dat nodig en mogelijk is, in welk geval de onevenredigheid wordt geheeld,¹³⁷ (2) de bestuurders doen het vennootschappelijk belang eerst dan overwegen als er is gesleuteld, in de zin van wijzigen of aanpassen, aan de in dat belang te verrichten (rechts)-handeling of (3) het vennootschappelijk belang wijkt voor het belang dat zou worden geschaad indien eerstgenoemd belang wél zou prevaleren.

Maakt een vennootschap deel uit van een concern, dan heeft zulks gevolgen voor het vennootschappelijk belang. In de economische werkelijkheid prevaleert het concernbelang¹³⁸ in beginsel boven het belang van de dochtermaatschappij(en).¹³⁹ Daartoe is het volgende redengevend. Er zij om te beginnen aan herinnerd dat voor het (kunnen) bestaan van een concern het (daadwerkelijk) uitoefenen van centrale leiding essentieel is.¹⁴⁰ Voorts breng ik in herinnering dat de bestuurstaak van het bestuur van de moedermaatschappij zich mede uitstrekt tot de andere groepsmaatschappijen (concernleidingsplicht).¹⁴¹ Een moedermaatschappij heeft, anders dan

135 Cf. W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever. Een juridisch onderzoek naar criteria voor de belangenafweging van de formele wetgever in relatie tot de belangenafweging op bestuursniveau* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 19.

136 *Vide* in die richting ook Slagter 2005, *op. cit.* als geciteerd in voetnoot 116 *supra*.

137 *Ibid.*

138 *Vide* over de Europese ontwikkelingen met betrekking tot het concernbelang Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 25-29 en het door hen aangehaalde.

139 Antunes 1994, *op. cit.*, p. 106 drukte zulks aldus treffend uit: 'However, as soon as a corporation become member of a corporate group, its own 'interest' is inevitably condemned to pass to the background. Within the realm of the polycorporate enterprise, the global interest of the group ranks before the particular interests of each constituent corporation [curs. aut.].' *Vide* ook U. Immenga, 'Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleichung', in: M. Lutter, W. Stimpel en H. Wiedemann (red.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin – New York: Walter de Gruyter 1979, p. 300: 'Gibt eine Gesellschaft ihre wirtschaftliche Selbständigkeit mehr oder weniger auf, so ist Bezugspunkt ihres Handelns nicht das eigene, sondern ein außerhalb ihrer selbst liegendes unternehmerisches Interesse, nämlich das des Verbundes oder der Konzernspitze [curs. RPJ].' *Vide* bovendien Franken, *op. cit.*, p. 28, die opmerkte dat de vraag naar de rangorde van het concernbelang haar antwoord uitsluitend kan ontleen aan de economische realiteit.

140 *Vide* § 2.2.

141 *Vide* voetnoot 61 *supra*.

waar de wet van uitgaat,¹⁴² geen vennootschappelijk belang, maar een concernbelang.¹⁴³ Dit is – naar zijn aard – een collectief belang (het belang van of gericht op het (economisch) geheel).¹⁴⁴ Het concernbestuur dient zich dan ook bij zijn taakvervulling daarnaar te richten. Hieruit volgt mijns oordeels dat het concernbelang in beginsel zwaarder weegt dan het vennootschappelijk belang van een dochtermaatschappij.¹⁴⁵

Dat de economische werkelijkheid daartoe ook dwingt, vloeit uit het volgende voort. Het concernbestuur móét – in het licht van het concernbelang – centrale leiding uitoefenen. Als het bestuur van een dochtermaatschappij van tevoren de beslissingen van het concernbestuur toetst aan het vennootschappelijk belang en die naast zich neerlegt indien ze daarmee niet stroken, om vervolgens een eigen – tegen het concernbelang ingaande – koers te gaan varen, dan komt de uitoefening van centrale leiding – en daarmee (het functioneren van) het concern(verband) – op losse schroeven te staan. Dat kan het concernbestuur, vanuit zijn rol bezien, niet aanvaarden. Wat volgt, is het, als uitvloeisel van het concernverband, treffen van diverse maatregelen, zoals maatregelen van organisatorische aard, van financiële aard en/of van juridische aard. Deze zullen het bestuur van de dochtermaatschappij in het gelid doen lopen.¹⁴⁶ Alleen in uitzonderlijke gevallen wijkt het concernbelang voor het vennootschappelijk belang.

Ik deel dan ook niet het oordeel van de Hoge Raad inzake het *Juno*-arrest – indien en voor zover dat oordeel kan worden veralgemeniseerd, nu het daarin ging om de beoordeling van de vraag of sprake was van onbehoorlijk bestuur tijdens het bestuur van de dochtermaatschappijen –¹⁴⁷ dat ‘het belang van het concern een rol [kan, toev. RPJ] spelen, maar dit (...) niet doorslaggevend [kan, toev. RPJ] zijn in die zin dat het prevaleert boven de andere bij de onderscheiden vennootschappen betrokken belangen’,¹⁴⁸ welk oordeel wel aldus wordt verstaan dat het concernbelang niet *op*

142 Het concernbelang heeft geen wettelijke verankering; Boek 2 BW (er)kent alleen belangen van separate, enkelvoudige vennootschappen. In de rechtspraak is het concernbelang daarentegen wél erkend. Daar kom ik zo dadelijk op. Cf. EMCA 2017, p. 386 en de verwijzing aldaar. Daarin is het concernbelang (ook) erkend.

143 *Vide* ook hof Amsterdam (OK) 9 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1605, r.o. 3.8 (*DEM*).

144 Het collectieve (concern)belang beschouw ik níét als een optelsom van de vennootschappelijke belangen van de dochtermaatschappijen. Eerstbedoeld belang is een de individuele vennootschappelijke belangen overstijgend belang. *Vide* ook het in voetnoot 152 *infra* aangehaalde.

145 Cf. De Jongh 2014, *op. cit.* als aangehaald in voetnoot 118 *supra*.

146 *Vide* ook Bartman, Dorresteyn en Olaerts, *op. cit.*, p. 23.

147 *Vide* Buijn en Storm, *op. cit.*, p. 424-425.

148 HR 26 oktober 2001, *JOR* 2002/2, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 4.6 (*Juno*). *Vide* ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 16 (MvT): ‘Het vennootschappelijk belang staat ook voorop indien een vennootschap onderdeel uitmaakt van een concern. Het bestuur van een concernvennootschap is gehouden om het eigen vennootschappelijk belang als toetssteen te hanteren *en mag het concernbelang niet op voorhand de doorslag laten geven* [curs. RPJ].’ Naar het oordeel van de Ondernemingskamer wordt het vennootschappelijk belang mede bepaald door het concernbelang, doch valt het daarmee niet samen; *vide* hof Amsterdam (OK) 8 oktober 2013, *JOR* 2014/94, m.nt. L.G. Verburg, r.o. 3.7 (*Prins Dokkum*); hof Amsterdam (OK) 4 april 2018, *JOR* 2018/179, m.nt. F. Eikelboom, r.o. 3.7 (*Machinefabriek Heerlen*). *Vide* ook Verburgs noot, onder 3, bij de

voorhand' zwaarder mag wegen dan de andere betrokken belangen, waarmee dus niet gezegd is dat dat belang nooit *achteraf* doorslaggevend mag zijn. Naar mijn mening moet het vennootschappelijk belang worden ingepast in, of, anders gezegd, aansluiten bij, het concernbelang, niet andersom.¹⁴⁹

Het bestuur van de moedermaatschappij is belast met het besturen van het concern. Daaronder valt (mede) het bepalen van de strategie en het daarop afstemmen van beleid.¹⁵⁰ Bij zijn taakvervulling dient het concernbestuur zich te richten naar het concernbelang.¹⁵¹ Dat belang is – in het voetspoor van Franken en van Bartman, Dorrestein en Olaerts – wat het concernbestuur als zodanig ziet,¹⁵² waarbij het, vanzelfsprekend, rekening dient te houden met het vennootschappelijk belang van de (respectieve) dochtermaatschappij(en) alsook met de belangen van de (onmiddellijk) bij (de onderneming van) deze betrokkenen.¹⁵³ Zoals gezegd, vormen de concernstrategie en het concernbeleid een, in het licht van het concernbelang gecreëerd, kader. Met inachtneming daarvan moeten de bestuurders van een dochtermaatschappij het eigen vennootschappelijk belang dienen. Het bovenbedoelde kader kan groot en algemeen zijn, maar ook klein en gedetailleerd, mede afhankelijk van (i) de visie van het concernbestuur, (ii) hoe de desbetreffende dochtermaatschappij wordt geleid (centraal, decentraal of een combinatie van beide) en (iii) de concrete feiten en omstandigheden van het geval.

Over het algemeen zal sprake zijn van belangenparallelle, ¹⁵⁴ in de zin dat een beslissing die is genomen in het concernbelang, ook, al dan niet op termijn, het vennootschappelijk belang van de onderscheiden dochtermaatschappij(en) dient. Immers, wat in het belang van het concern, het (economisch) geheel, zal zijn, zal in de regel, naar ik meen, mede in het belang van de evenbedoelde dochtermaatschappij(en) zijn. Indien zulks niet het geval is, en zich bijgevolg belangenstrijd (*i.e.* een botsing der belangen¹⁵⁵) voordoet, dringt de vraag zich op welk belang voorgaat,

eerstgenoemde OK-beschikking. *Vide* bovendien 's Ondernemingskamers *Corus*-beschikking als geciteerd in voetnoot 156 *infra*. *Vide* voorts het geciteerde in voetnoot 65 *supra*. Slagter 2005, *op. cit.*, p. 625 kan evenmin met de eerdergenoemde uitspraak van de Hoge Raad instemmen. Volgens hem dient het concernbelang te prevaleren, met dien verstande dat de te geven instructie (i) niet ziet op het verrichten van een handeling die in strijd is met de rechtsorde in het land waar de dochtermaatschappij is gevestigd, (ii) de eigen taak en verantwoordelijkheid van de bestuurder van de dochtermaatschappij niet ingrijpend aantast en (iii) niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

149 *Vide* Bartman, Dorrestein en Olaerts, *op. cit.*, p. 25.

150 *Cf.* voetnoot 59 *supra*.

151 Naar mijn opvatting heeft, zoals gezegd, de moedermaatschappij maar één belang waarnaar het bestuur zich dient te richten: het concernbelang.

152 Franken, *op. cit.*, p. 29 en 62; Bartman, Dorrestein en Olaerts, *op. cit.*, p. 23. Franken merkte op dat het concernbelang veel overeenkomst vertoont met het algemeen belang in de staatkunde, namelijk 'een lege huls welke gevuld wordt door hen die het staatsleven beheersen'.

153 *Vide* ook Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 786-787.

154 Verdam, *op. cit.*, p. 404.

155 *Vide* daarover Van Schilfgaarde 2016b, *op. cit.*, p. 8-9.

welke vraag ziet op de verhouding tussen het concernbelang en het vennootschappelijk belang. Bij de beantwoording daarvan zou ik twee perspectieven willen hanteren, namelijk het ‘moederperspectief’ en het ‘dochterperspectief’. Te beginnen met dat eerste. Het bestuur van de moedermaatschappij dient, zoals gezegd, zich bij zijn taakvervulling te richten naar het concernbelang en dient dit belang dan ook in beginsel te doen overwegen indien het in botsing komt met het belang van een dochtermaatschappij,¹⁵⁶ aangezien het collectieve belang, wat het concernbelang is, groter is en zwaarder weegt dan het individuele belang.¹⁵⁷ Niettemin dient het concernbestuur oog te hebben voor het belang van een dochtermaatschappij, alsook voor de belangen van de (onmiddellijk) bij haar (onderneming) betrokkenen, in dier voege dat het bij zijn besluitvorming de kenbare, relevante én gerechtvaardigde belangen in aanmerking neemt.¹⁵⁸ Het dient ervoor te waken dat het belang van, bijvoorbeeld, de dochtermaatschappij niet onnodig of onevenredig wordt geschaad. Alsdan geldt voor het concernbestuur *mutatis mutandis* hetzelfde als voor het bestuur van een enkelvoudige vennootschap. Ik verwijs naar hiervoor.

156 *Vide* ook Slagter 1988, *op. cit.*, p. 26-27, die een zestal standpunten, in een afdalende reeks, weergeeft ten aanzien van wanneer het concernbelang en wanneer het belang van een dochtermaatschappij moet prevaleren. *Vide* voorts hof Amsterdam (OK) 13 maart 2003, *JOR* 2003/85, m.nt. F.J.P. van den Ingh, r.o. 3.5 en 3.8 (*Corus*): ‘3.5. Met verzoeksters moet worden geoordeeld dat de Raad van Commissarissen van een vennootschap niet en in ieder geval niet zonder méér of ongemotiveerd een beleid mag voeren dat zich niet verdraagt met, althans geen rekening houdt met de concernstrategie en onder omstandigheden zal hebben te aanvaarden dat het belang van de vennootschap waarbij hij is ingesteld zal moeten worden ten achter gesteld bij het belang van het concern in zijn geheel. Anderzijds staat het de concernleiding niet vrij om steeds, althans zonder méér of ongemotiveerd de belangen van een vennootschap in het concern ten achter te stellen bij wat zij ziet als het belang van het concern [curs. RPJ].’ en ‘3.8. (...) Het moet aldus alleszins aanvaardbaar worden geacht dat niet alleen het bestuur maar ook de Raad van Commissarissen van *Corus Nederland* gedegen geïnformeerd wenst te worden met betrekking tot de vraag of deze herfinanciering het gewenste resultaat zal hebben en of, en zo ja in hoeverre en op welke wijze, erin is voorzien dat de belangen van *Corus Nederland* niet op onevenredige wijze worden geschaad en dat ook met haar belangen op een evenwichtige wijze rekening is gehouden [curs. RPJ].’ *Vide* bovendien de noot, onder 2 (laatste al.), van Van den Ingh bij deze beschikking: ‘Verheugend is dat de OK aangeeft dat in de afweging van bestuur en rvc van een dochter het concernbelang alleen mag prevaleren indien het eigen belang (in strikte zin) van de dochter daardoor niet onevenredig wordt geschaad (r.o. 3.8).’ *Vide* tevens Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, *op. cit.*, p. 787. *Cf.* HR 1 april 1949, *NJ* 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).

157 *Cf.* De Jongh 2014, *op. cit.*, als aangehaald in voetnoot 118 *supra*. Volgens Verdam, *op. cit.*, p. 405 ‘komt [het] er dan wel op aan, willen de door Raaijmakers geschetste problemen [die kennelijk verband houden met het (grote) spanningsveld tussen concernleiding en autonomie van het dochterbestuur, toev. RPJ] zich niet daadwerkelijk in de praktijk manifesteren, dat in concernverband het concernbelang zeer zwaar doorweegt in het vennootschappelijk belang van de dochter, en haar “eigen” belang ook in de praktijk zeer dun blijft [curs. RPJ].’

158 *Cf.* HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434, m.nt. J.M.M. Macijer, *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken, r.o. 4.5 (*ABN ARMO*); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2010/228, m.nt. M.J. van Ginneken, *Ondernemingsrecht* 2010/105, m.nt. P.M. Storm, *AA* 2010/11, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers, r.o. 4.4.1 (*ASM*).

Wat betreft het dochterperspectief, zie ik in dit verband wel wat in (een variant op) de benadering als bedoeld in *section* 15.16 van de European Model Companies Act (2017), welke benadering geïnspireerd is op de Franse *Rozenblum*-zaak.¹⁵⁹ Deze benadering zou ik hier, in (ietwat) gemodificeerde vorm, willen overnemen en tot de mijne willen maken en aldus willen verstaan dat het bestuur van een dochtermaatschappij (a) gehouden is een – tegen het eigen vennootschappelijk belang ingaande (daarmee in strijd zijnde) – beslissing te nemen, al dan niet zelfstandig (uit

159 *Vide* EMCA 2017, p. 385 *et seq.*, alwaar (mede) is ingegaan op de eerdergenoemde *Rozenblum*-doctrine (*vide* voetnoot 89 *supra*). *Section* 15.16 (Interest of the Group) luidt aldus: ‘(1) If the management of a subsidiary, whether or not as a result of an instruction issued by the parent company, acts in a way contrary to the interests of the subsidiary, a director or manager shall not be deemed to have acted in breach of their fiduciary duties if (a) the decision is in the interests of the group as a whole, and (b) the management, acting in good faith on the basis of the information available to them and that would be available to them if they complied with their fiduciary duties before taking the decision, may reasonably assume that the loss/damage/disadvantage will, within a reasonable period, be balanced by benefit/gain/advantage, and (c) the loss/damage/disadvantage, referred to in the first sentence hereof, is not such as would place the continued existence of the company in jeopardy. (2) If the subsidiary is wholly-owned, paragraph (1)(b) does not apply. (3) The management of the subsidiary may refuse to comply with instructions from the parent company if the conditions set in paragraph (1) are not satisfied.’ Verderop lezen wij het volgende: ‘The approach is influenced by the French *Rozenblum* case, which is a criminal case law. In France, the main criminal law tool against self-dealing is the provision against abuse of corporate assets (*abus de biens sociaux*). It punishes, among others, board chairmen, directors or managing directors of a public limited company or a limited liability company who ‘use the company’s property or credit, in bad faith, in a way which they know is contrary to the interests of the company, for personal purposes or to favor another company or undertaking in which they have a direct or indirect interest’. The penalty is a prison term of up to five years (with no minimum). French courts have created a special safe harbor in case of abuse of corporate assets within groups (the so-called ‘*Rozenblum doctrine*’). This doctrine admits a ‘group defense’ under certain conditions. First, there must be a group characterized by capital links between the companies. Second, there must be strong, effective business integration among the companies within the group. Third, the financial support from one company to another company must have an economic quid pro quo and may not break the balance of mutual commitments between the concerned companies. Fourth, the support from the company must not exceed its possibilities. In other words, it should not create a risk of bankruptcy for the company.’ Echter, ‘Section 16 is inspired by the *Rozenblum doctrine* but with some simplifications. The *Rozenblum doctrine* is sometimes considered, in and outside France, to be obscure and its successful application hardly predictable due to the number of conditions to be satisfied. Therefore, Section 16 adopts a simpler and more flexible approach. The main difference is that there is no requirement that the group has a balanced and firmly established structure. However, the existence of an interest of the group implies that there must be a long-term and coherent group policy. The Forum Europaeum also adopted the *Rozenblum* approach but with some modifications. The Forum Europaeum proposal made this protection conditional on there being evidence of compliance with instructions which would ‘be recorded in a continuous manner’ and that the management would report on their reliance on these provisions at ‘the next general meeting of the subsidiary’. This approach is not kept in the EMCA, since it would be formalistic.’

eigen beweging), en/of uitvoering te geven aan een, al dan niet van het concern-bestuur afkomstige, en eventueel met een instructie versterkte, beslissing die tegen dat belang ingaat (daarmee in strijd is), dan wel, omgekeerd, (b) zich onthoudt van het – in het belang van de (dochter) vennootschap – nemen van en/of uitvoering geven aan een beslissing, met dien verstande dat:

- (1) de (reeds) genomen, dan wel (nog) te nemen, en/of uit te voeren beslissing in het concernbelang is respectievelijk zulks níét in dat belang is;
- (2) dat bestuur, op basis van de op dat moment bekend zijnde informatie, redelijkerwijs mag aannemen dat het ten gevolge van het (niet) nemen van een beslissing dan wel van het (niet) geven van uitvoering aan (de) een (te nemen of genomen) beslissing eventueel te lijden verlies / de schade / het nadeel binnen een redelijke periode in evenwicht wordt gebracht door voordeel, winst of anderszins, voor zover dat nodig en mogelijk is;
- (3) het verlies / de schade / het nadeel als evenbedoeld niet van dien aard is dat het voortbestaan van de dochtermaatschappij in gevaar zou worden gebracht, tenzij (a) daarin een 100%-belang wordt gehouden, (b) (er een reële kans bestaat dat) het voortbestaan van (het overige deel van) het concern in gevaar is (komt) en (c) de hier bedoelde beslissing het tij zou kunnen keren, in welk geval deze voorwaarde niet geldt;¹⁶⁰ en
- (4) het handelen of nalaten van het bestuur niet leidt tot (ernstige) overtreding/schending van statutaire bepalingen of (positiefrechtelijke) internationale, Europese of nationale wet- en/of regelgeving in ruime zin (civielrechtelijk, publiekrechtelijk of anderszins).¹⁶¹

Zijn al deze voorwaarden vervuld, dan moet het bestuur van een dochtermaatschappij het concernbelang voor laten gaan. Is daarentegen aan (een of meer van) deze (cumulatieve) voorwaarden níét voldaan, dan is, naar mijn oordeel, het (niet) nemen van en/of (geen) uitvoering geven aan een beslissing als hiervoor bedoeld niet gerechtvaardigd. Als, bijvoorbeeld, wél aan voorwaarden (1) wordt voldaan maar níét aan een of meer van de voorwaarden als genoemd onder (2) tot en met (4), dan prevaleert dus het vennootschappelijk belang boven het concernbelang.

160 Ingevolge *section* 15.16, tweede lid, van de EMCA 2017 geldt de voorwaarde onder (1b), welke in mijn voorstel in gewijzigde vorm onder (2) is opgenomen, niet als het om een volle (= 100%-) dochtermaatschappij gaat; *vide* voetnoot 159 *supra*.

161 *Cf.* voetnoot 86 *supra*; Verdam, *op. cit.*, p. 405-409. *Vide* voor de benadering als gevolgd in *section* 15.16 van de EMCA 2017 voetnoot 159 *supra*.

2.4 Het Europese mededingingsrecht

In deze paragraaf zal, aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie¹⁶², worden onderzocht door welke lens er in het kader van art. 101 en 102 VWEU (voorheen: art. 81 respectievelijk 82 EG), alwaar wij het begrip ‘onderneming’¹⁶³ tegenkomen, wordt gekeken naar het concern, en wel (mede) in de situatie waarin een op het Europese mededingingsrecht inbreukplegende dochtermaatschappij (statutair) in een lidstaat is gevestigd en haar moedermaatschappij (statutair) in een andere (lid)staat is gevestigd. Hieruit zou mogelijkerwijs inspiratie kunnen worden geput voor deel III van dit onderzoek over het *ius constituendum*.

Ongetwijfeld zal hiertegen door vennootschapsjuristen worden geobjecteerd.¹⁶⁴ Men zal mij erop wijzen dat in het mededingingsrecht de bescherming van het publieke belang centraal staat,¹⁶⁵ terwijl het ondernemingsrecht bescherming voor en binnen ondernemingen biedt.¹⁶⁶ In het enquêterecht gaat het, behoudens art. 2:345, tweede lid, eerste volzin, BW, waarin staat dat de advocaat-generaal bij het ressortsparket om redenen van ‘openbaar belang’ een enquêteverzoek kan doen, om private partijen met dienovereenkomstige belangen. Ik vermag evenwel niet inzien waarom het soort lens waardoor naar een concern wordt gekeken af zou (moeten) hangen van het soort belang dat binnen een regeling of rechtsgebied centraal staat. Men sluit dan in het ene geval de ogen voor de economische realiteit en in het andere geval niet? Door het sluiten van de ogen verdwijnt die realiteit echter niet; zij blijft bestaan. Mijns inziens moet, ongeacht het centraal staande belang, het recht zoveel mogelijk aansluiten bij de economische realiteit; het recht is er namelijk niet voor zichzelf.

162 Het Hof van Justitie van de Europese Unie is een *instelling* van de Europese Unie. Deze wordt gevormd door twee *rechtsprekende instanties*, twee ‘Unierechters’, te weten die (1) *in prima*, het Gerecht, en (2) in hoger beroep, het Hof van Justitie. *Vide* afdeling 5 van hoofdstuk 1 van titel I van deel 6 van het VWEU.

163 Het begrip ‘onderneming’ wordt gebruikt ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht die uit hoofde van de eerdergenoemde artikelen kan worden bestraft; *vide* HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 46 (*Akzo Nobel*). Volgens Drijber in zijn noot, onder 3, bij HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber (*Skanska Industrial Solutions*) wordt met het mededingingsrechtelijke begrip ‘onderneming’ in feite bedoeld een ‘groep’ of een ‘concern’.

164 Wellicht Paul Storm gelet op P.M. Storm, ‘Prof. mr. A.F.M. Dorresteyn, ‘Substance over form’ in het ondernemingsrecht?’, *RMThemis* 2005/2, p. 97: ‘Allereerst vind ik de opening met een voorbeeld uit het (Europees) kartelrecht weinig terzake [*sic*] doend[e]. Het kartelrecht gaat inderdaad uitsluitend uit van het begrip onderneming. Het gaat daarbij geheel en al om de economische (en politieke) werkelijkheid. In Dorresteyns oratie heb ik, gelukkig, geen pleidooi gezien voor een dergelijke, door economen en politici met steeds veranderde inzichten beheerste, benadering van het ondernemingsrecht.’

165 In gelijke zin Olaerts 2011, *op. cit.*, p. 10 en 12.

166 D.F.M.M. Zaman, ‘Het spanningsveld binnen het ondernemingsrecht: faciliteren en toch misbruik tegengaan’, *WPNR* 2018/7212, p. 789.

Welnu, luidens art. 101, eerste lid, VWEU zijn, voor zover hier van belang, alle overeenkomsten tussen ondernemingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, onverenigbaar met de interne markt en verboden. Krachtens art. 102 VWEU is het door een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op (een wezenlijk deel van) de interne markt onverenigbaar met de interne markt en verboden, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

Het begrip ‘onderneming’¹⁶⁷ omvat elke entiteit die, ongeacht de rechtsvorm daarvan en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, een ‘economische activiteit’, houdende het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt,¹⁶⁸ uitoefent¹⁶⁹ en onder dat begrip moet, in deze context, worden verstaan een ‘economische eenheid’, bestaande in een ‘unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk’,¹⁷⁰

167 Het begrip ‘onderneming’ als bedoeld in art. 101 VWEU heeft geen andere betekenis dan het begrip ‘onderneming’ als bedoeld in art. 102 VWEU; *vide* GvEA EG 10 maart 1992, gevoegde zaken T-68, 77 en 78/89, punt 358 (*Società Italiana Vetro*).

168 *Vide* HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P, punt 25 (*FENIN*); HvJ EU 12 december 2013, C-327/12, punt 27 (*SOA*).

169 *Vide* HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, punt 21 (*Höfner en Elser*); HvJ EG 11 juli 2006, C-205/03 P, punt 25 (*FENIN*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 78 (*Avebe*); HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 38 (*Philip Morris*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 54 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 122 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 34 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 95 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 37 (*Arkema*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 53 (*Elf*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 48 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 42 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 36 (*Portielje*); HvJ EU 12 december 2013, C-327/12, punt 27 (*SOA*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 206 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 49 (*Alstom*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 198 (*Lucchini*); Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08, punt 282 (*Eni*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 117 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 197 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 372 (*SLM*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 33 (*Total*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 47 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 36 (*Skanska Industrial Solutions*).

170 GvEA EG 10 maart 1992, T-11/89, punt 311 (*Shell*). Herhaald in GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, punt 50 (*Viho*); GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, punt 54 (*HFB*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 122 (*Minoan*); GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 87 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 58 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 73 (*The Dow*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 84 (*Parker*). *Vide* ook GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 331 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*).

ook al wordt die eenheid, juridisch gezien, gevormd door verschillende natuurlijke personen of rechtspersonen.¹⁷¹

Het is, voor de toepassing van de mededingingsregels, niet beslissend dat twee vennootschappen formeel los van elkaar staan omdat zij beide rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel of hun marktgedrag dat van een eenheid is, reden waarom het – mede gelet op het bepaalde in art. 105, eerste lid, VWEU: voor de (Europese) Commissie – noodzakelijk kan zijn te onderzoeken of twee vennootschappen met eigen rechtspersoonlijkheid samen één onderneming of economische eenheid met een en hetzelfde marktgedrag vormen.¹⁷²

Indien laatstgenoemde de mededingingsregels van de Unie overtreedt, dient zij overeenkomstig het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor te dragen.¹⁷³ De inbreuk op deze regels dient evenwel op

171 *Vide* HvJ EG 12 juli 1984, 170/83, punt 11 (*Hydrotherm*); GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, punt 50 (*Viho*); GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, punt 66 (*HFB*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 121 (*Minoan*); GvEA EG 15 september 2005, T-325/01, punt 85 (*DaimlerChrysler*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 55 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 123 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 35 (*General*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 53 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 37 (*Arkema*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 95 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 58 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 73 (*The Dow*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 48 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 42 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 36 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 103 (*Schindler*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punten 57 en 59 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 207 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 50 (*Alstom*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 199 (*Lucchini*); HvJ EU 9 juli 2015, C-231/14 P, punt 65 (*InnoLux*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 117 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 197 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 372 (*SLM*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 33 (*Total*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 48 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, JOR 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 37 (*Skanska Industrial Solutions*).

172 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 140 (*ICI*); GvEA EG 12 januari 1995, T-102/92, punt 50 (*Viho*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 123 en 124 (*Minoan*); GvEA EG 15 september 2005, T-325/01, punt 85 (*DaimlerChrysler*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 179 (*Fuji*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 58 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 73 (*The Dow*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 200 (*Lucchini*).

173 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 39 (*Philip Morris*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 56 en 77 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punt 77 (*Erste*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 124 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 36 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 95 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 60 (*Eni*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 53 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 37 (*Arkema*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 59 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 74 (*The Dow*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 37 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 104 (*Schindler*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 201 (*Lucchini*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 117 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 197 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en

ondubbelzinnige wijze te worden tóégerekend aan een rechtspersoon waaraan eventueel een geldboete zal worden opgelegd,¹⁷⁴ hetgeen kennelijk hiermee verband houdt dat een onderneming (economische eenheid) als zodanig niet beschikt over rechtspersoonlijkheid en bijgevolg geen zelfstandig draagster van rechten en plichten is (geen rechtssubject). Een en ander impliceert dat voor de toepassing en de tenuitvoerlegging van de (boete)beschikkingen van de Commissie er voor de door haar te verrichten handeling steeds een adressaat met rechtspersoonlijkheid moet worden gezocht.¹⁷⁵

De (rechts)persoon die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gemaakt, is, in beginsel, voor de inbreuk aansprakelijk, ook al wordt die onderneming – op het tijdstip waarop de (boete)beschikking wordt gegeven, waarin de inbreuk wordt vastgesteld – onder de verantwoordelijkheid van een andere persoon geëxploiteerd.¹⁷⁶ Zolang eerstgenoemde bestaat, volgt de aansprakelijkheid, voor het onrechtmatige (lees: inbreukmakende) gedrag van de onderneming, hem, zelfs indien de materiële en menselijke factoren met behulp waarvan die inbreuk is gepleegd, na de inbreukperiode aan derden zijn overgedragen.¹⁷⁷

Een strafbaar feit kan op grond van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid slechts worden toegerekend aan degene die deze heeft gepleegd.¹⁷⁸ Voorts kan op grond van het beginsel van het persoonlijk karakter van straffen een straf aan niemand

T-419/10, punt 372 (*SLM*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 33 (*Total*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 49 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 51 (*Alstom*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 30-32 (*Skanska Industrial Solutions*).

¹⁷⁴ *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 57 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 125 (*Alliance*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 60 (*Eni*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 59 (*EI du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 74 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 208 (*Saint-Gobain*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 50 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook GvEA EG 17 december 1991, T-6/89, punt 236 (*Enichem Anic*): ‘Wanneer het bestaan van een dergelijke inbreuk is bewezen, moet worden bepaald, welke natuurlijke of rechtspersoon de onderneming exploiteerde op het ogenblik waarop de inbreuk is begaan, ten einde [*sic*] deze aansprakelijk te stellen.’ *Vide* voorts HvJ EG 16 november 2000, C-279/98 P, punt 78 (*Cascades*); GvEA EG 11 december 2003, T-66/99, punt 122 (*Minoan*).

¹⁷⁵ *Vide* GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 978 (*Limburgse Vinyl*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 125 (*Alliance*).

¹⁷⁶ *Vide* HvJ EG 16 november 2000, C-297/98 P, punt 27 (*SCA*); GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 324 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 9 september 2011, T-25/06, punt 215 (*Alliance*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 87 (*Parker*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 62 (*Alstom*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 202 (*Lucchini*).

¹⁷⁷ *Vide* HvJ EG 16 november 2000, C-297/98 P, punt 25 (*SCA*); GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 324 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 88 (*Parker*).

¹⁷⁸ Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 85 (*Parker*).

anders dan de schuldige worden opgelegd.¹⁷⁹ Deze uit het strafrecht afkomstige fundamentele waarborgen vormende – en, volgens vaste rechtspraak, op het mededingingsrecht van de Unie van toepassing zijnde, nu de aansprakelijkheid voor het plegen van een inbreuk op de mededingingsregels in het licht van de aard van de betrokken inbreuk en van de aard en ernst van de daaraan verbonden sancties van persoonlijke aard is – beginselen verzetten zich er bijgevolg tegen dat een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die zelf geen feit als evengenoemd heeft gepleegd, aansprakelijk wordt gesteld.¹⁸⁰

Niettemin kan, onder bijzondere omstandigheden,¹⁸¹ bij wijze van uitzondering, de aansprakelijkheid worden gelegd bij de nieuwe exploitant van de onderneming die de inbreuk heeft begaan, met dien verstande dat deze daadwerkelijk als (economische) opvolger van de oorspronkelijke exploitant kan worden beschouwd, in de zin dat hij die onderneming voortzet, zelfs indien laatstgenoemde op de datum der vaststelling van de beschikking waarbij die inbreuk wordt vastgesteld, nog steeds bestaat.¹⁸² Het aldus en uit dien hoofde verleggen van aansprakelijkheid (lees: afwijken van het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid) wordt in de jurisprudentie het criterium van de ‘economische continuïteit’ genoemd.¹⁸³

Als er geen andere mogelijkheid zou bestaan een sanctie aan een andere entiteit dan die de inbreuk heeft begaan, op te leggen, dan zouden ondernemingen namelijk aan sancties kunnen ontsnappen door eenvoudigweg hun identiteit te veranderen door middel van herstructureringen, overdrachten¹⁸⁴ of andere juridische of organisatorische wijzigingen, hetgeen zou indruisen tegen de doelstelling om met de mededingingsregels strijdige gedragingen te bestraffen en herhaling daarvan te voorkomen door middel van afschrikkende sancties.¹⁸⁵ Daarom heeft een juridische of organisatorische wijziging, zoals het

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 85-86 (*Parker*).

¹⁸¹ Kort gezegd: als de entiteit die de inbreuk heeft begaan, rechtens of economisch gezien heeft opgehouden te bestaan; *vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 40 (*Philip Morris*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 89 (*Parker*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 203 (*Lucchini*). *Vide* ook Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 151 (*Hit*); Gerecht EU 16 juni 2011, T-194/06, punt 57-58 (*SNIA*).

¹⁸² *Vide* Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07, punt 66 (*Areva*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 150 (*Hit*).

¹⁸³ *Vide* Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07, punt 66 (*Areva*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt en 151 en 154 (*Hit*). *Vide* ook Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 89 (*Parker*). *Vide* over dat criterium uitvoerig de conclusie, onder 75 *et seq.*, van A-G Kokott bij HvJ EG 11 december 2007, C-280/06 (*Philip Morris*).

¹⁸⁴ In de Engelse vertaling van de arresten wordt gesproken van ‘sales’.

¹⁸⁵ *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 41 (*Philip Morris*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 89 (*Parker*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 204 (*Lucchini*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 40 (*Parker*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 150 (*Hit*). In iets andere bewoordingen HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 46 (*Skanska Industrial Solutions*).

wijzigen van rechtsvorm en/of naam, van een entiteit die een inbreuk als hier bedoeld heeft begaan, niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat een nieuwe onderneming wordt gecreëerd die bevrijd is van de aansprakelijkheid voor de met het mededingingsrecht strijdige gedragingen van de voorafgaande entiteit als beide entiteiten, in economisch opzicht, ‘identiek’ zijn in de zin dat, uit economisch oogpunt, hun beider ondernemingen als ‘een en dezelfde onderneming’ zijn te beschouwen.¹⁸⁶ De respectieve rechtsvormen van de entiteit die de inbreuk heeft begaan, en haar opvolger zijn dan ook niet ter zake dienend, ten gevolge waarvan de oplegging van de sanctie voor de overtreding aan die opvolger niet kan worden uitgesloten uit hoofde van het enkele feit dat deze laatste een andere rechtsvorm heeft en anders opereert dan de entiteit die hij opvolgt, noch is ter zake dienend dat tot de overdracht van activiteiten niet is besloten door particulieren, maar door de wetgever in het kader van een privatisering.¹⁸⁷

Het vorenbedoelde criterium, uit hoofde waarvan een entiteit die niet zelf een inbreuk heeft begaan maar daar desondanks voor kan worden bestraft, vindt toepassing in bijzondere omstandigheden, zoals het geval waarin de rechtspersoon die verantwoordelijk is voor het beheer van de onderneming, na de inbreuk in juridische zin, door, bijvoorbeeld, een juridische fusie, heeft opgehouden te bestaan, in welke situatie eerst – kennelijk: door de Commissie – dient te worden uitgemaakt met behulp van welk samenstel van ‘materiële en menselijke factoren’ de inbreuk is begaan, om vervolgens te bepalen wie de exploitatie van dit samenstel van factoren heeft overgenomen.¹⁸⁸ Wanneer, om bij dat voorbeeld te blijven, door, zo moet ’s hofs rechtspraak kennelijk worden verstaan, een juridische fusie een of meer rechtspersonen verdwijnen omdat zij door een andere reeds bestaande rechtspersoon of een nieuwe rechtspersoon worden opgeslokt, neemt de verkrijgende rechtspersoon immers

186 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 42 (*Philip Morris*); Gerecht EU 9 september 2011, T-25/06, punt 216 (*Alliance*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 90 (*Parker*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 40 (*Parker*); HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 38 (*Skanska Industrial Solutions*). *Vide* ook Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 95 (*Parker*): ‘Op grond van het criterium van de economische continuïteit mag de Commissie dus een sanctie opleggen aan een andere rechtspersoon dan die welke de inbreuk heeft gepleegd, niettegenstaande de juridische constructies die ertoe strekken om binnen een en dezelfde onderneming op *kunstmatige wijze* [curs. RPJ] te verhinderen dat sancties worden opgelegd voor inbreuken op het mededingingsrecht die zijn gepleegd door één of meer van de rechtspersonen waaruit die onderneming is samengesteld.’

187 HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 43-44 (*Philip Morris*).

188 *Vide* GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 325 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 205 (*Lucchini*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 151 (*Hit*).

hun activa en passiva – inclusief hun aansprakelijkheid voor inbreuken op de mededingingsregels – over, in welk geval de aansprakelijkheid voor de door de onderneming van de verdwijnende rechtsperso(o)n(en) gepleegde inbreuk aan de verkrijgende rechtspersoon kan worden toegerekend.¹⁸⁹

Een andere situatie betreft die waarin de ene juridische entiteit, de oorspronkelijke exploitant, (een deel van) haar inbreukmakende economische activiteiten, haar inbreukmakende activa, aan een andere juridische entiteit, de nieuwe/verkrijgende exploitant, overdraagt in welk geval de nieuwe exploitant voor de inbreuk die de oorspronkelijke exploitant in het kader van de betrokken activiteiten heeft begaan, aansprakelijk kan worden gesteld, die inbreuk wordt dan aan de nieuwe exploitant toegerekend, indien er – op de datum waarop de eigenlijke (activiteiten)overdracht, waarvan de doelstelling, overigens, niet ter zake doet, heeft plaatsgevonden – tussen die entiteiten ‘structurele banden’ hebben bestaan – welke niet noodzakelijkerwijs moeten zijn blijven bestaan tijdens de gehele inbreukperiode of tot op het tijdstip waarop de inbreukbeschikking is vastgesteld, noch behoeven zij niet blijven te bestaan gedurende een zekere minimumperiode – op basis waarvan kan worden aangenomen dat zij één onderneming, één economische eenheid, vormden.¹⁹⁰ Zulk een sanctietoe-passing is in het bijzonder toelaatbaar wanneer die entiteiten ‘onder de controle van dezelfde persoon hebben gestaan en, gelet op de nauwe economische en organisatorische banden die hen verenigen, in wezen dezelfde commerciële beleidsrichtlijnen hebben toegepast’, hetwelk in het bijzonder geldt voor herstructureringen binnen een groep ondernemingen waarbij de oorspronkelijke exploitant niet noodzakelijkerwijs ophoudt juridisch te bestaan, maar zij zelf geen noemenswaardige activiteit meer uitoefent op de betrokken markt.¹⁹¹

189 *Vide* GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 326-328 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*). *Vide* ook HvJ EU 14 maart 2019, C-724/17, *JOR* 2019/151, m.nt. S.A. van Dijk, *Ondernemingsrecht* 2019/74, m.nt. B.J. Drijber, punt 39-40 (*Skanska Industrial Solutions*). Voor een ander voorbeeld zie men de laatstgenoemde uitspraak. Daarin verklaarde het Hof van Justitie voor recht dat art. 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat in het geval waarin ‘alle aandelen in de vennootschappen die hebben deelgenomen aan een door dat artikel verboden mededingingsregeling, zijn verkregen door andere vennootschappen, die de eerstgenoemde vennootschappen hebben ontbonden en hun commerciële activiteiten hebben voortgezet, de verkrijgende vennootschappen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de door die mededingingsregeling veroorzaakte schade’.

190 *Vide* GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 108-109 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 206 (*Lucchini*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 49-53 (*Parker*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 46-47 (*Parker*). *Vide* ook Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 117 (*Eni*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 91 (*Parker*).

191 *Vide* GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 110 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 207 (*Lucchini*). *Vide* ook Gerecht EU 3 maart 2011, T-117/07 en T-121/07, punt 67-69 (*Areva*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-39/07, punt 117 (*Eni*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-59/07, punt 125 (*Polimeri*); Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 92 (*Parker*); HvJ EU 18 december 2014, C-434/13 P, punt 40 (*Parker*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 91 (*Parker*). *Vide*

Wanneer tussen de oorspronkelijke exploitant en de nieuwe exploitant van de aan de mededingingsregeling deelnemende onderneming een structurele band bestaat, kunnen zij zich immers, al dan niet opzettelijk, met behulp van de tot hun ter beschikking staande juridische herstructureringsmogelijkheden aan hun mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid onttrekken.¹⁹² Zo zou eerstgenoemde *e.g.* als gevolg van een interne herstructurering een lege huls kunnen worden,¹⁹³ in welk geval het aan hem opleggen van een sanctie allicht geen afschrikkend effect heeft.¹⁹⁴

Tot zover enkele preluderende opmerkingen. Thans ga ik nader in op het Europese mededingingsrecht in concernverhoudingen.

Dat een dochtermaatschappij rechtspersoonlijkheid bezit, is niet voldoende om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar mededingingsverstorend gedrag aan de moedermaatschappij mag worden toegerekend.¹⁹⁵ Het is namelijk vaste rechtspraak dat – de eigen rechtspersoonlijkheid van eerstgenoemde ten spijt – dit gedrag aan laatstgenoemde kan worden toegerekend, met name (!) wanneer de dochtermaatschappij ‘niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt’ maar in hoofdzaak de door haar moedermaatschappij verstrekte instructies volgt,¹⁹⁶ een en ander in het

bovendien Gerecht EU 17 mei 2013, T-146/09, punt 96 (in punt 98 wordt daarnaar verwezen) (*Parker*): ‘Het begrip economische continuïteit heeft echter niet tot doel de mogelijkheid te bieden een andere onderneming voor die inbreuk aansprakelijk te stellen dan die welke de inbreuk heeft gepleegd, in voorkomend geval via de rechtspersonen waaruit zij bestaat (...), tenzij die twee ondernemingen zelf economisch en organisatorisch zijn verenigd door structurele verbanden (...) of de overdracht van de rechtspersoon die de inbreuk heeft gepleegd aan een derde een manoeuvre vormt, met andere woorden is geschied op andere voorwaarden dan de marktvoorwaarden, met het doel aan de sancties van het mededingingsrecht te ontsnappen [curs. RPJ] (...).’

192 *Vide* GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 110 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 207 (*Lucchini*).

193 GvEA EG 31 maart 2009, T-405/06, punt 110 (*ArcelorMittal*).

194 *Vide* HvJ EG 11 december 2007, C-280/06, punt 40 (*Philip Morris*); Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 203 (*Lucchini*).

195 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 132 (*ICI*); GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 960 (*Limburgse Vinyl*); HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 26 (*Stora*); HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punt 80 (*Erste*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 180 (*Fuji*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 79 (*El du Pont*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 38 (*Bolloré*). *Vide* ook HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 100 (*ArcelorMittal*): ‘[D]at (...) de rechtspersoonlijkheid van de vennootschappen noch het persoonlijke karakter van de sancties eraan in de weg staat dat de Commissie aan een moedermaatschappij een geldboete oplegt voor een inbreuk die is gepleegd door een 100%-dochteronderneming van die moedermaatschappij.’

196 Daaruit volgt dat het (niet zelfstandig kunnen bepalen van het) marktgedrag van de dochtermaatschappij niet de enige factor kan zijn op grond waarvan haar moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld; dit is een van de aanwijzingen voor het bestaan van een economische eenheid. *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 73 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook de conclusie, onder 87, van A-G Kokott bij dit arrest.

bijzonder gezien de economische, organisatorische en juridische banden die deze twee juridische entiteiten doen verenigen, omdat in zulk een situatie de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij deel uitmaken van één economische eenheid en zij dus één enkele ‘onderneming’ in hogerbedoelde zin vormen.¹⁹⁷ Alsdan kán¹⁹⁸ de Commissie haar boetebeschikking dus (mede)¹⁹⁹, na de betrokkene

197 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 133-135 (*ICI*); HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82, punt 49 (*AEG*); GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, punt 149 (*BPB*); GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 960 (*Limburgse Vinyl*); HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 26 (*Stora*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 135 (*Avebe*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 58 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punt 80 (*Erste*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 37 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 96 (*ArcelorMittal*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 180 (*Fiji*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 54 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 38 (*Arkema*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 38 en 40-41 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 43 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 46 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 38 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-499/11 P, punt 48 (*The Dow*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 41 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 52 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 209 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 52-53 (*Alstom*); Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08, punt 283 (*Eni*); HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 75 (*Del Monte*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 118-119 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en 414/10, punt 198-199 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 373 (*SLM*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 93-94 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 27 (*AlzChem*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 45 (*Toshiba*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 146 (*Villeroy & Boch*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 51-53 (*Akzo Nobel*). *Vide* ook HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 34-35 (*Total*).

198 De Commissie is niet gehouden met voorrang na te gaan of aan de voorwaarden waaronder de inbreuk op de mededingingsregels van de Unie zijdens de dochtermaatschappij kan worden toegerekend, is voldaan en, zo ja, het boetebesluit vervolgens te richten aan de moedermaatschappij; *vide* HvJ EG 24 september 2009, gevoegde zaken C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, punten 82 en 85 (*Erste*); HvJ EU 18 juli 2013, C-499/11 P, punt 49 (*The Dow*). *Vide* ook Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 212 (*Lucchini*).

199 De Commissie mag haar boetebeschikking zowel aan de moedermaatschappij als aan haar dochtermaatschappij richten, met dien verstande dat zij aantoont dat (i) zij beide één onderneming vormen en (ii) deze onderneming aan de inbreuk heeft deelgenomen; *vide* Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 67 (*Alstom*). *Vide* ook GvEA EG 14 december 2006, gevoegde zaken T-259/02 tot en met T-264/02 en T-271/02, punt 331 (*Raiffeisen Zentralbank Österreich*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punten 49-50 en 52 (*Bolloré*). *Vide* tevens GvEA EG 1 april 1993, T-65/89, punt 154 (*BPB*). Overigens noem ik GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 989 (*Limburgse Vinyl*), Gerecht EU 27 september 2012, T-343/06, punt 52 (*Shell*), Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 131 (*Hit*) en Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punten 214 en 246 (*Socitrel*), waaruit volgt dat zelfs in de situatie waarin het concern bestaat uit een tal van werkmaatschappijen, de moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld voor een door een van haar dochtermaatschappijen gepleegde inbreuk.

te hebben gehoord en die beschikking te hebben vastgesteld,²⁰⁰ richten aan de moedermaatschappij,²⁰¹ waarbij (i) zij niet behoeft aan te tonen²⁰² dat deze (a) zelf bij de inbreuk betrokken was, (b) haar dochtermaatschappij tot het plegen van de

200 *Vide* HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 110 (*Schindler*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 219 (*Saint-Gobain*).

201 *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 59 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 38 (*General*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 55 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 39 (*Arkema*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 44 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 46 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 39 (*Portielje*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 42 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 53 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 209 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 53 (*Alstom*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 119 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punt 199 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punten 374 en 387 (*SLM*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 94 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 27 (*AlzChem*). *Vide* ook HvJ EG 6 maart 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, punt 41 (*Commercial Solvents*); GvEA EG 20 maart 2002, T-9/99, punt 66 (*HFB*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 61 en 77 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punten 40 en 89 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 98 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 41 (*Arkema*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 57 (*Elf*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 47 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 41 (*Portielje*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 213 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punten 141 en 143-144 (*Parker*). Daaraan doet niet af als de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij ten tijde van de vaststelling van de beschikking tot de oplegging van een geldboete niet langer een economische eenheid vormden, nu het erom gaat of er van zulk een eenheid sprake was ten tijde van de inbreuk; *vide* Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 63 (*Alstom*).

202 *Vide* HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 59 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punten 38 en 85 (*General*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 55 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 39 (*Arkema*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 106 (*The Dow*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 76 (*El du Pont*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 44 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 46 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 39 (*Portielje*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 42 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 53 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 209 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punten 53 en 67 (*Alstom*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 119 en 147 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punt 199 (*Socitrel*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 374 (*SLM*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 94 en 105 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 27 (*AlzChem*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 148 (*Villeroy & Boch*). *Vide* ook Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 127 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 102 (*General*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 210 en 240 (*Saint-Gobain*). *Vide* daarnaast Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 37 (*Bolloré*): '[K]an evenmin worden betwist dat de toerekening aan de moederonderneming van de door haar dochteronderneming gemaakte inbreuk op grond dat deze ondernemingen één enkele onderneming in de zin van het mededingingsrecht van de Unie vormen en de moederonderneming dus net als haar dochter kan worden geacht aan de inbreuk te hebben deelgenomen [curs. RPJ] (...)' Op dat spoor zit ook Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 136 (*Toshiba*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punt 56 (*Akzo Nobel*).

inbreuk aanzette of (c) van de door haar dochtermaatschappij gepleegde inbreuk op de hoogte was en (ii) het van geen belang is (a) of deze zelf aan het begrip ‘onderneming’ in de hier bedoelde zin beantwoordt²⁰³ en (b) waar zij haar statutaire zetel (binnen of buiten de EU; *vide* ter illustratie het figuur *in fine*) heeft.²⁰⁴

De Commissie handelt daarmee niet in strijd met het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen (*vide supra*) – volgens welk beginsel, dat geldt in elke administratieve procedure die tot sancties uit hoofde van de mededingingsregels van de Unie kan leiden, een onderneming slechts een sanctie mag worden opgelegd voor feiten die haar individueel ten laste worden gelegd – nu dat beginsel in overeenstemming moet worden gebracht met het begrip ‘onderneming’ als bedoeld in art. 101 VWEU: dé reden waarom de Commissie bevoegd is om het besluit waarbij geldboeten worden opgelegd, aan de moedermaatschappij te richten, is het feit dat zij en haar dochtermaatschappij samen één enkele onderneming in evenbedoelde zin vormen.²⁰⁵

Evenmin handelt zij, door van hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij uit te gaan, in strijd met het uit het vennootschapsrecht binnen de Unie voortvloeiende beginsel van beperkte aansprakelijkheid van vennootschappen, nu deze aansprakelijkheid bedoeld is om een plafond voor hun financiële aansprakelijkheid in te voeren, ‘en niet om te voorkomen dat aan een onderneming die inbreuk op het mededingingsrecht heeft gemaakt, een sanctie wordt opgelegd via de juridische entiteiten waaruit zij bestaat en meer in het bijzonder de vennootschap die de inbreuk heeft gepleegd en haar moedermaatschappij’.²⁰⁶

Om het mededingingsverstorende/inbreukmakende gedrag van een dochtermaatschappij, de inbreukmaker, aan haar moedermaatschappij, de overkoepelende entiteit van een groep van ondernemingen/vennootschappen, te kunnen toerekenen dient – in beginsel: de Commissie – niet alleen vast te stellen dat laatstgenoemde beslissende invloed op het ‘marktgedrag’, waarmee kennelijk wordt bedoeld het

203 *Vide* HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 42-45 (*Portielje*).

204 *Vide* HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 125-142 (*ICI*). *Vide* ook J. Faull en A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 197, die – onder verwijzing naar, *inter alia*, het evengenoemde arrest – opmerkten ‘that parent companies, including those based outside the EU [curs. RPJ], can be held liable under Article 101 [VWEU, toev. RPJ] for the behaviour of their subsidiaries operating within the EU, since the undertaking as a whole is active there [curs. RPJ]’. *Vide* voorts A. Jones en B. Sufrin, *EU Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 142: ‘[T]he single economic entity doctrine avoids the need for the extraterritorial application of EU competition law. The doctrine enables the competition rules to be applied to companies outside the jurisdiction without recourse to the more controversial “implementation” or “effects” doctrines.’

205 *Gerecht EU* 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 387 (*SLM*).

206 *Ibid.*, punt 388.

commerciële beleid (*vide infra*),²⁰⁷ van eerstgenoemde kán uitoefenen, maar zal zij tevens – wil er sprake zijn van het niet zelfstandig kunnen bepalen van het marktgedrag tijdens de dochtermaatschappij en bijgevolg van één onderneming als gevormd door deze en haar moedermaatschappij uit hoofde waarvan het inbreukmakende gedrag van eerstgenoemde aan laatstgenoemde kan worden toegerekend – dienen aan te tonen, op grond van een geheel van feiten, dat de moedermaatschappij die invloed daadwerkelijk heeft uitgeoefend.²⁰⁸ Hierbij verdient opmerking dat (i) de omstandigheid dat twee onderling onafhankelijke moedermaatschappijen gezamenlijk zeggenschap over hun dochtermaatschappij uitoefenen, haar in beginsel niet belet om vast te stellen dat een van de eerstgenoemden samen met de laatstgenoemde een economische eenheid vormen, zelfs niet wanneer die moedermaatschappij ten

207 *Vide* GvEA EG 20 april 1999, gevoegde zaken T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, punt 984 (*Limburgse Vinyl*); HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 28 (*Stora*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 61 en 62 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 130-131 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punt 40 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punt 98-99 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 57 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 41 (*Arkema*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 47 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 41 (*Portielje*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 212-213, 222-223, 239 en 241-242 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punt 55 (*Alstom*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 122-123, 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punt 376 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punten 202-203, 210, 213, 228 en 248 (*Socitrel*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*). *Vide* mede Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 101 (*Toshiba*), waarin werd gesproken van het ‘commerciële gedrag’. *Vide* ook de conclusie, onder 107-109, van A-G Kokott bij HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P (*Schindler*). *Vide* voorts Faull en Nikpay, *l.s.c.*: ‘Put differently, a subsidiary cannot be said to be acting independently where the parent company actually exercises decisive influence over its commercial policy [curs. RPJ].’

208 *Vide* HvJ EG 25 oktober 1983, 107/82, punt 50 (*AEG*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 136 (*Avebe*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punten 128 en 165 (*Alliance*); Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 181 (*Fuji*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 44 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 55 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punt 311 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 95 (*Toshiba*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 35 (*Total*). *Vide* ook HvJ EG 14 juli 1972, 48/69, punt 137 (*ICI*). *Vide* voor kritiek op de eis van het door de moedermaatschappij daadwerkelijk uitoefenen van beslissende invloed op haar dochtermaatschappij Wils, *op. cit.*, p. 175-176 en 184. Op p. 175 merkte hij – naar mijn mening: terecht – het volgende op: ‘Indeed, if the parent company has the possibility to exercise decisive influence over the strategic commercial behaviour of the subsidiary, the subsidiary cannot have real freedom to determine its course of action on the market. Even if the parent company happened not to actually exercise its influence, the subsidiary’s apparent freedom would only exist by the parent company’s grace, which could change at any time. It would thus not be real freedom.’

opzichte van die andere moedermaatschappij een kleiner aandeel in het kapitaal van die dochtermaatschappij heeft,²⁰⁹ en (ii) zij niet behoeft te bewijzen dat de moedermaatschappij op het specifieke terrein waarop de inbreuk is gepleegd, op het beleid van haar dochtermaatschappij invloed uitoefent.²¹⁰

In het algemeen kan een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed op haar dochtermaatschappij, en in het bijzonder op haar marktgedrag, uitoefenen wanneer zij een meerderheidsparticipatie in het aandelenkapitaal van deze bezit.²¹¹ Zij kan zulks ook doen met een minderheidsparticipatie, maar dan dient de moedermaatschappij over rechten te beschikken die verder gaan dan die normaal gesproken aan minderheidsaandeelhouders worden verleend met het oog op de bescherming van hun financiële belangen.²¹²

Dat de moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende zeggenschap over haar dochtermaatschappij heeft uitgeoefend, kan rechtstreeks blijken uit de implementatie van de toepasselijke wettelijke bepalingen of uit, in geval van een concern met een duale structuur, een overeenkomstig die bepalingen gesloten overeenkomst tussen de moedermaatschappijen aangaande het bestuur van hun gezamenlijke dochtermaatschappij.²¹³ Bovendien vormt het feit dat op leidende posities van deze laatste veel personen aanwezig zijn die bestuursposities binnen de moedermaatschappij bekleden, een bewijs van de mate waarin deze bij het bestuur van haar dochtermaatschappij betrokken is, nu deze accumulatie van betrekkingen de moedermaatschappij – omdat haar bestuursleden er, in het kader van de uitoefening van hun leidinggevende functies binnen de dochtermaatschappij, op kunnen toezien dat de gedragslijn van deze op de markt strookt met het op het bestuursniveau van de moedermaatschappij uitgezette beleid, welk doel kan worden bereikt ook al hebben een of meer (personeels)leden van de moedermaatschappij die

209 *Vide* HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 78 (*Del Monte*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 99 (*Toshiba*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 48 (*Toshiba*). *Vide* voor de situatie waarin twee moedermaatschappijen elk een 50%-aandeel in een (inbreukmakende) *joint venture* hebben, HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 47 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 58 (*The Dow*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 48 (*Toshiba*).

210 *Vide* Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 130 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punt 244 (*Socitrel*).

211 *Vide* Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 182 (*Fuji*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 96 (*Toshiba*). In de Nederlandse versie wordt gesproken van ‘maatschappelijk kapitaal’, terwijl in de Engelse versie wordt gesproken van ‘share capital’. Laatstgenoemd lijkt mij in deze context de juiste term. Vandaar dat ik spreek van ‘aandelenkapitaal’.

212 *Ibid*, punt 183 respectievelijk punt 97. In deze uitspraken liep die zin nog door met, ik citeer de laatstgenoemde uitspraak, ‘en die, indien zij volgens de methode van de reeks overeenstemmende juridische of economische aanwijzingen worden onderzocht, het bewijs leveren van het feit dat beslissende invloed wordt uitgeoefend op het marktgedrag van de dochteronderneming’, maar dat zinsdeel is hier niet van belang.

213 *Vide* Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 184 (*Fuji*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 100 (*Toshiba*).

leidinggevende functies binnen haar dochtermaatschappij vervullen, geen ‘authority as agents’²¹⁴ van de moedermaatschappij – noodzakelijkerwijs in een positie brengt waarin zij beslissende invloed op het marktgedrag van haar dochtermaatschappij kan uitoefenen.²¹⁵ Voorts kan de betrokkenheid van de moedermaatschappij bij het bestuur van haar dochtermaatschappij blijken uit de zakelijke betrekkingen tussen hen beide.²¹⁶ Zo heeft een moedermaatschappij die tevens leverancier of klant is van haar dochtermaatschappij, er – teneinde ten volle te kunnen profiteren van de toegevoegde waarde van deze verticale integratie – bij uitstek belang bij de productie- of distributieactiviteiten van die laatste te sturen.²¹⁷

Echter, indien de moedermaatschappij (in)direct het (nagenoeg) gehele kapitaal van haar dochtermaatschappij die een inbreuk op de mededingingsregels der (Europese) Unie heeft gemaakt, in handen heeft, kan eerstgenoemde beslissende invloed op het (markt)gedrag van laatstgenoemde uitoefenen en bestaat er een – weerlegbaar – vermoeden dat zij daarop ook daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent, welk vermoeden reeds in werking treedt als de Commissie bewijst dat de moedermaatschappij op eerderbedoelde wijze het vorenbedoelde kapitaal bezit,²¹⁸ in welk geval

214 Bij het schrijven van deze volzin heb ik ook met een schuin oog gekeken naar de Engelse versie (de procestaal was Engels; *vide* * onderaan het arrest) van dit arrest. Zo kan namelijk betwijfeld worden of het vertalen van ‘authority as agents’ in ‘bestuursbevoegdheid’, zoals gebeurd is in de Nederlandse versie, wel juridisch zuiver is. Daarom heb ik de Engelse versie geciteerd.

215 *Vide* Gerecht EU 12 juli 2011, T-132/07, punt 184 (*Fuji*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 100 (*Toshiba*). *Vide* ook Gerecht EU 9 december 2014, T-91/10, punt 224 (*Lucchini*), waarin werd overwogen dat uit de rechtspraak blijkt dat – om de economische eenheid van vennootschappen aan te tonen – het innemen van sleutelposities in de beheersorganen (in de Engelse versie: ‘management bodies’) van verschillende vennootschappen een element is waarmee rekening moet worden gehouden. *Vide* voorts Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 213 (*vide* ook punt 228) (*Socitrel*), waarin is overwogen dat de vertegenwoordiging van de moedermaatschappij in de bestuursorganen (in de Engelse versie wederom: ‘management bodies’) van haar dochtermaatschappij relevant bewijs vormt dat eerstgenoemde beslissende invloed op het commerciële beleid van laatstgenoemde uitoefent. Dat, naar nationaal recht, de bestuurders van de moedermaatschappij haar niet vertegenwoordig(d)en als (toen) zij in het bestuur van haar dochtermaatschappij zetel(d)en, is niet ter zake dienend, waartoe redengevend is dat een vennootschap zich niet op een nationale regeling kan beroepen om aan de toepassing van de Unierechtsregels te ontsnappen, nu de in het Unierecht gehanteerde rechtsbegrippen in beginsel in de gehele Unie eenvormig moeten worden uitgelegd en toegepast; *vide* Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 243 (*Socitrel*). *Vide* mede HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 68 (*Portielje*), waarin werd overwogen dat een economische eenheid ook kan ontstaan door het bestaan van een ‘personele vervlechting’ tussen de juridische entiteiten die zulk een eenheid vormen.

216 Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 100 (*Toshiba*).

217 *Ibid.*

218 De Commissie behoeft zich niet uitsluitend op dat (bewijs)vermoeden te baseren; niets belet haar immers om door middel van (een combinatie van) andere bewijselementen en dat vermoeden aan te tonen dat een moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed op haar dochtermaatschappij uitoefent. *Vide* HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 49 (*Alliance*).

die beslissende invloed vaststaat en zij die moedermaatschappij dan – zonder dat zij nog aanvullend bewijs behoeft aan te dragen – aansprakelijk mag stellen voor het (inbreukmakende) gedrag van die dochtermaatschappij en haar samen met die laatste hoofdelijk mag veroordelen tot betaling van de aan laatstgenoemde opgelegde geldboete,²¹⁹ tenzij de moedermaatschappij – en zij alleen – dat vermoeden weet te ontzenuwen door het overleggen van afdoende bewijzen die aantonen dat haar dochtermaatschappij haar marktgedrag (lees: commerciële beleid) zelfstandig bepaalt,²²⁰ dat zij ‘op bedrijfsvlak, maar ook op financieel vlak volledig zelfstandig kon handelen’,²²¹ en zij dus samen geen economische eenheid – en bijgevolg geen onderneming in de zin van art. 101 of 102 VWEU – vormen.²²²

Om – in het kader van een eventueel, door de moedermaatschappij ingesteld, beroep tegen het boetebesluit van de Commissie – uit te maken of een dochtermaatschappij autonoom haar marktgedrag bepaalt, dient de Unierechter bij

219 *Vide* ook HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punten 57-58 en 60-61 (*Akzo Nobel*). In een situatie waarin (a) de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ‘uitsluitend’ is afgeleid van die van haar dochtermaatschappij en (b) het aan de moedermaatschappij verweten gedrag niet specifiek wordt gekenmerkt door enig ander element, kan de aansprakelijkheid van die moedermaatschappij niet verder gaan dan die van haar dochtermaatschappij; *vide* HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 38 (*Total*).

220 Dat het moeilijk is om in het kader van de weerlegging van het hier bedoelde vermoeden het noodzakelijke tegenbewijs te leveren, impliceert volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie op zich niet dat het evenbedoelde vermoeden *de facto* onweerlegbaar (*probatio diabolica*) is, met name niet wanneer de entiteiten waartegen het werkt, zelf het beste in staat zijn om dat bewijs in hun eigen activiteitsfeer te zoeken; *vide* HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 44 (*AlzChem*).

221 HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punt 68 (*Eni*).

222 *Vide* HvJ EG 16 november 2000, C-286/98 P, punt 29 (*Stora*); GvEA EG 27 september 2006, T-314/01, punt 136 (*Avebe*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 60-61 (*Akzo Nobel*); Gerecht EU 27 oktober 2010, T-24/05, punt 129-132 (*Alliance*); HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, punten 39-40 en 84-90 (*General*); HvJ EU 29 maart 2011, gevoegde zaken C-201/09 P en C-216/09 P, punten 97-98 en 100 (*ArcelorMittal*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 56-57 (*Elf*); HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, punt 40-41 (*Arkema*); Gerecht EU 27 juni 2012, T-372/10, punt 44 (*Bolloré*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 46-47 (*Alliance*); HvJ EU 8 mei 2013, C-508/11 P, punten 47-48, 63 en 67 (*Eni*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punt 40-41 (*Portielje*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 108-109 (*Schindler*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 45 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 56 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 211-213, 216 en 221 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 27 november 2014, T-517/09, punten 54-58 en 102 (*Alstom*); Gerecht EU 12 december 2014, T-558/08, punten 284 en 290 (*Eni*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 120, 122-123 en 138 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-389/10 en T-419/10, punten 375-376, 382, 384, 386 en 390 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-413/10 en T-414/10, punten 201-203 en 237 (*Socitrel*); HvJ EU 17 september 2015, C-597/13 P, punt 36 (*Total*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 28-31 (*AlzChem*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 54 (*Parker*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 147-148 (*Villeroy & Boch*); HvJ EU 27 april 2017, C-516/15 P, punten 54-55 (*Akzo Nobel*).

zijn beoordeling²²³ daarvan niet alleen rekening te houden met de door partijen aangedragen factoren/(bewijs)elementen ten bewijze van de, al dan niet beslissende, invloed die de moedermaatschappij heeft uitgeoefend op (i) het prijsbeleid, (ii) de productie- en distributieactiviteiten, (iii) de verkoopdoelstellingen, (iv) de brutomarges, (v) de verkoopkosten, (vi) de *cashflow*, (vii) de voorraden en/of (viii) de marketing, welke alle aspecten van het commerciële beleid zijn, van haar dochtermaatschappij, maar ook met alle door hen aangedragen relevante factoren/(bewijs)elementen ter zake van de (verenigende) economische, organisatorische en juridische banden tussen deze twee juridische entiteiten, en dus met de economische realiteit, welke factoren naar hun aard en belang kunnen variëren naargelang de kenmerken van elke zaak en waarvan bijgevolg geen uitputtende lijst kan worden opgesteld.²²⁴ Hierbij voegt zich dat de daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed kan worden afgeleid uit een reeks onderling overeenstemmende (bewijs)elementen, ook al volstaat geen van deze op zich om daarvan te kunnen spreken.²²⁵

223 Het Gerecht moet zijn beoordeling baseren op feiten die zich ‘tijdens de inbreukperiode’ hebben voorgedaan, onverminderd de mogelijkheid om rekening te houden met gegevens aangaande ‘een eerdere periode, voor zover het kan aantonen dat deze gegevens relevant zijn voor de inbreukperiode en het de conclusies die uit de beoordeling van deze oudere gegevens voortvloeien niet automatisch toepast op de inbreukperiode’; *vide* HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 34 (*AlzChem*).

224 *Vide* GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punt 65 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 74 (*Akzo Nobel*), mede onder verwijzing naar punt 64 van de voornoemde uitspraak; HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punt 58 (*Elf*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 45 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punten 60 en 66 (*Portielje*); Gerecht EU 13 juli 2011, T-138/07, punt 86 (*Schindler*); HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 112 (*Schindler*); HvJ EU 26 september 2013, C-172/12 P, punt 43 (*El du Pont*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 54 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 214, 218 en 221 (*Saint-Gobain*); GvEA 12 december 2014, T-558/08, punt 285 (*Eni*); HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punten 76 en 87 (*Del Monte*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 126 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 381 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 209 en 238 (*Socitrel*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 32-33 (*AlzChem*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punt 54 (*Parker*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punten 46 en 66 (*Toshiba*); HvJ EU 26 januari 2017, C-625/13 P, punt 148 (*Villeroy & Boch*). *Vide* ook HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 39 (*AlzChem*), alwaar het Hof van Justitie oordeelde dat de Unierechter bij zijn onderzoek of het vermoeden van daadwerkelijke uitoefening van beslissende invloed is weerlegd, ‘alle overlegde bewijzen’ in aanmerking moet nemen. In de Unierechtspraak worden veelal louter de economische, organisatorische en juridische banden genoemd. Maar *vide* bijvoorbeeld HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 58 (*Akzo Nobel*), waarin werd gesproken van ‘inzonderheid gelet op’ die banden, hetgeen ruimte laat voor het rekening houden met andere factoren.

225 *Vide* HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 77 (*Del Monte*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punt 47 (*Toshiba*).

Hieromtrent zij, duidelijkheidshalve, nog het volgende opgemerkt. Bij het kunnen toerekenen van het inbreukmakende gedrag van de dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij speelt blijkens de Unierechtspraak het begrip ‘commercieel beleid’ een (hele) belangrijke rol.²²⁶ De moedermaatschappij moet, vanuit het perspectief van de Commissie, op dat beleid van haar dochtermaatschappij beslissende invloed uitoefenen dan wel, vanuit het perspectief van de moedermaatschappij, de dochtermaatschappij moet autonoom zijn in de bepaling daarvan. De vraag die in dit verband gesteld kan worden, is of bij de beoordeling daarvan moet worden uitgegaan van (1) het commerciële beleid in beperkte zin (dat beleid betreft louter het marktgedrag) of (2) het commerciële beleid in ruime zin (dat beleid is niet beperkt tot het marktgedrag).²²⁷ Bestudering van uitspraken van de Unierechters, in onderling verband en samenhang, doet bij mij de indruk wekken dat met ‘commercieel beleid’ het ‘marktgedrag’ wordt bedoeld,²²⁸ dat eerste vertaalt zich in dat laatste. Mij zijn geen uitspraken bekend die voeding geven aan de gedachte dat het begrip commercieel beleid ruimer is dan dat. Wat anders is, dat voor het kunnen toerekenen van het inbreukmakende gedrag van een dochtermaatschappij aan haar moedermaatschappij – waarvoor, het zij herhaald, sprake dient te zijn van één economische eenheid, van één onderneming – het niet zelfstandig kunnen bepalen van het commerciële beleid – en daarmee dus: van het marktgedrag – zijdens eerstgenoemde slechts *een*, maar wel een (hele) belangrijke (!), aanwijzing is;²²⁹ er kunnen ook meer of andere zijn. Waar het uiteindelijk om gaat, is dat de moeder- en haar dochtermaatschappij samen één onderneming in de zin van art. 101/102 VWEU vormen.

226 *Vide* bijvoorbeeld GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punten 62, 64, 67 en 80 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punt 102-103 (*Alliance*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 212, 213, 222-223, 239, 241-242, 310-311 en 450 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 122-123, 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 202-203, 210, 213, 228 en 248 (*Socitrel*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 36 (*AlzChem*).

227 *Vide* voetnoot 230 *infra*.

228 *Vide* bijvoorbeeld GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punten 58, 62 en 67 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 60-61 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punten 54, 57-58 (*Elf*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punten 43, 45-47 en 102-103 (*Alliance*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punten 38 en 40-41 (*Portielje*); HvJ EU 26 september 2013, C-179/12 P, punt 68-69 (*The Dow*); Gerecht EU 27 maart 2014, gevoegde zaken T-56/09 en T-73/09, punten 213, 221-222, 237, 239, 241-243, 309-310 (*Saint-Gobain*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 122 en 126-127 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 376 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 202, 209-210 en 248 (*Socitrel*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 96-97, 100-101, 117 en 120 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punten 27, 29, 33 en 36 (*AlzChem*).

229 *Vide* voetnoot 196 *supra*.

Vervolgens dient zich aan of bij de beantwoording van de vraag, de toetsing, of de dochtermaatschappij haar marktgedrag autonoom bepaalt, uitsluitend de – in de macht of invloedssfeer van haar moedermaatschappij gelegen – factoren aangaande het hierboven onder (i)-(viii) genoemde, de factoren die op directe wijze inwerken op (bepaalde aspecten van) het commerciële beleid en daarmee op het marktgedrag, in aanmerking moeten worden genomen (enge opvatting) of mede rekening moet worden gehouden met de – wederom: in de macht of invloedssfeer van haar moedermaatschappij gelegen – factoren betreffende de hogerbedoelde banden tussen hen beide, de factoren die op indirecte wijze inwerken op (bepaalde aspecten van) het commerciële beleid en daarmee op het marktgedrag (ruime opvatting).²³⁰ Zoals reeds eerder is gezegd, is dat laatste, zo volgt uit de Unierechtspraak, het geval. Men houde hierbij evenwel voor ogen dat, anders dan sommige uitspraken van het Gerecht lijken te suggereren,²³¹ de ruime opvatting op dát punt níét erop wijst dat de Unierechter het commerciële beleid in ruime zin beoordeelt; het gaat immers in het kader van het

230 *Vide* daaromtrent HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 66-70 (*Akzo Nobel*).

231 *Vide* Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 210 en 248 (*Socitrel*). *Vide* tevens Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*). *Vide* ook GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punt 63-65 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 67-69 (*Akzo Nobel*); conclusie, onder 86 en 89, van A-G Kokott bij het hiervoor genoemde arrest van het Hof van Justitie inzake *Akzo Nobel*; Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*). In HvJ EU 18 juli 2013, C-501/11 P, punt 112 (*Schindler*) overwoog het Hof van Justitie dat, om uit te maken of een dochtermaatschappij zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, rekening moet worden gehouden met alle relevante factoren aangaande de economische, organisatorische en juridische banden tussen deze en haar moedermaatschappij en dat het commerciële beleid ‘dus’ slechts een van de betrokken factoren is en deze behoeft bovendien niet ‘restrictief’ te worden uitgelegd. Deze Unierechter hanteert hiermee een andere benaderingswijze dan ik, aangezien hij, in het kader van de beantwoording van vraag of een dochtermaatschappij autonoom haar marktgedrag bepaalt, het commerciële beleid slechts als een ‘factor’ naast die ter zake van de vorenbedoelde banden ziet terwijl ik dat beleid juist níét als zodanig zie. Mijns inziens ziet het commerciële beleid echter op, of, zuiverder uitgedrukt, vertaalt zich in, (het) gedrag van een vennootschap op een bepaalde markt. Het gaat in de door mij voorgestane benadering, zo begrijp ik de Unierechtspraak ook, dan ook om de beantwoording van de vraag of een dochtermaatschappij haar commerciële beleid – en daarmee haar marktgedrag – autonoom bepaalt, bij de beantwoording waarvan de factoren zoals die ter zake van de eerdergenoemde banden in aanmerking moeten worden genomen. Wat betreft het niet restrictief uitleggen van het begrip ‘commerciële beleid’, houdt dat kennelijk verband met de discussie naar aanleiding van de *Akzo Nobel*-zaak (*vide* het hierboven aangehaalde), te weten of er bij de beoordeling van de voormelde vraag alleen rekening moet worden gehouden met factoren betreffende het prijsbeleid, de brutomarges, de marketing, etc., of dat er ook rekening moet worden gehouden met die ter zake van de hier bedoelde banden. In die zaak is door het Hof van Justitie uitgemaakt dat dat laatste het geval is. Ik lees daarin evenwel niet een keuze voor een ruime of beperkte opvatting aangaande het begrip commerciële beleid. Het gaat om de beoordeling van het commerciële beleid *sensu stricto*, namelijk het marktgedrag. Dat bij de beoordeling daarvan al dan niet een waaijer aan factoren in aanmerking moet worden genomen, brengt daarin geen verandering, nu de vraag naar de draagwijdte van het begrip ‘commercieel beleid’ onderscheiden moet worden

toerekeningsvraagstuk – nog steeds – om de mate van invloed op (uiteindelijk) het marktgedrag van de inbreukmaker, en dus om het commerciële beleid in beperkte zin,²³² zij het dat, zo breng ik in herinnering, ‘het marktgedrag van de dochteronderneming niet de enige factor kan zijn op grond waarvan de moedermaatschappij aansprakelijk kan worden gesteld, maar is het slechts een van de aanwijzingen voor het bestaan van een economische eenheid’.²³³

Tot – zo moet kennelijk – ‘s Gerechts uitspraken worden verstaan –²³⁴ met name de factoren aangaande het onder (i)-(viii) genoemde mag de bovenbedoelde toetsing van de Unierechter dan ook niet beperkt blijven, zodat het vermoeden van de uitoefening van beslissende zeggenschap inzonderheid niet door de moedermaatschappij kan worden weerlegd door enkel aan te tonen dat haar dochtermaatschappij die specifieke aspecten van haar commerciële beleid beheert zonder te dier zake instructies te ontvangen.²³⁵ De door de moedermaatschappij uitgeoefende beslissende invloed op het commerciële beleid van haar dochtermaatschappij behoeft immers niet noodzakelijkerwijs te blijken uit concrete instructies,²³⁶ richtlijnen of inspraakbevoegdheden ter zake van, kennelijk, het hiervoor onder (i)-(viii) genoemde, en bijgevolg kan de autonomie van de dochtermaatschappij niet noodzakelijkerwijs worden opgemaakt uit de afwezigheid van die instructies, nu zij ook daarzonder beslissende invloed daarop kan uitoefenen; dergelijke instructies zijn enkel een bijzonder duidelijke aanwijzing

van de vraag naar de reikwijdte van de factoren die bij de beoordeling daarvan in aanmerking moeten worden genomen. Eerst komt de eerstbedoelde vraag aan de orde, waarop het antwoord luidt dat die beperkt is, namelijk louter marktgedrag, en vervolgens de laatstbedoelde, waarop het antwoord luidt dat die ruim is, namelijk mede factoren aangaande de bovenbedoelde banden.

232 *Vide* bijvoorbeeld GvEA EG 12 december 2007, T-112/05, punten 58 en 67 (*Akzo Nobel*); HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 58, 61 en 72-74 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 11 juli 2013, C-440/11 P, punten 38 en 42 (*Portielje*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 93, 95-97, 100, 117 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 33 (*AlzChem*); Gerecht EU 14 juli 2016, T-146/09 RENV, punten 51 en 53-54 (*Parker*); HvJ EU 18 januari 2017, C-623/15 P, punten 45-46, 49-51 en 66 (*Toshiba*). *Vide* ook de conclusie, onder 86 *et seq.*, van A-G Kokott bij HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P (*Akzo Nobel*).

233 HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punt 73 (*Akzo Nobel*).

234 *Vide* voetnoot 231 *supra*.

235 *Vide* Gerecht EU 16 juni 2011, T-197/06, punt 105 (*FMC*); Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 127 en 144 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 210 en 248 (*Socitrel*).

236 Als door de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij instructies worden gegeven, dan is het niet nodig dat laatstgenoemde alle instructies van eerstgenoemde opvolgt om het bestaan van een beslissende invloed aan te tonen, zolang het maar niet de regel is dat zij níét worden opgevolgd; *vide* HvJ EU 24 juni 2015, gevoegde zaken C-293/13 P en C-294/13 P, punt 96 (*Del Monte*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 41 (*AlzChem*). *Vide* ook Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punt 129 (*Hit*) en Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 212 (*Socitrel*), waarin het Gerecht overwoog dat het feit dat uit geen enkel dossierstuk blijkt dat de moedermaatschappij enige instructie, of aanbeveling, aan haar dochtermaatschappij heeft gegeven, niet kan bewijzen dat die niet heeft bestaan.

voor het bestaan van die invloed.²³⁷ Dat binnen een groep een uniform commercieel beleid wordt gevoerd, kan mede, op indirecte wijze, worden afgeleid uit het geheel van economische, (organisatorische?) en juridische banden die de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij doen verenigen.²³⁸ Zo kan de invloed van de voorlaatst-bedoelde op de laatstbedoelde ten aanzien van (a) de strategie van de onderneming, (b) het ondernemingsbeleid, (c) de ondernemingsplannen, (d) de investeringen, (e) de capaciteiten, (f) de financiële middelen, (g) het personeel en (h) de juridische aan-gelegenheden indirect effecten hebben op het marktgedrag van deze en van de gehele groep.²³⁹

Kortom, de moedermaatschappij kan op diverse wijzen, direct of indirect, op een tal van terreinen, zowel die onder het commerciële beleid vallen (zie het genoemde onder (i)-(viii)) als die daarbuiten vallen (*vide* het genoemde onder (a)-(h)), en met behulp van verschillende middelen, waaronder inzonderheid instructies, invloed uit-oefenen op het commerciële beleid – en daarmee het marktgedrag – van haar dochtermaatschappij. Waar het uiteindelijk om draait, is of de moedermaatschappij op grond van de mate van invloed het ‘gedrag’ – naar, gezien de context, kennelijk wordt bedoeld, althans mede onder wordt verstaan: het ‘marktgedrag’ (die woorden worden door de Unierechter(s) dikwijls door elkaar heen gebruikt) –²⁴⁰ van haar dochtermaatschappij dusdanig kan sturen – en kennelijk: stuurt – dat zij beide als één economische eenheid, en bijgevolg, zo voeg ik toe, één onderneming in de zin van art. 101 of 102 VWEU, moeten worden beschouwd.²⁴¹

Overigens breng ik nog onder de aandacht dat (i) de enkele omstandigheid dat de moedermaatschappij een (niet-operationele) holding(company) is, niet volstaat om uit te sluiten (om het vermoeden te weerleggen) dat zij beslissende invloed op haar dochtermaatschappij heeft uitgeoefend, nu, in de context van een groep van onderne-mingen, een holding een onderneming is die deelnemingen in verschillende vennoot-schappen tracht te groeperen en tot taak heeft ervoor te zorgen dat zij, met name door de zeggenschap over de (financiële?) middelen, onder één bestuur staan,²⁴² en (ii)

237 *Vide* Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*).

238 *Ibid.*

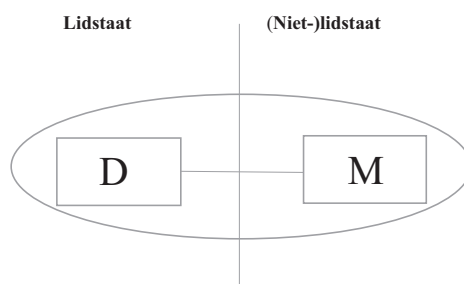
239 *Ibid.*

240 *Vide* bijvoorbeeld HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, punten 58, 60, 61, 63 en 72-74 (*Akzo Nobel*); HvJ EU 29 september 2011, C-521/09 P, punten 54, 56-58 en 60 (*Elf*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); HvJ EU 19 juli 2012, gevoegde zaken C-628/10 P en C-14/11 P, punten 43 en 45-46 (*Alliance*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punten 95-97 en 100 (*Toshiba*); HvJ EU 16 juni 2016, C-155/14 P, punt 29 (*AlzChem*).

241 *Vide* Gerecht EU 2 februari 2012, T-76/08, punt 62 (*El du Pont*); Gerecht EU 2 februari 2012, T-77/08, punt 77 (*The Dow*); Gerecht EU 9 september 2015, T-104/13, punt 121 (*Toshiba*).

242 Gerecht EU 15 juli 2015, T-436/10, punten 125 en 140 (*Hit*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 395-396 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punten 208 en 240 (*Socitrel*).

voor de toerekening van een inbreuk op art. 101 VWEU aan een onderneming (lees: dochter- of moedermaatschappij) geen handelen of zelfs kennis van de ‘vennoten’ of de voornaamste ‘beheerders’ (‘managers’) van de bij de inbreuk betrokken onderneming vereist, maar volstaat het handelen van iemand die ‘gerechtigd is om voor rekening van de onderneming te handelen’.²⁴³



Twee juridische entiteiten die gezamenlijk één onderneming vormen

2.5 Tussenconclusie

In de economische werkelijkheid is het concern uitgegroeid tot de meest voorkomende ondernemingsvorm. Desondanks neemt het Nederlandse ondernemingsrecht als neergelegd in Boek 2 BW – nog steeds – de enkelvoudige, in zowel juridisch als economisch opzicht autonoom functionerende, vennootschap tot uitgangspunt. Zulks brengt (in beginsel) mee dat een door een juridische bril bekeken concern wordt gezien als een verzameling van dergelijke vennootschappen. De focus wordt dus in de juridische werkelijkheid gelegd op de afzonderlijke componenten (er wordt m.a.w. door het concern heen gekeken). Het bezwaarlijke aan deze rechtspersoongerichte benadering is echter dat daarmee geheel en al wordt miskend dat (onderhorige) groepsmaatschappijen geen afzonderlijk, geïsoleerd bestaan (meer) leiden, maar op allerlei manieren verbonden zijn met elkaar en gezamenlijk – onder (de centrale) leiding van de moedermaatschappij – één (geïntegreerde) onderneming vormen. De juridische werkelijkheid en de economische werkelijkheid sluiten (in zoverre) dus niet bij elkaar aan. Het ondernemingsrecht kijkt door een ouderwetse lens naar het concern. Mijns inziens zou de focus op het (tot) een geheel (samengevoegde) moeten worden gelegd: een concernbenadering.

²⁴³ *Vide* Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-389/10 en T-419/10, punt 410-411 (*SLM*); Gerecht EU 15 juli 2015, zaken T-413/10 en T-414/10, punt 252 (*Socitrel*).

Het uit elkaar lopen van de twee voornoemde werkelijkheden geldt ook, als in het verlengde liggende van het hierboven genoemde uitgangspunt, met betrekking tot de bestuursautonomie en het vennootschappelijk belang. Volgens het recht is het bestuur in beginsel privaat bevoegd in het besturen, waaronder begrepen het bepalen van de strategie en het beleid, van een vennootschap, waarbij het zich naar haar belang moet richten. Maakt zij als dochtermaatschappij deel uit van een concern, dan moet het bestuur daarvan, zo ziet de economische werkelijkheid eruit, opereren binnen het door de moedermaatschappij – als onderdeel van de uitoefening van, het wezenlijk voor een concern zijnde element, centrale leiding – gecreëerde, en (mede) uit de concernstrategie en het concernbeleid bestaande, kader. Ook moet het – in het licht van het concernbelang – daarbinnen het vennootschappelijk belang dienen. Het probleem is echter dat de bestuursautonomie en het (concern)element centrale leiding contrair aan elkaar zijn en dat het vennootschappelijk belang strijdig kan zijn met het concernbelang. Alsdan is het van tweeën één. Gelet hierop dat de moedermaatschappij velerlei – uit het concernverband voortvloeiende – middelen, van juridische, organisatorische en economische/financiële aard, ten dienste staan om eventueel recalcitrant gedrag van (het bestuur van) een dochtermaatschappij, zoals het buiten het geschapen kader treden of in strijd handelen met het concernbelang, te onderdrukken, is van werkelijke bestuursautonomie geen sprake en gaat in beginsel, in geval van belangenstrijd, het collectieve (concern)belang voor het individuele (vennootschappelijk) belang. De economische werkelijkheid breekt aldus door de juridische werkelijkheid heen, zodat een concern kan bestaan en (naar behoren) kan functioneren.

Er is een uitspraak gemaakt naar het Europese mededingingsrecht. Daarin komen wij in art. 101 en 102 VWEU het begrip ‘onderneming’ (lees: concern) tegen. Indien een dochtermaatschappij inbreuk pleegt op mededingingsregels van de Unie, dan kan de Commissie een boete opleggen aan de moedermaatschappij als zij samen met die inbreukpleegster een onderneming in de zin van de voornoemde artikelen vormt – waarbij (1) niet hoeft te worden aangetoond dat die moedermaatschappij (a) zelf bij de inbreuk betrokken was, (b) haar dochtermaatschappij tot het plegen van de inbreuk aanzette of (c) van de door haar dochtermaatschappij gepleegde inbreuk op de hoogte was en (2) het van geen belang is (a) of zij zelf aan het begrip ‘onderneming’ in de hier bedoelde zin beantwoordt en (b) waar zij haar statutaire zetel (binnen of buiten de EU) heeft – nu in dat geval geacht kan worden dat die moedermaatschappij net als haar dochtermaatschappij aan de inbreuk heeft deelgenomen. De eigen rechtspersoonlijkheid van die laatste kan dat niet verhinderen. De focus wordt in het Europese mededingingsrecht dus op het geheel gelegd. Daarbij wordt gekeken naar de economische werkelijkheid,²⁴⁴ in het bijzonder de economische, organisatorische en juridische banden die de betrokken juridische entiteiten doen verenigen. Ik kan dit alleen maar verwelkomen.

244 Volgens Storm gaat het bij het kartelrechtelijke begrip onderneming ‘geheel en al om de economische (en politieke) werkelijkheid’; *vide* voetnoot 164 *supra*. Wat de economische werkelijkheid betreft, lijkt het daar, gezien de onderzochte rechtspraak, wel op, ja.