

Het bestuur is zelfstandig belast met het besturen van de vennootschap; de AVA wordt wel aangeduid als de hoogste macht (met inachtneming van de door de wet en de statuten gestelde grenzen) binnen de vennootschap. Hoewel over het laatste in de literatuur ook wel minder zwart-wit wordt gedacht, geeft deze taakverdeling in ieder geval de contouren van het spanningsveld aan tussen beide vennootschapsorganen. Een hieruit voortvloeiend vraagstuk is de mate waarin instructiemacht aan de AVA toekomt betreffende het bestuursbeleid. Met name in concernverhoudingen komt deze vraag regelmatig aan de orde. Sinds 1 januari 2001 is het Burgerlijk Wetboek verrijkt met de artikelen 2:129/239 lid 4 BW die de instructiemogelijkheden binnen de vennootschap concretiseren. Daarnaast wordt in jurisprudentie invulling gegeven aan de grenzen van de instructiemacht. In de uitspraak van de Voorzieningenrechter Den Haag, d.d. 7 augustus 2002, JOR 2002, 173 is daar weer een belangrijke afbakening aan toegevoegd. In het navolgende zal eerst worden ingegaan op het verschil tussen instructiemacht en instructiebevoegdheid.

Instructiemacht versus instructiebevoegdheid

Instructiemacht van de AVA ziet op het feit dat de AVA het in haar macht heeft tegen haar onwelgevallig beleid van het bestuur op te treden. In concernverhoudingen betekent dit dus de mogelijkheid van de moeder om tegen het bestuur van de dochter maatregelen te nemen. Dit kan door middel van het ontslag of de schorsing van

het bestuur, aangezien aan de AVA op basis van de artikelen 2:134/244 BW (behoudens structuurvennootschappen) deze bevoegdheid toekomt. Instructiebevoegdheid, ook wel als instructierecht aangeduid, gaat verder dan instructiemacht. Terwijl instructiemacht ziet op de mogelijkheid van de AVA richting te geven aan het bestuursbeleid, ziet instructiebevoegdheid op de mogelijkheid van de AVA om aan het bestuur bindende concrete instructies op te leggen inzake het te voeren beleid. Uit Boek 2 BW lijkt, in tegenstelling tot instructiemacht, geen instructiebevoegdheid te kunnen worden afgeleid. Uitgangspunt is dat op het bestuur een zelfstandige autonome bestuurstaak rust waarvoor het alleen verantwoordelijkheid heeft. Wel kunnen in de statuten bepalingen worden opgenomen die neerkomen op een beperkte instructiebevoegdheid (zie hierna). Instructiemacht is daarentegen op basis van de ontslagmogelijkheid van het bestuur gegeven, ongeacht of de statuten iets over instructiebevoegdheid bepalen.

Artikel 2:129/239 lid 4 BW

Artikel 2:129/239 lid 4 BW geeft nadere invulling aan de mogelijkheid tot inrichting van de statuten op een manier waarop instructiemogelijkheden aan het bestuur gegeven kunnen worden. Ten eerste kan op basis van deze artikelen instructiemogelijkheid alleen toekomen aan een vennootschappelijk orgaan, zie voor dit begrip artikel 2:78a/189a BW, dus niet aan derden. Ten tweede moet het gaan om instructies betreffende algemene lijnen, dus niet ten aanzien van concrete punten van het beleid. Ten derde moeten in de statuten de terreinen waarop aanwijzingen gegeven kunnen worden vastgelegd zijn. Deze bepalingen voorzien dus niet in de mogelijkheid een algemeen instructierecht aan de AVA toe te kennen. Overigens is artikel 2:129/239 lid 4 BW ruimer dan de voorheen geldende paragraaf 9 van de Departementale Richtlijnen 1986. Deze paragraaf beperkte de instructiemogelijkheid tot het te voeren financiële, sociale, economische en personeelsbeleid. Artikel 2:129/239 lid 4 BW specificeert geen beleidsterreinen. Dit artikel creëert dus een beperkte statutaire instructiebevoegdheid. In de praktijk zal echter niet altijd een dergelijke statutaire voorziening zijn opgenomen of zal de AVA op bijvoorbeeld andere terreinen dan statutair omschreven instructies willen geven. In de jurisprudentie worden de kaders van deze mogelijkheid gegeven. Tot op heden zijn in verband hiermee vijf uitspraken in vennootschappelijke context geweest (in arbeidsrechtelijke context komt dit onderwerp vaker aan de orde) waaruit regels kunnen worden afgeleid. In het navolgende worden zij in chronologie besproken.

1. HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forumbank)

In deze zaak gaf de AVA aan het bestuur van de vennootschap opdracht tot inkoop van eigen aandelen, maar het bestuur weigerde dit. In het arrest werd bepaald dat het bestuur zelfstandig is bij de uitoefening van de taak en de bevoegdheden die door de wet en de statuten aan het bestuur zijn toegekend. Het bestuur behoeft ter zake van de uitoefening van de bevoegdheden geen concrete instructies uit te voeren die door andere vennootschappelijke organen, in het bijzonder ook niet door de AVA, worden gegeven. Dit uitgangspunt is sinds het Forumbank-arrest ongewijzigd gebleven.

2. Pres. Rb. Amsterdam 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland)

De mogelijkheden van instructies door de AVA kwamen in deze uitspraak in het kader van concernverhoudingen aan bod. Twee dochtervennootschappen weigerden mee te werken aan het verzoek van de moeder tot wederkerige aansprakelijkstelling voor schulden van het concern. De president oordeelde dat als maatstaf voor een gerechtvaardigde weigering had te gelden of de aansprakelijkstelling tot voorzienbaar gevolg zou hebben dat het voortbestaan van de dochters hierdoor te zeer werkelijk in gevaar zou komen. In dit geval werd bevonden dat de continuïteit van de dochters niet in gevaar kwam en zij dus hadden mee te werken aan de aansprakelijkstelling. Dit is de enige uitspraak waarin werd geoordeeld tot verplichte medewerking van het bestuur aan de instructies van de AVA.

3. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem)

Ook in deze zaak ging het om concernverhoudingen, maar was het de vraag in hoeverre het bestuur van de topholding moest ingrijpen in het bestuursbeleid van een kleindochter. Een kleindochter van Ogem Holding verstreekte namelijk onvoldoende inlichtingen aan de concernleiding en onttrok zich aan het toezicht en de leiding van de concerntop. De vraag in hoeverre een plicht tot ingrijpen bestaat, behandel ik later in dit artikel. Op deze plaats verdient opmerking dat wat betreft de belangen van de kleindochter werd overwogen dat het vennootschappelijk belang van een dochter een zelfstandig belang is dat niet geheel valt te vereenzelvigen met het concernbelang, maar hierdoor wel kleur krijgt.

4. Rb. Utrecht 15 maart 2000, JOR 2000, 233

In deze zaak verzocht een voormalig aandeelhouder van de vennootschap aan het bestuur het opmaken van de tussentijdse balans. Verkoper was namelijk met koper overeengekomen dat aan verkoper nog de uitkeringen over de aandelen toekwamen over de eerste helft van het

boekjaar. De rechtbank wees de vordering van de aandeelhouder af met het argument dat een individuele aandeelhouder geen orgaan van de vennootschap is aan wie eventueel instructiemogelijkheid toekomt. Daarnaast overwoog de rechtbank dat de vennootschappelijke aard eraan in de weg staat dat contractuele afspraken de bestuursautonomie doorkruisen. In het kader van dit artikel is van meer belang dat de rechtbank verwees naar het Forumbank-arrest en herhaalde dat het bestuur van de vennootschap, zolang het binnen de grenzen van zijn door de wet en de statuten aangegeven taken en bevoegdheden blijft, geen instructie van enig ander orgaan binnen de vennootschap hoeft te aanvaarden.

5. Voorzieningenrechter Den Haag 7 augustus 2002, JOR 2002, 173

In deze meest recente uitspraak gaat het ook weer om concernverhoudingen. Een Nederlandse vennootschap werd door haar Amerikaanse zuster verzocht zich garant te stellen voor de verplichtingen uit een door deze zuster te sluiten belangrijk contract. Reeds eerder had de Nederlandse dochter aan haar zuster een grote lening verstrekt, alsmede zekerheden verstrekt aan een bank in verband hiermee. Een van de twee bestuurders van de Nederlandse vennootschap gaf te kennen dat de onderneming niet haar medewerking zou verlenen aan de garantstelling. Het bestuur beriep zich erop dat medewerking strijd met het vennootschappelijk belang zou opleveren, nu al eerder een zwaar beroep was gedaan op de financiële middelen van het bedrijf. Vanuit de holding werd daarop voorgenomen deze bestuurder te ontslaan. Als reactie op dit voornemen verzocht het bestuur van de vennootschap samen met haar ondernemingsraad om voorlopige voorzieningen teneinde het voorgenomen ontslag, alsmede de garantstelling te voorkomen. De rechtbank wees de vordering toe. Zij stelde daarbij het eigen vennootschappelijk belang van de dochter centraal. Vanwege de reeds verstrekte lening en zekerheden zou mogelijk de continuïteit van de Nederlandse vennootschap in gevaar kunnen komen. In een dergelijk geval heeft het bestuur goede gronden om zijn medewerking aan een instructie te weigeren. De regel dat het eigen vennootschappelijk belang van de dochter prevaleert boven het concernbelang, was al bekend uit eerdere jurisprudentie; zie het Forumbank-arrest. Dat dit belang zelfs als verweer tegen het voorgenomen ontslag van een bestuurder kan worden opgeworpen, is daarentegen nieuw.

Kader instructiemacht

Welke algemene regels kunnen nu uit voorgaande uitspraken in verband met instructiemacht worden gededuceerd? Het bestuur is op basis van artikel 2:9 BW

steeds verplicht zijn taak behoorlijk te vervullen. Voor het bestuur van een (dochter)vennootschap brengt een behoorlijke taakvervulling met zich dat het steeds zelfstandig dient te beoordelen of het ingaat op feitelijk geuite wensen, waarbij het dient te beoordelen of deze wensen in overeenstemming zijn met de eisen van behoorlijk bestuur. In het geval van een concern moet het bestuur zich realiseren dat, hoewel het eigen vennootschappelijk belang vooropstaat, dit mede wordt gekleurd door het concernbelang. Zie hiervoor de Amstelland-uitspraak: het bestuur van de dochter zal zich redelijke instructies van hogerhand moeten laten welgevalen. Het concernbelang zet evenwel het vennootschappelijk belang van de dochter niet geheel opzij. Uit de jurisprudentie blijkt dat de redelijkheid aan instructies ontbreekt zodra de continuïteit van de dochter in gevaar komt, zie a contrario de Amstelland-uitspraak en in bevestigende zin de recente uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter. Binnen een concern brengt de eis van behoorlijke taakvervulling voor het bestuur van een moedervenootschap met zich dat de moeder gehouden is tot een behoorlijk concernbeleid. Tegenover een dochter waarin de moeder vertegenwoordigd door haar bestuur aandeelhouder is, kan die plicht tot zorgvuldig concernbeleid worden gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. De moeder mag de belangen van de dochter niet onevenredig schaden. De heersende mening in de literatuur is dat geen enkel orgaan van de vennootschap dan wel een derde een instructiebevoegdheid ten aanzien van het beleid van het bestuur toekomt; zie Asser-Maeijer 2-III, 2000, nrs. 299 en 619, voor een andere interpretatie van de heersende leer zie H.J.C. van Geel in *Ars Aequi* 1990, p. 266-274. Sommige auteurs, zoals Van Schilfgaarde (Van de BV en de NV, 2001, nr. 43), pleiten wel voor een duidelijke statutaire instructiebevoegdheid in het specifieke geval van concerns, in ieder geval een die ruimer is dan de artikelen 2:129 en 239 lid 4 BW. Uit de meest recente uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter blijkt echter dat ook binnen concerns het reeds in het Forumbank-arrest ingenomen uitgangspunt van de bestuursautonomie nog steeds dient te worden nageleefd.

Enkele andere gerelateerde onderwerpen

Hierna zullen enkele aan de instructiemacht gerelateerde onderwerpen aan bod komen.

Ten eerste is dat de verhouding tussen instructiebevoegdheid en doeloverschrijding. Wanneer zal medewerking aan instructies tot doeloverschrijding leiden? De eventuele doeloverschrijding zal van geval tot geval

moeten worden beoordeeld. In HR 20 september 1996, NJ 1997, 149 (Playland) werd in dat kader overwogen dat voor de vaststelling of van doeloverschrijding sprake is, alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen, en dat de omschrijving van het statutaire doel niet alleen beslissend is; het vennootschappelijk belang speelt ook een rol. Zoals al eerder vermeld, wordt het vennootschappelijk belang gekleurd door het concernbelang. In Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 617 wordt opgemerkt dat slechts onder bijzondere omstandigheden sprake zal zijn van overschrijding van het statutaire doel, bijvoorbeeld indien het belang van één dochter volledig en eenzijdig wordt opgeofferd aan het concernbelang. Als concreet voorbeeld wordt genoemd dat bij concerns met centraal kasbeheer en de daaruit voortvloeiende financiële kruisverbanden, aansprakelijk- en zekerheidstellingen mede ten behoeve van andere groepsmaatschappijen onder het statutaire doel vallen.

In dit artikel bleek al dat in het kader van concernverhoudingen bepaalde instructies van de moeder aan de dochter als ongeoorloofd gekwalificeerd moeten worden. Een tegenovergestelde kwestie is in hoeverre de instructiemacht juist een plicht tot ingrijpen met zich kan brengen. Vooral in concernverhoudingen kan deze vraag rijzen. In het Ogem-arrest, waarbij de topholding zich geconfronteerd zag met een kleindochter die zich aan het concernbeleid onttrok, werd overwogen dat het bestuur van de topholding het in zijn macht had in te grijpen, en dat een moeder op straffe van een verwijt van handelen in strijd met de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, dient in te grijpen indien dit uit een oogpunt van concernbelang nodig is. Overwegingen van gelijke strekking blijken ook uit HR 13 januari 1995, NJ 1995, 482 (SOBI/Hurks I): onder bepaalde omstandigheden, zoals een zeer slechte financiële toestand van de dochter, schiet de moeder ernstig tekort door een ingreep als het opvragen van tussentijdse rapportages achterwege te laten.

Voorts is interessant de vraag welke consequenties het niet in acht nemen van terecht gestelde beperkingen aan de bestuursautonomie heeft. Zoals uit de Amstellandzaak bleek, kunnen instructies van de moeder namelijk ook wel eens terecht aan de dochter worden gegeven en daarnaast kunnen op grond van artikel 2:129/239 lid 4 BW geoorloofde beperkingen aan de bestuursautonomie gesteld zijn. Betoogd kan worden dat een bestuur dat zich aan vorenbedoelde toegestane beperkingen onttrekt, zijn taak niet naar behoren vervult. Dit levert dan een schending van artikel 2: 9 BW op, wat leidt tot wanprestatie van het bestuur ten opzichte van de vennoot-

schap en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid voor eventuele schade van de vennootschap, zie in deze zin Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 300.

Indien de moeder wel instructies heeft gegeven die gekwalificeerd moeten worden als strijdig met de eigen autonomie van de dochter, en de moeder deze instructies heeft afgedwongen door middel van ontslag van het bestuur, is de consequentie daarvan dat het ontslagbesluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid is gegeven. Op grond van artikel 2:15 BW kan een dergelijk besluit dan worden vernietigd.

Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat instructiemacht onderscheiden moet worden van de voorafgaande goedkeuring van bestuursbesluiten. Hoewel goedkeuring vooraf ook een beperking van de bestuursautonomie impliceert, kent deze statutaire mogelijkheid haar eigen regime in de vorm van artikel 2:129/239 lid 3 BW. Op grond van wetsvoorstel 28 179 zal bij de NV overigens zelfs voorafgaande goedkeuring van de AVA voor bepaalde ingrijpende besluiten verplicht worden gesteld; zie het nieuw in te voeren artikel 2:107a BW.

Ten slotte constateer ik dat het op boek 2 BW gebaseerde standpunt dat er geen instructiebevoegdheid dient te bestaan, is ingegeven door rechtvaardigheidsoverwegingen en niet zozeer door een beoordeling naar efficiëntie. Economisch bekeken kan het immers in een concern zo zijn dat het 'moeten bloeden' van de ene vennootschap ten koste van een zuster of moeder, een groter gewin kan opleveren voor het concern als geheel dan wanneer de bestuursautonomie van iedere afzonderlijke vennootschap wordt gewaarborgd. Gekeken bijvoorbeeld naar de uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter kan het in theorie zo zijn dat de Amerikaanse zuster vanwege de geografisch bepaalde andere afzetmarkt méér groeipotentieel had dan de Nederlandse onderneming, en laatstgenoemde zich dus nog meer opofferingen ten behoeve van haar zuster diende te getroosten. In de Verenigde Staten wordt in wetgeving en jurisprudentie al op veel algemener schaal dan in Nederland een rechtseconomische toets aan bepaalde leerstukken ten grondslag gelegd. Het is de vraag of een dergelijke rechtseconomische benadering ook in Nederland zou moeten worden toegepast. Hiervoor pleit dat hierdoor binnen concernverband de beschikbare middelen efficiënter kunnen worden ingezet. Hiertegen pleit echter, niet alleen vanuit een oogpunt van rechtvaardigheid maar ook vanuit efficiëntie, dat voorkomen moet worden dat de schuldeisers van de betrokken vennootschap worden benadeeld. Het in de jurisprudentie ontwikkelde criterium dat de conti-

nuïteit van de betrokken vennootschap niet voorzienbaar in gevaar mag worden gebracht, verenigt de beide uitgangspunten mijns inziens op een adequate wijze.

Mr. A.P.M. van der Westerlaken
Loyens & Loeff