

Indirecte doorbraak van aansprakelijkheid: ComSystems/Van den End q.q.

*Mr. R. T. G. Tros**

Inleiding

De doctrine van de doorbraak van aansprakelijkheid mag zich al geruime tijd verheugen op aandacht in de literatuur. De bestaande jurisprudentie over dit onderwerp is nu aangevuld met het Hoge Raad-arrest ComSystems/Van den End q.q. van 11 september 2009. Met deze uitspraak geeft de Hoge Raad verder invulling aan de normen die gelden voor de aansprakelijkheid van een moederverenootschap jegens de schuldeisers van een dochterverenootschap waarvan zij als bestuurder optreedt. Om de uitspraak in het juiste perspectief te plaatsen, zal ik een beknopt overzicht geven van de huidige vormen van doorbraak van aansprakelijkheid en de stand van de rechtspraak over doorbraak. Aansluitend volgt een uiteenzetting van het genoemde arrest en de uitwerking die deze uitspraak heeft op de huidige leer.

Vormen van doorbraak

De bekendste methode waarmee de rechtssubjectiviteit van een venootschap kan worden gerelativeerd, is die van de doorbraak van aansprakelijkheid.¹ Hierbij onderscheidt men de directe en de indirecte vorm van doorbraak. Directe doorbraak van aansprakelijkheid berust op het terzijde stellen van het identiteitsverschil tussen rechtspersonen. Dit houdt in dat een schuld van een dochtermaatschappij wordt geacht tevens een schuld van de moedermaatschappij te zijn. Bij de indirecte doorbraak kan het gaan om een moederverenootschap (verticale doorbraak) of een zusterverenootschap (horizontale doorbraak) die op grond van een eigen onrechtmatige daad jegens de schuldeisers van een dochter- dan wel zusterverenootschap aansprakelijk wordt gehouden. De in dit artikel te bespreken uitspraak ziet op deze indirecte vorm van doorbraak van aansprakelijkheid. Deze aansprakelijkheidsvorm wordt bereikt met toepassing van de norm van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW).²

Status quo in de rechtspraak

In de casuïstische jurisprudentie over de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid is een aantal terugkerende situaties te onder-

scheiden waarin een moedermaatschappij aansprakelijk is gehouden jegens schuldeisers van haar dochter. Zo kunnen worden genoemd de selectieve betaling van schuldeisers van een dochtermaatschappij, het nemen van een onrechtmatig besluit tot dividenduitkering en het handelen in strijd met gewekt vertrouwen bij crediteuren van een dochtermaatschappij.³ Daarnaast komen naar voren de situaties waarin een moeder aansprakelijk wordt gehouden voor de gewekte onjuiste schijn van kredietwaardigheid van een dochtermaatschappij en het geval waarin een moeder verliesgevende activiteiten van haar dochter voortzet met wetenschap van benadeling van de schuldeisers van haar dochter. Ik neem deze laatste twee situaties hierna als uitgangspunt met het oog op het te bespreken arrest van de Hoge Raad.

Osby

Als het richtinggevende arrest over gevallen van door een moedermaatschappij gewekte onjuiste schijn van kredietwaardigheid van een dochter geldt het Osby-arrest.⁴ In deze uitspraak vestigt de Hoge Raad een zorgplicht voor een moeder jegens de schuldeisers van haar dochter. In casu had de moeder een lening verstrekt aan de dochter waarvoor de dochter aan de moeder zekerheid had verstrekt over nagenoeg al haar (toekomstige) activa. De Hoge Raad overwoog dat, indien de moedermaatschappij nalaat zich de belangen van de nieuwe schuldeisers aan te trekken, voor welke schuldeisers na de zekerheidsoverdracht praktisch geen verhaal meer bestond op de venootschap, onder omstandigheden sprake kan zijn van een onrechtmatige daad van haar jegens deze schuldeisers. Een dergelijke onrechtmatige daad kan bestaan uit, of een combinatie zijn van, een actief handelen (verpanding van alle activa van de dochter aan de moeder) of een stilzitten (het niet-waarschuwen van de crediteuren van dochter). De kans op aansprakelijkheid geldt, aldus de Hoge Raad, met name indien

‘de moeder een zodanig inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter heeft, dat zij, gelet op de omvang van haar vordering en van de zekerheidsoverdracht en het verloop van zaken in het bedrijf van de dochter, ten tijde van

* Mr. R.T.G. Tros is werkzaam bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Asser/Macijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*2009, Deventer: Kluwer 2009, nr. 834.
2. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2006, p. 239.

3. Zie Asser/Macijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*2009, Deventer: Kluwer 2009, nr. 841 e.v.
4. HR 25 september 1981, NJ 1982, 433 m.nt. Ma.

gedragingen als voormeld wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin nalaat zorg te dragen dat die schuldeisers worden voldaan'.⁵

Albada Jelgersma

In een variant op het Osby-arrest concretiseert de Hoge Raad de daarin geformuleerde rechtsregel. In het arrest Albada Jelgersma oordeelt de Hoge Raad dat (1) sprake was van de feitelijke aanwezigheid van inzicht in en zeggenschap over het beleid van de dochter, (2) de gekwalificeerde aard van die feitelijke zeggenschap vervolgens een zorgplicht genereert van de moeder jegens de schuldeisers van de dochter, en (3) deze zorgplicht wordt geactiveerd op het moment dat de moeder behoort in te zien dat haar handelen tot schade voor crediteuren zal leiden.⁶ Aan haar zorgplicht kan de moedermaatschappij invulling geven door bijvoorbeeld te voorkomen dat haar dochter bepaalde transacties aangaat, door zelf in te staan voor de betaling van verplichtingen van haar dochter en door het waarschuwen van leveranciers van de dochtermaatschappij. Timmerman pleit zelfs voor liquidatie op straffe van het risico van aansprakelijkheid.⁷

Sobi/Hurks

Ten slotte is met het arrest Sobi/Hurks meer duidelijkheid gekomen over de wijze van rechtsvinding bij doorbraakvoorwaarden op grond van artikel 6:162 BW in geval van het stilzitten door de moedervennootschap.⁸ Het zogenoemde 'vier stappenplan' doet hiertoe zijn intrede. Volgens deze methode zal om een eventuele doorbraak te beoordelen allereerst de hechte aard van de concernstructuur en de daarbij horende macht tot ingrijpen van de moeder moeten worden bekeken. Vanuit deze hechte concernstructuur en intensieve bemoeienis van de moeder kan worden geconcludeerd tot een zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van de dochter. Vervolgens zal het tijdstip dienen te worden bepaald waarop de moeder van de deplorabele toestand van de dochter geacht mag worden op de hoogte te zijn geweest, op welk moment haar zorgplicht werd geactiveerd (de peildatum). Ten slotte dient te worden uitgemaakt of de moeder haar zorgplicht al dan niet in voldoende mate is nagekomen. De Hoge Raad verklaart hiermee de zogenoemde Beklamel-norm ook van toepassing in concernverhoudingen.

ComSystems/Van den End

Feiten

De feitelijke situatie in de onderhavige uitspraak was als volgt. ComSystems B.V. (hierna: Holding) is de moedermaatschappij en enig aandeelhouder van Comsys B.V. (hierna: Comsys), Comsys Services B.V. (hierna: Services) en nog twee dochtermaatschappijen, die verder geen rol spelen in deze procedure. Het concern houdt zich bezig met de verkoop en installatie van

voice response-systemen. In Services is het ten behoeve van Comsys werkzame personeel ondergebracht en worden feitelijk alle kosten gemaakt die verband houden met de verkoop en installatie van de *voice response*-systemen. Alle contracten met derden worden afgesloten door Comsys, welke vennootschap ook alle facturen verzendt en incasseert. Er bestaat één kredietovereenkomst voor de Comsys Groep met de Rabobank, waarvoor alle activa van Services ter zekerheid aan de Rabobank zijn verpand. Holding is bestuurder van beide vennootschappen. Kort gezegd, heeft er sinds 1999 een situatie bestaan waarin Holding als houdstermaatschappij en bestuurder van Comsys en Services dit deel van haar concern zo had opgezet dat Comsys en Services feitelijk samen één onderneming voerden, waarbij de kostenkant bij Services lag en de inkomstenkant bij Comsys. Hierbij werden de door Services ten behoeve van Holding en Comsys gemaakte kosten niet volledig doorbelast. Als gevolg hiervan was Services sinds 1999 verliesgevend en kon zij haar schuldeisers slechts volledig voldoen doordat Holding en Comsys de verliezen aanvulden door financiering in rekening-courant. Holding en Comsys waren op de hoogte van deze situatie. Per 12 mei 2003 heeft de Rabobank haar krediet aan Services met onmiddellijke ingang beëindigd. Daarop is Services op 14 mei 2003, op verzoek van Holding, in staat van faillissement verklaard.

Doorbraak van aansprakelijkheid

Bij dagvaarding van 4 maart 2005 heeft de curator Holding en Comsys gedaagd en in hoofdzaak gevorderd Holding en Comsys hoofdelijk te veroordelen tot betaling van de schade bestaande uit het tekort in faillissement. De curator baseert zijn vordering op een onrechtmatige daad, voortvloeiende uit doorbraak van aansprakelijkheid en, in hoger beroep, tevens op onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:248 BW. In tegenstelling tot de rechtbank, die de curator in het ongelijk stelt, is het hof van oordeel dat een doorbraak van aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden is gerechtvaardigd. In een zeldzaam verschil van inzicht met A-G Timmerman in ondernemingsrechtelijke zaken laat de Hoge Raad het arrest van het hof in stand.⁹ De Hoge Raad bevestigt:

'Volgens het kennelijke oordeel van het hof had Holding onder die omstandigheden een bijzondere zorgplicht jegens de crediteuren van Services, welke zorgplicht berustte op de door Holding opgezette structuur met inherente risico's voor crediteuren van Services, in samenhang met haar keuze ultimo 2001 om de activiteiten van Services "going concern" voort te zetten hoewel zij wist dat door de gevolgde wijze van handelen binnen de Comsys Groep de crediteuren van Services zouden worden benadeeld zodra de financiering in rekening-courant door Holding en Comsys zou worden beëindigd. Onder die omstandigheden diende Holding zich de belangen van de – bestaande en toekomstige – schuldeisers van Services aan te trekken. Holding heeft echter te dien

5. HR 25 september 1981, NJ 1982, 433 m.nt. Ma, r.o. 2.

6. HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 m.nt. G.

7. Timmerman, NV 1990, p. 16. Anders: Asser/Macijer/Van Solinge, 2009, nr. 842.

8. HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. Kortmann.

9. Aldus B.F. Assink, zie <www.thedefiningtension.com/2009/09/index.html>.

aanzien tot mei 2003, toen zij het faillissement van Services heeft aangevraagd, geen enkele maatregel genomen.¹⁰

Hoewel hier niet met zoveel woorden over wordt gesproken, lijken het hof en de Hoge Raad in deze uitspraak wederom toepassing te geven aan de stapsgewijze methode van rechtsvinding uit Sobi/Hurks, leidend tot een doorbraak van aansprakelijkheid. De daarbij gebruikte redenering wijst in de richting van een moederlijke zorgplicht voor Holding, welke verplichting zij niet is nagekomen.¹¹ In de gegeven omstandigheden had zij de crediteuren van Services, zo begrijp ik het hof, moeten waarschuwen dan wel er bij hen op moeten aandringen om lopende verplichtingen te beëindigen.¹² De risico's voor potentiële schuldeisers werden nog vergroot door de verpanding van alle activa van Services aan de Rabobank. Overigens wordt de positie van Holding ook geplaatst in het Beklamel-kader van haar hoedanigheid als bestuurder van Services: 'Het hof is van oordeel dat de holding als bestuurder van Services onder deze omstandigheden actie had moeten ondernemen tegenover de crediteuren van Services.'¹³

Een interessant punt is de niet door de Hoge Raad overgenomen grondslag waarop A-G Timmerman in zijn conclusie komt tot het ontbreken van aansprakelijkheid. Hij meent dat het bestaan van (stevige) aanwijzingen voor onrechtmatig handelen van Holding jegens de crediteuren van Services in de onderhavige situatie, waarbij een riskante maar op zichzelf niet onrechtmatige concernconstructie is gehanteerd, onvoldoende is om tot een doorbraak van aansprakelijkheid te kunnen concluderen. Het hof heeft volgens Timmerman nagelaten om, in overeenstemming met de derde stap uit Sobi/Hurks, een concrete peildatum vast te stellen vanaf welke datum de schending van de bijzondere zorgplicht is aangevangen. Dit zou het omslagpunt moeten verduidelijken tussen een riskante maar in beginsel rechtmatige concernconstructie en het begin van de onrechtmatige schending van de hiermee samenhangende zorgplicht.¹⁴ In onderhavige situatie lijkt dit te meer te spelen, nu het hof een waarschuwplicht heeft aangenomen, wat de vraag oproept vanaf welk moment een dergelijke plicht geldt.

Opvallend is overigens dat het hof in hoger beroep de vordering niet alleen had toegewezen ten aanzien van Holding, maar ook had geconcludeerd tot horizontale doorbraak van aansprakelijkheid naar Comsys als zustermaatschappij van het failliete Services. De vraag is wat de concernrechtelijke, dan wel bestuurlijke, zorgplicht is van een groepsmaatschappij jegens een zustervennootschap. Uit de jurisprudentie is af te leiden dat een dergelijke vordering moeilijk is vorm te geven nu deze een zekere mate van ondergeschiktheid veronderstelt die doorgaans bij zus-

tervennootschappen ontbreekt.¹⁵ De Hoge Raad meent dat het hof heeft miskend 'dat voor aansprakelijkheid van Comsys jegens de schuldeisers van Services een eigen handelen van Comsys is vereist of een nalaten waar handelen met het oog op de belangen van die schuldeisers van haar verlangd mocht worden'.¹⁶ Het meewerken van Comsys aan de riskante verdeling van taken binnen het concern is hiervoor onvoldoende, aldus de Hoge Raad. Bovendien zijn de handelingen van gemeenschappelijk bestuurder Holding die zij niet heeft verricht in haar hoedanigheid van bestuurder van Comsys niet zomaar aan Comsys toe te rekenen.

Tot slot besteed ik nog kort aandacht aan een opmerking van Bartman in zijn noot bij het arrest van het hof. Bartman meent dat de onderhavige situatie onder artikel 8.1 van het Voorontwerp Insolventiewet van de commissie-Kortman vrijwel zeker ook tot aansprakelijkheid van Holding zou hebben geleid. Artikel 8.1 van het Voorontwerp bepaalt dat aansprakelijkheid dreigt voor de bestuurder die de vennootschap verplichtingen doet aangaan, terwijl hij 'weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat de rechtspersoon heeft opgehouden te betalen of met het betalen van zijn op dat moment opeisbare schulden redelijkerwijze niet zal kunnen voortgaan'. In deze bepaling herkent men opnieuw de invloed van de Beklamel-norm.

Conclusie

In het arrest ComSystems/Van den End q.q. volgt de Hoge Raad de weg op de *roadmap to piercing*, zoals deze is uitgezet in het arrest Sobi/Hurks. De onderlinge verwevenheid van concernmaatschappijen, gecombineerd met de voor crediteuren risicovolle opzet van de bedrijfsvoering en verpanding van alle activa, leidden in dit geval tot een zorgplicht van de moeder jegens de crediteuren van haar dochtermaatschappij. Deze zorgplicht is vanaf enig moment door de moedermaatschappij in onvoldoende mate nagekomen nu zij niets heeft ondernomen ter beperking van het crediteurenrisico op dochterniveau. Opvallend is dat in afwijking van de conclusie van de advocaat-generaal de Hoge Raad het hof 'redt' op het punt dat deze geen indicatie geeft van een concreet tijdstip vanaf wanneer genoemde zorgplicht zou zijn geschonden. Het is onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad op dit punt een hard precedent heeft willen scheppen. Wel wordt nogmaals duidelijk dat naast de hoge maatstaf voor verticale doorbraak ook de lat voor de horizontale doorbraak van aansprakelijkheid hoog ligt. Het enkel nauw verweven zijn van zustermaatschappijen en het hebben van dezelfde bestuurder is hiertoe onvoldoende. Een interessant onderwerp waar ruimte ligt voor nadere rechterlijke invulling in de toekomst.

10. HR 11 september 2009, JOR 2009, 309, r.o. 5.2.2. De nummering van de overwegingen in het arrest klopt niet. Zo zijn er twee rechtsoverwegingen 4.2 en 4.3.

11. Bartman in zijn noot bij Hof Amsterdam 29 maart 2007, JOR 2008, 27, onder 3.

12. Hof Amsterdam 29 maart 2007, JOR 2008, 27 m.nt. Bartman, r.o. 4.2.

13. Hof Amsterdam 29 maart 2007, JOR 2008, 27 m.nt. Bartman, r.o. 4.1.

14. Conclusie A-G Timmerman, onder 3.2.3, bij HR 11 september 2009, JOR 2009, 309.

15. Zie onder andere HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 77 en HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 47 m.nt. PvS.

16. HR 11 september 2009, JOR 2009, 309, r.o. 5.5.