

Concernbestuur, verantwoordelijkheid van een moedermaatschappij of uiting van ‘intensieve bemoeienis’?

L.L. Spoor RA is in de dagelijkse praktijk werkzaam als programmamanager Executive Master in Finance and Control(EMFC) opleiding aan de Vrije Universiteit te Amsterdam. Daarnaast is hij docent Accounting Information Systems en Risk Management & Internal Control bij dezelfde opleiding.

Samenvatting

Wanneer een moedermaatschappij geen garantie af geeft voor de schulden van haar dochtermaatschappijen, bijvoorbeeld door afgifte van een 403 verklaring, bepalen opvattingen over de rol van de moedermaatschappij als bestuurder van de concernorganisatie de verwachtingen die leven ten aanzien van het voorkomen dan wel tijdig signaleren van schade jegens derden. In deze studie wordt betoogd dat juristen en bedrijfseconomen een verschillende opvatting hebben over die rol. Bedrijfseconomen rekenen de moedermaatschappij een grotere verantwoordelijkheid toe voor het reilen en zeilen in de concernorganisatie dan juristen. Juristen nemen slechts een grotere verantwoordelijkheid aan op beleidsterreinen waarop ‘intensieve bemoeienis’ plaatsvindt. Dit leidt in de praktijk tot onnodige discussies over de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij en het bestuur van de dochtermaatschappij voor het optreden van schade jegens derden door een concernorganisatie. Op basis van het onderzoek wordt een voorstel uitgewerkt om te komen tot een beoordelingskader voor het optreden van de moedermaatschappij in haar rol als concernbestuurder. In dit artikel wordt daartoe een eerste aanzet gegeven.

Relevantie voor de praktijk

De constatering dat er en welk verschil er is tussen opvattingen van bedrijfseconomen en juristen over de moedermaatschappij in haar rol als concernbestuurder is voor bestuurders, accountants, controllers, toezichthouders maar ook juridisch adviseurs belangrijk. Vooral zij kunnen een bijdrage leveren bij het vinden van een meer evenwichtige en realistische voorstelling van zaken in bijvoorbeeld conflictsituaties en aan het voorkomen daarvan. Daardoor wordt mede een bijdrage geleverd aan het verminderen van mogelijke maatschappelijke verspilling van middelen als gevolg van onnodige juridische procedures.

1. Inleiding

De aanleiding voor deze studie was een arrest van de Hoge Raad in de zaak Hurks. Bij deze zaak ging het om de vordering van crediteuren naar aanleiding van een faillissement van een dochtermaatschappij van een groep ondernemingen die opereerden onder gemeenschappelijke leiding van moedermaatschappij Hurks Beheer B.V. Belangrijk discussiepunt was de vraag vanaf welk moment (peildatum) de moedermaatschappij op de hoogte was of behoorde te zijn van de financieel zorgwekkende situatie van de dochtermaatschappij. Vervolgens was de vraag of de moedermaatschappij, nadat zij op de hoogte was gekomen van deze situatie, ook moest ingrijpen. De rechtbank en het gerechtshof welke bij deze zaak in eerste instantie betrokken waren, oordeelden verschillend. De rechtbank oordeelde dat de moedermaatschappij niet, het gerechtshof dat zij juist wel eerder had moeten ingrijpen. Uiteindelijk oordeelde de Hoge Raad, op grond van de concernrelatie (de moedermaatschappij was enig aandeelhouder en financierde de dochtermaatschappij) en de invulling daarvan (de moedermaatschappij bemoeide zich met het financiële beleid van de dochtermaatschappij), dat de moedermaatschappij zelfs de plicht had om in te grijpen, bijvoorbeeld door de crediteuren van de dochtermaatschappij te waarschuwen. Dit arrest staat niet op zichzelf. In meerdere arresten is de rol die de moedermaatschappij speelt als concernbestuurder onderwerp van discussie geweest. Dit komt doordat specifiek concernrecht in Nederland op dit punt ontbreekt. Juristen oordelen dan vooral op grond van jurisprudentie en de omstandigheden van het geval en komen daarbij tot een verschillende

interpretatie. Deze gang van zaken kost betrokken partijen, rechtbanken, gerechtshoven en zelfs de Hoge Raad veel tijd. Bovendien kan misbruik worden gemaakt van de verschillen van interpretatie tussen juristen onderling. Tenslotte doet het weinig recht aan de gangbare ondernemingspraktijk in de concernorganisatie die door bedrijfseconomische beginselen wordt gedomineerd.

Typerend voor de concernorganisatie zijn de economische en organisatorische verbondenheid van in bepaalde mate zelfstandig opererende ondernemingen. De kracht van deze organisatie zit in het hybride karakter van het bestuur. Zowel centraal als decentraal zijn verantwoordelijkheden, taken en bevoegdheden belegd zodat zowel gecoördineerd als flexibel kan worden ingespeeld op ontwikkelingen in en buiten de organisatie (Hamel en Prahalad, 1983). Dit kan verwarrend zijn voor buitenstaanders, zeker in het geval dat er zich conflictsituaties voordoen. Zowel de moedermaatschappij als het bestuur van een dochtermaatschappij spelen hierbij immers een rol. Maar welke? En welke betekenis heeft dit voor het vaststellen van de verantwoordelijkheid en vervolgens de eventuele aansprakelijkheid van de betrokken bestuurders?

De centrale vraagstelling in dit onderzoek is : *“Is er tussen juristen enerzijds en bedrijfseconomen anderzijds verschil in opvatting over de rol van een moedermaatschappij als concernbestuurder en, zo ja, wat zijn die verschillen dan en wat zijn de consequenties daarvan voor hun oordeelsvorming?”*

Doelstelling van het onderzoek is om eventuele verschillen van opvatting te vinden en de aard, de oorzaken en mogelijke gevolgen daarvan te analyseren. Op basis daarvan zal getracht worden te komen tot een advies voor verbetering van de oordeelsvorming.

In dit artikel wordt hierna achtereenvolgens ingegaan op de hypothesevorming, de opzet van de studie, de onderzoeksmethode, de onderzoeksresultaten en de op basis daarvan getrokken conclusies en enkele aanbevelingen tot ondersteuning van een betere oordeelsvorming.

2. Hypothesevorming

2.1 Juridische opvattingen

Een moedermaatschappij kan formeel de bestuurder zijn van haar dochterondernemingen, maar dat hoeft niet. Zij kan in de statuten van haar dochtermaatschappijen (artikelen 2:129 en 2:239 BW) laten opnemen dat zij zich dienen te voegen naar de door haar uitgegeven algemene lijnen van het te voeren beleid op bepaalde terreinen. Een algemene instructiebevoegdheid heeft zij dan niet. De dochtermaatschappij krijgt dan op basis van artikel 2:24b BW als vennootschap het karakter van een groepsmaatschappij die behoort bij een economische eenheid en die een organisatorische verbondenheid kent. Er ontstaan daardoor echter nog geen beleidsbepalende en afhankelijke vennootschappen. Dit maakt de beoordeling van het handelen van het bestuur van de dochter- en moedermaatschappij juridisch lastig. Daarbij komt dat de criteria die juristen gebruiken voor het beoordelen van het bestuur van een onderneming hun oorsprong primair vinden in wet- en regelgeving. De wet spreekt zich niet expliciet uit over wat verstaan moet worden onder een *behoorlijke* taakvervulling als bestuurder (Art.2:9 BW) en de daarbij te hanteren *redelijkheid* en *billijkheid* (Art.2:8 BW).

Dit leidt er toe dat in beoordelingssituaties een zaak situationeel beoordeeld moet worden. Alle feiten en omstandigheden worden beoordeeld, in hun onderlinge samenhang gezien en in een eventueel causaal verband geplaatst met het handelen van betrokkenen. Zo kan bij de beoordeling van onrechtmatige daad van een bestuurder ‘hetgeen betaamt volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer’ een rol spelen (Art.6:162 BW). Rechters

passen daarbij volgens Wiarda (1999) een aantal strategieën toe. Door hem wordt onderscheid gemaakt tussen:

- de rechtstreekse toepassing van de wet (de rechter fungeert als spreekbuis van de wet),
- de toepassing van de wet (de rechter als vertolker van de wet), en
- de toepassing naar billijkheid. Waar specifieke voorschriften ontbreken zal de rechter oordelen naar billijkheid.

Aangezien specifieke, in de wet vastgelegde, voorschriften met betrekking tot de moedermaatschappij in haar rol als bestuurder van een concern ontbreken, maken rechters veelvuldig gebruik van interpretatie van de wet in onderzoek, artikelen en jurisprudentie. In het onderzoek zijn daarom naast wet- en regelgeving en enkele proefschriften die over het onderwerp ((Houwen et al., 1993; Lennarts, 1999) beschikbaar zijn, een aantal arresten bestudeerd die betrekking hebben op conflictsituaties waarbij de moedermaatschappij als concernbestuurder betrokkene was.

Op grond van bestudering van de arresten blijkt dat de bestuurder van een vennootschap bestuursautonomie heeft voor zover wet en statuten die niet inperken. Een moedermaatschappij heeft formeel wel macht om decentraal bestuur te beïnvloeden, maar hoeft die macht niet te gebruiken, behalve wanneer zij op de hoogte komt van een zorgelijke ontwikkeling bij een dochtermaatschappij. Dan wordt verwacht dat zij die macht gebruikt om schade voor bijvoorbeeld crediteuren van de dochtermaatschappij te voorkomen of te beperken, bijvoorbeeld door deze te waarschuwen of in te grijpen. Op grond van de 'intensiteit van bemoeienis' wordt beoordeeld op welk moment zij kennis over de gang van zaken bij de dochtervennootschap had of behoorde te hebben. Overigens kan ook op andere wijze kennis ontstaan bij de moedermaatschappij over de gang van zaken bij de dochtermaatschappij. De bewijsvoering is soms lastig, zeker waar het gaat om informele uitwisseling van gegevens tussen natuurlijke personen. De bepaling van dit moment (peildatum) is vaak een belangrijk discussiepunt.

Opvallend is dat in nogal wat arresten door rechtbank, gerechtshof en Hoge Raad verschillend wordt geoordeeld over de rol van de moedermaatschappij als concernbestuurder. Tevens valt op dat de opvattingen in de loop van de laatste jaren verschuift. Juristen gaan in toenemende mate uit van een meer proactieve rol van de moedermaatschappij in haar hoedanigheid als concernbestuurder. In twee arresten waarin dat tot uiting komt, (OGEM, 1990 en Van Gils, 1997-2004) blijkt dat in de motivering van de veronderstelde proactieve rol echter nog steeds te gaan om de sterke verwevenheid van de activiteiten van de dochtermaatschappijen waardoor de moedermaatschappij een coördinerende functie wordt toegekend (Van Gils) en om een belang bij de waardering van het onderhanden werk van de groep als geheel (OGEM inzake Omega).

Bartman c.s.(2006) gaat het meest ver en suggereert in dit verband dat er sprake is van een concernleidingsplicht en de moedermaatschappij als quasi bestuursorgaan.

Het naleven van administratieve verplichtingen (artikel 2:10 BW) wordt in dit kader zelden als bron gezien van wetenschap van de moedermaatschappij over de gang van zaken bij de dochterondernemingen. Behoudens een enkele uitzondering wordt artikel 2:10 BW nauwelijks gebruikt als basis voor oordeelsvorming (Van Amsterdam, 2004).

2.2 Bedrijfseconomische opvattingen

Naast de al eerder genoemde eenheid van leiding blijken vooral bedrijfseconomische beginselen zoals de realisatie van schaal- en reikwijdte voordelen belangrijke motieven voor ontstaan en vorming van concerns(Chandler Sr., 1959). De moedermaatschappij van een

concern is daar primair voor verantwoordelijk en bepaalt daartoe ook de rol van de concernonderdelen (Anthony en Govindarajan, 2007). Wat betreft de rol van het bestuur van een concern worden daarbij wel een positieve en negatieve rol onderscheiden (Chandler Jr., 1991, Foss, 1997). De positieve heeft dan betrekking op de wijze waarop economische waarde wordt gecreëerd, de negatieve op het voorkomen van de vernietiging van waarde. Aangezien de aanleiding voor de studie ligt in conflictsituaties over schade in het concern is het interessant om aan deze laatste rol aandacht te besteden. Door goed risicomanagement wordt voorkomen dat geen onaanvaardbare of onnodige risico's worden genomen die de continuïteit van het concern op het spel zetten c.q. dat de moedermaatschappij tijdig kan bijsturen (March et al. 1987). Zij neemt de verantwoordelijkheid voor de besturing van het concern door invulling te geven aan concernplanning & -control (Alexander et al., 1994). Dit betekent dat zij er voor zorgt dat de bestuurders van de dochtermaatschappijen hun planning & control-taken zodanig vervullen dat deze aansluiten op de concernplanning en -control (Goold en Campbell, 2002).

In de praktijk worden verschillende stijlen van concernbesturing onderscheiden, maar steeds blijkt dat minimaal de volgende aspecten van de bedrijfsvoering van het concernonderdeel deel uit maken van de oordeel- en besluitvorming door de moedermaatschappij (Alexander et al., 1994):

- de normering van en de vaststelling van de prestaties van het concernonderdeel;
- de goedkeuring van belangrijke investeringen;
- het functioneren van het bestuur van het concernonderdeel.

Aangezien de moedermaatschappij 'op afstand' staat is zij sterk afhankelijk van relevante, betrouwbare en tijdige periodieke rapportages van de dochtermaatschappijen (Merchant en Van der Stede, 2008). Naast voor de besturingstijl belangrijke informatie elementen wordt ten minste getracht de geconsolideerde economische waardecreatie in termen van rentabiliteit, liquiditeit en solvabiliteit te bewaken (Emanuel et al., 1990, Groot, 1996). In toenemende mate wordt daarbij gebruik gemaakt van geautomatiseerde toepassingen en gespecialiseerde stafdiensten.

De juridische structuur van een concern is daarbij niet vanzelfsprekend identiek aan de verantwoordelijkheidsstructuur van een concern. Vanuit een bedrijfseconomisch perspectief prevaleert de verantwoordelijkheidsstructuur boven de juridische.

2.3 Overeenkomsten en verschillen tussen de opvattingen en hypothesen

In tabel 1 worden de overeenkomsten en verschillen aan de hand van de beoordelingsaspecten samengevat weergegeven.

Tabel 1: Samenvatting invulling beoordelingsaspecten vanuit juridisch en bedrijfseconomisch perspectief

Beoordelingsaspect	Juridisch	Bedrijfseconomisch
Verantwoordelijkheid moedermaatschappij	Is afhankelijk van de rol van de moedermaatschappij als aandeelhouder, financier en/of bestuurder van de dochtermaatschappij.	Is verantwoordelijk voor het voorkomen van economische waardevernietiging in en door het concern

Taken en bevoegdheden moedermaatschappij	<p>Heeft mogelijkheid om concernonderdelen te beïnvloeden door:</p> <ul style="list-style-type: none"> - geven van aanwijzingen op bepaalde beleidsterreinen - verkrijgen van inlichtingen - aanstellen en ontslaan van bestuurders <p>Naleving van boekhoudplicht en consolidatieverplichtingen.</p>	<p>Geeft invulling aan concernplanning en –control door het vaststellen en bewaken van:</p> <ul style="list-style-type: none"> - in- en desinvesteringen - prestaties en prestatie maatstaven - het functioneren van bestuurders <p>met behulp van de concernadministratie.</p>
Invulling besturingswijze door moedermaatschappij	Vrij, mits er sprake is van het naleven van wet- en regelgeving en evenwichtige belangenbehartiging.	Afhankelijk van de risicobereidheid en de bijdrage die de moedermaatschappij kan en wil geven aan decentrale besturing.
Beoordeling van besturingsresultaten dochtermaatschappijen	Ingrijpen als schade wordt voorzien en schade voorkomen of beperken (zorgplicht).	Periodieke bewaking van beoogde, verwachte en gerealiseerde rentabiliteit, liquiditeit en solvabiliteit.

2.4 Consequenties van de verschillen in opvattingen voor de oordeelsvorming

De verschillen die in tabel 1 zijn benoemd kunnen er in de praktijk toe leiden dat juristen en bedrijfseconomen bij de beoordeling van een conflictsituatie in een concernorganisatie ten aanzien van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van een moedermaatschappij als concernbestuurder niet dezelfde:

- a. redenering volgen en
- b. conclusies trekken.

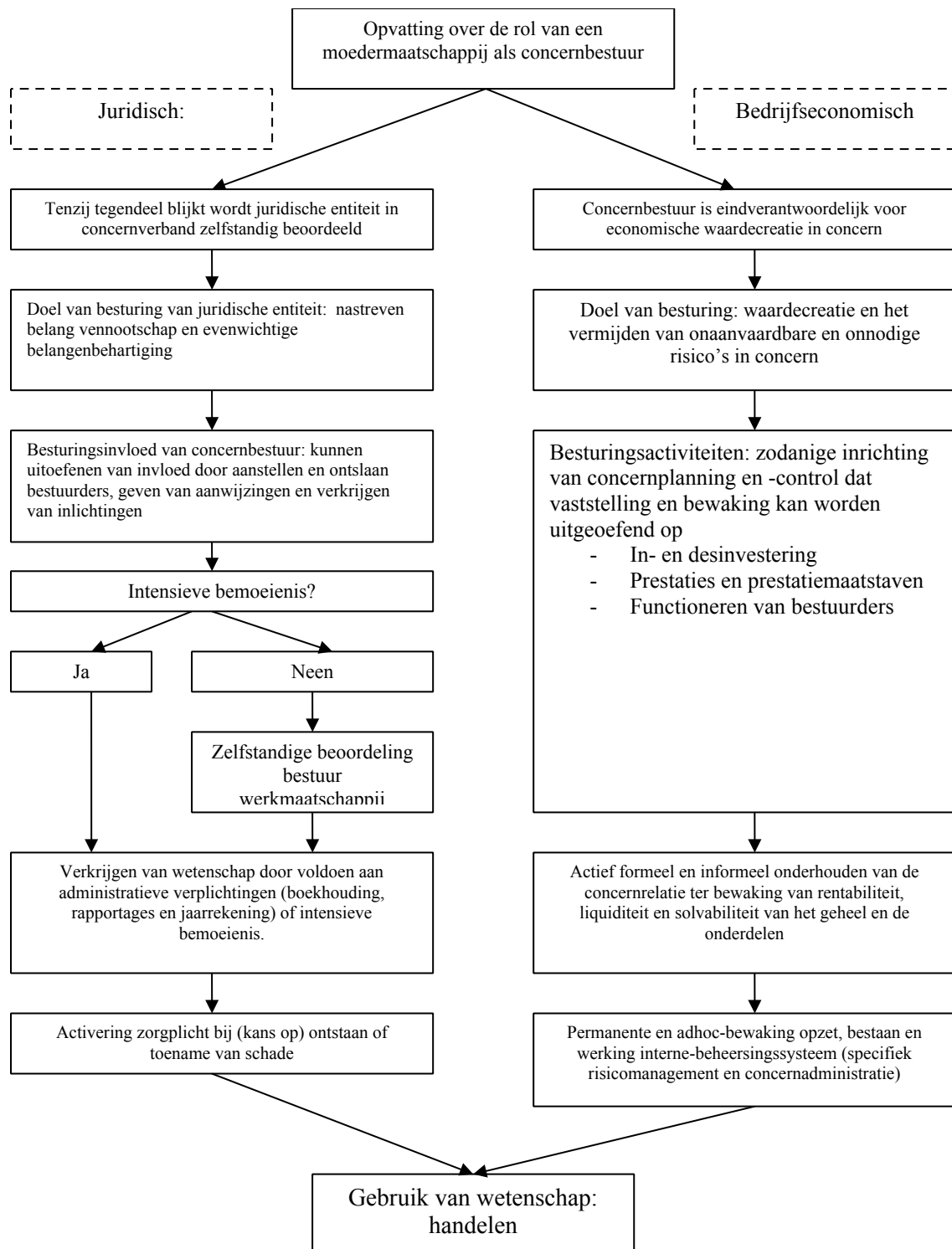
Vanuit een bedrijfseconomische visie heeft de moedermaatschappij in een concern een grotere verantwoordelijkheid voor de ontwikkeling van de resultaten van dochtermaatschappijen dan vanuit een juridische visie. Zij kan niet alleen het functioneren bewaken en beïnvloeden maar ze doet dit ook. Daarbij wordt o.a. gebruik gemaakt van bestuurlijke informatie die haar een grote informatievoorsprong geeft op andere belanghebbenden zoals crediteuren. Juristen gaan principieel uit van een zelfstandige benadering. Daardoor bestaat de mogelijkheid dat moedermaatschappijen die aangesproken worden door derden voor schade vanwege dochtermaatschappijen argumenten aanvoeren zoals:

- Wij bemoeien ons als moedermaatschappij nauwelijks of niet met het beleid van de desbetreffende dochtermaatschappij;
- Wij zijn als moedermaatschappij niet op de hoogte van het feit dat de dochter verplichtingen aanging waaraan zij niet kon voldoen (Huizink, 2009).

Voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij wordt immers in jurisprudentie nagenoeg altijd als voorwaarde gesteld dat de moedermaatschappij zich intensief met het beleid van de dochtermaatschappij bemoeide. Dit gegeven wordt door juridisch adviseurs ook gebruikt om ondernemingen te wijzen op het gevaar van aansprakelijkstelling.

Figuur 1 toont de stappen die in de beoordeling van het functioneren van de moedermaatschappij als bestuur van een concern achtereenvolgens aan de orde zijn vanuit de juridische en bedrijfseconomische visie. Een dergelijke beoordeling wordt in de praktijk door de rechter of de Ondernemingskamer bijvoorbeeld gedaan op basis van een verzoek om na te gaan of er sprake is van onrechtmatige daad, (kennelijk) onbehoorlijk bestuur of zelfs wanbeleid.

Figuur 1: Principieel verschil in opvatting tussen juristen en bedrijfseconomen over de rol van de moedermaatschappij als concernbestuurder in een concernrelatie.



2.5 Hypothesen

Op basis van het theoretisch kader zijn de volgende hypothesen geformuleerd met betrekking tot het patroon van redeneren en de te trekken conclusies.

Hypothese I (verschil in context)

Juristen gaan, bij een beoordeling van een conflictsituatie in een concernorganisatie primair uit van de juridische structuur van het concern en een zelfstandige beoordeling van het

bestuur van de juridische entiteiten (vennootschappen). Bedrijfseconomen gaan primair uit van de verantwoordelijkheidsstructuur in de concernorganisatie en de daarin samenwerkende ondernemingen.

Hypothese II (verschil in rolopvatting)

Juristen gaan in een beoordeling van een conflictsituatie in een concernorganisatie uit van een te passieve rol van de moedermaatschappij in haar rol als concernbestuurder.

Bedrijfseconomen gaan uit van een meer proactieve rol en menen dat zij de meeste verantwoordelijkheid draagt voor de prestaties van het concern en de concernonderdelen.

Hypothese III (verschil in gebruik van aspecten bij beoordeling)

Juristen hechten bij de beoordeling van de activiteiten van het bestuur van een moeder- of dochtermaatschappij in een concern vooral aan de naleving van wet- en regelgeving.

Bedrijfseconomen hechten meer belang aan de bereikte resultaten en in dat kader genomen risico's.

Hypothese IV (verschil in normering)

In een situatie van neergang in een onderneming zullen bedrijfseconomen vinden dat een bestuurder op een vroeg tijdstip moet inzien dat voortzetting van de ondernemingsactiviteiten geen zin meer heeft. Voor juristen is de administratie geen tool of management, maar een verplichting en het kan dus gebeuren dat bestuurders te laat signaleren dat het de verkeerde kant op gaat.

3. Opzet van de studie

In paragraaf 2 zijn de verschillen tussen de juridische en bedrijfseconomische opvattingen over de rol van de moedermaatschappij als bestuurder van een concern in kaart gebracht. Tevens is verwoord welke gevolgen dit verschil in opvattingen kan hebben en in de praktijk ook heeft.

Op basis van de aangetroffen overeenkomsten en verschillen zijn hypothesen geformuleerd.

Ten behoeve van de toetsing van deze hypothesen is een experiment uitgevoerd. Er is een casus geschreven en ter beoordeling voorgelegd aan een groep van 20 juristen en een groep van 20 bedrijfseconomen. Hen is gevraagd om een beoordeling van de casus en daarvan een vastlegging te maken. Deze uitkomsten zijn geanalyseerd. Op grond daarvan zijn conclusies getrokken en zijn aanbevelingen gedaan om geconstateerde tekortkomingen weg te nemen of te verminderden.

4. Onderzoeksmethode

4.1 Casus de Houtgroep

Voor het onderzoek is gebruik gemaakt van een casus, waarbij een werkmaatschappij van een concern failliet gaat en vervolgens crediteuren van die werkmaatschappij onvoldoende verhaal biedt uit de boedel. Een samenvatting van de casus is opgenomen in bijlage 2. Bij het samenstellen van de casus is gebruik gemaakt van de inzichten van Argenti (1976) en Luttikhuis (2006). Er is gekozen voor een situatie waarbij geen sprake is van opzet of grove nalatigheid.

Gezien de wens om opvattingen van juristen en bedrijfseconomen te vergelijken mag er niet veel tijdsverloop zijn tussen de beide deelonderzoeken. Juristen hebben deelgenomen op 6 juni 2007 en de betrokken bedrijfseconomen tussen eind september en begin december 2007.

4.2 Vertaling van de eisen naar het experiment

De case study als instrument om een experiment mee uit te voeren wordt zelden gebruikt omdat het nogal wat tijd vraagt van de deelnemers en het slechts een enkele situatie betreft. Deze bezwaren wegen in dit onderzoek minder zwaar omdat de deelnemers gewend zijn aan de bestudering van omvangrijke hoeveelheden tekst en omdat alleen een dergelijke redelijk omvangrijke casus recht zou doen aan de realiteit. Dit gegeven beperkt wel de externe geldigheid van de resultaten.

Omdat het onderzoek is gericht op het verschil in opvatting tussen juristen en bedrijfseconomen over de rol en het optreden van concernbestuur en bestuur van een werkmaatschappij is de casus geschreven in de context van een concern. Zij vertoont enige overeenkomst met de bij juristen bekende casus Hurks.

De onderzoeksvraag met betrekking tot het experiment wordt beantwoord door een analyse van de door deelnemers in hun uitwerking gebruikte data (sleutel informatie) en dan vooral de samenhang en het relatief gewicht dat zij er aan toekennen. Dit type onderzoek duidt men wel aan Judgement Analysis Research of kortweg JAR (Brunswik, 1952; Cooksey, 1996).

De oorzaken van het verschil in gebruik en waardering van sleutel informatie worden toegeschreven aan verschillen in de opvatting tussen de groepen juristen en bedrijfseconomen.

Replicatie is toegepast door het organiseren van een pre-experiment en het laten invullen van een post-experiment vragenlijst.

4.3 Deelnemers

De selectie van deelnemers (gegevens zie tabel 2) heeft deels plaatsgevonden op basis van zelfselectie (Saunders et al, 2011) op basis van belangstelling voor het onderzoek. Deels is het experiment onderdeel geweest van een studiebijeenkomst voor permanente educatie, voorafgaande aan behandeling van het onderwerp concernaansprakelijkheid. Vooral het type opleiding van de deelnemers was hierbij interessant. Voor juristen de rechtenstudie met specialisatie ondernemingsrecht en de bedrijfseconomen bedrijfseconomie en specialisatie controlling. De vooropleiding is genoten aan verschillende universiteiten. Uit analyse van de gegevens van de deelnemers blijkt niet dat deze verstoring zou werken op de uitkomsten van de beoordeling. Er is significant verschil geconstateerd in ervaring. Bij juristen is het verschil in ervaringsjaren onderling hoger. Deze factor kan wel effect hebben. In dit onderzoek is dit niet nader onderzocht omdat het in dit onderzoek gaat om de vergelijking tussen juristen en bedrijfseconomen. Alle deelnemers hebben 120 minuten gekregen om de casus uit te werken. Juristen hebben de opdracht in significant minder tijd uitgewerkt. Dit is te verklaren uit het feit dat zij met een vraagstelling over aansprakelijkheid meer bekend zijn dan bedrijfseconomen.

Tabel 2 Gegevens deelnemers

Variabele	Case	N	Mean	S.D.	Min.	Max.
Soort deelnemers	Juristen	20	-	-	-	-
	Bedrijfseconomen	20	-	-	-	-

Geslacht (0=man, 1=vrouw)	Juristen	20	.25	.444	0	1
	Bedrijfseconomen	20	.15	.366	0	1
Ervaringsjaren	Juristen	20	8.72	8.867	0,5	30
	Bedrijfseconomen	20	9.65	4.738	4	21
Aantal minuten besteed aan de casus	Juristen	20	76,95	13.57	50	100
	Bedrijfseconomen	20	100.40	15.43	75	120

4.4 Resultaten en analyse

Bij de analyse van de uitkomsten is gebruik gemaakt van ANOVA en de Pearson Chi kwadraattoets.

Uitkomsten deelvraag 1: Oorzaken van het faillissement

In totaal zijn 27 verschillende oorzaken genoemd, verdeeld in 5 categorieën. Ze worden weergegeven in tabel 3. Er is een significant verschil tussen de oorzaken in de categorieën handelen moedermaatschappij en handelen dochtermaatschappij. Bedrijfseconomen noemen meer oorzaken die te maken hebben met het handelen van de moedermaatschappij.

Tabel 3: *Genoemde oorzaken*

Groep	Aantal oorzaken	Bedrijfseconomen	Juristen
Externe oorzaken (teruglopende economie)	1	8	11
Externe betrokkenen	4	12	10
Handelen (bestuur) moedermaatschappij	12	109	87
Handelen (bestuur) dochtermaatschappij	6	48	66
Overige	4	4	5
Totaal	27	181	179

Voor zover beide groepen dezelfde oorzaken hebben genoemd blijkt uit onderstaande tabel 4 en 5 in welke soort handelingen er verschil bestaat. Verschillen blijken vooral ten aanzien van het uitoefenen van interne controle door de moedermaatschappij op de dochtermaatschappij, het maken van de fout en het naleven van administratieve verplichtingen door de dochtermaatschappij.

Tabel 4: *Oorzaken in het handelen van de moedermaatschappij*

Handelen moedermaatschappij	Aantal oorzaken in de categorie	Aantal oorzaken genoemd door bedrijfseconomen	Aantal oorzaken genoemd door juristen
Strategie	1	9	9
Concernrichtlijnen	3	20	14
Informatie en communicatie	4	33	38
Interne controle	4	47	26
Totaal	12	109	87

Onderstaande tabel geeft inzicht in de oorzaken genoemd in de categorie handelen dochtermaatschappij. Hieruit blijkt dat juristen meer belang hechten aan de naleving van wet- en regelgeving door het bestuur van de dochtermaatschappij. De verschillen zijn statistisch echter niet significant. Dit betekent dat hypothese III wordt verworpen.

Tabel 5: *Oorzaken in het handelen van de dochtermaatschappij*

Handelen	Aantal oorzaken	Bedrijfseconomen	Juristen
----------	-----------------	------------------	----------

dochtermaatschappij			
Fout	1	11	15
Reactie op fout	3	9	16
Naleving concernrichtlijnen w.v.	4	15	15
- niet melden		11	7
- onjuist rapporteren		4	8
Administratieve verplichtingen w.v.	4	13	20
- voorraad		8	11
- claimregistratie		5	9
Totaal	12	48	66

In onderstaande tabel 6 is weergegeven welke oorzaken de deelnemers het belangrijkste achten met betrekking tot het faillissement. Opvallend is het verschil ten aanzien van het handelen van moeder- en dochtermaatschappij. Uit de tabellen 3 tot en met 6 kan worden geconcludeerd dat bedrijfseconomen het handelen van de moedermaatschappij belangrijker achten in de geschetste situatie dan juristen. Hypothese II wordt daarmee aanvaard.

Tabel 6: *Belangrijkste oorzaken van het faillissement van dochtermaatschappij Flevo B.V.*

Belangrijkste oorzaak	Aantal keer genoemd	Door bedrijfseconomen	Door juristen
Externe oorzaken (teruglopende economie)	6	4	2
Handelen (bestuur) moedermaatschappij	17	11	6
Handelen (bestuur) dochtermaatschappij	14	4	10
Overige	3	1	2
Totaal	40	20	20

Uitkomsten deelvraag 2: Aansprakelijkstelling betrokkenen

Bij vraag 2 is aan de deelnemers gevraagd een relatie te leggen tussen de in tabel 6 genoemde belangrijkste oorzaken en de aansprakelijkstelling van moedermaatschappij respectievelijk dochtermaatschappij. In tabel 7 is dat weergegeven. Opvallend is hier dat bedrijfseconomen, voor zover zij de belangrijkste oorzaak zoeken bij de dochtermaatschappij toch de moedermaatschappij aansprakelijk achten.

Bedrijfseconomen maken in veel mindere mate onderscheid maken tussen het bestuur van de betrokken vennootschappen en de vennootschap zelf dan juristen. Ook uit het feit dat bedrijfseconomen de moedermaatschappij zelfs voor het falen van het bestuur van de dochtermaatschappij aansprakelijk houden duidt op het benaderen van de beide entiteiten als één geheel. Hypothese I wordt daarmee aanvaard.

Tabel 7: *Relatie aansprakelijkstelling en oorzaken*

Bedrijfseconomen			Juristen		
Aantal	Belangrijkste oorzaak in categorie	Als eerste aansprakelijk	Aantallen	Belangrijkste oorzaak in categorie	Als eerste aansprakelijk
4	Teruglopende economie	3 Werkmij 1 Moedermij	2	Teruglopende economie	2 Werkmij
12	Handelen moedermij	1 Werkmij 11 Moedermij	5	Handelen moedermij	4 Moedermij 1 Werkmij
4	Handelen dochtermij	1 Werkmij 3 Moedermij	13	Handelen dochtermij	12 Werkmij 1 Moedermij
N.B. 6 maken onderscheid tussen rechtspersoon			N.B. 13 maken onderscheid tussen rechtspersoon		

en bestuur rechtspersoon	en bestuur rechtspersoon
--------------------------	--------------------------

Uitkomsten deelvraag 3 Motivering aansprakelijkheid moedermaatschappij.

In tabel 8 zijn de motieven voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij weergegeven naar soort en aantal. Opvallend is het verschil in motivering ‘intensieve bemoeienis’ bij juristen en het ‘nemen van te veel risico’ bij bedrijfseconomen. Ook het verschil in het uitdrukken van twijfel bij het aangeven of aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij haalbaar is, is significant.

Tabel 8: *Motieven voor aansprakelijkheid moedermaatschappij*

Motieven voor aansprakelijkheid	bedrijfseconomen	Juristen
Geen	0	2
Werkmaatschappij is onderpand	1	0
Niet reageren op signalen	3	4
Intensieve bemoeienis	2	8
Onvoldoende toezicht	6	6
Nemen van te veel risico	8	0
	20	20
Deelnemers die twijfel uitdrukken over de verhaalbaarheid van de schade	2	6

Met betrekking tot hypothese IV (verschil in normering voor besturing) blijkt uit de antwoorden dat juristen externe ontwikkelingen (teruglopende economie) een belangrijker oorzaak vinden voor het faillissement dan bedrijfseconomen. Voor zover bedrijfseconomen deze ontwikkeling als oorzaak noemen achten ze de moedermaatschappij en/of de werkmaatschappij daarvoor verantwoordelijk. Juristen doen dat niet.

Bedrijfseconomen hebben minder twijfel over een mogelijke aansprakelijkstelling. Zij baseren de aansprakelijkstelling van het concernbestuur vooral op de genomen risico's en de te passieve houding van de moedermaatschappij. De afwezigheid van twijfel kan ook veroorzaakt worden door een gebrek aan kennis over de juridische mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van bestuurders en rechtspersonen in een concern.

De resultaten van de post experiment vragenlijst gaf aan dat er een leereffect is opgetreden. De uitkomsten van de verschillen tussen de beide groepen ten aanzien van het belang waarin bepaalde groepen oorzaken een rol speelden in de casus was na het experiment minder significant.

4.4 Discussie van de resultaten

Alleen voor hypothese III is geen bevestiging gevonden. De overige hypothesen worden aanvaard.

Het belangrijkste criterium voor het verantwoordelijk en vervolgens aansprakelijk stellen van de moedermaatschappij is, zo blijkt uit de meeste conclusies, de aanwezigheid van een causaal verband. Zowel juristen als bedrijfseconomen passen dit principe toe om te komen tot hun oordeel.

Schade die optreedt in concernverband is controversieel. Juristen denken hier verschillend over. Ook internationaal (Forji et al., 2007). Dit geeft aanleiding tot verschillen in oordeelsvorming en conclusies. En daardoor ook onzekerheid over de haalbaarheid van te verhalen schade. Dit blijkt ook uit de uitkomsten van het experiment. Het doel was echter om aan te tonen dat er een verschil in patroon van redenering en conclusies is tussen juristen en bedrijfseconomen over conflictsituaties in concernverband. Dit is met de uitkomsten van het experiment aangetoond. Bedrijfseconomen vinden dat de moedermaatschappij een grotere verantwoordelijkheid heeft voor het reilen en zeilen bij een dochtermaatschappij dan juristen,

zelfs in een situatie waarin objectief gezien de primaire oorzaak van het debacle ligt bij (het bestuur van) de dochtermaatschappij.

Het onderzoek met een casus, zeker een omvangrijke casus, is niet heel representatief voor de werkelijke en vaak uiteenlopende omstandigheden waarin beroepsbeoefenaren zoals juristen en registercontrollers tot conclusies komen. Het uitgevoerde onderzoek lijkt op de bestudering van een dossier waarin alle feiten verzameld zijn en nu nog slechts geïnterpreteerd moeten worden. In de praktijk zal ook met anderen overlegd worden en zal een oplossing vaak een product van teamwerk zijn.

5. Conclusies en aanbevelingen

Op basis van dit onderzoek is bevestigd dat er verschil van opvatting is tussen juristen en bedrijfseconomen over de rol van de moedermaatschappij als concernbestuurder.

Bedrijfseconomen achten de verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij voor het tijdig signaleren en bijsturen van ongewenste ontwikkelingen bij dochtermaatschappijen groter dan juristen. Deze grotere verantwoordelijkheid vloeit voort uit het gegeven dat invloed niet alleen kan, maar ook wordt uitgeoefend op de dochtermaatschappijen en de moedermaatschappij dankzij de periodieke bestuurlijke informatie ten opzichte van derden in een riant positie verkeert vanwege haar informatievoorsprong. Dit wordt bevestigd door onderzoek naar het functioneren van concernorganisaties, maar dit gegeven wordt helaas nog steeds te weinig onderkend en erkend in het ondernemingsrecht en de jurisprudentie. De zelfstandige beoordeling van de juridische entiteit prevaleert.

Zonder aanpassing van het bestaande ondernemingsrecht blijft de situatie bestaan dat moedermaatschappijen, in concerns waarin de moedermaatschappij zich niet hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden van haar dochtermaatschappijen, zich met de motiveringen zoals gegeven in paragraaf 2 kunnen onttrekken aan hun verantwoordelijkheid.

In de praktijk hoeft deze grotere verantwoordelijkheid niet per sé te leiden tot een grotere kans op aansprakelijkheid voor de moedermaatschappij in een concernorganisatie. Voorgesteld wordt om de beoordeling van die rol te doen plaatsvinden volgens de in figuur 1 opgenomen bedrijfseconomische benadering.

In plaats van de nu lastige, situationele en tijdrovende beoordeling van ‘intensieve bemoeienis’ op beleidsterreinen zou in situaties van geschillen in een concernorganisatie van de moedermaatschappij gevraagd moeten worden:

- hoe zij invulling heeft gegeven aan haar rol als concernbestuurder;
- inzicht te geven in de haar ter beschikking staande periodieke bestuurlijke informatie.

Het antwoord op deze beide vragen kan gebruikt worden te beoordelen op welke manier de moedermaatschappij haar invloed aanwendt en hoe zij vaststelt welk effect die invloed heeft. Op basis van deze beoordeling kan, achtereenvolgens, vastgesteld worden of er sprake is van een

1. bewijsprobleem: de moedermaatschappij was niet of te laat op de hoogte van een eventueel zorgwekkende situatie bij de dochtermaatschappijen;
2. bestuursprobleem: de bestuurlijke informatie bood onvoldoende inzicht in de financieel economische resultaten van het concern en haar onderdelen;
3. geloofwaardigheidsprobleem: de moedermaatschappij reageerde niet of veel te laat op signalen dat de realisatie sterk afweek van hetgeen verwacht werd.

Deze aanbevelingen hebben betekenis voor de opleiding en praktijkuitoefening van juristen, wet- en regelgevers, toezichthouders maar ook van bedrijfseconomen. De maatschappij heeft immers baat bij een verantwoord gebruik van de juridische entiteit als bescherming tegen onverwachte tegenvallers, zeker in tijden van economisch zwaar weer.

Suggesties voor vervolgonderzoek

Nu duidelijk is gemaakt dat en waardoor er verschil bestaat tussen de opvattingen van juristen en bedrijfseconomen over de rol van een moedermaatschappij als concernbestuurder in een situatie van economische neergang kan het interessant zijn om ook andere situaties te betrekken zoals een herstructurering, overname, fusie, management buy outs e.d. Dit doet recht aan de door Brunswik (1952) bepleitte aanpak waarbij een geneigdheid tot een bepaald oordeel het best getoetst wordt in uiteenlopende situaties en omstandigheden.

In de onderhavige casus stond een bepaald type concernplanning & -control centraal. Er kan gedacht worden aan de invloed op de oordeelsvorming van verschillende typen planning & control of een verandering daarin. Vermoed mag worden dat bedrijfseconomen daardoor minder worden beïnvloed in hun oordeelsvorming dan juristen. Interessant is om dit type onderzoek uit te voeren onder andere groepen in de samenleving die ook een rol spelen in de genoemde problematiek zoals bestuurders, regelgevers, toezichthouders, accountants, etc.

Bijlage 1: Bestudeerde arresten

Gegevens Arrest
1. Osby Zweden/ Osby NL (1981) [NJ 1982 nr. 443. HR25 september 1981 nr.11721]
2. Albeda Jelgersma I/ Kuntz (1985) [NJ 1987 nr.98.HR 13 september 1985,nr.12475]
3. BLG/St.WEW (1986) NJ 1986 nr.792.HR 9 mei 1986,nr.12618]
4. VKB/Zilfa-DCW (1987) [NJ 1988,nr.136.HR 25 september 1987, rek.nr.7092]
5. Albeda Jelgersma II/Kuntz (1988) [NJ 1988, nr.487,HR 19 februari 1988,nr.13068]
6.OGEM/Omega (1990) [NJ1990, nr.466,HR 10 januari 1990, nr.21]
7.Nimox/ Auditrade (1991) [NJ 1992,nr.174, HR 8 november 1991, nr.14278]
8.Hurks I en II/HBA (1990-1995-2001) [NJ1995 nr.482,HR 13 januari 1995, nr.15498 en HR 21 december 2001, nr.C99/341 HR]
9.Van Gils I en II (1997-2004) [JOR 95, RB Breda, 10 juni 1997, rolnr. HAZA 95/1420 en JOR 318, Hof Den Haag, 14 oktober 2004, rolnr.01/989]
10.Stalt/ Forsyth (1998) [NJ 1998, nr.727, HR 12 juni 1998, nr.16591 C97/070]
11. HYS/Neptunus [Nr.C04/108HR,8 juli 2005 Eerste Kamer]
12.Montedison/Domp (2000) [HR 28 april 2000, LJN AA5658 C99/087HR]
13.Prolion/AMS (2002) [JOR 3, Rb Almelo, 4 december 2002, rolnr.HAZA1040 van 2001]
14.CED (2004) [JOR 4, Rb Zutphen, 27 oktober 2004, rolnr. HAZA 03-1252]
15.Ahold (2006)
16.Hagemeijer/Ceteco, LJN: BB9709 zaaknummer/rolnummer: 171413 / HA ZA 04-34; Vonnis van 12 december 2007

Bijlage 2 Samenvatting casusopdracht

Onderstaand wordt een samenvatting gegeven van de casusopdracht die deelnemers aan het experiment hebben gemaakt.

Casusbeschrijving

In de casus wordt een beschrijving gegeven van een denkbeeldige concernorganisatie (de Hout Groep) actief in de bouw. Er worden omstandigheden en ontwikkelingen beschreven in een periode van 1995 – 2003. Deze ontwikkelingen omvatten factoren zoals de externe economische ontwikkelingen, de eigendomsverhoudingen in het concern en de wijze waarop de moedermaatschappij het concern bestuurt en financiert. In een zekere periode komt het concern in zwaar weer. Dit ontstaat enerzijds door externe ontwikkelingen (teruglopende vraag en orderportefeuille) en anderzijds een incident bij één van de werkmaatschappijen, Flevo B.V. Dit incident betreft een fout in de bedrijfsvoering waardoor schade bij een belangrijke afnemer ontstaat. De afnemer verhaalt deze schade op de werkmaatschappij. De directeur communiceert niet of slecht met de concerndirectie. De administratie van de werkmaatschappij en de interne rapportages aan het concern geven een te optimistisch beeld van de ontwikkelingen en situatie. Deze laatste is echter ook niet vrij te pleiten want zij negeert duidelijke signalen (w.o. van de externe accountant) dat er onregelmatigheden in de administratie zitten. Tegelijkertijd besluit zij in de periode van teruggang genoeg te nemen met een beperkte interne berichtgeving gedurende een verbetertraject van de concernadministratie. Zij probeert uiteindelijk door overnames de inkoopkracht te vergroten. Als zij ten behoeve van de financiering uiteindelijk financieel orde op zaken stelt in het concern blijkt het tekort (te hoog gewaardeerde voorraden, vorderingen en de schadeclaim) en het potentiële vertrek van de grote afnemer. De concerndirectie besluit daarop het faillissement van de werkmaatschappij aan te vragen. De crediteuren van de werkmaatschappij hebben het nakijken.

De casusbeschrijving eindigt met een opsomming van het tekort in de boedel. De casusbeschrijving omvat een overzicht van de financiële resultaten van de groep over de periode 2002-2003 en de tussentijdse rapportages (resultatenrekeningen en liquiditeitsprognose) van de werkmaatschappij aan de groep.

Opdrachtomschrijving

Deelnemers aan het experiment is gevraagd om te benoemen:

1. de belangrijkste oorza(a)k(en) van het faillissement van de dochtermaatschappij (Flevo B.V.);
2. wie is/zijn aansprakelijk voor de door crediteuren geleden schade?

De deelnemers hebben antwoordformulieren gekregen waarop zij

- de oorzaken konden benoemen en een rangorde aangeven;
- de betrokkenen per oorzaak konden aangeven en de mate waarin zij deze aansprakelijk hielden voor de desbetreffende oorzaak.

Zij hebben ook een formulier gekregen om hun motivering voor aansprakelijkstelling per betrokkene nader te motiveren.

Literatuur:

- Amsterdam, A.M.J.G.van (2004), Insolventie in economisch perspectief, Proefschrift Vrije Universiteit.
- Alexander, M., M.A. Goold en A. Campbell (1994), Corporate-level strategy, creating value in the multibusiness company, John Wiley & Sons.
- Anthony R.N. en V. Govindarajan (2007), Management control systems, twaalfde druk, Mc.Graw-Hill.
- Argenti J. (1976), Corporate collapse. The causes and symptoms, McGrawHill.
- Bartman S.M. en A.F.M. Dorrestijn (2006), Van het concern, Kluwer, Deventer.
- Brunswik, E. (1952), The conceptual framework of psychology, in: International Encyclopedia of Unified Science, vol.1, no. 10, Chicago: The University of Chicago Press.
- Chandler, A.D. (1959), The beginnings of ‘big business’ in American industry, reprinted from *The business History Review*, vol. 33, no.1.
- Chandler Jr., A.D. (1991), The functions of the HQ unit in the multibusiness form, *Strategic Management Journal*, vol.12, pp. 31-50.
- Cooksey, R.W. (1996), Judgement analysis: Theory, methods, and applications, San Diego, AC: Academic Press.
- Emanuel C., D. Otley en K.A. Merchant (1990), Accounting for management control, tweede druk, Chapman and Hall.
- Foss N.J. (1997), On the Rationales of Corporate Headquarters, *Industrial and Corporate Change*, Volume 6 Number 2
- Hamel G en C.K. Prahalad (1983), Managing strategic responsibility in the MNC, *Strategic Management Journal*, vol.4, pp. 341-351.
- Forji, A.G. (2007), The veil doctrine in Company Law, 28 september 2007, LLRX.com.
- Goold M, A. Campbell and M. Alexander, Corporate-Level Strategy, creating Value in the Multibusiness Company, John Wiley & Sons, Inc, 1994.
- Goold M. en A. Campbell (2002), Designing effective organisations; how to create structured networks, John Wiley & Sons.
- Groot, T.L.C.M., Sturen op prestaties, de rol van accounting informatie in de bedrijfsvoering van organisaties, inaugurele rede, 24 mei 1996, Wolters Noordhoff Groningen, 1996.
- Houwen, L.G.H.J., A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs (1993), Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, deel 42 van Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-Instituut, Deventer: Kluwer.
- Huizink, J.B.(2009), Rechtspersoon, vennootschap en onderneming, *Studiereeks burgerlijk recht*, nummer 7, Kluwer
- Keuning D. en M. Wolters (2007), Structuur doorzien, over ontwerp van organisatiestructuren, over klassieke noties en de ‘vergeten dimensie’ in organisatieontwerp, Pearson Education Benelux.
- Lennarts M.L. (1999), Concernaansprakelijkheid, Rechtsvergelijkende en internationaal privaatrechtelijke beschouwingen, proefschrift Rijksuniversiteit Groningen.
- Lutikhuis, A.P.K. (2006), Insolventierecht in cijfers en modellen, Schoordijk Instituut.
- March J.G en Z. Shapira, Managerial perspectives on risk and risk taking, *Management Science*, November 1987, pp.1404 – 1418.
- Merchant K.A. and W.A. van der Stede (2008), Management control systems, tiende druk, Prentice Hall.
- Nederlandse Corporate Governance Code, 2008.
-

- Poel, J. van de (2006), Schade en schande, lessen uit de zaak-Ahold, Business contact,
- Saunders M. P.Lewis, A. Thornhill, M. Booij en J.P. Verckens,(2011), Methoden en technieken van onderzoek, vijfde druk, Pearson Education.
- Wiarda, G.J. (1999), 3 Typen van rechtsvinding, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door Mr. T. Koopmans, W.E.J. Tjeenk Willink.